ANUARIO

MAYO 2018 ■ MAYO 2019

TDLC Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

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

Mayo 2019
Primera edición

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

ANUARIO

MAYO 2018 ■ MAYO 2019

TOMO I

TDLC Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

ÍNDICE

6 **CUENTA PÚBLICA DEL PRESIDENTE**

33 **JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL** (Mayo 2018 / Abril 2019)

41 **SENTENCIA N° 162/2018**

46 **SENTENCIA N° 163/2018**

62 **SENTENCIA N° 164/2018**

80 **SENTENCIA N° 165/2018**

189 **SENTENCIA N° 166/2018**

260 **SENTENCIA N° 167/2019**

352 **SENTENCIA N° 168/2019**

360 **SENTENCIA N° 169/2018**

366 **SENTENCIA N° 170/2019**

372 **SENTENCIA N° 171/2019**

490 **RESOLUCIÓN N° 53/2018**

540 **RESOLUCIÓN N° 54/2019**

656 **RESOLUCIÓN N° 55/2019**

674 **INFORME N° 14/2019**

Enrique Vergara Vial, Presidente

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

13 de Mayo de 2019

I. REFLEXIONES PRELIMINARES

Antes de dar cuenta de lo que hemos hecho el último año, quiero hacer un reconocimiento a todas las personas que han trabajado y trabajan en el Tribunal. Hoy se cumplen 15 años desde su establecimiento y creo que es una fecha importante para agradecer a tanta gente valiosa, de una calidad humana y profesional excepcional, que ha aportado sus conocimientos, su inteligencia, su criterio y su mejor esfuerzo en formar y consolidar una institución que es importantísima para el desarrollo de nuestro país.

Ya son trece los Ministros Titulares abogados y economistas que han tenido la misión y la obligación de liderar el Tribunal, dejando cada uno su huella en la institución. Este último período se incorporó al Pleno la Ministra abogada Daniela Gorab, quien ha aportado su compromiso, su vasto conocimiento y acertado criterio, así como su gran calidad humana.

Las cuentas públicas habitualmente son instancias que obligan a hacer balances, revisar estadísticas y plantear desafíos. Sin embargo, también son una oportunidad para reflexionar sobre lo que hacemos, cuando muchas veces el día a día nos consume y perdemos la perspectiva sobre la trascendencia de la labor que realizamos: somos jueces y tenemos, como primera misión, la de impartir justicia.

Cumplimos un rol fundamental en un Estado de Derecho, el que trae aparejado obligaciones, deberes y virtudes que debemos esmerarnos en cultivar; y que ejercemos en el área específica de la libre competencia. La especificidad de este campo importa diversas consecuencias no sólo en nuestro procedimiento sino también en nuestro actuar institucional y en el efecto que tienen nuestras de-

cisiones, lo que ha evolucionado y se ha consolidado en los 15 años de historia de este Tribunal.

En este contexto, una obligación fundamental que tenemos que cumplir es la de proteger la reserva y confidencialidad de la información estratégica. En efecto, por la naturaleza de los asuntos que se conocen en esta sede, la reserva y confidencialidad de cierta información se encuentra presente en todos nuestros procesos y su protección es una piedra angular del sistema. Si no se protege, no hay competencia, si no hay competencia no hay una buena asignación de los recursos, lo que produce un empobrecimiento del país y de sus ciudadanos porque, en definitiva, habrá un menor acceso a bienes y servicios.

Lo anterior porque, en buenas cuentas, la competencia radica en cuán innovadora son las firmas que compiten en un mercado, cuánto logran distinguirse de las demás por los precios que cobran, la calidad de sus productos, la calidad de sus servicios de pre y post venta y, en definitiva, cuán eficientes son. Eso forma parte de sus estrategias y secretos comerciales y, por ello, es esencial proteger su reserva y confidencialidad, lo que implica no solamente no develar información estratégica sino también adoptar medidas para evitar filtraciones, ser rigurosos en la confección de versiones públicas y realizar nuestros máximos esfuerzos por no alzar la reserva o confidencialidad de dicha información, salvo cuando ella sea absolutamente indispensable para fallar una causa.

Cuidar la reserva y confidencialidad no solamente es importante por lo que vengo diciendo sino también cuando estamos en presencia de casos de carteles que se hayan originado en programas de delación compensada en la Fiscalía Nacional Económica. La reserva de la identidad de los delatores es vital para que este sistema opere, por lo que realizamos los máximos esfuerzos para asegurarla y, al mismo tiempo, responder a los requerimientos de las garantías de un debido proceso.

Nuestra labor como jueces de este Tribunal también importa mantenernos al día respecto de las nuevas tendencias del derecho de la libre competencia, lo que es particularmente relevante en esta sede, por cuanto la libre competencia es una materia dinámica, en permanente evolución, que nos obliga a estudiar,

capacitarnos, revisar y compartir lo que se está discutiendo en otras jurisdicciones. Este es para nosotros un deber ético.

Lo anterior, que pareciera ser de perogrullo, no es tan evidente. Richard Posner, aquel notable jurista y juez de EEUU, en su libro "Reflexiones en la actividad judicial" señalaba, a propósito de la justicia en dicho país, que los jueces no estaban sintonizando bien con la creciente complejidad de la sociedad, no solamente desde el punto de vista científico y tecnológico. Esta afirmación nos recuerda que no solo la tecnología cambia, también lo hace la sociedad y la legislación, y los jueces debemos adaptarnos a dichas transformaciones.

Ello es particularmente relevante en estos tiempos. Se están discutiendo temas tremendamente complejos en este campo, especialmente aquellos relacionados con el manejo de datos y la economía digital, los que han desafiado a las autoridades de competencia de los sistemas más avanzados. Tenemos que prepararnos. Hoy todos se preguntan frente a esta nueva forma de competir, si las herramientas tradicionales del derecho de la competencia son útiles para analizar las conductas que diariamente se realizan en las plataformas digitales y esa discusión se dará acá sin ninguna duda.

También me gustaría hacer una reflexión acerca de cuál ha sido el impacto en nuestra sociedad de las decisiones que hemos tomado durante estos 15 años de existencia. La política de competencia es un instrumento que busca la eficiencia asignativa y su objetivo final siempre debe estar puesto en el bienestar de los consumidores. La pregunta que nos debemos hacer es si el cumplimiento de ese objetivo es medible con cosas concretas.

Es difícil contestar esa pregunta. Muchas veces los ciudadanos no perciben tan directamente los beneficios derivados de la actuación de las autoridades de protección de la libre competencia. Por poner un ejemplo, cuando se sanciona una colusión los precios no bajan inmediatamente. Sin embargo, detrás de esa intervención de la autoridad hay consecuencias positivas, efectos que hacen que el funcionamiento de los mercados sea más limpio y que, con ello, se asignen mejor los recursos.

En efecto, preguntémonos cuántas conductas que podrían ser atentatorias en contra de la libre competencia pueden haberse dejado de realizar por la actuación de las autoridades; cuántos carteles pueden haber terminado luego de la intervención de una autoridad; cuántos simplemente no se formaron por temor a ser descubiertos; cuántos actores de un mercado no fueron excluidos ilícitamente.

Si entonces pensamos un poco más allá los efectos que producen nuestras decisiones, podemos concluir que esta política pública es valiosa porque, en definitiva, permite que los habitantes de nuestro país tengan una calidad de vida un poco mejor, accediendo a más y mejores bienes, a un menor precio; y quienes quieran emprender tengan la posibilidad de hacerlo con éxito, en cuanto sean competitivos.

Así, lentamente se va comprendiendo que la competencia es esencial en una economía de mercado; sin ella, este sistema económico simplemente no se sostiene. Pero competir no significa ganar a cualquier precio. De lo que se trata es de ser mejor por méritos, no por artilugios. Todas las firmas quieren ganar participación de mercado y ser las más grandes. Bienvenido aquello, porque esa rivalidad es lo que genera beneficios, pero dicha legítima aspiración no puede ser a costa de coartar ilícitamente la libertad de los consumidores, competidores ni proveedores.

Creo no equivocarme en señalar que lentamente se ha ido formando una cultura de la competencia. Se ha tomado conciencia de lo importante que es respetar el desenvolvimiento natural de los mercados. Una de las manifestaciones más palpables de esta cultura ha sido el reproche ético que ha emitido la sociedad que hoy no tolera las prácticas anticompetitivas, porque existe una mejor comprensión de cómo aquello afecta la vida diaria de las personas.

Otra manifestación de estos cambios que vive nuestra sociedad son las medidas que han ido adoptando las firmas para prevenir que se cometan esta clase de abusos. Un buen ejemplo de lo que estoy hablando son los programas de *compliance*, es decir, aquellas prácticas introducidas al interior de las empresas que buscan prevenir, detectar y, en lo posible, erradicar conductas anticompetitivas. Parece ser que su implementación es hoy una práctica extendida, lo que es un buen síntoma de cómo está funcionando nuestra institucionalidad. Es

verdad que muchas veces esos programas son incompletos o insuficientes para prevenir este tipo de actos, pero otras no. Por lo mismo, el Tribunal ha hecho un esfuerzo en este sentido obligando a las firmas a adoptar programas de *compliance* serios y rigurosos en prácticamente todos los casos de colusión.

En este mismo orden de ideas, nuestra jurisprudencia ha dado cuenta de la importancia que tiene para una empresa y para el país, al final, el tener programas de cumplimento serios y responsables. No es baladí, no se evalúan de la misma forma, no basta con cumplir con una *check list*. Un buen programa previene atentados a la libre competencia y puede ser una atenuante importante en un eventual juicio e incluso podría llegar a eximir de responsabilidad a una firma que cuente con él.

Pero también se pueden percibir las bondades del sistema con acciones aún más concretas. Una herramienta poderosa son las recomendaciones normativas. La diferencia entre tener una ley que restrinja innecesariamente la competencia en un sector específico y otra que la fomente puede ser significativa. El caso de Transbank es iluminador. Hace un par de meses el Gobierno anunció una reforma en el mercado de los medios de pago recogiendo varias recomendaciones que hizo el Tribunal en la Proposición Normativa N° 19. Sin duda, dichas reformas van a hacer más competitivo este mercado con los consiguientes efectos positivos para nuestra economía. Esto reconforta nuestra labor y nuestra misión.

Por consiguiente, adoptar decisiones acertadas y justas en esta materia es esencial porque, en definitiva, dichas decisiones van diseñando cómo deben comportarse los agentes económicos. Otras políticas públicas, otras regulaciones de las actividades económicas, establecen en su respectiva ley los requisitos y condiciones bajo las cuales dichas actividades deben realizarse. En materia de libre competencia, en cambio, esa labor queda encomendada a las autoridades encargadas de su aplicación y, en nuestro caso, particularmente al Tribunal a través de su jurisprudencia. Nuestra ley solo establece normas más bien generales sobre las conductas que atentan contra la libre competencia, quedando en manos del Tribunal entregar los criterios sobre qué es lícito e ilícito en temas tremendamente complejos.

Una última reflexión. Como señalé, se cumplen 15 años de funcionamiento del Tribunal, lo que nos obliga a volver a mirar la institución. Las necesidades ya no son las mismas. Recuerdo las primeras cuentas en las que don Eduardo Jara Miranda, presidente de aquel entonces, señalaba que eran un grupo pequeño, de excelencia, comprometido abnegadamente a su labor.

Ese grupo humano de excelencia ha crecido consistentemente a lo largo de los años, pero seguimos siendo un organismo con pocos funcionarios si nos comparamos con otras instituciones y con los nuevos desafíos que ha significado la creciente judicialización de los problemas ligados a la libre competencia. En efecto, los últimos años hemos tenido que hacer frente a un aumento del número de causas que ingresan al Tribunal en relación con períodos anteriores; a la mayor complejidad de las mismas; a la sofisticación de las materias y de la litigación ante el Tribunal; a sus nuevas facultades y procedimientos; y a la digitalización de la tramitación de nuestros procesos.

Responder a los constantes retos que representan estos cambios nos motiva profesionalmente y, a la vez, nos obliga a tomar medidas para adaptarnos a ellos, algunas para responder a temas coyunturales, como los atrasos que enfrentamos durante los últimos meses; y otras de largo plazo que pretenden hacer de este Tribunal una institución que se anticipa y prevé, en la medida de lo posible, los desafíos relacionados con la mayor demanda de la ciudadanía por nuestros servicios.

Para tener claridad sobre las áreas que deben fortalecerse, aquellas en que podemos mejorar nuestro desempeño, y los cambios y medidas necesarios para que cumplamos con nuestra misión, hemos contratado una consultora especializada. Con su asesoría y su diagnóstico, tanto interno como externo, esperamos fijar objetivos estratégicos para los próximos tres a cinco años, así como un plan de acción. Creo que esta es la única manera de comenzar un trabajo serio y responsable que nos permita tener un Tribunal que esté a la altura de los nuevos desafíos y continuar la labor de excelencia que ha desarrollado en su corta existencia.

II. CUENTA PÚBLICA

Esta ceremonia es de especial importancia para nosotros porque nos obliga a revisar de manera crítica y constructiva la labor que hemos desempeñado durante los últimos doce meses y a rendir cuenta de la misma ante la comunidad. Hoy presentaremos lo ocurrido durante el período que va de mayo de 2018 a mayo de 2019, tanto en lo jurisdiccional como en lo organizacional y administrativo. Respecto a lo jurisdiccional, presentaré, en primer lugar, el trabajo de fondo; y, en segundo lugar, las estadísticas correspondientes. Respecto a lo administrativo y organizacional, consideraré, para comenzar, el ejercicio de las facultades económicas; y, luego, la relación con el medio y la comunidad internacional del TDLC.

A. Trabajo jurisdiccional del TDLC

a) Tramitación y fallo de las causas llevadas ante el TDLC

Como es propio de la labor jurisdiccional, las materias estudiadas con ocasión de su ejercicio son ampliamente diversas. Por una parte, las particularidades del procedimiento regulado por la ley que nos rige hace que el Código de Procedimiento Civil (CPC) sea aplicable en todo lo que no sea incompatible con ella y nos desafía profesionalmente para conseguir hacer convivir instituciones propias de esta sede, como la confidencialidad o el hecho de ser un Tribunal mixto, con los principios generales del derecho. Por otra parte, nos seguimos enfrentando a situaciones nuevas que tienen su origen en la ley N° 20.945, dictada en 2016, como la resolución en este periodo del primer recurso de revisión especial presentado en contra de la decisión de la FNE de no autorizar una fusión.

En este contexto y buscando dar certeza de nuestro actuar a los abogados litigantes y a las partes, aprovechamos esta cuenta pública para destacar algunas de las resoluciones dictadas por este Tribunal, tanto en el ámbito procesal como en el sustantivo, sin perjuicio de incorporar todas las decisiones finales del período a un anuario, por tercer año consecutivo.

Desde el punto de vista **adjetivo** es posible destacar las resoluciones referidas a:

a) Los efectos del desistimiento de la demanda en casos de pluralidad de partes;
b) Los efectos que produce la revocación de actos administrativos y pérdida de objeto de los procesos;
c) La resolución de la excepción de falta de legitimación activa como cuestión previa;
d) La aplicación de la tabla de emplazamiento para la notificación en el extranjero;
e) El control de admisibilidad de las demandas cuando los hechos y peticiones no están claramente expuestos;
f) La decisión de no ejercer la potestad de recomendación normativa;
g) La función del Tribunal en los acuerdos Extrajudiciales presentados por la FNE;
h) El régimen de recursos en los acuerdos Extrajudiciales presentados por la FNE;
i) La procedencia de la designación de procurador común;
j) La aplicación del principio de congruencia;
k) La inadmisibilidad de consultas y demandas respecto de actos de autoridad dictados con posterioridad a la aprobación de las bases de licitación;
l) El alcance del procedimiento consultivo; y
m) Los criterios para determinar cuándo procede el abandono del procedimiento.

Como se puede apreciar, la jurisprudencia recientemente citada da cuenta de las particularidades de nuestro procedimiento, al cual, como señalé, sólo se le aplican supletoriamente las normas del CPC, en cuanto le sean aplicables. Casos como los que he descrito son de ordinaria ocurrencia, lo que ha abierto un espacio de reflexión interna respecto de la posibilidad de regular ciertas situaciones mediante auto acordados o incluso pensar en reformas legales, todo ello con el objeto de contar con procedimientos ágiles, flexibles y adaptados a las particularidades de esta sede.

En cuanto a **materias sustantivas**, el Tribunal se pronunció sobre temas que por primera vez eran objeto de una decisión judicial y sobre otros de gran importancia para el funcionamiento de los mercados, como:

a) Los acuerdos hub and spoke;
b) Los elementos que distinguen un acuerdo único compuesto de varios acuerdos específicos;
c) La valoración de los programas de cumplimiento como eximentes de la responsabilidad;
d) Las diferencias entre acuerdo y práctica concertada;
e) Los actos de competencia desleal relacionados con el uso abusivo de derechos de propiedad industrial;
f) Los cambios de circunstancias que ameritan la revisión de una condición;
g) Casos excepcionales de acuerdos horizontales lícitos, como los JBA de líneas aéreas; y
h) Casos en que acuerdos entre competidores que son lícitos cuando racionalizan sus servicios, dejan de serlo cuando acuerdan variables competitivas, como los servicios conjunto de compañías navieras.

Los ejemplos que he citado dan cuenta del dinamismo propio del derecho de la competencia y confirman lo que señalé en un comienzo. El Tribunal está creando derecho con su jurisprudencia y, con cada decisión que adopta, entrega una señal muy concreta a los actores que participan en los mercados sobre qué es lícito y qué es ilícito.

b) Estadísticas del período

Si bien el Tribunal conoce asuntos relativos a los más diversos mercados, telecomunicaciones ha sido la industria históricamente más representada con 13% de las causas contenciosas y 18% de las no contenciosas (*ver gráficos 1 y 2).

GRÁFICO 1: CAUSAS CONTENCIOSAS POR TIPO DE MERCADO AL 30/04/2019

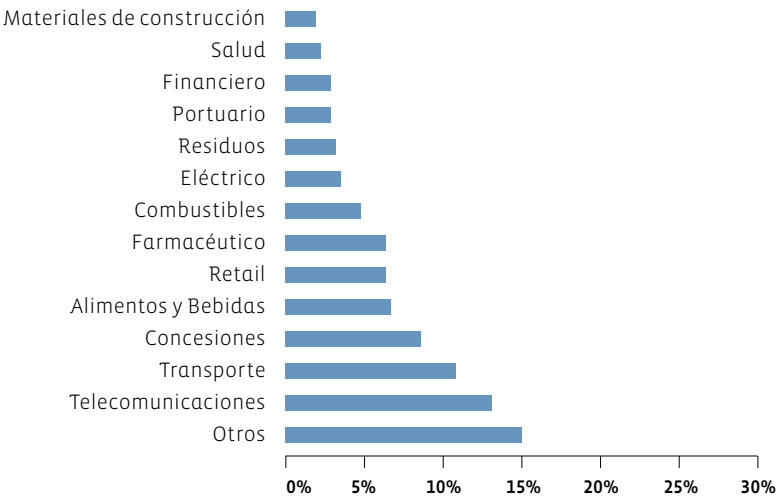
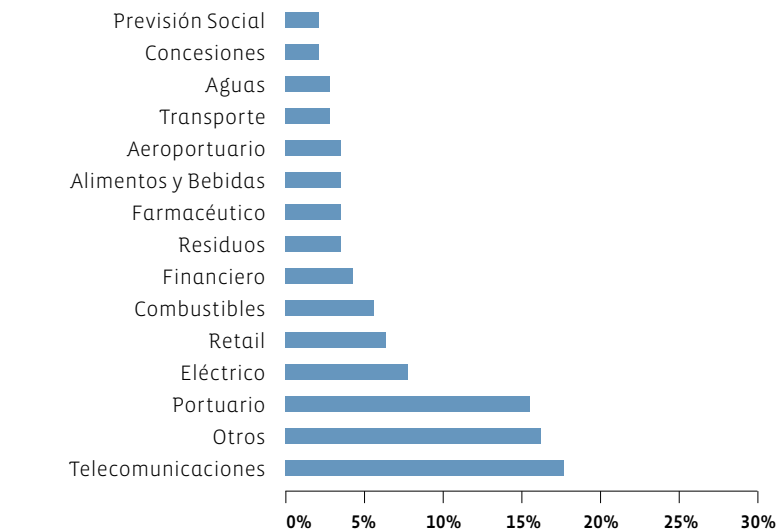


GRÁFICO 2: CAUSAS NO CONTENCIOSAS POR TIPO DE MERCADO AL 30/04/2019 (SIN LEY DE PRENSA)



En el actual período, un 37% de las causas contenciosas tuvieron relación con la industria de transporte (*ver gráfico 3). En las no contenciosas, un 21% correspondieron a concesiones y otro 21% a derechos de agua (*ver gráfico 4).

GRÁFICO 3: CAUSAS CONTENCIOSAS POR TIPO DE MERCADO DEL PERÍODO (13/05/2018 A 30/04/2019)

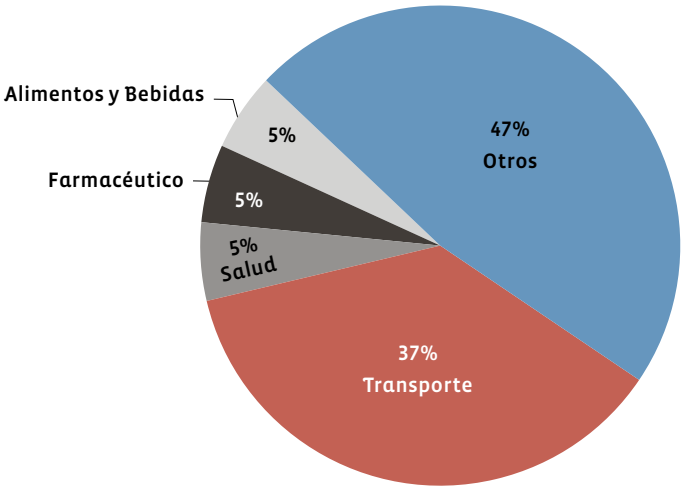
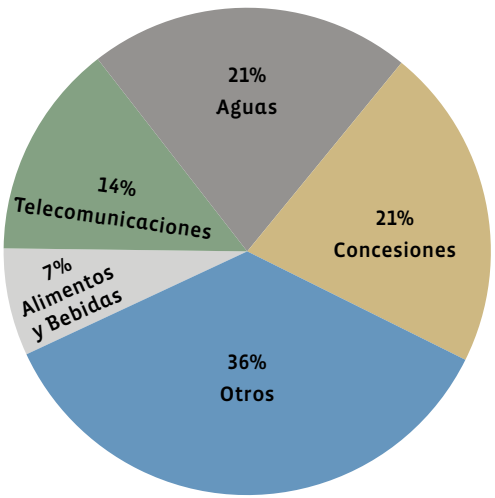


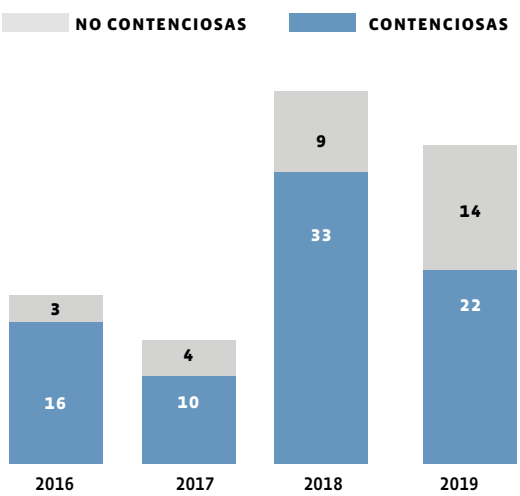
GRÁFICO 4: CAUSAS NO CONTENCIOSAS POR TIPO DE MERCADO DEL PERÍODO (13/05/2018 A 30/04/2019)



Desde su creación, el TDLC ha dictado 170 sentencias en asuntos contenciosos, una sentencia en un recurso de revisión especial, 55 resoluciones en asuntos no contenciosos, cuatro instrucciones de carácter general, 14 informes de leyes especiales, 19 proposiciones normativas, 18 auto acordados; y ha aprobado 16 acuerdos extrajudiciales.

Desde el segundo semestre de 2017, el Tribunal ha experimentado un aumento considerable en el ingreso de causas contenciosas y no contenciosas, las que pasaron de un total de 14, al momento de la cuenta pública de 2017, a 42 en 2018 y 36 en el actual período (*ver gráfico 5). En este último período se llegó a término en 30 procedimientos contenciosos y nueve no contenciosos. Los procesos terminados por sentencia fueron diez y presentaron una duración promedio de 645 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 tres resoluciones, con una tramitación de 564 días corridos en promedio; se elaboró un informe en virtud de lo establecido en el artículo 18 N° 7 del D.L. N° 211, en relación con los artículos 14 y 23 de la Ley de Puertos; y se aprobaron dos acuerdos extrajudiciales.

De las conductas que son objeto de estudio en esta sede, la más considerable en términos porcentuales históricamente sigue siendo el abuso de posición dominante, con un 38% (*ver gráfico 6), lo que coincide con lo ocurrido en este período en que el abuso de posición dominante representa un 37% del total de causas. Lo siguen los actos de autoridad, con un 26% (*ver gráfico 7). En las causas no contenciosas, la materia más consultada ha sido la aplicación de resolución, tanto en el actual período como históricamente, con un 29% y un 26% respectivamente (*ver gráficos 8 y 9).

GRÁFICO 6: CAUSAS CONTENCIOSAS POR TIPO DE CONDUCTA AL 30/04/2019

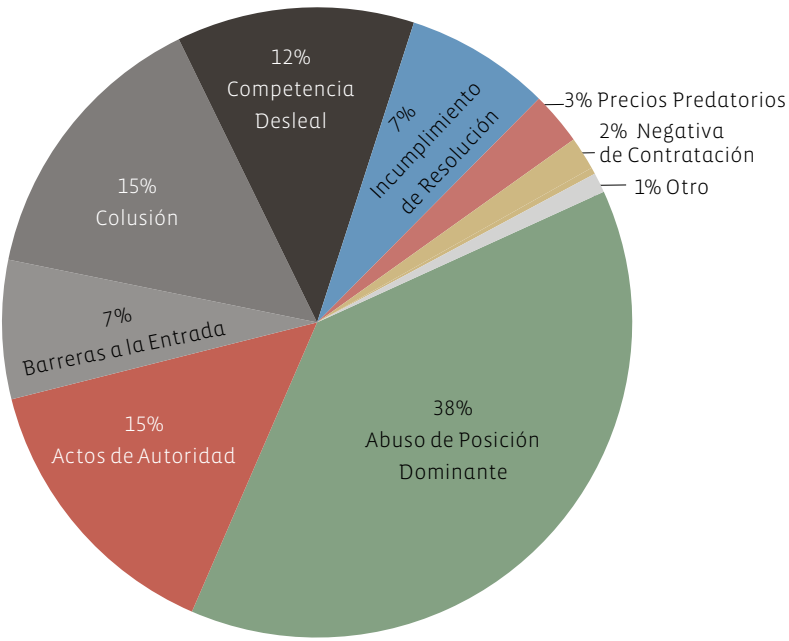


GRÁFICO 7: CAUSAS CONTENCIOSAS POR TIPO DE CONDUCTA DEL PERÍODO (13/05/2018 A 30/04/2019)

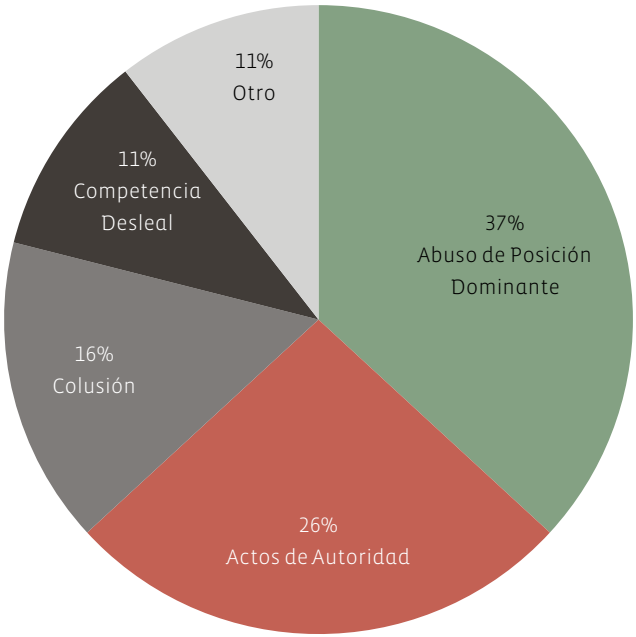


GRÁFICO 8: CAUSAS NO CONTENCIOSAS POR MATERIA AL 30/04/2019

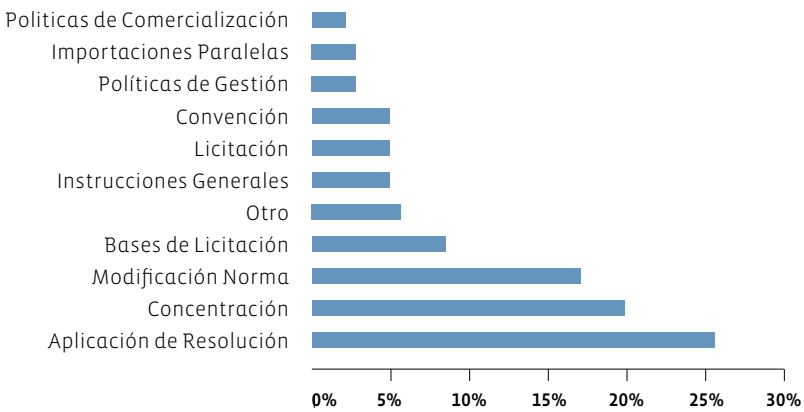
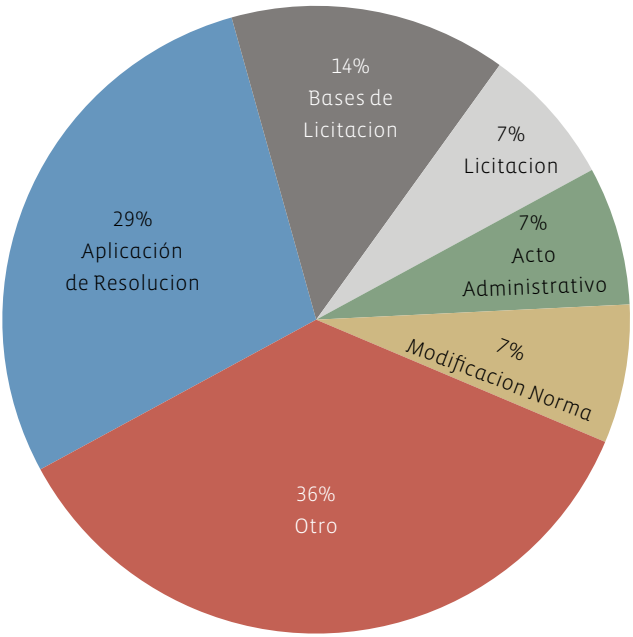


GRÁFICO 9: CAUSAS NO CONTENCIOSAS POR MATERIA DEL PERÍODO (13/05/2018 A 30/04/2019)



Finalmente, del total de 171 sentencias dictadas por este Tribunal, 113 han sido reclamadas ante la Excma. Corte Suprema (esto es, un 66%). De ellas, sólo 14 han sido revocadas. En este último período se observa un porcentaje levemente inferior de sentencias reclamadas, pasando de un 80% a un 67%. Al 30 de abril de 2019, el plazo para reclamar de la sentencia número 171 seguía pendiente. Por otra parte, de las 55 resoluciones pronunciadas por este Tribunal en procedimientos no contenciosos, 12 han sido reclamadas ante la Excma. Corte Suprema, de las cuales seis han sido confirmadas, tres revocadas y tres se encuentran pendientes de resolución.

B. Administración del TDLC

a) Equipo de Trabajo

El Tribunal está compuesto por los ministros Titulares, los ministros suplentes, 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
Daniela Gorab Sabat	Ministro Titular Abogado	Hasta 05/2024
Eduardo Saavedra Parra	Ministro Titular Economista	Hasta 05/2020
María de la Luz Domper Rodríguez	Ministro Titular Economista	Hasta 05/2024
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 Carla Harcha, como relatora grado 6°; y los economistas grado 6°, Jorge Candia y Francisco Muñoz.

PERSONAL	CARGO	GRADO
María José Poblete Gómez	Secretaria Abogada	4
Angélica Burmester Pinto	Relatora Abogada	5
Carla Harcha Bloomfield	Relatora Abogada	6
Francisco Alvarado García	Relator Abogado	6
Valeria Ortega Romo	Relatora Abogada	6
Silvia Retamales Morales	Relatora Abogada	6
Francisco Muñoz Núñez	Economista	6
Nicolás Velasco Hodgson	Economista	6
Felipe Cerda Pinto	Economista	6
Jorge Candia Palma	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

DE IZQUIERDA A DERECHA: Ministro (S) Nicolás Rojas C., Ministro Eduardo Saavedra P., Ministra Daniela Gorab S., Ministro Enrique Vergara V. (Presidente), Ministra María de la Luz Domper R., Ministro Javier Tapia C., Ministro (S) Jorge Hermann A.

ATRÁS DE IZQUIERDA A DERECHA: Felipe Cerda P., Economista, Nicolás Velasco H., Economista, Francisco Muñoz N., Economista, Silvia Retamales M., Relatora Abogada, Carla Harcha B., Relatora Abogada. ADELANTE DE IZQUIERDA A DERECHA: Francisco Alvarado G., Relator Abogado, Angélica Burmester P., Relatora Abogada, Valeria Ortega R., Relatora Abogada, María José Poblete G., Secretaria Abogada, Jorge Candia P., Economista.

ATRÁS DE IZQUIERDA A DERECHA: Rose Marie Cisterna G., Oficial Primero, Melissa Lezana P., Oficial de Secretaría, Rodolfo Olea C., Encargado Informático, Gladys Román G., Encargada de Administración y Finanzas. DELANTE DE IZQUIERDA A DERECHA: María Virginia Olivares L., Encargada de Oficina de Partes, Loreto Moreno M., Oficial de Secretaría, Gilda Quiroz A., Auxiliar, Alejandra Soto L., Secretaria Ejecutiva, Marco Soto O., Auxiliar, Estafeta y Chofer.

b) Ejercicio de las facultades económicas

El TDLC ha continuado trabajando en el fortalecimiento institucional de manera de mejorar constantemente la eficiencia en el ejercicio de su labor jurisdiccional. Como se ha indicado a lo largo de esta cuenta, la nuestra es una institución que tiene a su cargo el rol fundamental de impartir justicia y a la cual la ley le encomienda la misión de promover y defender la libre competencia en los mercados, previniendo, corrigiendo y sancionando los atentados a la misma.

Para cumplir con esta misión, el TDLC aspira a ser una organización eficiente, respetuosa de sus funcionarios y con pretensiones de excelencia, no sólo en la calidad de sus fallos y en la oportunidad de sus decisiones, sino en dar a cada uno de sus funcionarios la posibilidad de desplegar el máximo de sus capacidades. Esto beneficia no sólo a la institución, la que trabajará por el cumplimiento de su misión con altos estándares, sino a todos quienes trabajan en ella.

Para conseguirlo se han tomado diversas medidas durante los últimos doce meses. Algunas de ellas respondieron a las circunstancias puntuales que enfrentó el TDLC durante este período, otras a necesidades de más largo plazo y, en este preciso momento y como ya se anunció, estamos reflexionando sobre los desafíos que enfrentará el TDLC en el futuro y cómo nos adaptaremos a ellos en los próximos tres a cinco años.

Adaptación del Tribunal al aumento de la carga de trabajo:

Frente a la carga de trabajo del período, el TDLC se vio en la necesidad de tomar medidas puntuales para poder resolver numerosos procesos, muchos de ellos de gran complejidad y que se encontraron coetáneamente en estado de ser fallados, y continuar con la tramitación expedita de los demás procedimientos en curso. Para ello, el TDLC solicitó y obtuvo un aumento de presupuesto para contar con más profesionales.

Transparencia y control en la gestión del TDLC:

Con miras a mantener altos estándares de transparencia y control en la gestión del TDLC y tal como anunciamos en la cuenta del anterior período, el 1° de junio de 2018 firmamos un convenio con la Dirección de Compras Públicas. En este mismo sentido, continuamos avanzando en la digitalización de los procesos internos del TDLC en el área de administración, finanzas y recursos humanos; así como en las políticas informáticas del Tribunal.

Actualización y revisión de la política de gestión de personas en el TDLC:

Asimismo, el TDLC tiene como objetivo trabajar constantemente en la actualización y revisión de las políticas de personal y en la capacitación de sus funcionarios. La institución la hacen las personas que la conforman y sin el compromiso y la extraordinaria calidad de quienes trabajan en este lugar, no podríamos intentar ser día a día el Tribunal de excelencia que aspiramos. Un área fundamental de esta política es la que contempla la capacitación de los funcionarios en las materias cuyo conocimiento y manejo es necesario para entregar un buen servicio al país. Es por ello que trabajadores de los distintos estamentos se han capacitado durante este período en temas como razonamiento jurídico y materias económicas.

Comenzamos también el trabajo de revisión de la política de gestión de personas con el objetivo de actualizar lo existente e instaurar un sistema coherente y completo que refleje la permanente búsqueda de calidad del trabajo y motivación de los funcionarios para hacer que este servicio público sirva el interés general.

Planificación estratégica:

Las medidas de las que doy cuenta han tenido como objetivo responder a las necesidades inmediatas del TDLC así como mantenernos en el camino hacia un servicio público sujeto a altos estándares. Como ya he mencionado, han pasado quince años y es hora de que nos detengamos a reflexionar sobre las lecciones que nos ha dejado el recorrido y, sobre todo, pensar en el futuro de nuestra insti-

tución, los desafíos que encontraremos y cómo les vamos a hacer frente, para lo cual, como les anuncié, hemos comenzado la planificación estratégica.

Implementación de la tramitación electrónica de los procesos que se llevan ante el TDLC:

Este año podemos anunciarles que hemos conseguido el financiamiento de nuestro proyecto de tramitación electrónica y hemos iniciado su implementación. A esta fecha, terminamos el segundo hito de los siete que están contemplados. Ha sido un trabajo arduo el llegar a esta etapa debido a las particularidades que tiene la tramitación en esta sede y a la envergadura del proyecto. A pesar de que aún no comenzamos la marcha blanca, estamos convencidos de que este cambio facilita el acceso a la justicia, lo que resulta especialmente relevante en un tribunal con jurisdicción nacional, y nos pone en línea con el poder judicial, el que migró a este nuevo sistema luego de la dictación de la ley de tramitación electrónica hace ya más de dos años.

A partir de hoy los abogados y habilitados en derecho podrán registrarse en el sitio internet del TDLC de manera de facilitar la marcha blanca que comenzará los próximos meses, lo cual informaremos oportunamente.

Por último, aprovecho esta ocasión para dar cuenta de las relaciones del TDLC con el medio y la comunidad internacional. Como hemos dicho, este es un tribunal especializado y que se caracteriza por las particularidades de las materias y de la tramitación en esta sede, por lo que nos resulta fundamental acercar a la ciudadanía no solo nuestros procesos, sentencias y resoluciones, sino también la normativa y las reglas de tramitación. Esto lo hacemos tanto a través de nuestra página internet como de los compendios y documentos impresos. Es esta misma razón la que nos motiva a transmitir las audiencias y vistas públicas vía *streaming* y publicar las noticias relevantes. 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.

Asimismo, el Tribunal ha participado en instancias académicas nacionales e internacionales, y ha mantenido los lazos con la comunidad internacional es-

pecializada en libre competencia, participando en encuentros institucionales. Entre ellos cabe destacar la participación en la *International Competition Network* (ICN), el *Global Forum Competition*, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) y la *International Bar Association* (IBA), entre otros.

El intercambio con los demás organismos e instituciones es un aporte invaluable para la resolución de los conflictos en esta sede en que el desarrollo de la doctrina y la experiencia internacional en una economía globalizada pueden servir de insumo y de guía para la adopción de nuestras decisiones. Como les señalé, los problemas de competencia derivados de la economía digital son una muestra de ello.

Como ven, los desafíos son muchos y estamos poniendo nuestros mejores esfuerzos por responder a ellos con la excelencia y el compromiso que esta institución y nuestro país se merecen.

Muchas gracias

TDLC Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL

MAYO 2018 ■ ABRIL 2019

TDLC
Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

INTRODUCCIÓN

En este capítulo se encuentra un resumen de la doctrina más relevante emanada por el Tribunal en el período que va de mayo 2018 a abril 2019, tanto de resoluciones intermedias de los procesos como de resoluciones de término.

A su vez, en este capítulo se incluye una ficha con el resumen de todas las Sentencias, Resoluciones e Informes emanados del Tribunal en el período que se da cuenta, además de la parte considerativa de las mismas.

Desistimiento de la demanda. Efectos. (Sentencia N° 163/2018)

En la Sentencia N° 163, el Tribunal analizó los efectos del desistimiento desde un punto de vista sustantivo y procesal. Se estimó que el desistimiento de todas las partes demandantes respecto de algunos de los demandados implica el abandono de la acusación en su contra y, en consecuencia, la imposibilidad de juzgar sus conductas. Consideró que el desistimiento absoluto respecto de algunas de las partes demandadas en el juicio pone fin a la imputación jurídica y a la pretensión de condena en su contra, presupuestos esenciales para que este Tribunal pueda declarar su responsabilidad en los hechos.

Con todo, desde una perspectiva procesal, por tratarse de un proceso que tiene por objeto la protección de un interés público, indisponible por las partes, el desistimiento sólo implica un abandono de la calidad de parte acusadora en el proceso, de modo que no obsta a que la responsabilidad del acusado pueda ser perseguida por otros actores. Lo anterior, por cuanto las normas sobre desistimiento del Código de Procedimiento Civil sólo se aplican en esta sede en todo aquello que no sea incompatible con la naturaleza de un proceso cuyo objeto de interés público es indisponible por las partes.

Así, el Tribunal estimó que el desistimiento de la demanda dirigida en contra de algunos demandados impide juzgar su eventual responsabilidad en los ilícitos imputados debido a la ausencia de partes acusadoras y no por extinción de su eventual responsabilidad en los hechos producto de una renuncia del interés jurídico protegido en esta sede, que es de suyo indisponible por las partes.

Revocación de actos administrativos y pérdida de objeto de los procesos. (Sentencias N° 162/2018 y N° 170/2019)

El Tribunal ha establecido que la acción ejercida carece de objeto en aquellos casos en los que el acto administrativo cuestionado en el proceso haya sido revocado por la autoridad respectiva, por cuanto con ello se extinguen sus

efectos. De esta forma, en la causa Rol C N° 339-17, el Tribunal puso término al proceso una vez concluido el período de discusión, atendido que el acto administrativo que dio origen al mismo fue revocado antes de que se trabara la *litis*. A su vez, en la causa Rol C N° 342-18, el Tribunal resolvió rechazar la demanda en aquellas pretensiones relacionadas con el acto administrativo, atendido que éste fue revocado en el transcurso del proceso.

Excepción de falta de legitimación activa como cuestión previa. (Resolución de 18.10.2018, en causa Rol C N° 347-18)

El Tribunal resolvió que excepcionalmente era posible realizar el examen relativo a la falta de legitimación activa como cuestión previa, cuando dicha situación se configura de manera manifiesta y evidente. Ello ocurriría, por ejemplo, en aquellos casos en que las propias afirmaciones de la demandante permiten desprender de forma clara e indubitada que carece de legitimidad para obrar en autos y que, por tanto, no será posible dictar una sentencia que verse sobre el fondo del asunto controvertido. Lo anterior se fundamenta, ante todo, en el principio de economía procesal.

Agregó, además, que la alegación de falta de legitimación activa de la demandante puede perfectamente enmarcarse en los presupuestos del artículo 303 N° 6 del Código de Procedimiento Civil, por cuanto se cumplen las exigencias para su procedencia, esto es: (i) que la excepción promovida diga relación con la corrección del procedimiento; y (ii) que la alegación deducida no afecte al fondo de la acción.

Tabla de emplazamiento aplica para notificación en el extranjero. (Resolución de 30.10.2018, en causa Rol C N° 358-18)

Mediante resolución dictada en la causa Rol C N° 358-18, el Tribunal aclaró que la extensión del plazo para contestar el requerimiento que concede el artículo 259 del Código de Procedimiento Civil sí es aplicable en esta sede, pero sólo para aquellos casos en que el requerido o demandado se encuentre fuera del territorio de la República, atendida la jurisdicción nacional del Tribunal.

Admisibilidad de las demandas. Claridad de las peticiones y de los hechos expuestos. (Resoluciones de 18.07.2018, en causa Rol C N° 357-2018, y de 02.08.2018, en causa Rol C N° 355-2018)

El Tribunal resolvió que, atendido lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 20 del D.L. N° 211, la parte demandante debe: (i) exponer clara y determinadamente los hechos, actos o convenciones que infringirían el D.L. N° 211; (ii) indicar el o los mercados en que incidirían las presuntas infracciones; y (iii) cumplir con los requisitos del artículo 254 del Código de Procedimiento Civil. En cuanto al primer y tercer requisito, estableció que la demanda debe describir los hechos y conductas imputadas de manera de propiciar una adecuada delimitación de la competencia del Tribunal, lo que implica que el libelo no debe ser ininteligible o vago respecto de las personas, causa de pedir o cosa pedida.

Necesidad de las partes de presentar prueba que acredite sus pretensiones (Sentencia N° 169/2019)

El Tribunal sostuvo que no existen antecedentes necesarios para acreditar un abuso de posición dominante en los términos que exige el artículo 3º del D.L. Nº 211, dado que no se aportaron al proceso antecedentes que permitan precisar el mercado en el que inciden las conductas denunciadas y que la demandante no acreditó la posición de dominio de la demandada ni demostró que la conducta acusada impide, restringe o entorpece la libre competencia, o tiende a producir dichos efectos.

Decisión de no ejercer la potestad de recomendación normativa. (Resolución de 26.12.2018, en causa Rol ERN N° 24-2018)

El Tribunal sostuvo que el ejercicio de la facultad conferida en el artículo 18 N° 4 del D.L. N° 211 se torna inoficiosa e inconducente si, con anterioridad a la recomendación, el Ejecutivo se pronuncia de algún modo favorable o desfavorable sobre la materia que es objeto del procedimiento iniciado en esta sede.

Acuerdos Extrajudiciales presentados por la FNE. Rol del Tribunal. (Resolución de 30.10.2018, en causa Rol AE N° 16-2018)

El Tribunal resolvió que, respecto de los acuerdos extrajudiciales, ejerce una mera función de control cuyo objeto es verificar que efectivamente el acuerdo cautele la libre competencia. En consecuencia, al aprobar un acuerdo extraju-

dicial el Tribunal no ejerce una función de revisión judicial, por lo que, en ese entendido, su análisis no tiene por objeto examinar los hechos que dieron lugar a la suscripción del mismo. Agrega que el Tribunal no puede modificar el acuerdo extrajudicial que se somete a su examen y, por ello, solo se le faculta para aceptarlo o rechazarlo.

Acuerdos Extrajudiciales presentados por la FNE. Regímenes de recursos en contra de las resoluciones que los aprueban o rechazan. (Resolución de 30.10.2018, en causa Rol AE N° 16-2018)

El artículo 39 letra ñ) del D.L. N° 211 que regula los acuerdos extrajudiciales alcanzados por la Fiscalía Nacional Económica con ciertos agentes del mercado, indica que las resoluciones que aprueban o rechazan los acuerdos extrajudiciales presentados por la FNE sólo son vinculantes para las partes que comparecieron al acuerdo. Por lo anterior, sólo ellas pueden verse agraviadas por lo resuelto e interponer el recurso de reposición que establece dicha norma. De esta forma, el Tribunal resolvió que el solo hecho que un tercero intervenga en la audiencia establecida en dicha norma no convierte a dicho tercero en una parte afectada por el acuerdo extrajudicial. Por tal motivo, la resolución aprobatoria o denegatoria que emita este Tribunal no genera efectos vinculantes a su respecto.

Recursos de Revisión Especiales. Estándar de revisión. (Sentencia N° 166/2018)

En cuanto al ámbito de revisión del recurso de revisión especial, el Tribunal resolvió que puede realizar un escrutinio tanto sobre el mérito como sobre la validez de las resoluciones de la Fiscalía Nacional Económica que prohíben una operación de concentración. En este sentido, el Tribunal puede basarse no sólo en los antecedentes contenidos en el expediente de investigación de la FNE sino que también puede utilizar la información que recabe de oficio o a petición de parte y tiene facultades para revisar en profundidad el análisis de la FNE sobre una operación de concentración. Asimismo, el Tribunal aseveró que, efectivamente, este proceso no consiste en un procedimiento especial jurisdiccional donde se resuelve el conflicto en única instancia sino que se enmarca en el proceso propio de un recurso cuya procedencia sólo exige la concurrencia de una causal genérica, vale decir, que quien notifica una operación de concentración sufra un agravio. El agravio, en este caso, se concreta cuando la Fiscalía prohíbe la operación de concentración.

Designación de procurador común. Asociación de Consumidores. (Resolución de 20.12.2018, en causa Rol C N° 304-16)

El Tribunal ordenó a las asociaciones de consumidores ODECU (Organización de Consumidores y Usuarios de Chile) y CONADECUS (Corporación Nacional de Consumidores y Usuarios de Chile) designar un procurador común en la causa, atendido que ambas asociaciones sostienen las mismas pretensiones y concurren en representación y defensa del mismo interés de los consumidores.

Principio de congruencia. (Sentencia N° 171/2019)

El Tribunal decidió no emitir un pronunciamiento respecto de acuerdos entre competidores que no estaban expresamente indicados en el requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica, atendido que, conforme al principio de congruencia procesal, el pronunciamiento del Tribunal se debe limitar al contenido de las peticiones formuladas expresamente por las partes.

Licitaciones públicas. Inadmisibilidad de consultas y demandas respecto de actos de autoridad dictados con posterioridad a la aprobación de las bases de licitación. (Resoluciones de 27.12.2018, en causa Rol NC N° 451-18; de 29.01.2019, en causa Rol C N° 368-19; y de 18.02.2019, en causa Rol C N° 369-19)

El Tribunal resolvió que, salvo casos excepcionales, carece de competencia para pronunciarse sobre un acto de autoridad que se ejecutó con posterioridad a la aprobación de las bases de licitación y que dice relación con el cumplimiento de dichas bases y, por consiguiente, con la observancia del principio de legalidad al que están sujetos todos los órganos del Estado, por expreso mandato constitucional, tal como se dispuso en la Sentencia N° 138/2014. Agregó que en este mismo sentido se ha pronunciado la Excma. Corte Suprema (sentencia Rol N° 13972-2013, considerandos noveno y décimo quinto), indicando que el Tribunal carece de competencia para pronunciarse respecto de conductas exclusorias o discriminatorias ocurridas con motivo o a propósito del proceso de selección de la empresa proveedora, posterior a la aprobación de las bases administrativas y técnicas, cuestión que sería de competencia del H. Tribunal de Contratación Pública, el que debe conocer de la impugnación de actos u omisiones, ilegales o arbitrarios, que se hayan verificado con ocasión de los procedimientos administrativos de contratación con organismos públicos regidos por la Ley N° 19.886.

Abandono del procedimiento. (Resolución de 26.02.2019, en causa Rol C N° 319-17)
El Tribunal estableció que el incidente de abandono del procedimiento es excepcionalmente compatible con el procedimiento contencioso regulado en el D.L. N° 211 y procede cuando el curso progresivo de los autos depende exclusivamente de la voluntad de las partes. Sin perjuicio de ello, el Tribunal indicó que, de conformidad con el artículo 152 del Código de Procedimiento Civil, no es posible decretar el abandono del procedimiento en aquellos casos en los que falta el emplazamiento válido de alguno de los demandados, ya que en ellos la *litis* no se ha trabado legalmente y, en consecuencia, no existe aún un juicio cuyo procedimiento pueda ser declarado abandonado.

Programas de cumplimiento como eximentes de responsabilidad. (Sentencia N° 167/2019)
El Tribunal resolvió que la existencia de un programa de cumplimiento de normas de libre competencia, cuya elaboración y ejecución reúne ciertos atributos mínimos, puede ser constitutivo de una causal eximente de responsabilidad ya que puede ser prueba manifiesta de aquel cuidado que permite al agente económico eximirse de responsabilidad por conductas anticompetitivas de sus trabajadores.

El Tribunal señaló que el incumplimiento de las normas que regulan la libre competencia en los mercados da origen a responsabilidad administrativa en esta sede cuando dicho incumplimiento es culpable, es decir, cuando el sujeto infringe la norma habiendo podido respetarla. De esta forma, un programa de cumplimiento serio, creíble y efectivo (cuestión que no depende del número de elementos que contenga) permite calificar la ocurrencia de conductas ilícitas como hechos que le fueron imposibles prevenir o evitar con la debida diligencia a la empresa respectiva.

Por último, el Tribunal agregó que corresponde siempre a la firma la carga de demostrar que un programa ha sido diseñado de manera razonable, ha sido debidamente implementado y que se ha aplicado correctamente cuando las circunstancias así lo han ameritado, de modo que pueda decirse que cumple con las características señaladas.

162 / 2018

TDLC
Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

SENTENCIA N° 162/2018

(Causa Rol C N° 339-17)

"Demanda de Constructora Capreva S.A.
contra Corporación Administrativa del Poder Judicial"

Fecha dictación: 31 de mayo de 2018.

Ministros que concurren al acuerdo: Sr. Enrique Vergara Vial, Presidente, Sr. Eduardo Saavedra Parra, Sr. Javier Tapia Canales y Sra. María de la Luz Domper Rodríguez.

Demandante: Constructora Capreva S.A. ("Constructora").

Demandado: Corporación Administrativa del Poder Judicial ("CAPJ").

Resumen de la controversia: La Constructora demandó a la CAPJ acusándola de haber incorporado en las bases de licitación para la construcción del Centro Judicial de Chillán (Licitación ID 425-101-LR17) una pauta de evaluación que atentaría contra la libre competencia al imponer una barrera de entrada que limitaría el acceso al mercado definido por dicha licitación de empresas aptas en capital y experiencia. En razón de ello, solicita que el Tribunal declare que la ponderación que se hace de experiencia y capital en las mencionadas bases de licitación atenta contra la libre competencia; que se ordene que dichas bases sean modificadas por un sistema que evalúe a los oferentes en igualdad de condiciones; y que dicte instrucciones precisas para fijar condiciones que fomenten la participación de la mayor cantidad de oferentes en procesos de licitación.

La CAPJ contestó la demanda indicando que la licitación cuestionada en autos quedó sin efecto, al haberse revocado el acto administrativo que aprobó sus bases.

Resolución del Tribunal: El Tribunal rechazó la demanda interpuesta, atendido que las bases de licitación objeto de la demanda fueron revocadas y que, por tanto, el objeto de la acción deducida ya no existe. En consecuencia, no fue posible emitir un pronunciamiento acerca de la conformidad de las bases de licitación con las normas que regulan la libre competencia en los mercados.

Recursos: Sin recursos pendientes.

Temas que trata: Falta de presupuesto procesal; efecto de la revocación de actos administrativos.

SENTENCIA N° 162/2018.

Santiago, treinta y uno de mayo de dos mil dieciocho.

Y CONSIDERANDO:

Primero: Que en la demanda de autos se acusa a la CAPJ de establecer en las bases de licitación para la construcción del Centro Judicial en Chillán una pauta evaluativa que atentaría contra la libre competencia, cuyas peticiones concretas se señalaron en el punto 1.2 de la parte expositiva;

Segundo: Que en la contestación, la CAPJ indicó que el acto administrativo que aprobó las bases de licitación objeto de la acción deducida en autos, fue revocado. Para estos efectos, la demandada acompañó en el primer otrosí de su presentación copia de la Resolución Exenta N° 0096 del Director de la CAJP ("Resolución Revocatoria") que revoca la licitación pública ID N° 425-101-LR17 relativa a la construcción de un Centro Judicial en Chillán;

Tercero: Que toda acción que da origen a un proceso tiene tres elementos: los sujetos, el objeto o *petitum* y la causa de pedir. Los sujetos de la acción corresponden a la persona que deduce la acción –sujeto activo– y la persona contra quien se dirige la acción –sujeto pasivo–; el objeto corresponde al beneficio jurídico o tutela concreta que se espera sea acogida por el Tribunal en su sentencia; y la causa de pedir corresponde al fundamento inmediato del derecho deducido en juicio;

Cuarto: Que el objeto de la acción deducida por la Constructora en autos es la obtención de un pronunciamiento por parte de este Tribunal respecto de la conformidad de las Bases de Licitación con las normas que regulan la libre competencia en los mercados;

Quinto: Que la revocación de actos administrativos, regulada en el artículo 61 de la ley N° 19.880, constituye una potestad de los órganos de la Administración del Estado para revisar y extinguir actos administrativos por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, sin perjuicio de que éstos hayan sido válidamente

emitidos. En el caso de autos, conforme a la Resolución Revocatoria, el Departamento de Infraestructura y Mantenimiento de la CAPJ detectó falencias en el diseño del proyecto licitado, razón por la cual finalmente se revocó el proceso licitatorio;

Sexto: Que los antecedentes expuestos en la consideración anterior dan cuenta de que el objeto de la acción deducida ya no existe, toda vez que las bases de licitación que se impugnan perdieron existencia jurídica en virtud del mencionado acto revocatorio;

Séptimo: Que, por las consideraciones antes expuestas, este Tribunal rechazará la demanda de autos en todas sus partes, por carecer de objeto la acción deducida;

Y TENIENDO PRESENTE lo dispuesto en los artículos 1º, 2º, 3º, 18 N° 1 y 19 y siguientes del D.L N° 211,

SE RESUELVE: rechazar la demanda de autos.

Notifíquese y archívese en su oportunidad.
Rol C N° 339-17

163 / 2018

TDLC
Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

SENTENCIA N° 163/2018

(Causa Rol C N° 305-16)

"Demanda de Alimentos Bío Bío Ltda.
y otros contra Alimentos y Frutos S.A. y otros"

Fecha dictación: 19 de junio de 2018.

Ministros que concurren al acuerdo: 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. Con prevenciones de los Ministros Domper y Arancibia.

Demandantes: Alimentos Frontera Limitada, Alimentos Centenario Limitada; Alimentos Dos Mil Limitada; Alimentos El Belloto Limitada; Alimentos Selman y Aravena Limitada; Sociedad Administradora Franquicias del Sur Limitada; Alimentos Peñuelas Limitada; Comercial Quinta Limitada; Sociedad de Inversiones Pauca Limitada; Sociedad de Inversiones Bochan Limitada; Sociedad de Inversiones Bureo Limitada; Sociedad de Inversiones Los Cuncos Limitada; Inversiones Duval y Fernández Limitada; Funfood S.A.; Aromasur S.A., Alimentos Bío Bío Limitada; Alimentos Isaoba Limitada; Alimentos Calafquén Limitada; y Sociedad Garay y Compañía Limitada (todos como "Franquiciados").

Demandados: Gastronomía y Negocios S.A. ("G&N"), Alimentos y Frutos S.A. ("Alifrut"), Embotelladora Andina S.A. ("Andina"), Coca-Cola Embonor S.A. ("Embonor"); y Ariztía Comercial Limitada ("Ariztía").

Resumen de la controversia: La demanda inicialmente fue deducida por diecinueve empresas franquiciadas del grupo Gastronomía y Negocios S.A. en contra de dicha empresa y de los proveedores de insumos Alifrut, Andina, Embonor y Ariztía. Fundamentaron su pretensión en que las empresas demandadas habrían abusado en conjunto de su posición de dominio en el mercado afectado por la vía de: (i) explotar la relación de dependencia que mantenían con los Franquiciados; (ii) cobrarles precios discriminatorios; e (iii) imponerles precios excesivos.

En razón de ello, solicitaron al Tribunal que declare que los actos imputados infringen las disposiciones del D.L. N° 211, ordenando el cese inmediato de dichas conductas y obligando a los proveedores vender sus productos a los Franquiciados a precios de mercado. A su vez, solicita que prohíba a los proveedores incluir en el precio de los insumos que venden cualquier suma ajena al valor propio de dichos productos; que ordene a G&N informar a sus Franquiciados sobre los acuerdos que celebre con proveedores de insumo y arrendadores de espacio para locales; que adopte cualquier otra medida que estime necesaria; y que imponga a cada una de las demandadas una multa de 20.000 UTA, todo con expresa condena en costas. Sin embargo, algunos de los Franquiciados se desistieron totalmente de la demanda, mientras otros lo hicieron sólo respecto de G&N, Alifrut y Ariztía. De esta forma, la Sentencia solo se refirió a la contienda sostenida entre las empresas demandantes que no se desistieron y Andina y Embonor.

Andina contestó la demanda solicitando el rechazo de ésta en todas sus partes, con costas y, en subsidio, en caso que se decida acoger la demanda total o parcialmente, eximir de la multa a Andina o imponer una menos gravosa. Todo lo anterior, basado en que los hechos denunciados sólo se relacionarían con el contrato celebrado entre la franquicia Doggis y Andina. Agrega que las conductas descritas sólo podrían haberse producido en el mercado aguas abajo y que no existiría discriminación anticompetitiva de precios, cobros excesivos ni abuso de relación de dependencia. Además, esta demandada opuso las excepciones de incompetencia absoluta del Tribunal, dado que esta contienda sería un conflicto comercial; y de falta de legitimación activa y pasiva respecto de algunos de los demandantes a los que no suministra sus productos. En subsidio de todo lo anterior, opone la excepción de prescripción extintiva de la acción.

Embonor contestó la demanda, solicitando su rechazo en todas sus partes, con costas, basado en que el asunto sometido al conocimiento de este Tribunal no sería un caso de libre competencia sino que, por el contrario, la verdadera pretensión de los Franquiciados sería participar de las ganancias que obtiene G&N producto de los contratos que celebra

con los proveedores. Expone que Embonor no influiría en la forma como se distribuyen los riesgos y las utilidades del modelo de negocios de franquicias y que los contratos de suministro son negociados directamente con la Franquiciante, quien definiría en qué condiciones se puede ser proveedor de insumos de la cadena de comida y cómo distribuir los ingresos dentro de ella. Agrega que no es efectivo la existencia de un abuso de relación de dependencia, discriminación arbitraria e imposición de precios excesivos. Asimismo, Embonor interpuso las excepciones de prescripción extintiva de la acción y falta de legitimación pasiva de Embonor, dado que sólo diez Franquiciados demandantes se encontrarían presentes en los territorios en que Embonor distribuye sus productos.

Resolución del Tribunal: El Tribunal rechazó la demanda de autos. Respecto a la explotación de la relación de dependencia, señaló que no es posible pronunciarse sobre esta conducta sin hacerlo acerca de la eventual responsabilidad de G&N, empresa que ya no estaba en el juicio. Sobre la imposición de precios discriminatorios, indicó que los eventuales problemas en la competencia que se deriven de las diferencia entre el precio recibido por el proveedor y el pagado por los Franquiciados a los proveedores requieren de un pronunciamiento acerca de la responsabilidad de G&N, ya que tal diferencia depende directamente de la forma en que ésta reparte los aportes variables a los Franquiciados, pronunciamiento que no es posible de realizar por las razones ya indicadas. Por último, acerca de la imposición de precios excesivos, el Tribunal dispuso que su análisis requiere examinar el funcionamiento de la franquicia y el rol de G&N en la definición de cada precio y sus efectos en el mercado, cuestión imposibilitada por los desistimientos presentados. El Tribunal, además, rechazó las excepciones de incompetencia deducida por Andina y de prescripción y falta de legitimidad opuestas por Andina y Embonor.

Recursos: Reclamación pendiente ante la Excma. Corte Suprema (Rol N° 16.604-18).

Temas que trata: Precios discriminatorios; precios excesivos; efectos del desistimiento parcial; excepción de incompetencia absoluta; excepción de prescripción; excepción de falta de legitimidad pasiva.

SENTENCIA N° 163/2018.

Santiago, diecinueve de junio de dos mil dieciocho.

Y CONSIDERANDO:

Primero: Que antes de resolver el fondo de la cuestión debatida, deben ser dilucidadas las excepciones procesales interpuestas por diversas partes en este juicio;

Segundo: Que, primero, Andina dedujo excepción de incompetencia de este Tribunal para conocer y juzgar la demanda de autos, porque, a su juicio, se trataría de un conflicto comercial referido a la distribución de los beneficios dentro de una determinada franquicia, asunto que correspondería naturalmente a la competencia de un tribunal civil;

Tercero: Que, a este respecto, se debe recordar que muchas relaciones de carácter comercial sustentadas en la celebración de contratos pueden, de todos modos, dar origen a problemas de libre competencia en un mercado determinado, sin perjuicio de las controversias de carácter civil o penal a que haya lugar. Si bien en ocasiones la separación entre un área y otra puede ser hecha con un mero análisis del relato de la demanda, en otras se requiere de un análisis más profundo de la prueba o, al menos, de un avance del proceso. Por esto, el artículo 3º del D.L. N° 211 posee un carácter amplísimo a efectos de otorgar competencia para juzgar todo tipo de hechos, actos o convenciones;

Cuarto: Que, en particular, el modelo de negocios de franquicia ha sido objeto de análisis de libre competencia desde su desarrollo inicial a partir de la segunda mitad del siglo veinte (Cfr. Covey, Frank, "Franchising and the Antitrust Laws: Panacea or Problem", en *Notre Dame Law Review*, Volumen 52 N° 5, Junio, 1967, p. 605 a 626). Además, el relato de los hechos expuesto en la demanda en este caso ha sido enmarcado no en el incumplimiento de obligaciones contractuales de las demandadas, sino precisamente en eventuales infracciones a la libre competencia derivadas de las relaciones comerciales que las vinculan. Específicamente, las partes demandantes imputan a las demandadas una explotación

abusiva de su posición dominante en el mercado relevante por la vía de ejecutar actos de discriminación arbitraria de precios, explotación abusiva de una relación de dependencia y el establecimiento de precios excesivos;

Quinto: Que, en consecuencia, y tal como se señaló a fojas 528, los ilícitos imputados podrían constituir infracciones a las normas de la libre competencia que, *prima facie*, corresponden sean conocidas y juzgadas en esta sede en virtud de lo establecido en el artículo 5° del D.L. N° 211, por lo que la excepción de incompetencia será rechazada;

Sexto: Que, en segundo lugar, Embonor opuso excepción de prescripción extintiva de la acción deducida en este caso, fundada en que habrían transcurrido más de tres años (artículo 20 del D.L. N° 211) desde la fecha de ejecución de las conductas imputadas en la demanda, esto es, el 30 de octubre de 2012, como fecha del último contrato celebrado con G&N, y la fecha de notificación de la demanda el día 3 de marzo de 2016;

Séptimo: Que, al respecto, si bien la demanda efectivamente fue notificada en la fecha indicada, Embonor fue notificada de la medida prejudicial preparatoria que preparó la entrada de este juicio el 27 de agosto de 2015, es decir, dentro del plazo de tres años transcurrido desde la época de ejecución de la conducta. La cuestión, entonces, consiste en dilucidar si esta última notificación produjo el efecto de interrumpir la prescripción de la demanda en los términos del artículo 20 inciso 5° del D.L. N° 211, que dispone que la prescripción que extingue las acciones contempladas en esta norma "se interrumpe por requerimiento del Fiscal Nacional Económico o demanda de algún particular, formulados ante este Tribunal";

Octavo: La jurisprudencia uniforme de los tribunales superiores de justicia ha interpretado la expresión "demanda" en términos más amplios, referidos a cualquier gestión judicial que tenga por objeto el resguardo del interés que se estima afectado (*Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas*, Código Civil y Leyes Complementarias, Tomo XI, Editorial Jurídica de Chile, 3ª ed., 1998, p. 283 y 286; y De la Maza Gazmuri, Íñigo, *Código Civil, Sistematizado con Jurisprudencia*, Thomson Reuters, 2015, p. 2023);

Noveno: Que de lo anterior es posible concluir que, en el caso de autos, la notificación de la medida prejudicial preparatoria dentro del plazo de tres años contado desde la ejecución de la conducta imputada tuvo la aptitud de producir la interrupción de la prescripción, pues se trató de una gestión destinada, precisamente, a preparar un juicio que tiene por objeto el resguardo del interés que se estima afectado por la conducta. Por esta razón, la excepción de prescripción extintiva de la acción dirigida en contra de Embonor será rechazada;

Décimo: Que, en tercer lugar, Andina también opuso, aunque en subsidio de su defensa de fondo, una excepción de prescripción extintiva de la acción fundada en que habían transcurrido más de tres años (artículo 20 del D.L. N° 211) desde la fecha de ejecución de las conductas acusadas hasta la fecha de la notificación de la demanda. En efecto, las conductas se habrían ejecutado el 30 de octubre de 2012 (fecha del último contrato celebrado entre Andina y G&N) y la demanda fue notificada el 4 de febrero de 2016. Sin embargo, al igual que Embonor, Andina fue notificada de la medida prejudicial preparatoria el 27 de agosto de 2015, esto es, dentro del plazo de tres años contado desde la ejecución de la conducta imputada. Por tanto, aplicando el mismo razonamiento utilizado en el considerando anterior, la excepción de Andina debe ser rechazada;

Undécimo: Que, en cuarto lugar, Andina sostiene que las demandantes Aromasur y Calafquén adolecen de falta de legitimación activa, por carecer de la calidad de sujeto pasivo de la conducta acusada, pues no habrían operado la franquicia Doggis al momento de la interposición de la demanda. Sin embargo, tal excepción debe ser rechazada porque la demanda no se refiere únicamente a los locales de la marca Doggis, sino que también incluye las marcas Bob´s, Juan Maestro y Mamut. De esta manera, dado que Aromasur y Calafquén operan locales de la franquicia de Juan Maestro, poseen legitimación activa en estos autos;

Duodécimo: Que, en quinto lugar, Andina sostiene tanto su propia falta de legitimación pasiva como la falta de legitimación activa de Alimentos Centenario Limitada, Alimentos Dos Mil Limitada, Alimentos El Belloto Limitada y Alimentos Bío Bío SpA, fundada en que no opera comercialmente en el territorio en el que están situados los locales de estas últimas. Asimismo, Andina sostiene que la excepción

sería extensible a todas las demandantes, ya que la conducta imputada se referiría únicamente a la relación comercial y contractual de éstas con G&N;

Decimotercero: Que, en particular, este Tribunal ha señalado que la legitimación pasiva debe entenderse como la "*aptitud para soportar el ejercicio y las consecuencias de la acción, y por consiguiente, del poder jurisdiccional, y necesariamente tiene que ver con el contenido de la relación jurídica material en que la parte incoada efectiva y realmente participó*" (Sentencia N° 131/2013). Por consiguiente, la legitimación pasiva dice relación con la cualidad de un sujeto para situarse jurídicamente en una posición en que el derecho exige, respecto de él y no de otra entidad o persona, el contenido de una pretensión;

Decimocuarto: Que, en cuanto a la argumentación relativa a que Andina no opera comercialmente en el territorio en el que están situados los locales de las franquiciadas respecto de las cuales se opone la excepción, debe tenerse presente que la conducta acusada en la demanda no dice relación con un territorio determinado, sino con todo el territorio nacional. En efecto, la demanda define el mercado donde se habrían producido los ilícitos anticompetitivos como aquel "*de adquisición de los insumos principales para los franquiciados del Grupo G&N*" (fojas 57). Siendo esto así, la ausencia de operaciones de la demandada en ciertos territorios sólo sería relevante para determinar la eventual extensión del ilícito imputado, en caso de ser acreditado, pero no para sostener alegaciones parciales de falta de legitimación pasiva con respecto a territorios determinados;

Decimoquinto: Que en lo que respecta a la alegación de que la conducta imputada se referiría únicamente a la relación comercial y contractual de las Demandantes con G&N, cabe señalar que la demanda fue dirigida no sólo en contra de dicho franquiciante, sino también en contra de algunos agentes económicos que celebraron contratos con ella para proveer de insumos a las Demandantes. Uno de esos agentes es precisamente Andina. En consecuencia, el objeto del proceso comprende una imputación de abuso de posición dominante conjunta en una relación jurídica material respecto de la cual Andina es sujeto directo, razón por la cual es ciertamente legitimada pasiva, sin perjuicio de lo que se resolverá a continuación sobre el fondo del asunto deducido;

Decimosexto: Que, finalmente, Embonor también opuso excepción de falta de legitimación pasiva respecto de las Demandantes radicadas en territorios ajenos a su operación, las que no tendrían una relación comercial con la demandada. Sin embargo, tal como se ha señalado, la eventual ausencia de operaciones de Embonor en ciertos territorios sólo es relevante para determinar la eventual extensión del ilícito imputado, en caso de ser acreditado. De esta forma, la excepción en comento también será rechazada;

Decimoséptimo: Que habiendo sido dilucidadas las excepciones procesales interpuestas por las partes, corresponde referirse al fondo del asunto controvertido;

Decimoctavo: Que, tal como se señaló en los párrafos 15 a 18 de la parte expositiva, algunos de los Franquiciados se desistieron totalmente de la demanda, mientras que las Demandantes se desistieron de ella sólo respecto de G&N, Alifrut y Ariztía. Como se mostrará en lo que resta de esta sentencia, esta situación ha producido efectos cruciales para la resolución del fondo del conflicto presentado en autos pues, jurídicamente, los desistimientos impiden completamente efectuar un análisis del problema tal y como fue planteado en la demanda. Por esto, antes de analizar los ilícitos imputados específicamente en este caso, es conveniente establecer, de modo general, los efectos sustantivos y procesales de esos desistimientos;

Decimonoveno: Que, desde el punto de vista sustantivo, el desistimiento de todas las partes demandantes respecto de G&N, Alifrut y Ariztía implica el abandono de la acusación en su contra y, en consecuencia, la imposibilidad de juzgar sus conductas. Como se sabe, el D.L. N° 211 estableció un proceso contencioso de libre competencia de carácter adversarial, en el que las partes o la FNE, en su caso, son quienes pueden incoar el procedimiento. Rige en plenitud, entonces, el aforismo *nemo iudex sine actore*, en virtud del cual el Tribunal carece de la potestad para resolver la cosa litigiosa *ex officio* ante la desaparición sobreviniente de la pretensión específica en contra de un sujeto de derecho. En otras palabras, el desistimiento absoluto respecto de algunas de las partes demandadas en el juicio pone fin a la imputación jurídica y pretensión de condena en su contra, presupuestos esenciales para que este Tribunal pueda declarar su responsabilidad en los hechos;

Vigésimo: Que, sin perjuicio de lo anterior, desde una perspectiva procesal, por tratarse de un proceso que tiene por objeto la protección de un interés público, indisponible por las partes, el desistimiento en esta sede no constituye un equivalente jurisdiccional que extinga la eventual responsabilidad del demandado en los hechos, como si se tratara de una renuncia a la acción propia de un procedimiento dispositivo de derechos subjetivos. Por el contrario, el desistimiento en procesos de interés público sólo importa una renuncia o disposición de los derechos procesales de calidad de parte en el juicio, de los que el demandante sí es titular. En otras palabras, esa renuncia sólo implica un abandono de la calidad de parte acusadora en el proceso, de modo que no obsta a que la responsabilidad del acusado pueda ser perseguida por otros actores. Debe recordarse que las normas sobre desistimiento del Código de Procedimiento Civil sólo se aplican al desistimiento en esta sede en todo aquello que no sea incompatible con la naturaleza de un proceso cuyo objeto de interés público es indisponible por las partes;

Vigésimo primero: Que, a mayor abundamiento, la forma contradictoria del proceso de libre competencia no obedece al principio dispositivo de derechos subjetivos, sino que a la necesidad de asegurar el principio de oficialidad o máxima protección del interés público. Esto se logra mediante la atribución a diversos sujetos del poder jurídico para actuar en procesos sobre hechos graves para el orden económico, salvaguardando la debida imparcialidad judicial. Por la misma razón, la exigencia de legitimación activa a tales sujetos en términos de interés suficiente o afectación directa no se ordena a acreditar que son titulares materiales de la relación jurídica controvertida, sino únicamente a demostrar que reúnen la aptitud y seriedad mínima para asumir la calidad de parte acusadora en el juicio;

Vigésimo segundo: Que, atendido todo lo señalado y en concreto, el desistimiento de la demanda dirigida en contra de G&N, Alifrut y Ariztía impide juzgar su eventual responsabilidad en los ilícitos imputados en esta causa debido a la ausencia de partes acusadoras y no por extinción de su eventual responsabilidad en los hechos producto de una renuncia del interés jurídico protegido en esta sede, que es de suyo indisponible por las partes;

Vigésimo tercero: Que, sin perjuicio de lo anterior, el desistimiento absoluto de la demanda dirigida en contra de G&N, Alifrut y Ariztía no obsta a que todas las partes originales en contra de las cuales se dirigió la acción (es decir, incluidas estas tres) puedan ser mencionadas en el relato de los hechos que sirven de base para pronunciarse acerca de la responsabilidad de quienes permanecen demandados en este proceso;

Vigésimo cuarto: Que, una vez resuelto el alcance jurídico general de los desistimientos de la demanda presentados en autos, corresponde determinar qué efectos se derivan de ellos respecto de las conductas inicialmente imputadas en la demanda. Para ello, es necesario efectuar una digresión con el objeto de analizar algunas de las características principales de los contratos de franquicias celebrados por G&N y sus franquiciados y proveedores, según corresponda;

Vigésimo quinto: Que, en primer lugar, como se puede observar en los documentos contenidos en el disco compacto acompañados por G&N a fojas 4115, y lo descrito en la demanda a fojas 26 y siguientes, en los contratos de franquicia dicha firma en general exige a sus franquiciados el pago de un *fee* inicial y de otros derechos mensuales que consisten en: (i) un Derecho Inicial, que cubre el derecho a adquirir la franquicia y a abrir el local; (ii) un Derecho Mensual por Servicios o Royalty, por concepto de uso y goce de la franquicia, que se establece en base a un porcentaje de las ventas netas mensuales; y (iii) un Derecho Mensual por Publicidad, que también se define en base a un porcentaje de las ventas netas mensuales. A cambio de estos pagos, G&N otorga el derecho a usar de sus marcas y el *know how* asociado a ellas;

Vigésimo sexto: Que, enseguida, en los contratos de franquicia se establece que es G&N quien fija los precios finales máximos de venta que cobran los franquiciados a los consumidores. Tal fijación se materializa, en los hechos, mediante un sistema centralizado que conecta las máquinas de pago (POS) de los locales franquiciados con las oficinas del Grupo G&N. De esta forma, aunque los franquiciados tienen libertad para determinar el precio de venta final, G&N controla que dicho precio no sobrepase el máximo fijado en el contrato;

Vigésimo séptimo: Que, en tercer término, en los contratos de franquicias también se establece que G&N es el único que negocia los términos de comercializa-

ción con los proveedores respecto de los insumos necesarios para comercializar los productos. Por ende, los franquiciados están obligados a comprar los insumos sólo a los proveedores autorizados o designados por el G&N, quedándoles prohibido cambiar de proveedor directamente;

Vigésimo octavo: Que, por último, en los contratos entre G&N y los proveedores demandados, denominados "Contrato de Suministro y Actividades de Marketing" (exhibidos por G&N, Embonor y Andina, a fojas 9 del expediente Rol C 296-2015 y a fojas 658), se establecen las condiciones de provisión de insumos a los franquiciados, los descuentos a los precios lista y los pagos que realizan los proveedores a G&N. Entre las condiciones, los contratos incluyen cláusulas de exclusividad publicitaria, pero con libertad de provisión (páginas 3 y 4 de los contratos). Es decir, G&N puede permitir a los franquiciados ofrecer bebidas analcohólicas de otros proveedores. Respecto a los descuentos a los precios de lista, los contratos disponen que éstos se aplican sobre los precios netos de las listas oficiales de los productos de Andina y Embonor. Finalmente, en lo que respecta a los pagos que realizan los proveedores a G&N, en los contratos se pactan "aportes variables", que consisten en un porcentaje que se aplica sobre las ventas netas totales de los productos que Embonor y Andina hayan efectuado a los locales de comida rápida de G&N (páginas 9, 11 y 14 de los contratos);

Vigésimo noveno: Que, como se observa de esta somera descripción de algunas características de los contratos, G&N cumple un rol central e irremplazable en cada uno de los distintos ámbitos más relevantes que surgen de las relaciones contractuales entre las diferentes partes. De aquí que, como se ha dicho y se mostrará a continuación, el desistimiento de todas las demandantes en su contra afecta de manera fundamental el análisis de cualquier potencial conducta anticompetitiva que diga relación con tales aspectos, más aún dado que la demanda está basada en la actuación conjunta de los proveedores y G&N;

Trigésimo: Que, en efecto, los Franquiciados acusaron que tanto G&N como algunos de sus proveedores de insumos necesarios para el funcionamiento de los locales de *fast food* (Alifrut, Andina, Embonor y Ariztía), habrían abusado en conjunto de su posición de dominio en el mercado relevante descrito en la demanda por la vía de (i) explotar la relación de dependencia que mantenían con las Demandantes; (ii) cobrarles a éstos precios discriminatorios; e (iii) im-

ponerles precios excesivos. Al respecto, indica que los ilícitos anticompetitivos acusados en autos "*han sido cometidos por los Proveedores Demandados, en conjunto y de acuerdo con el Grupo GYN*" y que "*el rol del Grupo GYN en estos abusos ha sido completamente decisivo*" (fojas 64);

Trigésimo primero: Que respecto a la explotación de la relación de dependencia, las Demandantes sostienen que, en este caso, se cumpliría con los requisitos para que concurra esta conducta, indicados en la Sentencia N° 21/2005. Allí se señaló que para configurarla es necesario que (i) exista una demanda cautiva producto de la dependencia; (ii) existan barreras a la movilidad en el mercado que genera dicha dependencia; y (iii) exista un aprovechamiento abusivo de dicha relación o que se busque únicamente beneficiar a quienes son parte del contrato de suministro exclusivo, sin perjuicio de quien soporta el costo de estos (consideraciones 8° y 9°);

Trigésimo segundo: Que la relación que vincula a las Demandantes con los proveedores demandados respecto de los cuales continúa este proceso (reiterando, Andina y Embonor) sólo puede ser explicada en razón del contrato que esos mismas Demandantes suscribieron con G&N. Tal como se señaló, es el contrato de franquicia el que establece que G&N negocia los términos de comercialización con los proveedores elegidos por él, lo que, según las Demandantes, los dejaría "*claramente cautivos al tener que obligatoriamente comprar sus insumos principales únicamente a los Proveedores Demandados*" (fojas 69). En otras palabras, una vez firmado el contrato de suministro entre G&N y el proveedor del insumo, el franquiciado no puede cambiar de proveedor directamente, sino que es G&N quien mantiene la opción de hacerlo cada vez que termine un contrato, si otro ofrece mejores condiciones. Así, la relación de los proveedores demandados con las Demandantes existe exclusivamente porque G&N impone condiciones a ambas partes de la relación contractual;

Trigésimo tercero: Que, por lo tanto, cualquier análisis de un eventual aprovechamiento abusivo de la relación proveedor-franquiciados implica necesariamente considerar a G&N conjuntamente con Andina y Embonor, como lo reconoce la propia demandante. Esto significa que no es posible pronunciarse acerca de esta conducta imputada de modo conjunto sin hacerlo acerca de la eventual

responsabilidad de G&N, lo que no resulta materialmente posible en atención a los desistimientos presentados. Por esto, la demanda contra los proveedores por esta conducta no puede perseverar;

Trigésimo cuarto: Que en lo que respecta a la segunda conducta imputada, la imposición de precios discriminatorios, las Demandantes señalan que "*los proveedores demandados, actuando de consuno con el Grupo GYN, han cobrado a los franquiciados, en forma sistemática, precios muy superiores a los cobrados a operadores de otras cadenas de comida rápida y restaurantes en general*" (fojas 66). De este modo, indican que los precios cobrados por los proveedores (i) no serían objetivos, pues la única justificación de las diferencias con compradores similares es que las Demandantes están obligados por contrato a comprarles sus insumos principales; (ii) no serían transparentes, por cuanto las Demandantes, al firmar sus respectivos contratos, desconocían que G&N habría alcanzado acuerdos con los Proveedores que les permitían cobrar precios superiores a los de mercado; (iii) serían arbitrarios; y (iv) carecerían de justificación económica;

Trigésimo quinto: Que la situación fáctica del proceso es en este caso similar a la antes descrita: el rol de G&N en la relación entre los proveedores demandados en autos y las Demandantes es crucial para determinar si concurre la conducta anticompetitiva imputada. Según se ha visto, los precios pagados por los franquiciados corresponden a aquellos que G&N negoció con cada una de las firmas originalmente demandadas, y equivalen al precio lista oficial de Andina y Embonor, menos el descuento indicado en el considerando vigésimo octavo. Sin embargo, el precio efectivamente recibido por el proveedor es el que aparece en la lista oficial de Andina y Embonor, menos el descuento y menos los aportes variables establecidos en los contratos entre G&N y estos proveedores, también mencionados en el considerando vigésimo octavo ("Precio Neto");

Trigésimo sexto: Que las Demandantes argumentan que los proveedores podrían discriminarlos en el cobro de sus precios precisamente en razón del poder de mercado que les concederían los contratos de franquicia (suscritos entre G&N y las Demandantes), en los que se pactan ciertas obligaciones en virtud de las cuales se le entregaría a cada proveedor el monopolio del mercado de insumos respecto a cada franquiciado ("*el único proveedor posible para toda*

la cadena de franquicias del Grupo GYN, lo que les permite ejercer en sus mercados específicos un poder monopólico respecto de todos los franquiciados del Grupo GYN", fojas 57). Sin embargo, el precio que se debe tomar en cuenta para evaluar una eventual discriminación es el Precio Neto. Por tanto, los eventuales problemas en la competencia que se deriven de la diferencia entre este precio y el pagado por los franquiciados a los proveedores requieren un pronunciamiento acerca de la responsabilidad de G&N, ya que tal diferencia depende directamente de la forma en que ésta reparte los aportes variables a los franquiciados;

Trigésimo séptimo: Que, finalmente, respecto a la última conducta imputada, esto es, la imposición de precios excesivos, las Demandantes indican que existirían en autos sólidas evidencias "*que acreditan suficientemente que los Proveedores Demandados, en conjunto con el grupo GYN, han vendido a los Franquiciados sus productos a precios extremadamente excesivos*" (fojas 73). Aseveran que se cumplirían, en este caso, los criterios señalados en la Sentencia N° 140/2014, debido a que (i) existiría posición dominante, la que provendría de derechos esenciales o exclusivos, y (ii) existirían barreras a la entrada altas y no transitorias;

Trigésimo octavo: Que, sin embargo, tal como se indicó en el considerando trigésimo quinto, Embonor y Andina no negocian los precios con las Demandantes, sino que con G&N. Por este motivo, si bien esos proveedores cobran el precio que se imputa excesivo, no tienen injerencia en cómo se reparten sus aportes a G&N al interior de la franquicia. Por estas razones la demanda tampoco puede prosperar por esta acusación. Nuevamente, entonces, el eventual análisis de si dichos precios pudieran ser o no excesivos, requiere analizar el funcionamiento de la franquicia en su totalidad y el rol de G&N en la definición de cada precio y sus efectos en el mercado, cuestión que no es posible atendido los desistimientos presentados;

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

SE RESUELVE:

1) **RECHAZAR** la excepción de incompetencia absoluta deducida por Andina;
2) **RECHAZAR** la excepciones de prescripción y falta de legitimidad opuestas por Andina y Embonor;
3) **RECHAZAR** en todas sus partes la demanda presentada por Alimentos Bío Bío SpA, Alimentos Frontera Limitada, Alimentos Calafquén Limitada, Alimentos Centenario Limitada, Alimentos Dos Mil Limitada, Alimentos El Belloto Limitada, Alimentos Isaoba Limitada, Alimentos Peñuelas Limitada, Funfood Limitada, Aromasur S.A. y Sociedad Garay y Compañía Limitada, a fojas 12, en contra de Embotelladora Andina S.A. y Coca-Cola Embonor S.A.; y
4) **CONDENAR** en costas a las Demandantes, por haber sido totalmente vencidas.

SE PREVIENE que la Ministra Sra. Domper y el Sr. Arancibia, si bien estuvieron por rechazar la demanda, difieren en cuanto a la razón principal en que se funda el considerando vigésimo noveno para desestimarla. A sus juicios, el desistimiento de todos los demandantes respecto de G&N sólo afecta de manera fundamental el análisis de las conductas en razón de que fueron atribuidas al obrar "conjunto" de las demandadas. En consecuencia, el carácter conjunto de la imputación no es el factor adicional sino principal que afecta el análisis de las conductas en razón de los desistimientos presentados.

SE PREVIENE que la Ministra Sra. Domper además difiere en el motivo para rechazar la acusación de precios excesivos. A su juicio y, tal como lo ha sostenido previamente (Sentencia N° 140/2014 y Sentencia N° 93/2010), el solo hecho de que una empresa cobre precios excesivos sin que medie o sean consecuencia de una conducta abusiva de su parte no constituye un caso de explotación abusiva de su posición dominante.

Notifíquese y archívese, en su oportunidad.
Rol C N° 305-16

164 / 2018

TDLC
Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

SENTENCIA N° 164/2018

(Causa Rol C N° 333-17)

"Demanda de Oscar Morales L. contra Trefimet S.A."

Fecha dictación: 28 de septiembre de 2018.

Ministros que concurren al acuerdo: Sr. Enrique Vergara Vial, Presidente, Sr. Eduardo Saavedra Parra, Sr. Javier Tapia Canales, Sra. Daniela Gorab Sabat y Sra. María de la Luz Domper Rodríguez.

Demandante: Oscar Morales Lucero.

Demandado: Trefimet S.A. ("Trefimet").

Resumen de la controversia: Óscar Morales interpuso una demanda en contra de Trefimet por conductas contrarias a la libre competencia y a la ética mercantil. El demandante señala tener una empresa que manufactura y produce lanzas térmicas e indica que Trefimet es una empresa metalúrgica que también manufactura lanzas térmicas y que tiene cerca de un 85% del mercado relevante de producción, manufacturación y comercialización de lanzas térmicas en Chile. El demandante acusa que Trefimet, aprovechándose de su posición dominante, habría instado a sus clientes, entre ellos Enami y Codelco, mediante el envío de cartas, a que no compraran sus productos pues, supuestamente, estaría infringiendo la Ley N° 19.039, de Propiedad Intelectual. Asimismo, denuncian que Trefimet se habría comunicado con el maestro matricero de ambas a quien le indicó que Trefimet dejaría de contratarlo si continuaba realizando matrices para Oscar Morales. En razón de lo anterior, solicitó al Tribunal que declare que Trefimet ha infringido el D.L. N° 211 pues, abusando de su poder de mercado, habría amedrentado a las empresas Codelco y Enami y, en consecuencia, afectó su participación en las licitaciones convocadas por estos clientes. Además, solicita condenar a Trefimet a una multa de 10.000 UTA, y/o el monto que el Tribunal considere pertinente, y pagar las costas de la causa.

Trefimet solicita que se rechace la demanda en todas sus partes, con costas, atendido que no es efectivo que haya amedrentado a los futuros clientes de Oscar Morales sino que lo único que hizo fue poner en conocimiento de sus propios clientes una situación irregular detectada y debidamente comprobada. Además, a su juicio, todas las acciones emprendidas se enmarcarían en el ámbito legal de protección de su derecho de propiedad industrial y la legítima explotación comercial de su patente de invención. Por último, indica que el mercado de lanzas térmicas contaría con sustitutos diversos y eficientes, por lo que no tendrían posición dominante.

Resolución del Tribunal: El Tribunal acogió, con costas, la demanda interpuesta al considerar que las comunicaciones enviadas por Trefimet S.A. a clientes del demandante tuvieron por objeto desacreditarlo y desviar su clientela; y que Trefimet tendría una participación de, al menos, 66,7% del mercado total de lanzas térmicas.

Recursos: Reclamación pendiente ante la Excma. Corte Suprema (Rol N° 26.525-18).

Temas que trata: Competencia desleal con efectos en la libre competencia.

SENTENCIA N° 164/2018.

Santiago, veintiocho de septiembre de dos mil dieciocho.

Y CONSIDERANDO:

Primero: Que, tal como se señala en la parte expositiva, el demandante –Oscar Morales– acusa a la demandada –Trefimet– de haber incurrido en actos "*impropios y contrarios a la ética mercantil y a la libre competencia*" (fojas 11). Estos habrían consistido en que, aprovechándose de su posición de dominio como manufacturera y productora de "lanzas térmicas", esto es, un tipo de herramientas utilizadas principalmente en la minería para la fundición de material ferroso o no ferroso, Trefimet habría instado a Codelco y Enami a que no adquirieran el producto fabricado por el demandante, en razón de que este último se encontraría –supuestamente– vulnerando derechos de propiedad industrial del demandado. Oscar Morales incluso califica tales conductas de "amedrentamiento" (*ibíd.*). Por lo anterior, solicita que se declare "*que* [Trefimet] *ha infringido el DL 211 al haber amedrentado a las empresas Codelco y Enami con situaciones que no se ajustan a la verdad, con lo cual [su] participación [...] en licitaciones se ha visto vulnerada*" y que se la condene al pago de una multa y de las costas del juicio (fojas 20);

Segundo: Que los hechos específicos relatados en la demanda relativos al envío de comunicaciones por Trefimet a clientes de Oscar Morales son descritos y analizados en los considerandos octavo y siguientes. Lo importante de destacar es que, por ahora, salvo excepciones, Trefimet no los ha negado en su contestación, sino que se ha defendido de ellos aduciendo que se encontraba ejerciendo una forma legítima de defensa de sus derechos de propiedad industrial. En efecto, la demandada sostiene que "*lo único que ha desarrollado, es el despliegue razonable, serio y sobre bases de hecho concretas, de acciones y gestiones tendientes a hacer efectiva la protección de su privilegio industrial*" (fojas 240 vuelta);

Tercero: Que, dado lo anterior y de forma previa al análisis, resulta conveniente establecer desde ya algunos hechos centrales que sirven de contexto y de base

de la disputa, todos los cuales no han sido controvertidos en esta causa. Estos son los siguientes:

a) Ambas partes son competidoras al menos en la fabricación y venta de un cierto tipo de "lanzas térmicas". Aunque el mercado relevante parece ser disputado (en la forma indicada en los considerandos trigésimo segundo y siguientes), no lo es el hecho que ambas partes compiten en al menos el producto más relevante para esta causa;
b) Trefimet posee dos patentes de invención (N° 44.086 y N° 51.189) relativas a tales lanzas (las cuales precisamente sostiene haber intentado proteger de forma legítima);
c) Trefimet envió correspondencia a Codelco y Enami relacionadas con la controversia que mantenía con Oscar Morales. El contenido de dicha correspondencia es detallado más adelante en esta sentencia;
d) En el mes de julio de 2017, Codelco llamó a una licitación para proveerse de lanzas térmicas, licitación que primero fue declarada desierta y luego habría sido adjudicada en octubre a Trefimet por un período de cuatro años;

Cuarto: Que, también de manera previa al análisis, resulta conveniente dilucidar una cuestión de derecho que ha sido planteada en autos. La demandante indica que las conductas de la demandada habrían infringido el artículo 3º inciso primero del D.L. Nº 211 y la letra "a" del inciso segundo de la misma disposición. Esta última referencia es claramente errónea. Como bien sostiene Trefimet (fojas 240 vuelta), las conductas referidas en dicha "letra a" son alusivas a aquellas colectivas de carácter colusorio y en ese contexto debe ser entendida la expresión utilizada en la norma, referida a "afectación de procesos de licitación". Con todo, como también reconoce de cierta forma el propio demandado en su contestación, el libelo es claro en señalar que las conductas imputadas tienen un carácter unilateral y corresponden a actos de competencia desleal, los cuales se encuentran normados en la letra "c" de la misma disposición. Es en ese marco, entonces, que la demanda debiera ser analizada;

Quinto: Que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 3º letra c) del D.L. Nº 211, los actos de competencia desleal sólo son posibles de ser sancionados en esta sede si

tienen por objeto permitir que quien los ejecuta alcance, mantenga o incremente una posición de dominio en el mercado relevante. Ello implica que se debe probar no sólo un elemento conductual, sino también uno de carácter estructural. En este orden se realiza el examen de los hechos en lo que sigue de esta sentencia;

Sexto: Que, atendido lo anterior, es necesario analizar, en primer término, si las conductas descritas en la demanda pueden ser constitutivas de actos de competencia desleal (o, como señala Oscar Morales, "contrarias a la ética mercantil"). De acuerdo a lo indicado en el artículo 3° de la Ley N° 20.169, tales actos consisten en acciones contrarias a la buena fe o a las buenas costumbres y que, por medios ilegítimos, persiguen desviar clientela de un agente del mercado;

Séptimo: Que, por cierto, el análisis de este punto no puede referirse, en caso alguno, ni lo hace, a la eventual infracción al contenido de las patentes de invención que posee la demandada o a la Ley N° 19.039, por tratarse de una materia que es de competencia de otras autoridades. En especial, nada de lo sostenido en esta sentencia puede ni debe ser interpretado como un pronunciamiento relativo al alcance de la protección otorgada por las patentes de Trefimet ni a la eventual coincidencia de sus productos con aquellos del demandante;

Octavo: Que, como se ha indicado, entonces, la demandante sostiene, en lo esencial, que Trefimet habría conminado a dos empresas, Codelco y Enami, a que no adquirieran las lanzas térmicas del primero. Para ello, les habría enviado comunicaciones en las que les advertía que había iniciado acciones en contra de Oscar Morales por infracción a la Ley N° 19.039 y que también ejercería acciones en contra de ellas si procedían a comprar las lanzas térmicas comercializadas por dicho competidor. Trefimet sostiene que tales cartas sólo habrían tenido un carácter informativo y corresponderían al legítimo ejercicio de un derecho del titular de una patente vigente;

Noveno: Que, a este respecto, Oscar Morales solicitó que Trefimet exhibiera "*la totalidad de las comunicaciones remitidas por* [la demandada]*, tanto a Codelco como a Enami y eventualmente a otras compañías y que digan relación con la fabricación y comercialización de lanzas térmicas*" (fojas 279). Diligencia similar fue solicitada a trabajadores de las empresas mencionadas;

Décimo: Que, habiéndose accedido a la solicitud antedicha, se realizaron dos audiencias de exhibición de documentos. En la primera, Trefimet exhibió las comunicaciones remitidas por ella tanto a Codelco como a Enami y Juan Carmona Guerrero, encargado del área de abastecimientos de Enami, exhibió las comunicaciones que le fueron remitidas a esta empresa por la demandada; todo lo cual consta en el acta que rola a fojas 350. En la segunda audiencia, Cristián López Ampuero, gestor de negocios de Codelco, exhibió las comunicaciones que le fueron remitidas a Codelco por la demandada, según consta en el acta que rola a fojas 397. En total, constan en el proceso dos cartas remitidas a Codelco, de distinta fecha, y dos correos electrónicos similares, de igual fecha, remitidos a Enami;

Undécimo: Que la primera carta dirigida a Codelco fue exhibida por Trefimet y tiene fecha 22 de junio de 2017. Fue enviada por Víctor Peña Astorga, Gerente General de Trefimet, a Sara Concha Riquelme del Departamento de Abastecimiento de Codelco. En la carta, que indica como referencia "Licitación 7000106555", el señor Peña: (i) señala que se dirigen a Codelco para comunicarles una situación irregular en el suministro de lanzas térmicas relacionado con la licitación Nº 7000106555, que fue adjudicada a Oscar Morales; (ii) afirma que Trefimet ha estado investigando a Oscar Morales, pues estaría proveyendo a Codelco de lanzas térmicas que afectarían los derechos de propiedad industrial de Trefimet; (iii) agrega que habrían puesto los antecedentes en manos de tres estudios jurídicos expertos en el área de Propiedad Industrial y que todos ellos habrían concluido que se estaría afectando su privilegio industrial; (iv) afirma que el modelo de utilidad Nº 468, que posee Oscar Morales, sólo lo autoriza a impedir que otros hagan uso de lo protegido en dicho registro y que requiere autorización de Trefimet para comercializar las lanzas térmicas; y (v) finalmente, indica textualmente que Trefimet espera "*que la situación antes descrita no perjudique nuestra relación comercial de más de 13 años con ustedes y les estaremos informando de las eventuales acciones judiciales que interpondríamos en contra del infractor y de quienes resulten responsables*", solicitando además la mayor reserva posible acerca del caso, atendido "lo delicado de este asunto";

Duodécimo: Que la carta antes descrita fue acompañada de dos documentos adjuntos: un certificado de Título de la Patente de Invención Nº 51.189 y un "Es-

tudio de Alcance de Patente", realizado por el Estudio Villaseca Abogados. El estudio concluye que el producto elaborado por Oscar Morales infringe la cláusula de producto establecida en la patente Nº 51.189 y recomienda: (i) enviar cartas informativas a los clientes del demandante, especialmente a divisiones de Codelco, indicando que el producto que están usando está protegido bajo el alcance de la mencionada patente, de manera que estarían infringiendo dicho privilegio; (ii) enviar una carta de advertencia a Oscar Morales, a fin de que cese inmediatamente de fabricar el producto, poniendo además en posición de mala fe objetiva al infractor por el hecho de recibir esta comunicación; y (iii) que en caso de no recibir respuesta formal de Oscar Morales, Trefimet presente una acción civil por infracción de patente y competencia desleal y, adicionalmente, una acción criminal con carácter instrumental para obtener evidencia material del ilícito;

Decimotercero: Que, por su parte, la segunda carta dirigida a Codelco fue exhibida por Cristián López Ampuero y está fechada el 10 de julio de 2017. Al igual que la carta anterior, fue enviada por Víctor Peña Astorga, Gerente General de Trefimet, a Codelco, innominadamente, es decir, sin destinatario específico dentro de dicha compañía. La carta tiene como referencia "Vulneración en el uso de Patente de Propiedad Industrial" y en ella se señala lo siguiente: (i) que su objetivo es poner en conocimiento algunas irregularidades que habrían detectado y que podrían estar afectando la relación comercial entre Trefimet y Codelco, especialmente con la Fundición Ventanas; (ii) relata una serie de hechos de modo similar a como lo hace en su contestación en esta causa, detallados en la parte expositiva en los párrafos 2.9 y siguientes; (iii) agrega que han intentado reunirse con personal de la Fundición Ventanas para hacerles ver el engaño al que estaban siendo expuestos, pero que no han tenido respuesta; (iv) indica que, el 31 de mayo del año 2017 fueron invitados a participar en la licitación N°7000106555 Licitación Lanzas Oxiflame DSYS-SOP-017-2017-L, pero que en las bases cuatro de los ítems a cotizar habrían sido "codificados" para Oscar Morales, que nunca Trefimet había tenido dichos ítems, a pesar de ser su proveedor habitual hace más de trece años, y que dos de estos ítems, que Oscar Morales presenta como tecnología propia, corresponden a productos que serían fabricados con su tecnología; y (v) por último, le solicita textualmente a Codelco "*realizar un análisis riguroso y corregir esta lamentable situación*";

Decimocuarto: Que la carta antes descrita contiene seis documentos adjuntos: (i) certificado de Patente de Invención N° 44.086; (ii) certificado de Patente de Invención N° 51.189, ambos emitidos por el INAPI; (iii) un análisis metalográfico de una lanza térmica que cuenta con un tubo triangular en su interior, elaborado por Jaime Martínez, ingeniero de estudios, el cual señala que "*el proceso de fabricación más probable, al cual fue sometido del tubo circular, es una trefilación*"; (iv) el mismo informe del Estudio Villaseca acompañado en la primera carta, mencionado en el considerando duodécimo; (v) un informe elaborado por SIMET USACH, el cual señala que "*el perfil redondo posee un proceso de laminado en caliente, sin embargo, posiblemente se realice un proceso de trefilado posterior el cual fue con una muy baja tasa de deformación*"; y (vi) una carta de fecha 29 de julio de 2013, enviada por el Estudio Molina y Cía. Abogados, en nombre de Trefimet, a Oscar Morales, cuya referencia es "Uso indebido de patente de invención", en la cual se indica que Trefimet es dueña de la patente N° 44.086, que se ha detectado que el señor Morales habría comercializado una cantidad importante de lanzas térmicas que estarían fabricadas con la tecnología plasmada en la patente, que Trefimet puede entablar acciones judiciales y que se comunique con ellos para regularizar la situación descrita;

Decimoquinto: Que, finalmente, Trefimet, exhibió dos correos electrónicos idénticos, de fecha 6 de septiembre de 2017, uno de ellos dirigido a Carlos Herrera, superintendente de operaciones de Enami, y el otro dirigido a Rodrigo Navarrete, Jefe de Abastecimiento de la misma empresa. Por su parte, Juan Carmona Guerrero, encargado del área de abastecimientos de Enami, exhibió el mismo correo enviado a Rodrigo Navarrete (fojas 339). Ambos correos fueron enviados por Víctor Peña Astorga, Gerente General de Trefimet, con el objeto de adjuntar, en cada uno de ellos, una carta que da cuenta de la "*interferencia con nuestras patentes de protección industrial, por parte de otro proveedor de Enami*", de modo que esta empresa esté "*al tanto de esta situación y no se vean involucrados por ella. Les informaremos oportunamente acerca de todas las acciones que realizaremos y que nos faculta la ley de propiedad industrial*" (fojas 318 y 328);

Decimosexto: Que cada uno de los dos correos antes descritos contienen dos documentos adjuntos que corresponden a los documentos singularizados con los números (ii) y (iv) en el considerando decimocuarto. Asimismo, cada correo

tiene una carta adjunta, de idéntico contenido, similar además a la enviada a Codelco con fecha 6 de septiembre de 2017. El objetivo declarado de la misiva es "*representarles una situación irregular que hemos constatado durante el último tiempo y que podría estar afectando*" a Enami (fojas 319). Por ello, relata que se encuentran investigando a Oscar Morales por una supuesta infracción a sus derechos de propiedad industrial (lo que habría sido confirmado por tres estudios de abogados) e indica que este último no se encuentra habilitado para comercializar estas lanzas térmicas, a menos que cuente con autorización de Trefimet. La carta concluye indicando que Trefimet espera "*que la situación antes descrita no perjudique la relación comercial de larga data que mantenemos con ustedes y pueden estar seguros de que estaremos informando de las eventuales acciones judiciales que interpondríamos en contra del infractor y de quienes resulten responsables*" (*ibíd.*);

Decimoséptimo: Que, conforme a lo establecido en la Sentencia Nº 130 (c. 9°), para determinar si las comunicaciones antes mencionadas constituyen actos de competencia desleal se debe examinar, primero, si ellas contienen aseveraciones incorrectas o falsas sobre los productos ofrecidos por el demandante. Una vez establecido lo anterior, se debe ponderar si tuvieron por objeto desacreditar a la actora para desviar su clientela;

Decimoctavo: Que, primero, existen al menos dos declaraciones no verídicas expresadas en las comunicaciones. Por una parte, en ellas se sostiene que el modelo de utilidad registrado a favor del demandante sólo le permitiría impedir el uso a otros (es decir, establecerían un "derecho negativo"), lo que resulta incorrecto atendido lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley N° 19.039, que hace aplicable las normas de las patentes de invención, en lo que corresponda, a las patentes de modelos de utilidad. Entre ellas se encuentra el derecho de "*gozar de exclusividad para producir, vender o comercializar, en cualquier forma, el producto u objeto del invento y, en general, realizar cualquier otro tipo de explotación comercial del mismo*", conforme con lo dispuesto en el artículo 49 de la misma ley. A mayor abundamiento, el artículo 61 sanciona a quienes, maliciosamente, fabriquen, comercialicen, importen o utilicen, con fines comerciales un modelo de utilidad registrado, sanción similar a la establecida en el artículo 52 del Título III de la señalada ley aplicable a las patentes de invención;

Decimonoveno: Que, por otra parte, los antecedentes técnicos allegados al proceso no son concluyentes respecto a que las lanzas térmicas fabricadas por Oscar Morales infrinjan el método de fabricación que protegería la patente de invención N° 51.189, limitándose a señalar que éstas habrían sido elaboradas mediante un proceso de trefilación y no necesariamente mediante el procedimiento patentado por Trefimet (fojas 382). En este sentido, en los comentarios del análisis metalográfico elaborado por Jaime Martínez, se señala que "*[e]l análisis metalográfico y morfología de la muestra en estudio, nos indican que el proceso de fabricación, más probable, al que fue sometido el tubo circular, es una trefilación*" (fojas 382). Por su parte, el informe elaborado por SIMET/USACH indica como comentarios que "*el perfil redondo posee un proceso de laminado en caliente, sin embargo, posiblemente se realice un proceso de trefilado posterior el cual fue con una muy baja tasa de deformación*" (fojas 392), mientras que el informe elaborado por el Estudio Villaseca Abogados, señala que "*el proceso por el cual se obtuvo la muestra de lanza de Oscar Morales Lucero (OML, en adelante) implica pasos que no es posible determinar en forma de ingeniería inversa a partir de la muestra, ya que podría haber más de un camino por el cual se llega a la muestra. Por ejemplo, y según lo conversado en terreno, podría calentarse un eje para introducir otro entre medio, tal como se hace para producir los ejes de ferrocarril. Aunque consideramos que dicha posibilidad es lejana, por el costo que implicaría, no hay una prueba fehaciente que permita determinar la infracción. Por tanto, este análisis no se pronunciará sobre el método y se enfocará en el producto.*" (fojas 313). Luego, dicho informe realiza una comparación entre la muestra del producto de Oscar Morales y lo protegido en la patente de invención N° 51.189, concluyendo que la muestra de lanza térmica del demandante "*incurre en una infracción literal del producto protegido bajo la patente #51.189. En cuanto al método para producir dicha lanza, no consta que haya infracción, ya que, para confirmar aquello, se requeriría una inspección en terreno*" (fojas 314 y 315). Lo anterior implica que las aseveraciones hechas de manera concluyente en las cartas enviadas a Codelco y a Enami, en el sentido que se estarían "infringiendo" las patentes, resultan, al menos, equívocas respecto a las conclusiones de dichos informes;

Vigésimo: Que, enseguida, existen aseveraciones que denotan la intención de desacreditar al demandante frente a los clientes y, con ello, favorecer a Trefi-

met. Así, en primer lugar, en las cartas la demandada afirma la existencia de una vulneración a sus patentes de invención, fundada en las conclusiones arribadas por tres estudios jurídicos (aunque se acompañó al proceso sólo la opinión de uno de ellos) y en informes técnicos solicitados por la demandante, mas no en base a lo establecido en un procedimiento administrativo (ante el INAPI) o judicial. De hecho, como se desprende de lo indicado por la propia demandada, algunas de las cartas fueron enviadas incluso con anterioridad a que Trefimet entablara acciones legales por vulneración de la propiedad industrial. En efecto, tales acciones fueron iniciadas entre los meses de septiembre de 2017 y enero de 2018 (véanse párrafos 2.27 y 2.28 de la parte expositiva de esta sentencia), en circunstancias que al menos las comunicaciones a Codelco fueron enviadas durante los meses de junio y julio de 2017, según se ha indicado;

Vigésimo primero: Que, en segundo lugar, la carta enviada a Codelco con fecha 22 de junio de 2017 se dirige en atención a la licitación N° 7000106555 (Licitación de Lanzas Oxiflame), según se indica en su "antecedente"; licitación en la que habrían participado tanto el demandante como la demandada. De hecho, la fecha de envío coincide precisamente con el último día del plazo para postular a la licitación, según la fecha señalada por Trefimet en la carta enviada el 10 de julio de 2017 (fojas 378);

Vigésimo segundo: Que, finalmente, las cartas contienen la clara advertencia de que se entablarían acciones judiciales contra el demandante "y todos quienes resulten responsables". Ello constituye una amenaza a los clientes de la actora, lo cual evidentemente puede producir un efecto intimidatorio en perjuicio de esta, cuando ni el órgano administrativo especializado ni los tribunales han entregado un veredicto definitivo acerca de una eventual infracción a los derechos de propiedad industrial de Trefimet (véase Comisión Preventiva Central, Resolución N° 1.182 del año 2001, párrafo 9).

Vigésimo tercero: Que, lo anteriormente descrito permite concluir que las comunicaciones enviadas por Trefimet no buscaban (al menos únicamente) alertar al demandante respecto a la supuesta vulneración de los derechos de propiedad industrial de la demandada, sino principalmente desviar la clientela de aquel mediante afirmaciones falsas o incorrectas tendientes a deslegitimizar los pro-

ductos que el demandante comercializaba y, de esta manera, recuperar las ventas que había perdido en razón de que Codelco y Enami comenzaron a comprar los productos fabricados por Oscar Morales. En otras palabras, se trató de actos de competencia desleal;

Vigésimo cuarto: Que, adicionalmente, el titular de una patente de invención para ejercer la exclusividad que le confiere la Ley N° 19.039, debe ejercer las acciones contempladas en dicha ley, y no ejercer vías de hecho, como la interferencia en negociaciones comerciales;

Vigésimo quinto: Que la actuación contraria a la competencia leal por parte de Trefimet es de especial gravedad en el caso de la licitación convocada por Codelco, dado que las comunicaciones enviadas hacen expresa mención a la participación de Oscar Morales en ella, según ha sido descrito en el considerando vigésimo primero, y que se desprende de los hechos que el resultado de dicha licitación habría variado precisamente debido a las gestiones realizadas por Trefimet. Por una parte, el efecto de las cartas no ha sido controvertido en estos autos: el demandante no obtuvo la licitación de Codelco, sino que le fue adjudicada a Trefimet e incrementó consecuentemente sus ventas (así se declara en la demanda a fojas 16 y en la contestación a fojas 245 vuelta). Por otra parte, Codelco dejó de demandar los productos de Oscar Morales a partir de tal licitación, a pesar de que había adquirido dichos productos desde fines del año 2016 y principios del año 2017 (fojas 15), relación comercial que la misma demandada reconoce, señalando que incluso en la licitación en cuestión les habrían otorgado ítems "codificados para el señor Morales" (fojas 378). De esta forma, el envío de dichas comunicaciones efectivamente logró desviar la clientela que Oscar Morales podría razonablemente haber obtenido;

Vigésimo sexto: Que esta última conducta descrita es similar a otras reprochadas previamente por la jurisprudencia en materia de libre competencia, particularmente la interferencia en negociaciones. Por ejemplo, en la Sentencia N° 130/2013 se sostuvo "*que la interferencia ilegítima del titular de un derecho de propiedad industrial en las negociaciones que lleva acabo un competidor con clientes, ha sido calificado en numerosas oportunidades por este Tribunal como un acto de competencia desleal*" (c. 51). En igual sentido, la Sentencia N°

131/2013 consideró que "*las interferencias ilegítimas por parte de un agente económico en las negociaciones desarrolladas por otros y que persiguen, directa o indirectamente, desviarle clientela, han sido calificadas como conductas de competencia desleal por este Tribunal, aun en caso en los que el infractor justifica su conducta en el ejercicio de derechos de propiedad industrial*" (c. 65). La misma razón aplica al presente caso;

Vigésimo séptimo: Que, en suma, del examen del contenido de las comunicaciones entre Trefimet y las empresas Codelco y Enami se colige que las mismas exceden el carácter meramente "informativo" que la demandada les asigna y que, en los hechos, constituyen amenazas reñidas con la ética mercantil, por cuanto no son una vía proporcionada para ejercer los derechos que le otorga la Ley N° 19.039 para la protección de sus patentes de invención;

Vigésimo octavo: Que, al respecto y sólo a mayor abundamiento, no resulta atendible la alegación de Trefimet en el sentido de que envió las cartas a sugerencia de los profesionales que realizaron la investigación de la supuesta vulneración de las patentes a pedido suyo, pues aun existiendo la posibilidad de que haya obrado con el convencimiento de estar resguardado por las conclusiones de lo que le fuera informado, la prueba de autos no permite concluir que su único propósito (ni siquiera el central) al enviar las cartas haya sido la defensa de sus derechos;

Vigésimo noveno: Que, finalmente, siempre en relación con los actos de competencia desleal, además de las comunicaciones, la demanda también hace referencia a otros aspectos de hecho que deben ser analizados. Con todo, de su sola descripción no es claro qué relación tendrían con la petición principal, esto es, cómo habría sido parte del supuesto amedrentamiento a Codelco y Enami con resultados concretos para la participación del demandante en licitaciones, tratándose, al parecer, más bien de situaciones relatadas a modo de antecedente contextual de la conducta general del demandado;

Trigésimo: Que una primera situación consiste en la firma de un documento por parte de Oscar Morales, a instancias de Trefimet, en el que reconoce haber vulnerado la Ley N° 19.039, al manufacturar y comercializar lanzas térmicas

que estarían protegidas por las patentes de aquella. El demandado acompañó dicha carta al proceso, indicando que en virtud de lo señalado en la misma el demandante habría cesado en la venta de lanzas. Asimismo, otra situación acusada habría consistido en la amenaza, por parte de Trefimet, a Luis Valdebenito, manufacturero de matrices para producir lanzas térmicas, de no seguir contratándolo en el caso que continuara fabricando matrices para Oscar Morales. Con todo, la única evidencia allegada al proceso sobre este punto es la declaración del propio señor Valdebenito como testigo, quien negó haber recibido tales amenazas (fojas 297);

Trigésimo primero: Que, habiéndose determinado la existencia de actos de competencia desleal, consistentes en el envío de cartas a clientes con información al menos engañosa o basada exclusivamente en juicios propios susceptibles de deteriorar la reputación del demandante frente a sus clientes, corresponde ahora examinar si ellos fueron realizados con el objetivo de alcanzar, mantener o incrementar una posición de dominio;

Trigésimo segundo: Que, a este respecto, la demanda sostiene expresamente que Trefimet es dominante en el mercado (fojas 11) y que ha utilizado su poder de mercado (fojas 18). Concretamente, le atribuye una participación de al menos 85% "*de todo el mercado relativo a la producción, manufacturación y comercialización de Lanzas Térmicas en Chile*" (fojas 15). Trefimet, por su parte, no es clara en controvertir estas afirmaciones en su contestación. Si bien sostiene que no "*constituye una lesión* per se *a la libre competencia, el hecho de detentar una posición dominante en un determinado mercado*" (fojas 240), indica luego que "*el mercado cuenta con sustitutos diversos y eficientes para las lanzas térmicas*" (fojas 240 vuelta), aunque no especifica cuáles serían estos últimos. Al mismo tiempo, reconoce que es "*el pionero y único fabricante en el mundo*" de un cierto tipo de lanzas térmicas, diferentes de las tradicionales y genéricas (fojas 242);

Trigésimo tercero: Que la única prueba de autos que se refiere a este punto es el informe económico acompañado por la demandada a fojas 502. Este comienza por definir el mercado relevante del producto, indicando que comprendería "*todas aquellas herramientas tubulares de acero denominadas comúnmente*

lanzas térmicas, que pudiendo ser diferenciadas, permiten desarrollar acciones de perforación y corte por fusión" (fojas 484). Luego, indica que participan en este mercado empresas de distintos tamaños y proveedores extranjeros con presencia en el mercado local, enumerando expresamente las lanzas térmicas "Oxiflame" de Tecnolancemin, empresa de propiedad del demandante;

Trigésimo cuarto: Que el mismo informe sostiene que en el mercado definido, Trefimet poseería una posición de dominio, afirmando expresamente que su participación "*la posiciona como una empresa líder y dominante en el mercado*" (fojas 489). A este respecto, de modo coincidente con lo sostenido en la contestación, el informe presenta a Trefimet como una empresa innovadora, desarrolladora de productos especiales, característica que precisamente le habría permitido alcanzar dicha posición. Sin embargo, de un modo algo contradictorio con esta afirmación, el informe también sostiene que Trefimet no podría abusar de su dominancia al estar disciplinada por las lanzas térmicas genéricas, que serían sustitutos de los productos que fabrica (aunque más económicos y de menor calidad). Asimismo, tampoco podría hacerlo dadas las condiciones estructurales de una economía abierta como la chilena, o por las condiciones comerciales en que se desarrollaría su relación con los clientes, quienes, atendido su tamaño, contarían con un poder comprador tal que estarían en condiciones de imponer términos comerciales que extraigan excedente de sus proveedores (fojas 487 vuelta y siguientes);

Trigésimo quinto: Que ambas partes coinciden en que el mercado relevante geográfico es nacional;

Trigésimo sexto: Que más allá de las disquisiciones en torno al mercado relevante del producto, las posibilidades de sustitución, o las posibilidades reales de abuso atendida su configuración, lo cierto es que no está controvertido en autos el hecho que Trefimet tendría una participación de al menos un 66,7% en el "mercado total" de las lanzas térmicas (de acuerdo al informe económico, fojas 487 y 489), e incluso de un 70% (de acuerdo al mismo informe) o un 85% (de acuerdo a lo afirmado en la demanda a fojas 15). Tampoco fue discutido, sino afirmado en el propio informe, el hecho que la única competencia que enfrentaría Trefimet –potencialmente– estaría constituida por productos más económicos y de menor calidad;

Trigésimo séptimo: Que, como se ha señalado en otros casos, cuotas de mercado superiores al 50% son al menos indicativas de una posición de dominio en el mercado e incluso dan normalmente lugar a una presunción simplemente legal de dominancia en Europa (Sentencia N° 151/2016, c. 26). Por cierto, previo a dicha calificación se deben considerar, además, otros aspectos estructurales del mercado y la evidencia económica existente en el proceso;

Trigésimo octavo: Que, a mayor abundamiento, tal como ha quedado demostrado en el considerando vigésimo quinto, producto de las comunicaciones que Trefimet le envió a Codelco fue capaz de incrementar sustancialmente las ventas por licitaciones de lanzas térmicas, particularmente respecto de la licitación de "Lanzas Oxiflame" convocada por Codelco. Ello, cualquiera sea la participación de mercado de la demandada, refleja que excluir a la demandante de esta licitación no generó una respuesta significativa de otros rivales, lo que daría cuenta de ser precisamente dominante en su mercado relevante.

Trigésimo noveno: Que, con todo, para efectos de lo establecido en el artículo 3º letra c) del D.L. N° 211, resulta innegable que la participación de mercado de Trefimet, si no es ya constitutiva de posición dominante, le otorga al menos la posibilidad de "alcanzar" dicha posición por medio de los actos de competencia desleal que ha realizado. Esto es suficiente para estimar que sus actuaciones han sido también contrarias a la libre competencia;

Cuadragésimo: Que, atendidas las razones expuestas en las consideraciones precedentes, la demanda de Oscar Morales contra Trefimet será acogida y se procederá a aplicar una multa a beneficio fiscal, cuyo monto ha sido determinado de acuerdo con los criterios que se indican en las consideraciones siguientes;

Cuadragésimo primero: Que el párrafo segundo de la letra c) del artículo 26 del D.L. N° 211, dispone que para la determinación de las multas se considerarán, entre otras, las siguientes circunstancias: el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción, la gravedad de la conducta, el efecto disuasivo, la calidad de reincidente del infractor, así como su capacidad económica y la colaboración que brinde a la Fiscalía Nacional Económica;

Cuadragésimo segundo: Que no constan antecedentes en estos autos que permitan establecer con precisión los beneficios económicos que habría obtenido la demandada al desviar la clientela de Oscar Morales, por lo que resulta necesario recurrir a aproximaciones. Para estos efectos, no fue controvertido en estos autos el hecho que las ventas de Oscar Morales a Codelco Ventanas y Codelco Salvador le significaron ingresos trimestrales cercanos a los $200.000.000 (doscientos millones de pesos chilenos) para su empresa;

Cuadragésimo tercero: Que, tomando en consideración los criterios legales aplicables al presente caso, la multa aplicable asciende a un valor que, aproximado, equivale al veinte por ciento de las ventas señaladas en el considerando anterior, aumentado en un cincuenta por ciento en atención al efecto disuasivo que debe tener la sanción en materia de libre competencia; esto es, un total de 100 U.T.A.;

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

SE RESUELVE:

1) **ACOGER** la demanda de fojas 11 interpuesta por Oscar Marcelo Morales Lucero en contra de Trefimet S.A., por haber esta última infringido lo dispuesto en el D.L. Nº 211, al haber realizado actos de competencia desleal con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar su posición de dominio en el mercado;
2) **IMPONER** a Trefimet S.A. una multa a beneficio fiscal ascendente a 100 Unidades Tributarias Anuales;
3) **CONDENAR** en costas a la demandada, por haber sido totalmente vencida.

Notifíquese personalmente o por cédula y archívese, en su oportunidad.
Rol C N° 333-17

165 / 2018

TDLC
Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

SENTENCIA N° 165/2018

(Causa Rol C N° 312-16)

"Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica
en contra de Fresenius y otros"

Fecha dictación: 8 de noviembre de 2018.

Ministros que concurren al acuerdo: 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. Con prevenciones de la Ministra Domper y de los Ministros Tapia y Arancibia.

Requirente: Fiscalía Nacional Económica.

Requeridos: Fresenius Kabi Chile Ltda. ("Fresenius"), Laboratorio Sanderson S.A. ("Sanderson") y Laboratorio Biosano S.A. ("Biosano")

Terceros coadyuvantes de la requirente: Ministerio de Salud y Central de Abastecimiento del Sistema Nacional de Servicios de Salud ("Cenabast").

Resumen de la controversia: La Fiscalía requirió a Fresenius, Sanderson y Biosano por haber infringido el artículo 3° del D.L. N° 211 al celebrar y ejecutar un acuerdo destinado a afectar los procesos de licitación pública convocados por la Cenabast para la adquisición de medicamentos inyectables genéricos contenidos en envases de menor volumen, también denominados "ampollas". Este acuerdo se habría extendido entre, al menos, 1999 y 2013. En específico, indicó que las requeridas habrían tomado contacto a través de sus altos ejecutivos. Luego, se habrían reunido presencialmente en restoranes y, durante el último período, en la casa de algunos de los ejecutivos. Señala que los laboratorios habrían concurrido a dichas reuniones con documentos internos de trabajo en los que listaban las licitaciones de ampollas convocadas por Cenabast,

junto a sus datos más relevantes. En dichas planillas, habrían acordado quién ofertaría el menor precio con el objetivo de asegurar quién ganaría la respectiva licitación. Atendido lo anterior, la FNE solicitó ordenar el cese de la conducta señalada, prohibirla hacia el futuro y condenar a las requeridas al pago de multas, todo con expresa condena en costas.

Laboratorio Biosano, al contestar el requerimiento, ratificó lo expuesto por la Fiscalía, señalando ser acreedora del beneficio de exención de multa por haber cumplido los requisitos establecidos en el artículo 39 bis del D.L. N° 211.

Laboratorio Sanderson y Fresenius, actuando conjuntamente ("FKS"), opusieron, en primer lugar, la excepción de prescripción de las acciones destinadas a perseguir las conductas imputadas anteriores al 5 de agosto de 2011. Luego, contestaron el requerimiento solicitando su total rechazo con expresa condena en costas o que, en subsidio, le rebajen la multa solicitada por la FNE. En relación con las imputaciones realizadas, FKS arguye que es una práctica de la industria farmacéutica llevar un seguimiento del comportamiento de la competencia en las licitaciones convocadas por el sector público, lo que se haría a través de los documentos internos o planillas citadas por la Fiscalía. Agrega que estas planillas contienen información que es pública y permiten simular, con cierta exactitud, los puntajes que serán asignados para cada oferente en las licitaciones. A su vez, alega que la prueba citada por la FNE no daría cuenta de su participación en el acuerdo requerido y que existen explicaciones alternativas al contacto entre ejecutivos de los distintos laboratorios.

Resolución del Tribunal: El Tribuncal acogió en todas sus partes, con costas, el requerimiento de la FNE en contra de los tres laboratorios mencionados, declarando que dichas empresas ejecutaron y celebraron un acuerdo único que tuvo por objeto afectar los resultados de procesos de licitación pública convocados por la Cenabast, para la adquisición de medicamentos inyectables genéricos contenidos en envases de menor volumen, desde el año 1999 hasta, a lo menos, el año 2013. A su vez, desestimó las alegaciones formuladas por FKS.

El Tribunal impuso el máximo de la multa en contra de Sanderson S.A., esto es, 30.000 UTA; y una multa de 2.463 UTA a Fresenius Kabi Chile Limitada. Por su parte, Biosano S.A. fue eximida del pago de multa de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 39 bis del D.L. N° 211.

Recursos: Reclamación pendiente ante la Excma. Corte Suprema (Rol N° 278-19).

Temas que trata: Acuerdo único, delación compensada, *bid rigging*, prescripción.

SENTENCIA N° 165/2018.

Santiago, ocho de noviembre de dos mil dieciocho.

Y CONSIDERANDO:

Primero: Que, como se ha señalado en la parte expositiva, la FNE imputa a Fresenius Kabi Chile Limitada y Laboratorio Sanderson S.A. (en conjunto FKS) y Biosano haber celebrado y ejecutado un acuerdo para afectar el resultado de procesos de licitación pública convocados por la Cenabast para la adquisición de medicamentos inyectables genéricos contenidos en envases de menor volumen, también llamados "ampollas". En específico, de acuerdo con lo señalado por la FNE, las Requeridas habrían acordado cuál de ellas ofertaría el menor precio en las licitaciones de ampollas convocadas por Cenabast, con el objetivo de determinar quién proveería estos medicamentos a dicha institución. Según el requerimiento, el acuerdo se habría extendido al menos entre el año 1999 y el primer semestre del año 2013;

Segundo: Que, a fojas 354 y 359, el Minsal y Cenabast se hicieron parte como terceros coadyuvantes de la FNE, aduciendo que tienen interés actual en los resultados de este juicio. En el caso del Minsal, sostiene que las conductas que se denuncian, de ser acreditadas, generarían barreras de entrada y costos sociales a los consumidores que redundarían en una ejecución menos eficiente de las políticas públicas de salud. Cenabast, por su parte, indica que su interés deriva del hecho de que cada una de las licitaciones respecto de las cuales se habrían configurado los ilícitos fueron llamadas por dicho organismo;

Tercero: Que, a fojas 389, Biosano contestó el requerimiento de autos ratificando lo expuesto por la FNE y sosteniendo que es acreedora del beneficio de exención de la multa de conformidad con lo dispuesto en el artículo 39 bis del D.L. N° 211. Sin perjuicio de ello, se opone a la condena en costas, porque no sería consistente con su colaboración prestada a la FNE;

Cuarto: Que, a fojas 574, FKS opuso excepción de prescripción de las conductas imputadas por la FNE anteriores al 5 de agosto de 2011. Esta excepción se funda en que lo acusado por la FNE sería la celebración de diversos acuerdos para

afectar los resultados de procesos licitatorios convocados por la Cenabast entre 1999 y 2013, cada uno de los cuales se habría agotado desde el momento en que se presentaron las ofertas. En cuanto al fondo, en su contestación solicitó el rechazo del requerimiento, por cuanto no habría incurrido en acuerdos anticompetitivos en las licitaciones afectadas, atendidas las razones que se expresan en los párrafos 5.1 a 5.18 de la parte expositiva;

Quinto: Que la excepción de prescripción opuesta por FKS será resuelta una vez que se pondere la prueba rendida en autos. Lo anterior, por cuanto primero es necesario verificar si se trata de un acuerdo único que se habría terminado de ejecutar durante el primer semestre de 2013, como sostiene la FNE, o varios acuerdos, como pretende FKS;

1. Acerca de la configuración de un acuerdo único

Sexto: Que el problema sobre la existencia de un acuerdo único se origina en aquellos casos en que se celebran o ejecutan varios acuerdos entre las mismas partes, o un grupo estable de competidores, por un período de tiempo en el que no median grandes interrupciones, o en el que, existiendo tales interrupciones, se puede inferir fundadamente que se trata de una infracción única. De acuerdo con la literatura y jurisprudencia extranjera, por regla general es difícil encontrar evidencia directa de un plan global, por lo que el acuerdo único se infiere de una serie de pruebas de carácter fragmentario, que deben ser valoradas holísticamente;

Séptimo: Que, en efecto, la jurisprudencia comparada relevante sobre esta materia, citada en el informe acompañado por la FNE a fojas 2551 y en el párrafo 8.1 de la parte expositiva de esta sentencia, señala que existen ciertos elementos que permiten inferir la existencia de un acuerdo único. Así, el Tribunal General (Primera Sala) de la Unión Europea, en los asuntos acumulados T-147/09 y T-148/09 *Trelleborg Industrie SAS* y *Trelleborg AB contra la Comisión Europea*, cita jurisprudencia anterior en la que se describen distintos criterios para apreciar si se puede considerar el "carácter único" de diversas infracciones. Entre tales criterios se puede señalar la identidad de objetivos, de los productos y servicios afectados, de las empresas que participan en las infracciones, de sus formas de ejecución, de los ejecutivos intervinientes y del ámbito geográfico;

Octavo: Que la sentencia citada en el considerando precedente también se refiere a la continuidad en el tiempo que deben tener los diversos acuerdos para constituir una infracción única, en los siguientes términos: "*si no existen pruebas que permitan demostrar directamente la duración de una infracción, la Comisión debe basarse al menos en pruebas de hechos suficientemente próximos en el tiempo, de modo que pueda admitirse razonablemente que la infracción prosiguió de manera ininterrumpida entre dos fechas concretas"* (párrafo 53). En lo que se refiere a la interrupción de esta clase de actos, la referida sentencia indica que " [e]*n el marco de una infracción que dura varios años, el hecho de que las manifestaciones del acuerdo se produzcan en períodos diferentes, pudiendo separarse por intervalos de tiempos más o menos largos, no influye en la existencia de dicho acuerdo, siempre que las diferentes acciones que formen parte de esa infracción persigan una única finalidad y se inscriban en el marco de una infracción única y continua"* (párrafo 59);

Noveno: Que la jurisprudencia de EE.UU. sobre esta materia no difiere sustancialmente de la europea. En efecto, tal como se cita en el informe acompañado por la FNE a fojas 2551, antes señalado, los elementos que han sido considerados por los tribunales en dicho país para determinar cuándo se está en presencia de un acuerdo único dicen relación con la superposición de agentes económicos que participan en la colusión, el objetivo de la misma, la similitud de cada uno de los acuerdos particulares, la forma de implementar los diversos acuerdos que forman parte del acuerdo único, la manera de contactarse, el lugar de las reuniones y la terminología utilizada;

Décimo: Que incluso los cambios de participantes pueden en algunos casos no ser relevantes para impedir que se acredite la existencia de un acuerdo único. Así, tal como se cita en el referido informe acompañado a fojas 2551, en el caso *United States of America, Appellee, v. David E. Thompson, Inc., Defendant, Appellant,* 621 F.2d 1147 (1st Cir. 1980) se señaló que, en el marco de un acuerdo único, pueden dejar de participar algunos de sus miembros originales y entrar otros, manteniéndose su carácter de único en la medida que exista un "grupo medular" de participantes. En el mismo fallo se analiza la continuidad de un acuerdo único, concluyendo que las interrupciones prolongadas no le quitan ese carácter cuando existen similitudes entre los acuerdos celebrados antes y después de la interrupción;

Undécimo: Que lo expuesto ha sido confirmado por la jurisprudencia de este Tribunal y por la doctrina comparada. Así, en la Sentencia 160/2017 (considerando 182°), se indicó que "*solo porque la cooperación entre las partes varía, esto no significa que cada ronda de cooperación es un ilícito distinto*" (citando a Monti, Giorgio, *EC Competition Law*, CUP, 2007, p. 327). En otras palabras, si bien pueden haber habido cambios en la ejecución de un acuerdo, ello no significa 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; Porter, R.H., "Detecting Collusion", *Review of industrial Organization,* vol. 26, 2005, p. 147; y Vives, Xavier, *Oligopoly Pricing, Old Ideas, New Tools*, The MIT Press, 1999, en particular las secciones 9.1.3 y 9.1.4);

Duodécimo: Que, en suma, se estará en presencia de un acuerdo único cuando se ejecuten varios acuerdos que tienen un mismo objeto (por ejemplo, afectar el resultado de determinados procesos licitatorios) entre un grupo medular de participantes. Para estos efectos, no es necesario acreditar la existencia de todos los acuerdos específicos si la prueba acompañada permite inferir la ejecución de varios en el tiempo. Como se anticipó, la existencia de un acuerdo único se puede inferir de uno o más elementos de los acuerdos particulares, tales como la forma cómo se implementan, los ejecutivos que participan en los mismos, los lugares en que se reúnen y los medios que utilizan para contactarse, entre otros. Por último, es necesario que los múltiples acuerdos que permiten inferir el acuerdo único se hayan desarrollado de forma continua, sin perjuicio de que el acuerdo pueda ser interrumpido durante un lapso de tiempo. Lo determinante en este último caso será revisar las identidades o similitudes entre los acuerdos celebrados antes de su interrupción o cese y los celebrados después, identidades que dicen relación con el objeto del acuerdo, el grupo medular de ejecutivos que participa en el mismo y sus formas de implementación;

Decimotercero: Que, una vez establecidos los elementos esenciales que se requieren para configurar un acuerdo único, a continuación se analiza la prueba rendida en el proceso sobre los hechos que fundan la acusación de la FNE y la defensa de las Requeridas. En específico, aquellos que deben ser probados son los siguientes: (i) el inicio, objeto y partícipes del acuerdo; (ii) los ejecutivos invo-

lucrados en el acuerdo, reuniones y lugares donde se realizaban; (iii) la forma cómo se implementaba el acuerdo; (iv) la supuesta interrupción del acuerdo; y (v) causas y circunstancias de término del acuerdo;

2. Solicitud de Beneficios de Biosano como primer antecedente probatorio

Decimocuarto: Que un primer antecedente probatorio relevante es la Solicitud de Beneficios de Exención y Reducción de Multas ("Solicitud de Beneficios") presentada por Biosano a la FNE el 28 de abril de 2014, la que forma parte integrante del expediente de investigación acompañado por la FNE a fojas 74, cuya versión pública fue acompañada a fojas 778 y se encuentra en el Cuaderno de Versiones Públicas de la FNE. Dicha solicitud está suscrita por su gerente general, Ana María Vásquez, por el sub gerente general, Claudio Reginato y por el gerente comercial, Maurizio Reginato, todos los cuales reconocieron en este proceso tanto dicho documento como sus firmas, lo que consta a fojas 1402, 1534 y 1066, respectivamente. En la Solicitud de Beneficios se hace un relato detallado de los hechos y del contexto en el que se ejecutó el acuerdo imputado en autos. Dicho relato, como se observa en los considerandos siguientes, es consistente, en lo sustancial, con el requerimiento de la FNE;

Decimoquinto: Que en la Solicitud de Beneficios se distinguen cuatro períodos en los que se habría desarrollado y ejecutado el acuerdo imputado en autos. El primer período comprendería los años 2000 a 2004. El acuerdo habría comenzado antes de la incorporación de Claudio Reginato a la gerencia comercial de Biosano en el año 2000. La persona que habría comunicado al señor Reginato la existencia de la colusión sería Silvia Galindo, en quien los dueños de la compañía habrían delegado la gestión comercial y administrativa de la empresa. Así, la señora Galindo le habría informado a Claudio Reginato "*la existencia de reuniones periódicas entre Sanderson (hoy Fresenius Kabi), laboratorios Rider (fuera del mercado de inyectables de bajo volumen desde el año 2002 aproximadamente) y Biosano, con el objeto de acordar ciertas ofertas con las que cada una de estas empresas iría a participar en ciertas licitaciones convocadas por Cenabast para la adquisición de productos farmacéuticos inyectables de pequeño volumen*" (página 6 de la Solicitud de Beneficios). De acuerdo con el relato contenido en la Solicitud de Beneficios, el objeto final de estos acuerdos

sería asegurar para cada una de las empresas partícipes la adjudicación de un determinado grupo de productos y, con ello, una cierta cuota de mercado: 40% para Sanderson, 40% para Rider y 20% para Biosano (página 7 de la Solicitud de Beneficios);

Decimosexto: Que los ejecutivos que habrían participado en las reuniones entre las Requeridas en este primer período serían: por parte de Sanderson, Pedro Pablo Echeverría y Enrique Aravena; por parte de Laboratorios Rider (hasta el retiro de esta empresa del acuerdo el año 2003), José Acevedo; y por parte de Biosano, Claudio Reginato, a partir del año 2000, y su hermano Maurizio, a partir del año siguiente. Las reuniones se habrían celebrado habitualmente a la hora de almuerzo en el Centro Vasco ubicado en Vicuña Mackenna, Santiago, y habrían sido convocadas con una semana de anticipación al cierre de la respectiva licitación por el señor Echeverría quien, para estos efectos, se habría comunicado vía telefónica con Claudio Reginato. Por último, el acuerdo se habría implementado mediante planillas que llevaba impresas en papel el señor Echeverría, en las que se proponían los precios y la asignación de los productos a cada uno de los partícipes, propuesta que por regla general habría sido aceptada por Biosano (página 9 de la Solicitud de Beneficios);

Decimoséptimo: Que el segundo período que se relata en la Solicitud de Beneficios habría comenzado el año 2004, cuando Biosano decidió importar bolsas de suero rígido de gran volumen producidas en tamaños de 50 ml hasta un lt., para lo cual habría alcanzado un acuerdo con la empresa argentina Fidex. Esta decisión habría generado tensiones con Sanderson, porque ésta habría considerado que era "su" mercado. De acuerdo con Biosano, lo anterior habría producido "*un quiebre en la relación entre Biosano y Sanderson*", suspendiéndose las conversaciones y acuerdos durante los años 2005 y 2006. No obstante, durante ese mismo período los hermanos Reginato habrían de todos modos asignado al Jefe de Ventas de Biosano, Jorge Cornejo, la tarea de reunirse con los representantes de Sanderson con el objeto de "*recomponer la relación*" (páginas 11 y 12 de la Solicitud de Beneficios);

Decimoctavo: Que el tercer período habría comenzado con la adquisición de Sanderson por parte de Fresenius Kabi el año 2007. De acuerdo con la Solicitud

de Beneficios, el representante de Fresenius Kabi para Latinoamérica, Allan Mollard, habría convocado a los hermanos Reginato a una reunión en el hotel Crowne Plaza para comunicarles que dicha empresa había adquirido el laboratorio Sanderson. En la misma época, Pedro Pablo Echeverría habría convocado a otra reunión a los hermanos Reginato para presentarles al nuevo gerente general de Sanderson en Chile, Mariano Ojeda, en la cual también les habría propuesto "*retomar las conversaciones y reuniones anteriormente desarrolladas con Sanderson*" (página 13 de la Solicitud de Beneficios). Las características esenciales del acuerdo no habrían variado en este período. En efecto, al principio las reuniones habrían continuado siendo a la hora de almuerzo en el Centro Vasco ubicado en Vicuña Mackenna, Santiago, para después pasar a la hora del desayuno, en el domicilio de Maurizio Reginato en la comuna de Vitacura; y seguían siendo convocadas en forma previa al cierre de la respectiva licitación por el señor Echeverría quien, para estos efectos, llamaba por teléfono fijo a Claudio Reginato o se lo indicaba presencialmente cuando se encontraban con ocasión de su participación en las reuniones de Asilfa, la asociación gremial de la que ambas empresas formaban parte. El acuerdo se habría continuado implementando mediante planillas que llevaban los representantes de FKS a las reuniones, ahora en formato electrónico. Los representantes de Biosano tomaban nota de los acuerdos que se iban alcanzando. Los porcentajes de participación en los productos involucrados en el acuerdo habrían sido de entre un 60% y 65% para FKS y un 35% y 40% para Biosano. Por último, al igual que en el primer período, por regla general cada propuesta que hacía FKS habría sido aceptada por Biosano, aunque en algunos casos Maurizio Reginato habría ofertado por un precio menor al acordado, pero superior al de FKS para respetar la asignación (página 14 y 15 de la Solicitud de Beneficios);

Decimonoveno: Que, por último, un cuarto período se habría producido durante los años 2010 a 2012, debido a que cambios introducidos por Cenabast a las bases de licitación habrían tenido efectos en el acuerdo. De conformidad con la Solicitud de Beneficios, dichos cambios se habrían implementado en octubre de 2011 para la provisión del año 2012 y, entre otras materias, se habría reducido la relevancia del precio ofertado como variable de adjudicación. La mayor incertidumbre que significó las nuevas bases habría reducido el número de productos comprendidos en el acuerdo a alrededor de 20. Además, en algunas ocasiones,

Maurizio Reginato se habría apartado del acuerdo ofreciendo precios más bajos. Las últimas reuniones entre las Requeridas para afectar procesos de licitación de Cenabast se habrían realizado en los meses de septiembre y octubre de 2012. Después de esas reuniones, los señores Reginato habrían concluido que era difícil continuar con el acuerdo, atendidas deducciones de puntaje aplicadas por Cenabast a FKS, todo lo cual le habría significado a Biosano tener que ofertar precios muy altos para que FKS se adjudicara las licitaciones acordadas;

Vigésimo: Que corresponde preguntarse acerca del valor probatorio de las declaraciones de un agente económico en un documento, mediante las cuales reconoce su participación en una colusión e involucra a las demás. De acuerdo con la jurisprudencia de la Excma. Corte Suprema (Sentencia de 7 de septiembre de 2012, Rol 2578-2012) y de este Tribunal (Sentencia N° 148, C°24), ello depende de la concurrencia de los siguientes elementos: (i) si dicho reconocimiento proporciona antecedentes precisos acerca de la existencia de los elementos de la colusión, esto es, datos respecto del origen del acuerdo de colusión, la época de gestación, la forma que adoptó el mecanismo de colusión, los medios de comunicación, entre otros; (ii) si el relato del confesante es suficientemente detallado en cuanto a la intervención que correspondió a los demás responsables; y (iii) si los antecedentes de que da cuenta son verificables y corroborados con el resto de los elementos probatorios que obran en el proceso;

Vigésimo primero: Que, como se desprende de los considerandos anteriores, en el presente caso el relato contenido en la Solicitud de Beneficios es consistente, en lo sustancial, con la descripción de los hechos descritos en el requerimiento, proporcionando antecedentes precisos y con un detalle mayor acerca de la existencia del acuerdo, esto es: (i) el origen del mismo; (ii) los principales ejecutivos que participaban en las reuniones en las que se adjudicaban licitaciones; (iii) los lugares en los que se reunían; (iv) las vicisitudes por las que pasó el acuerdo; (v) el rol que cumplía la otra requerida, FKS; y (vi) la manera de implementar el acuerdo mediante planillas Excel;

Vigésimo segundo: Que el principal hecho en el que difiere el requerimiento con la Solicitud de Beneficios dice relación con los efectos de la incorporación de Biosano al mercado de sueros de gran volumen. Mientras en la acusación se

sostiene que esta situación habría producido tensiones entre las Requeridas el año 2005, por lo que los contactos se habrían delegado en ejecutivos de menor rango, la Solicitud es más ambigua respecto de estos hechos, ya que se asevera, por un lado, que los hermanos Reginato durante ese tiempo prefirieron no reunirse con Sanderson y aceptaron que el señor Cornejo se reuniera con ellos para intentar "*recomponer la relación*" (página 12 de la Solicitud de Beneficios) y, por otro, que durante los años 2005 y 2006 Biosano participó de forma independiente en las licitaciones convocadas por Cenabast;

Vigésimo tercero: Que, como se señaló, el valor probatorio de la declaración de Biosano contenida en la Solicitud de Beneficios también depende de otros antecedentes probatorios que corroboren y verifiquen los hechos descritos en el requerimiento, los que son ponderados en los considerandos siguientes;

3. Otros antecedentes probatorios

3.1 Antecedentes relativos al inicio, objeto y participes del acuerdo

Vigésimo cuarto: Que de acuerdo con el requerimiento, el acuerdo imputado habría comenzado al menos a partir del año 1999 y habrían participado originalmente en él los laboratorios Sanderson, Biosano y Rider. Su objeto, como ya se ha señalado, habría sido afectar procesos de licitación convocados por la Cenabast para adquirir ampollas;

Vigésimo quinto: Que un primer antecedente probatorio relevante que da cuenta de la época en que se habría iniciado el acuerdo y de su objeto, son las planillas Excel –ENTCENT[1356099], ENTCENT1 y ENTCENT2– incautadas a FKS (acompañadas a fojas 370 el Cuaderno de Documentos Públicos de la FNE, correspondientes a la incautación), todas las cuales datan del año 1999, por cuanto de su análisis se puede inferir un reparto de licitaciones de ampollas consistente con lo relatado en la acusación de la FNE y en la Solicitud de Beneficios;

Vigésimo sexto: Que este antecedente es además consistente con los siguientes correos electrónicos intercambiados internamente entre ejecutivos de cada una de las requeridas, todos los cuales dan cuenta que el objeto del acuerdo era, precisamente, afectar licitaciones de ampollas convocadas por Cenabast:

a) A fojas 3775 se encuentra acompañado el correo de 21 de diciembre de 2005 enviado por Maurizio Reginato a Jorge Cornejo, ambos ejecutivos de Biosano, donde el primero le pregunta al segundo, respecto a la apertura de sobres de licitaciones de Cenabast, lo siguiente: "*esto esta dentro de lo conversado y acordado?? El droperidol era nuestro??*"

b) En el disco compacto que rola a fojas 46 del cuaderno de versiones públicas de la incautación de la FNE (cuya versión reservada se encuentra a fojas 313 del cuaderno de documentos reservados de la FNE) se encuentra acompañada una cadena de correos de 19 de diciembre de 2007, entre Jorge Cornejo y Claudio Reginato, generada a partir de un mail de Lizbeth Figueroa, todos ejecutivos de Biosano. En dicho mail se le informa a Jorge Cornejo y los hermanos Reginato de los resultados de la apertura de las licitaciones 621-859-LE07 y 621-856-LE07 y Claudio le pregunta a Jorge "¿esto esta dispuesto a lo conversado" y Jorge responde "*si*" (en los correos los precios ofertados por Sanderson están marcados con amarillo).

c) A fojas 3785 se encuentra acompañada una cadena de correos de 30 de mayo de 2008, entre Maurizio, Claudio Reginato y Jorge Cornejo, donde este último le remite a Maurizio la licitación de agua [biodestilada] 5 ml plástica "*para que negocies precios y cantidades*", a lo que Maurizio responde, copiando a Claudio, "*dile a los roedores que Biosano*", dándole a entender que debiese ser Biosano quien se adjudique dicha licitación;

d) A fojas 3786 se encuentra acompañado el correo electrónico de Claudio a Maurizio Reginato, de 19 de junio de 2008, en el que le señala, entre otras cosas, que "*Jorge tiene la reunión a las 17:00 con los roedores, nos mandará el cuadro una vez que quede listo para saber cómo quedamos*", a lo que Maurizio Reginato le responde "*Vale hay que hacerlo para seguir avanzando.*";

e) A fojas 3790 se encuentra acompañada una cadena de correos de 5 de abril de 2010 entre Claudio y Maurizio Reginato, generada a partir de un mail de Valeria del Real (encargada Chilecompras Biosano). En dicho mail la señora del Real le pregunta a Maurizio Reginato si participarán en la licitación de Fentanilo 0.1mg 2 ml, y Maurizio le envía ese correo a Claudio indicándole "*velo con roedor y aprovecha de hablar el tema que vimos la sem pasada*";

f) En el disco compacto que rola a fojas 46 del cuaderno de versiones públicas de la incautación de la FNE (cuya versión reservada se encuentra a fojas 313 del cuaderno de documentos reservados de la FNE) se encuentra acompañada la cadena de correos "Re_Reunión roedores", de 25 de marzo de 2009, entre Claudio y Maurizio Reginato, que comienza con un mail de Claudio recordándole a Maurizio que al día siguiente tienen reunión con los roedores a la hora de almuerzo, en un lugar por confirmar. Maurizio le pregunta el motivo y Claudio responde "*Mañana preguntamos, sera lo mismo de siempre, pero ahora deberemos finiquitar algo por lo menos*". Ante eso Maurizio señala "*Q bueno… Nos sirve para equilibrar la balanza… Hay que pedir el agua 5 ml vidrio…*[…]";

g) En el disco compacto que rola a fojas 46 del cuaderno de versiones públicas de la incautación de la FNE (cuya versión reservada se encuentra a fojas 313 del cuaderno de documentos reservados de la FNE) se encuentra acompañado el correo "RE_licitaciones" de 19 octubre 2008 enviado por Maurizio a Claudio Reginato, donde el primero le señala a Claudio "*[d]espués te mando los precios de los pdtos Halexistar, hay una cosa si ellos se van a quedar con el Potasio 10% 10ml vidrio, entonces que nos den el sodio 10% 20ml plástico!!!!!!!!*"; y

h) En el disco compacto que rola a fojas 713 se encuentra acompañada la versión pública de un correo electrónico de 19 de febrero de 2007, donde Irene Morales le envía a Pedro Pablo Echeverría, ambos ejecutivos de FKS, para su análisis, una propuesta para el producto glucosa 5% 1000ml Semirígido y le indica "*y como dato… cuando le ofrecí a B el fenoterol ellos estaban tan agradecidos que me dijeron que en este producto se presentarían a $352*". La mención a la letra B en este correo electrónico razonablemente puede entenderse como una mención a Biosano.

Vigésimo séptimo: Que, por su parte, la declaración del testigo Claudio Reginato acerca del origen y el objeto del acuerdo es consistente con los correos y planillas antes señalados. En efecto, sostuvo que en 1999, año en el cual había ingresado a Biosano como pasante en distintas áreas de la empresa, habría tomado conocimiento de un acuerdo con Sanderson y Rider relativo a las licitaciones de ampollas. En específico, indicó que al momento de ingresar a trabajar en la com-

pañía le llamaron la atención ciertas decisiones tomadas por el área comercial en relación con estas licitaciones convocadas por Cenabast, circunstancia que se la habría hecho presente a Silvia Galindo quien, en respuesta, le habría confirmado la existencia de un acuerdo con Sanderson y Rider (fojas 1524). Sostuvo que la señora Galindo lo habría invitado a una reunión con representantes de tales laboratorios, que tuvo por objeto "*generar un acuerdo para la distribución de productos del proceso licitatorio que se estaba generando en la Central Nacional de Abastecimiento*" (fojas 1525). Añade que, luego de la reunión, la señora Galindo le habría explicado el marco general del acuerdo, "*el cual era específicamente la distribución de los productos,* ¿no cierto?, *por una parte, y por otra parte, blindar un poco el mercado de nuevos entrantes"* (id.). Ante la pregunta acerca de qué significaba "distribución de productos", el testigo respondió "*se hacía digamos una sumatoria de los productos que se acordaban, que se negociaban en esa reunión* […] *y se distribuían las cantidades"* (id.);

Vigésimo octavo: Que, por su parte, el testigo Maurizio Reginato confirmó lo anterior, indicando que ingresó a trabajar a Biosano el año 2001 como asistente comercial, y que a partir de ese año se enteró, a través de su hermano Claudio, de "*ciertos acuerdos que existían con laboratorio Sanderson en esa época*" (fojas 1046). Agrega en su declaración que su hermano habría tomado conocimiento del mencionado acuerdo a través de Silvia Galindo, quien le habría explicado "[…] *como funcionaba este tema de las reuniones, que se celebraban con otros actores, en este caso Sanderson, para las licitaciones de CENABAST, de manera de asignarse los productos"* (fojas 1046);

Vigésimo noveno: Que, asimismo, en la audiencia de absolución de posiciones pertinente, cuya acta rola a fojas 1394 y siguientes, la representante legal de Biosano, Ana María Vásquez, reconoció que era efectivo que Claudio y Maurizio Reginato ejercieron funciones en el área comercial de la compañía desde sus respectivos ingresos hasta el año 2013, y que antes de la incorporación de ellos, Silvia Galindo era la encargada de la gestión comercial, incluyendo la venta de ampollas a Cenabast, función que ejerció hasta el año de su retiro (2001);

Trigésimo: Que la ponderación de la prueba descrita en los considerandos precedentes es consistente con lo relatado en el Requerimiento y en la Solicitud de

Beneficios, por cuanto permite concluir que ya el año 1999 existía un acuerdo entre las Requeridas y Rider (hasta su salida del mercado el año 2003) para repartirse licitaciones de ampollas convocadas por Cenabast;

3.2 Antecedentes relativos a los ejecutivos involucrados en el acuerdo y reuniones

Trigésimo primero: Que en cuanto a los ejecutivos que coordinaban y participaban más regularmente en el acuerdo acusado, la FNE sostiene que, por parte de Sanderson y Fresenius, habrían sido Pedro Pablo Echeverría y Mariano Ojeda y, por parte de Biosano, los hermanos Claudio y Maurizio Reginato. En el relato contenido en la Solicitud de Beneficios, específicamente, en sus páginas 9, 13 y 15, Biosano entrega más detalles sobre este punto, señalando que también participaban en estas reuniones Enrique Aravena, por Sanderson, y Jorge Cornejo, por Biosano (este último a partir del año 2004) y que durante los años 2007 a 2010 se integró el señor Ojeda a las reuniones, luego de ser nombrado gerente general de Fresenius Kabi Chile;

Trigésimo segundo: Que, en lo que respecta a las reuniones, en el requerimiento se señala que "*eran convocadas por teléfono, o presencialmente tras las sesiones de la Asociación de Laboratorios Farmacéuticos (ASILFA)*" y que se realizaban, en un comienzo, en un restaurante cercano al Parque O'Higgins y, a partir del 2001, en el Centro Vasco. Posteriormente, a contar de 2009, se habrían comenzado a celebrar en el domicilio de uno de los ejecutivos de las empresas requeridas y esporádicamente en diversos cafés de la capital. Si bien en el requerimiento no se indica expresamente la periodicidad con la cual se reunían estos ejecutivos, sí se señala que las Requeridas tomaban contacto antes de ofertar en las licitaciones de ampollas que convocaba Cenabast. Al respecto, en el relato contenido en la Solicitud de Beneficios se precisa que los contactos entre las Requeridas tenían lugar luego de que Cenabast publicara los llamados a licitación de ampollas (página 9 de la Solicitud de Beneficios);

Trigésimo tercero: Que en relación con la participación de Pedro Pablo Echeverría, se debe tener presente, en primer lugar, que si bien éste compareció como testigo a declarar en este procedimiento, se amparó en su derecho a guardar

silencio en virtud de lo dispuesto en el artículo 360 N° 3 del Código de Procedimiento Civil. Sin embargo, su participación en las reuniones entre las empresas coludidas consta tanto de la Solicitud de Beneficios de Biosano, como ya se señaló, así como de las declaraciones testimoniales de los hermanos Reginato y de Jorge Cornejo (a fojas 1046, 1047, 1462, 1525, 1527, 1528, 1530 entre otras), y de otros antecedentes probatorios, como correos electrónicos;

Trigésimo cuarto: Que, en efecto, en diversas partes de la Solicitud de Beneficios de Biosano (páginas 7, 9, 11, 13, entre otras), se indica de manera expresa que el señor Echeverría participaba en las reuniones entre las Requeridas por parte de Sanderson. Así, por ejemplo, se indica que "*habitualmente el señor Pedro Pablo Echeverría tomaba contacto con el señor Claudio Reginato Vásquez a través de teléfono fijo con el objeto de convocar a una reunión alrededor de una semana previo al cierre de las licitaciones en cuestión*"; y que "*Pedro Pablo Echeverría se presentaba habitualmente en tales reuniones con una planilla en papel, la que contenía la propuesta de Sanderson para asegurar la adjudicación de determinados productos* […]";

Trigésimo quinto: Que Claudio Reginato confirmó en su declaración testimonial que las reuniones entre las Requeridas se realizaban, por lo general, dos veces al año, agrupando distintas licitaciones de Cenabast. En específico, señaló que entre los años 2000 a 2002 la coordinación de las reuniones por parte de Biosano era hecha por Silvia Galindo y luego, por él con Enrique Aravena, en un principio; y con Pedro Pablo Echeverría, después. Añadió que estas reuniones se celebraban antes del cierre de la respectiva licitación. Así, sostuvo que "*a partir del 2002, entre el 2002 y el 2004 parte un nuevo formato, ¿ya?, donde prácticamente don Pedro Pablo Echeverría y yo,* éramos *quienes coordinábamos las reuniones, ¿ya?, vía telefónica bajo el mismo formato anterior, eran aproximadamente dos reuniones por proceso licitatorio, procesos licitatorios que la Central de Abastecimiento en ese momento la única variable para asignar un producto era el precio"* (fojas 1527). Más adelante indica que "*cuando salían las licitaciones de la Central se armaba digamos un grupo más o menos grande de productos, teníamos la primera reunión y, digamos, con la segunda mitad teníamos la segunda reunión*" (fojas 1538);

Trigésimo sexto: Que Maurizio Reginato señaló en su declaración testimonial que acompañó a su hermano Claudio *"un par de veces a las reuniones, en las cuales asistía, por parte de Biosano, Claudio Reginato y Maurizio Reginato, y por parte de Sanderson, en esos momentos era Pedro Pablo Echeverría y un señor que creo que no trabaja ahí que se llama Enrique Aravena"* (fojas 1046). Claudio Reginato, por su parte, explicó en su declaración testimonial que la señora Galindo lo habría invitado a una reunión que se realizó en un restaurante cercano al Parque O'Higgins. En dicha reunión se habría encontrado con los señores Echeverría y Aravena de Sanderson, y Acevedo de Rider, indicando que "*lo relevante de la reunión fue generar un acuerdo para la distribución de los productos del proceso licitatorio que se estaba generando en la Central de Abastecimiento"* (fojas 1525). Por último, Jorge Cornejo declaró que "*derivado de algunas preguntas que yo hice, se me informó de que existía esta situación* [acuerdos con competidores]*, y en la cual a mi me mandaron en un par de ocasiones con listas a reunión en la cual ya estaban los precios definidos y, solamente, era formalizar la..., la..., cómo se ..., la adjudicación, osea, o..., los precios que se iban a presentar a la licitación"*. Con posterioridad a ello indicó que a dichas reuniones asistía Pedro Pablo Echeverría por parte de Sanderson (fojas 1461 y 1462);

Trigésimo séptimo: Que, a su vez, la participación del señor Echeverría también se desprende de al menos dos correos electrónicos. En el primero de ellos, acompañado en carácter confidencial en el requerimiento, contenido en el NUE 2246317, cuya versión pública se encuentra acompañada en el disco compacto que rola a fojas 713, el señor Echeverría aparece como el receptor de otro correo electrónico, de fecha 19 de febrero de 2007, enviado por Irene Morales (Subgerente de Compras Institucionales de Laboratorios Sanderson), al que se adjunta una propuesta para el producto glucosa 5% 1000ml Semirígido, indicándole *"y como dato... cuando le ofrecí a B el fenoterol ellos estaban tan agradecidos que me dijeron que en este producto se presentarían a $352"*. Tal como se indicó en el considerando vigésimo sexto letra h., la mención a la letra B en el correo electrónico antes mencionado razonablemente puede entenderse hecha a Biosano;

Trigésimo octavo: Que en el segundo correo electrónico, acompañado en carácter público a fojas 3778, de 23 de septiembre de 2004, enviado entre ejecutivos

de Biosano, Maurizio Reginato le señala a Claudio Reginato y Jorge Cornejo que iban a tener el "*placer de verle la cara de culo al roedor y al reptil de pedro pablo Echeverría*";

Trigésimo noveno: Que, en cuanto a la participación de Enrique Aravena y Mariano Ojeda por parte de FKS en el acuerdo imputado en autos, si bien estos ejecutivos no prestaron declaración como testigos ante este Tribunal, su participación puede desprenderse de las declaraciones testimoniales de los hermanos Reginato y de Jorge Cornejo (a fojas 1046, 1047, 1525, 1527, 1528, 1530, entre otras), todas las cuales están contestes en este punto;

Cuadragésimo: Que, por su parte, la participación de Claudio Reginato, Maurizio Reginato y Jorge Cornejo por Biosano es reconocida por ellos mismos en sus declaraciones como testigos prestadas en el marco de este procedimiento. Así, por ejemplo, Claudio Reginato sostuvo en estrados que los participantes en las reuniones eran "*principalmente don Pedro Pablo Echeverría y yo, sin embargo habían algunas reuniones en las cuales participaba también Mariano, ¿ya?, y habían reuniones ampliadas entre los cuatro también digamos incluyendo a Maurizio*" (fojas 1530). A su vez, Maurizio Reginato declaró que "*yo sí lo acompañé* [a su hermano] *un par de veces a las reuniones, en las cuales asistía, por parte de Biosano, Claudio Reginato y Maurizio Reginato, y por parte de Sanderson, en esos momentos era Pedro Pablo Echeverría y un señor que creo que no trabaja ahí que se llama Enrique Aravena* [...]". Finalmente, Jorge Cornejo declaró que efectivamente asistió a reuniones con Pedro Pablo Echeverría durante los años 2004 y 2005 (fojas 1461 y 1462). Preguntado sobre el número de veces que asistió a dichas reuniones, la época de las mismas, quién le pidió que asistiera, con quiénes se reunió y el lugar en que se habrían celebrado, el testigo respondió que Claudio Reginato o, en su defecto, su hermano Maurizio, le pedían que asistiera a estas reuniones, y que asistió a "*tres, cinco reuniones, no más*" (fojas 1462) durante los años 2004 y 2005;

Cuadragésimo primero: Que la existencia de reuniones entre estos ejecutivos también se desprende de correos electrónicos internos de Biosano, acompañados como evidencia documental al expediente, en los que se hace referencia a almuerzos o reuniones con el "roedor" o los "roedores" o las "ratas". Se debe

tener presente que, de acuerdo con el requerimiento de la FNE, los ejecutivos de Biosano utilizaban dichas expresiones para referirse "*subrepticiamente*" (fojas 35) a los ejecutivos de FKS, lo que fue reconocido tanto por Claudio Reginato en su declaración testimonial, en la que señaló que con el término "roedor" se referían a la gente de Sanderson (fojas 1539 y 1541), como por Maurizio Reginato, quién declaró ante este Tribunal que la palabra roedor era la utilizada con su hermano para referirse a los ejecutivos de FKS (fojas 1076);

Cuadragésimo segundo: Que a continuación se citan los correos electrónicos a los que se hace referencia en el considerando anterior:

a) A fojas 3770 se encuentra acompañado el correo electrónico de Maurizio Reginato a Jorge Cornejo, de 20 de octubre de 2004, en el que le solicita que se acuerde de tener "*el máximo de info para mañana en el almuerzo con el roedor*";
b) A fojas 31 se acompañó el NUE 1922753, el cual contiene un correo electrónico enviado por Claudio Reginato a Maurizio Reginato, de 5 de mayo de 2005, en el que le indica que tiene una "*reunión con la rata y el roedor en el Vasco para retomar las negociaciones.*" Este correo electrónico fue decretado confidencial y su versión pública se encuentra contenida en el disco compacto que rola a fojas 712 del expediente;
c) A fojas 3777 se encuentra acompañado el correo de 28 diciembre de 2005, enviado por Maurizio Reginato a Claudio Reginato y Jorge Cornejo, que dice: "*Jorge, necesitamos juntarnos con los roedores antes que te vayas tú, para definir los pasos a seguir, por lo que llama al roedor chico y dile que nos juntemos a almorzar el Miércoles 4 a las 1.30 pm en el club Vasco, Jorge la reunión es de carácter URGENTE, si no te pescan me avisas para coordinar con Claudio*";
d) A fojas 3772 se encuentra acompañado un correo de 30 de diciembre de 2005, enviado por Maurizio Reginato a Jorge Cornejo, en el que le recuerda que tienen que dejar cerrado ese día las fechas de las reuniones con "roedores";
e) A fojas 3773 se encuentra acompañado un correo de 23 de marzo de 2006, enviado por Maurizio Reginato a Jorge Cornejo, en el que el primero le señala al segundo que "*hay que decirle al par de roedores en*

nuestra próxima reunión" que determinada persona que trabajaba en Volta ahora trabaja en Sanderson;

f) A fojas 3779 se encuentra acompañado un correo de 17 de julio de 2006, enviado por Maurizio Reginato a Jorge Cornejo, en el que le recuerda que "*mañana tenemos reunión almuerzo con el roedor mayor, llámame para conversar los temas a conversar.*"

g) A fojas 3780 se encuentra acompañado un correo de 7 de septiembre de 2006, enviado por Maurizio Reginato a Claudio Reginato y Jorge Cornejo, que dice: "*En relación con las licitaciones de Cenabast, necesitamos tomar un pronunciamiento acerca de que hacer con los roedores. Propongo nos juntemos este Lunes 11 a las 6.00 pm así nadie nos escucha y estamos más tranquilos.*"

h) A fojas 3788 se encuentra acompañado una cadena de correos de 25-26 junio 2009, entre Claudio y Maurizio Reginato, con asunto "llamado roedor". En ésta, Claudio le pide a Maurizio que le devuelva el llamado al "roedor" para ver por qué lo había llamado. Maurizio indica "*Ok. quedamos tal cual lo habíamos conversado inicialmente contigo, desayuno martes en la mañana.*"

i) A fojas 31 se acompañó el NUE 1922756, el cual contiene un correo de 5 de enero de 2011, enviado por Maurizio Reginato a Claudio Reginato, en el que le recuerda una reunión el viernes con los "roedores" en el Starbucks. Este correo electrónico fue decretado confidencial y su versión pública se encuentra contenida en el disco compacto que rola a fojas 712 del expediente;

Cuadragésimo tercero: Que, confirmando lo señalado en los considerandos anteriores, la requirente también acompañó impresiones de pantalla que contienen citaciones de *Outlook* del computador de Maurizio Reginato, las que fueron aportadas por Biosano en su Solicitud de Beneficios. En ellas se hace alusión a reuniones que los señores Reginato agendaron con "roedores", con lo cual se estarían refiriendo a ejecutivos de FKS. Estas citaciones son las siguientes: (i) cita de Maurizio Reginato, asunto "REUNION ROEDORES", de fecha 7 de enero de 2011, cuya versión pública rola a fojas 46 del Cuaderno de versiones públicas de la incautación de la FNE; (ii) cita de Claudio Reginato, asunto "Reunión final roedores", de fecha 20 de enero de 2011, que rola a fojas 3756; (iii) cita de

Maurizio Reginato, asunto "reunión roedor", de fecha 24 de febrero de 2011, que rola a fojas 3762; (iv) cita de Maurizio Reginato, asunto "Desayuno en mi casa con roedores", de fecha 7 de marzo de 2011, que rola a fojas 3759; (v) cita asunto "Reunión Roedores", de fecha 15 de marzo de 2011, que rola a fojas 3763; (vi) cita de Maurizio Reginato, asunto "REUNION ROEDORES", de fecha 16 de marzo de 2011, que rola a fojas 3764; (vii) cita de Maurizio Reginato, asunto "REUNIÓN ROEDORES", de fecha 31 de marzo de 2011, que rola a fojas 3766; (viii) cita de Maurizio Reginato, asunto "REUNION ROEDORES", de fecha 19 de octubre de 2011, que rola a fojas 3765; cita con el asunto "Reunión roedores", de fecha 18 de noviembre de 2011, que rola a fojas 3758; (x) cita de Maurizio Reginato, asunto "REUNIONE (sic) ROEDORES", de fecha 13 de enero de 2012, que rola a fojas 3767; (xi) cita de Claudio Reginato, asunto "Reunión Pedro Pablo Echeverría", de fecha 20 de enero de 2012, que rola a fojas 3757; (xii) cita de Maurizio Reginato asunto "ROEDORES", de fecha 20 de febrero de 2012, que rola a fojas 3768; (xiii) cita de Maurizio Reginato, asunto "Desayuno Roedores", de fecha 2 de marzo de 2012, que rola a fojas 3761; y (xiv) cita de Maurizio Reginato, asunto "Desayuno Roedores", de fecha 23 de mayo de 2012, que rola a fojas 3760;

Cuadragésimo cuarto: Que FKS, en su escrito de fojas 3083, observó las citaciones *Outlook* acompañadas al proceso, entre las cuales se encuentran las singularizadas en el considerando anterior, señalando que las mismas no permitirían acreditar los hechos imputados en el requerimiento, toda vez que en ellas no habría intercambios o invitaciones entre las Requeridas; la gran mayoría no tendría referencia a un competidor; no habría evidencia sobre el contexto en el que fueron enviadas ni si las reuniones de las que dan cuenta se habrían realizado; y no se haría referencia en ellas a licitaciones;

Cuadragésimo quinto: Que, adicionalmente, a fojas 1919, FKS acompañó copias de calendarios *Lotus,* extraídos desde el computador de Mariano Ojeda, con el objeto de desvirtuar algunas de las citaciones *Outlook* indicadas en el considerando anterior. Estos calendarios darían cuenta de otras actividades o reuniones agendadas por el señor Ojeda para los mismos días y horas en los que habría tenido lugar las reuniones que constarían en las citaciones *Outlook* mencionadas en los considerandos precedentes;

Cuadragésimo sexto: Que, con todo, solo existe superposición de fechas en siete citaciones *Outlook* y *Lotus* acompañadas por la FNE y por FKS. Respecto de ellas, es importante tener presente que ninguna fue acompañada en un formato que permita obtener las propiedades relativas a su fecha de creación o modificación, por lo que ninguna acredita, por sí sola, la existencia de las citas a las que hacen referencia, ni menos la realización de reuniones que allí mencionan, quienes asistieron, o el contenido de las mismas;

Cuadragésimo séptimo: Que, sin perjuicio de lo expuesto en el considerando precedente, las citaciones acompañadas por la FNE son al menos indicios que, interpretados en conjunto y de manera armónica con el resto de la prueba a que se ha hecho referencia en los considerandos anteriores, permiten inferir que es muy probable que existieran dichas citas a reuniones; más aún cuando algunas de ellas fueron, además, reconocidas en estrados por Maurizio Reginato (a fojas 1076 y 1078), y cuando al menos una de las acompañadas por la FNE –aquella indicada en el número (i) del considerando cuadragésimo tercero anterior– tiene una hoja de propiedades que acredita que dicha reunión fue agendada por Maurizio Reginato (documento que rola a fojas 41 del cuaderno de versiones públicas de la incautación de la FNE);

Cuadragésimo octavo: Que, a mayor abundamiento, todas las citaciones acompañadas por la FNE fueron obtenidas en la diligencia de entrada, registro e incautación llevada a cabo en abril de 2013 y, por tanto, tuvieron una fecha de creación anterior a la fecha en la que las requeridas tomaron conocimiento de una investigación por colusión en su contra, lo que descarta cualquier posibilidad de que esta prueba haya sido preconstituida;

Cuadragésimo noveno: Que, respecto de la periodicidad con la que se reunían los ejecutivos de las Requeridas, en el relato contenido en la Solicitud de Beneficios, Biosano señala que estas reuniones se realizaban *"con ocasión de la publicación por Cenabast de sus llamados a licitación para el abastecimiento de ciertos productos farmacéuticos inyectables de pequeño volumen"* (página 7 de la Solicitud de Beneficios). En este mismo sentido, el testigo Mauricio Reginato señaló que las reuniones se hacían entre tres a cuatro veces al año, con ocasión de las licitaciones llamadas por Cenabast (fojas 1048), lo que reiteró su hermano Claudio en su declaración testimonial (fojas 1526);

Quincuagésimo: Que, en cuanto a los lugares en los que se reunían, como se ha visto, la FNE señaló que en un principio se juntaban en un restaurante, pero que alrededor del año 2001 las reuniones comenzaron a realizarse en el centro Vasco en Santiago para luego, alrededor del año 2009, volver a cambiarse, esta vez a la casa de alguno de los ejecutivos involucrados. Lo anterior es sin perjuicio de ciertas citas esporádicas en cafés de Santiago;

Quincuagésimo primero: Que lo aseverado por la FNE en esta materia no solamente es coincidente con la relación de hechos que hace Biosano en su Solicitud de Beneficios, según se indicó en los considerandos décimoquinto a décimonoveno, sino que además es confirmado en las declaraciones testimoniales de los testigos Claudio y Maurizio Reginato y Jorge Cornejo, en correos electrónicos, y en citaciones de *Outlook*, todo lo cual se analiza a continuación;

Quincuagésimo segundo: Que, en efecto, Claudio Reginato señaló en su declaración testimonial que la primera reunión a la que asistió tuvo lugar en un restaurant cercano al Parque O´Higgins (fojas 1525). Indicó que, luego, las reuniones tuvieron lugar principalmente en el Centro Vasco, y que las realizaban en un privado para poder "*trabajar tranquilamente en el restaurante*" (fojas 1530). Por su parte, Maurizio Reginato confirmó en su declaración testimonial que hasta el año 2009 se reunían en el Centro Vasco y que a partir de ese año las reuniones se empezaron a realizar en la mañana en su casa, ya que ese era un lugar equidistante para todos y porque en las mañanas no había nadie por lo que "*podía*[n[*conversar tranquilos sin que nadie nos molestara, o sin que nadie nos viera*" (fojas 1050). Por último, Jorge Cornejo expresó que las reuniones se desarrollaban en "*un restaurante, en Vicuña Mackenna, no recuerdo del nombre, pero ahí, las reuniones que yo fui estaban… se hacían ahí*" y que dicho restaurante "*tenía un nombre español*" (fojas 1465);

Quincuagésimo tercero: Que, a su vez, en los correos electrónicos citados en las letras b) y c) del considerando cuadragésimo segundo se hace referencia a dichos lugares, así como la citación de *Outlook* singularizada bajo el número (iv) en el considerando cuadragésimo tercero anterior;

Quincuagésimo cuarto: Que, de este modo, contrastado el relato contenido en la Solicitud de Beneficios con las declaraciones de testigos, correos electrónicos

y los demás documentos singularizados en los considerandos precedentes, se concluye que: (i) los principales ejecutivos involucrados en el acuerdo que imputa la requirente fueron los hermanos Reginato y Jorge Cornejo, por parte de Biosano; y Pedro Pablo Echeverría y Mariano Ojeda, por parte de FKS; (ii) que éstos se reunían con ocasión de los llamados a licitación de ampollas que convocaba Cenbast; y (iii) que lo hacían principalmente en el Centro Vasco de Santiago y posteriormente en la casa de Maurizio Reginato;

3.3 Antecedentes relativos a la implementación del acuerdo

Quincuagésimo quinto: Que, como se ha indicado, la FNE sostuvo que el acuerdo se habría implementado fundamentalmente a través de planillas Excel que cada una de las Requeridas llevaba a las reuniones, en las que se incluían columnas que identificaban a las empresas y los precios que ofertarían;

Quincuagésimo sexto: Que, en primer términos, el testigo Claudio Reginato confirmó que "*armábamos una planilla, en la cual estaban las cantidades licitadas,* ¿ya?, en ese año, obviamente cada uno trabajaba con su propia planilla, la planilla de *nosotros por lo menos tenía el* último *precio anterior adjudicado, el precio vigente* ¿ya?, *las cantidades y los precios de mercado, con esa información nosotros distribuíamos y acordábamos un precio ganador y acordábamos un precio perdedor* ¿ya?, y después se multiplicaba el precio ganador por las cantidades y ahí íbamos viendo, íbamos distribuyendo las… qué productos se iban para un lado y qué p*roductos se iban para el otro*" (fojas 1531);

Quincuagésimo séptimo: Que, Maurizio Reginato también confirma con sus declaraciones que el acuerdo se implementó a través de planillas. A este respecto indicó que "[l]*as reuniones eran…, al segundo período* [desde el 2007], *eran unas reuniones mucho más elaboradas, en el sentido de que se hacían a través del computador, porque en la primera parte hasta el 2005 eran en papel, eran planillas, pero todo en papel. Ya a partir del 2006 en adelante, 2007, se hacían en el computador y, de hecho, ya a partir, cuando nos juntamos en mi casa a partir de 2009-10, llevábamos un data y proyectábamos la planilla de las licitaciones CENABAST, en la cual se hacía la repartición de los productos. Gran parte de las planillas elaboradas las hacían ellos, de hecho, en nuestras pruebas, tanto los*

documentos físicos como en papel, no tenemos estas, de estas pruebas, o de estos documentos, por el hecho de que ellos tenían una mejor unidad de negocios, digámoslo así, inteligencia de negocios, en la cual ellos tenían, bueno, cargaban todos los productos, los valores, se asignaban y después se veía el número final, que era lo que se trataba de repartir, 70-30, más o menos" (fojas 1050);

Quincuagésimo octavo: Que, por último, tal como se indica en la declaración de Jorge Cornejo, citada en el considerando cuadragésimo, a las reuniones que le tocó asistir a petición de los hermanos Reginato, lo hacía con documentos en los cuales *"ya estaban los precios definidos y, solamente, era formalizar la…, la…, cómo se …la adjudicación"*. Esto es consistente con el correo electrónico de 5 de octubre de 2005 (cuya versión pública se encuentra a fojas 712), en el que el mismo Jorge Cornejo le envía a los hermanos Reginato un Excel con la propuesta Cenabast para ser revisada y definida, señalando "*Los productos en rojo propongo ganarlos.*";

Quincuagésimo noveno: Que, las planillas a que se ha hecho referencia en los considerandos anteriores, se encuentran en los NUE que fueron acompañados por la FNE a fojas 74 y contienen, por una parte, información referida a licitaciones específicas de la Cenabast y, por otra parte, información relativa a precios de su competidor en las últimas columnas. En los considerandos que siguen se muestra el análisis de algunas de ellas, con el fin de corroborar la forma de implementación del acuerdo;

Sexagésimo: Que, con todo, antes de efectuar el análisis antes indicado, se deben tener presente ciertas consideraciones comunes a todas ellas. En primer término, de acuerdo con sus propiedades, las planillas que se citan a continuación fueron creadas y modificadas con fechas anteriores al cierre de la fecha para presentar ofertas en al menos una de las licitaciones a las que ellas hacen referencia;

Sexagésimo primero: Que, en segundo lugar, en todas estas planillas existen columnas que individualizan a las Requeridas, ya sea directamente con sus nombres, con las letras S y B o con otra nomenclatura. Dichas columnas contienen precios. Dado esto, para efectos de comparar los precios allí señalados

con los efectivamente ofertados, informados por Cenabast, se confeccionaron tablas *ad hoc* utilizando la información citada por la Fiscalía (referida a 1.262 oportunidades de adjudicación) que estaba, a su vez, contenida en las planillas incautadas. Dichas tablas contienen los precios efectivamente ofertados por Biosano, Fresenius y/o Sanderson en las licitaciones incluidas en dicha planilla e indican la empresa que resultó finalmente adjudicararia;

Sexagésimo segundo: Que, por último, FKS indicó que la utilización de este tipo de planillas era habitual en la industria y que podían crearse a partir de la información pública disponible y de los precios anteriores de adjudicación. Sin embargo, como se explica a continuación, esta versión alternativa no resulta verosímil, en primer lugar, porque es imposible predecir con exactitud el precio al que ofertaría el rival; y, en segundo lugar, porque auqnue ello fuese posible, no sería racional que FKS hubiera formulado consistentemente ofertas con precios más altos en algunas de esas licitaciones -a menos que existiera un acuerdo-, ya que al predecir lo que haría su rival podría haber ofertado precios más bajos y así adjudicarse dichas licitaciones;

Sexagésimo tercero: Que la primera planilla analizada se denomina ENTCENT[1356099]. De acuerdo con sus propiedades, fue creada por "LABORATORIO SANDERSON" y su última modificación fue realizada por "pedro pablo echeverria" el día 26 de marzo de 1999. A su vez, de acuerdo con la información contenida en ella, el cierre de la fecha para presentar ofertas en las licitaciones de productos incluidas en el requerimiento (Propuestas números 54, 55 y 56) fue el día 29 de marzo de 1999. En esta planilla se insertaron columnas que se singularizan con las letras S y B, las que razonablemente puede asumirse que corresponden a Sanderson y Biosano. La parte relevante de la misma, cuya versión íntegra se encuentra a fojas 370 del Cuaderno de Documentos Públicos de la FNE, correspondientes a la incautación, es la que se muestra a continuación:

PLANILLA ENTCENT[1356099] EXTRACTO DE HOJA3

PROPUESTAS SANDERSON - BIOSANO											
			CANTIDAD					S		B	
212-1375-000	DIAZEPAM 10 MG	100 X 2 ML	1.700	MY.-NOV.	4600	7.820.000	2,36	4.650		4.600	7.820.000
212-2800-000	FENOBARBITAL SOD. 200 MG	100 X	150	JN.-NOV.		-					
213-0710-000	BETAMETASONA 4 MG	100 X 1 ML	3.400	MY.-NOV.	6200	21.080.000	2,57	5.800	19.720.000	5.920	
213-1851-000	DEXAMETASONA 4 MG	10 X 1 ML	1.050	JN.-NOV.	950	997.500	3,83	950	997.500	980	
216-0060-000	ACIDO ASCORBICO 100 MG	100 X 1 ML	600	JN.-NOV.	3600	2.160.000	2,79	3.600	2.160.000	3.800	
216-0235-000	AMIODARONA 150 MG	100 X 3 ML	350	JN.-NOV.	10500	3.675.000	3,32	10.500		10.000	3.500.000
216-0360-000	AUROTIOSULFATO SOD 50 MGF	1 X 5 ML	6.700	MY.-NOV.		-					
216-0496-000	BUPIVACAINA 0.5 % FA	50 X 10 ML	270	JN.-NOV.	11800	3.186.000	4,3	11.800	3.186.000	12.900	
216-0506-000	BUPIVACAINA 0.75 %	5 X 20 ML	850	MY.-NOV.	4000	3.400.000	9,93	4.000		3.900	3.315.000
216-0740-000	CALCIO GLUCONATO 10 %	100 X 10 ML	750	JN.-NOV.	8200	6.150.000	2,41	8.350		8.200	6.150.000
216-0915-000	CLONIXINATO DE LISINA 100 MG	100 X 2 ML	800	MY.-NOV.	6800	5.440.000	2,47	8.800	7.040.000	9.000	
216-1285-000	DOBUTAMINA CLH, 250 MG	100 X 5 ML	60	MY.-NOV.	280000	16.800.000	10,38	280.000	16.800.000	289.000	
216-1900-000	ERGOMETRINA MAL. 0,2 MG	100 X 1 ML	530	MY.-NOV.	4900	2.597.000	3,04	4.950		4.900	2.597.000
212-2900-000	FENTANILO CITRATO 0,1 MG	20 X 2 ML	1.800	MY.-NOV.	4300	7.740.000	7,04	4.300	7.740.000	4.360	
212-2902-000	FENTANILO CITRATO 0,5 MG	20 X 10 ML	1.500	MY.-NOV.	6500	9.750.000	3,25	6.500	9.750.000		
216-1280-000	LANATOSIDO 0,4 MG	100 X 2 ML	220	MY.-NOV.	23500	5.170.000	9,25	23.500	5.170.000	24.000	
216-1955-000	HIDRALAZINA CLH. 20 MG	50 X 1 ML	80	MY.-NOV.		-					
216-2130-000	FITOQUINOMA 1 MG	100 X 1 ML	300	JN.-NOV.	3900	1.170.000	3,54	3.950		3.900	1.170.000
216-2140-000	FITOQUINOMA 10 MG	100 X 1 ML	770	JN.-NOV.	5700	4.389.000	3,1	5.700	4.389.000	5.850	
216-2431-000	HEPARINA 25.000 FA	50 X 5 ML	3.050	MY.-NOV.	24500	74.725.000	1,94	23.200		20.250	61.762.500
216-3225-000	LIDOCAINA CLH. 5 %	100 X 2 ML	500	MY.-NOV.	3900	1.950.000	2,6	3.980		3.900	1.950.000
216-4740-000	FOSFATO MONOPOTASICO15%	5 X 10 ML	3.450	JN.-NOV.	1200	4.140.000	8,96	1.200	4.140.000	1.250	
212-3700-000	MIDAZOLAM CLH. 15 MG	10 X 3 ML	850	JN.-NOV.		-					
212-5311-000	MORFINA CLH. 10 MG	20 X 1 ML	3.950	MY.-NOV.	1900	7.505.000	5,35	1.920		1.880	7.426.000
212-5311-000	MORFINA CLH. 20 MG	20 X 1 ML	2.600	MY.-NOV.	2100	5.460.000	4,87	2.100	5.460.000	2.150	
216-3673-000	NITROGLICERINA 50 MG	50 X 10 ML	250	MY.-NOV.	43800	10.950.000	2,77	43.800	10.950.000	55.000	
216-3958-000	NANDROLONA 25 MG	25 X 1 ML	120	JN.-NOV.	5600	672.000	3,62	5.600	672.000		

216-4700-000	OXITOCINA 5 UI	100 X 1 ML	3.550	MY.-NOV.	4150	14.732.500	2,58	4.200	14.910.000	4.400	
216-4720-000	OLIGOELE-MENTOS	10 X 2 ML	1.100	MY.-NOV.	1650	1.815.000	4,45	1.650	1.815.000	1.720	
216-4806-000	PROGESTE-RONA 25 MG	100 X 1 ML	500	MY.-NOV.	5500	2.750.000	2,93	5.500	2.750.000	5.600	
216-6415-000	VASELINA ESTERIL	100 X 10 ML	310	MY.-NOV.	9600	2.976.000	3,58	9.600		9.200	2.852.000
212-5111000	METADONA 10 MG	20 X 2 ML	450		2600	1.170.000	4,63	2.850		2.800	1.260.000
262-6430-000	SUCCINILCO-LINA 100 MG	50 X 1 ML	400					13.000	5.200.000	14.250	
213-0332-000	AMIKACINA 100 MG AMPOLLA.	10 X 2 ML	1.350		1900	2.565.000	2,34				
213-0337-000	AMIKACINA 500 MG F.A.	10 X 2 ML	2.450		4800	11.760.000	2,04				
216-0230-000	AMINOFILI-NA 250 MG	100 X 10 ML	1.190		5700	6.783.000	2,24				
216-1378-000	DICLOFENA-CO 75 MG	100 X 3 ML	10.000		2600	26.000.000	3,09				
216-1890-000	EPINEFRINA 1 MG	100 X 1 ML	1.600		3800	6.080.000	2,64				
216-2041-000	FENOTEROL 0,5 MG	100 X 10 ML	250					31.800		31.000	7.750.000
216-2274-000	GLUCOSA 30 %	50 X 20 ML	90		5000	450.000	2,63				
						284.008.000			122.849.500		107.552.500

Fuente: planilla incluida en el NUE 2246317, que rola a fojas 370 del Cuaderno de documentos Públicos de la FNE correspondientes a la Incautación.

Sexagésimo cuarto: Que para efectos de contrastar la información contenida en esta planilla con información real de las licitaciones de Cenabast, a continuación se inserta la Tabla N° 1, confeccionada a partir de la información y antecedentes de mercado público acompañados por la FNE fojas 840. En la misma se muestran, bajo el título "información Cenabast", los precios ofertados por la empresa que resultó efectivamente adjudicataria en la respectiva licitación y el nombre de ésta. A su vez, en dicha tabla se agregó, bajo el título "información planilla", la información de precios de Biosano y Sanderson indicada en la planilla que da cuenta el considerando anterior:

TABLA N° 1

Licitación	Producto	Información Cenabast			Información planilla	
		Oferta Biosano	Oferta Sanderson	Adjudicatario	Precio Biosano	Precio Sanderson
Propuesta N° 54	Ácido Ascórbico 100mg/1ml Ampolla		3.600	Sanderson	3.800	3.600
Propuesta N° 54	Betametasona Fosfato Disódico 4mg/1ml Ampolla		5.800	Sanderson	5.920	5.800
Propuesta N° 54	Bupivacaína 0,5% 10ml Ampolla		11.800	Sanderson	12.900	11.800
Propuesta N° 54	Calcio Gluconato 10% 10ml Ampolla			Desierta	8.200	8.350
Propuesta N° 54	Clonixinato Lisina 100mg/2ml Ampolla			Otro	9.000	8.800
Propuesta N° 54	Clorhidrato de Amiodarona 150mg/3ml Ampolla			Otro	10.000	10.500
Propuesta N° 54	Dexametasona Fosfato Sódico 4mg/1ml Ampolla		950	Sanderson	980	950
Propuesta N° 54	Diazepam 10mg/2ml Ampolla	4.600		Biosano	4.600	4.650
Propuesta N° 54	Dobutamina Clorhidrato 250mg/5ml Ampolla			Otro	289.000	280.000
Propuesta N° 54	Ergometrina 0,2mg/1ml Ampolla	4.900		Biosano	4.900	4.950
Propuesta N° 54	Fenobarbital Sódico 200mg Ampolla			Desierta		
Propuesta N° 55	Fenoterol Bromhidrato 0,5mg/10ml Ampolla				31.000	31.800
Propuesta N° 55	Fentanilo Citrato 0, 1mg/2ml Ampolla		4.300	Sanderson	4.360	4.300
Propuesta N° 55	Fentanilo Citrato 0,5mg/10ml Ampolla		6.500	Sanderson		6.500
Propuesta N° 55	Fitoquinona 10mg/1ml Ampolla			Desierta	5.850	5.700
Propuesta N° 55	Fitoquinona 1mg/1ml Ampolla			Desierta	3.900	3.950
Propuesta N° 55	Fosfato Monopotásico 15% 10ml Ampolla		1.200	Sanderson	1.250	1.200
Propuesta N° 55	Heparina Sódica 25000Ul/5ml Frasco ampolla	19.900		Biosano	20.250	23.200
Propuesta N° 55	Lanatosido 0,4mg/2ml Ampolla			Desierta	24.000	23.500
Propuesta N° 55	Lidocaína Hiperbárica 5% 2ml Ampolla	3.900		Biosano	3.900	3.980
Propuesta N° 55	Metadona 10mg/2ml Ampolla			Desierta	2.800	2.850
Propuesta N° 56	Midazolam Clorhidrato 15mg/3ml Ampolla			Desierta		
Propuesta N° 56	Morfina Clorhidrato 10mg/1ml Ampolla	1.880		Biosano	1.880	1.920
Propuesta N° 56	Morfina Clorhidrato 20mg/1ml Ampolla		2.100	Sanderson	2.150	2.100
Propuesta N° 56	Nitroglicerina 50mg/10ml Frasco Ampolla		43.800	Sanderson	55.000	43.800
Propuesta N° 56	Oligoelementos XX/2ml Ampolla		1.650	Sanderson	1.720	1.650
Propuesta N° 56	Oxitocina Sintética 5Ul/1ml Ampolla		4.200	Sanderson	4.400	4.200
Propuesta N° 56	Vaselina Líquida 10ml Ampolla	9.200		Biosano	9.200	9.600

Nota: las celdas referidas a Información Cenabast que se encuentran en blanco indican ausencia de información. Fuente: elaboración propia a partir de la información de mercado público acompañada a fojas 840 y la información extraída de la planilla ENTCENT[1356099].

Sexagésimo quinto: Que, como se puede apreciar, en la planilla ENTCENT[1356099], elaborada por FKS, se hace referencia a precios de oferta de su competidor Biosano. Luego, si se comparan los precios de Biosano señalados en la parte de la Tabla denominada "Información Planilla" con los precios ofertados por dicha empresa en la parte de la Tabla denominada "Información Cenabast", se puede observar que son idénticos, salvo el caso del producto Heparina Sódica 25000Ul/5ml Frasco ampolla, respecto de la cual el precio de Biosano que aparece en la planilla de FKS es de $20.250 y el precio efectivamente ofertado fue de $19.900. Sin perjuicio de ello, la asignación de ese producto prevista en la planilla ENTCENT[1356099] se cumplió, toda vez que Biosano fue el adjudicatario de dicha licitación;

Sexagésimo sexto: Que, a continuación, la planilla "Oportunidades Negocios Central", incautada a Biosano, cuya versión pública se encuentra en el disco compacto que rola a fojas 714, fue creada por "Mar3k3" el 5 de junio de 2003 y modificada por última vez por "Claudio Reginato V." el 15 de septiembre de 2004. A su vez, de acuerdo con la información contenida en esa planilla, las fechas de cierre para presentar ofertas en las licitaciones de productos incluidas en el requerimiento fueron, para la licitación 621-605-LP04, el 10 de septiembre de 2004; para las licitaciones 621-609-LP04 y 621-610-LP04, el 13 de septiembre de 2004; para las licitaciones 621-618-LP04 y 621-619-LP04, el 14 de septiembre de 2004; para la licitación 621-650-LP04, el 27 de septiembre de 2004; para las licitaciones 621-652-LP04 y 621-653-LP04, el 21 de septiembre de 2004; para las licitaciones 621-654- LP04, 621-656-LP04, 621-657-lP04, 621-658-lP04 y 621-659-lP04 el 22 de septiembre de 2004; y para las licitaciones 621-666-LP04, 621-667-LP04, 621-668- lP04 y 621-669-lP04, el 23 de septiembre de 2004. En las hojas Hoja5 (2), Hoja6 y Hoja 605-609-610-611-618-619 de esta planilla se insertaron columnas bajo los títulos "precio B" y "precio S", las que razonablemente puede asumirse que corresponden a precios de Biosano y Sanderson. En la Hoja3 se insertó una columna bajo el título "Propuesta", la que fue rellenada con las letras "S" y "B", por lo que puede concluirse que corresponde al laboratorio que debía adjudicarse la respectiva licitación a la que se hace referencia:

PLANILLA "OPORTUNIDADES NEGOCIOS CENTRAL" HOJA5 (2)

PROPUESTA 666													
Producto	Cantidad	Costo	Precio 03	Proveedor	Venta total	Precio 04	Venta Total	Precio B	Precio S	Venta B	Venta S	Costo Total	Utilidad Total
Lidocaina 2% 10ml.	256.957		59	Biosano	15.160.463	62	15.931.334	62		15.931.334	-		
Lidocaina 2% 5ml.	823.414		42	Sanderson	34.583.388	46	37.877.044		46	-	37.877.044		
Lidocaina Hiperbarica	64.940		66	Sanderson	4.286.040	71	4.610.740		71	-	4.610.740		
Sulfato Magnesio	200.000		33	Sanderson	6.600.000	42	8.400.000		42	-	8.400.000		
Metoclopramida	540.679		35	Sanderson	18.923.765	37	20.005.123		37	-	20.005.123		
Neostigmina	257.104		50	Sanderson	12.855.200	55	14.140.720		55	-	14.140.720		
Nitroglicerina 50mg. 10ml.	37.507		1.150	Biosano	43.133.050	1.200	45.008.400	1.200		45.008.400	-		
	2.180.601				135.541.906					-	-		
PROPUESTA 667													
Producto	Cantidad	Costo	Precio 03	Proveedor									
Piridoxina	800.156		34	Sanderson	27.205.304	38	30.405.928	38		30.405.928	-		
Oligoelementos	20.650		238	Sanderson	4.914.700	260	5.369.000		260	-	5.369.000		
Oxitocina	961.280		52	Sanderson	49.986.560	56	53.831.680		56	-	53.831.680		
Papaverina	173.317		63	Sanderson	10.918.971	73	12.652.141		73	-	12.652.141		
Fosfato monopotasico	52.650		400	Biosano	21.060.000	440	23.166.000		440	-	23.166.000		
Propanolol	20.224		390		7.887.360	330	6.673.920		330	-	6.673.920		
Ranitidina 50mg. 2ml.	1.657.081		33	Sanderson	54.683.673	39	64.626.159	39		64.626.159	-		
	3.685.358				176.656.568					-	-		
PROPUESTA 669													
Producto	Cantidad	Costo	Precio 03	Proveedor									
Verapamilo	4.130		410		1.693.300	370	1.528.100		370	-	1.528.100		
Sulfato de Zinc	15.240		350		5.334.000	350	5.334.000	350		5.334.000	-		
PROPUESTA 656													
Producto	Cantidad	Costo	Precio 03	Proveedor									
Ergometrina	70.462		64	Sanderson	4.509.568	70	4.932.340		70	-	4.932.340		
N-Butil simple	82.876		80		6.630.080	81	6.712.956		81	-	6.712.956		
Fenoterol	42.128		340	Biosano	14.323.520	365	15.376.720	365		15.376.720	-		
Fitomenadiona 10mg.	141.729		67	Sanderson	9.495.843	74	10.487.946	74		10.487.946	-		
Fitomenadiona 1mg.	92.735		52	Sanderson	4.822.220	57	5.285.895		57	-	5.285.895		
Furosemida	551.471		45	Biosano	24.816.195	48	26.470.608	48		26.470.608	-		
Glucosa 30% 20ml.	33.747		136	Sanderson	4.589.592	150	5.062.050		150	-	5.062.050		
Haloperidol	120.851		67	Sanderson	8.097.017	71	8.580.421		71	-	8.580.421		
Ketamina	5.195		2.500		12.987.500	2.400	12.468.000	2.400		12.468.000	-		
	1.141.194				90.271.535					-	-		

PROPUESTA 654													
Producto	Cantidad	Costo	Precio 03	Proveedor									
Cianocobalamina	830.493		38	Biosano	31.558.734	40	33.219.720	40		33.219.720	-		
Clonixinato de Lisina	270.410		52	Sanderson	14.061.320	60	16.224.600		60	-	16.224.600		
Clorfenamina	613.918		37	Sanderson	22.714.966	39	23.942.802	39		23.942.802	-		
Clorpromazina	174.036		49	Sanderson	8.527.764	51	8.875.836		51	-	8.875.836		
	1.888.857				76.862.784					-	-		
PROPUESTA 655										-	-		
Producto	Cantidad	Costo	Precio 03	Proveedor									
Lanatosido C	29.650		280		8.302.000	280	8.302.000		280	-	8.302.000		
Dobutamina	24.105		790	Bestpharma	19.042.950	780	18.801.900	780		18.801.900	-		
Domperidona	38.850				-		-			-	-		
Dopamina	95.970		190	Sanderson	18.234.300	210	20.153.700		210	-	20.153.700		
Efedrina	131.681		94	Sanderson	12.378.014	100	13.168.100		100	-	13.168.100		
Epinefrina	316.137		47	Sanderson	14.858.439	51	16.122.987	51		16.122.987	-		
	636.393				72.815.703					-	-		
PROPUESTA 668													
Producto	Cantidad	Costo	Precio 03	Proveedor									
Bicarbonato 8,4% 10ml.	270.354		93	Sanderson	25.142.922	95	25.683.630		95	-	25.683.630		
Cloruro de Sodio 0,9% 5ml.	635.057		39	Biosano	24.767.223	41	26.037.337	41		26.037.337	-		
Cloruro de Sodio 0,9% 20ml.													
Tiamina	2.216.876		34	Sanderson	75.373.784	37	82.024.412		37	-	82.024.412		
Vaselina 10ml.	150.752		131	Biosano	19.748.512	140	21.105.280		140	-	21.105.280		
	3.273.039				145.032.441					-	-		
PROPUESTA 650													
Producto	Cantidad	Costo	Precio 03	Proveedor									
Aminofilina	158.304		63	Biosano	9.973.152	67	10.606.368		67	-	10.606.368		
Amiodarona	80.440				-	100	8.044.000		100	-	8.044.000		
Atropina	400.000		33	Sanderson	13.200.000	36	14.400.000	36		14.400.000	-		
Bupivacaina 0,5 10ml. F.A.	63.406		230	Biosano	14.583.380		-			-	-		
Gluconato de Calcio	169.645		105	Sanderson	17.812.725	115	19.509.175		115	-	19.509.175		
	871.795				55.569.257					-	-		
							811.159.072			358.633.841	452.525.231		

Fuente: Hoja5 (2) de la planilla incluida en el NUE 1922753, cuya versión pública se encuentra en el disco

PLANILLA "OPORTUNIDADES NEGOCIOS CENTRAL" HOJA6

Producto	Cantidad	Costo	Precio 03	Proveedor		Precio 04	Precio B	Precio S	Venta B	Venta S		Costo Total	Utilidad Biosano	Rent. Biosano
Agua 10ml.	1.676.615		57	Sanderson	95.567.055	50	50		83.830.750	-				
Agua 5ml.	4.921.286		30	Sanderson	147.638.580	32		32	-	157.481.152				
Heparina 25.000 UI	505.839		364	Sanderson	184.125.396	330		330	-	166.926.870				
Metamizol	4.422.494		35	Bestpharma	154.787.290	33		33	-	145.942.302				
Diclofenaco	2.474.993		39	Sanderson	96.524.727	43	43		106.424.699	-				
Cloruro de Sodio 10% 20ml.	1.822.194		93	Sanderson	169.464.042	93	93		169.464.042	-				
Cloruro de Potasio 10% 10ml.	2.286.933		58	Biosano	132.642.114	57	57		130.355.181	-				
Cloruro de Sodio 0,9% 20ml.	2.089.604		93	Sanderson	194.333.172	90		90	-	188.064.360				
									490.074.672	658.414.684	1.148.489.356			
									43%	57%				

Producto	Cantidad	Costo	Precio 03	Proveedor		Precio 04	Precio B	Precio S	Precio B	Precio S				
Agua 10ml.	1.676.615		57	Sanderson	95.567.055	50	50		65	68				
Agua 5ml.	4.921.286		30	Sanderson	147.638.580	32		32	48	45				
Heparina 25.000 UI	505.839		364	Sanderson	184.125.396	330		330	460	450				
Metamizol	4.422.494		35	Bestpharma	154.787.290	33		33	52	49				
Diclofenaco	2.474.993		39	Sanderson	96.524.727	43	43		60	64				
Cloruro de Sodio 10% 20ml.	1.822.194		93	Sanderson	169.464.042	93	93		110	113				
Cloruro de Potasio 10% 10ml.	2.286.933		58	Biosano	132.642.114	57	57		75	79				
Cloruro de Sodio 0,9% 20ml.	2.089.604		93	Sanderson	194.333.172	90		90	110	105				

Fuente: Hoja6 de la planilla incluida en el NUE 1922753, cuya versión pública se encuentra en el disco compacto que rola a fojas 714.

PLANILLA "OPORTUNIDADES NEGOCIOS CENTRAL" HOJA "605-609-610-611-618-619"

PRODUCTO	CANTIDAD	COSTO	PRECIO	VENTA TOTAL	COSTO TOTAL	UTILIDAD	P/Blister	Rentabilidad	Precio S	Precio B	
Diazepam	353.985		85				95		85	91	*
Fentanilo 0,1mg.	165.902		200				210		200	210	*
Fentanilo 0,5mg.	105.800		445	47.081.000			460		450	445	+
Metadona	29.300		195				205		195	199	*
Morfina 10mg.	369.525		120				130		120	124	*
Morfina 20mg.	178.186		180	32.073.480			190		185	180	+
Petidina 100mg.	65.000		295				305		295	305	
Amikacina 100mg.	79.947		180	14.390.460					186	180	+
Amikacina 500mg.	148.813		320						320	336	
Betametasona 4mg.	885.579		83	73.503.057					87	83	+
Dexametasona 4mg.	69.890		91						92	99	
TOTALES	2.451.927			167.047.997							
				83.523.999							
Gentamicina 80mg.	856.324		35	29.971.340					35	39	

Fuente: Hoja "605-609-610-611-618-619" de la planilla incluida en el NUE 1922753, cuya versión pública se encuentra en el disco compacto que rola a fojas 714.

PLANILLA "OPORTUNIDADES NEGOCIOS CENTRAL" HOJA3

PRODUCTOS TERMINADOS	ML	UNID.	PRESENT.	PRECIO UNIT. 2003	PROVEEDOR	CENTRAL LICI-TACION 2004	Propuesta de Precios	Venta Total	Propuesta
AGUA BIDEST ILADA 10ml.	10	AMP.	CJ x 100	$ 57,00	SANDERSON	1.676.615	57	95.567.055	S
AGUA BIDEST ILADA 5ml.	5	AMP.	CJ x 100	$ 30,00	SANDERSON	4.921.286	37	182.087.582	S
BET AMET ASONA SODIO FOSF. 4 mg. 1ml.	1	AMP.	CJ x 100	$ 84,00	SANDERSON	885.579	93	82.358.847	B
BICARBONAT O 8,4 % - 10 ML	10	AMP.	CJ x 100	NO	HAY 2003	270.354	95	25.683.630	S
CIANOCOBALAMINA 0,1 MG - 1 ML	1	AMP.	CJ x 100	$ 38,00	BIOSANO	830.493	41	34.050.213	B
CLONIXINAT O DE LISINA 100mg. 2ml.	2	AMP.	CJ x 100	$ 52,19	SANDERSON	270.410	65	17.576.650	S
CLORFENAMINA MALEAT O 10mg. 1ml.	1	AMP.	CJ x 100	$ 37,13	SANDERSON	613.918	39	23.942.802	B
CLORPROMAZINA CLORH. 25mg. 2ml.	2	AMP.	CJ x 100	$ 49,00	SANDERSON	174.036	52	9.049.872	S
CLORURO DE POT ASIO 10% 10ml.	10	AMP.	CJ x 100	$ 58,00	BIOSANO	2.286.933	57	130.355.181	B
CLORURO DE SODIO 0,9% 20 ml.	20	AMP.	CJ x 50	$ 93,00	SANDERSON	2.089.604	93	194.333.172	S
CLORURO DE SODIO 0,9% 5ml.	5	AMP.	CJ x 100	$ 39,00	BIOSANO	635.057	42	26.672.394	B
CLORURO DE SODIO 10% 20ml.	20	AMP.	CJ x 50	$ 93,00	SANDERSON	1.822.194	93	169.464.042	B
DEXAMET ASONA 4mg. 1ml.	1	AMP.	CJ x 100	$ 87,00	SANDERSON	69.890	91	6.359.990	B
DIAZEPAM 10mg. 2ml.	2	AMP.	CJ x 100	$ 78,00	BIOSANO	353.985	85	30.088.725	B
DICLOFENACO SODICO 75mg. 3ml.	3	AMP.	CJ x 100	$ 39,00	SANDERSON	2.474.993	40	98.999.720	B
DOBUT AMINA 250mg. 5ml.	5	AMP.	EST x 5	$ 790,00	BEST PHARMA	24.105	790	19.042.950	B
DOMPERIDONA 10 mg. 2 ml.	2	AMP.	CJ x 100	NO	HAY 2003	38.850	99	3.846.150	S
DOPAMINA 200mg. 5ml.	5	AMP.	CJ x 100	$ 190,00	SANDERSON	95.970	250	23.992.500	B
EFEDRINA SULFAT O 6% 1ml.	1	AMP.	CJ x 100	$ 94,00	SANDERSON	131.681	99	13.036.419	S
EPINEFRINA CLORH. 1mg. 1ml.	1	AMP.	CJ x 100	$ 47,00	SANDERSON	316.137	49	15.490.713	S
ERGOMET RINA MALEAT O 0,2mg. 1ml.	1	AMP.	CJ x 100	$ 64,00	SANDERSON	70.462	70	4.932.340	S
FENOT EROL 0,5mg. 10ml.	10	AMP.	CJ x 100	$ 340,00	BIOSANO	42.128	375	15.798.000	B
FENT ANILA 0,1mg. 2ml.	2	AMP.	CJ x 100	$ 210,00	BEST PHARMA	165.902	200	33.180.400	S
FENT ANILO 0,5mg. 10ml.	10	AMP.	CJ x 100	$ 445,00	BIOSANO	105.800	430	45.494.000	B
FIT OMENADIONA (VIT . K 1) 10 mg. 1ml.	1	AMP.	CJ x 100	$ 67,00	SANDERSON	141.729	74	10.487.946	B
FIT OMENADIONA (VIT . K 1) 1mg. 1ml.	1	AMP.	CJ x 100	$ 52,00	SANDERSON	92.735	57	5.285.895	S
FOSFAT O MONOPOT ASICO 15% 10 ML	2	AMP.	CJ x 100	$ 400,00	BIOSANO	52.650	440	23.166.000	S
FUROSEMIDA 20mg. 1ml.	1	AMP.	CJ x 100	$ 45,00	BIOSANO	551.471	50	27.573.550	B
GENT AMICINA 80mg. 2ml.	2	AMP.	CJ x 100	$ 39,00	BEST PHARMA	856.324	39	33.396.636	S
GLUCOSA 30% 20ml.	20	AMP.	CJ x 50	$ 136,00	SANDERSON	33.747	150	5.062.050	S
HALOPERIDOL 5mg. 1ml.	1	AMP.	CJ x 100	$ 67,00	SANDERSON	120.851	71	8.580.421	B
LANAT OSIDO C. 0,40mg. 2ml.	2	AMP.	CJ x 100	NO	HAY 2003	29.650	300	8.895.000	S

TIAMINA CLORH. (VIT. B 1) 30mg. 1ml.	1	AMP.	CJ x 100	$ 34,00	SANDERSON	2.216.876	37	82.024.412	S
VASELINA EST ERIL 10ml.	10	AMP.	CJ x 100	$ 118,00	BIOSANO	150.752	150	22.612.800	S
VERAPAMILO CLORH. 5mg. 2ml.	2	AMP.	EST x 10	NO	HAY 2003	4.130	410	1.693.300	S

Fuente: Hoja3 de la planilla incluida en el NUE 1922753, cuya versión pública se encuentra en el disco compacto que rola a fojas 714.

Sexagésimo séptimo: Que la planilla "Oportunidades Negocios Central", cuyas hojas han sido reproducidas en el considerando anterior, debe ser analizada en conjunto con la planilla "CENABAST SEPT04", incautada a FKS e incluida en el NUE 2246317. Esta última fue creada y modificada por última vez por "Vendedores" el 9 de septiembre de 2004 y hace referencia tanto a las licitaciones mencionadas en la planilla "Oportunidades Negocios Central" como a las licitaciones 621-731- LE04 y 621-745-LE04, cuya fecha de cierre de recepción de ofertas fue el 13 de septiembre de 2004; 621-746-LE04 y 621-747-LE04, cuya fecha de cierre de recepción de ofertas fue el 14 de septiembre de 2004; y 621-670-lP04, 621-671- lP04 y 621-672-lP04, cuya fecha de cierre de recepción de ofertas fue el 23 de septiembre de 2004. En esta planilla se insertaron columnas que se singularizan con las siglas "a", "b", "a amp" y "b amp". En las dos primeras se indica si la licitación es "a" o "b"; y las dos segundas contienen números que, de acuerdo con la FNE, corresponden a las cantidades de ampollas que se debía adjudicar el laboratorio asignado como ganador de la licitación (fojas 2988). Analizada esta planilla en conjunto con la información que da cuenta la planilla "Oportunidades Negocios Central", es posible concluir que se singulariza con la letra "a" a Sanderson y con la letra "b" a Biosano, ya que coinciden las asignaciones de las licitaciones a las que ambas planillas hacen referencia:

PLANILLA "CENABAST SEPT04" EXTRACTO DE HOJA1

	FECHA CIERRE PORTAL	ACTO APER-TURA	HORA	MOD.LICI TACION	PRODUCTO	UNI-DAD	CANTI-DAD	PRE-CIO cotiza. gran el	total	PRECIO cotiza. Blister	total	3,0%	GA-RAN TIA	Lugar entrega	Coti-zad.	ultim o prec	PE-RIODO ENTRE-GA	US$	total	a		a a m p	b a m p
																		$623,69					
621-605-LP04	10.09.04	10.09.04	19,31	TRADIC.	DIAZEPAM 10 MG. 2 ML	AM	353.985	85	30.088.725				SI 3%	BOD. CENAB.		bio/7800	ENE-NOV	78,00	27.610.830,00	a		353.985	
621-605-LP04	10.09.04	10.09.04	19,31	TRADIC.	FENTANILO 0,1MG/2 ML	AM	165.902		-	200	33.180.400		SI 3%	BOD. CENAB.		best/210	ENE-NOV	210,00	34.839.420,00	a		165.902	
621-605-LP04	10.09.04	10.09.04	19,31	TRADIC.	FENTANILO 0,5 MG/10 ML	AM	105.800		-	453	47.927.400		SI 3%	BOD. CENAB.		bio/445	ENE-NOV	445,00	47.081.000,00		b		105.800
621-605-LP04	10.09.04	10.09.04	19,31	TRADIC.	METADONA 10 MG/2 ML	AM	29.300		-	195	5.713.500		SI 3%	BOD. CENAB.		sa/3500	ENE-NOV	3.500,00	102.550.000,00	a		29.300	
621-605-LP04	10.09.04	10.09.04	19,31	TRADIC.	MORFINA 10 MG/1ML	AM	369.525		-	128	47.299.200		SI 3%	BOD. CENAB.		chi/136,66	ENE-NOV	136,66	50.499.286,50	a		369.525	
621-605-LP04	10.09.04	10.09.04	19,31	TRADIC.	MORFINA 20 MG/1 ML	AM	178.186		-	188	33.498.968		SI 3%	BOD. CENAB.		sa/3580	ENE-NOV	179,00	31.895.294,00		b		178.186
621-605-LP04	10.09.04	10.09.04	19,31	TRADIC.	PETIDINA CLORH. 100 MG/2ML	AM	65.000		-	295	19.175.000		SI 3%	BOD. CENAB.		sa/5460	ENE-NOV	54,60	3.549.000,00	a		65.000	
									30.088.725		186.794.468	6.506.496											
621-609-LP04	13.09.04	13.09.04	14,39	TRADIC.	AMIKACINA SULFATO FA 100 MG/2 ML	FA	79.947	186	14.870.142				SI 3%	BOD. CENAB.			ENE-NOV	215,00	17.188.605,00		b		79.947
621-609-LP04	13.09.04	13.09.04	14,39	TRADIC.	AMIKACINA SULFATO FA 500 MG/2 ML	FA	148.813	320	47.620.160				SI 3%	BOD. CENAB.		sa/3520	ENE-NOV	352,00	52.382.176,00	a		148.813	
									62.490.302			1.874.709											
621-610-LP04	13.09.04	13.09.04	14,41	TRADIC.	BETAMETASONA FOSFATO 4 MG/ML	AM	885.579	87	77.045.373			2.311.361	SI 3%	BOD. CENAB.		sa/8400	ENE-NOV	84,00	74.388.636,00		b		885.579
621-618-LP04	14.09.04	14.09.04	16,27	TRADIC.	DEXAMETASONA 4 MG/1ML	AM	69.890	88	6.150.320	91	6.359.990	190.800	SI 3%	BOD. CENAB.		87%	ENE-NOV	87,00	6.080.430,00	a		69.890	

621-619-LP04	14.09.04	14.09.04	16,47	TRADIC.	GENTAMICINA 80 MG/2ML AMP O FA	AM	856.324	35	29.971.340	38	32.540.312	976.209	SI 3%	BOD. CENAB.		best/36	ENE-NOV	39,00	33.396.636,00	a		856.324	
							3.308.251		298.325.087			11.859.575										2.058.739	1.249.512
621-654-LP04	22.09.04	22.09.04	16,05	TRADIC.	CIANOCOBALAMINA	AM	830.493						SI 3%	BOD. CENAB.		bio/38	DIC-NOV	38,00	31.558.734,00		b		830.493
621-654-LP04	22.09.04	22.09.04	16,05	TRADIC.	CLONIXINATO DE LISINA	AM	270.410						SI 3%	BOD. CENAB.		usd8,7	DIC-NOV	54,26	14.672.446,60	a		270.410	
621-654-LP04	22.09.04	22.09.04	16,05	TRADIC.	CLORFENAMINA 10 MG 1ML	AM	613.918						SI 3%	BOD. CENAB.		6	DIC-NOV	37,42	22.972.811,56		b		613.918
621-654-LP04	22.09.04	22.09.04	16,05	TRADIC.	CLORPROMAZINA CLO. 25 MG/2ML	AM	174.036						SI 3%	BOD. CENAB.		7,8	DIC-NOV	48,65	8.466.851,40	a		174.036	
621-655-LP04	22.09.04	22.09.04	16,06	TRADIC.	LANATOCIDO C 0,4MG/2ML	AM	29.650						SI 3%	BOD. CENAB.			DIC-NOV	300,00	8.895.000,00	a		29.650	
621-655-LP04	22.09.04	22.09.04	16,06	TRADIC.	DOBUTAMINA CLO. 250MG/5ML	AM	24.105						SI 3%	BOD. CENAB.			DIC-NOV	790,00	19.042.950,00		b		24.105
621-655-LP04	22.09.04	22.09.04	16,06	TRADIC.	EFEDRINA SULFATO 6% 1ML	AM	131.681						SI 3%	BOD. CENAB.			DIC-NOV	97,30	12.812.561,30	a		131.681	
621-655-LP04	22.09.04	22.09.04	16,06	TRADIC.	DOPAMINA 200 MG/5ML	AM	95.970						SI 3%	BOD. CENAB.			DIC-NOV	250,00	23.992.500,00		b		95.970
621-655-LP04	22.09.04	22.09.04	16,06	TRADIC.	EPINEFRINA CLO. 1 MG/1ML	AM	316.137						SI 3%	BOD. CENAB.			DIC-NOV	49,00	15.490.713,00	a		316.137	
621-656-LP04	22.09.04	22.09.04	16,07	TRADIC.	ERGOMETRINA 0,2 MG 1ML	AM	70.462						SI 3%	BOD. CENAB.			DIC-NOV	70,00	4.932.340,00	a		70.462	
621-656-LP04	22.09.04	22.09.04	16,07	TRADIC.	ESCOPOLAMINA 20 MG	AM	82.876						SI 3%	BOD. CENAB.			DIC-NOV	81,00	6.712.956,00		b		82.876
621-656-LP04	22.09.04	22.09.04	16,07	TRADIC.	FENOTEROL 0,5 MG/10 ML	AM	42.128						SI 3%	BOD. CENAB.			DIC-NOV	375,00	15.798.000,00		b		42.128
621-656-LP04	22.09.04	22.09.04	16,07	TRADIC.	FITOQUINONA 1 MG/1ML	AM	92.735						SI 3%	BOD. CENAB.			DIC-NOV	54,26	5.031.801,10	a		92.735	
621-656-LP04	22.09.04	22.09.04	16,07	TRADIC.	FITOQUINONA 10 MG/1ML	AM	141.729						SI 3%	BOD. CENAB.			DIC-NOV	69,85	9.899.770,65		b		141.729

CONTINUACIÓN PLANILLA "CENABAST SEPT04" EXTRACTO DE HOJA1

621-656-LP04	22.09.04	22.09.04	16,07	TRADIC.	FUROSEMIDA 20 MG/1 ML CJ.X 100	AM	551.471						SI 3%	BOD. CENAB.			DIC-NOV	50,00	27.573.550,00		b		551.471
621-656-LP04	22.09.04	22.09.04	16,07	TRADIC.	GLUCOSA 30 5 20 ML	AM	33.747						SI 3%	BOD. CENAB.			DIC-NOV	143,50	4.842.694,50	a		33.747	
621-656-LP04	22.09.04	22.09.04	16,07	TRADIC.	HALOPERIDOL 5 MG/1ML	AM	120.851						SI 3%	BOD. CENAB.			DIC-NOV	69,23	8.366.514,73		b		120.851
621-656-LP04	22.09.04	22.09.04	16,07	TRADIC.	KETAMINA CLO.500 MG 10 ML	FA	5.195						SI 3%	BOD. CENAB.			DIC-NOV	1.230,00	6.389.850,00				
621-666-LP04	23.09.04	23.09.04	11:13 h	TRADIC.	LIDOCAINA HIPERB.5% 2 ML	AM	64.940						SI 3%	BOD. CENAB.		us 11.-	DIC-NOV	68,61	4.455.533,40	a		64.940	
621-666-LP04	23.09,04	23.09.04	11:13 h	TRADIC.	LIDOCAINA CLORH 2% 5 ML	AM	823.414						SI 3%	BOD. CENAB.		us 7	DIC-NOV	43,66	35.950.255,24		b		823.414
621-666-LP04	23.09,04	23.09.04	11:13 h	TRADIC.	MAGNESIO 25% 5 ML	AM	200.000						SI 3%	BOD. CENAB.		us 5.59	DIC-NOV	34,86	6.972.000,00		b		200.000
621-666-LP04	23.09.04	23.09.04	11:13 h	TRADIC.	METOCLOPRAMIDA 10 MG. 2ML	AM	540.679						SI 3%	BOD. CENAB.		us 5.8	DIC-NOV	36,17	19.556.359,43	a		540.679	
621-666-LP04	23.09.04	23.09.04	11:13 h	TRADIC.	NANDROLONA 25 MG. 1 ML	AM	15.000						SI 3%	BOD. CENAB.		us 12.4	DIC-NOV	309,35	4.640.250,00				
621-666-LP04	23.09.04	23.09.04	11:13 h	TRADIC.	NEOSTIGMINA 0,5 MG. 1 ML	AM	257.104						SI 3%	BOD. CENAB.		us 8.4	DIC-NOV	52,39	13.469.678,56	a		257.104	
621-666-LP04	23.09.04	23.09.04	11:13 h	TRADIC.	NITROGLICERINA 50 MG AM 10 ML	AM	37.507						SI 3%	BOD. CENAB.		bio/57500	DIC-NOV	575,00	21.566.525,00				
621-667-LP04	23.09.04	23.09.04	11:33 h	TRADIC.	FOSOFATO MONOPOTA-SICO 15% 10 ML	AM	52.650						SI 3%	BOD. CENAB.		bio/4000	DIC-NOV	400,00	21.060.000,00	a		52.650	
621-667-LP04	23.09.04	23.09.04	11:33 h	TRADIC.	OXITOCINA 5 U.I. 1 ML	AM	961.280						SI 3%	BOD. CENAB.		us 8.7	DIC-NOV	54,26	52.159.052,80		b		961.280
621-667-LP04	23.09.04	23.09.04	11:33 h	TRADIC.	OLIOGELEMENTOS AM 2 ML	AM	20.650						SI 3%	BOD. CENAB.		us 4	DIC-NOV	249,48	5.151.762,00	a		20.650	
621-667-LP04	23.09.04	23.09.04	11:33 h	TRADIC.	PAPAVERINA 80 MG. 2 ML	AM	173.317						SI 3%	BOD. CENAB.		us 10.7	DIC-NOV	66,73	11.565.443,41	a		173.317	
621-667-LP04	23.09.04	23.09.04	11:33 h	TRADIC.	PIRIDOXINA 100 MG, 1 ML	AM	800.156						SI 3%	BOD. CENAB.		us 5.8	DIC-NOV	36,17	28.941.642,52		b		800.156

621-667-LP04	23.09.04	23.09.04	11:33 h	TRADIC.	PROPANOLOL 1 MG 1 ML	AM	20.224						SI 3%	BOD. CENAB.			DIC-NOV	222,00	4.489.728,00	a		20.224	
621-667-LP04	23.09.04	23.09.04	11:33 h	TRADIC.	PROGESTERONA 25 MG. 1 ML	AM	54.430						SI 3%	BOD. CENAB.		us 11.-	DIC-NOV	68,61	3.734.442,30				
621-667-LP04	23.09.04	23.09.04	11:33 h	TRADIC.	RANTIDINA 50 MG. 2 ML	AM	1.657.081						SI 3%	BOD. CENAB.		us 5.59	DIC-NOV	34,86	57.765.843,66		b		1.657.081
621-668-LP04	23.09.04	23.09.04	11,37	TRADIC.	BICARBONATO 8,4 % 10 ML	AM	270.354						SI 3%	BOD. CENAB.		us 15	DIC-NOV	93,55	25.291.616,70	a		270.354	
621-668-LP04	23.09.04	23.09.04	11,37	TRADIC.	SODIO CLORURO 0,9% 5 ML	AM	635.057						SI 3%	BOD. CENAB.		best/3850	DIC-NOV	38,50	24.449.694,50		b		635.057
621-668-LP04	23.09.04	23.09.04	11,37	TRADIC.	SODIO CLORURO 0,9% 20 ML VIDRIO	AM	2.089.604						SI 3%	BOD. CENAB.		us 7.5	DIC-NOV	93,55	195.482.454,20	a		2.089.604	
621-668-LP04	23.09.04	23.09.04	11,37	TRADIC.	TIAMINA CLOH. 30 MG/1 ML	AM	2.216.876						SI 3%	BOD. CENAB.		us 5.8	DIC-NOV	36,17	80.184.404,92	a		2.216.876	
621-668-LP04	23.09.04	23.09.04	11,37	TRADIC.	VASELINA ESTERIL 10 ML	AM	150.752						SI 3%	BOD. CENAB.		us 21	DIC-NOV	130,97	19.743.989,44	a		150.752	
621-668-LP04	23.09.04	23.09.04	17:20	TRADIC.	VERAPAMILO 5 MG. 2 ML	AM	4.130						SI 3%	BOD. CENAB.			DIC-NOV	250,00	1.032.500,00	a		4.130	
621-668-LP04	23.09.04	23.09.04	17:20	TRADIC.	ZINC SULFATO 0,88% 10 ML	AM	15.240						SI 3%	BOD. CENAB.			DIC-NOV	350,00	5.334.000,00		b		15.240
621-669-LP04	23.09.04	23.09.04	17,20	TRADIC.	VERAPAMILO 5 MG/2ML	AM	4.130						SI 3%	BOD. CENAB.			DIC-NOV						
621-669-LP04	23.09.04	23.09.04	17,20	TRADIC.	SULFATO DE ZINC 0,88% 10 ML	AM	15.240						SI 3%	BOD. CENAB.			DIC-NOV						
621-652-LP04	21.09.04	24.09.04	11:30 h	REMATE	AGUA DESTILADA AM VIDRIO 5 ML	AM	4.921.286						SI 3%	BOD. CENAB.		us 5	DIC-NOV	31,18	153.445.697,48	a			
621-653-LP04	21.09.04	24.09.04	15:00 h	REMATE	AGUA DESTILADA AM VIDRIO 10 ML	AM	1.676.615						SI 3%	BOD. CENAB.		us 8.95	DIC-NOV	55,82	93.588.649,30	a			

CONTINUACIÓN PLANILLA "CENABAST SEPT04" EXTRACTO DE HOJA1

621-658-LP04	22.09.04	27.09.04	11:30 h	REMATE	METAMIZOL 1 GR. /2 ML	AM	4.422.494						SI 3%	BOD. CENAB.		best3500	DIC-NOV	35,00	154.787.290,00	a			
621-657-LP04	22.09.04	27.09.04	10:00 h	REMATE	HEPARINA FA 25.000 U.I./5 ML	FA	505.839						SI 3%	BOD. CENAB.		us 28	DIC-NOV	349,27	176.674.387,53	a		505.839	
621-660-LP04	22.09.04	27.09.04	15:00 h	REMATE	DICLOFENACO SODICO 75 MG. /3 ML	AM	2.474.993						SI 3%	BOD. CENAB.		us 3.3	DIC-NOV	41,16	101.870.711,88		b		2.474.993
621-650-LP04	27.09.04	27.09.04	8,55	TRADIC.	AMINIFILINA 250 MG/10 ML	AM	158.304						SI 3%	BOD. CENAB.			DIC-NOV						
621-650-LP04	27.09.04	27.09.04	8,55	TRADIC.	AMIODARONA CLO.	AM	80.440						SI 3%	BOD. CENAB.			DIC-NOV						
621-650-LP04	27.09.04	27.09.04	8,55	TRADIC.	ATROPINA SULFATO 1 MG/1ML	AM	400.000						SI 3%	BOD. CENAB.			DIC-NOV						
621-650-LP04	27.09.04	27.09.04	8,55	TRADIC.	BUPIVACAINA 0.75% 20 ML S/PRESER.	AM	9.705						SI 3%	BOD. CENAB.			DIC-NOV						
621-650-LP04	27.09.04	27.09.04	8,55	TRADIC.	BUPIVACAINA 0.75% 20 ML	FC.	33.725						SI 3%	BOD. CENAB.			DIC-NOV						
621-650-LP04	27.09.04	27.09.04	8,55	TRADIC.	CALCIO GLUCONATO 105 10 ML	AM	169.645						SI 3%	BOD. CENAB.			DIC-NOV						
621-670-LP04	23.09.04	28.09.04	10,00	REMATE	SODIO CLORURO 10% 20 ML	AM	1.822.194						SI 3%	BOD. CENAB.		us 7.82	DIC-NOV	97,55	177.755.024,70		b		1.822.194
621-671-LP04	23.09-.04	28.09.04	11,30	REMATE	POTASIO CLORURO 10% 10 ML	AM	2.286.933						SI 3%	BOD. CENAB.		best/5100	DIC-NOV	57,00	130.355.181,00		b		2.286.933
621-672-LP04	########	28.09.04	15,00 H	REMARE	METRONIDAZOL 500 MG	AM	442.398						SI 3%	BOD. CENAB.		best/10000	DIC-NOV		-				

Fuente: planilla incluida en el NUE 2246317, que rola a fojas 370 del Cuaderno de documentos Públicos de la FNE correspondientes a la Incautación.

-

Sexagésimo octavo: Que los precios efectivamente ofertados por Biosano y Sanderson, y la empresa que resultó adjudicataria en las licitaciones, se muestran a continuación en la Tabla N° 2 bajo el título "Información Cenabast", elaborada sobre la base de la información que se acompañó a fojas 840. A su vez, en dicha tabla se agrega, bajo el título "Información planilla Biosano", la información de precios indicada en las planilla "Oportunidades Negocios Central" y bajo el título "Información planilla Sanderson", la información de precios indicada en las planilla "CENABAST SEPT04":

TABLA N° 2

Licitación	Producto	Información Cenabast			Información planilla Biosano		Información planilla Sanderson
		Oferta Biosano	Oferta Sanderson	Adjudicatario	Precio Biosano	Precio Sanderson	Asignación
621-605-LP04	Diazepam 10mg/2ml Ampolla	91	85	Desierta	91	85	Sanderson
621-605-LP04	Fentanilo Citrato 0, 1mg/2ml Ampolla	213	200	Otro	210	200	Sanderson
621-605-LP04	Fentanilo Citrato 0,5mg/10ml Ampolla	451	453	Otro	445	450	Biosano
621-605-LP04	Metadona 10mg/2ml Ampolla	204	195	Desierta	199	195	Sanderson
621-605-LP04	Morfina Clorhidrato 10mg/1ml Ampolla	135	128	Sanderson	124	120	Sanderson
621-605-LP04	Morfina Clorhidrato 20mg/1ml Ampolla	183	188	Desierta	180	185	Biosano
621-605-LP04	Petidina Clorhidrato 100mg/2ml Ampolla	310	295	Otro	305	295	Sanderson
621-609-LP04	Amikacina Sulfato 100mg/2ml Frasco Ampolla	184	186	Biosano	180	186	Biosano
621-609-LP04	Amikacina Sulfato 500mg/2ml Frasco Ampolla	350	320	Otro	336	320	Sanderson
621-610-LP04	Betametasona Fosfato Disódico 4mg/1ml Ampolla	83	87	Pendiente	83	87	Biosano
621-618-LP04	Dexametasona Fosfato Sódico 4mg/1ml Ampolla			Desierta	99	92	Sanderson
621-619-LP04	Gentamicina 80mg/2ml Ampolla		35	sanderson	39	35	Sanderson
621-650-LP04	Aminofilina 250mg/10ml Ampolla	77	67	Otro		67	
621-650-LP04	Calcio Gluconato 10% 10ml Ampolla	120	115	Sanderson		115	
621-650-LP04	Clorhidrato de Amiodarona 150mg/3ml Ampolla	105	100	Sanderson		100	
621-650-LP04	Sulfato de Atropina 1mg/1ml Ampolla	3.600	4.000	Otro	36		
621-652-LP04	Agua Bidestilada 5ml Ampolla Vidrio		37	Desierta			Sanderson

621-653-LP04	Agua Bidestilada 10ml Ampolla Vidrio		57	Sanderson			Sanderson
621-654-LP04	Cianocobalamina 0,1mg/1ml Ampolla	40	44	Otro	40		Biosano
621-654-LP04	Clonixinato Lisina 100mg/2ml Ampolla	72	60	Sanderson		60	Sanderson
621-654-LP04	Clorfenamina Maleato 10mg/1ml Ampolla	39	44	Otro	36		Biosano
621-654-LP04	Clorhidrato de Clorpromazina 25mg/2ml Ampolla	57	51	Otro		51	Sanderson
621-656-LP04	Clorhidrato de ketamina 500mg/10ml Frasco ampolla	2.400	2.450	Biosano	2.400		
621-656-LP04	Ergometrina 0,2mg/1ml Ampolla	73	70	Sanderson		70	Sanderson
621-656-LP04	Escopolamina N-Butil Bromuro 20mg/1ml Ampolla	85	81	Sanderson		81	Biosano
621-656-LP04	Fenoterol Bromhidrato 0,5mg/10ml Ampolla	365	370	Biosano	365		Biosano
621-656-LP04	Fitoquinona 10mg/1ml Ampolla	74	80	Biosano	74		Biosano
621-656-LP04	Fitoquinona 1mg/1ml Ampolla	72	57	Sanderson		57	Sanderson
621-656-LP04	Furosemida 20mg/1ml Ampolla	48	51	Otro	48		Biosano
621-656-LP04	Glucosa 30%/20ml Ampolla	155	150	Sanderson		150	Sanderson
621-656-LP04	Haloperidol 5mg/1ml Ampolla	77	71	Sanderson		71	Biosano
621-657-LP04	Heparina Sódica 25000UI/5ml Frasco ampolla	23.000	18.900	Otro			Sanderson
621-658-LP04	Metamizol Sódico 1gr/2ml Ampolla	5.200	3.500	Otro			Sanderson
621-660-LP04	Diclofenaco Sódico 75mg/3ml Ampolla	60	26 y 45	Sanderson			Biosano
621-666-LP04	Clorhidrato de Lidocaína 2% 5ml Ampolla	52	46	Otro		46	Biosano
621-666-LP04	Lidocaína Hiperbárica 5% 2ml Ampolla	77	71			71	Sanderson
621-666-LP04	Magnesio Sulfato 25%/5ml Ampolla	52	42	Desierta		42	Biosano
621-666-LP04	Metoclopramida Clorhidrato 10mg/2ml Ampolla	42	37	Otro		37	Sanderson
621-666-LP04	Neostigmina Metilsulfato 0,5mg/1ml Ampolla	57	55	Desierta		55	Sanderson
621-666-LP04	Nitroglicerina 50mg/10ml Frasco Ampolla	1.200	1.235	Desierta	1200		
621-667-LP04	Fosfato Monopotásico 15% 10ml Ampolla	445	440	Desierta		440	Sanderson
621-667-LP04	Oligoelementos XX/2ml Ampolla	280	250	Sanderson		260	Sanderson
621-667-LP04	Oxitocina Sintética SUI/1ml Ampolla	62	56	Otro		56	Biosano

621-667-LP04	Papaverina Clorhidrato 80mg/2ml Ampolla	77	73	Desierta		73	Sanderson
621-667-LP04	Piridoxina Clorhidrato 100mg/1ml Ampolla	38	42	Otro	38		Biosano
621-667-LP04	Propanolol 1mg/1ml Ampolla	340	330	Desierta		330	Sanderson
621-667-LP04	Ranitidina 50mg/2ml Ampolla	39	44	Otro	39		Biosano
621-668-LP04	Cloruro de Sodio 0,9% 20ml Ampolla	110	93	Desierta			Sanderson
621-668-LP04	Cloruro de Sodio 0,9% 5ml Ampolla	41	45	Otro	41		Biosano
621-668-LP04	Sodio Bicarbonato 8,4% 10ml Ampolla	98	95	Sanderson		95	Sanderson
621-668-LP04	Tiamina Clorhidrato 30mg/1ml Ampolla	42	37	Otro		37	Sanderson
621-668-LP04	Vaselina Líquida 10ml Ampolla	144	140	Sanderson		140	Sanderson
621-669-LP04	Verapamilo 5mg/2ml Ampolla	381	370	Desierta		370	Sanderson (621-668-LP04), en 669 no asignada
621-669-LP04	Zinc Sulfato 0,88% 10ml Ampolla	350	355	Desierta	350		Biosano (621-668-LP04), en 669 no asignada
621-670-LP04	Cloruro de Sodio 10% 20ml Ampolla	110	93	Otro			Biosano
621-671-LP04	Cloruro Potasio 10% 10ml Ampolla	43	57	Biosano			Biosano
621-666-LP04	Clorhidrato de Lidocaína 2% 10ml Ampolla	62	65	Otro	62		

Nota: las celdas referidas a Información Cenabast que se encuentran en blanco indican ausencia de información. Fuente: elaboración propia a partir de la información de mercado público acompañada a fojas 840 y la información extraída de las planillas "Oportunidades Negocios Central" y "CENABAST SEPT04".

Sexagésimo noveno: Que, como se puede apreciar, en las dos planillas analizadas en los considerandos anteriores, una incautada a Biosano y la otra a Sanderson, se hace referencia a precios de oferta de las dos requeridas. Luego, si se comparan los precios contenidos en ambas planillas con el precio efectivamente ofertado por las requeridas de acuerdo con la Tabla N° 2, se observa que en 42 licitaciones el menor precio de Biosano o Sanderson aparecido en la planilla es idéntico al efectivamente ofertado y que en el resto de los casos dichos precios son muy cercanos, cumpliéndose en la gran mayoría de ellas la asignación acordada por las Requeridas. Esta similitud entre ambas planillas y entre ellas con las ofertas realizadas a Cenabast sólo puede ser explicada de modo verosímil por la existencia de un acuerdo entre las Requeridas;

Septuagésimo: Que un ejemplo de lo anterior es el caso del producto Lidocaína Hiperbárica 5% 2ml Ampolla incluido en la licitación 621-666-LP04 de Cenabast. El precio indicado para Sanderson en la planilla elaborada por Biosano era $71, en la planilla elaborada por Sanderson figuraba esta empresa como adjudicataria, y el precio ofertado efectivamente por Sanderson fue de $70. Lo mismo sucede con el producto Cloruro de Sodio 0,9% 5ml Ampolla incluido en la licitación 621-668-LP04 de Cenabast, donde la asignación debía ser para Biosano según la planilla elaborada por Sanderson, el precio indicado para Biosano en su propia planilla era $41, y el precio ofertado efectivamente por Biosano fue de $41;

Septuagésimo primero: Que la planilla "Copia de CENABAST 2007", incautada a Biosano, fue creada por Jorge Cornejo el 14 de septiembre de 2006 y modificada por última vez por Claudio Reginato el 22 de septiembre del mismo año. Esta planilla se encuentra adjuntada al correo electrónico enviado por Claudio Reginato a Jorge Cornejo y Maurizio Reginato el 29 de septiembre de 2006, en el que se señala: "*Adjunto planilla con los últimos cambios.*". Esta planilla no señala la licitación a la que se refiere cada uno de los productos que incorpora. Sin embargo, se identificaron las licitaciones abiertas al 22 de septiembre de 2006 en las que aún estaba pendiente la recepción de ofertas. Estas licitaciones corresponden a 621- 750-LP06, 621-751-LE06, 621-755-LP06, 621-766-LP06, 621-778-LE06, 621-783- LE06, 621-786-LP06, 621-787-LP06 y 621-804-LP06, respecto de las cuales la fecha de cierre para la recepción de ofertas fue posterior al 22 de septiembre de 2006, con excepción de la licitación 621-751-LE06, cuya fecha de cierre de ofertas fue el 15 de septiembre de ese año. Lo anterior consta en la información de mercado público acompañada por la FNE a fojas 840. En esta planilla se insertaron columnas que se singularizan con las siglas "Sanderson" y "Biosano":

PLANILLA "COPIA DE CENABAST 2007" HOJA "LICITACIONES EN PROCESO"

EN PROCESO LICITACION 2007

PRODUCTOS	V/P	UNID.	PR/2005	LB. ADJ.	UNID. 05	UNID. 06	VAR. %	CTO/2007	PR/2007	CTO/VTA	VTA/TOT	MGEN	UTILID	Sanderson	Biosano	Venta Sanderson	Venta Biosano
Ranitidina 50 mg 5 ml	V	AMP	80	SANDERSON	14.000	38.700	176,43		86		3.328.200			97	95		3.676.500
Efedrina 6% 1 ml	V	AMP	100	SANDERSON	96.810	186.500	92,65		105		19.582.500			115	120	21.447.500	
Bupivacaina 0,5% 10 ml	V	F.A.	229	BESTPHARMA	48.050	89.300	85,85		278		24.825.400			285	278		24.825.400
Ondansetron 4 mg 2 ml	V	AMP	610	BESTPHARMA	7.400	13.500	82,43		550		7.425.000					-	
Ketoprofeno 100 mg - 2 ml	V	AMP	235	BIOSANO	165.000	295.300	78,97		245		72.348.500					-	
Tramadol 100 mg 2 ml	V	AMP	75	SANDERSON	37.050	46.900	26,59		85		3.986.500			90	87		4.080.300
Metadona 10 mg - 2 ml	V	AMP	195	SANDERSON	67.160	76.700	14,20		195		14.956.500						-
Fenitoina 250 mg. 5 ml	V	AMP	1.800	BIOSANO	10.719	12.120	13,07		1300		15.756.000					-	
Haloperidol 5 mg 1 ml	V	AMP	70	SANDERSON	136.904	139.200	1,68		95		13.224.000					-	
Metamizol 1 gr . 2ml	V	AMP	25	SANDERSON	3.690.000	4.630.000	25,47		45		208.350.000						
Amiodarona 150 mg 3 ml	V	AMP	70	SANDERSON	94.500	105.600	11,75		90		9.504.000			83	90	8.764.800	
Ondansetron 8 mg 4 ml	V	AMP	468	VOLTA	16.000	31.000	93,75		430		13.330.000					-	
Cloranfenicol 0,5% 10 ml	P	F.C.	105	BESTPHARMA	232.000	235.000	1,29		135		31.725.000					-	-
Ciprofloxacino 200 mg 100 ml	P	F.A.	898	ANDROMACO	22.000	33.000	50,00		695		22.935.000					-	-
Lanatosido C	V	AMP				37.000			280		10.360.000			280	330	10.360.000	
Furosemida 20mg. 1ml.	V	AMP	36	BESTPHARMA		770.000			45		34.650.000						-
Aminofilina 250mg. 10ml.	V	AMP	65	SANDERSON		100.100			70		7.007.000					-	
																40.572.300	32.582.200

Fuente: planilla incluida en el NUE 1922756, cuya versión pública se encuentra en el disco compacto que rola a fojas 714.

Septuagésimo segundo: Que, la planilla indicada en el considerando anterior, debe ser analizada en conjunto con la planilla "Estudio Propuestas 02 Oct", incautada a FKS e incluida en el NUE 2246317. Ésta fue creada el 21 de septiembre de 2006 y modificada por última vez por "imorales" el 2 de octubre de 2006. En ella se hace referencia a las mismas licitaciones a las que se refiere la planilla "Copia de CENABAST 2007", además de otras licitaciones. De todas ellas, las fechas de cierre de recepción de ofertas de las licitaciones 621-787-LP06, 621-799-LP06, 621- 804-LP06, 621-786-LP06 y 621-814-LP06 fueron posteriores al 2 de octubre de 2006. La Hoja1 de esta planilla contiene una columna que se singulariza con "B", la que razonablemente se puede atribuir a Biosano, y otra que se singulariza con "Precio Propuesta", la que razonablemente se puede atribuir a FKS, por cuanto a ella le fue incautada la planilla. A su vez, la Hoja2 contiene una columna que hace referencia a precios, singularizada como "Precio Propuesta"; y dos columnas que hacen referencia a montos de ventas, singularizadas con las letras "S" y "B", las que pueden ser atribuidas a Sanderson y Biosano, respectivamente. Analizadas estas tres columnas en su conjunto, es posible deducir que el monto indicado en la columna "Precio Propuesta" corresponde al precio que debía ofertar el laboratorio que tenía asociado un monto de venta para dicho producto:

PLANILLA "ESTUDIO PROPUESTAS 02 OCT" HOJA1

Licitación 621-750-LP 06

ID	Fecha	Cantidad	Productos	CENABAST							Chilecompra 2006		Costo		PRECIO PROPUESTA		B	
				Fecha	ID	Cantidad	Proveedor Adjudicado	Precio	Otros		Precio Sanderson	Precio Biosano	MFG	TOTAL				
621-750- LP06	22-09-2006	38.700	Ranitidina AM 50mg/5ml	feb-06	621-113-CO06	1.400	Lab. Sanderson	$ 80	$ 100	Biosano	$60	$ -			$ 97	$ 3.753.900	$ 95	$ 3.676.500
		186.500	Efedrina Sulfato 6% 1ml	nov-05	621-739-LE05	96.900	Lab. Sanderson	$ 100	$ 130	Biosano	$85	$ 85			$ 100	$ 18.650.000	$ 120	$ 22.380.000
		89.300	Bupivacaina 0,5% FA 10ml	nov-05	621-707-LE05	48.050	Bestpharma	$ 229	$ 260	Biosano	$ 200	$ 248			NO	#¡VALOR!	$ 278	$ 24.825.400
		41.100	Succinil Colina AM o FA 100mg	nov-05	621-739-LE05	23.000	Lab. Sanderson	$ 350	$ 2.500	Bes-tpharma	$ 316	$ -			$ 350	$ 14.385.000	$ -	$-
621-755- LE06	25-09-06	46.900	TRAMADOL CLORHIDRATO AM 100MG/2ML	dic-05	621-809-CO05	22.000	Lab. Sanderson	$ 70	$ 96	Saval	$ 115	$ 115			$ 90	$ 4.221.000	$ 87	$ 4.080.300
		76.700	METADONA AM 10MG/2ML	jun-06	621-608-LE05	110.400	DESIERTA (Lab. Sanderson)	$ 200	$ 205	Biosano	$ 195	$145 ($180)			$ 190	$ 14.573.000	$ 205	$ 15.723.500
				oct-05	621-619-LP05	67.160	Lab. Sanderson	$ 195	$ 207	Biosano								
621-783- LE06	26-09-06	105.600	AMIODARONA CLORHIDRATO 150MG/3ML	sep-05	621-588-LP05	94.400	Lab. Sanderson	$ 70	$ 93	Biosano	$ 110	$ 110			$ 90	$ 9.504.000	$98	
		36.800	LANATOSIDO C AM 0,4MG/2ML		621-740-LP05	26.000	Lab. Sanderson	$ 270	$ -		$ 258	$ -			$ 270	9936000	$ 320	

Fuente: Hoja1 de la planilla incluida en el NUE 2246317, cuya versión pública rola a fojas 714.

PLANILLA "ESTUDIO PROPUESTAS 02 OCT" HOJA2

ID	Fecha	Cantidad	Productos	CENABAST							Chilecompra 2006		Costo		PRECIO PROPUESTA	S	B	
				Fecha	ID	Cantidad	Proveedor Adjudicado	Precio	Otros		Precio Sanderson	Precio Biosano	MFG	TOTAL				
621-787-LP06	05-10-06	139.200	HALOPERIDOL AM 5 MG/1 ML	sep-05	621-588-LP05	137.000	Lab. Sanderson	$ 70	$ 76	Biosano	$ 64	$ 63			$ 70	$ 9.744.000		
621-786-LP06	05-10-06	4.630.000	METAMIZOL AM 1 GR/2 ML	sep-05	621-542-LP05	3.969.000	Lab. Sanderson	$ 25	$ 86	Lab. Chile	$ 42	$ 45			$ 38			$ 175.940.000
621-775-LP06	06-10-06	102.000	S.P. GLUCOSA 5% AM 250 ML	nov-05	621-781-LP05	34.580	Lab. Sanderson	$ 170	$ 255	Baxter	$ 180	$ 175						
									$ 195	Biosano	$ 320	$ 305						
	06-10-06	20.000	S.P. GLUCOSA 10 % AM 1000 ML	nov-05	621-781-LP05	13.800	Lab. Sanderson	$ 260	$ 420	Baxter								
	06-10-06	88.000	S.P. GLUCOSA 5% AM 1000 ML TIPO VIAFLEX	nov-05	621-781-LP05	64.200	Lab. Sanderson	$ 380	$ 395	Baxter								
									$ 330	B.Braun								
621-799-LP06	11-10-06	185.700	CALCIO GLUCONATO AL 10 % AM 10 ML	nov-05	621-703-LE05	142.400	Lab. Sanderson	$ 110	$ 138	Biosano	$ 88	$ 98			$ 40	$ 7.428.000		
	11-10-06	1.064.300	CIANOCOBALAMINA AM 0,1 MG/1 ML	dic-05	621-806-LP05	1.000.000	Lab. Sanderson	$ 30			$ 48	$ 42			$ 38		$ 40.443.400	
	11-10-06	144.075	VITAMINA B1 B6 B12 (NEURO-SANDE) AM/3 ML	nov-05	621-683-LP05	19.641	Lab. Sanderson	$ 200	$ 250	Biosano	$ 260	$ 230			$ 210	$ 30.255.750		
	11-10-06	101.400	FITOQUINONA AM 1 MG/1 ML	nov-05	621-683-LP05	64.500	Lab. Sanderson	$ 57			$ 50	$ 48			$ 57		$ 5.779.800	
	11-10-06	139.500	FITOQUINONA AM 10 MG/1 ML	nov-05	621-743-LE05	81.900	Lab. Sanderson	$ 71	$ 89	Biosano	$ 55	$ 65			$ 71	$ 9.904.500		
621-805-LP06	12-10-06	100.800	AMINOFILINA AM 250 MG/10 ML	nov-05	621-744-LE05	34.100	Lab. Sanderson	$ 65			$ 70	$ 70			$ 69		$ 6.955.200	
	12-10-06	762.400	FUROSEMIDA AM 20 MG/1 ML	sep-05	621-588-LP05	466.200	Bestpharma	$ 36	$ 38	Sanderson	$ 45	$ 50			$ 40	$ 30.496.000		
									$ 52	Biosano								
				sep-05	621-588-LP05	155.300	Lab. Sanderson	$ 38	$ 36	Bestpharma								
									$ 52	Biosano								
621-814-LP06	18-10-06	118.885	ATRACURIO BESILATO 25 MG/2 ML	sep-05	621-538-LP05	99.200	Biosano	$ 700	$ 849	Saval	$ 1.100	$ 660			$ 640			$ 76.086.400
									$ 798	Bestpharma								
									$ 789	Glaxo.								
																$ 87.828.250	$ 53.178.400	

Fuente: Hoja2 de la planilla incluida en el NUE 2246317, cuya versión pública rola a fojas 714.

Septuagésimo tercero: Que los precios efectivamente ofertados por Biosano y Sanderson, y la empresa que resultó adjudicataria en las licitaciones que fueron indicadas por las requeridas en las planillas señaladas en los dos considerandos anteriores, es el que se muestra en la siguiente tabla bajo el título "Información Cenabast". A su vez en dicha tabla se agrega, bajo el título "Información planilla Biosano", la información de precios indicada en las planilla "Copia de CENABAST 2007" y bajo el título "Información planilla Sanderson", la información de precios indicada en las planilla "Estudio Propuestas 02 Oct":

TABLA N° 3

Licitación	Producto	Oferta Biosano	Oferta Sanderson	Adjudicatario	Información planilla Biosano		Información planilla Sanderson	
					Precio Biosano	Precio Sanderson	Precio Biosano	Precio Sanderson
621-814-LP06	Atracurio Besilato 25mg/2,5ml Ampolla	680	620	Otro				640
621-750-LP06	Bupivacaína 0,5% 10ml Ampolla	278		Biosano	278	285	278	NO
621-799-LP06	Calcio Gluconato 10% 10ml Ampolla	113		Biosano				40
621-799-LP06	Cianocobalamina 0,1mg/1ml Ampolla	40	42	Biosano			38	
621-783-LE06	Clorhidrato de Amiodarona 150mg/3ml Ampolla	98	90	Sanderson	90	83	98	90
621-755-LP06	Clorhidrato de Tramadol 100mg/2ml Ampolla	87	90	Otro	87	90	87	90
621-799-LP06	Complejo B 10.000 UI/3ml Ampolla	218	216	Otro				210
621-799-LP06	Fitoquinona 10mg/1ml Ampolla	72	73	Biosano				71
621-799-LP06	Fitoquinona 1mg/1ml Ampolla		57	Sanderson			57	
621-787-LP06	Haloperidol 5mg/1ml Ampolla	76	73	Desierta				70
621-783-LE06	Lanatosido 0,4mg/2ml Ampolla		270	Sanderson	330	280	320	270
621-755-LP06	Metadona 10mg/2ml Ampolla	205	190	Sanderson			205	190
621-786-LP06	Metamizol Sódico 1gr/2ml Ampolla		35	Sanderson				38
621-750-LP06	Ranitidina 50mg/5ml Ampolla		97	Sanderson	95	97	95	97
621-750-LP06	Sulfato de Efedrina 6% 1ml Ampolla	120	100	Sanderson	120	115	120	100

Fuente: elaboración propia a partir de la información de mercado público acompañada a fojas 840 y la información extraída de las planillas "Copia de CENABAST 2007" y "Estudio Propuestas 02 Oct".

Septuagésimo cuarto: Que, como se puede apreciar, en las dos planillas analizadas en los considerandos anteriores, incautada una a Biosano y la otra a Sanderson, se hace referencia a precios de oferta de las dos requeridas. Luego, si se comparan los precios contenidos en ambas planillas con el precio efectivamente ofertado por las requeridas de acuerdo con la Tabla N° 3, se observa que en la mayoría de los casos son muy cercanos al indicado en las planillas incautadas, cumpliéndose en la gran mayoría de ellas la asignación acordada por las Requeridas. Esta similitud entre ambas planillas y entre ellas con las ofertas realizadas a Cenabast sólo se explica por la existencia de un acuerdo entre las Requeridas, ya que no era posible para una requerida conocer, de forma previa e independiente, los precios que la otra requerida quería ofertar en dicha licitación;

Septuagésimo quinto: Que, por ejemplo, para el producto Clorhidrato de Tramadol 100mg/2ml Ampolla, incluido en la licitación 621-755-LP06 de Cenabast, los precios indicados en la planilla elaborada por Biosano y en la planilla elaborada por Sanderson eran $87 para Biosano y $90 para Sanderson, y los precios ofertados efectivamente por ambas requeridas fueron los indicados;

Septuagésimo sexto: Que la planilla "Del 09 Abril al 07 de Mayo 2007", incautada a FKS, fue creada por "imorales" el 20 de marzo de 2007 y modificada por última vez por "pecheverria" el 9 de abril de 2007. Esta planilla no señala la licitación a la que se refiere cada uno de los productos que incorpora. Sin perjuicio de ello, se identificaron las licitaciones abiertas al 9 de abril de 2007 en las que aún estaba pendiente la recepción de ofertas. Estas licitaciones son 621-177-LP07, 621- 203-LP07, 621-195-LP07, 621-167-LP07, 621-121-LP07, 621-197-LP07, 621-179- LE07, 621-171-LP07, 621-147-LP07, 621-202-LP07, 621-186-LP07, 621-184-LP07, 621-197-LP07, 621-177-LP07, las que de acuerdo a la información de mercado público acompañada por la FNE a fojas 840, tuvieron fecha de cierre para la recepción de ofertas posterior al 9 de abril de 2007, con excepción de la licitación 621-121-LP07, cuya fecha de cierre de ofertas fue el mismo 9 de abril de 2007. Esta planilla contiene una columna que se singulariza con "S" y otra que se singulariza con "B", las que razonablemente se puede concluir que hacen referencia a montos de venta de las empresas Sanderson y Biosano respectivamente. A su vez, contiene dos columnas sin nombre al lado derecho, pero cuyos datos numéricos se pueden aso-

ciar razonablemente a precios que debían presentar las empresas Sanderson y Biosano, respectivamente, siguiendo el mismo orden establecido en la planilla:

PLANILLA "DEL 09 ABRIL AL 07 DE MAYO 2007" HOJA2

Cantidad	Productos	Costo Total		Margen Total		S	B		
		MFG	TOTAL	MFG	TOTAL				
1.100.000	BETAMETASONA FOSFATO DISODICO AM 4MG/1ML					$ 55.000.000		54	67
155.400	FENTANILO CITRATO AM 0,1MG/2ML						$ 20.979.000	165	135
330.300	EPINEFRINA CLORHIDRATO AM 1MG/1ML					$ 11.560.500		38	53
146.500	ESCOPOLAMINA N-BUTIL-BROMURO AM 20MG/ML					$ 10.548.000		72	83
856.400	AGUA BEDESTILADA AM 10ML ENASE SEMIRIGIDO PLASTI CO SISTEMA ABREFACIL					$ 25.435.080		31	38
6.000	VERAPAMILO AM 5MG/2ML					$ 1.680.000		280	305
1.232.500	TIAMINA CLORHIDRATO AM 30MG/1ML					$ 34.510.000		31	57
652.100	MORFINA CLORHIDRATO AM AMBAR 10MG/1ML							115	105
3.986.600	AGUA BIDESTILADA AM VIDRIO 5ML					$ 155.477.400		39	57
4.556.600	METAMIZOL SODICO AM 1G/2ML							35	47
37.400	DOBUTAMINA CLORHIDRA-TO AM 250MG/5ML						$ 25.058.000	715	670
87.900	VASELINA ESTERIL AM 5ML						$ 8.614.200	115	103
1.367.000	AGUA BEDESTILADA AM 5ML ENASE SEMIRIGIDO PLASTI CO SISTEMA ABREFACIL						$ 34.175.000	29	26
1.549.000	AGUA BIDESTILADA AM VIDRIO 10ML						$ 60.411.000	47	45
						$ 294.210.980	$ 149.237.200		

Fuente: planilla incluida en el NUE 2246312, cuya versión pública se encuentra en el disco compacto que rola a fojas 714.

Septuagésimo séptimo: Que los precios efectivamente ofertados por Biosano y Sanderson y la empresa que resultó adjudicataria en las licitaciones que fueron indicadas por en la planilla de la que da cuenta el considerando anterior, es el que se muestra en la siguiente tabla bajo el título "Información Cenabast". A su vez, en dicha tabla se agrega la información de precios indicada en las planillas señaladas en el considerando anterior:

TABLA N° 4

Licitación	Producto	Información Cenabast			Información planilla	
		Oferta Biosano	Oferta Sanderson	Adjudicatario	Precio Biosano	Precio Sanderson
621-177-LP07	Agua Bidestilada 10ml Ampolla Plástica	39	31	Sanderson	38	31
621-203-LP07	Agua Bidestilada 10ml Ampolla Vidrio		47	Sanderson	45	47
621-195-LP07	Agua Bidestilada 5ml Ampolla Plástica	26	29	Otro	26	29
621-167-LP07	Agua Bidestilada 5ml Ampolla Vidrio		38	Sanderson	57	39
621-121-LP07	Betametasona Fosfato Disódico 4mg/1ml Ampolla		52	Sanderson	67	54
621-197-LP07	Dobutamina Clorhidrato 250mg/5ml Ampolla	650	710	Biosano	670	715
621-179-LE07	Droperidol 25mg/10ml Ampolla	495		Desierta	495	520
621-171-LP07	Epinefrina 1mg/1ml Ampolla	53	38	Sanderson	53	38
621-171-LP07	Escopolamina N-Butil Bromuro 20mg/1ml Ampolla	83	72	Sanderson	83	72
621-147-LP07	Fentanilo Citrato 0,1mg/2ml Ampolla	133	165	Biosano	135	165
621-202-LP07	Metamizol Sódico 1gr/2ml Ampolla		35	Sanderson	47	35
621-186-LP07	Morfina Clorhidrato 10mg/1ml Ampolla	95	109	Biosano	105	115
621-184-LP07	Tiamina Clorhidrato 30mg/1ml Ampolla		32	Sanderson	57	31
621-197-LP07	Vaselina Líquida 5ml Ampolla	103	115	Biosano	103	115
621-177-LP07	Verapamilo 5mg/2ml Ampolla		280	Sanderson	305	280

Fuente: elaboración propia a partir de la información de mercado público acompañada a fojas 840 y la información extraída de la planilla "Del 09 Abril al 07 de Mayo de 2007".

Septuagésimo octavo: Que, como se puede apreciar, en la planilla analizada en los considerandos anteriores, incautada a FKS, se hace referencia a precios de oferta de Biosano y de Sanderson. Luego, si se comparan los precios contenidos en esta planilla con el precio efectivamente ofertado por las requeridas de acuerdo con la Tabla N° 4, se observa que en la mayoría de los casos son muy cercanos al indicado en las planillas incautadas, cumpliéndose en la gran mayoría de ellas la asignación acordada por las Requeridas. Esta similitud entre ambas planillas y entre ellas con las ofertas realizadas a Cenabast solo se explica por la existencia de un contacto o acuerdo entre las Requeridas ya que no era posible para FKS conocer, de forma previa e independiente, los precios que Biosano ofertaría en dichas licitaciones;

Septuagésimo noveno: Que, por ejemplo, para el producto Epinefrina 1mg/1ml Ampolla, incluido en la licitación 621-171-LP07 de Cenabast, el precio indicado para Biosano y Sanderson en la planilla elaborada por FKS fueron los efectivamente ofertados;

Octogésimo: Que la planilla "Licitaciones en Curso 2008 - 2009", contenida en el NUE 1922756 incautada a Biosano fue creada por "Lizbeth Figueroa" el 16 de octubre de 2008 y modificada por última vez por "creginato" el 17 de octubre de 2008. Las licitaciones indicadas en esta planilla tuvieron fecha de cierre para la recepción de ofertas posterior al 17 de octubre de 2008, con excepción de la licitación 621-1482-LP08, cuya fecha de cierre de ofertas fue el 16 de octubre de 2008. En la Hoja "Negociacion" de esta planilla hay una columna con el nombre Biosano y otra con el nombre Sanderson, las que razonablemente se puede concluir que hacen referencia a precios que debían presentar estas empresas en las licitaciones a las que se hace referencia;

PLANILLA "LICITACIONES EN CURSO 2008 - 2009" HOJA NEGOCIACIONES

LICITACIONES POR DEFINIR EN CHILECOMPRAS CENABAST 2008 - 2009

AMPOLLAS

LICITACION	PRODUCTO	ML	FECHA PUBLI-CACION	FECHA CIERRE	1° ENTREGA	ENTRE-GA MEN-SUAL	UNID 2007	UNIDADES 2008	VARIA-CIÓN	ADJUDICADO 2007	PRECIO 2007	PRECIO OFERTADO	Venta	Biosa-no	Sander-son
621-11482-LP08	CLOR. SODIO 0,9% 5ML Plastico	5	26-09-2008	16-10-2008	01-12-2008	120,000	1,482,000	1,745,000	15%	BIOSANO	$ 24	$ 33	57,585,000	33	40
621-11516-LE08	MIDAZOLAM 50MG	10	09-10-2008	20-10-2008	01-12-2008	1,000	10,000	14,000	29%	BIOSANO	$ 989	$ 830	11,620,000	830	890
621-11532-LE08	LIDOCAINA 2% Plastico	10	09-10-2008	20-10-2008	01-03-2009	23,000	216,000	306,000	29%	SANDERSON	$ 34	$ 42	12,852,000	65	42
621-11547-LP08	N-BUTILBROMURO 20MG	1	14-10-2008	24-10-2008	01-02-2009	3,000	205,000	290,000	29%	SANDERSON	$ 74	$ 78	22,620,000	78	82
621-11489-LP08	CLORURO 10% 20 ML Plastico	20	29-08-2008	28-10-2008	01-01-2009	140,000	1,920,000	1,945,000	1%	SANDERSON	$ 50	$ 60	116,700,000	85	
621-11530-LP08	CLORUO POTASIO 10% Plastico	10	09-10-2008	29-10-2008	01-12-2008	220,000	2,164,100	2,740,000	21%	BIOSANO	$ 35	$ 50	137,000,000	55	50
621-11530-LP09	CLORUO POTASIO 10% Vidrio	11	09-10-2008	29-10-2008	01-12-2008	220,000	2,164,100	2,740,000	21%	BIOSANO	$ 35	$ 65		67	65
621-11554-LP08	METOCLOPRAMIDA 10MG Vidrio	2	14-10-2008	04-11-2008	01-02-2009	80,000	925,000	1,089,000	15%	SANDERSON	$ 35	$ 47	51,183,000	47	
								10,869,000					409,560,000		

LICITACIONES CERRADAS

LICITACION	PRODUCTO	ML	FECHA PUBLI-CACION	FECHA CIERRE	1° ENTREGA	ENTRE-GA MEN-SUAL	UNID 2007	UNIDADES 2008	VARIA-CIÓN	ADJUDICADO 2007	PRECIO 2007	PRECIO OFERTADO
621-11496-LE08	FENOTEROL 0,5 MG 10ML	10	01-10-2008	13-10-2008	01-11-2008	1,500	27,400	23,400	-17%	BIOSANO	$ 350	
									#¡DIV/0!			

Fuente: planilla incluida en el NUE 1922756, que rola a fojas 371 del Cuaderno de documentos Públicos de la FNE correspondientes a la Incautación.

Octogésimo primero: Que los precios efectivamente ofertados por Biosano y Sanderson y la empresa que resultó adjudicataria en las licitaciones que fueron indicadas en la planilla de la que da cuenta el considerando anterior, es el que se muestra en la siguiente tabla (Tabla N°5) bajo el título "Información Cenabast". A su vez en dicha tabla se agrega la información de precios indicada en las planillas señaladas en el considerando anterior:

TABLA N° 5

Licitación	Producto	Información Cenabast			Información planilla		
		Oferta Biosano	Oferta Sanderson	Adjudicatario	Precio Biosano	Precio Sanderson	Asignación
621-11482-LP08	Cloruro de Sodio 0,9% 5ml Ampolla	33	40	Biosano	33	40	Biosano
621-11489-LP08	Cloruro de Sodio 10% 20ml Ampolla	85	58	Sanderson	85		Sanderson
621-11516-LE08	Midazolam Clorhidrato 50mg/10ml Frasco Ampolla	830	860	Sanderson	830	890	Biosano
621-11530-LP08	Cloruro Potasio 10% 10ml Ampolla	70	50	Sanderson	55	50	Sanderson
621-11532-LE08	Clorhidrato de Lidocaína 2% 10ml Ampolla	65	40	Sanderson	65	42	Sanderson
621-11547-LE08	Escopolamina N-Butil Bromuro 20mg/1ml Ampolla	78	82	Biosano	78	82	Biosano
621-11554-LP08	Metoclopramida Clorhidrato 10mg/2ml Ampolla	47	52	Biosano	47		Biosano

Fuente: elaboración propia a partir de la información de mercado público acompañada a fojas 840 y la información extraída de la planilla "Licitaciones en Curso 2008-2009".

Octogésimo segundo: Que, como se puede apreciar, en la planilla analizada en los considerandos anteriores, incautada a Biosano, se hace referencia a precios de oferta de Sanderson y de Biosano. Luego, si se comparan los precios contenidos en esta planilla con el precio efectivamente ofertado por las requeridas de acuerdo con la Tabla N° 5, se observa que en la mayoría de los casos son muy cercanos al indicado en las planillas incautadas, cumpliéndose en la gran mayoría de ellas la asignación acordada por las Requeridas. Esta similitud entre ambas planillas y entre ellas con las ofertas realizadas a Cenabast solo se explica por la existencia de un contacto o acuerdo entre las Requeridas ya que no era posible para Biosano conocer, de forma previa e independiente, los precios que FKS ofertaría en dichas licitaciones;

Octogésimo tercero: Que por ejemplo, para el producto Escopolamina N-Butil Bromuro 20mg/1ml Ampolla, incluido en la licitación 621-11547-LE08 de Cena-

bast, los precios indicados para Biosano y Sanderson en la planilla elaborada por Biosano eran $78 y $82, respectivamente, y los precios ofertados efectivamente fueron $78 por Biosano y $82 por Sanderson;

Octogésimo cuarto: Que la planilla "licitaciones oct 10", contenida en el NUE 1922757 e incautada a Biosano, fue creada por "mreginato" el 14 de octubre de 2010 y modificada por última vez por el mismo usuario el 15 de octubre de 2010. Las licitaciones indicadas en esta planilla tuvieron fecha de cierre para la recepción de ofertas posterior al 15 de octubre de 2010. En la Hoja1 de esta planilla hay una columna con singularizada con "B" y otra columna al lado derecho de esta última que si bien no tiene nombre razonablemente se puede concluir que hace referencia a precios que debía presentar FKS en las licitaciones a las que se hace referencia;

PLANILLA "LICITACIONES OCT 10" EXTRACTO DE HOJA1

AMPOLLAS																
				FECHA	FECHA		ENTRE-GA		UNIDADES		ADJUDICADO	PRECIO	PRE-CIO NO	PRECIO		
CODIGO SAP	LICITACION	PRODUCTO	ML	PUBLI-CACION	CIERRE	1º EN-TREGA	MEN-SUAL	UNID 2009	2010	VARIA-CIÓN	2009	2009	ADJ. 2009	OFER-TADO	B	
501079003	621-681-LP10	MORFINA 20MG	1	27-09-10	18-10-10	01-11-10	36,315	426	477,791	11%	BIOSANO	$153	$158		175	168
	621-690-LE10	RANITIDINA 50MG	5	07-10-10	18-10-10				128,453	100%	SANDERSON	$105			no	
501110006	621-689-LE10	VASELINA 5ML	5	01-10-10	18-10-10	01-10-10	13,6	154	202,87	24%	BIOSANO	$95	$110		104	120
	621-765-LP10	ALBUMINA HUMANA 20%	50	08-10-10	19-10-10				50,655	100%	NOVOFARMA	$18,04				
	621-775-LP10	AMPICILINA 500G		08-10-10	19-10-10				555,581	100%	BIOSANO	$600				
	621-777-LP10	CLOXACILINA 500MG		08-10-10	19-10-10				2,359,807	100%						
	621-753-LP10	TIOPENTAL 1000G		08-10-10	19-10-10				29,672	100%	HOSPIRA	$1,50				
	621-814-LP10	VANCOMICINA 1G		08-10-10	19-10-10				85,17	100%						
	621-807-LP10	AGUA VIDRIO 10ML	10	09-10-10	20-10-10				1,122,205	100%	SANDERSON	$74			95	88
	621-786-LP10	BUPIVACAINA HIPER-BARICA 75%	2	09-10-10	20-10-10				103,208	100%	BIOSANO	$845			900	990
	621-768-LP10	CEFOTAXIMA 1G		09-10-10	20-10-10				308,02	100%	BIOSANO	$258				
	621-791-LP10	FENITOINA SODICA 250MG	5	09-10-10	20-10-10				27,566	100%	BIOSANO	$2,50				
	621-787-LP10	KETOROLACO 30MG	1	09-10-10	20-10-10				520,49	100%	SANDERSON	$130			139	130
	621-789-LP10	MORFINA 10MG	1	09-10-10	20-10-10				665,268	100%	BIOSANO	$115			132	150
	621-778-LP10	VITAMINA B1 B6 B12	3	09-10-10	20-10-10				415,304	100%	BIOSANO	$193			220	
	621-829-LP10	CLORURO SODIO 09%	20	12-10-10	25-10-10				6,200,400	100%	BIOSANO	$64			62 (2.500.000)	70
	621-795-LP10	FENTANILO 0,5MG	10	12-10-10	25-10-10				239,28	100%	BIOSANO	$270			299	325
1	621-709-LP10	LORAZEPAM 4MG	2	04-10-10	25-10-10	01-11-10	11,33	89	147,361	40%	SANDERSON	$568	$110		620	590

CONTINUACIÓN PLANILLA "LICITACIONES OCT 10" EXTRACTO DE HOJA1

	621-864-LP10	BETAMETASONA 4MG	1	13-10-10	26-10-10				916,13	100%	BIOSANO	$76			80	89
	621-842-LP10	CLONIXINATO DE LISINA 100MG	2	13-10-10	26-10-10				559,817	100%	SANDERSON	$85			96	90
	621-828-LP10	CLORURO SODIO 09%	5	13-10-10	26-10-10				1,840,813	100%	BIOSANO	$42			45	52
	621-853-LP10	PENICILINA G + BENZATINA 1.200.000 UI		13-10-10	26-10-10				663,267	100%						
	621-845-LP10	PENICILINA G SODICA 1.000.000UI		13-10-10	26-10-10				1,060,046	100%						
	621-843-LP10	PIRIDOXINA 100MG	1	13-10-10	26-10-10				944,664	100%	SANDERSON	$50			85	60
	621-824-LP10	RANITIDINA 50MG	2	13-10-10	26-10-10				2,954,331	100%	SANDERSON	$35			62	55
	621-855-LP10	SULBACTAN + AMPICILINA 500/1000MG		13-10-10	26-10-10				21,48	100%	PFIZER	$3,00				
	621-823-LP10	TIAMINA 30MG	1	13-10-10	26-10-10				1,452,922	100%	SANDERSON	$48			63	55
	621-832-LP10	VANCOMICINA 500G		13-10-10	26-10-10				93,96	100%						
	621-687-LP10	AGUA VIDRIO 5ML	5	07-10-10	28-10-10				2,035,630	100%	SANDERSON	$40			63	56
	621-742-LP10	FENOBARBITAL 200MG		08-10-10	28-10-10				28,614	100%	BIOSANO	$11,25				
	5599-95-LP10	INMUNOGLOBULINA 5% 5G.	100	07-10-10	28-10-10				7,642	100%	GRIFOLS	$189,00				
	621-734-LP10	TIOPENTAL 500G		07-10-10	28-10-10				36,641	100%						

Fuente: planilla incluida en el NUE 1922757, que rola a fojas 371 del Cuaderno de documentos Públicos de la FNE correspondientes a la Incautación

Octogésimo quinto: Que la planilla indicada en el considerando anterior debe ser analizada en conjunto con a planilla "CENABAST V.2", contenida en el NUE 1922757 e incautada a Biosano. Ésta fue creada por "vdelreal" el 21 de abril de 2009 y modificada por última vez por "mreginato" el 15 de octubre de 2010. Al igual que en el caso anterior, las licitaciones indicadas en esta planilla tuvieron fecha de cierre para la recepción de ofertas posterior al 15 de octubre de 2010. En la Hoja "EN PROCESO" de esta planilla hay una columna singularizada con "B" y otra columna al lado derecho de esta última que, si bien no tiene nombre, razonablemente se puede concluir que hace referencia a precios que debía presentar FKS en las licitaciones a las que se hace referencia;

PLANILLA "CENABAST V.2" EXTRACTO DE LA HOJA "EN PROCESO"

LICITACIONES POR DEFINIR EN CHILECOMPRAS CENABAST 2010 - 2011

AMPOLLAS														
CODIGO SAP	LICITACION	PRODUCTO	ML	FECHA PUBLICACI	FECHA CIERRE	1º ENTREGA	ENTREGA MENSU	UNID 2009	UNIDADES 2010	VARIACIÓN	ADJUDICADO 2009	PRECIO 2009	PRECIO NO ADJ. 20	PRECIO OFERTA
0501079003	621-681-LP10	MORFINA 20MG	1	27-09-2010	18-10-2010	01-11-2010	36,315	426,000	477,791	11%	BIOSANO	$ 153	$ 158	
0501097002	621-690-LE10	RANITIDINA 50MG (NO)	5	07-10-2010	18-10-2010	01-12-2010	7,200	62,500	128,453	51%	SANDERSON	$ 105		
0501110006	621-689-LE10	VASELINA 5ML	5	01-10-2010	18-10-2010	01-10-2010	13,600	154,000	202,870	24%	BIOSANO	$ 95	$ 110	
0602073008	621-765-LP10	ALBUMINA HUMANA 20%	50	08-10-2010	19-10-2010	01-12-2010	4,359	44,100	50,655	13%	NOVOFARMA	$ 18,043		
0602084025	621-775-LP10	AMPICILINA 500G		08-10-2010	19-10-2010	01-12-2010	49,091	247,200	555,581	56%	BIOSANO	$ 600		
SIN/COD.	621-777-LP10	CLOXACILINA 500MG (NO)		08-10-2010	19-10-2010	01-12-2010	200,067		2,359,807	100%				
0602084017	621-753-LP10	TIOPENTAL 1000G		08-10-2010	19-10-2010	01-12-2010	2,631	33,701	29,672	-14%	HOSPIRA	$ 1,500		
SIN/COD.	621-814-LP10	VANCOMICINA 1G (NO)		08-10-2010	19-10-2010	01-12-2010	7,200		85,170	100%				
0501003007	621-807-LP10	AGUA VIDRIO 10ML	10	09-10-2010	20-10-2010	01-12-2010	99,700	275,300	1,122,205	75%	SANDERSON	$ 74		
0501016009	621-786-LP10	BUPIVACAINA HIPERBARICA 75%	2	09-10-2010	20-10-2010	01-12-2010	9,463	36,660	103,208	64%	BIOSANO	$ 845		
0602084026	621-768-LP10	CEFOTAXIMA 1G		09-10-2010	20-10-2010	01-12-2010	24,300	350,000	308,020	-14%	BIOSANO	$ 258		
0501046004	621-791-LP10	FENITOINA SODICA 250MG	5	09-10-2010	20-10-2010	01-12-2010	3,100	28,200	27,566	-2%	BIOSANO	$ 2,500		

0501064004	621-787-LP10	KETOROLACO 30MG	1	09-10-2010	20-10-2010	01-12-2010	53,137	596,000	520,490	-15%	SANDER-SON	$ 130				
0501079016	621-789-LP10	MORFINA 10MG	1	09-10-2010	20-10-2010	01-12-2010	60,312	755,000	665,268	-13%	BIOSANO	$ 115				
0501112011	621-778-LP10	VITAMINA B1 B6 B12	3	09-10-2010	20-10-2010	01-12-2010	45,416	488,000	415,304	-18%	BIOSANO	$ 193				
SIN/COD.	621-859-LP10	AMOXICILINA 250MG 5ML	5	14-10-2010	25-10-2010	01-12-2010	46,933		628,884	100%						
0607002009	621-815-LP10	CLORAMFENI-COL COLIRIO 0,5%		14-10-2010	25-10-2010	01-12-2010	14,614	314,000	289,916	-8%	BIOSANO	$ 314				
0601070013	621-829-LP10	CLORURO SODIO 09%	20	12-10-2010	25-10-2010	01-12-2010	560,800	2,500,000	6,200,400	60%	BIOSANO	$ 64				
0501049028	621-795-LP10	FENTANILO 0,5MG	10	12-10-2010	25-10-2010	01-12-2010	24,820	233,500	239,280	2%	BIOSANO	$ 270				
0501063012	621-858-LP10	KETOPROFE-NO IV 100MG	2	14-10-2010	25-10-2010	01-12-2010	29,205	220,300	936,176	76%	BIOSANO	$ 298				
1	621-709-LP10	LORAZEPAM 4MG	2	04-10-2010	25-10-2010	01-11-2010	11,330	89,000	147,361	40%	SANDER-SON	$ 568	$ 110			
0501076900	621-838-LP10	METAMIZOL 1MG	2	14-10-2010	25-10-2010	01-12-2010	348,307	6,440,000	5,249,939	-23%	SANDER-SON	$ 40			64	60
SIN/COD.	5599-105-LP10	SURFACTANTE PULMONAR BOVINO	8	14-10-2010	25-10-2010	01-01-2011	315	1,425	2,728	48%	DESIER-TA					
0501013005	621-864-LP10	BETAMETASO-NA 4MG	1	13-10-2010	26-10-2010	01-12-2010	101,889	1,065,000	916,130	-16%	BIOSANO	$ 76				
0501021001	621-842-LP10	CLONIXINATO DE LISINA 100MG	2	13-10-2010	26-10-2010	01-12-2010	55,017	183,500	559,817	67%	SANDER-SON	$ 85				
0602084027	621-886-LP10	CLORURO POTASIO 10%	10	15-10-2010	26-10-2010	01-01-2011	189,657	1,315,000	189,657	-593%	BIOSANO	$ 75				

CONTINUACIÓN PLANILLA "CENABAST V.2" EXTRACTO DE LA HOJA "EN PROCESO"

0601070014	621-828-LP10	CLORURO SODIO 09%	5	13-10-2010	26-10-2010	01-12-2010	164,292	1,680,000	1,840,813	9%	BIOSANO	$ 42				
0501033006	621-878-LP10	DOBUTAMINA 250MG	5	14-10-2010	26-10-2010	01-12-2010	3,955	41,400	36,221	-14%	SANDER-SON	$ 980			950	1030
0502059001	621-901-LP10	HEPARINA SODICA 25000 UI	5	15-10-2010	26-10-2010	01-01-2011	82,890	1,265,000	828,260	-53%	SANDER-SON	$ 1,320			2650	2500
SIN/COD.	621-853-LP10	PENICILINA G + BENZATINA 1.200.000 UI		13-10-2010	26-10-2010	01-12-2010	72,975		663,267	100%						
SIN/COD.	621-845-LP10	PENICILINA G SODICA 1.000.000UI		13-10-2010	26-10-2010	01-12-2010	108,100		1,060,046	100%						
0501092003	621-843-LP10	PIRIDOXINA 100MG	1	13-10-2010	26-10-2010	01-12-2010	88,815	1,105,000	944,664	-17%	SANDER-SON	$ 50				
0501097006	621-824-LP10	RANITIDINA 50MG	2	13-10-2010	26-10-2010	01-12-2010	243,043	1,230,400	2,954,331	58%	SANDER-SON	$ 35				
0602084011	621-855-LP10	SULBACTAN + AMPICILINA 500/1000MG		13-10-2010	26-10-2010	01-12-2010	2,700	6,800	21,480	68%	PFIZER	$ 3,000				
0501106003	621-823-LP10	TIAMINA 30MG	1	13-10-2010	26-10-2010	01-12-2010	127,472	1,607,000	1,452,922	-11%	SANDER-SON	$ 48				
SIN/COD.	621-832-LP10	VANCOMICINA 500G		13-10-2010	26-10-2010	01-12-2010	9,870		93,960	100%						
0601070007	621-921-LP10	AGUA BIDESTILADA PLASTICO 10ML	10	15-10-2010	27-10-2010	01-12-2010	128,550	316,000	1,379,470	77%	SANDER-SON	$ 35			35	45
0601070011	621-872-LP10	CLORURO SODIO 10%	20	14-10-2010	27-10-2010	01-12-2010	131,210	1,915,000	1,400,565	-37%	SANDER-SON	$ 70			90	75
0501034003	621-898-LP10	DOMPERIDONA 10MG	2	15-10-2010	27-10-2010	01-12-2010	16,420	54,800	170,340	68%	BIOSANO	$ 325				
0602073021	621-871-LP10	GAMAGLOBULINA ANTIRHO		14-10-2010	27-10-2010	01-12-2010	484	5,150	4,733	-9%	BIOSANO	$ 29,650				

0501077001	621-902-LP10	METOCLOPRAMIDA 10MG	2	15-10-2010	27-10-2010	01-12-2010	103,938	1,075,000	976,110	-10%	SANDERSON	$ 47			58	51
0501003700	621-687-LP10	AGUA VIDRIO 5ML	5	07-10-2010	28-10-2010	01-12-2010	153,140	4,315,000	2,035,630	-112%	SANDERSON	$ 40				
0501011009	621-908-LP10	ATROPINA 1MG	1	15-10-2010	28-10-2010	01-12-2010	38,691	487,000	400,787	-22%	BIOSANO	$ 47			59	55
0501048006	621-742-LP10	FENOBARBITAL 200MG		08-10-2010	28-10-2010	01-12-2010	3,944	22,400	28,614	22%	BIOSANO	$ 11,250				
0501058008	621-912-LE10	HALOPERIDOL 5MG	1	15-10-2010	28-10-2010	01-12-2010	23,619	15,040	191,924	92%	BIOSANO	$ 90			80	89
0602073007	5599-95-LP10	INMUNOGLOBULINA 5% 5G.	100	07-10-2010	28-10-2010	01-12-2010	1,054	3,000	7,642	61%	GRIFOLS	$ 189,000				
0602084002	621-734-LP10	TIOPENTAL 500G		07-10-2010	28-10-2010	01-12-2010	3,363	52,700	36,641	-44%	DESIERTA					

Fuente: planilla incluida en el NUE 1922757, que rola a fojas 371 del Cuaderno de documentos Públicos de la FNE correspondientes a la Incautación.

Octogésimo sexto: Que las planillas indicadas en los dos considerandos anteriores también deben ser analizadas en conjunto con la planilla "CENABAST Oct 22", contenida en el NUE 1922757 e incautada a Biosano. Ésta fue creada por "vdelreal" el 21 de abril de 2009 y modificada por última vez por "mreginato" el 25 de octubre de 2010. Las licitaciones indicadas en esta planilla tuvieron fecha de cierre para la recepción de ofertas un día posterior o el mismo día 25 de octubre de 2010, salvo la licitación 621-765-LP10. Al igual que en los otros dos casos anteriores, en la Hoja "EN PROCESO" de esta planilla hay una columna singularizada con "B" y otra columna al lado derecho de esta última que, si bien no tiene nombre, razonablemente se puede concluir que hace referencia a precios que debía presentar FKS en las licitaciones a las que se hace referencia;

PLANILLA "CENABAST OCT 22" EXTRACTO DE LA HOJA "EN PROCESO"

LICITACIONES POR DEFINIR EN CHILECOMPRAS CENABAST 2010 - 2011

AMPOLLAS																
CODIGO SAP	LICITACION	PRODUCTO	ML	FECHA PUBLICACI	FECHA CIERRE	1º ENTREGA	ENTREGA MENSU	UNID 2009	UNIDADES 2010	VARIACIÓN	ADJUDICADO 2009	PRECIO 2009	PRECIO NO ADJ. 20	PRECIO OFERTA	B	
0602073008	621-765-LP10	ALBUMINA HUMANA 20%	50	08-10-2010	22-10-2010	01-12-2010	4,359	44,100	50,655	13%	NOVOFARMA	$ 18,043			$ 20,990.00	
SIN/COD.	621-859-LP10	AMOXICILINA 250MG 5ML (NO)	5	14-10-2010	25-10-2010	01-12-2010	46,933	583,000	628,884	7%	ANDROMACO	$ 359				
0607002009	621-815-LP10	CLORAMFENICOL COLIRIO 0,5%		14-10-2010	25-10-2010	01-12-2010	14,614	314,000	289,916	-8%	BIOSANO	$ 314				
0601070013	621-829-LP10	CLORURO SODIO 09%	20	12-10-2010	25-10-2010	01-12-2010	560,800	2,500,000	6,200,400	60%	BIOSANO	$ 64			$ 59.00	$ 72.00
0501049028	621-795-LP10	FENTANILO 0,5MG	10	12-10-2010	25-10-2010	01-12-2010	24,820	233,500	239,280	2%	BIOSANO	$ 270			$ 259.00	$ 325.00
0501063012	621-858-LP10	KETOPROFENO IV 100MG	2	14-10-2010	25-10-2010	01-12-2010	29,205	220,300	936,176	76%	BIOSANO	$ 298			$ 298.00	
1	621-709-LP10	LORAZEPAM 4MG	2	04-10-2010	25-10-2010	01-11-2010	11,330	89,000	147,361	40%	SANDERSON	$ 568	$ 110		$ 600.00	$ 590.00
0501076900	621-838-LP10	METAMIZOL 1MG	2	14-10-2010	25-10-2010	01-12-2010	348,307	6,440,000	5,249,939	-23%	SANDERSON	$ 40			$ 65.00	$ 60.00
SIN/COD.	5599-105-LP10	SURFACTANTE PULMONAR BOVINO (NO)	8	14-10-2010	25-10-2010	01-01-2011	315	1,425	2,728	48%	DESIERTA					
0501013005	621-864-LP10	BETAMETASONA 4MG	1	13-10-2010	26-10-2010	01-12-2010	101,889	1,065,000	916,130	-16%	BIOSANO	$ 76			$ 69.00	$ 89.00
0501015003	621-916-LE10	BICARBONATO DE SODIO 8,4%	10	15-10-2010	26-10-2010	01-12-2010	20,022	227,000	220,718	-3%	SANDERSON	$ 118				

Fuente: planilla incluida en el NUE 1922757, que rola a fojas 371 del Cuaderno de documentos Públicos de la FNE correspondientes a la Incautación.

Octogésimo séptimo: Que los precios efectivamente ofertados por Biosano y Sanderson y la empresa que resultó adjudicataria en las licitaciones que fueron indicadas por las requeridas en las planillas indicadas en los tres considerandos anteriores, es el que se muestra en la siguiente tabla (Tabla N° 6) bajo el título "Información Cenabast". A su vez en dicha tabla se agrega la información de precios indicadas en las mencionadas tres planillas, por lo que existen casos en los que se indica más de un precio para un mismo producto. En relación con lo anterior, cuando la Tabla N° 6 indica más de un precio, el primero fue extraído de una planilla modificada con anterioridad a la modificación de la planilla de donde se extrae el segundo:

TABLA N° 6

Licitación	Producto	Información Cenabast			Información planillas	
		Oferta Biosano	Oferta Sanderson	Adjudicatario	Precio Biosano	Precio Sanderson
621-681-LP10	Morfina Clorhidrato 20mg/1ml Ampolla	175	168	Sanderson	175	168
621-687-LP10	Agua Bidestilada 5ml Ampolla Vidrio	63	56	Desierta	63	56
621-689-LE10	Vaselina Líquida 5ml Ampolla	99	120	Desierta	104	120
621-690-LE10	Ranitidina 50mg/5ml Ampolla		110	Sanderson	no	
621-709-LP10	Lorazepam 4mg/2ml Ampolla	600	590	Sanderson	620 y 600	590
621-778-LP10	Complejo B 10.000 UI/3ml Ampolla	240		Desierta	220	
621-786-LP10	Bupivacaína Hiperbárica 0,75% 2ml Ampolla	790	990	Biosano / Sanderson	900	990
621-787-LP10	Ketorolaco 30mg/1ml Ampolla	139	130	Desierta	139	130
621-789-LP10	Morfina Clorhidrato 10mg/1ml Ampolla	112	149	Sanderson	132	150
621-795-LP10	Fentanilo Citrato 0,5mg/10ml Ampolla	259	325	Biosano / Sanderson	299 y 259	325
621-807-LP10	Agua Bidestilada 10ml Ampolla Vidrio	95	88	Desierta	95	88
621-823-LP10	Tiamina Clorhidrato 30mg/1ml Ampolla	70	52	Sanderson	63	55
621-824-LP10	Ranitidina 50mg/2ml Ampolla	62	39	Sanderson	62	55
621-828-LP10	Cloruro de Sodio 0,9% 5ml Ampolla	40	52	Desierta	45	52
621-829-LP10	Cloruro de Sodio 0,9% 20ml Ampolla	59	70	Sanderson	62 y 59	70 y 72
621-838-LP10	Metamizol Sódico 1gr/2ml Ampolla	65	53	Sanderson	64 y 65	60
621-843-LP10	Piridoxina Clorhidrato 100mg/1ml Ampolla	95	55	Sanderson	85	60
621-864-LP10	Betametasona Fosfato Disódico 4mg/1ml Ampolla	68	89	Sanderson	80 y 69	89
621-872-LP10	Cloruro de Sodio 10% 20ml Ampolla	90	75	Sanderson	90	75
621-878-LE10	Dobutamina Clorhidrato 250mg/5ml Ampolla	799	1030	Desierta	950	1.030
621-886-LP10	Cloruro Potasio 10% 10ml Ampolla	65	62	Sanderson		
621-901-LP10	Heparina Sódica 25000UI/5ml Frasco ampolla	2.600	1.790	Sanderson	2.650	2.500
621-902-LP10	Metoclopramida Clorhidrato 10mg/2ml Ampolla	60	50	Sanderson	58	51

621-908-LE10	Sulfato de Atropina 1mg/1ml Ampolla	60	46	Sanderson	59	55
621-912-LE10	Haloperidol 5mg/1ml Ampolla	70	89	Sanderson	80	89
621-921-LP10	Agua Bidestilada 10ml Ampolla Plástica	33	45	Sanderson	35	45
621-631-LE10	Ergometrina 0,2mg/1ml Ampolla		75	Desierta		
621-667-LE10	Clorhidrato de Dopamina 200mg/5ml Ampolla	148	175	Sanderson		
621-742-LP10	Fenobarbital Sódico 200mg Ampolla	12.000		Desierta		
621-842-LP10	Clonixinato Lisina 100mg/2ml Ampolla	100	90	Desierta	96	90

Fuente: elaboración propia a partir de la información de mercado público acompañada a fojas 840 y la información extraída de las planillas "licitaciones oct 10", "CENABAST V.2" y "CENABAST Oct 22".

Octogésimo octavo: Que, como se puede apreciar, en las planillas analizadas en los considerandos anteriores, incautadas a Biosano, se hace referencia a precios de oferta de FKS y de Biosano. Luego, si se comparan los precios contenidos en esta planilla con el precio efectivamente ofertado por las requeridas de acuerdo con la Tabla N° 6, se observa que en la mayoría de los casos son muy cercanos al indicado en las planillas incautadas, cumpliéndose en la gran mayoría de ellas la asignación acordada por las Requeridas. Esta similitud entre estas planillas y entre ellas con las ofertas realizadas a Cenabast solo se explica por la existencia de un contacto o acuerdo entre las Requeridas ya que no era posible para Biosano conocer, de forma previa e independiente, los precios que FKS ofertaría en dichas licitaciones;

Octogésimo noveno: Que por ejemplo, para el producto Agua Bidestilada 10ml Ampolla Vidrio, incluido en la licitación 621-807-LP10 de Cenabast, los precios indicados para Biosano y Sanderson en la planilla elaborada por Biosano eran $95 y $88, respectivamente, y los precios ofertados efectivamente fueron $95 por Biosano y $88 por Sanderson;

Nonagésimo: Que la planilla "Licitaciones Cenabast enero 2011", contenida en el NUE 1922756 e incautada a Biosano, fue creada por "Claudio Reginato" el 19 de enero de 2011 y modificada por última vez por el "mreginato" en la misma fecha antes señalada. Las licitaciones indicadas en esta planilla tuvieron fecha de cierre para la recepción de ofertas posterior al 19 de enero de 2011 con excepción de 621- 61-LE11 la que tuvo fecha de cierre el 18 de enero de 2011. En la Hoja1 de esta planilla hay una columna con el nombre "Precio S" y otra con el nombre "Precio B", las que razonablemente se puede concluir que hace referen-

cia a precios que debía presentar Sanderson y Biosano en las licitaciones a las que se hace referencia. A su vez la planilla contiene una columna con el nombre "mis comentarios", cuyo contenido se puede deducir fue agregado por Maurizio Reginato:

PLANILLA "LICITACIONES CENABAST ENERO 2011" HOJA1

LICITACIONES EN CURSO															
CODIGO SAP	LICITACION	PRODUCTO	ML	FECHA PUBLICACION	FECHA CIERRE	1° ENTREGA	ENTREGA MENSUAL	UNID 2010	UNIDADES 2011	VARIACIÓN	ADJUDICADO 2010	PRECIO 2010	Precio S	Precio B	mis comentarios
0501090001	621-61-LE11	PETIDINA 100MG 2ML	2	07-01-2011	18-01-2011	01-03-2011	4.620	56.000	37.000	-51%	SANDERSON	$ 220	$ 235	$ 240	ok
0501008001	621-143-LE11	AMINOFILINA 250MG 10ML	10	11-01-2011	21-01-2011	01-03-2011	5.552	76.500	40.426	-89%	SANDERSON	$ 85	$ 90	$ 96	ok
0501048001	621-135-LE11	FENOTEROL 0,5MG 10ML	10	11-01-2011	21-01-2011	01-02-2011	1.395	26.400	13.725	-92%	SANDERSON	$ 390	$ 410	$ 390	ok
0501102003	621-134-LE11	SULFATO ZINC 0,88% 10ML	10	11-01-2011	21-01-2011	01-02-2011	1.710	16.450	16.270	-1%	SANDERSON	$ 340	$ 350	$ 370	ok
0501002001	621-187-LE11	ACIDO ASCOBICO 100MG 1ML	1	13-01-2011	24-01-2011	01-02-2011	9.000	92.500	93.310	1%	SANDERSON	$ 70	$ 75	$ 79	ok
S/COD.	621-1-LP11	AMOXICILINA C/ ACIDO CLAVULANICO 875/125 MG (NO)		03-01-2011	24-01-2011	01-03-2011	37.558		453.402	100%					no
0602084025	621-13-LP11	AMPICILINA 500MG		04-01-2011	24-01-2011	01-03-2011	52.030	247.200	472.520	48%	BIOSANO	$ 600			590
0501015003	621-145-LE11	BICARBONATO DE SODIO 8,4% 10ML	10	11-01-2011	24-01-2011	01-03-2011	21.085	227.000	219.947	-3%	SANDERSON	$ 118	$ 128	$ 133	ok
0602084006	621-174-LE11	CEFEPIMA 1GR		13-01-2011	24-01-2011	01-02-2011	219	2.043	2.298	11%	LIBRA	$ 2.699			HABLALO CON MILENA PARA VER SI TENEMOS PDTO

0501023001	621-171-LE11	CLORFENAMINA 2,5MG 5ML	5	13-01-2011	24-01-2011	01-02-2011	142.500	731.965	1.221.500	40%	SANDER-SON	$ 42			??
0501029020	621-118-LE11	DEXAMETASONA 4MG 1ML	1	11-01-2011	24-01-2011	01-02-2011	25.501	291.000	276.100	-5%	BIOSANO	$ 85	$ 85	$ 89	NO, B 80 / S 98
0501046004	621-9-LP11	FENITOINA 250MG	5	04-01-2011	24-01-2011	01-03-2011	1.981	28.200	21.341	-32%	BIOSANO	$ 2.500			2600
0501052003	621-169-LE11	FOSFATO MONOPOTA-SICO AL 15%		12-01-2011	24-01-2011	01-02-2011	4.015	46.100	42.380	-9%	BIOSANO	$ 320	$ 300	$ 310	NO, B 300 / S 335
0607002008	621-116-LE11	GENTAMICINA 3MG 1ML OFTALMICO (NO)	1	11-01-2011	24-01-2011	01-02-2011	7.355	62.000	79.411	22%	BIOSANO	$ 299			NO
0501055004	621-152-LE11	GLUCONATO DE CALCIO 10% 10ML	10	12-01-2011	24-01-2011	01-02-2011	19.784	189.000	189.661	0%	SANDER-SON	$ 112	$ 120	$ 125	OK
0501063011	621-3-LP11	KETOPROFENO IV 100MG	3	03-01-2011	24-01-2011	01-03-2011	84.025	220.300	732.778	70%	BIOSANO	$ 298			299
0501081007	621-197-LE11	N-BUTIL BROMURO 20MG		13-01-2011	24-01-2011	01-04-2011	22.310	290.000	186.940	-55%	BIOSANO	$ 85	$ 105	$ 90	NO, B 88 / S 108
0501096001	621-108-LE11	PROPANOLOL 1MG 1ML	1	10-01-2011	24-01-2011	01-02-2011	7.857	16.100	82.941	81%	SANDER-SON	$ 236	$ 240	$ 250	OK
0501106001	621-6-LP11	TIAMINA 100MG		04-01-2011	24-01-2011	01-03-2011	3.300	1.452.900	27.810	-5124%	SANDER-SON	$ 52			??
0602084002	621-106-LE11	TIOPENTAL 500MG (NO)		11-01-2011	24-01-2011	01-02-2011	2.391		28.828	100%					NO
0501110006	621-195-LE11	VASELINA 5ML	5	13-01-2011	24-01-2011	01-02-2011	15.125	487.000	151.370	-222%	BIOSANO	$ 95	$ 125	$ 115	NO, B 100 / S 128
S/COD.	621-30-LP11	VANCOMICINA 1G (NO)		06-01-2011	27-01-2011	01-03-2011	8.450	35.500	71.970	51%	SANDER-SON	$ 1.900			NO
0601070012	621-132-LP11	AGUA BIDESTILADA 5ML	5	11-01-2011	01-02-2011	01-03-2011	199.650	2.229.000	2.469.672	10%	BIOSANO	$ 28	$ 35	$ 30	NO, B 29 / S 40

CONTINUACIÓN PLANILLA "LICITACIONES CENABAST ENERO 2011" HOJA1

S/COD.	621-112-LP11	AMOXICILINA 500MG 5ML FA (NO)		11-01-2011	01-02-2011	01-03-2011	123.344		1.073.763	100%					NO
0602084003	621-125-LP11	CEFAZOLINA 1GR		11-01-2011	01-02-2011	01-03-2011	62.250	500.258	549.730	9%	OPKO	$ 206			LOS VEO YO
0501033006	621-122-LP11	DOBUTAMINA 250MG 5ML	5	11-01-2011	01-02-2011	01-03-2011	3.560	41.400	34.236	-21%	SANDER-SON	$ 980	$ 1.030	$ 970	LOS VEO YO
0501064004	621-119-LP11	KETOROLACO 30MG 1ML	1	11-01-2011	01-02-2011	01-03-2011	63.197	596.000	567.833	-5%	SANDER-SON	$ 130	$ 135	$ 143	LOS VEO YO
S/COD.	621-130-LP11	VANCOMICINA 500G (NO)		11-01-2011	01-02-2011	01-03-2011	10.895	35.500	97.060	63%	SANDER-SON	$ 1.900			LOS VEO YO
0501112011	621-113-LP11	VITAMINA B1B6B12 3ML	3	11-01-2011	01-02-2011	01-03-2011	42.317	209.143	344.922	39%	BIOSANO	$ 193			LOS VEO YO
0602084011	621-151-LP11	AMPICILINA + SUL-BACTAN 1500MG		12-01-2011	02-02-2011	01-03-2011	1.770	12.000	20.145	40%	PFIZER	$ 3.000			LOS VEO YO
0501021001	621-160-LP11	CLONIXINATO DE LISINA 100MG 2ML	2	12-01-2011	02-02-2011	01-03-2011	46.430	183.500	429.935	57%	SANDER-SON	$ 85	$ 93	$ 99	LOS VEO YO
0601070014	621-150-LP11	CLORURO DE SODIO 0,9% 5ML	5	12-01-2011	02-02-2011	01-03-2011	186.750	1.680.000	1.405.720	-20%	BIOSANO	$ 42	$ 52	$ 42	LOS VEO YO
0606001002	621-146-LP11	ESTREPTOQUINASA 1.500.000UI		12-01-2011	02-02-2011	01-05-2011	66	1.620	789	-105%	ALPES SELEC-TION	$ 95.000			LOS VEO YO
S/COD.	621-153-LP11	PENICILINA FA 2.000.000 UI		12-01-2011	02-02-2011	01-03-2011	24.346		515.044	100%					LOS VEO YO
0602084017	621-161-LP11	TIOPENTAL 1 GR		12-01-2011	02-02-2011	01-03-2011	2.195	63.300	22.851	-177%	HOSPIRA	$ 1.500			LOS VEO YO
0502051002	5599-17-LP10	FLUFENAZINA 250MG		13-01-2011	03-02-2011	01-03-2011	1.468	10.660	12.732	16%	BIOSANO	$ 6.990			LOS VEO YO
S/COD.	5599-15-LP11	SURFACTANTE PUL-MONAR ORIGEN BOVINO		13-01-2011	03-02-2011	01-02-2011	315		2.728	100%					LOS VEO YO

Fuente: planilla incluida en el NUE 1922756, que rola a fojas 371 del Cuaderno de documentos Públicos de la FNE correspondientes a la Incautación.

Nonagésimo primero: Que los precios efectivamente ofertados por Biosano y Sanderson y la empresa que resultó adjudicataria en las licitaciones que fueron indicadas en la planilla de la que da cuenta el considerando anterior, es el que se muestra en la Tabla N° 7 bajo el título "Información Cenabast". A su vez en dicha tabla se agrega la información de precios indicada en la planilla "Licitaciones Cenabast enero 2011", en las columnas de precios de Sanderson y de Biosano, incorporando entre paréntesis el precio indicado en la columna "mis comentarios" en los casos en los que proceda:

TABLA N° 7

Licitación	Producto	Información Cenabast			Información planilla		
		Oferta Biosano	Oferta Sanderson	Adjudicatario	Precio Biosano	Precio Sanderson	"mis comentarios"
621-187-LE11	Ácido Ascórbico 100mg/1ml Ampolla	79	75	Desierta	79	75	
621-132-LP11	Agua Bidestilada 5ml Ampolla Plástica	29	35	Sanderson	30	35	B 29 / S 40
621-143-LE11	Aminofilina 250mg/10ml Ampolla	96	90	Desierta	96	90	
621-152-LE11	Calcio Gluconato 10% 10ml Ampolla	125	120	Sanderson	125	120	
621-160-LP11	Clonixinato Lisina 100mg/2ml Ampolla	99	93	Desierta	99	93	
621-150-LP11	Cloruro de Sodio 0,9% 5ml Ampolla	41	52	Biosano	42	52	
621-113-LP11	Complejo B 10.000 UI/3ml Ampolla	255		Desierta			
621-118-LE11	Dexametasona Fosfato Sódico 4mg/1ml Ampolla	89	85	Desierta	89	85	B 80 / S 98
621-122-LP11	Dobutamina Clorhidrato 250mg/5ml Ampolla	970	1030	Sanderson	970	1.030	
621-197-LE11	Escopolamina N-Butil Bromuro 20mg/1ml Ampolla	85	105	Desierta	90 y 95	105	B 88 / S 108
621-135-LE11	Fenoterol Bromhidrato 0,5mg/10ml Ampolla	390	400	Biosano	390	410	
5599-17-LP11	Flufenazina 250mg/10ml Frasco Ampolla	7.400		Biosano			
621-169-LE11	Fosfato Monopotásico 15% 10ml Ampolla	310	300	Sanderson	310	300	B 300 / S 335
621-119-LP11	Ketorolaco 30mg/1ml Ampolla	143	135	Sanderson	143	135	
621-61-LE11	Petidina Clorhidrato 100mg/2ml Ampolla	240	235	Sanderson	240	235	
621-108-LE11	Propanolol 1mg/1ml Ampolla	250	240	Sanderson	250	240	
621-145-LE11	Sodio Bicarbonato 8,4% 10ml Ampolla	133	128	Desierta	133	128	
621-195-LE11	Vaselina Líquida 5ml Ampolla	110	125	Sanderson	115	125	B 100 / S 128
621-134-LE11	Zinc Sulfato 0,88% 10ml Ampolla	370	350	Sanderson	370	350	

Fuente: elaboración propia a partir de la información de mercado público acompañada a fojas 840 y la información extraída de la planilla "Licitaciones Cebast enero 2011"

Nonagésimo segundo: Que, como se puede apreciar, en la planilla analizada en los considerandos anteriores, incautada a Biosano, se hace referencia a precios

de oferta de Sanderson y de Biosano. Luego, si se comparan los precios contenidos en esta planilla con el precio efectivamente ofertado por las requeridas de acuerdo con la Tabla N° 7, se observa que en la mayoría de los casos son muy cercanos al indicado en las planillas incautadas, cumpliéndose, en la gran mayoría de ellas, la asignación acordada por las Requeridas. Esta similitud entre el precio indicado en la planilla con las ofertas realizadas a Cenabast solo se explica por la existencia de un contacto o acuerdo entre las Requeridas ya que no era posible para Biosano conocer, de forma previa e independiente, los precios que FKS ofertaría en dichas licitaciones;

Nonagésimo tercero: Que por ejemplo, para el producto Calcio Gluconato 10% 10ml Ampolla, incluido en la licitación 621-152-LE11 de Cenabast, los precios indicados para Biosano y Sanderson en la planilla elaborada por Biosano eran $125 y $120, respectivamente, y los precios ofertados efectivamente fueron $125 por Biosano y $120 por Sanderson;

Nonagésimo cuarto: Que la planilla "Analisis fc3", contenida en el NUE 1915468 e incautada a FKS, fue creada por "David A. Gómez García" el 9 de agosto de 2012 y modificada por última vez por el "mojeda" el 12 de septiembre de 2012. Esta planilla no señala la licitación a la que se refiere cada uno de los productos que incorpora. Sin perjuicio de ello, se identificaron las licitaciones abiertas al 12 de septiembre de 2012 en las que aún estaba pendiente la recepción de ofertas. Estas licitaciones corresponden a 621-159-LP12, 621-228-LP12, 621-237-LP12, 621-222- LP12 621-248-LP12, 621-105-LP12, 621-240-LP12, 621-92-LP12, 621-99-LP12, 621-100-LP12, 621-147-LP12, 621-265-LP12, 621-259-LP12, 621-278-LP12, 621-272-LP12, 621-305-LP12, 621-294-LP12, 621-291-LP12, 621-304-LP12 y 621-229-LP12. A su vez, se identificaron las licitaciones publicadas por Cenabast con posterioridad al 12 de septiembre de 2012 respecto de los productos indicados en las planillas. Estas licitaciones corresponden a 621-326-LE12, 621-344-LE12, 621-327-LE12, 621-369-LE12, 621-366-LE12, 621-428-LE12, 621-293-LE12, 621-416- LE12, 621-423-LE12, 621-401-LE12, 621-447-LE12, 621-438-LP12, 621-474-LE12, 621-496-LE12, 621-495-LE12, 621-497-LE12, 621-502-LE12, 621-503-LE12, 621-505-LE12, 621-488-LP12, 621-534-LE12, 621-540-LE12, 621-538-LE12, 621-21- LE13, 621-26-LE13, 621-28-LE13, 621-35-LE13 y 621-39-LE13.

Nonagésimo quinto: En la Hoja1 de esta planilla hay una columna con el nombre "PS", la que razonablemente se puede concluir que contiene precios asignados a Sanderson, y a su lado derecho hay una columna que no tiene nombre pero contiene precios, los que razonablemente se refieren a precios asignados a Biosano. A su vez, a la derecha de la planilla, hay una columna con el nombre "Sand" que contiene precios, y a su lado derecho hay una columna que no tiene nombre. Al igual que el caso anterior, los precios indicados en esta última columna pueden asociarse razonablemente a la asignación de precios efectuada a Biosano:

PLANILLA "ANALISIS FC3" HOJA1

Codigo San		Denominacion	Und Med	Nombre Sector	Cuenta de Rut Clien	Suma de Total Q	GES		Tipo de Distribución	MTP	CM	PS			ULTIMA COMPRA	OTROS					sand		
100000766		HEPARINA SODICA FA O JERINGA PRELLENADA 25.000 U.I./5 ML SOLUCI	UN	Farmacos	153	706,093	GES		Op. Logístico todo Chile - R.M. Dist directa	948.81	IN	1300		917,920,900		1665	1300	1,685	0.54				
100001020	21-09-2012	METAMIZOL SODICO AM 1 G/2 ML SOLUCION INYECTABLE P/ADMINIST	UN	Farmacos	301	5,667,390	GES		Op. Logístico todo Chile - R.M. Dist directa	28.56	IN	51		289,036,890		63		65	0.55		51	65
100001039	21-09-2012	METRONIDAZOL 500 MG/100 ML SOLUCION INYECTABLE P/ADMINISTRA	UN	Farmacos	95	920,000	GES		Op. Logístico todo Chile - R.M. Dist directa	135.58		180		165,600,000		129		228	0.55		180	228
100000867		KETOPROFENO AMPOLLA, JERINGA PRELLENADA O FRASCO AMPOLLA	UN	Farmacos	88			1,054,739	Op. Logístico todo Chile - R.M. Dist directa		IN		265		279,500,800	VO			#¡DIV/0!	260/560	310	
100001091		NOREPINEFRINA AM 4MG/4 ML SOLUCION INYECTABLE ENVASE RESISTE	UN	Farmacos	47	177,380	GES		Op. Logístico todo Chile - R.M. Dist directa			750			-				#¡DIV/0!			
100002089		PROPOFOL 10 MG/ML (1%)SOLUCION OLEOSA EMULSION INYECTABLE /	UN	Farmacos	23	23,635			Op. Logístico todo Chile - R.M. Dist directa						-				#¡DIV/0!			
	26-09-2012	FENOBARBITAL SODICO AM 200 MG/2 ML SOLUCION INYECTABLE P/AD	UN	Psicotropicos	66	12,624			Distribución directa			13000			13000				#¡DIV/0!			
100000388		CLINDAMICINA FOSFATO AM 600 MG/4 ML SOLUCION INYECTABLE ADM	UN	Farmacos	78	448,750	GES		Op. Logístico todo Chile - R.M. Dist directa	129.98	IN	265			-	349	VO/VI		#¡DIV/0!			
100001199	20-09-2012	POTASIO CLORURO AL 10% SOLUCION INYECTABLE P/ADMINISTRACION	UN	Farmacos	156	2,124,900	GES		Op. Logístico todo Chile - R.M. Dist directa	18.47	IP	55		116,869,500	-			71	0.54	58/74		
100000194	20-09-2012	BETAMETASONA FOSFATO DISODICO AM 4 MG/1ML SOLUCION INYECTA	UN	Farmacos	355	1,270,327	GES		Op. Logístico todo Chile - R.M. Dist directa	37.8	IN	80		101,626,160	-				#¡DIV/0!	62/100	85	
100001235	26-09-2012	RANITIDINA AM O FA 50 MG/2 ML SOLUCION INYECTABLE P/ADMINISTR	UN	Farmacos	271		GES	2,439,825	Op. Logístico todo Chile - R.M. Dist directa	23.58	IN		45		109,756,125	30	VO/VI		#¡DIV/0!		54	
100001033		METOCLOPRAMIDA CLORHIDRATO AM 10 MG/2 ML SOLUCION INYECTA	UN	Farmacos	262	2,056,478	GES		Op. Logístico todo Chile - R.M. Dist directa	15.34	IP	50		102,823,900	-	VI		65	0.54			
100000504	26-09-2012	DICLOFENACO SODICO AMPOLLA 75 MG/3ML SOLUCION INYECTABLE P	UN	Farmacos	356			2,808,900	Op. Logístico todo Chile - R.M. Dist directa	37.38	IN		44		123,591,600	VO			#¡DIV/0!		55	
100001438	26-09-2012	TIAMINA CLORHIDRATO AM 30 MG/1 ML SOLUCION INYECTABLE P/ADM	UN	Farmacos	281		GES	1,354,880	Op. Logístico todo Chile - R.M. Dist directa	22.47	IN		64	-	86,712,320	66			#¡DIV/0!		69	
100000243	20-09-2012	BUPIVACAINA HIPERBARICA 0,75% AM 2 ML ENVASE RESISTENTE CON SE	UN	Farmacos	61			811,965	Op. Logístico todo Chile - R.M. Dist directa	54.31	IN		830		68,030,950	900		900	-	800/1500	850	830
100000368		CIANOCOBALAMINA AM 0,1 MG/1 ML SOLUCION INYECTABLE ENVASE R	UN	Farmacos	266		GES	1,076,860	Op. Logístico todo Chile - R.M. Dist directa	32.55	IN		60		64,563,600	51			#¡DIV/0!			
100001111	01-10-2012	OXITOCINA SINTETICA AM 5 U.I./1 ML SOLUCION INYECTABLE P/ADMI	UN	Farmacos	72	706,400			Op. Logístico todo Chile - R.M. Dist directa	32.23	IN	65		45,916,000	-			84	0.54	48/52	65	83
100000918		LIDOCAINA CLORHIDRATO 2% AM 5 ML SOLUCION INYECTABLE P/ADMI	UN	Farmacos	316	1,248,127	GES		Op. Logístico todo Chile - R.M. Dist directa	16.68	IP	42		52,421,334	-	45	VO	54	0.54			
100001105		ONDANSETRON CLORHIDRATO AM 8 MG/4 ML SOLUCION INYECTABLE I	UN	Farmacos	27		GES	110,080	Op. Logístico todo Chile - R.M. Dist directa	114.77	IN		370		40,729,600	390	VI/RB		#¡DIV/0!			
100000519		DOBUTAMINA CLORHIDRATO AM 250 MG/5 ML SOLUCION INYECTABLE	UN	Farmacos	48	46,637	GES		Op. Logístico todo Chile - R.M. Dist directa	142.41	IN	927		43,232,499	-	1130		1,202	0.54			
100001299		SODIO BICARBONATO 8,4% AM 10-20 ML SOLUCION INYECTABLE P/ADM	UN	Farmacos	99	379,182	GES		Op. Logístico todo Chile - R.M. Dist directa	26.32	IN	114		43,226,748	-	133		148	0.54			
100000113	20-09-2012	AMIKACINA SULFATO AM O FA 500 MG/2 ML ENVASE RESISTENTE CON	UN	Farmacos	105	967,860	GES		Op. Logístico todo Chile - R.M. Dist directa	60.36	IN	230	295	-	-	VI		298.148	0.54		230	295
100001184	02-10-2012	PIRIDOXINA CLORHIDRATO AM 100 MG/1 ML SOLUCION INYECTABLE P/	UN	Farmacos	193	819,842	GES		Op. Logístico todo Chile - R.M. Dist directa	25.09	IN	58		47,550,836	-	61		75	0.54	54/59	58	75
100000693		FUROSEMIDA AM 20 MG/1 ML SOLUCION INYECTABLE P/ADMINISTRACI	UN	Farmacos	268		GES	850,865	Op. Logístico todo Chile - R.M. Dist directa	30.83	IN		58		49,250,170	52			#¡DIV/0!			
100000645		FLUCONAZOL FA 200 MG/100 ML SOLUCION INYECTABLE ADMINISTRAC	UN	Farmacos	24	17,046	GES		Op. Logístico todo Chile - R.M. Dist directa	605.92					-	1690			#¡DIV/0!			
100000403		CLORFENAMINA MALEATO AM 10 MG/1 ML SOLUCION INYECTABLE ADM	UN	Farmacos	339	911,566	GES		Op. Logístico todo Chile - R.M. Dist directa	22.95	IN	52		47,401,432	-	58		67	0.54			
100001087		NITROGLICERINA AM O FA 50 MG/10 ML SOLUCION INYECTABLE P/ADM	UN	Farmacos	63		GES	42,915	Op. Logístico todo Chile - R.M. Dist directa	648.65	IN		950		40,769,250				#¡DIV/0!			
100000279		CALCIO GLUCONATO AL 10% AM 10 ML SOLUCION INYECTABLE ENVASE	UN	Farmacos	124	270,289	GES		Op. Logístico todo Chile - R.M. Dist directa	58.75	IN	100		27,028,900	-			130	0.54			
100000498		DEXAMETASONA FOSFATO SODICO AM 4 MG/ML SOLUCION INYECTABL	UN	Farmacos	73		GES	370,439	Op. Logístico todo Chile - R.M. Dist directa	37.59	IN		78		28,892,760				#¡DIV/0!			
100000971		MAGNESIO SULFATO AL 25% SOLUCION INYECTABLE AM 5 ML ENVASE R	UN	Farmacos	132	430,747	GES		Op. Logístico todo Chile - R.M. Dist directa	37.72	IN	74		31,875,278	-	86		96	0.54			
100000585		ESCOPOLAMINA N-BUTIL BROMURO AM 20 MG/ML ENVASE RESISTENTE	UN	Farmacos	93	352,192	NO GES		Op. Logístico todo Chile - R.M. Dist directa	41.92	IN	95		33,458,240	-	106		123	0.54			
100001236		RANITIDINA AM 50 MG/5 ML SOLUCION INYECTABLE P/ADMINISTRACIO	UN	Farmacos	31		NO GES	264,700	Op. Logístico todo Chile - R.M. Dist directa	37.71	IN		85		22,499,500				#¡DIV/0!			
100000529		DROPERIDOL AM 5 MG/2 ML SOLUCION INYECTABLE P/ADMINISTRACIO	UN	Farmacos	65	82,515	NO GES		Op. Logístico todo Chile - R.M. Dist directa	77.86	IN	329		27,147,435	-	365		426	0.54			
100000649		FLUMAZENIL AM 0,5 MG/5 ML SOLUCION INYECTABLE P/ADMINISTRAC	UN	Farmacos	160	10,591	GES		Op. Logístico todo Chile - R.M. Dist directa	207.85	IN	1500		15,886,500	-	1750		1,944	0.54			
100000241		BUPIVACAINA 0,5% SOLUCION INYECTABLE FA O AM. 10 ML - 20 ML SIN	AMP	Farmacos	45	98,105	GES		Op. Logístico todo Chile - R.M. Dist directa	73.85	IN	242		23,741,410	-	308		314	0.54			
100001464		TRAMADOL CLORHIDRATO AM 100 MG/2 ML ENVASE INDIVIDUAL RESIST	AMP	Farmacos	49	266,630	GES		Op. Logístico todo Chile - R.M. Dist directa	46.7	IN	100		26,663,000	-	115		130	0.54			
100000559		EFINEFRINA CLORHIDRATO AM 1 MG/1 ML SOLUCION INYECTABLE P/AD	UN	Farmacos	267	510,705	GES		Op. Logístico todo Chile - R.M. Dist directa	32.08	IN	45		22,981,725	-			58	0.54			
100000535		EFEDRINA SULFATO 6% AM 1 ML SOLUCION INYECTABLE P/ADMINISTRA	UN	Farmacos	93		NO GES	257,865	Op. Logístico todo Chile - R.M. Dist directa	32.34	IN		60		13,071,900	50			#¡DIV/0!			
100001550		VASELINA LIQUIDA ESTERIL AM 5 ML ENVASE RESISTENTE CON SELLO Q	UN	Farmacos	207	263,280	NO GES		Op. Logístico todo Chile - R.M. Dist directa	41.47	IN	100		26,328,000	-			130	0.54			
100000118		AMIODARONA CLORHIDRATO AM 150 MG/3 ML SOLUCION INYECTABLE	UN	Farmacos	175		GES	185,395	Op. Logístico todo Chile - R.M. Dist directa	47.98	IN		120		22,349,400				#¡DIV/0!			
100000730		GLUCOSA 30% AM 20 ML SOLUCION INYECTABLE P/ADMINISTRACION IV	UN	Farmacos	199	123,237	NO GES		Op. Logístico todo Chile - R.M. Dist directa	124.19	IN	120		14,788,440	-			156	0.54			
100000170		ATROPINA SULFATO AM 1 MG/1 ML SOLUCION INYECTABLE ENVASE RE	UN	Farmacos	202		GES	401,447	Op. Logístico todo Chile - R.M. Dist directa	23.94	IN		60		24,086,820	54			#¡DIV/0!			
100000763		HALOPERIDOL AM 5 MG/1 ML SOLUCION INYECTABLE P/ADMINISTRACI	UN	Farmacos	165	193,863	GES		Op. Logístico todo Chile - R.M. Dist directa	22.74	IN	95		18,416,985	-			123	0.54			
100000715		GENTAMICINA AM O FA 80 MG/2 ML SOLUCION INYECTABLE P/ADMINIS	UN	Farmacos	246		GES	474,602	Op. Logístico todo Chile - R.M. Dist directa	31.73	IN		70		33,222,140	VI			#¡DIV/0!			
100000901		LANATOSIDO C AM 0,4 MG/2 ML SOLUCION INYECTABLE P/ADMINISTRA	UN	Farmacos	144		NO GES	43,089	Op. Logístico todo Chile - R.M. Dist directa	42.65	IN		250		10,752,250				#¡DIV/0!			
100000112		AMIKACINA SULFATO AM O FA 100 MG/2 ML ENVASE RESISTENTE CON	UN	Farmacos	53	69,200	GES		Op. Logístico todo Chile - R.M. Dist directa	142.32	IN	235		16,262,000	-	235		305	0.54			
100000527		DOPAMINA CLORHIDRATO AM 200 MG/5 ML SOLUCION INYECTABLE P/	UN	Farmacos	113	71,211	GES		Op. Logístico todo Chile - R.M. Dist directa	65.71	IN	175		12,461,925	-	198		227	0.54			
100000640		FITOQUINONA (FITOMENADIONA) AM 10 MG/1 ML SOLUCION INYECTAE	UN	Farmacos	170	115,600	GES		Op. Logístico todo Chile - R.M. Dist directa	31.86	IN	85		9,826,000	-	104		110	0.54			

100000410		CLORPROMAZINA CLORHIDRATO AM 25 MG/2 ML SOLUCION INYECTAB	UN	Farmacos	135	113,020	GES		Op. Logistico todo Chile - R.M. Dist directa	38.88	IN	[redacted]	55		6,216,100	-				71	0.54							
100000639		FITOQUINONA (FITOMENADIONA) AM 1 MG/1 ML SOLUCION INYECTA	UN	Farmacos	109	75,670	GES		Op. Logistico todo Chile - R.M. Dist directa	30.26	IN		82		6,204,940	-	88			106	0.54							
100000115		AMINOFILINA AM 250 MG/10 ML SOLUCION INYECTABLE ENVASE INDIVI	UN	Farmacos	98		GES	63,104	Op. Logistico todo Chile - R.M. Dist directa	63.2	IN			85		5,363,840	85			-	#¡DIV/0!							
100001564		VERAPAMILO AM 5 MG/2 ML SOLUCION INYECTABLE P/ADMINISTRACIO	UN	Farmacos	106	17,587	GES		Op. Logistico todo Chile - R.M. Dist directa	52.92	IN		350		6,155,450	-	350			454	0.54							
100000629		FENTANILO CITRATO AM 0.5 MG/10 ML SOLUCION INYECTABLE P/ADM	UN	Psicotropicos	49	414,810	GES		Distribución directa	100.63	IN		345		143,909,450	-	345			447	0.54							
100000943		LORAZEPAM AM 4 MG/2 ML SOLUCION INYECTABLE P/ADMINISTRACIO	UN	Psicotropicos	67			520,327	Distribución directa	44.09	IN			590		70,992,930				-	#¡DIV/0!							
100001047		MIDAZOLAM CLORHIDRATO AM 50 MG/10 ML SOLUCION INYECTABLE P	UN	Psicotropicos	35	71,842	GES		Distribución directa	185.55	IN		979		70,333,318	-	1060			1,269	0.54							
100001052	01-10-2012	MORFINA CLORHIDRATO AM 10 MG/1 ML SOLUCION INYECTABLE P/AD	UN	Psicotropicos	83		GES	396,670	Distribución directa	38.51	IN			128		50,773,760				-	#¡DIV/0!	95/128		145	128			
100001053	01-10-2012	MORFINA CLORHIDRATO AM 20 MG/1 ML SOLUCION INYECTABLE P/AD	UN	Psicotropicos	90	240,265			Distribución directa	44.15	IN		158		37,961,870	-	189			205	0.54	115/265		158	206			
100000628		FENTANILO CITRATO AM 0.1 MG/2 ML SOLUCION INYECTABLE P/ADMIN	UN	Psicotropicos	89	266,600	GES		Distribución directa	49.35	IN		174		46,388,400	-	185			226	0.54							
100001046		MIDAZOLAM CLORHIDRATO AM 15 MG/3ML SOLUCION INYECTABLE P/A	UN	Psicotropicos	86	94,782	GES		Distribución directa	99.68	IN		300		28,434,600	-	331			389	0.54							
100000501		DIAZEPAM AM 10 MG/2 ML SOLUCION INYECTABLE P/ADMINISTRACION	UN	Psicotropicos	256		GES	277,660	Distribución directa	24.09	IN			79		17,985,140	79			-	#¡DIV/0!							
100001018		METADONA AM 10 MG/2 ML SOLUCION INYECTABLE P/ADMINISTRACIO	AMP	Psicotropicos	33		GES	70,150	Distribución directa	48.54	IN			251		17,607,650	210			-	#¡DIV/0!							
100001171		PETIDINA CLORHIDRATO AM 100 MG/2 ML SOLUCION INYECTABLE P/A	UN	Psicotropicos	109	48,928	GES		Distribución directa	123.46	IN		220		10,764,160	-				285	0.54							
100000865		KETAMINA CLORHIDRATO FA 500 MG/10 ML SOLUCION INYECTABLE P/	UN	Psicotropicos	55	7,292	GES		Distribución directa	249.83	IN		630		4,593,960	-	780			817	0.54							
100000669	27-09-2012	ATRACURIO BESILATO AM 25 MG/2.5 ML SOLUCION INYECTABLE ENVAS	UN	Refrigerados	70		GES	98,045	Distribución directa	160.74	IN			685		67,160,825	781			-	#¡DIV/0!			710	675			
100001358		SUCCINIL COLINA AM O FA 100 MG ENVASE RESISTENTE CON SELLO QU	UN	Refrigerados	66	46,056	NO GES		Distribución directa	65.17	IN		400		18,422,400	-				519	0.54							
		SODIO CLORURO 0.9% AM 10- 20 ML ENVASE VIDRIO O PLASTICO CON S	UN	Sueros	224			4,582,580	Op. Logistico todo Chile - R.M. Dist directa	17,31/20,78	IP		42	50		229,129,000	56	BP/BB		54	0.54							
	27-09-2012	AGUA ESTERIL PARA INYECTABLES AMPOLLA DE VIDRIO O PLASTICO S	UN	Sueros	167	1,907,860			Op. Logistico todo Chile - R.M. Dist directa	17.79	IP		42		80,130,120	-		BP/BB		54	0.54			42	54			
	01-10-2012	SODIO CLORURO 10% AM 10-20 ML ENVASE VIDRIO O PLASTICO CON SI	UN	Sueros	84	604,450			Op. Logistico todo Chile - R.M. Dist directa	17,46/21,12	IP		50	52		30,222,500	-	82	BB		65	0.54			50				
						22,631,832		17,135,384							1,685,908,405	1,476,790,330												

Fuente: planilla incluida en el NUE 1915468, cuya versión pública se encuentra en el disco compacto que rola a fojas 714.

Nonagésimo sexto: Que la planilla indicada en el considerando anterior debe ser analizada en conjunto con la planilla "Cotizacion Cenabast Final", contenida en el NUE 1915468 e incautada a FKS. Ésta fue creada por "David A. Gómez García" el 9 de agosto de 2012 y modificada por última vez por el "mojeda" el 20 de septiembre de 2012, ocho días después que la planilla "Analisis fc3". Si bien esta planilla incorpora los mismos productos que la planilla anterior y la misma información detallada en los considerandos anteriores, tiene una diferencia que hace relevante considerarla: en la licitación 621-159-LP12, para el producto Metronidazol 500mg/100ml Frasco Ampolla, los precios que indica son 189 para Biosano y 210 para Sanderson, lo que cambia la asignación, porque en la planilla "Analisis fc3" los precios indicados eran 228 y 180, respectivamente. En los hechos, se respetó este último reparto ya que Biosano ofertó 195 y Sanderson 210;

Nonagésimo séptimo: Que los precios efectivamente ofertados por Biosano y Sanderson y la empresa que resultó adjudicataria en las licitaciones que fueron indicadas por las requeridas en las planillas indicadas en los dos considerandos anteriores, es el que se muestra en la Tabla N° 8 bajo el título "Información Cenabast". A su vez en dicha tabla se agrega la información de precios indicada en la planilla "Analisis fc3" en las cuatro columnas que se indican en el considerando anterior. Cuando en dichas columnas se indican precios distintos para la misma empresa, se ponen ambos. Por último, para el caso mencionado en el considerando anterior se considera la información de precios indicada en la planilla "Cotizacion Cenabast Final":

TABLA N° 8

Licitación	Producto	Información Cenabast				Información planilla	
		Oferta Biosano	Oferta Sanderson	Oferta Fresenius	Adjudicatario	Precio Biosano	Precio Sanderson
621-248-LP12	Agua Bidestilada 10ml Ampolla Plástica	45	42		Otro	54	42
621-502-LE12	Amikacina Sulfato 100mg/2ml Ampolla	170	233		Biosano		235
621-105-LP12	Amikacina Sulfato 500mg/2ml Ampolla	260	230		Biosano	295	230
621-240-LP12	Atracurio Besilato 25mg/2,5ml Ampolla	650	705		Otro	685 y 675	710
621-92-LP12	Betametasona Fosfato Disódico 4mg/1ml Ampolla	79	85		Biosano		80 y 85
621-99-LP12	Bupivacaína Hiperbárica 0,75% 2ml Ampolla	795	850		Biosano	830	850
621-488-LP12	Cianocobalamina 0,1mg/1ml Ampolla	63	55		Desierta	60	

621-428-LE12	Clorfenamina Maleato 10mg/1ml Ampolla	67	52		Biosano		52
621-503-LE12	Clorhidrato de Dopamina 200mg/5ml Ampolla	185	175		Biosano		175
621-540-LE12	Clorhidrato de ketamina 500mg/10ml Frasco ampolla	742	600		Biosano		630
621-369-LE12	Clorhidrato de Tramadol 100mg/2ml Ampolla	130	100		Biosano		100
621-305-LP12	Cloruro de Sodio 0,9% 10ml Ampolla	53			Otro	50	42
621-265-LP12	Cloruro de Sodio 10% 10ml Ampolla		45		Sanderson	52	50
621-100-LP12	Cloruro Potasio 10% 10ml Ampolla		55		Desierta		55
621-228-LP12	Diclofenaco Sódico 75mg/3ml Ampolla	43	55		Biosano	44	55
621-293-LE12	Dobutamina Clorhidrato 250mg/5ml Ampolla	1.100	927		Biosano		927
621-326-LE12	Droperidol 5mg/2ml Ampolla	430	310		Biosano		329
621-474-LE12	Epinefrina 1mg/1ml Ampolla	85	52		Sanderson		45
621-496-LE12	Escopolamina N-Butil Bromuro 20mg/1ml Ampolla	130	95		Desierta		95
621-229-LP12	Fenobarbital Sódico 200mg Ampolla	14.000		12.500	Fresenius		13.000
621-505-LE12	Fitoquinona 10mg/1ml Ampolla	110	85		Biosano		85
621-538-LE12	Fitoquinona 1mg/1ml Ampolla		75		Sanderson		82
621-416-LE12	Flumazenil 0,5mg/5ml Ampolla	1.740	2.000		Otro		1.500
621-344-LE12	Glucosa 30%/20ml Ampolla		200		Sanderson		120
621-447-LE12	Haloperidol 5mg/1ml Ampolla	93	65		Sanderson		95
621-438-LP12	Lorazepam 4mg/2ml Ampolla	590	550		Biosano	590	
621-495-LE12	Magnesio Sulfato 25%/5ml Ampolla	110	74		Sanderson		74
621-423-LE12	Metadona 10mg/2ml Ampolla	390	300		Desierta	251	
621-147-LP12	Metamizol Sódico 1gr/2ml Ampolla	65	51		Otro	65	51
621-159-LP12	Metronidazol 500mg/100ml Frasco Ampolla	195	210		Otro	189	210
621-259-LP12	Morfina Clorhidrato 10mg/1ml Ampolla	112	145		Biosano	128	145
621-278-LP12	Morfina Clorhidrato 20mg/1ml Ampolla	206	158		Desierta	206	158
621-294-LP12	Nitroglicerina 50mg/10ml Frasco Ampolla	897			Biosano	950	
621-291-LP12	Ondansetron Clorhidrato 8mg/4ml Ampolla	380			Otro	370	
621-272-LP12	Oxitocina Sintética 5UI/1ml Ampolla	83	65		Desierta	83	65
621-304-LP12	Piridoxina Clorhidrato 100mg/1ml Ampolla	75	58		Biosano	75	58
621-497-LE12	Propofol 1%/20ml Ampolla	1.250		1.700	Desierta		
621-237-LP12	Ranitidina 50mg/2ml Ampolla	46			Biosano	45	54
621-366-LE12	Ranitidina 50mg/5ml Ampolla	75	85		Biosano	85	
621-401-LE12	Sulfato de Atropina 1mg/1ml Ampolla	56	48		Biosano	60	

621-222-LP12	Tiamina Clorhidrato 30mg/1ml Ampolla	58			Biosano	64	69
621-327-LE12	Vaselina Líquida 5ml Ampolla	185	130		Sanderson		100
621-534-LE12	Verapamilo 5mg/2ml Ampolla		340		Sanderson		350
621-21-LE13	Midazolam Clorhidrato 15mg/3ml Ampolla	230	370		Biosano		300
621-26-LE13	Fentanilo Citrato 0,1mg/2ml Ampolla	170	205		Biosano		174
621-28-LE13	Furosemida 20mg/1ml Ampolla		55		Desierta	58	
621-35-LE13	Clorhidrato de Clorpromazina 25mg/2ml Ampolla		56		Sanderson		55
621-39-LE13	Gentamicina 80mg/2ml Ampolla		54		Desierta	70	

Fuente: elaboración propia a partir de la información de mercado público acompañada a fojas 840 y la información extraída de las planillas "Análisis fc3" y "Cotización Cenabast final".

Nonagésimo octavo: Que si bien la Tabla N° 8 da cuenta de un grado de coincidencia entre la planilla incautada y las ofertas efectivamente realizadas, este es mucho menor que el mostrado en las tablas anteriores. Esto se explica porque la Tabla N° 8 se refiere a licitaciones de los años 2012 y 2013, vale decir, al último período del acuerdo de conformidad con lo señalado en la Solicitud de Beneficios. Como se señaló, el acuerdo habría sido más difícil de implementar en dicho período, debido a las deducciones de puntaje aplicadas a Sanderson, lo que queda en evidencia en diez de las oportunidades de adjudicación indicadas en la tabla anterior, donde Biosano resultó adjudicatario a pesar de ofertar precios mayores a Sanderson. Asimismo, la información indicada en la tabla ratifica lo señalado por el testigo Maurizio Reginato, quien sostuvo que, en esta época, Biosano habría ofertado precios menores a los acordados en ciertas ocasiones, adjudicándose productos asignados previamente a FKS;

Nonagésimo noveno: Que, adicionalmente, la planilla "Base 2010_CR" que se inserta a continuación, fue intercambiada entre los gerentes generales de ambas Requeridas. En efecto, ésta fue elaborada por el usuario "MOjeda" (Mariano Ojeda, gerente general de Sanderson) y modificada por última vez por "mreginato" (Maurizio Reginato, gerente general de Biosano) el 16 de marzo de 2011. Conforme se indica en la siguiente imagen, la planilla incorpora información comercial sensible de ambas empresas, tal como "precio *target*" para los productos que incorpora participaciones actualizadas en cantidad y valorizadas según ese "nuevo" precio *target*:

PLANILLA "BASE 2010 _ CR" EXTRACTO HOJA BASE

Patricipaciones Actuales en cantidad, valorizadas a nuevo precio target						
Biosano	FK	Biosano	FK	Biosano	FK	Total
3.325.000	3.325.000	0	6.885.000	3.325.000	10.210.000	13.535.000
35.150.000	42.750.000	30.438.000	51.442.000	65.588.000	94.192.000	159.780.000
11.340.000	9.450.000	0	0	11.340.000	9.450.000	20.790.000
0	0	0	0	0	0	0
4.500.000	9.900.000	0	25.200.000	4.500.000	35.100.000	39.600.000
33.000.000	24.200.000	33.250.000	0	66.250.000	24.200.000	90.450.000
5.000.000	7.000.000	0	0	5.000.000	7.000.000	12.000.000
27.360.000	27.483.120	0	25.159.920	27.360.000	52.643.040	80.003.040
47.710.000	90.282.000	0	0	47.710.000	90.282.000	137.992.000
3.600.000	6.000.000	4.560.000	0	8.160.000	6.000.000	14.160.000
28.000.000	35.770.000	0	95.550.000	28.000.000	131.320.000	159.320.000
11.925.000	30.475.000	0	40.000.000	11.925.000	70.475.000	82.400.000
29.700.000	41.250.000	0	0	29.700.000	41.250.000	70.950.000
13.000.000	20.000.000	0	0	13.000.000	20.000.000	33.000.000
6.500.000	9.360.000	0	8.695.000	6.500.000	18.055.000	24.555.000
8.750.000	8.750.000	0	8.415.000	8.750.000	17.165.000	25.915.000
18.750.000	25.000.000	0	35.280.000	18.750.000	60.280.000	79.030.000
1.000.000	2.000.000	0	0	1.000.000	2.000.000	3.000.000
26.600.000	26.600.000	33.930.000	0	60.530.000	26.600.000	87.130.000
13.500.000	10.500.000	0	19.500.000	13.500.000	30.000.000	43.500.000
7.500.000	22.500.000	0	24.000.000	7.500.000	46.500.000	54.000.000
900.000	12.000.000	0	25.600.000	900.000	37.600.000	38.500.000
34.000.000	34.000.000	0	70.200.000	34.000.000	104.200.000	138.200.000
0	0	0	0	0	0	0
4.950.000	19.800.000	0	39.990.000	4.950.000	59.790.000	64.740.000
4.300.000	430.000	5.490.000	0	9.790.000	430.000	10.220.000
5.550.000	4.810.000	0	5.694.500	5.550.000	10.504.500	16.054.500
0	0	0	3.200.000	0	3.200.000	3.200.000
22.800.000	22.800.000	0	23.468.500	22.800.000	46.268.500	69.068.500
7.000.000	28.000.000	18.921.250	0	25.921.250	28.000.000	53.921.250
16.000.000	8.960.000	0	12.714.000	16.000.000	21.674.000	37.674.000
15.750.000	13.650.000	17.759.300	0	33.509.300	13.650.000	47.159.300
0	0	0	0	0	0	0
1.275.000	2.550.000	0	6.975.000	1.275.000	9.525.000	10.800.000
8.250.000	16.500.000	0	28.729.740	8.250.000	45.229.740	53.479.740
0	0	0	0	0	0	0
78.000.000	97.500.000	0	278.246.767	78.000.000	375.746.767	453.746.767
26.000.000	22.750.000	0	113.100.000	26.000.000	135.850.000	161.850.000
5.100.000	15.300.000	0	33.600.000	5.100.000	48.900.000	54.000.000
0	0	0	0	0	0	0
0	0	0	0	0	0	0
0	0	0	0	0	0	0
0	0	0	0	0	0	0
566.085.000	751.645.120	144.348.550	981.645.427	710.433.550	1.733.290.547	2.443.724.097
				29%	71%	

Fuente: planila incluida en la NUE 1025365, incluida en el disco compacto que rola a fojas 1781

Centésimo: Que FKS observó esta planilla en su escrito de fojas 3274, indicando que no consta en ella un intercambio de información; que no contiene referencia ID de la licitación y que, en todo caso, recoge datos de licitaciones pasadas e intenta proyectar los precios de licitaciones futuras. A su vez, señala que el hecho de que aparezca Mariano Ojeda como creador del documento no obsta a las conclusiones anteriores toda vez "él *podría por ejemplo haber facilitado el formato*" y que, en todo caso, no habría constancia de la fecha de creación del documento;

Centésimo primero: Que, de acuerdo con toda la prueba analizada, es más probable que dicha planilla haya sido efectivamente intercambiada entre los gerentes generales de ambas Requeridas;

Centésimo segundo: Que a partir del análisis de toda esta evidencia, es posible concluir que el acuerdo existente entre las Requeridas se implementó a través de reuniones sostenidas por los ejecutivos mencionados en el considerando quincuagésimo cuarto anterior, a las que asistían con planillas Excel en las que se incluían columnas que identificaban a las empresas requeridas y en las que se señalaba, a través de los precios, cuál de los laboratorios requeridos debía adjudicarse la o las licitaciones;

3.4 Antecedentes relativos a la supuesta interrupción del acuerdo y su continuación

Centésimo tercero: Que una vez ponderada la prueba relativa a la forma cómo se implementó el acuerdo, corresponde determinar si las conversaciones y reuniones entre las Requeridas fueron interrumpidas entre los años 2005 y 2006 producto de la entrada de Biosano al mercado de los sueros de gran volumen;

Centésimo cuarto: Que, tal como se señaló en el considerando vigésimo segundo, en esta materia existe una diferencia entre los sostenido por la FNE en su requerimiento y lo expuesto por Biosano en su Solicitud de Beneficios. Mientras la primera expuso que no hubo interrupción, sino sólo una delegación de las conversaciones en ejecutivos de menor rango, la segunda indicó que el acuerdo se habría interrumpido entre los mencionados años, sin perjuicio de lo cual re-

conoce que en ese período se habrían delegado las conversaciones con Sanderson en el Jefe de Ventas de Biosano, Jorge Cornejo;

Centésimo quinto: Que, a este respecto, el testigo Claudio Reginato indicó que a principios del año 2004 Biosano habría alcanzado un acuerdo con un laboratorio argentino para importar inyectables de mayor volumen o sueros. A fines de dicho año, Biosano ya habría estado en condiciones de comercializar esos productos en el territorio nacional, momento en el cual "*don Pedro Pablo Echeverría le comentó a mi hermano que ha sido una muy mala estrategia el haber entrado al mercado de los sueros, y que eso iba a, digamos, de cierta manera, traer repercusiones en la relación entre Sanderson y Biosano*" (fojas 1528);

Centésimo sexto: Que, por su parte, el testigo Maurizio Reginato también se refirió a los efectos de la incursión de Biosano en la comercialización de sueros. Así, señaló que "*a partir del año 2004, incorporamos una línea de productos que estábamos importando desde Argentina, que son soluciones parenterales de mayor volumen, que son sueros, 500, 1000 ml…. Bueno, en ese año, el 2004, o el 2005, se produce un quiebre con Fresenius, perdón, con Sanderson en esa época, por el hecho de que a ellos no les pareció que nosotros incorporáramos una línea de negocios de la cual ellos estaban, no voy a decir prácticamente solos, pero era una línea de negocios que a ellos prácticamente nadie le competía*" (fojas 1046). Más adelante, este testigo explica que esa decisión comercial de Biosano hizo que Sanderson manifestara que no seguía con el acuerdo, razón por la cual el "*2005, participamos* [en las licitaciones] *cada uno por su lado, no hubieron acuerdos*" (fojas 1047);

Centésimo séptimo: Que no obstante lo afirmado por los testigos Reginato, existe prueba de que las conversaciones y reuniones entre Biosano y FKS continuaron durante el período en el que supuestamente se habrían quebrado las comunicaciones, por lo que es posible sostener que el acuerdo continuó durante los años 2005 y 2006, pese a los roces generados por la entrada de Biosano al mercado de los sueros;

Centésimo octavo: Que, en efecto, a pesar de la ambigüedad de la Solicitud de Beneficios en este punto, como se señaló en el considerando decimoséptimo, en

ella se reconoce que en ese período los señores Reginato prefirieron no reunirse con Sanderson, por lo que aceptaron que Jorge Cornejo –Jefe de Ventas de Biosano en esa época, que tenía una estrecha relación personal y de confianza con los señores Reginato– fuera quien se reuniera con los representantes de Sanderson e intentara recomponer la relación. Lo anterior fue ratificado por el aludido señor Cornejo, quien en su declaración testimonial señaló que efectivamente asistió a reuniones con Pedro Pablo Echeverría al menos durante el año 2005, tal como se citó en el considerando cuadragésimo;

Centésimo noveno: Que, adicionalmente a la declaración del señor Cornejo, se encuentran acompañados al proceso correos electrónicos internos de Biosano remitidos entre los hermanos Reginato y Jorge Cornejo durante los años 2004, 2005 y 2006, los cuales ya fueron descritos en la letra a) del considerando vigésimo sexto y en las letras a), c), d), e), f) y g) del considerando cuadragésimo segundo anterior. Del análisis de los citados correos se desprende que durante el período 2004-2006, los contactos entre las Requeridas no se rompieron totalmente, pese a las tensiones que se generaron por el ingreso de Biosano al mercado de los sueros de gran volumen. En efecto, en dichos correos se hace alusión a almuerzos y reuniones con el "roedor" o "roedores"; e incluso en el de las letras b) y c) del considerando cuadragésimo segundo se indica que se celebraría una reunión y un almuerzo, respectivamente, en el Centro Vasco;

Centésimo décimo: Que, asimismo, en los correos que se citan a continuación se puede apreciar que siguieron existiendo reuniones entre las Requeridas y que durante el período mencionado los principales ejecutivos continuaron estando al tanto de ellas o incluso dirigiéndolas. En efecto:

a) A fojas 3771 se encuentra acompañado el correo electrónico de Maurizio Reginato a Jorge Cornejo, de 14 de mayo de 2005, en el que le da instrucciones sobre cómo proceder en una reunión con ejecutivos de Sanderson. En su parte pertinente se señala lo siguiente: "*antes de nada le tienes que dejar claro que de ahora en adelante si quieren acuerdo es 50% / 50%, sin esa premisa no nos sentamos a la mesa……eso incluye los sueros. Sin ese acuerdo yo no soy de la postura de sentarme, me importa un* […] ¡¡¡ La *reunión que vas a tener con el roedor trata de ser demó-*

crata cristiano y di todo y no digas nada, es decir, opina de todo pero igual como lo hace el dile que tiene que esperar que Claudio llegue que anda fuera de Santiago. Así podemos jugar con la decisiones, y trata de ver en que parada están, lo que si dile que de ahora en adelante los acuerdos son 50/50 y aprovecha de pasarles el dato que venimos para quedarnos con el tema de los sueros";

b) A fojas 3782 se encuentra acompañado un correo electrónico de 7 de noviembre de 2006, de Maurizio Reginato a Jorge Cornejo, con copia a Claudio Reginato, en el que el primero les indica, en el marco de una conversación por la apertura de la licitación ID 621-814-LP06 lo siguiente: "*Al margen te cuento que con esto no voy a soltar ni una puta ampolla a Sanderson..... yo no estoy de acuerdo de conversar NADA más con ellos* [...]" (subrayado en el original). La utilización de esta última frase demuestra que a noviembre de 2006 habrían existido conversaciones entre Biosano y Sanderson por los productos ampollas;

c) A fojas 712 se encuentra acompañada la versión pública del correo de 9 de julio de 2005, en el cual Jorge Cornejo le envía a los hermanos Reginato un Excel con la propuesta Cenabast de julio de ese año, señalándoles "*estimo debemos considerar a los ratones*";

d) A fojas 712 se encuentra acompañada la versión pública del correo de 28 de marzo de 2008, enviado por Jorge Cornejo a Maurizio Reginato, con una propuesta Cenabast para el lunes 31, señalando "*propongo sin ratones*". Maurizio responde ese correo copiando a Claudio, con la respuesta "*Estoy de acuerdo de no hablar con los ratones*";

Centésimo undécimo: Que, junto con todo lo anterior, las planillas analizadas en los considerandos septuagésimo primero a septuagésimo quinto demuestran que las requeridas continuaron coordinándose para afectar el resultado de procesos de licitación de ampollas de Cenabast durante el año 2006, por lo que es posible concluir que el acuerdo no se interrumpió durante esa época. A mayor abundamiento y en línea con lo sostenido en los considerandos sexto a duodécimo, los elementos propios de un acuerdo único se presentan en este caso, pues no varió su objeto, la forma de implementarlo ni el grupo medular de ejecutivos que lo lideraron;

Centésimo duodécimo: Que, en lo que respecta ahora al período posterior a los años 2005 y 2006, los hermanos Reginato reconocieron en estrados que luego de la entrada de Fresenius Kabi al mercado nacional de ampollas, en el año 2007, retomaron personalmente las conversaciones con FKS que habían delegado en Jorge Cornejo;

Centésimo decimotercero: Que, primero, el testigo Claudio Reginato sostuvo que la entrada de Fresenius al mercado nacional habría motivado una llamada del señor Echeverría para invitarlo junto a su hermano a un desayuno para conocer a los nuevos dueños de Sanderson. En dicho desayuno, el señor Echeverría les habría presentado a Mariano Ojeda, gerente general de Fresenius Kabi Chile, y a Alain Mollard, responsable de Fresenius Kabi para Latinoamérica (fojas 1528). Con posterioridad a esa reunión, habría decidido junto con su hermano Maurizio retomar las conversaciones para afectar procesos de licitación convocados por Cenabast para la provisión de inyectables de bajo volumen;

Centésimo decimocuarto: Que el relato de Maurizio Reginato es consistente con lo analizado precedentemente. Señala que en los años 2006 y 2007 "*nos enteramos que Fresenius Kabi adquiere Sanderson, en la cual nos invitan a un desayuno, todavía me acuerdo, fue en el hotel Crowne Plaza, en el centro, en la cual asistió, por parte de ellos, Allan Mollard, Mariano Ojeda y Pedro Pablo Echeverría, y por parte de Biosano, Claudio Reginato y yo, en la cual, se nos confirma que Sanderson, no recuerdo si estaba adquirida, o iba a ser adquirida, porque ya está un proceso que estaba cerrado y que por parte de ellos sería interesante mantener las buenas relaciones, o volver a tener buenas relaciones*" (fojas 1047). A partir de ese momento, Maurizio Reginato habría tomado un rol más activo en el acuerdo, señalando que se habrían reunido tres o cuatro veces al año con FKS, para lo cual agrupaban varias licitaciones de las cuales se conversaba en dichos encuentros. Contrainterrogado por los apoderados de FKS sobre si a partir del año 2007 habría cambiado el objeto del acuerdo, señaló que "*el objeto fue el mismo* [...] *repartirse los productos*" (fojas 1110). También expuso que, hasta el año 2009, se reunían la mayoría de las veces en el Centro Vasco y que, "*a partir del 2009, 10, nos empezamos a reunir en mi casa*" (fojas 1049), la mayoría de las veces temprano en la mañana;

Centésimo decimoquinto: Que, finalmente, las planillas analizadas en los considerandos septuagésimo sexto y siguientes, también dan cuenta de que el acuerdo siguió operando bajo la misma modalidad con posterioridad a la toma de control de Sanderson por parte de Fresenius Kabi en 2007;

Centésimo decimosexto: Que por lo expuesto en esta sección, se puede concluir que el acuerdo no fue interrumpido entre los años 2005 y 2006;

3.5 Antecedentes relativos a las causas y circunstancias del término del acuerdo

Centésimo decimoséptimo: Que, en relación con el término del acuerdo, Biosano sostuvo en su Solicitud de Beneficios que un hecho decisivo fueron los cambios incorporados por Cenabast a las bases de licitación el año 2010, modificaciones que no han sido controvertidas en este proceso por FKS (fojas 617);

Centésimo decimoctavo: Que, al respecto, el testigo Claudio Reginato declaró que la nueva ponderación en la forma de adjudicar las licitaciones habría ocasionado problemas en la implementación del acuerdo, porque el precio habría comenzado a tener una menor incidencia. De acuerdo con su testimonio, el año 2010 Cenabast habría introducido los primeros cambios a las bases de licitación, estableciendo como criterio de adjudicación un polinomio, compuesto por el precio y la calidad en lugar de dejar sólo el precio como única variable de adjudicación. Afirma que la variable precio habría pasado a tener un 70% de ponderación y la calidad un 30%. En palabras del testigo, "*eso genera a la hora digamos de poder distribuir o negociar o acordar la distribución de los productos, una interrogante no menor que era que solamente con el primer resultado informado por CENABAST recién uno sabía cuál era el puntaje que tenía como calidad de proveedor*"... "*durante el 2010 hasta el 2012 eso genera cierto ruido en las adjudicaciones y no... y hace que los acuerdos se rompan con algunos productos, en algunas instancias,* ¿ya?" (fojas 1530). En efecto, el año 2012 las variables de adjudicación no solamente habrían sido el precio y la calidad del producto, sino que también se habría incorporado "*una evaluación como proveedor del sistema. Por lo tanto, ahí están, no solamente las deducciones por calidad, retiro de mercado, sino que también se incorporan los incumplimientos de contratos anteriores*" (fojas 1526);

Centésimo decimonoveno: Que el mismo testigo Claudio Reginato expresó asimismo que "*el quiebre más importante se genera con el segundo cambio en las bases de licitación donde aparte de incorporar un puntaje por la calidad del producto, se incorpora un puntaje por servicio… como servicio cliente perdón, como servicio proveedor"* (fojas 1530). Tal como indica la Solicitud de Beneficios (considerando décimonoveno), lo anterior habría motivado una reunión con Pedro Pablo Echeverría en un café después de una reunión de Asilfa, en la que el señor Reginato le habría planteado la inviabilidad de seguir con el acuerdo por los descuentos que se le estaban aplicando a Sanderson. Esa inviabilidad se originaba porque dado "*el precio de mercado ellos tenían que ir a un precio sumamente bajo para adjudicarse o me obligaban a mí yendo a un precio mucho mayor, entonces eso fue el quiebre de los acuerdos que… en el cual se incorporaron algunos productos que tenían la entrega el año 2013, pero de ahí en adelante no*" (fojas 1531);

Centésimo vigésimo: Que el testigo Maurizio Reginato también declaró que los cambios introducidos por Cenabast a las bases de licitación fueron determinantes para poner término al acuerdo. Indica que, a contar del año 2010, el precio, como variable de adjudicación, llegó a pesar "*entre 60-80%*" (fojas 1051) y que fueron incorporados otros factores, tales como deducciones por mal comportamiento del proveedor por entregas tardías, entrega de un menor número de productos y retiros de mercados, entre otros. Recuerda que en las licitaciones convocadas el año 2012, Sanderson "*tenía prácticamente 0 puntos en calidad de proveedor"*, por lo que a partir de ese año *"más o menos en agosto a noviembre de 2012 que fueron las últimas conversaciones, hacían prácticamente impracticable poder sostener un acuerdo, porque, o yo tenía que irme a un precio irrisoriamente bajo para poder adjudicármelo*" (fojas 1051). Señala que en este período algunas veces no respetó el precio acordado con FKS, pero sí la asignación, es decir, se acercaba al precio que debía ofertar su competidor; aunque en algunas oportunidades esta baja del precio ofertado hacía que Biosano se adjudicara licitaciones que correspondían a FKS. Sostiene, además, que la última reunión con FKS habría sido en su casa en febrero de 2013;

Centésimo vigésimo primero: Que estas declaraciones de Claudio y Maurizio Reginato son consistentes con el hecho que, a partir de octubre de 2012, Biosa-

no se adjudicara licitaciones en las que ofertó un precio mayor al ofertado por FKS (tal como se explica en el considerando nonagésimo octavo); a diferencia de lo ocurrido hasta entonces, en que Cenabast escogía las ofertas de menor precio en casi la totalidad de los casos, como da cuenta la información de Mercado Público, acompañada a fojas 840 de autos;

Centésimo vigésimo segundo: Que, como se ha visto, la FNE sostuvo en su requerimiento que la última reunión del cartel habría tenido lugar el 13 de febrero de 2013 en la casa de Maurizio Reginato. El 24 de abril de ese mismo año la FNE realizó la diligencia de entrada, registro e incautación de especies en las dependencias de las Requeridas. Asimismo, la FNE señaló que el encargado de las licitaciones de FKS habría continuado enviando mensajes a través de la aplicación *whatsapp* a un ejecutivo de Biosano para retomar el acuerdo;

Centésimo vigésimo tercero: Que Maurizio Reginato, en su declaración testimonial, ratificó que la última reunión fue en su casa en febrero de 2013 y que habría sido convocada "*prácticamente para decirle que si seguíamos así, era impracticable un acuerdo* […] *por eso que nos juntamos en febrero de 2013, porque, de nuestra parte, no era viable, no era viable* […]" (fojas 1051);

Centésimo vigésimo cuarto: Que la declaración testimonial indicada en el considerando anterior es consistente con las declaraciones prestadas por los he rmanos Reginato en la Fiscalía durante la investigación (declaraciones de Maurizio Reginato de 11 de febrero, 28 de marzo y 23 de abril de 2014; y declaraciones de Claudio Reginato de 3 de febrero y 10 de abril de 2014);

Centésimo vigésimo quinto: Que, a su vez, existen dos citaciones a reuniones en formato *Lotus* acompañadas por la FNE, extraídas de computadores de ejecutivos de FKS en la diligencia de incautación de especies, las cuales corresponden al día 25 de febrero de 2013. Una de ellas fue creada por Mariano Ojeda con el asunto "BioDay", mientras que la segunda fue creada por Pedro Pablo Echeverría con el asunto "Cenabast". Esta última citación, además, señala como ubicación para la reunión "Casa Maurizio Reginato" (ambas citaciones contenidas en un disco compacto que rola a fojas 380 del cuaderno de documentos públicos de la FNE);

Centésimo vigésimo sexto: Que sin perjuicio de lo anterior, existe evidencia en autos de mensajes que habría enviado Pedro Pablo Echeverría al *whatsapp* de Claudio Reginato entre los días 6 de enero y 26 de marzo de 2014, ratificando lo afirmado por la FNE. Copia de dichos mensajes consta en el expediente de la FNE acompañado a fojas 74 (dicha copia se encuentra en el cuaderno de alzamiento parcial de la FNE en el dispositivo electrónico que rola a fojas 1 de dicho cuaderno). Al efecto, Claudio Reginato reconoció la existencia de esos contactos en su declaración testimonial, cuyo objeto fue "*que nos volviéramos a juntar para volver a acordar las licitaciones que estaban, seguían saliendo posterior a la incautación* [...]" (fojas 1554 y 1555);

Centésimo vigésimo séptimo: Que, en conclusión, la prueba rendida en autos demuestra que el acuerdo se mantuvo hasta al menos el primer trimestre del año 2013, lo que es consistente con el requerimiento de la FNE;

4. Conclusión General

Centésimo vigésimo octavo: Que la prueba citada precedentemente demuestra que las Requeridas acordaron afectar procesos de licitación convocados por Cenabast para la provisión de inyectables de menor volumen, desde a lo menos el año 1999 a febrero de 2013. En efecto, analizada la delación de Biosano contenida en su Solicitud de Beneficios; las declaraciones de los testigos Claudio Reginato, Maurizio Reginato y Jorge Cornejo, principales ejecutivos de Biosano involucrados en el acuerdo; los correos electrónicos analizados en los considerandos precedentes; las citaciones de *Outlook* descritas con anterioridad; y las planillas incautadas a las Requeridas, no cabe sino concluir la existencia del acuerdo anticompetitivo que la FNE imputa en su requerimiento;

Centésimo vigésimo noveno: Que, asimismo, las diversas decisiones que adoptaron las Requeridas entre los años 1999 y febrero de 2013 permiten inferir la existencia de un acuerdo único, cuyo objeto fue afectar procesos de licitaciones de ampollas, todo ello de acuerdo con los parámetros sobre este tipo de acuerdos desarrollados en los considerandos sexto a duodécimo. Efectivamente, en el caso de autos se presentaron las siguientes circunstancias: (i) coordinaciones sucesivas entre competidores que tuvieron un mismo objeto, esto es, afectar el

resultado de procesos licitatorios; (ii) la existencia de un grupo medular de ejecutivos de las Requeridas (Claudio Reginato, Maurizio Reginato y Jorge Cornejo por Biosano y Pedro Pablo Echeverría y Mariano Ojeda por FKS) que participaron en las reuniones en las cuales se adoptaban las decisiones sobre los precios que las Requeridas presentaban en las respectivas licitaciones; (iii) la manera de contactarse (citaciones antes de cada licitación) y el lugar de las reuniones (principalmente el Centro Vasco); y (iv) la forma como se implementaba el acuerdo, esto, es a través de planillas excel;

Centésimo trigésimo: Que, sin perjuicio de que la acusación de la requirente se encuentra probada, la FNE identificó, a modo ejemplar, 93 productos que habrían sido afectados por el acuerdo, los que habrían sido solicitados por Cenabast en al menos 1.262 oportunidades de adjudicación. Conforme indica en su presentación de fojas 2893, el listado de productos y ocasiones señalado en el anexo de su Requerimiento corresponden a los casos en los que el acuerdo fue apto para afectar los procesos de licitación convocados por Cenabast. Agrega en dicha presentación que el listado lo construyó de la siguiente forma: primero, identificó todas las ampollas que fueron ofertadas simultáneamente, al menos una vez, por las requeridas; y, luego, buscó todas las veces que dichos productos fueron licitados por la Cenabast en el período requerido, llegando a las 1.262 oportunidades de adjudicación. Por último, señala que el número de veces en que el acuerdo fue apto para afectar las licitaciones es probablemente mayor, ya que entre los años 1999 y 2005 la información fue recopilada de registros históricos y no del portal de Chilecompras;

Centésimo trigésimo primero: Que, sin embargo, Biosano identificó en su Solicitud de Beneficios sólo 50 productos afectados por el acuerdo, sin indicar las oportunidades en las que Cenabast los habría licitado ni las veces en que ellos habrían sido objeto del acuerdo. En este sentido, Claudio Reginato indicó en estrados que el acuerdo "*se acotaba, específicamente, a los productos que fabricaba laboratorio Biosano, en su planta*";

Centésimo trigésimo segundo: Que la diferencia numérica expuesta en los dos considerandos precedentes no altera en modo alguno las conclusiones a las que ha arribado este Tribunal, por dos razones. En primer término, porque, como ya

se ha expuesto, lo acusado en autos es un acuerdo único cuyo objeto consistía en afectar los resultados de procesos de licitación de ampollas convocadas por Cenabast, lo que habría ocurrido entre los años 1999 y 2013, a lo menos, todo lo cual está acreditado con la prueba analizada y ponderada entre los considerandos decimocuarto y centésimo vigésimo séptimo. En segundo término, tal como se consignó en los considerandos sexto a duodécimo, los casos de acuerdos únicos son aquellos en que existen diversos acuerdos particulares respecto de los cuales no necesariamente existe evidencia de todos ellos, siendo suficiente contar con prueba parcial que permite inferir la existencia del acuerdo único, todo lo cual se da sobradamente en este caso. Es decir, a partir de toda la prueba ponderada en autos, es muy probable que al menos fueron 93 los productos que habrían sido afectados por el acuerdo único, los que habrían sido solicitados por Cenabast en al menos 1.262 oportunidades;

5. Defensas de FKS

Centésimo trigésimo tercero: Que las alegaciones y defensas planteadas por FKS, así como la prueba que rindió en el proceso, no alteran la conclusión de que existió un acuerdo anticompetitivo entre ella y Biosano. Tal como se señaló en la parte expositiva de este fallo FKS, junto con negar su participación en cualquier tipo de acto colusorio, señaló, en primer lugar, que la FNE no habría logrado explicar en qué consistió el acuerdo, ni su finalidad, lo que no es efectivo, según se ha acreditado. Por otra parte, tampoco tiene asidero su alegación relativa a que la FNE no señaló ningún patrón inusual en el mercado revelante que pueda distinguirse de una simple interdependencia oligopolítica, atendida la prueba analizada en los considerandos anteriores. Por otra parte, las explicaciones alternativas entregadas por FKS para interpretar las planillas acompañadas al proceso no eran atendibles, de acuerdo con los análisis que en cada caso se hizo en los considerandos sexagésimo a centésimo segundo. Por último, la alegación consistente en que el poder de mercado debe medirse licitación por licitación tampoco puede acogerse, no solamente porque se acusó un acuerdo único, sino porque en estos casos se demostró que su objeto se materializó, es decir, se afectó el resultado de los procesos de licitación de ampollas convocados por Cenabast, al asignar cuál de las Requeridas resultaría adjudicataria en dichas licitaciones;

Centésimo trigésimo cuarto: Que, sin perjuicio de las alegaciones expuestas en el considerando anterior, FKS presentó, a fojas 2770, un informe económico cuyo principal objetivo es evaluar si la evidencia econométrica es consistente o no con la existencia del acuerdo requerido. Dicho informe concluyó que no existiría evidencia estadística, en el comportamiento de los precios de las licitaciones incluidas en el requerimiento, de que las Requeridas habrían actuado coordinadamente. Esta conclusión, sin embargo, no puede alterar la decisión de este Tribunal relativa a la existencia del acuerdo único imputado por la FNE, atendido que el mismo ha sido acreditado mediante prueba directa que no puede ser desvituada por prueba indirecta, tal como se estableció en la Sentencia N° 139/2014, entre otras. A mayor abundamiento, como la propia FNE lo destaca a fojas 3473, uno de los autores del citado informe reconoce, en un artículo académico, que el hecho que no se encuentre evidencia estadística de colusión en casos de licitaciones no permite descartar su existencia;

6. Acusación de Prescripción

Centésimo trigésimo quinto: Que, delimitado todo lo referente al inicio, partícipes, implementación, organización y término del acuerdo, es posible resolver la excepción de prescripción alegada por FKS, conforme a la cual estarían prescritos todos aquellos acuerdos particulares entre las Requeridas desde las presentaciones de las respectivas ofertas efectuadas con anterioridad al 5 de agosto de 2011;

Centésimo trigésimo sexto: Que, por una parte, a partir de la prueba aportada al proceso se concluyó que el acuerdo único se mantuvo hasta por lo menos el primer trimestre del año 2013. Por otra parte, el requerimiento de autos fue notificado legalmente a FKS el 5 de agosto de 2016, por lo que la interrupción de la prescripción debe entenderse ocurrida este último día, por haberse trabado en esa fecha la litis;

Centésimo trigésimo séptimo: Que, por consiguiente, la acción no se encuentra prescrita, ya que fue interpuesta y notificada en un plazo inferior a cinco años, tal como dispone el artículo 20, incisos 3° y 4°, que establece que el cómputo de la prescripción para el caso de las conductas previstas en la letra a) del artículo 3°

del D.L. N° 211 "*no se iniciará mientras se mantengan en el mercado los efectos imputables a la conducta objeto de la acción*". Por tanto, la excepción de prescripción opuesta por FKS debe ser rechazada;

7. Medidas

Centésimo trigésimo octavo: Que, finalmente, corresponde referirse a los criterios bajo los cuales el actuar de las Requeridas será objeto de medidas, de acuerdo con lo señalado en el artículo 26 del D.L. Nº 211 en relación al artículo 3° del mismo cuerpo legal;

Centésimo trigésimo noveno: Que, en primer término, se debe tener presente que con el objeto de facilitar la persecución e investigación de este tipo de conductas, el legislador ha consagrado un sistema de inmunidad y clemencia, en el artículo 39 bis del D.L. N° 211 vigente, a quienes participan de acuerdos colusorios y colaboran con la autoridad, de manera que puedan optar a una exención de la medida de disolución de la persona jurídica o una exención o reducción de la multa, siempre y cuando se cumplan los requisitos señalados en el referido artículo 39 bis. En el caso de autos, la FNE señala en su requerimiento que Biosano cumplió con los requisitos establecidos en dicha norma y obtuvo el beneficio de exención total de la multa por ser el primer delator, beneficio que este Tribunal debe respetar toda vez que no se acreditó en autos que dicha empresa fue la que organizó el cartel ni que coaccionó a FKS a participar en el, única excepción que consagra el mensionado artículo 39 bis para no otorgarlo. Sin embargo, como la misma norma señala, dicho beneficio sólo se refiere a las medidas y sanciones contempladas en las letras b) y c) del artículo 26 del D.L. N° 211, por lo que eventualmente se podrán imponer a Biosano algunas de las medidas señaladas en la letra a) de dicho artículo o las genéricas establecidas en el artículo 3°;

Centésimo cuadragésimo: Que, habiendo abarcado el acuerdo imputado un período considerable de tiempo (1999-2013), en forma previa a realizar el cálculo de la multa que le correspondería a Fresenius y Sanderson, se debe determinar el régimen jurídico aplicable en materia de sanciones, tal como se ha determinado en las Sentencias N° 139/2014 y N° 158/2017;

Centésimo cuadragésimo primero: 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 31 de julio de 2016 (el D.L. N° 211 "vigente");

Centésimo cuadragésimo segundo: Que, tal como se señaló en la Sentencia rol N° 27.181-2014 de la 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 año 2013, porque ahí se consumó, perpetró o ejecutó íntegramente dicha conducta;

Centésimo cuadragésimo tercero: Que, asimismo, la aplicación de dicho régimen legal no importa una aplicación retroactiva del D.L. N° 211 porque la conducta se verifica del todo bajo la vigencia de la citada ley, por tratarse de un acuerdo único compuesto de múltiples acuerdos particulares. Además, 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 hará, según se explica en los considerandos siguientes. En suma, 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;

Centésimo cuadragésimo cuarto: Que en el expediente constan antecedentes que permiten establecer el beneficio económico obtenido por las Requeridas producto del acuerdo requerido en autos. En específico, la FNE acompañó a fojas 2575 un informe económico que, tomando como ciertas las acusaciones de la FNE en contra de Biosano, Fresenius y Sanderson, estimó el beneficio económico obtenido por las requeridas producto del acuerdo acusado en autos a partir del año 2006, ya que solo a partir de ese año se cuenta con información en formato digital respecto de las licitaciones afectadas por el acuerdo;

Centésimo cuadragésimo quinto: Que, para efectos del cálculo de la multa, se han utilizado las estimaciones de sólo dos de los modelos econométricos presentados en el informe de la FNE, denominados "*difference-in-difference*" y "estructural", y no los otros dos, del tipo "*before and after*", por ser conceptualmente inferiores a los primeros. Asimismo, atendido que el monto del beneficio económico calculado por el mencionado informe se encuentra en pesos, fue necesario convertir dicho monto a UTA. Para esto, con la información contenida en la base de datos de Mercado Público acompañada a fojas 840, se transformaron los montos a UTA según la fecha de cada licitación;

Centésimo cuadragésimo sexto: Que, atendido que Fresenius obtuvo el 13,5% del monto total adjudicado a FKS y que Sanderson obtuvo el 86,5% del mismo monto, se estima que (i) el beneficio económico promedio de Fresenius para el período 2006-2013 es de 1.231,5 UTA; y (ii) el beneficio económico promedio de Sanderson para el período 2006-2013 es de 7.869 UTA.

Centésimo cuadragésimo séptimo: Que, teniendo en cuenta que Sanderson participaba del acuerdo desde 1999 (no así Fresenius), para calcular el monto del beneficio económico obtenido por Sanderson entre dicho 1999 y 2005, se extrapolaron al período 1999-2005 los resultados indicados precedentemente correspondientes a esta empresa, considerando para ello las oportunidades de adjudicación de cada período y se estimó que el beneficio económico promedio de Sanderson para el período 1999-2005 es de 8.357,6 UTA;

Centésimo cuadragésimo octavo: Que el Cuadro N° 1 muestra una estimación realizada por este Tribunal del beneficio económico total obtenido por las Re-

queridas en base a los antecedentes indicados en los considerandos precedentes, abarcando todo el período de duración del acuerdo:

CUADRO N° 1

BENEFICIO ECONÓMICO 1999-2013 (EN UTA)

	Fresenius	Sanderson
Dif-in-Dif	893,2	11.769
Modelo estructural	1.569,8	20.684,4
Promedio	**1.231,5**	**16.226,7**

Fuente: Elaboración propia en base al informe económico acompañado a fojas 2575; Informe de Cenabast acompañado a fojas 2039; y la base de datos del mercado público acompañada por la FNE a fojas 840.

Centésimo cuadragésimo noveno: Que, habiéndose determinado el beneficio económico obtenido por las requeridas Fresenius y Sanderson, se debe evaluar si procede alguna de las circunstancias agravantes o atenuantes previstas en el artículo 26 del D.L. N° 211. Dicha norma establece, entre otras circunstancias, "*la gravedad de la conducta, el efecto disuasivo, la calidad de reincidente por haber sido condenado previamente por infracciones anticompetitivas durante los últimos diez años, la capacidad económica del infractor y la colaboración que éste haya prestado a la Fiscalía antes o durante la investigación*";

Centésimo quincuagésimo: Que, en cuanto a la gravedad de la conducta, tal como este Tribunal lo ha señalado en múltiples oportunidades, 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 participantes (de las licitaciones en este caso) 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.);

Centésimo quincuagésimo primero: Que, en relación con el efecto disuasivo, esta circunstancia está estrechamente relacionada con la gravedad de la conducta imputada en autos. En efecto, se trata de un acuerdo colusivo que se eje-

cutó por al menos 14 años sobre productos de vital importancia para el sistema público de salud;

Centésimo quincuagésimo segundo: Que, por otra parte, no existe ningún antecedente en el proceso que acredite que Fresenius, ni Sanderson tengan la calidad de reincidente por haber cometido conductas atentatorias en contra de la libre competencia en los últimos diez años;

Centésimo quincuagésimo tercero: Que en lo que se refiere a la circunstancia atenuante consistente en la colaboración que Fresenius y Sanderson hayan prestado a la Fiscalía antes o durante la investigación, si bien es cierto que estas requeridas solicitaron que se la tomara en consideración, los antecedentes que esgrime para obtener tal beneficio no son suficientes para poder considerar este factor, toda vez que la colaboración que dicen haber prestado a la FNE durante la investigación no ha ido más allá que su deber legal de cumplir con las cargas públicas que le impone la ley;

Centésimo quincuagésimo cuarto: Que no existe ningún antecedente adicional que permita considerar, de manera fundada, que concurre alguna circunstancia atenuante o agravante;

Centésimo quincuagésimo quinto: Que, atendido lo señalado en el cuadro N°1, se aplicará (i) una multa de 30.000 (treinta mil) UTA a Laboratorio Sanderson S.A., por cuanto el doble del beneficio económico promedio que obtuvo producto de la colusión, es superior al límite máximo de 30.000 UTA establecidas en la normativa aplicable a los hechos denunciados en autos; y (ii) una multa de 2.463 (dos mil cuatrocientos sesenta y tres) UTA a Fresenius Kabi Chile Ltda, equivalente al doble del beneficio económico promedio que obtuvo producto de la colusión;

Centésimo quincuagésimo sexto: Que, por último, 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° 158, N° 145 y Nº 148, se impondrá como medida, en forma adicional a la multa impuesta, en el caso de FKS, y de manera exclusiva, en el caso de Biosano, 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 develar 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 los 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 lafecha 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 31 en contra de Fresenius Kabi Chile Ltda., Laboratorio Biosano S.A. y Laboratorio Sanderson S.A., declarando que 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 afectar procesos de licitación de inyectables de menor tamaño convocados por Cenabast desde, a lo menos, el año 1999 hasta, a lo menos, el año 2013;
2) **RECHAZAR** la excepción de prescripción interpuesta por Fresenius Kabi Chile Ltda. y Laboratorio Sanderson S.A.;
3) **CONDENAR** a Laboratorio Sanderson S.A. al pago de una multa, a beneficio fiscal, de 30.000 (treinta mil) Unidades Tributarias Anuales;
4) **CONDENAR** a Fresenius Kabi Chile Ltda. al pago de una multa, a beneficio fiscal, de 2.463 (dos mil cuatrocientas sesenta y tres) Unidades Tributarias Anuales;
5) **EXIMIR** a Laboratorio Biosano S.A. del pago de multa, por ser acreedora del beneficio establecido en el artículo 39 bis del D.L. Nº 211;
6) **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 centésimo quincuagésimo sexto de esta Sentencia;
7) **CONDENAR** en costas a Laboratorio Biosano S.A., Fresenius Kabi Chile Ltda. y Laboratorio Sanderson S.A., por haber sido totalmente vencidas.

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 centésimo quincuagésimo sexto.

SE PREVIENE que el Ministro Sr. Tapia y el Sr. Arancibia, si bien concurren a la decisión de la mayoría, no comparten lo señalado en los considerandos centésimo cuadragésimo primero a centécimo cuadragésimo octavo y centésimo quincuagésimo quinto, relativos a la forma de cálculo de la multa, porque conllevan una aplicación retroactiva de la ley sancionatoria que está prohibida por el ordenamiento jurídico. Las razones que sustentan esta afirmación fueron desarrolladas con mayor extensión en su prevención de la Resolución N° 160, de 28 de diciembre de 2017. La principal es que el derecho de la libre competencia es parte del derecho regulatorio administrativo, cuyas sanciones no se rigen por el *ius puniendi* de castigo estatal, sino por el *ius corrigendi* de principios y finalidades propios vinculados a la corrección y disuasión de conductas mediante la imposición de obligaciones de dar, hacer o no hacer. 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:

1. Ante todo, cabe aclarar que el comportamiento o hecho que configura el acuerdo único anticompetitivo probado en autos es subsumible en las tres regulaciones indicadas, pues todas ellas establecen la ilegalidad de 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. Es sólo en este último caso que es posible identificar tres regímenes diferentes;
2. Que la FNE solicita, y el fallo de mayoría acoge, la aplicación del estatuto de multa correspondiente a la ley vigente al momento del término de la conducta. Siguen, a estos efectos, 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;
3. Con todo, a consecuencia de que no se está en presencia de una aplicación del *ius puniendi*, el régimen sancionatorio en este caso no debe regirse por ese criterio, que está fundado en principios del orden penal

no aplicables al ejercicio de potestades administrativas en el ámbito regulatorio. El plano jurídico en que se desenvuelve este derecho es obligacional, no penal, lo que explica, por ejemplo, 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, entre otros aspectos;

4. La regulación económica consiste en la imposición, por razones de interés público, de obligaciones de dar, hacer o no hacer. Por ello, la infracción regulatoria consiste simplemente en un incumplimiento obligacional, no en la realización de una conducta típica punible. En el caso específico de la regulación de libre competencia, las obligaciones impuestas son principalmente negativas o de "no hacer" y, por ende, de tracto sucesivo o permanentes, esto es, 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 de "no coludirse", permanente y duradera, que da origen a la responsabilidad infraccional correspondiente;
5. La naturaleza obligacional implica que la sanción administrativa de la colusión consiste simplemente en la imposición de nuevas obligaciones por haber infringido una obligación regulatoria de igual naturaleza. Esto se traduce normalmente en una sanción pecuniaria. Como bien señala Coloma, la utilización de multas para hacer efectiva dicha responsabilidad es semejante a –aunque en caso alguno se equipara con– 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);
6. Establecido lo anterior, el punto a dilucidar en este caso 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. 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;

7. Cabe precisar que esta labor de discernimiento está sujeta a dos limitaciones jurídicas relevantes. En primer lugar, al principio *non bis in ídem*, que 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, largamente acreditado en este caso;
8. La segunda limitación está dada por el principio de irretroactividad de la ley, en virtud del cual, a falta de norma expresa, las consecuencias jurídicas de los actos deben regirse por la ley vigente al momento de su ocurrencia. De esta forma, quedan proscritas leyes *ex post facto* y las sanciones sin *lex previae*. De acuerdo con lo sostenido por el 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. 22º);
9. 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. Aunque 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*, esta identificación es 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;

10. 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;
11. Establecida la necesidad y modo 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, pues 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 resultaría insuficiente para efectos de la defensa de la libre competencia;
12. Sin embargo, precisamente en atención a este último reparo, la solución penal aplicada por el fallo de 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-sanción", al pretender la aplicación de una ley y sanción a hechos anteriores a su establecimiento. Es decir, 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 *nulla poena sine lege*;

13. La aplicación de esta variante es incluso ajena al criterio del derecho penal, del que se vale el fallo de mayoría, porque éste prohíbe aplicar la pena mayor fijada en la última ley al tramo de consumación regido por una ley anterior. A lo más, la pena podría considerar la secuencia de consumación regida por la ley anterior *"conforme a las reglas vigentes al momento de su comisión, pero no se expresa como pena ni como cargo adicionales al cargo y la pena basados en la nueva ley, que sólo pueden expresar el merecimiento y la necesidad de pena por la comisión de la secuencia posterior a su entrada en vigencia"* (Bascuñán, Antonio, *Estudios sobre la colusión*, Thomson Reuters, 2016, p. 144 y 148);
14. En razón de lo expuesto, ni la solución planteada por el derecho intertemporal penal, ni 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;
15. En cambio, como hemos señalado, 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, debe ser una sola para un solo incumplimiento, y su cálculo debe considerar los montos máximos exigibles por concepto de multa para cada período.

16. 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;
17. 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 nuevamente 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, 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);
18. 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 (véase Jakobs, Günther, *Strafrecht-Allgemeiner Teil*, Berlin/New York: Walter De Gruyter, 1993, 2ed., 2 Kapitel, Abs. 4, Nm. 61, pp. 96 y 97);

19. 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;

20. Por todo lo anterior, en opinión de estos previnientes el cálculo de la sanciones impuestas a las requeridas en estos autos no debió haber aplicado retroactivamente (esto es, a todo el período colusivo) el límite máximo de las multas previstas por el legislador sólo a partir del año 2009, sino que se debieron 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.

166 / 2018

TDLC
Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

SENTENCIA N° 166/2018

(Causa Rol RRE N° 1-18)

"Recurso de Revisión Especial de Ideal S.A.
y otro en contra de la Resolución de la FNE de 10 de mayo de 2018"

Fecha dictación: 28 de septiembre de 2018.

Ministros que concurren al acuerdo: Sr. Enrique Vergara Vial, Presidente, Sr. Eduardo Saavedra Parra, Sr. Javier Tapia Canales, Sra. Daniela Gorab Sabat y Sra. María de la Luz Domper Rodríguez. Voto en contra de los Ministros Saavedra y Tapia.

Recurrente: Ideal S.A. ("Ideal"), Foods Compañía Alimentos CCU S.A. ("Foods") y CCU Inversiones S.A. ("CCU Inversiones").

Recurrido: Fiscalía Nacional Económica.

Resumen de la controversia: Ideal, Foods y CCU Inversiones, interpusieron un recurso de revisión especial en contra de la resolución de la Fiscalía Nacional Económica que prohibió la operación de concentración por medio del cual Ideal adquiriría el 100% de las acciones de Alimentos Nutrabien S.A. La resolución recurrida se basa en lo expuesto en el informe de la División de Fusiones de la FNE que recomienda la prohibición de la operación fundamentado en diferentes antecedentes jurídicos y económicos.

En la resolución recurrida, la FNE determinó que la operación generaría un aumento en los índices de concentración en los mercados de productos definidos y que, a partir de la observación de las razones de desvío y del perfil de productos de las compañías, Ideal y Nutrabien serían competidores especialmente cercanos, ya que los índices de presión al alza en precio (GUPPI e IPR) darían cuenta de la existencia de riesgos unilaterales en productos específicos de Nutrabien. Atendido lo anterior y que

las eficiencias derivadas de la operación no satisfarían los criterios de verificabilidad e inherencia exigidos y que ninguna de las medidas de mitigación propuestas cumplirían con los criterios exigidos en materia de remedios, la resolución recurrida rechazó la operación de concentración sometida a su conocimiento.

El recurso presentado por Ideal, Foods y CCU Inversiones se fundamenta en que la operación carecería de aptitud para reducir sustancialmente la competencia, dado que el objeto y efecto de la misma permite obtener la asignación más eficiente de los recursos productivos ante la inexistencia de sinergias derivadas de que el Grupo CCU opere Nutrabien. Indica además, que las aproximaciones a la definición del mercado relevante realizadas en la resolución recurrida carecerían de plausibilidad; así, una correcta definición de éste sería suficiente para concluir que la operación no supondría un riesgo suficiente para la competencia. A su vez, critica el análisis realizado para calcular los GUPPIs en las tiendas de menor tamaño y el análisis de eficiencias. Por último, señalan que las medidas de mitigación serían adecuadas y suficientes, se ajustarían al nivel efectivo de riesgo de la operación y serían proporcionales al tamaño de la misma. Al respecto, indica que la FNE habría infringido el principio de proporcionalidad y colaboración en el sistema de control de fusiones.

Mercado relevante definido por el Tribunal: El análisis se concentró en determinar la cercanía competitiva de los productos que ofrecen las partes de la operación de concentración, distinguiendo el canal en que se ofrecen los productos, esto es (i) el canal supermercadista; y (ii) el canal de tiendas de menor tamaño.

Se concluyó que existían indicios para considerar que las galletas dulces pertenecen al mismo mercado relevante de los bizcochos y alfajores, lo que incide en el análisis posterior relativo a los índices de concentración.

Resolución del Tribunal: El Tribunal resolvió acoger el recurso de revisión especial deducido y revocó la resolución recurrida, autorizando la operación consistente en la adquisición, por parte de Ideal, de la totalidad de las acciones de Nutrabien, actualmente de propiedad de Food y CCU Inversiones.

La operación fue aprobada con las siguientes medidas de mitigación: Ideal se compromete a (i) fijar niveles máximos de los precios de venta de los productos Nutrabien por un plazo de tres años luego de perfeccionada la operación; (ii) mantener los actuales niveles de calidad de los productos Nutrabien por un plazo de tres años luego de perfeccionada la operación; (iii) mantener su índice de innovación por un plazo de dos años luego de perfeccionada la operación; (iv) cumplir con obligaciones de no hacer por un plazo de tres años luego de perfeccionada la operación (prohibición de celebrar actos o contratos que contengan exclusividades para la comercialización y/o distribución de una o más categorías de los productos Nutrabien, prohibición de imponer o pactar descuentos condicionales o selectivos respecto de los productos Nutrabien, entre otras); (v) limitar su inversión en actividades publicitarias y estudios de mercado respecto de los productos Ideal y de los productos Nutrabien por un plazo de tres años luego de perfeccionada la operación; (vi) expandir la distribución de los productos Nutrabien mediante el aumento del número de clientes y puntos de venta que actualmente comercializan dichos productos en un plazo máximo de dos años luego de perfeccionada la operación; y (vii) designar a un tercero independiente en calidad de supervisor *ex post*.

Temas que trata: Aplicación de índices GUPPI; definición de mercado relevante; medidas de mitigación; análisis de eficiencias; principio de proporcionalidad; principio de deferencia administrativa.

SENTENCIA Nº 166/2018.

Santiago, veintisiete de noviembre de dos mil dieciocho.

Y CONSIDERANDO:

1. Objeto del proceso

Primero: Que el Título IV del D.L. N° 211, incorporado por la Ley N° 20.945 de 2016, contempla normas sustantivas y procedimentales que rigen el control preventivo de operaciones de concentración por parte de la FNE;

Segundo: Que, con anterioridad a esta ley, el control de operaciones de concentración era de carácter voluntario y, por regla general, se sometía al procedimiento no contencioso regulado en el artículo 31 del D.L N° 211. En este sentido, el Informe del Secretariado de la OCDE, que realizó un diagnóstico y formuló recomendaciones al sistema de control de fusiones chileno, indica que el mencionado procedimiento fomentaba "*un enfoque contencioso hacia su análisis, sometiendo dichas operaciones a procedimientos inflexivos, permitiendo a terceros a las operaciones promover procedimientos de análisis, y al limitar la intervención de la Partes en una audiencia judicial en la que todos los intervinientes están presentes, incluidos la FNE y terceros*" (OCDE. Evaluación del Régimen de control de Concentraciones en Chile. Informe del Secretariado de la OCDE. 2014, p. 55);

Tercero: Que, la Ley N° 20.945 buscó solucionar estos inconvenientes, estableciendo un procedimiento de control de operaciones de concentración por medio de la notificación obligatoria y preventiva ante la FNE de aquellas operaciones que puedan subsumirse en alguna de las hipótesis del artículo 47 del D.L. N° 211 y que superen los umbrales establecidos en la Resolución Exenta FNE N° 667/2016. A su vez, se consagró la posibilidad de que las partes impugnaran la decisión de la Fiscalía que prohíbe una operación de concentración a través de un recurso de revisión especial que se deduce ante este Tribunal (artículo 57 del D.L. N° 211);

Cuarto: Que, el artículo 18 N° 5 del D.L. N° 211, otorga a este Tribunal la facultad de substanciar el procedimiento de revisión especial de operaciones de concentración. A su vez, el artículo 31 bis del D.L. N° 211 regula dicho procedimiento de revisión, destacando que, para tomar su decisión, el Tribunal debe considerar los antecedentes que obren en el expediente de investigación, lo que expongan los intervinientes en la audiencia pública citada para dicho efecto y los demás antecedentes que recabe de oficio o a petición de parte. En este procedimiento, el Tribunal puede rechazar el recurso, acogerlo y revocar la Resolución Recurrida, pudiendo aprobar la Operación en forma pura y simple, sujeta a las últimas medidas ofrecidas por el notificante o bien, sujetas a la condición que se cumplan otras medidas. En este último caso, la resolución puede ser objeto de un recurso de reclamación que será conocido por la Excma. Corte Suprema;

Quinto: Que se debe tener presente que este sistema de control de operaciones de concentración supone un análisis prospectivo que busca predecir efectos futuros, cuyo estándar aplicable es la reducción sustancial de la competencia (tal como lo explicita el art. 54 del D.L. N° 211). Este estándar sustantivo específico se debe aplicar tanto por la FNE como por este Tribunal al resolver una operación de concentración. En este sentido, la Historia de la Ley N° 20.945, es clara "*[L]a propuesta contempla un estándar sustantivo específico y diferenciado, que tanto la Fiscalía Nacional Económica como el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia deberán aplicar al momento de resolver acerca de la operación" (p. 12)*;

Sexto: Que, en cuanto al ámbito de revisión que comprende el recurso de autos, este Tribunal realiza un escrutinio tanto sobre el mérito como sobre la validez de las resoluciones de la FNE que prohíben una operación de concentración. En este sentido, el informe del Secretariado OCDE, singularizado en el considerando segundo, indica que "*El TDLC tiene amplias facultades para revisar y tomar decisiones en materia de concentraciones mediante un procedimiento de revisión"* (p 106). Lo señalado por este informe es completamente coherente con lo regulado en el artículo 31 bis del D.L. N° 211, el cual dispone que para dictar la sentencia, el Tribunal puede basarse no sólo en los antecedentes contenidos en el expediente de investigación de la FNE, sino que también puede utilizar la información que recabe, de oficio o a petición de parte. Cabe hacer presente que el ejercicio de dicha atribución no se encuentra circunscrito a ningún requisito

relacionado con la eventual oscuridad o duda de puntos relativos al expediente o el proceso, como ocurre, por ejemplo, en el artículo 22 inciso segundo del D.L. N°211, a propósito de las diligencias probatorias que el Tribunal puede ordenar. Por el contrario, la ley no impone restricción alguna a esta facultad que permite al Tribunal obtener herramientas para realizar un escrutinio exhaustivo de la decisión de la FNE;

Séptimo: Que, asimismo, el artículo 31 bis antes indicado dispone que el Tribunal puede aprobar una operación de concentración que hubiere sido previamente prohibida por la Fiscalía, condicionada al cumplimiento de nuevas condiciones, distintas de aquellas que hubieren sido evaluadas en sede administrativa;

Octavo: Que las facultades del Tribunal antes descritas refuerzan la idea de que éste tiene facultades para revisar en profundidad el análisis de la FNE sobre una operación de concentración;

Noveno: Que esta concepción acerca del ámbito de revisión que comprende el recurso es coherente además con la práctica internacional en la materia. En efecto el Tribunal de Justicia Europeo ha señalado que "*Si bien el Tribunal reconoce que la Comisión tiene un margen de discrecionalidad en materia económica, ello no significa que los tribunales comunitarios deban abstenerse de revisar la interpretación de la Comisión sobre información de carácter económico. Los tribunales comunitarios no solo deben determinar, entre otras cosas, si la evidencia en la que se basa es objetivamente precisa, confiable y consistente, sino también si esa evidencia contiene toda la información que debe tomarse en cuenta para evaluar una situación compleja y si es capaz de corroborar las conclusiones extraídas de él*" (C-12/03 P Commission v Tetra Laval BV, [2005] I-987, §39; traducción libre; en el mismo sentido sobre el estándar de revisión en materia de operaciones de concentración, Fernando Castillo de la Torre y Eric Gippini Fournier, Evidence, Proof and Judicial Review in EU Competition Law, Elgar Competition Law and Practice, 2017, p. 280). Para el caso particular de este Tribunal, dicho estándar de revisión, a que alude la jurisprudencia comparada respecto a la información de carácter económico, puede considerarse aun más razonable por tratarse de un organismo colegiado especializado;

Décimo: Que, finalmente, en la Historia de la Ley N° 20.945, se señala que "[c]*omo se aprecia, del análisis comparativo del artículo 57, 18 N° 4 y 31 bis del Proyecto es posible evidenciar un nivel de confusión en orden a si el conocimiento y resolución de la impugnación o reclamo deducido contra la resolución prohibitiva de la Fiscalía, constituye un procedimiento especial jurisdiccional por el que se resuelve el conflicto en única instancia, o si, en concordancia con los conceptos de confirmación y revocación, utilizados en el inciso tercero del artículo 31 bis, se le considera propiamente un recurso de apelación*" (Historia de la Ley N°20.945, p. 38). Este Tribunal considera que efectivamente este proceso no consiste en un procedimiento especial jurisdiccional donde se resuelve el conflicto en única instancia, sino que se enmarca en el proceso propio de un recurso cuya procedencia sólo exige la concurrencia de una causal genérica, vale decir, que quien notifica una operación de concentración sufra un agravio. El agravio en este caso se concreta cuando la Fiscalía prohíbe la operación de concentración. En este sentido, el recurrente "*pretende un nuevo examen de las cuestiones fácticas o jurídicas resueltas (…), a fin de que, o bien sea modificada o sustituida por otra que le favorezca o bien sea anulada*" (Maturana, Cristián, *Los Recursos del Código de Procedimiento Civil en la Doctrina y la Jurisprudencia*, t. I, Ed. Jurídica, 2015, p. 4);

Undécimo: Que, en definitiva, el objeto de este proceso consiste en la revisión del proceso de investigación realizado por la FNE y los supuestos fácticos y jurídicos que fundamentan la Resolución Recurrida. Considerando dicho marco, se revisará el análisis de competencia que efectuó la Fiscalía en la Resolución de Prohibición. Para efectos de dicho análisis y en línea con la práctica de las autoridades de libre competencia, en particular de la Corte Europea de Justicia, se han transcrito las versiones públicas de algunos documentos que contienen información declarada confidencial o reservada, para efectos de resguardarla. En razón de lo anterior, en esta sentencia la información tachada en dichas versiones aparece con el siguiente símbolo: [-], según sea el caso;

2. La Operación y el recurso de revisión especial

Duodécimo: Que, tal como se indica en la parte expositiva de esta sentencia, la operación objeto de este recurso es de aquellas contempladas en la letra b)

del Artículo 47 del D.L. N° 211 y consiste en la adquisición, por parte de Ideal, filial chilena de la sociedad mexicana Grupo Bimbo S.A.B. de C.V., enfocada en la elaboración de productos de panadería y pastelería y que comercia sus productos bajo las marcas Agua de Piedra, Cena, Fuchs, Ideal, Lagos del Sur, Laguito, Marinela y Sanissimo, de la totalidad de las acciones de Nutrabien, empresa dedicada a la fabricación, distribución y venta de bizcochos, galletas y productos horneados, comercializados bajos las marcas Nutrabien y Sweetlife (en adelante indistintamente la "Operación"). Dichas acciones serían vendidas por Foods y CCU Inversiones. La Operación generaría una combinación total de las actividades económicas de Ideal y Nutrabien, teniendo un alcance nacional. Finalmente, de materializarse la Operación, se produciría la superposición en la oferta de productos de estos dos agentes económicos en algunos mercados;

Decimotercero: Que la FNE funda su Resolución, en síntesis, en que los antecedentes expuestos en su Informe de Prohibición dan cuenta que dicha Operación conllevaría un cambio estructural significativo, cualquiera sea la definición de mercado relevante que se considere, que implicaría la pérdida del principal competidor de los productos Nutrabien en algunas categorías y que redundaría en la reducción de los esfuerzos de Ideal por crecer orgánicamente en la comercialización de productos con percepción de "saludables";

Decimocuarto: Que, en particular, la FNE funda su decisión en las siguientes consideraciones: (i) la cercanía competitiva entre los productos de las Partes en las categorías bizcochos individuales y alfajores; (ii) los incentivos al alza en precios de ciertos productos y la elevada participación conjunta que alcanzaría la entidad concentrada en algunos mercados donde existe superposición de la oferta de las Partes; (iii) que las ganancias en eficiencias argumentadas por las Partes no satisfacerían en todos los casos los requisitos de inherencia y verificabilidad y, además, no serían suficientes para contrarrestar los riesgos identificados; (iv) que no habría evidencia sobre la futura entrada de nuevos actores o la expansión de los incumbentes que sea apta para disciplinar a las partes luego de la Operación; y (v) que si bien las Partes ofrecieron medidas de mitigación, ninguna de ellas daría cumplimiento a los criterios exigidos en esta materia, de acuerdo con lo establecido en la Guía de Remedios de la Fiscalía de 2017. En mérito del análisis efectuado, la FNE decidió prohibir la Operación por

cuanto tendría la aptitud para reducir sustancialmente la competencia en los mercados afectados;

Decimoquinto: Que las Partes exponen diversos cuestionamientos al análisis de competencia realizado por la Fiscalía en la Resolución Recurrida. En términos generales, indican que este análisis adolece de errores e imprecisiones en los siguientes aspectos: (i) el mercado relevante sería más amplio, existiendo alta sustituibilidad entre bizcochos, alfajores y galletas dulces; (ii) el cálculo de los índices de presión al alza de precios, que reflejan los riesgos unilaterales de la Operación, serían erróneos y la Operación no presentaría riesgos significativos para la competencia; (iii) la Operación generaría eficiencias que habrían sido acreditadas por las Partes y que la FNE no habría tomado en consideración totalmente; (iv) las condiciones de entrada determinadas por la Resolución no se ajustarían a la realidad competitiva de los mercados afectados; (v) el análisis del escenario contrafactual sería errado; y (vi) las medidas de mitigación ofrecidas serían adecuadas y suficientes. Adicionalmente, las Recurrentes señalan que el procedimiento que se sustanció ante la FNE no habría dado cumplimiento al principio de colaboración que rigen el sistema de control de operaciones de concentración económica. A continuación se analizan estos cuestionamientos con más detalle;

3. Análisis tradicional relativo al mercado relevante y los niveles de concentración

Decimosexto: Que, en primer término, las Recurrentes señalan que la aproximación de la FNE al mercado relevante es errada porque existiría una alta sustituibilidad entre bizcochos, alfajores y galletas dulces. Principalmente, sustentan dicha afirmación en los siguientes argumentos (fojas 15 y siguientes): (i) la Encuesta Activa Research (fojas 923 y siguientes del Expediente de Investigación) realizada por la FNE demuestra la cercanía competitiva entre galletas dulces y bizcochos; (ii) la FNE reconoce –al menos implícitamente– que no existe un límite claro en la gama galletas dulces, galletones, bizcochos y alfajores; y (iii) las entidades consultadas por la FNE fueron claras y consistentes en señalar que no existe un mercado distinto para bizcochos, alfajores y galletas dulces. De ello concluyen que una correcta definición del mercado relevante (v.gr., que no

excluya a las galletas dulces) habría obligado a la FNE a concluir que la Operación no supondría un riesgo suficiente para realizar un análisis de mayor profundidad;

Decimoséptimo: Que antes de analizar la efectividad de los cuestionamientos formulados por las Recurrentes en relación con el mercado relevante, es necesario hacer presente algunas consideraciones preliminares acerca del análisis de la FNE;

Decimoctavo: Que, al respecto, la FNE inicia su análisis identificando aquellas categorías de productos donde existe una superposición en la oferta de las Partes, atendido que ambas son firmas multi-producto que elaboran y comercializan alimentos envasados de consumo masivo a consumidores finales a través de supermercados, tiendas de conveniencia y el canal tradicional (compuesto de almacenes, quioscos y pequeñas tiendas). Ello ocurre en las categorías de bizcochos en formato individual y familiar, alfajores y galletas dulces;

Decimonoveno: Que la Resolución entiende por bizcochos a aquellos productos alimenticios horneados hechos generalmente con harina, huevos y azúcar, que resulten en una masa blanda, dulce y esponjosa. Esta categoría incluye a los brownies, bizcochos rellenos o con coberturas de chocolate, queques, entre otras. Asimismo, entiende por alfajores a aquellos productos compuestos por dos rodajas delgadas de masa, adheridas una a otra con manjar y generalmente recubiertas con chocolate. Por último, entiende por galletas dulces la mezcla compuesta de harina, azúcar y a veces huevo, manteca o confituras que se hornea y resulta en un producto crujiente y dulce. Se consideran dentro de esta categoría las obleas, galletas sándwich, bañadas en chocolate, entre otras. En cuanto al empaque de los productos, se distingue entre formato individual *vis-a-vis* el familiar, entendiéndose por el primero los envases individuales de productos, sea que ellos se comercialicen en formatos de bolsas o paquetes en conjunto, tiras, o en unidades independientes;

Vigésimo: Que, respecto de las categorías de productos antes indicadas en las que se superpone la oferta de las Partes, la FNE expone que estas representaron un [30-35]% de las ventas de Ideal (§20 Informe de Prohibición) y alrededor de

un [35-45]% de las ventas de Nutrabien, en base a datos del año 2016 (Anexos Ideal- Anexo 10-Confidencial Ideal, p. 40. Foja 175, Expediente de Investigación);

Vigésimo primero: Que, en específico, la FNE indica que, para dicho período, un [65-70]% aproximadamente de los bizcochos comercializados por Ideal correspondió al formato individual. Los principales bizcochos individuales comercializados por Ideal fueron Mankeke, que en 2016 representó el [25-30]% de las ventas de este formato, Pingüino ([20-25]%), Rayita ([15-20]%) y Gansito ([10-15]%). Asimismo, indica que durante el primer semestre del año 2017 Ideal lanzó al mercado dos variedades de brownie, con la marca Fuchs (Brownie con Nueces y Brownie con Chips de Chocolate);

Vigésimo segundo: Que, respecto de Nutrabien, la FNE indica que los bizcochos en formato individual representaron el mayor porcentaje de sus ventas para 2016, alcanzando un [40-45]%. En este período, las marcas de bizcochos individuales comercializadas, que representan una mayor proporción de sus ingresos en la categoría son Brownie, con el [60-65]% y Braunichoc, con el [20-25]% (§24 Informe de Prohibición). Atendidas sus características, denominación y apariencia, la FNE estimó que estos productos serían similares a aquellos comercializados por Ideal y que fueron enunciados en el considerando precedente;

Vigésimo tercero: Que, en relación con la participación de las Partes en las ventas de bizcochos individuales, la FNE señala que, el año 2016, Ideal poseía el [50-55]%, Empresas Carozzi S.A. ("Carozzi"), con los productos Chocman, Tuareg Cake y Frac Cake, alcanzaba un [15-20]% y Nutrabien el [10-15]% en la categoría, principalmente con sus marcas Brownie y Braunichoc;

Vigésimo cuarto: Que, respecto de la categoría alfajores, Ideal vende las marcas Alfi, Lagos del Sur y Laguito, mientras que Nutrabien comercializa el producto alfajor chileno. Esta categoría de productos, según se indica en el Informe Butelmann Consultores, representó un [5-15%] de las ventas de Nutrabien y un [10-20%] de las ventas de Ideal durante el año 2016 (fojas 1246);

Vigésimo quinto: Que, en relación con la categoría de bizcochos familiares, si bien la FNE expone un breve análisis sobre las ventas en este segmento, dis-

tinguiendo entre pan de pascua y otros bizcochos en este formato, estima que no es necesario incluir este tipo de productos en el análisis final de riesgos y eficiencias, por cuanto concluyó que, aun bajo una definición restrictiva del mercado, los niveles de concentración no superan los umbrales de la Guía de Operaciones de Concentración de 2012 que la misma FNE usa de referencia para estos efectos y, en ese entendido, la Operación tendría un escaso potencial anti-competitivo respecto de estos productos (§ 62 Informe de Prohibición);

Vigésimo sexto: Que, en forma análoga, respecto de las galletas dulces que elaboran y comercializan las Partes, la FNE dejó abierta la definición del mercado, atendido que las ventas de Ideal el año 2016 representaron sólo el [0-5]% de las ventas totales de galletas en supermercados y tiendas de menor tamaño, mientras que Nutrabien representó un [0-5]% de participación (§35 Informe de Prohibición). En razón de lo antes expuesto, la Fiscalía descartó la existencia de riesgos a la competencia en esta categoría;

Vigésimo séptimo: Que la FNE continúa su análisis de competencia enfocándose en las categorías de bizcochos individuales y alfajores. A este respecto, tanto las Recurrentes como la FNE coinciden en que los productos donde se verifica superposición entre las Partes de la Operación pertenecen a un mercado de bienes diferenciados, esto es, aquel donde los consumidores valoran los productos en forma disímil según sus atributos y calidad (en este sentido, el Informe de Prohibición, §43 e Informe Butelmann Consultores, fojas 1246 del Expediente de Investigación, p.12);

Vigésimo octavo: Que, en razón de lo antes expuesto, el análisis debiera concentrarse en determinar la cercanía competitiva de los productos que ofrecen las partes de una operación de concentración y así evaluar los posibles efectos anti- competitivos que puede producir. Con todo, la delimitación del mercado relevante juega un rol importante en definir las fuentes de presión competitiva que enfrentará la entidad concentrada *ex post* y, por tal motivo, se utiliza como un elemento de análisis complementario para identificar el ámbito de competencia de las Partes (OCDE, 2011, Economic Evidence in Merger Analysis, 2011, p. 43; en el mismo sentido, el Informe Motta admite que se puede usar como factor de análisis complementario, p. 11);

Vigésimo noveno: Que, en ese entendido, la Resolución Recurrida examina primero el mercado relevante, evaluando el ámbito de sustitución de los productos y luego se concentra en examinar la cercanía competitiva de aquellos que comercializan las Partes, como se expondrá en los considerandos sexagésimo sexto y siguientes, a fin de determinar si la Operación entregará a la entidad concentrada la capacidad y el incentivo para aumentar rentablemente los precios después que se esta se materialice. En todo caso, en la Resolución se reconoce la importancia del análisis tradicional que contempla la delimitación de un mercado relevante y el nivel de concentración existente en él para evaluar la Operación. Ello se desprende de sus conclusiones toda vez que, cuando la FNE determina que la Operación tiene la aptitud para reducir sustancialmente la competencia en los mercados afectados, se funda en tres factores, a saber: la cercanía competitiva entre los productos de las Partes en bizcochos individuales y alfajores, los incentivos al alza en los precios de ciertos productos y la "*elevada participación conjunta que alcanzaría la entidad concentrada en algunos de los mercados con superposición*" (p. 1 Informe de Prohibición y en el mismo sentido, considerandos 11 y 21 de la Resolución de Prohibición);

Trigésimo: Que, en lo concerniente al ámbito de sustitución de los productos donde la oferta de las Partes se superpone, la Resolución Recurrida, en primer término, define el mercado relevante según los canales de distribución de dichos productos, distinguiendo entre el canal de supermercados y las tiendas de menor tamaño (Informe Butelmann Consultores, p. 12, donde diferencia entre el canal supermercadista y el canal tradicional, desprendiéndose de dicho informe que las tiendas de conveniencia formarían parte del canal supermercados). Las tiendas de menor tamaño, para estos efectos, según expone la FNE, comprenden las tiendas de conveniencia y el canal tradicional;

Trigésimo primero: Que, en particular, la distinción entre canales de distribución obedece a las siguientes razones que parecen atendibles: (i) desde la perspectiva de la demanda, existen distintos patrones de consumo en cada canal, en especial, el uso y la ocasión de las compras (v.gr. *one stop shopping* en supermercados *vis-a-vis* compras *spot* en tiendas de menor tamaño y la predominancia de compras planificadas en el caso de los supermercados vis-a-vis compras impulsivas en tiendas de menor tamaño); (ii) desde el punto de vista de la oferta,

los actores desarrollan distintas estrategias de precios dependiendo del canal de comercialización; y (iii) existen actores que sólo participan en uno de los canales (por ejemplo, Buenas Migas sólo participa en supermercados y, en cambio, Fruna lo hace únicamente en las tiendas de menor tamaño);

Trigésimo segundo: Que, en segundo término, respecto de los canales de distribución antes indicados, la Resolución Recurrida evalúa el ámbito de sustitución entre las distintas categorías de productos. En particular, señala que determinó el ámbito de competencia de las Partes, principalmente, a partir de los datos de la Encuesta Activa Research que identifica los patrones de sustitución en productos específicos que ofrecen de las Partes (§51 Informe de Prohibición);

Trigésimo tercero: Que, según expone el Informe de Prohibición, durante la Fase I la Fiscalía envió a clientes mayoristas, *retailers* y competidores de las Partes un cuestionario que buscaba definir la cercanía competitiva y la relación de sustitución entre distintas categorías de productos (nota al pie 29 Informe de Prohibición). De este modo, en la Minuta de Riesgos de la FNE (fojas 832 del Expediente de Investigación), se indica que la definición de mercado relevante "*si bien es preliminar, se considera plausible a partir del análisis de diversos antecedentes que constan en el expediente de investigación, entre ellos, la opinión de los actores de la industria, (…)*". Sin embargo, en las conclusiones sobre el mercado relevante presentadas en el Informe de Prohibición y en la Resolución Recurrida, se prescinde de estos cuestionarios utilizados en la Fase I de la investigación, declarando que la FNE ha preferido aquellos antecedentes que consultan directamente a los consumidores finales y que dicho criterio sería compartido con las Partes;

Trigésimo cuarto: Que se estima que las razones que la FNE esgrime para soslayar este tipo de antecedentes no son suficientes toda vez que, de acuerdo con las mejores prácticas en materia de control de operaciones de concentración, el análisis de sustitución y cercanía competitiva puede basarse en evidencia cualitativa y cuantitativa y respecto de la primera, se puede recurrir indistintamente en encuestas a consumidores y en preguntas dirigidas a competidores y clientes de las Partes (International Competition Network, The Merger Working Group, "The Role of Economists and Economic Evidence in Merger Analy-

sis", *Update Chapter 4 of the ICN Investigative Techniques Handbook for Merger Review*, 2013, pp. 22-23). Por tal motivo, ambas fuentes de información pueden tomarse en consideración en el análisis de competencia como complementarios y poseen, en principio, igual validez en el examen de una operación de concentración;

Trigésimo quinto: Que, por consiguiente, para determinar el ámbito de sustitución de los productos de las Partes, el análisis debiera tomar en consideración tanto las encuestas dirigidas a consumidores (en este caso la Encuesta Activa Research), como los cuestionarios antes mencionados. Además, cabe hacer presente que, tal como se expondrá en los considerandos quincuagésimo noveno y siguientes, la metodología empleada por esta encuesta adolece de ciertas falencias, lo que justifica utilizar fuentes adicionales de información;

Trigésimo sexto: Que, en base a datos de la Encuesta Activa Research relativos al canal supermercados, que muestra la Tabla N° 1, la FNE observa que los bizcochos rellenos y brownies son las categorías de productos más cercanas. Añade que cuando se mide la sustitución entre categorías de productos, los datos dan cuenta de un ámbito de sustitución mayor, *"que podría extender la definición de mercado relevante del producto hacia queques individuales y alfajores"* (§59 Informe de Prohibición);

TABLA N° 1
SUSTITUCIÓN POR PRODUCTO DE OTRA CATEGORÍA (CANAL SUPERMERCADISTA)

¿Qué harían si no estuviese disponible el producto de esa categoría?

	Bizcochos rellenos (%)	Brownies (%)
No compraría	45,9	38,3
Alfajores	14,4	6,3
Queques individuales	13,1	7,6
Brownies	15,9	
Bizcochos rellenos		41,3
Cuchuflies	1,1	0,0
Galletones	1,9	1,0
Galletas en formato clásico	2,0	1,3
Galletas en formato mini	1,1	0,3
Barras de cereal	2,0	1,8
Otro producto	2,5	2,3
Total	**100**	**100**
Tamaño muestral (N)	**684**	**352**

Fuente: Informe de Prohibición, foja 1563 Expediente de Investigación.

Trigésimo séptimo: Que, para las tiendas de menor tamaño, siempre sobre la base de los resultados que arrojó la mencionada encuesta por categoría de productos, las galletas, entendiendo por estas las tres sub-categorías que las componen (galletones, galletas formato mini y galletas formato clásico), aparecen como sustitutos eficaces de las distintas clases de bizcochos, tal como se observa en la Tabla N° 2. En efecto, como se aprecia, el nivel de sustitución de las galletas es de un 20,2% respecto de los bizcochos rellenos; un 19,8% respecto de los brownies y 32,9% respecto de los queques individuales. Ello implica que en términos relativos, un alto porcentaje de consumidores sustituirían a los bizcochos por galletas como primera opción, incluso predominando estas sobre los alfajores;

TABLA N° 2

SUSTITUCIÓN POR PRODUCTO DE OTRA CATEGORÍA (TIENDAS DE MENOR TAMAÑO)

¿Qué haría si no estuviese disponible categoría del producto adquirido?

	Alfajores (%)	Bizcochos rellenos (%)	Brownies (%)	Queques individuales	Galletas dulces	Galletones (%)
No compraría	19,7	20,3	35,8	32,9	24,1	36,5
Alfajores		19,2	11,4	7,1	10,8	9,3
Queques	4,6	17,6	10,5		10,0	1,6
Brownies	17,6	14,2		9,1	5,2	10,6
Bizcochos	35,0		14,7	8,7	16,1	6,7
Cuchuflies	4,6	0,0	1,4	2,6	10,3	4,7
Galletones	10,9	5,9	6,0	2,0	6,4	
Galletas en	0,0	3,4	6,7	10,6		16,6
Galletas en	5,9	10,9	7,1	20,3		13,9
Barras de	1,7	5,8	6,2	6,6	14,8	0,0
Otros	0,0	2,5	0,0	0,0	2,4	0,0
Total	**100**	**100**	**100**	**100**	**100**	**100**
Tamaño	**53**	**127**	**88**	**66**	**56**	**26**

Fuente: Informe de Prohibición, foja 1566 Expediente de Investigación.

Trigésimo octavo: Que, en coherencia con lo anterior, la FNE señaló que en las tiendas de menor tamaño se aprecia un ámbito de sustitución mayor al del canal supermercados, lo que implica incluir otras categorías de productos (alfajores, queques individuales, galletones y galletas dulces en formato mini). En ese sentido, la FNE reconoció que *"el mercado relevante de producto en tiendas de menor tamaño razonablemente podría incorporar las categorías de bizcochos individuales y alfajores, y eventualmente incluir otras categorías de productos, tales como galletas dulces (galletones, galletas en formato clásico, galletas en formato mini)"* (§68 Informe de Prohibición);

Trigésimo noveno: Que, no obstante lo anterior, la FNE posteriormente omite la categoría de galletas dulces cuando presenta los niveles de concentración del mercado, a pesar de que había sostenido que en las tiendas de menor tamaño la definición de mercado relevante podría eventualmente incorporarlas;

Cuadragésimo: Que, en lo relativo a los cuestionarios que podrían dar cuenta de la percepción de sustitución por parte de competidores y clientes de las Partes,

consta en el Expediente de Investigación, que la FNE envió oficios a varios competidores y clientes revendedores de productos comercializados por las Partes, preguntando su opinión sobre la sustitución entre distintas categorías y sub- categorías de productos. De la revisión de los resultados allí obtenidos, se aprecia que en el Informe de Prohibición se omitió la opinión de dichos actores sobre la sustitución que existiría entre bizcochos y otras categorías de productos;

Cuadragésimo primero: Que, en concreto, los actores destinatarios de estos cuestionarios debían calificar el grado de sustitubilidad entre dos categorías de productos, asignando un puntaje descrito de la siguiente manera: "1: no compiten"; "2: competidor lejano"; y "3: competidor directo". Para identificar pares de productos con mayor grado de sustitución, la FNE dividió la suma del puntaje asignado a cada par de productos por el total de actores de la industria consultados. En particular, 20 actores de la industria –clientes y competidores de las Partes- contestaron uno de los cuestionarios (fs. 657 "Cuadro resumen promedio de respuestas de actores de la industria sobre sustitución entre categorías"). El Cuadro N° 1 muestra los resultados y da cuenta que los bizcochos y galletas dulces cuentan con el mismo grado de sustitubilidad que bizcochos y alfajores (esto es, 2.5). Asimismo, de acuerdo con los antecedentes del expediente (presentación de la FNE, fojas 658 del Expediente de Investigación), tal como se observa en el Cuadro N°2, un 60% de los actores consultados indicó que las galletas dulces son competidores directos de los bizcochos, esto es, asignaron el máximo puntaje de sustituibilidad. Por último, las galletas dulces fueron el producto que más veces fue mencionado como "competidor directo" de los bizcochos. Sin embargo, tal como se explicó, al iniciar la Fase II, la FNE le restó relevancia a esta información como un factor de análisis relativo al ámbito de competencia de las Partes;

CUADRO N° 1

RESUMEN PROMEDIO DE RESPUESTAS DE ACTORES DE LA INDUSTRIA SOBRE SUSTITUCIÓN ENTRE CATEGORÍAS

1: no compiten; 2: competidor lejano; 3: competidor directo

	Alfajor	Barra Cereal	Bizco-cho	Cerea-les	Choco-late	Cuchu-flí	Dulces	Ga-lletas Dulces
Alfajores								
Barra Cereal	1.5							
Bizcochos	2.5	1.7						
Cereales	1.2	2.4	1.4					
Chocolates	2.6	1.4	1.8	1.2				
Cuchuflís	2.6	1.6	2.2	1.2	2.2			
Dulces	1.7	1.3	1.5	1.2	2.0	1.9		
Galletas Dulces	2.2	2.1	2.5	1.6	2.0	2.3	1.9	
Marshma-llows	1.5	1.2	1.3	1.0	1.7	1.6	2.1	1.4

*Total consultados: 20 actores de la industria (clientes y competidores de las Partes).

- Fuente: Elaboración propia en base a Presentación FNE, foja 657 Expediente de Investigación.

CUADRO N° 2

NÚMERO DE RESPUESTAS DE NIVEL DE SUSTITUCIÓN DE BIZCOCHOS CON OTRAS CATEGORÍAS

1: no compiten; 2: competidor lejano; 3: competidor directo

Categoría	Respuestas cercanías					Promedio puntaje asignado
	1	2	3	Total	Moda	
Alfajores	1	9	10	20	3	2.5
Barra Cereal	9	9	2	20	1-2	1.7
Cereales	13	7		20	1	1.4
Chocolates	6	12	2	20	2	1.8
Cuchuflís	3	11	6	20	2	2.2
Dulces	11	8	1	20	1	1.5
Galletas Dulces	2	6	12	20	3	2.5
Marshmallows	14	6		20	1	1.3

Fuente: Presentación FNE, foja 658 Expediente de Investigación.

Cuadragésimo segundo: Que, del mismo modo, el Cuadro N°3 que se reproduce a continuación muestra respuestas relativas a la sustitución entre sub-categorías de productos (fs. 659, Cuadro resumen promedio de respuesta de actores de la industria sobre sustitución entre sub-categorías). En este se observa que los 17 actores que entregaron respuestas consideran altamente sustituibles los bizcochos con los galletones y las galletas dulces formato mini;

CUADRO N°3

RESUMEN PROMEDIO DE RESPUESTA DE ACTORES DE LA INDUSTRIA SOBRE SUSTITUCIÓN ENTRE SUB-CATEGORÍAS

1: no compiten; 2: competidor lejano; 3: competidor directo

	Alfajores	Brownies individuales envasados	Queques individuales envasados	Otros Bizcochos envasados	Cuchuflís	Galletones	Galleta dulce formato individual	Galleta dulce formato clásico
Alfajores								
Brownies indiv. envasados	2,35							
Queques indiv. envasados	2,29	2,71						
Otros bizcochos env.	2,47	2,71	2,59					
Cuchuflis	2,18	1,71	1,76	1,94				
Galletones	1,88	2,24	2,06	2,12	1,56			
Galleta dulce formato indiv.	2,00	2,00	2,06	2,12	1,65	2,59		
Galleta dulce formato clásico	1,59	1,59	1,59	1,65	1,53	2,18	2,35	

Fuente: Presentación FNE, foja 659 Expediente de Investigación.

Cuadragésimo tercero: Que, a la luz de los antecedentes antes expuestos, esto es, la Encuesta Activa Research, el cuestionario enviado a los clientes y competidores de las Partes que analizan el ámbito de sustitución a nivel de categoría de productos y de sub-categorías, existen indicios que son aptos para concluir que las galletas dulces pertenecen al mismo mercado relevante de los bizcochos y alfajores, lo que incide en el análisis posterior relativo a los índices de concentración;

Cuadragésimo cuarto: Que, finalmente, en lo concerniente al mercado relevante geográfico, tanto la FNE como las Partes coinciden en que es de carácter nacional;

Cuadragésimo quinto: Que la FNE continúa su análisis examinando las participaciones de mercado de las Partes y los niveles de concentración en los mercados, en base al ámbito de competencia previamente definido. Concluye que este análisis estructural da cuenta que la Operación generaría un aumento en los índices de concentración en los mercados del producto definidos, según canal de comercialización, utilizando para estos efectos las tablas números 3 y 4;

Cuadragésimo sexto: Que, respecto del canal supermercadista, la FNE indica que en el mercado de bizcochos individuales y alfajores, la Operación daría lugar a un nuevo actor con una participación de [45-50]%;

TABLA N° 3

PARTICIPACIONES DE MERCADO EN VENTAS DEL AÑO 2016 SUPERMERCADOS

Empresas	Bizcochos indiv.	Bizcochos indiv. + alfajores
Ideal	[30-35]	[35-40]
Carozzi	[20-25]	[20-25]
Nutrabien	[10-15]	[10-15]
Buenas_Migas	[15-20]	[15-20]
Marcas Propias	[0-5]	[0-5]
Otros	[10-15]	[10-15]
HHI pre	**1.896**	**2.194**
Cambio	**893**	**968**
HHI final	**2.788**	**3.162**

Fuente: Informe de Prohibición, foja 1570 Expediente de Investigación.

Cuadragésimo séptimo: Que, en suma, respecto al canal supermercadista, la FNE excluye a las galletas dulces del mercado afectado para medir los niveles de concentración, en circunstancias que los antecedentes relativos al ámbito de sustitución de los productos llevan a concluir que debieron haber sido consideradas en dicho análisis o, al menos, se debió justificar su exclusión en base a los antecedentes que se encuentran en el Expediente de Investigación;

Cuadragésimo octavo: Que, en el caso de las tiendas de menor tamaño, como se observa en la Tabla N°4, la FNE señala que si se incluyen las galletas dulces en el mercado relevante, la participación de mercado de las Partes alcanzaría un [20 - 25]%, con un ΔHHI de 152, lo que no superaría los umbrales establecidos en su Guía de Operaciones de Concentración. Ello implica que, de haber estimado la FNE que las galletas dulces pertenecen al mismo mercado relevante de los bizcochos y alfajores, hubiera descartado un mayor análisis relativo a tiendas de menor tamaño por cuanto, de acuerdo con su Guía de Operaciones de Concentración que utiliza como referencia, la Operación habría tenido un escaso potencial anti-competitivo;

TABLA N°4

PARTICIPACIONES DE MERCADO EN VENTAS DEL AÑO 2016 TIENDAS DE MENOR TAMAÑO

Empresas	Bizcochos indiv.	Alfajores + Bizcochos indiv.	Alfajores + Bizcochos indiv. + Galletas mini + Galletón	Alfajores + Bizcochos indiv. + Galletas dulces
Ideal	[60-65]	[55-60]	[35-40]	[15-20]
Nestle	[0-5]	[0-5]	[15-20]	[30-35]
Carozzi	[15-20]	[15-20]	[15-20]	[25-30]
Nutrabien	[15-20]	[10-15]	[10-15]	[0-5]
Fruna	[0-5]	[5-10]	[0-5]	[5-10]
Evercrisp	[0-5]	[0-5]	[0-5]	[5-10]
Otros	[0-5]	[0-5]	[5-10]	[5-10]
HHI pre	**4.225**	**3.969**	**2.313**	**2.198**
Cambio	**1.897**	**1.624**	**818**	**152**
HHI final	**6.121**	**5.594**	**3.132**	**2.350**

Fuente: Informe de Prohibición, foja 1571 Expediente de Investigación.

4. Riesgos unilaterales asociados a la Operación

Cuadragésimo noveno: Que la FNE señala que los principales riesgos serían de naturaleza unilateral por cuanto la Operación suprimiría la competencia entre dos actores que concentran elevadas participaciones de mercado y cuyos productos son cercanos en términos competitivos. Ello implicaría que la entidad concentrada resultante de la Operación tendría la capacidad y el incentivo de aumentar rentablemente los precios o reducir rentablemente la calidad, la variedad o la innovación, afectando así a los consumidores. En particular, en mercados de productos diferenciados, el incentivo de la entidad concentrada para

aumentar los precios unilateralmente post-Operación es mayor mientras más alto sea el grado de sustitución o de cercanía competitiva entre los productos de las Partes, porque la Operación elimina la presión competitiva que cada parte ejercía sobre la otra *a priori*;

Quincuagésimo: Que, como se ha adelantado, el enfoque tradicional del análisis de participaciones en un mercado relevante delimitado no es suficiente para evaluar los riesgos unilaterales en los casos de bienes diferenciados. En este sentido, la literatura documenta ampliamente que la intensidad de la competencia entre los productos diferenciados generalmente varía dentro de un mismo mercado y que dos productos pueden tener algún grado de sustitución, aunque esta sea imperfecta. A su vez, no obstante que un producto sea sustituto imperfecto de otro, el primero puede ejercer presión competitiva sobre este último. Ello implica que el análisis tradicional para definir un mercado relevante del producto y el cálculo de participaciones de mercado en base a dicha definición, donde se asigna igual valor a cada unidad de las ventas de los productos que caben en dicho mercado y se niega todo valor a aquellas unidades fuera de él, bajo una lógica binaria "*in-or-out*" puede ser falaz (la literatura califica dicho razonamiento como "*zero-one fallacy*", Jones, A. y Sufrin, B., *EC Competition Law*, Oxford University Press, 2008, p. 406, y; Shapiro, Carl, "Mergers with Differentiated Products", *Antitrust*, Spring, pp. 23-30);

Quincuagésimo primero: Que, atendido lo antes expuesto, es necesario utilizar herramientas que capturen la heterogeneidad en los patrones de sustitución entre los distintos productos que compiten con diferentes grados entre sí, tal como fue señalado en la en la Resolución N°43/2012: *"en casos de competencia sujeta a diferenciación horizontal en la oferta de bienes y servicios–consistente en este caso sobre todo en una diferenciación geográfica-, 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. Qué tan fuertes sean el incentivo a subir los precios dependerá de: (i) la proporción de desvío (diversion ratio, en inglés), esto es, la proporción de los consumidores que se van a la firma adquirida cuando la firma adquirente sube sus precios; y (ii) de los márgenes de la firma adquirida"* (Resuelvo 14.11);

Quincuagésimo segundo: Que, para estos efectos, la teoría económica ha desarrollado índices tales como el *Upward Pricing Pressure* (UPP), *Gross Upward Price Pressure Index* (GUPPI), *Illustrative Price Rise* (IPR) y *Compensating Marginal Cost Reduction* (CMCR), cuyo objetivo es medir los riesgos unilaterales en mercados con productos diferenciados, en particular, los incentivos de las partes que pretenden fusionarse para aumentar los precios después de una operación de concentración;

Quincuagésimo tercero: Que si bien estos índices representan una herramienta útil para evaluar los riesgos unilaterales de las operaciones de concentración, la literatura económica y de política de competencia identifica varias limitaciones inherentes a ellos y en ese sentido, se señala que no constituyen prueba de que una fusión propuesta reduce sustancialmente la competencia, sino que es uno de los factores de análisis que deben considerarse (Moresi, Serge. "The Use of Upward Price Pressure Indices in Merger Analysis", *The antitrust source*, February 2010, p. 6; OECD, 2011, p. 41; Keating, Bryan y Willig, Robert D. "Unilateral effects", En: *The Oxford Handbook of International Antitrust Economics*, ed. R. D. Blair y D. D. Sokol, vol.1, 2015, p.466);

Quincuagésimo cuarto: Que, en particular, se aduce que el cálculo de estos índices omite importantes fuentes de presión competitiva como la respuesta de los competidores de las partes notificantes de una operación, la entrada al mercado de nuevos actores, el reposicionamiento de productos por parte de otros oferentes y otros factores dinámicos. Así, si bien las autoridades de competencia han utilizado estos índices como la principal herramienta en su análisis de operaciones de concentración en algunas oportunidades, admiten también que estas poseen limitaciones (v.gr., Schapiro, Carl, "The 2010 Horizontal Merger Guidelines: From Hedgehog to Fox In Forty Years", *Antitrust Law Journal,* vol.77, 2010, p. 717 y el Informe Motta, p. 22);

Quincuagésimo quinto: Que, en ese contexto, estos índices son un primer indicio de los riesgos unilaterales en el marco del análisis prospectivo (Farrell, Joseph y Shapiro, Carl, "Antitrust Evaluation of Horizontal Mergers: An Economic Alternative to Market Definition", *BE Journal of Theoretical Economics*, vol. 10, issue 1, 2010, p.10). Así, si los índices muestran que existe un incentivo al alza de los

precios *ex post*, ello solo indica que resulta necesario realizar un análisis más exhaustivo para determinar si la Operación es apta para reducir sustancialmente la competencia en el mismo sentido (Alistair, Lindsay y Berridge, Alison, *The EU Merger Regulation: Substantive Issues*, Sweet & Maxwell, 2017, p. 309);

Quincuagésimo sexto: Que, en la especie, la FNE utilizó en el Informe de Prohibición los índices GUPPI e IPR, mientras que el Informe Motta agrega a los anteriores el CMCR. Por otra parte, los informes presentados por las Recurrentes calcularon sólo el índice GUPPI, aunque con supuestos distintos a la FNE, como se verá en los considerandos sexagésimo octavo y siguientes;

Quincuagésimo séptimo: Que los distintos índices de alzas de precio parten de lógicas similares, buscando estimar cambios en los incentivos que tendrían las firmas competidoras que pasan a operar como una misma unidad económica, atendidos los patrones de sustitución entre sus propios productos y entre estos y los producidos por competidores de las Partes;

Quincuagésimo octavo: Que uno de los elementos requeridos para calcular estos índices son las razones de desvío, las que en este caso se calcularon principalmente a partir de encuestas a consumidores. Para estos efectos, la FNE utilizó la citada encuesta Activa Research para ambos canales de distribución. Del mismo modo, las Partes encargaron una encuesta con el mismo objetivo (Encuesta Cadem);

Quincuagésimo noveno: Que, atendido que las encuestas emplean metodologías distintas, a continuación, se harán presente algunas consideraciones sobre su diseño y sobre dichas metodologías;

Sexagésimo: Que, en términos teóricos, se aprecia que ambas encuestas intentan medir patrones de sustitución utilizando técnicas rigurosas de muestreo, incluyendo características como estratos, conglomerados y uso de ponderadores. Sin embargo, ambas encuestas también poseen limitaciones, como se describe a continuación;

Sexagésimo primero: Que respecto al diseño muestral, la Encuesta Cadem define claramente la unidad de muestreo objetivo del estudio, componente fundamental que se debe establecer para minimizar errores de medición y la tasa de no-respuestas, la cual es una de las fuentes principales de sesgo en los estimadores (Cochran, William, *Técnicas de Muestreo*, Ed. C.E.C.S.A. 1978, pp. 24- 38). En contraposición, la Encuesta Activa Research selecciona una muestra de visitas o compras en lugar de una muestra de consumidores, lo que finalmente se traduce en la inclusión de individuos a la muestra que no habían comprado efectivamente productos de Ideal o Nutrabien;

Sexagésimo segundo: Que, en el caso de la Encuesta Cadem, no se explicita en su Informe Metodológico, que consta a fojas 1098 en el Expediente de Investigación, un análisis en particular sobre el efecto que puede producir el diseño de la encuesta y la selección de la muestra de consumidores a quienes se les aplicará. Así, no es posible cuantificar correctamente el impacto del diseño utilizado sobre la construcción del error estándar, tal como es señalado por la literatura en la materia "*ignorar el diseño de muestreo y analizar los datos de forma convencional puede llevar a una seria sub-estimación de la desviación estándar, niveles de pruebas inflados y diagnósticos erróneos*" (Rao, J.N.K., "Developments in simple survey theory: an appraisal", *The Canadian Journal of Statistics*, vol. 25, N° 1, 1997, p. 11);

Sexagésimo tercero: Que, además, ninguna de las dos encuestas considera la existencia de estacionalidad en las ventas de Ideal y Nutrabien. De acuerdo con sus respectivos informes metodológicos, el trabajo de campo de la Encuesta Activa Research, se llevó a cabo entre los días 28 de noviembre hasta el día 14 de diciembre del año 2017, mientras que el de la encuesta Cadem se llevó a cabo entre los días 2 de noviembre y 18 de noviembre del año 2017, por lo que ambos períodos, además de no coincidir temporalmente, pertenecen a meses donde el nivel de ventas es distinto, según indican los datos aportados por las Partes a fojas 175 del Expediente de Investigación. Por tanto, no existe un tratamiento estadístico que permita aislar correctamente el fenómeno estacional reflejado en los datos;

Sexagésimo cuarto: Que otro aspecto importante a considerar en la evaluación de las encuestas es el tamaño muestral. De acuerdo con directrices para este tipo de encuestas, como regla general se espera que éstas tengan un tamaño muestral mínimo de 100 encuestados para cualquier grupo de interés previamente definido (v.gr. véase "Good practice in the design and representation of customer survey evidence in merger cases. Revised" *Competition Markets Authority*, 2018, p. 11). Por esta razón, los resultados de las encuestas con menor representatividad no debieran interpretarse como aplicables a toda a la población objetivo;

Sexagésimo quinto: Que, la encuesta Activa Research obtiene sub-muestras muy pequeñas para las tiendas de menor tamaño, lo que se traduce en una baja representatividad y una menor robustez estadística. El rango de valores del tamaño muestral para cada producto, esto es, el número de supuestos consumidores de un determinado producto a quien le preguntaron por sus alternativas de compra, fluctúan desde 20 para el galletón Nutrabien hasta 89 para el caso del producto Mankeke. Así, se corre el riesgo que, de proceder con una muestra mucho más pequeña, lo cual reduce la precisión y, por tanto, la utilidad de la investigación (Cochran, William, Técnicas de Muestreo, Ed. C.E.C.S.A. 1978, p. 105), los resultados de la mencionada encuesta serían discutibles en términos de significancia estadística y representatividad a nivel de productos en las tiendas de menor tamaño.

Sexagésimo sexto: Que, a pesar de los problemas antes detallados, ambas encuestas permiten razonablemente cumplir el objetivo para el cual fueron creadas, esto es, establecer una estimación próxima sobre patrones de sustitución reflejados en la construcción de razones de desvío;

Sexagésimo séptimo: Que, a partir de tales encuestas, se estimó cuáles son los productos que los consumidores ven cercanos entre sí, esto es, los cambios en los patrones de consumo que serían esperables en caso de que un producto dejase de estar disponible o subiera su precio (*Competition Markets Authority*, 2018, ibid, 22 y siguientes), lo que es entendido como las razones de desvíos. Estas razones de desvío de los productos de las Partes, a su vez, sirvieron de insumo para calcular los índices de presión al alza de los precios, que se examinarán a continuación;

Sexagésimo octavo: Que en el informe de Butelmann Consultores se presentan las razones de desvío calculadas a partir de la encuesta Cadem, distinguiendo entre el canal de supermercados y el tradicional. En síntesis, las estimaciones muestran que el desvío desde productos Nutrabien a productos de Ideal es de un [20-30%], alrededor del triple que las razones de desvío desde productos Ideal a Nutrabien;

Sexagésimo noveno: Que a partir de tales razones de desvío y de las estimaciones que realizan para costos y márgenes para cada producto, dicho informe calcula el GUPPI a nivel de empresa, llegando a una presión al alza equivalente a un [0-10%] en el caso de los productos de Ideal y de un [5-15%] en el caso de los productos de Nutrabien, tanto en el canal de supermercados como en el canal tradicional, siendo los valores de este último ligeramente mayores. Se incluye, además, el cálculo ajustado por las eficiencias que el mismo informe reporta para la Operación, siendo negativo en el caso de Nutrabien para el canal de supermercados y positivo, aunque pequeño, en el caso del canal tradicional. Las estimaciones anteriores son luego corregidas en el Informe Complementario de Butelmann Consultores, obteniendo pequeñas diferencias;

Septuagésimo: Que el Informe de Prohibición formula una crítica a la encuesta Cadem, y hace su propia estimación de las razones de desvío utilizando la Encuesta Activa Research, con resultados distintos a los obtenidos en los informes encargados por las Partes. En particular, en dichas estimaciones se observa una mayor sustitución desde productos Nutrabien a productos Ideal, especialmente en el canal tradicional. Además, y de la misma forma que la encuesta Cadem, se concluye que las razones de desvío desde productos Ideal a productos Nutrabien es relativamente baja;

Septuagésimo primero: Que, por su parte, la FNE realizó su propia estimación del GUPPI de los productos que anteriormente definió como relevantes, utilizando las razones de desvío mencionadas y la información entregada por las Partes respecto de su margen de comercialización, pero introduciendo ajustes según se detalla en al Anexo III del Informe de Prohibición. Los resultados obtenidos mantienen proporciones entre marcas y canales similares al de los cálculos en el informe de Butelmann Consultores, pero con valores mayores. Así, se

estima una presión al alza de un [10-20%] para el caso de productos Nutrabien en el canal supermercados, de un [0-5%] para productos Ideal en ese mismo canal, de [15- 35%] para los productos Nutrabien en las tiendas de menor tamaño y de un [0-10%] para los productos Ideal en este mismo tipo de establecimientos;

Septuagésimo segundo: Que la FNE replica el cálculo del GUPPI anterior utilizando las razones de desvío estimadas a partir de la encuesta Cadem, llegando a resultados diferentes respecto de las estimaciones de Butelmann Consultores, producto de los cambios introducidos a los márgenes reportados por las Partes. En particular, la estimación de la FNE bajo tales supuestos obtiene un GUPPI de [5- 15%] para los productos Nutrabien en el canal de supermercados, de un [0-10%] para los productos Ideal en ese mismo canal, de un [10-25%] para los productos Nutrabien en las tiendas de menor tamaño y de un [0-10%] para los productos Ideal en este último tipo de establecimientos;

Septuagésimo tercero: Que una discrepancia adicional entre las Partes y la FNE radica en si el cálculo de los GUPPI debe ser a nivel de producto, dado que se trata de empresas que producen varios productos y algunos sustitutos entre sí, o si debe ser realizado a nivel de cada una de las firmas a concentrarse. Según el informe de Butelmann Consultores, éste debiera calcularse a nivel de cada una de las firmas a concentrarse, ya que realizarlo a nivel de productos asumiría que los precios de otros productos que vende la firma permanecen constantes, no considerando la reoptimización de la empresa concentrada. Por su parte, la FNE señala que las empresas multiproducto eligen individualmente cada uno de sus precios y no sería correcto hacerlo a nivel de la empresa, dado que ello supondría que todos los precios varían en igual proporción lo que no reflejaría los distintos grados de sustitución entre los productos;

Septuagésimo cuarto: Que ambos enfoques imponen restricciones que son propias de métodos simplificados de índices de precios, igualando las presiones al alza del resto de los productos en un caso y asumiendo que éstas son iguales a cero en el otro, produciéndose sesgos respecto del equilibrio al que se intenta acercar utilizando este tipo de estimaciones de primer orden. Sin embargo, atendido que la encuesta Cadem, utilizada por Butelmann Consultores, no permitiría realizar el ejercicio a nivel de productos y que, como se verá, la diferencia

en los resultados de cada una de las Partes no es sustancial en la resolución de la presente controversia, no es necesario estudiar con mayor detalle la mencionada diferencia metodológica;

Septuagésimo quinto: Que las estimaciones de GUPPI presentadas por las Partes y la FNE permiten concluir que la Operación tendría, en principio, la aptitud para producir alzas de precios relevantes, razón por la cual debe ser analizada con mayor detalle, tanto respecto a sus eficiencias, como también a los aspectos dinámicos de las industrias asociadas a la Operación;

Septuagésimo sexto: Que, sumado a lo anterior, la FNE realizó una estimación para calcular el IPR, otro índice similar al GUPPI, pero que agrega en la estimación supuestos acerca de la curva de la demanda de los productos objeto de la Operación. Las estimaciones de la FNE alcanzan un [5-10%] para Brownie y Brownichoc en el canal de supermercados y de [5-20%] para ambos productos en el canal tradicional;

Septuagésimo séptimo: Que además de los informes que se han citados precedentemente, el TDLC recabó a petición de la FNE el Informe Motta. En él se presentan algunos de los resultados ya expuestos sobre los índices de presión al alza de precios; se señalan algunas de las debilidades de estos instrumentos; se explica por qué éste tipo de índices podrían subestimar la presión al alza; y se presenta el cálculo de un índice adicional, el CMCR, del que se obtienen resultados similares a los del GUPPI;

Septuagésimo octavo: Que, por último, las partes acompañaron a fojas 152 un informe económico elaborado por los economistas Claudia Allende y Mohit Karnani, el que intenta calcular las razones de desvío entre los productos Nutrabien e Ideal a través de una estimación de la demanda. A pesar de que las herramientas propuestas tienen ventajas por sobre el uso de las encuestas, el informe tiene omisiones metodológicas y utiliza datos incompletos (v.gr. no reporta los errores estándar y no distingue entre canales de venta), lo que hace imposible considerar sus resultados de GUPPI como una fuente más confiable que aquellos calculados a partir de las encuestas que se han descrito anteriormente;

5. Eficiencias asociadas a la Operación

Septuagésimo noveno: Que otro de los aspectos que el recurso cuestiona de la Resolución Recurrida es el análisis realizado por la FNE acerca de las eficiencias que podrían derivar de la Operación. De acuerdo con las Recurrentes, la Fiscalía desecha las eficiencias alegadas por éstas durante el proceso de investigación porque no cumplirían el estándar de verificabilidad e inherencia;

Octogésimo: Que, sobre el análisis de las eficiencias este Tribunal ha señalado que "*sólo se deben considerar aquellas eficiencias que sirvan de contrapeso para los riesgos identificados, creando posibilidades serias, concretas y verificables de que se alcancen eficiencias inherentes a la operación consultada y de que, en plazos razonables, se logre intensificar, o al menos no empeorar, el grado de competencia en el mercado relevante, pese a la mayor concentración que el mismo alcanzaría tras la operación consultada*" (Resolución N° 43/2012. Resuelvo 13.3);

Octogésimo primero: Que, de esta manera, las eficiencias asociadas a una operación de concentración y que son aptas para contrarrestar el mayor poder de mercado que obtiene la empresa fusionada, deben ser "*verificables, tanto en su probabilidad de ocurrencia como en su magnitud, e inherentes a los Acuerdos de Colaboración, es decir, que las Operaciones sean indispensables para lograr estas mejoras de eficiencias y que no existan mecanismos menos restrictivos para alcanzarlas*" (Resolución N° 54/2018. Resuelvo 141);

Octogésimo segundo: Que, asimismo, otra característica que deben tener las eficiencias para que puedan contrapesar los riesgos que puede generar una operación de concentración, es su traspaso a los consumidores. En efecto "*las eficiencias alegadas deben redundar, al menos en parte y con probabilidad y plazo razonables, en menores precios para los consumidores o en una mejora en la calidad de los productos o servicios ofrecidos. Este último punto está alineado con prácticas internacionales de análisis de operaciones de concentración*" (Resolución N° 43/12. Resuelvo 13.7);

Octogésimo tercero: Que, finalmente, la existencia de las eficiencias derivadas de una operación de concentración, así como la satisfacción de todas estas características, debe ser alegado y acreditado por las partes notificantes en el proceso de investigación que desarrolla la FNE;

Octogésimo cuarto: Que, tomando en consideración lo antes expuesto, corresponde ahora referirse a las eventuales eficiencias que se generarían a través de la Operación, las que fueron tratadas por las Partes en los informes de Butelmann Consultores, el informe Willington y Paraje (fojas 782 de Expediente de Investigación) y el propio recurso de revisión especial. Sin embargo, el análisis que sigue se concentrará en el informe Butelmann Consultores, atendido que, como señala la FNE, el informe de Willington y Paraje no distingue entre los distintos canales de distribución y venta;

Octogésimo quinto: Que las principales discrepancias entre las eficiencias que alegan las Partes y aquellas que considera la FNE dicen relación con (i) los potenciales ahorros en los costos de distribución y logística de los productos Nutrabien; (ii) los costos de la mano de obra relacionada a la venta de estos productos en el canal supermercados; y (iii) los costos de compra de materias primas requeridas para su fabricación;

Octogésimo sexto: Que, en cuanto a las eventuales eficiencias en distribución y logística, en el recurso de revisión se hace mención específica a la capacidad ociosa de la red de distribución de Ideal. Respecto a ello, se indica que es posible trasladar productos a los centros de distribución de Ideal, utilizando distintas rutas con capacidad ociosa, lo que es consistente con lo que se expone en el Informe Butelmann Consultores. Sin embargo, en el Informe de Prohibición se señala que, al estudiar la capacidad utilizada de la flota de Ideal a nivel de viajes, se puede observar que en más de la mitad de los viajes realizados durante el año 2017 la capacidad utilizada fue mayor al 90%; es decir, la capacidad ociosa sería menor a la presentada por las Partes, conclusión que es compartida en el Informe Motta;

Octogésimo séptimo: Que los antecedentes de autos dan cuenta que la FNE sólo analizó la distribución primaria sin tomar en consideración la saturación a ni-

vel de rutas. Así, de los antecedentes aportados por Ideal que constan a fojas 1139 del Expediente de Investigación, se puede desprender que la saturación promedio por ruta es de un [0,75–0,9], con una desviación estándar de [0,1–0,25], lo cual, en principio, permitiría incorporar los productos de Nutrabien a tal segmento de distribución, considerando, además, que los productos pueden trasladarse a los centros de distribución utilizando distintas rutas;

Octogésimo octavo: Que, por otra parte, el Informe de Prohibición no toma en cuenta la distribución secundaria, la que, de acuerdo con los antecedentes aportados en la presentación a fojas 1139, tendría un nivel de saturación menor al de la primaria con un promedio simple de [0,5-0,65] para el "Canal Detalle" y un [0,7- 0,85] para el "Canal Autoservicios", que es definido en la misma presentación como la "adquisición directa en supermercados";

Octogésimo noveno: Que, atendido lo anterior, las eficiencias derivadas del traspaso de los productos de Nutrabien al sistema de distribución de Ideal debieron haber sido consideradas al evaluar la Operación, toda vez que la información entregada por las Partes permite concluir que la capacidad ociosa presente en los distintos segmentos de la distribución es suficiente para incorporar, mayoritariamente y sin costos, los productos de la compañía adquirida. Sin embargo, FNE solo consideró, aproximadamente, el 70% de estas eficiencias en el canal supermercado y un 25% en el canal tradicional;

Nonagésimo: Que, respecto a la mano de obra asociada a las ventas de los productos relevantes, las principales discrepancias entre las Partes y la FNE han estado asociadas a las eficiencias que se producirían por existir diferentes estructuras salariales de los vendedores de cada compañía para el canal supermercados;

Nonagésimo primero: Que no existe controversia acerca de que las dos empresas que participan de la Operación cuentan con un esquema distinto de remuneraciones, más intensivo en salario fijo en el caso de Ideal y más intensivo en salario variable en el caso de Nutrabien;

Nonagésimo segundo: Que, por el contrario, existe controversia acerca de si los trabajadores de Ideal pueden hacerse cargo de las ventas de los productos de Nutrabien en el mencionado canal sin incurrir en costos adicionales y de si las supuestas eficiencias podrían ser logradas por Nutrabien sin necesidad de materializar la Operación;

Nonagésimo tercero: Que, por un lado, las Recurrentes señalan que las labores de venta en el canal supermercados serán absorbidas por trabajadores de Ideal, quienes tienen una menor remuneración variable, lo que conllevaría directamente una reducción del costo variable de los productos de Nutrabien. Sustentan lo anterior en base al Informe Butelmann Consultores Complementario, donde se señala que: (i) las ventas de Nutrabien representan una proporción mínima respecto de las de Ideal; (ii) los snacks dulces tienen una baja rotación respecto de otros productos de Ideal; (iii) Ideal ha mantenido constante su fuerza de ventas a pesar de variaciones importantes en sus ventas; y, (iv) existe flexibilidad para reasignar vendedores y reponedores entre distintos supermercados;

Nonagésimo cuarto: Que, por su parte, la FNE indica que el cambio de la estructura de remuneraciones no sería inherente a la Operación por cuanto *"el cambio de estructura de remuneraciones descrito obedecería a decisiones de gestión de las respectivas matrices, más que a una eficiencia específica de la operación. Asimismo, si es que se considera que Nutrabien forma parte del Grupo CCU, es razonable esperar que el grupo tenga la capacidad de asumir mayores costos fijos, tal como lo podría hacer Ideal."* (§193 Informe de Prohibición). Agrega que el eventual traspaso a un esquema de remuneraciones con un menor componente variable podría generar un comportamiento menos agresivo en las ventas de sus productos y un efecto de relajación de la competencia en el mercado. Por último, señala que las decisiones de gestión descritas no estarían respaldadas ni habrían sido revisadas en instancias formales de la empresa, lo que implicaría no cumplir con el estándar de verificabilidad;

Nonagésimo quinto: Que, en cuanto a la inherencia de la eficiencia planteada, es difícil evaluar si cada una de las empresas que participan en la Operación están optimizando en forma adecuada su esquema de remuneraciones, aten-

dido que ello depende de diversas materias que escapan del ámbito de la libre competencia. Por tanto, en la evaluación de los cambios a producirse luego de la Operación deben asumirse como dados los escenarios iniciales de cada una de las empresas a concentrarse, salvo que exista evidencia clara de alguna anomalía en la gestión;

Nonagésimo sexto: Que, considerando lo anterior, y lo expuesto por Nutrabien acerca de la justificación de los distintos esquemas de remuneraciones desarrollada en el Informe Butelmann Consultores Complementario, se estima que esta eficiencia es inherente a la operación;

Nonagésimo séptimo: Que, en relación con la verificabilidad, las Recurrentes señalan que el estándar exigido para esta eficiencia contraviene el establecido por este Tribunal. Así, indican que la FNE habría exigido un estándar de prueba que resulta imposible de lograr, en cuanto tales decisiones de gestión no podrían ser parte de "instancias formales de decisión" por parte de Ideal antes de materializada la Operación;

Nonagésimo octavo: Que, de acuerdo con la Guía de Operaciones de Concentración de 2012 que la FNE utiliza como referencia en su análisis, la verificabilidad se refiere a la probabilidad y magnitud de que una determinada eficiencia se materialice después de la operación. En este sentido, se deben descartar todas las alegaciones que sean "vagas, especulativas o que no puedan verificarse a través de medios razonables" (Shelanski, Howard, "Efficiency Claims and Antitrust Enforcement", En: *The Oxford Handbook of International Antitrust Economics*, ed. R. D. Blair y D. D. Sokol, vol.1, 2015, p. 461). La Guía antes referida reconoce que, para estos efectos, la FNE analizará distintos tipos de evidencia, tales como los antecedentes del negocio, estados financieros, informes de investigación, planes de integración y estudios de consultores, entre otros. Por tanto, cuando se exige que el nuevo esquema de remuneraciones debe constar en "instancias formales de decisión" de la empresa para "dar por acreditada su ocurrencia" (§ 196, Informe de Prohibición), ello parece desproporcionado y supone demostrar una certeza absoluta que excede el estándar aplicable;

Nonagésimo noveno: Que, en cuanto a las eficiencias relativas a la compra de materias primas, existen discrepancias respecto a la homologación de los distintos insumos comprados por parte de cada una de las Partes;

Centésimo: Que, al tratarse de productos específicos producidos para las partes o que se comercializan con distintos grados de calidad o de características, es responsabilidad de éstas demostrar que son equivalentes. Por otra parte, si las dos empresas compran insumos que son generalmente tratados como *commodities*, es posible presumir que las características de las compras de ambas empresas son homologables y que una diferencia en los precios de adquisición entre ellas sí daría lugar a una eficiencia;

Centésimo primero: Que, atendido lo anterior, es correcto excluir los menores costos que podría pagarse por las coberturas de chocolate y el manjar utilizado para los productos Nutrabien de las eficiencias. Sin embargo, atendido que se trata de un *commodity*, los potenciales menores costos por harina debieron hacer sido considerados como eficiencias de la Operación;

Centésimo segundo: Que, finalmente, del análisis de los distintos antecedentes del proceso, se puede observar que existe una discrepancia de mayor relevancia que se relaciona con la inclusión de las eficiencias esperadas en productos para los cuales no se identificaron riesgos de alzas de precio;

Centésimo tercero: Que, en efecto, la FNE descarta que existan riesgos unilaterales en los productos Bizcochos Familiares y Galletas, por cuanto las Partes no tendrían elevadas participaciones de mercado o porque estas categorías no se venden en forma masiva en un determinado canal. Atendido ello, la FNE no diseña la encuesta considerando estos productos, no desarrolla para ellos el análisis de presión al alza en precios y no hace un análisis de las posibles eficiencias que se pudiesen generar en su producción y comercialización a consecuencia de la Operación;

Centésimo cuarto: Que, sin embargo, el análisis de las operaciones de concentración debe sopesar todos los riesgos y todas las eficiencias que sean inherentes a ella. Así, de existir eficiencias en la producción y comercialización de Bizco-

chos Familiares y Galletas, estas debieron ser consideradas en la evaluación de la Operación, independiente de si en tales productos no se identificaron riesgos unilaterales;

Centésimo quinto: Que las únicas estimaciones disponibles en el expediente acerca de las eficiencias que se derivarían de la producción y comercialización de Bizcochos Familiares y Galletas se encuentran disponibles en el Informe Butelmann Consultores y son, en promedio, de una magnitud similar a las que se han documentado para los Bizcochos Individuales y los Alfajores;

Centésimo sexto: Que dicha omisión tiene implicancias relevantes en la evaluación de la Operación, por cuanto de acuerdo con los antecedentes presentados por las Partes, los bizcochos familiares y las galletas representan, en su conjunto, un [40-45]% de la facturación total de Nutrabien para el año 2016 (Informe Butelmann Consultores, p.3). En consecuencia, la omisión relativa a las categorías de Bizcochos Familiares y Galletas implicaría que las estimaciones de eficiencias totales de la Operación estarían subestimadas. Dado las ventas antes mencionadas, dicha subestimación podría representar aproximadamente el 40% de las eficiencias que fueron reportadas por la FNE;

6. Condiciones de entrada y reposicionamiento de productos porparte de otros actores

Centésimo séptimo: Que, tal como se expuso en el considerando quincuagésimo tercero, los índices de alza al precio utilizados por las Partes y la FNE -GUPPI, UPP e IPR- son estáticos y por consiguiente no reflejan las condiciones dinámicas de competencia, esto es, las reacciones de los competidores actuales y potenciales frente a una eventual alza en los precios de los productos de las Partes después de la Operación. Por tal motivo, aun cuando las estimaciones de dichos índices expuestas en los considerando sexagésimo octavo y siguientes, indiquen que las Partes tendrían incentivos para aumentar los precios de los productos afectados por la Operación, se requiere examinar las condiciones de entrada de nuevos competidores o la posibilidad de que los incumbentes reacomoden sus marcas o reposicionen sus productos, para luego determinar si pueden impedir o contrarrestar los potenciales efectos anticompetitivos de la Operación (Alis-

tair, Lindsay y Berridge, Alison,*The EU Merger Regulation: Substantive Issues*, Sweet & Maxwell, 2017, p. 517). En particular, es necesario dilucidar si la entrada de nuevos competidores o el reacomodo de marcas o productos por parte de actores existentes en mercados próximos puede generar una presión competitiva eficaz para las Partes de manera de impedir que la entidad concentrada pueda aumentar rentablemente los precios después de la Operación;

Centésimo octavo: Que, para estos efectos, se examinará la posibilidad de reposicionamiento de productos y de marcas por parte de actores existentes, la entrada de actores nuevos y el rol de las marcas como barrera a la entrada en el caso *sub lite*, examinando si los antecedentes permiten deducir que la entrada o reposicionamiento podrían ser elementos que disciplinen a la entidad concentrada cuando la Operación se materialice;

Centésimo noveno: Que, en este orden de ideas, respecto del reacomodo de actores presentes en mercados afines o próximos a aquellos identificados como riesgosos por ella, concluye que es una posibilidad "*meramente teórica, y no se cumplen las condiciones para considerarla como probable, oportuna y suficiente en términos anti-competitivos*" (§ 228 Informe de Prohibición);

Centésimo décimo: Que la FNE, durante su investigación, consultó a las compañías que no participan de los segmentos de bizcochos individuales y alfajores por planes concretos de ingreso al mercado con dichos productos, las que habrían descartado todo proyecto constitutivo de una entrada capaz de disciplinar a la entidad concentrada. La FNE afirma que si bien existen actores que podrían reposicionar su oferta hacia estos productos, tendrían que realizar inversiones en maquinaria, personal y marca, lo que tarda tiempo y afecta la oportunidad de una nueva entrada. Agrega que *"sólo una empresa que ya comercializa bizcochos con presencia significativa en la industria, [-], indicó contar con proyectos preliminares de expansión en estas categorías"* (§ 226 Informe de prohibición). En el mismo sentido, el informe Motta indica que su análisis de entrada se desarrolló bajo la premisa que los planes de [-] eran preliminares (p. 36);

Centésimo undécimo: Que, sin embargo, de la revisión del Expediente de Investigación se observa que los planes de expansión de [-] no pueden ser calificados como preliminares ni ser descartados asumiendo que eran eventuales. En efecto, en todas las respuestas de oficios y declaraciones que la mencionada empresa realizó a la FNE manifestó su intención de lanzar nuevos productos en las categorías de bizcochos y alfajores; es más, en una de sus respuestas afirmó que dichos planes eran concretos y que llevaban meses trabajando en su ejecución;

Centésimo duodécimo: Asimismo, al preguntársele por la descripción de cada producto, indicaron que para el caso de [-] usarían una marca de respaldo con importante presencia en ambos canales, supermercadista y tradicional. Con respecto al caso de [-] afirmó que estaba desarrollando productos para competir en el sub segmento de [-];

Centésimo decimotercero: Que en comunicaciones posteriores con la FNE, la mencionada empresa detalló aun más su proyecto, señalando que utilizaría una marca paragua [-] para desarrollar sus productos. Para el caso de [-], describe que utilizaría las líneas de producción actualmente existentes en la empresa para su fabricación, por lo que se estimaba que solo se deberían hacer inversiones marginales, las que identifica con detalle. En relación con los ingredientes se relevó que serían los mismos que los utilizados para fabricar otros productos de la empresa. Finalmente, señala que espera lanzar el producto en el corto plazo, indicando el mes específico en que se concretaría este plan. Respecto al producto [-] la empresa afirma que recurrirían a las líneas productivas que la empresa utiliza actualmente en la fabricación de algunos de sus productos. Y que a pesar de que todas las inversiones no estaban definidas, se estima que el reposicionamiento supondría una inversión marginal. Finalmente detalla que el lanzamiento del producto se espera que ocurra en el corto plazo, indicando un período que se estima razonable;

Centésimo decimocuarto: Que, como se aprecia, la empresa en cuestión informó a la Fiscalía de un proyecto detallado y elaborado de lanzamiento de productos en las categorías de alfajores y bizcochos, que debe ser considerado al momento de evaluar las condiciones de entrada al mercado objeto de esta resolución;

Centésimo decimoquinto: Que, en mérito de lo expuesto, los planes de reacomodo de [-] hacia las otras categorías de productos pueden calificarse como relevantes. En efecto, este actor expresa su voluntad de competir en el corto plazo, adquiriendo maquinaria, tal como dan cuenta documentos acompañados al Expediente de Investigación, y describiendo el modelo de negocio de los nuevos productos que se ampararían en su marca paragua. Se trata de un competidor en crecimiento y con marcas consolidadas en mercados aledaños, por lo que no requeriría adquirir patentes (en contraposición a lo que señala el Informe Motta p. 37). En estos casos, las inversiones en publicidad pueden aprovechar economías de ámbito conocidas como "*umbrella branding*" que permiten a una empresa introducir nuevos productos al amparo de su reputación con una marca reconocida;

Centésimo decimosexto: Que, adicionalmente, este actor utilizaría las líneas de producción existentes, lo que implica que no enfrentaría costos significativos o al menos no incurriría en grandes costos hundidos. Ello aumenta la probabilidad de que se materialice dicha entrada (en este sentido, ver Noticia Comisión Europea Fusiones Horizontales, § 73). En definitiva, los antecedentes indican que el potencial competitivo de [-] es plausible y reúne las condiciones para considerarse como una presión competitiva eficaz;

Centésimo decimoséptimo: Que, ahora bien, tanto el Informe de Prohibición como el Informe Motta señalan que si bien [-] podría tener la capacidad de comercializar nuevos productos, no tendría incentivos para hacerlo de manera agresiva porque podría canibalizar la venta de sus otros productos. En concreto, el Informe Motta señala que "[*E]s poco probable que la introducción de estos productos compense la presión para aumentar los precios: primero, no hay garantía alguna de que los productos sean exitosos; segundo, dada la posición competitiva de [-], es poco probable que fije el precio de estos productos de manera agresiva, por el riesgo de canibalizar ventas de otros de sus propios productos*" (Informe Motta, p. 7);

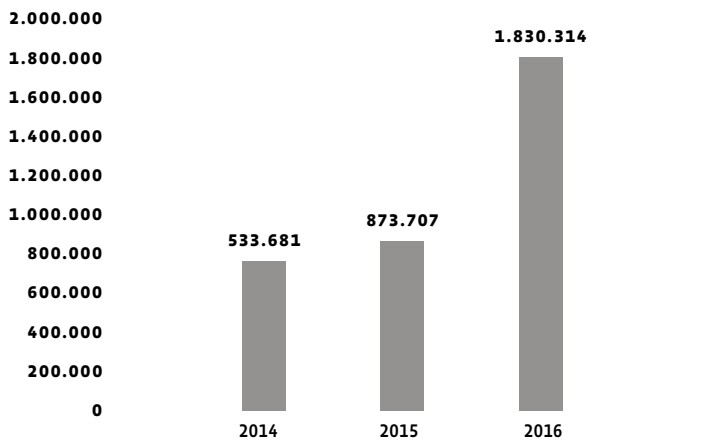
Centésimo decimoctavo: Que, en el expediente existen antecedentes que demostrarían que los productos Nutrabien están dirigidos a consumidores distintos que aquellos comercializados por este actor y que los productos comercia-

lizados actualmente por esta empresa tienen precios muy disímiles a aquellos comercializados por Nutrabien, por lo que si quiere competir con la entidad concentrada en ese nicho, parece plausible concluir que no canibalizaría los productos que comercializa actualmente;

Centésimo decimonoveno: Que, en cuanto al desarrollo de marcas propias por los supermercados en las categorías de bizcochos individuales y alfajores, la FNE indica que ha sido exiguo, de acuerdo con los antecedentes aportados por los mismos supermercados (fojas 175 – Anexo 14 – Confidencial Ideal y fojas 870 – Anexo 14 – Confidencial Ideal). Sin embargo, los datos que se encuentran en el expediente dan cuenta que los supermercados han incorporados nuevos productos de marcas propias en los últimos años (fojas 371, fojas 367 y fojas 440) y que han tenido un crecimiento sustantivo en la categoría de bizcochos individuales, a pesar de que aún representan una participación menor en el mercado. En particular, a partir de la información proporcionada por las Partes, desplegada en el gráfico N°1, se muestra que el desarrollo de bizcochos individuales de marcas propias ha presentado, en términos de ventas, una tasa de crecimiento anual del 85,2% entre los años 2014 y 2016, lo cual demuestra que esta categoría de productos presenta un fuerte y sostenido crecimiento. De este modo, no corresponde restar todo valor a los antecedentes relativos a las marcas propias;

GRÁFICO N° 1

EVOLUCIÓN VENTAS BIZCOCHOS INDIVIDUALES MARCAS PROPIAS



TASA DE CRECIMIENTO = 85,19%

Fuente: Elaboración propia a partir de información base de datos Nielsen (fojas 870, Anexo 14 – Confidencial Ideal, Expediente Investigación)

Centésimo vigésimo: Que, además, la FNE señala que se consultó a las principales cadenas supermercadistas sobre sus proyectos concretos en estas categorías a futuro y todas lo habrían descartado, salvo una que mencionó su intención de incorporar bizcochos individuales sin relleno (sólo magdalenas o queques), productos hacia los que no se arrojaron mayores desvíos en la Encuesta Activa Research desde brownies y bizcochos con relleno;

Centésimo vigésimo primero: Que, sin embargo, de la revisión del Expediente de Investigación de la FNE, se puede apreciar que dos cadenas supermercadistas señalaron sus intenciones de elaborar productos en estas categorías. En primer lugar, a fojas [-] se encuentra la respuesta de [-] al Oficio Ordinario N [-] de la FNE, la que indica, a propósito de la pregunta número 1 en la que se señalaba "en relación con las categorías alfajores y bizcochos individuales (incluyendo brownies y queques), señale si su representada tiene planes concretos a la fecha para comercializar marcas propias de este tipo de productos en el corto plazo", [-] señaló que existe un proyecto para comercializar [-] y [-] como productos de marca propia. Dicho proyecto, sin embargo, se encuentra en una fase aún preliminar, pues está en la etapa de búsqueda de un proveedor que cumpla los requisitos y estándares de calidad exigidos para la elaboración de productos de marca propia [-]. En segundo lugar, y en la misma línea, a fojas [-] consta la respuesta de [-] al Oficio Ordinario N° [-] de la FNE. Ante la misma primera pregunta, [-] afirmó que "tiene contemplado entre sus planes de desarrollo de Marcas Propias ('MMPP') para el 2018, la incorporación de [-]. No se ha iniciado aún la búsqueda de potenciales proveedores, debido a que su desarrollo todavía se encuentra en etapa inicial de evaluación";

Centésimo vigésimo segundo: Que, de esta manera, si bien es cierto que los planes de ambas cadenas supermercadistas son iniciales y que requieren para su ejecución la identificación de proveedores específicos, la FNE omite la respuesta sobre sus planes a futuro. Lo anterior es relevante en el entendido que el desarrollo de marcas propias debe evaluarse al analizar las condiciones de entrada al mercado para el caso del canal supermercadista;

Centésimo vigésimo tercero: Que, por otra parte, la FNE sostiene que la creación de una marca reconocida en los mercados afectados se puede erigir como

una barrera a la entrada. Esto es coherente con otros precedentes relativos a productos de consumo masivo alimenticios (v.gr. archivo de investigación de la enajenación de Foods Cía. De Alimentos, Rol FNE F 43-2015) y con la literatura en materia de organización industrial (Sutton, John, *Sunk Costs and Market Structure. Price Competition, Advertising, and the Evolution of Concentration*, MIT Press, 1991, Capítulo 8 y siguientes), en los que se sostiene que la marca juega un rol crucial en la decisión de los consumidores en este mercado y bajo esa premisa, los potenciales entrantes deben ser capaces de construir una marca;

Centésimo vigésimo cuarto: Que, de acuerdo con la información disponible en el expediente, las marcas comercializadas por las Partes son de larga data y cuentan con un alto nivel de conocimiento y, por tanto, pueden considerarse una barrera a la entrada relevante. Sin embargo, si bien la construcción de la marca puede afectar la oportunidad de la entrada, ello afectaría a nuevos entrantes y no a actores con marcas consolidadas en mercados aledaños, como sería el caso de [-], expuesto *supra*. Como se indicó, en estos casos, las inversiones en publicidad pueden dar lugar a economías de ámbito conocidas como "*umbrella branding*";

Centésimo vigésimo quinto: Que, asimismo, la FNE indica que atendido que la línea de productos Fuchs (marca posicionada en panadería), en brownies y galletones, lanzados por Ideal en 2017 no ha mostrado un rápido crecimiento en sus ventas, ello sugeriría que traspasar el desarrollo de una marca a otro producto es difícil, aun para el líder de la categoría. Sin embargo, a diferencia de [-] que elabora y comercializa productos en mercados colindantes, la marca Fuchs tradicionalmente no pertenece a un mercado colindantes porque se concentra en panadería;

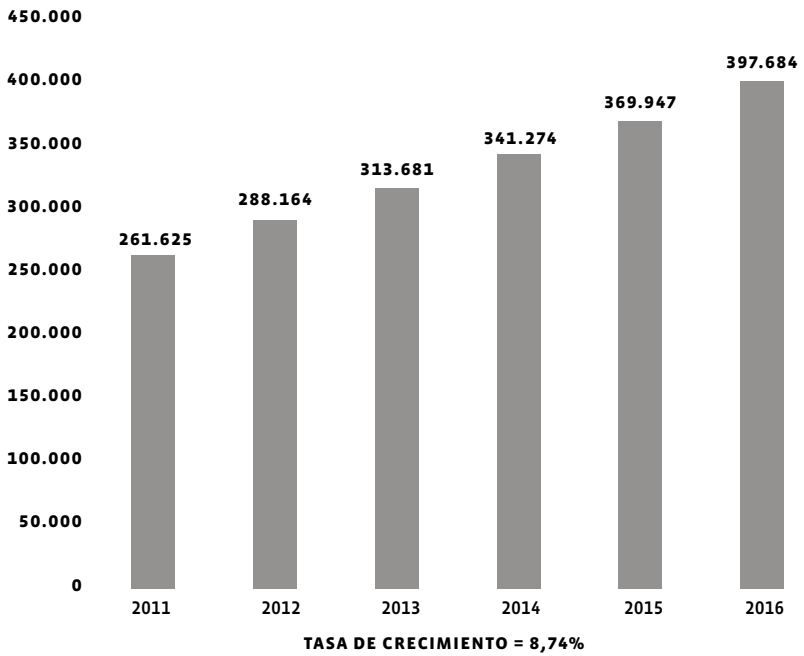
Centésimo vigésimo sexto: Que, adicionalmente, en lo relativo a la entrada de nuevos actores, el Informe de Prohibición indica que no se materializaría en forma oportuna. Esgrime que un actor relevante en la categoría de galletas, colindante al mercado, [-] habría señalado que la entrada variaría dependiendo de las características del producto y que tardaría entre 12 a 24 meses contados desde la toma de decisión de ingresar a la categoría. Sin embargo, este período de tiempo se ajustaría a lo que se considera como una entrada oportuna de

acuerdo con los estándares utilizados en la experiencia comparada (Guía Comisión Europea Fusiones Horizontales, § 74);

Centésimo vigésimo séptimo: Que, finalmente, al examinar si una entrada en el mercado resultará rentable o no, se debe tener en cuenta su evolución a través del tiempo. En este sentido, las probabilidades de entrada de nuevos actores serán mayores en la medida que sea rentable ingresar y en un mercado con perspectivas de crecimiento –como los afectados en autos- esta probabilidad será especialmente alta (Noticia Fusiones Horizontales, Com. Europea, §72). En efecto, el gráfico N°2 da cuenta que la tasa anual de crecimiento respecto a las ventas, en el período comprendido entre el año 2011 al 2016, para la categoría bizcochos dulces (Tabla 1, a fojas 198 del Expediente de Investigación en el Anexo E);

GRÁFICO N° 2

EVOLUCIÓN VENTAS BIZCOCHOS DULCES



Fuente: Elaboración propia a partir de información Anexo E (fojas 198, Expediente Investigación FNE)

Centésimo vigésimo octavo: Que, de los antecedentes disponibles en autos, se desprende que el reacomodo de marcas y reposicionamiento de otros actores constituyen indicios que permiten concluir que probablemente surja una presión competitiva que impida los eventuales efectos anti-competitivos después de la Operación.

7. Análisis de las medidas de mitigación ofrecidas por las Partes

Centésimo vigésimo noveno: Que, de conformidad con el inciso tercero del artículo 53 del D.L. N°211, según consta a fojas 1520, las Recurrentes ofrecieron a la FNE las siguientes diversas medidas de mitigación de naturaleza conductual ("Medidas de Mitigación Ofrecidas");

Centésimo trigésimo: Que las Medidas de Mitigación Ofrecidas se indican a continuación y sus términos específicos se regirían por el compromiso de fojas 1520 y siguientes:

1) Ideal se compromete a fijar niveles máximos de los precios de venta de los productos Nutrabien por un plazo de tres años luego de perfeccionada la Operación, de conformidad con [la fórmula propuesta a fojas 1522];
2) Ideal se compromete a mantener los actuales niveles de calidad de los productos Nutrabien por un plazo de tres años luego de perfeccionada la Operación. Estos niveles de calidad se medirán según las características técnicas de los insumos utilizados en la elaboración de los productos indicados;
3) Ideal se compromete a mantener su índice de innovación por un plazo de dos años luego de perfeccionada la Operación Propuesta;
4) Ideal se compromete a cumplir con las siguientes obligaciones de no hacer por un plazo de tres años luego de perfeccionada la Operación:
    a) Prohibición de celebrar actos o contratos que contengan exclusividades para la comercialización y/o distribución de una o más categorías de los productos Nutrabien;
    b) Prohibición de imponer o pactar descuentos condicionales o selectivos respecto de los productos Nutrabien;

c) Prohibición de realizar ventas atadas o empaquetamiento de los productos Nutrabien; y

d) Prohibición de requerir o hacer uso de espacios de exhibición en góndola lineal, superior a la participación de mercado resultante de la Operación, en cualquiera de los canales de distribución (supermercados, canal adicional y tiendas de conveniencia).

5) Ideal se compromete a limitar su inversión en actividades publicitarias y estudios de mercado respecto de los productos Ideal y de los productos Nutrabien por un plazo de tres años luego de perfeccionada la Operación. Específicamente, el límite de la inversión en publicidad y estudios de mercados será de un 6% de las ventas netas provenientes de los productos Ideal y de los productos Nutrabien del año anterior. Las ventas netas provenientes de los productos Nutrabien serán considerados sólo una vez que sean incorporados al portafolio de Ideal y vendidos por éste;

6) Ideal se compromete a expandir la distribución de los productos Nutrabien mediante el aumento del número de clientes y puntos de venta que actualmente comercializan los productos Nutrabien en un 20% en un plazo máximo de dos años luego de perfeccionada la Operación; y

7) Ideal se compromete a designar a un tercero independiente en calidad de supervisor *ex post*, a fin de que fiscalice el cumplimiento de las obligaciones y compromisos de Ideal que se fijen, de acuerdo con los términos y condiciones indicadas a fojas 1523 y siguientes.

Centésimo trigésimo primero: Que, a pesar de que las Medidas de Mitigación Ofrecidas son de carácter conductual, éstas permiten minimizar los riesgos de alza de precios, disminución de la variedad y calidad de productos Nutrabien, así como el de disminución en la tasa de innovación de los productos de Ideal luego de perfeccionada la Operación. La calificación de suficiencia de estos remedios conductuales se realiza considerando especialmente el análisis sobre las eficiencias que produciría la Operación y las condiciones de entrada en los mercados afectados por esta, tal como se expuso en las consideraciones precedentes;

Centésimo trigésimo segundo: Que las Medidas de Mitigación Ofrecidas también incluyen compromisos que disminuyen la probabilidad de abusos de poder

de mercado por parte de Ideal luego de perfeccionada la Operación, como son las obligaciones de no incorporar exclusividades en los contratos que contengan productos de Nutrabien, o de no realizar descuentos condicionales o selectivos y la de no realizar ventas atadas o empaquetamientos con productos Nutrabien;

Centésimo trigésimo tercero: Que finalmente, Ideal se compromete a limitar sus actividades publicitarias y a expandir la distribución de los productos Nutrabien en un 20% luego de materializada la Operación, lo que supondría una eficiencia dinámica adicional, que beneficia directamente a los consumidores y contribuye a contrarrestar los riesgos asociados a la Operación;

Centésimo trigésimo cuarto: Que, atendidas las razones expuestas en las considerandos precedentes, especialmente el análisis sobre las eficiencias y las condiciones de entrada en los mercados concernidos en la Operación, es posible concluir que las medidas cumplen los requisitos que este Tribunal ha fijado para que mitiguen efectivamente los riesgos detectados, esto es, son (i) proporcionales, vale decir, responden de manera equitativa y razonable a los riesgos que pretenden enervar; (ii) materialmente posibles de aplicar y ejecutar; (iii) eficaces, en cuanto su aplicación implicará un verdadero contrapeso o contención respecto de los riesgos detectados; y, (iv) susceptibles de fiscalización y monitoreo independiente y efectivo (en este sentido, Resolución N° 37/2011, §304);

8. Colaboración en relación con las medidas de mitigación

Centésimo trigésimo quinto: Que, por último, corresponde pronunciarse sobre los cuestionamientos que plantean las Recurrentes sobre la inobservancia por parte de la FNE de lo que llaman el "principio de proporcionalidad y colaboración", durante el procedimiento que dio lugar a la Resolución de Prohibición;

Centésimo trigésimo sexto: Que las Partes arguyen que la Resolución Recurrida se basa en un procedimiento que vulneraría el "principio de proporcionalidad y colaboración" que rige el sistema de control de fusiones y, adicionalmente, que la Fiscalía se apartaría de lo dispuesto en su Guía de Remedios de 2017. Argumentan, en concreto, que la FNE no comunicó a las Partes su evaluación acerca

de las Medidas de Mitigación Ofrecidas ni les entregó orientación alguna en la búsqueda del mejor remedio disponible. Relatan que el 12 de abril de 2018 las Partes ofrecieron al Fiscal Nacional Económico las medidas que estimaron idóneas para mitigar los riesgos identificados por la FNE en su Informe de Riesgos y que en esa misma fecha y en atención a dicho ofrecimiento, la FNE habría emitido una resolución de suspensión del plazo de la investigación hasta el día 4 de mayo de 2018, inclusive;

Centésimo trigésimo séptimo: Que las Partes añaden que habrían solicitado a la FNE discutir las Medidas de Mitigación Ofrecidas. Sin embargo, no habrían obtenido respuesta y cuando expiró el plazo para que la FNE analizara dichas medidas, esta no comunicó su evaluación y luego, el 10 de mayo de 2018, dictó la Resolución Recurrida donde señala que las Medidas de Mitigación Ofrecidas no son suficientes ni óptimas para mitigar los riesgos detectados;

Centésimo trigésimo octavo: Que, el nuevo sistema de control de operaciones de concentración, según se explica a continuación, supone que la Fiscalía tiene una actitud de diálogo y cooperación con las partes notificantes durante el procedimiento que se sustancia ante esta. En relación con las medidas de mitigación, ello implica que la FNE, una vez recibidas estas, debe dar inicio a un proceso de diálogo con los involucrados en la operación a fin que, en conjunto, identifiquen aquellas medidas que más se condigan con los riesgos identificados;

Centésimo trigésimo noveno: Que en caso que la FNE estime que las medidas de mitigación no son adecuadas y proporcionales para reducir los riesgos de la operación, debería dejar constancia de ello en el expediente expresando sus objeciones con anterioridad a la resolución final, por más sustantivas que estas sean. Así, por ejemplo, recientemente en el expediente de investigación Rol FNE F- 116-2018, la FNE indicó sus reparos a las medidas ofrecidas por las partes notificantes (fuente exacta). De esta manera, se permite a las partes notificantes mejorar las medidas o proponer nuevas y así, se genera un diálogo eficiente y una verdadera cooperación;

Centésimo cuadragésimo: Que, al efecto, la historia de la Ley N°20.945 señala que *"[L]as medidas de mitigación deben poder ser discutidas y negociadas en-*

tre la autoridad y las partes, evaluando posibles alternativas y sopesando los efectos que quepa esperar de ellas en el mercado." (Mensaje, Historia de la Ley N° 20.945, p. 11);

Centésimo cuadragésimo primero: Que, el informe del Secretariado de la OCDE que formuló recomendaciones relativas al sistema de control de operaciones de concentración en nuestro país, coincide con lo expuesto en el considerando anterior en cuanto señala que dicho control debe realizarse en el marco de un proceso abierto y colaborativo (Informe del Secretariado de la OCDE sobre la evaluación del Régimen de Control de Concentraciones en Chile, 2014, p. 105 y 109). En este sentido, se destacó la importancia de un diálogo abierto con las Partes sobre las medidas de mitigación que "*puede ser la herramienta más eficiente para asegurar la relevancia y viabilidad de las condiciones*" (Informe del Secretariado de la OCDE sobre la evaluación del Régimen de Control de Concentraciones en Chile, 2014, pp. 109-110);

Centésimo cuadragésimo segundo: Que, por último, la Guía de Remedios de 2017 de la Fiscalía señala que "*El ofrecimiento formal de medidas o la propuesta tentativa de las mismas iniciará un diálogo, en que la FNE brindará orientación a las partes en la búsqueda del mejor remedio disponible atendidos los riesgos existentes*" (§23);

Centésimo cuadragésimo tercero: Que la Guía de Remedios da cuenta de la visión de esta institución sobre las mejores prácticas relativas a las medidas de mitigación (declara que su finalidad es "*transparentar y orientar a las partes respecto de la evaluación que la FNE realizará de las medidas de mitigación (…) dar certeza jurídica a los que busquen notificar una operación de concentración y acotar los espacios de discrecionalidad que la norma confiere a la autoridad*" (p. 3). En consideración a lo anterior, si la FNE decide prescindir de los lineamientos que entrega dicha Guía, debiera entregar argumentos plausibles que justifiquen su actuar de manera de no afectar la certeza jurídica que esta clase de instrumentos entrega a las partes;

Centésimo cuadragésimo cuarto: Que consta a fojas 1520 que, de conformidad con lo dispuesto por el inciso tercero del artículo 53 del D.L. N° 211, las Partes

ofrecieron las medidas que estimaron aptas para mitigar los riesgos que la Operación puede producir para la libre competencia. Asimismo, consta la resolución de la FNE donde se suspende el procedimiento (fojas 1378, Expediente de Investigación) e, inmediatamente después, la única actuación relevante de la FNE fue dictar la Resolución de Prohibición;

Centésimo cuadragésimo quinto: Que, por consiguiente, el expediente no contiene antecedentes que den cuenta de la solicitud de las Partes para discutir las medidas con la FNE después de ser ofrecidas, ni contiene documento alguno que dé cuenta de la evaluación que de ellas realizó este organismo ni de la existencia de reuniones o intercambios de opiniones entre la Fiscalía y las Partes sobre las Medidas de Mitigación Ofrecidas;

Centésimo cuadragésimo sexto: Que, en definitiva, no consta en el Expediente de Investigación que se hubiere desarrollado un diálogo con las Partes una vez que ofrecieron las medidas de mitigación, ni, con anterioridad al Informe de Prohibición, se consignan las razones que motivan su rechazo por parte de la FNE. Si bien dicha omisión en el expediente por parte de la FNE se estima cuestionable, esta circunstancia no es causal suficiente para invalidar todo el proceso llevado adelante por este organismo;

Y de conformidad con los artículos 18 N°5, 31 bis, 56 y 57 del D.L. N° 211:

SE RESUELVE:

ACOGER el recurso de revisión especial, revocar la Resolución Recurrida y aprobar la Operación sujeta a las medidas de mitigación ofrecidas por las Recurrentes a la FNE de conformidad con el inciso tercero del artículo 53 del D.L. N°211, indicadas en el considerando centésimo trigésimo.

SE PREVIENE que el Ministro señor Enrique Vergara Vial concurre con el voto de mayoría, salvo lo dispuesto en los considerandos centésimo trigésimo quinto a centésimo cuadragésimo sexto.

Acordada con el **VOTO EN CONTRA** de los Ministros señor Eduardo Saavedra Parra y señor Javier Tapia Canales, quienes estuvieron por no acoger el recurso

de revisión especial de operaciones de concentración y, por tanto, rechazar la operación consultada. En su concepto, según se desprende de los fundamentos del fallo y de las solicitudes de información decretadas durante el proceso (en resoluciones de fojas 159 y 574), la mayoría ha otorgado al recurso un ámbito amplio que permite revisar, *de novo*, el mérito de la decisión de la FNE y sustituir completamente su criterio de decisión por el del Tribunal, incluso careciendo en ocasiones de evidencia para ello. En opinión de estos disidentes, en cambio, dicho ámbito debe tener un alcance más delimitado, debiendo la revisión ser enfrentada con un criterio de deferencia con la autoridad administrativa. Bajo este criterio, la decisión de la FNE, revisada en su mérito, fue legal, razonable y no adolece de impropiedad procesal, no vislumbrándose entonces razones suficientes para revertirla.

Los argumentos específicos son desarrollados en las siguientes consideraciones:

1) En términos generales, los ministros que suscriben esta minoría no concordamos con el ámbito que, en los hechos, la mayoría ha conferido al recurso de revisión especial consagrado en los artículos 18 Nº5 y 31 bis del D.L. Nº 211. El recurso en comento tiene por finalidad, como su propia denominación lo indica, la "revisión" de una decisión adoptada primariamente por la autoridad administrativa, esto es, realizar un escrutinio de sus fundamentos. No es, entonces, una apelación ni tampoco una reclamación. Como expresamos en resolución de fojas 159, el alcance del recurso depende de cómo se estime que debe ser la relación más adecuada entre el órgano que revisa la decisión (en este caso, este Tribunal) y el que la adopta (en este caso, la FNE);
2) Para estos efectos, lo primera es dilucidar el ámbito de competencias de ambos órganos, decisor y revisor. Para ello, es bueno comenzar enfatizando algunos aspectos centrales que llevaron al actual sistema;
3) Como es sabido, el año 2016 la Ley N° 20.945 modificó el sistema de operaciones de concentración, pasando éste de ser uno de carácter voluntario y esencialmente judicial; a uno sujeto a una notificación obligatoria ante la FNE (superados ciertos umbrales), donde la decisión acerca de la operación queda radicada, principalmente y de manera definitiva, en dicho organismo administrativo. Bajo el antiguo sistema, en la práctica, las operaciones de concentración eran sólo eventualmente

conocidas por la autoridad y, cuando lo eran, su tramitación quedaba sometida al procedimiento de consulta establecido en el artículo 18 Nº 2 del D.L. Nº 211;

4) Estos fueron, precisamente, los aspectos más controvertidos de dicho sistema que llevarían luego a su modificación. Tal como ha señalado la OCDE, en la práctica *"cada operación* [era] *un 'caso' a ser resuelto a través de un proceso judicial, ya sea antes o después de su consumación"* (OCDE, Evaluación del Régimen de Control de Concentraciones en Chile, Informe del Secretariado de la OCDE, 2014, p. 54). Asimismo, se fomentaba *"un enfoque contencioso hacia su análisis, sometiendo dichas operaciones a procedimientos inflexivos"* (*Ibíd*., p. 55);

5) La Ley N° 20.945 buscó poner fin a estos inconvenientes, optando por establecer un procedimiento administrativo altamente reglado, con etapas, plazos y consecuencias jurídicas definidos mayoritariamente por el legislador. A pesar de ello y al igual que como ocurre en otras jurisdicciones, las únicas normas sustantivas que establecen parámetros de decisión, consagradas en el D.L. Nº 211 en los artículos 54 y 57, no establecen una regla, sino un estándar abierto sujeto a la discrecionalidad (acotada) de la autoridad administrativa. Este estándar es el de "reducción sustancial de la competencia";

6) La "reducción sustancial de la competencia" es utilizada, con diversas denominaciones, en la mayor parte de las jurisdicciones comparadas. En términos generales, una operación de concentración que produce una reducción significativa de la competencia conlleva un efecto adverso en los consumidores y debe, por tanto, ser rechazada. Con todo, más allá de este aserto, la concreción del estándar requiere siempre de la construcción de alguna "teoría del daño" que describa *"los posibles cambios que surjan de la fusión y compare cualquier efecto en rivalidad y daño esperado a los consumidores con la situación posible de surgir sin la fusión"* (R. Whish y D. Bailey, *Competition Law*, 9ª ed., OUP, 2018, p. 960, traducción nuestra). Por ello, el estándar de decisión suele, en los hechos, variar en intensidad de jurisdicción en jurisdicción. Una muestra de ello es que, para aminorar la incertidumbre regulatoria, las autoridades de competencia suelen dictar lineamientos generales de decisión, como hizo la FNE en su hoy derogada "Guía para el Análisis de

Operaciones de Concentración" (que, de todos modos, es mencionada en el §7 del el Informe de Prohibición como base para el análisis);

7) En lo que aquí importa, lo anterior implica que, al menos desde la reforma del año 2016 (si no antes), no hay duda de que la FNE tiene plena autoridad para interpretar con relativa amplitud la ley sustantiva y para establecer los hechos que subyacen a su cumplimiento. Esta amplitud –no puede olvidarse– se basa en el alto grado de especialización técnica de este organismo, lo que llevó al legislador a "delegar" sus atribuciones basado en ese mayor conocimiento. Como ha sostenido la doctrina, es esperable que mientras más grande sea la ventaja informacional de una agencia (atendido su *expertise*), mayor será el espacio de dicha delegación (en este sentido, por ejemplo, véase J. Mashaw, "Agency Statutory Interpretation", *Public Law & Legal Theory. Research Papers Series* 33, Yale Law School, 2003);

8) Junto a lo anterior, el legislador consideró que el espacio de discrecionalidad administrativa podía ser amplio porque queda sometido a una tutela judicial efectiva por la vía de un contencioso administrativo. En efecto, durante la discusión legislativa previa a la reforma del año 2016, las potestades entregadas a la FNE en esta materia se fundamentaron precisamente en el hecho que existiría una revisión judicial. Como expresó la Excma. Corte Suprema en ese entonces, *"no se divisa inconveniente para que el nuevo procedimiento de control quede entregado a la Fiscalía Nacional Económica en la modalidad descrita, toda vez que se permite la impugnación de la resolución prohibitiva de concentración, ante el TDLC"* (Historia de la Ley N° 20.945, p. 36 y p. 286);

9) Sin embargo, contrario a lo que se sostiene en el considerando quinto del fallo, no existe mandato legal que establezca un determinado estándar sustantivo al cual el Tribunal deba someterse en su revisión. La "reducción sustancial de la competencia" sólo se encuentra establecida en el D.L. Nº 211 como un parámetro que vincula a la FNE. De hecho, incluso en el caso que la decisión administrativa sea revocada y, por tanto, aprobada la operación, los únicos parámetros legales son de "adecuación y suficiencia" de las medidas que eventualmente sean adoptadas (artículo 31 bis, inciso 4º);

10) A este respecto, resulta conveniente aclarar por qué, entonces, en el mensaje del proyecto que culminó en la dictación de la Ley Nº 20.945 se sostuvo que el estándar de "reducción sustancial de la competencia" se aplicaría también al Tribunal (Historia de la Ley N° 20.945, p. 12; la misma idea se reitera en otras partes de la tramitación). Esto puede llevar a cierta confusión, más allá de que el D.L. Nº 211 sea claro en establecer el estándar sólo obliga a la FNE, según se ha visto. Lo cierto es que tal referencia debe ser interpretada en el marco de la revisión, en el marco de la cual es evidentemente aplicable al Tribunal, en tanto es éste quien debe velar porque la autoridad administrativa le haya dado una correcta aplicación. En este sentido –y *sólo* en este sentido– posee lógica la afirmación del mensaje;

11) Dado lo anterior, es el propio Tribunal quien debe delimitar su ámbito de actuación cuando una decisión de la FNE en materia de control de operaciones de concentración le es sometida a su conocimiento. Para estos efectos, es necesario tener en cuenta la configuración del entramado institucional establecido por el legislador y las diferencias esenciales entre lo que implica administrar y juzgar. Como señala la doctrina, cuando a una autoridad administrativa le es conferida una potestad interpretativa –y, por cierto, la de compilar los hechos basales de un caso– (como ocurre en el caso de la FNE en esta materia), *"los jueces no debieran interferir con la decisión administrativa solamente porque están en desacuerdo con su substancia"* (M. Lewans, *Administrative Law and Judicial Deference*, Hart, 2016, p. 5 [traducción nuestra]). En otras palabras, se *"exige al juez una definición previa de los límites de su competencia, para apreciar adecuadamente el problema que debe resolver […] pudiendo anular las decisiones de organismos técnicos, pero sin sustituir la competencia propia de la Administración al decidir el contenido de la solución final"* (L. Cordero, *Lecciones de Derecho Administrativo*, Thomson Reuters, 2015, p. 633);

12) En otras palabras, el escrutinio de una decisión primaria debe ser, en tales casos, esencialmente deferente. La deferencia indica que toda vez que el significado de una norma es ambiguo con respecto a la específica cuestión que se trata de resolver, o cuando el legislador ha entregado explícitamente una autorización a la administración, ya sea para decidir el

contenido de una política pública o completar o interpretar la regulación por vía administrativa, la judicatura debiera rehusar considerar el mérito legal de la interpretación utilizada en la decisión de la instancia previa;

13) Esta posición de deferencia es ampliamente aceptada por tribunales en el derecho comparado, por cierto, con las variaciones propias de cada sistema. Este es el caso, por ejemplo, de Canadá (*CUPE: Canadian Union of Public Employees, Local 963 v New Brunswick Liquor Corporation* [1979] 2 SCR 227) y Estados Unidos (*Chevron: Chevron USA Inc v Natural Resources Defense Council, Inc* 467 US 837 [1984]), entre otros. Con menor intensidad en el plano interpretativo, pero mayor en la apreciación de los hechos, los tribunales ingleses y australianos también aplican un cierto grado de deferencia (véase P. Cane, *Controlling Administrative Power: An Historical Comparison*, CUP, 2016). En Europa, en tanto, las cuestiones de hecho son tratadas con deferencia, pero la jurisprudencia es algo vacilante en cuanto a la interpretación administrativa (M. Bernatt, "Transatlantic Perspective on Judicial Deference in Administrative Law", *Columbia Journal of European Law*, vol. 22(2), 2016, pp. 275-325);

14) La posición deferente frente a competencias técnicas que corresponden al órgano administrativo ha sido también adoptada en ocasiones por nuestra Excma. Corte Suprema, por ejemplo, en la sentencia rol 764-2002, de 19 de junio de 2002 (en el caso conocido como *Itata*) y más recientemente en la sentencia rol 5.055-2017, de 13 de septiembre de 2017;

15) Por cierto, la deferencia no implica en caso alguno una abdicación de las funciones judiciales o inmunidad jurisdiccional. La deferencia no es más que la forma de enfrentar un caso concreto. Siempre permanece vigente la obligación constitucional que pesa sobre los jueces, como parte del debido proceso, de asegurar que las decisiones administrativas sean justas y razonables. Por ello, la intensidad de la revisión debe ser "calibrada", para evitar lo que la doctrina conoce como "deferencia indebida". Esto implica decidir el "grado de deferencia" más adecuado (sobre esta denominación, véase P. Craig, *Administrative Law*, 6a ed., London: Sweet & Maxwell, 2008, p. 615). La razón es que toda revisión recae, en alguna medida, sobre el mérito de lo decidido, especialmente cuando lo que se controla son atribuciones discrecionales del decisor

primario, pues es inevitable la revisión de los hechos del expediente administrativo. En esta decisión, que puede ser legislativa o, como en el caso del recurso de revisión especial, entregada al propio revisor, influyen tanto a las características de este último como a la naturaleza de los intereses afectados por la decisión primaria;

16) En cuanto a las características del órgano revisor, dado el carácter especializado del Tribunal, la revisión se refiere tanto a aspectos formales (tales como el cumplimiento de plazos, requisitos, etc.), como de fondo (tales como la aplicación de metodologías, la definición del mercado, entre otros). Es decir, se trata evidentemente de una revisión profunda de la decisión primaria. Para ello, el Tribunal posee amplias facultades. Esto es consistente con el hecho que la especialización conlleva siempre un incentivo a revisar de manera íntegra todos los antecedentes de la decisión primaria, como si – en lenguaje estadístico– se enfrentaran variables continuas de decisión;

17) Sin embargo, dado que la definición en concreto es un tema de grado y no de categorización, la cuestión consiste precisamente en determinar el alcance de esa revisión de mérito (contrapuesta a una revisión limitada al derecho, propia, por ejemplo, de una revisión judicial por vía de casación; y contrapuesta a una revisión amplísima como en la apelación o incluso, como acontece en la práctica, con la reclamación en materia de libre competencia). El solo hecho que se trate de un recurso, como se expone en el fallo, nada dice en sí mismo acerca de dicho alcance; tampoco la mera circunstancia de contar con amplias facultades para revisar y tomar decisiones. El espacio decisional sigue siendo ambiguo, debiendo ser establecido en concreto por el Tribunal;

18) En nuestro concepto, ni la especialización ni su consiguiente incentivo obstan a que en la especie se esté en presencia de un escrutinio acotado y no de una decisión *de novo*. Es decir, ni siquiera las especiales características institucionales del TDLC (en particular, su especialización) proveen una razón fuerte para que el análisis no esté dirigido a establecer únicamente la corrección de la decisión adoptada, sin sustituirla. El nivel de deferencia, por cierto, será en este caso menor al que debiera tener un revisor generalista respecto de la decisión de un organismo decisor especializado. Esto evita que este último ponga su

acento sólo en cuestiones procedimentales o tenga un incentivo a sólo *indicar* razones de su decisión y no justificarlas, que es el peligro que comúnmente se asocia a un nivel de deferencia extrema o inadecuada. Sin embargo –y esto es decisivo–, la experticia del revisor no puede implicar que la del decisor se vea mermada; menos aún si, como hemos indicado, el legislador le ha conferido a éste un espacio de discrecionalidad amplio para interpretar. Asimismo, tampoco puede implicar que, en los hechos, la autoridad administrativa sea transformada en un mero "compilador de hechos", o que el objetivo de celeridad del procedimiento sea sacrificado en beneficio de una revisión más amplia;

19) Enseguida, el otro aspecto que debe considerarse para "calibrar" el grado la intervención judicial, según se ha indicado en el párrafo 15, es la naturaleza de los intereses afectados. En el caso de operaciones de concentración, se trata de intereses económicos protegidos constitucionalmente por la garantía de la libertad económica consagrada en el artículo 19 N° 21 de la Constitución Política de la República. Por tanto, una decisión en contrario a ellos está sujeta a una carga alta de fundamentación en términos de debido proceso y justificación sustantiva (aunque, por cierto, menor a si se tratase, por ejemplo, de una afectación a otros bienes tales como libertades públicas). Con todo, y sin perjuicio de que en nuestro concepto tal carga ha sido correctamente cumplida en este caso, ella tampoco permite al Tribunal sustituir una decisión por una mera razón de desacuerdo con la substancia;

20) De este modo, de acuerdo con todo lo indicado, el análisis a realizar en virtud de un recurso especial de revisión debiera estar centrado esencialmente en examinar lo siguiente. Primero, si la evaluación que ha efectuado la FNE de la operación de concentración ha cumplido con los requisitos procedimentales establecidos en la legislación. Segundo, si su decisión, materializada principalmente en el Informe de Prohibición, cumple con la legalidad y es internamente consistente, es decir, si se han considerado debidamente y se han respondido los argumentos de las partes (en ejercicio del derecho a ser oído consagrado en el artículo 53 del D.L. Nº 211). Y tercero, si la evaluación de la FNE fue razonable acorde al estándar de reducción sustancial de la competencia por el cual se rige. Con diversa nomenclatura, estos controles son ple-

namente reconocidos por la doctrina nacional (véase, por ejemplo, L. Cordero, *Lecciones de Derecho Administrativo*, Thomson Reuters, 2015, pp. 630-31). Asimismo, según se ha visto, en caso de que no se cumpla con alguno de estos parámetros y deban establecerse otras medidas no contempladas en la etapa administrativa, se debe resguardar la "adecuación" y "suficiencia" de estas últimas;

21) Nótese que lo anterior no implica examinar si con la información de que disponía, la autoridad administrativa pudo haber tomado un camino diferente entre una multiplicidad de alternativas que poseía. Este es un análisis más profundo, propio, por ejemplo, de una apelación o, en materia de competencia, del recurso de reclamación. El ámbito del escrutinio en materia de operaciones de concentración es, por mandato legislativo, esencialmente más restrictivo;

22) Como detallamos a continuación, la mayoría precisamente ha realizado un escrutinio profundo, aplicando un razonamiento más acorde a una sustitución de decisión. En nuestro concepto ello puede resultar, en el largo plazo, perjudicial para el sistema. El uso expansivo de la revisión podría traer aparejado el efecto nocivo de que el conocimiento del Tribunal acerca de una operación de concentración se extendiera incluso a aspectos no discutidos en la fase administrativa. En el extremo, podría acarrear que el recurso sea tratado de manera equivalente al procedimiento no contencioso que se aplicaba con anterioridad a las operaciones de concentración;

23) Sin perjuicio, entonces, que nuestra disidencia se funda en la forma en que en general la mayoría ha enfrentado y decidido el presente caso, esta forma se manifiesta en tres líneas centrales de cuestionamiento a la decisión de la FNE: en el análisis de riesgos y el cálculo de las posibles alzas de precio posteriores a la materialización de la Operación; en la forma de considerar las potenciales eficiencias; y en la ponderación de las barreras de entrada al mercado. Con todo, los dos primeros no son realmente determinantes para resolver el caso concreto, siendo el último el fundamento principal tanto de nuestra decisión (en un sentido), como de la arribada por la mayoría (en sentido contrario);

24) En primer término, en cuanto al análisis de los riesgos (unilaterales) de la Operación, concordamos en que los cálculos de los diferentes

indicadores de riesgos de alza en los precios permiten concluir que la operación tiene, en principio, la aptitud para producir alzas de precios relevantes, por lo que es necesario continuar con el análisis de las eficiencias y la entrada a los mercados. Con todo, el fallo ahonda en las críticas al criterio utilizado por la FNE para no considerar en la Fase II las encuestas hechas a distintos empresarios durante la Fase I de su análisis, que la llevaron a no aprobar la Operación en esta etapa (por ejemplo, en los considerandos trigésimo tercero y trigésimo cuarto). Estas críticas no sólo resultan innecesarias para concluir el asunto, sino que no se condicen con la naturaleza del recurso, pues únicamente ponen de manifiesto una disparidad de criterio con la FNE. En nuestra opinión, contrario a lo que han sostenido los Recurrentes, los cálculos de GUPPI e IPR de la FNE no adolecen de errores metodológicos importantes que permitan invalidar o siquiera cuestionar sus resultados y conclusiones;

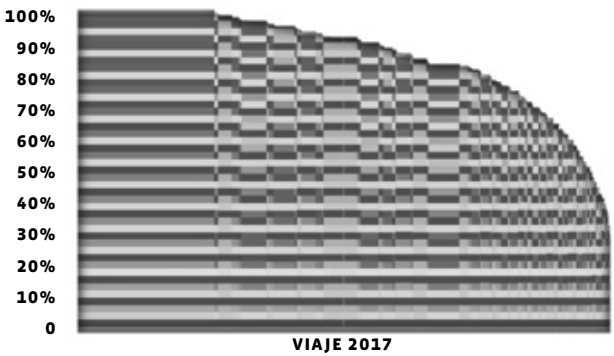
25) Enseguida, en lo que respecta al análisis de las potenciales eficiencias derivadas de la Operación, no concordamos con el análisis del fallo en al menos tres puntos, todos los cuales manifiestan un criterio distinto al de la autoridad administrativa y no un examen de la corrección de su análisis atendido el criterio escogido;

26) Primero, se afirma en el fallo que el análisis de las eficiencias en la distribución de los productos Nutrabien sería incompleto, indicándose que *"la información entregada por las Partes permite concluir que la capacidad ociosa presente en los distintos segmentos de la distribución es suficiente para incorporar, mayoritariamente y sin costos, los productos de la compañía adquirida"* (considerando octogésimo noveno). Sin embargo, para llegar a esta conclusión se considera que con una saturación en ruta de un [0,75– 0,9] promedio, Ideal podría transportar los productos de Nutrabien sin costos extras, indicándose, además, que la FNE debió incorporar en su análisis la capacidad ociosa en la distribución secundaria, la que mostraría un nivel de saturación de [0,7–0,85] promedio en el canal de supermercados (considerandos octogésimo séptimo y octogésimo octavo);

27) La información detallada del nivel de saturación en rutas de distribución primaria para el año 2017 muestra los siguientes hechos: (i) la

distribución de estos niveles de saturación dista mucho de ser normal, estando su media efectivamente en [0,75–0,9]%, pero su mediana en [0,9–0,95]%, por lo que basarse sólo en el promedio y en su desviación estándar para arribar a una decisión resulta errado; (ii) un [0,25–0,3]% de los viajes presentan una saturación del 100%, llegando a ser superior al 95% en [0,35–0,4]% de los casos, lo cual refleja la dificultad de agregar los productos Nutrabien sin generar problemas de saturación aun mayores; (iii) un [0,6–0,65]% de los casos muestran un nivel de saturación mayor al promedio de [0,75–0,9]% en la red primaria. Todo esto, que resulta de analizar en mayor detalle lo expuesto en el gráfico siguiente, justifica el rechazo del supuesto de normalidad en la distribución de los niveles de saturación por viaje. Por ejemplo, el test de Jarque y Bera supera en tres órdenes de magnitud, es decir en mil veces, los límites dados con cualquier nivel de significancia estadística requerido (A. Bera y C. Jarque, "Model Specification Tests: A Simultaneous Approach", *Journal of Econometrics*, vol 20, 1982, pp. 59-82). Por tanto, no existen razones que justifiquen rechazar la decisión de la FNE de excluir las eficiencias de usar la red de distribución de Ideal para los productos Nutrabien;

GRÁFICO N° 1: DISTRIBUCIÓN DE LA SATURACIÓN EN RED PRIMARIA DE DISTRIBUCIÓN



Fuente: Elaboración propia a partir de fojas 1139 Expediente de Investigación (Anexo 5. Saturación de transportes INF 2017).

28) Es de notar que la conclusión anterior no cambia al incorporar la red de distribución secundaria, pues ésta muestra un promedio de [0,7–

0,85]% para el canal supermercados, lo que se obtiene a partir de información de diciembre de 2017 (fojas 1139 Expediente de Investigación. Anexo 6. Copia de saturación diciembre de 2017). Al respecto, se produce el mismo problema de falta de representatividad del promedio como un estadígrafo adecuado, ya que lo razonable es esperar que la mediana sea superior a dicho [0,7–0,85]%. Asimismo, la información de la red secundaria de distribución que se dispone es sólo de un mes (diciembre de 2017), lo que produce problemas de representatividad adicional debido a la evidencia de estacionalidad en las ventas que se detalla en el considerando sexagésimo tercero de la sentencia;

29) Segundo, la FNE determinó que las posibles eficiencias derivadas de las diferentes estructuras salariales existentes entre Nutrabien (con un mayor porcentaje del sueldo variable) e Ideal (con un mayor porcentaje de sueldo fijo) no eran inherentes a la Operación ni verificables. En el fallo, en cambio, se sostiene lo contrario respecto de ambos puntos. Así, las eficiencias serían inherentes a la Operación porque dada la complejidad de observar si un determinado esquema de remuneraciones es eficiente, *"la evaluación de los cambios a producirse luego de la Operación deben asumirse como dados los escenarios iniciales de cada una de las empresas a concentrarse, salvo que exista evidencia clara de alguna anomalía en la gestión"* (considerando nonagésimo quinto). A su vez, las referidas eficiencias serían verificables porque la FNE haría exigencias desproporcionadas que suponen "*demostrar una certeza absoluta que excede el estándar aplicable*" (considerando nonagésimo octavo);

30) Ambos aspectos del fallo no se sustentan en un estándar de deferencia. Respecto de la inherencia, tanto el razonamiento explicitado por la FNE (citado en el considerando nonagésimo cuarto) como el de la mayoría es, en gran medida, especulativo. De aquí que la conclusión del fallo se base simplemente en una opinión diversa respecto de la forma de considerar un esquema de remuneración dado, atendida la falta de información respecto de la forma de concretarlo. Respecto de la verificabilidad, independiente de si resultaba en el caso concreto desproporcionado exigir que las remuneraciones fueran tratadas en instancias formales de la empresa, como lo hizo la FNE, la aplicación

de un estándar menos estricto, como el exigido en el fallo, tampoco se cumple en los hechos, por lo que la eficiencia de todos modos no puede ser calificada de verificable. En efecto, existen al menos dos posibles explicaciones alternativas que impiden verificar "a través de medios razonables" estas alegadas eficiencias. Para ello es conveniente acudir a un ejemplo teórico. Supóngase que una empresa paga a sus trabajadores un alto porcentaje fijo de su sueldo y que con posterioridad a adquirir otra, esos mismos trabajadores pueden hacerse cargo, sin mayor salario, de la producción y venta de los productos de la empresa adquirida. Ello querría decir que la adquirente estaría pagando un salario mayor a la productividad marginal de sus trabajadores o, en términos estrictamente económicos, que se trataría de una empresa ineficiente, al no maximizar los beneficios de sus dueños (véase A. Mas-Colell, M. Whinston y J. Green, *Microeconomic Theory,* Princeton Univ. Press, 1994, p. 141). Si se considerara que un cambio en la estructura salarial es una eficiencia derivada de la Operación (que es precisamente lo aducido por Ideal en el caso concreto), querría decir que la ineficiencia sólo podría ser resuelta con la compra de una empresa rival y no con un ajuste a la baja en los salarios, un ajuste en el número de trabajadores o una reorganización en el esquema de salarios. Alternativamente, si la empresa es eficiente, entonces la compra de un rival y la consecuente mayor producción y comercialización de productos deberá hacerse con más personal, lo que significa que no existen eficiencias derivadas de la Operación. De allí que resulte económicamente razonable que la FNE no haya tomado en cuenta estas supuestas eficiencias, dado que son un mero "despido de personal" derivado de la adquisición. La cuestión es, una vez más, no la corrección en abstracto de esta determinación, sino si la autoridad actuó dentro de su ámbito de atribuciones al decidir de esa forma;

31) Finalmente, el fallo sostiene que la FNE debió aceptar las eficiencias en la compra de aquellos insumos que tienen la característica de ser un *commodity*, como es el caso de la harina, donde Ideal tiene mejores condiciones de precio que Nutrabien (considerando centésimo primero). Sin embargo, existen razones atendibles para considerar que ésta no es una eficiencia, ya que tal disparidad de precios de compra puede deberse a múltiples razones. Entre ellas: (i) un eventual poder de com-

pra de Ideal en el mercado mayorista de harinas, el cual aumentaría al comprar además para los productos Nutrabien, generándose una ineficiencia económica al ejercerse un poder de mercado comprador, y así reducir las compras de harina respecto de la situación previa (sobre esto, véase Z. Chen, "Buyer Power: Economic Theory and Antitrust Policy", en R. Zerbe y J. Kirkwood, eds., *Research in Law and Economics*, vol. 22, Emerald Group Publishing Limited, 2007, pp.17-40); (ii) una eventual ineficiencia de Nutrabien en su compra de harinas, caso en el cual no se trataría de una eficiencia inherente a la Operación, ya que bastaría con reorganizar las compras de esta empresa y así eliminar el traspaso de rentas a sus proveedores de harinas; (iii) economías de escala de Ideal en su compra de insumos, las que también pueden ser aprovechadas con crecimiento natural y no necesariamente con la compra de un rival, por lo que la literatura en general las excluye como un argumento de eficiencia (J. Farrell y C. Shapiro, "Scale Economies and Synergies in Horizontal Merger Analysis", *Antitrust Law Journal* 68, 2000-01, pp. 685); y (iv) que las harinas no sean un *commodity*, como lo sostiene la mayoría, sino un insumo que para elaborar productos de mayor calidad es diferente al insumo estandarizado (hecho del que no se tiene evidencia en autos). Con todo, más allá de estas explicaciones alternativas a las diferencias de costos entre Ideal y Nutrabien en las compras de harinas, la cuestión central es, nuevamente, una de criterio: considerando el rango de posibles explicaciones y a falta de mejor información, la FNE actuó dentro del ámbito de sus competencias interpretando esta supuesta eficiencia en el sentido que lo hizo;

32) El único aspecto en que el análisis de la FNE es incorrecto en esta materia, incluso siendo deferentes con la autoridad administrativa, es que su análisis debió considerar las eficiencias en bizcochos familiares y galletas, tal como se indica en el fallo (considerandos centésimo tercero y siguientes), pues al no hacerlo se arriba a un resultado que perjudica a las Partes. Este error, sin embargo, no fue reclamado en el recurso (quizás porque se generaban inconsistencias con el cálculo de los GUPPI en desmedro de la posición de los propios Recurrentes). Con todo, la magnitud de este error de la FNE no tiene la entidad suficiente para hacer variar las conclusiones respecto de las eficiencias a las que arribó en el Informe de Prohibición;

33) Analizados los riesgos de la operación y las eventuales eficiencias, resta por examinar las condiciones de entrada y el eventual reposicionamiento de productos por parte de otros actores. Como hemos indicado, en el caso concreto este es el punto más esencial que justifica la aprobación o rechazo de la Operación y que, como los anteriores, en nuestro concepto fue abordado por la mayoría con nula deferencia, sino sustituyendo el criterio de pronunciamiento de la FNE por el propio;

34) Como se expresa en el fallo, la mayoría considera que la FNE no realizó un análisis correcto de la evidencia, lo que en principio sería consistente con el estándar de revisión desarrollado *supra*. Sin embargo, en los hechos existió una sustitución de criterio de decisión que se observa en siete puntos principales, que resumimos en los párrafos siguientes;

35) En primer lugar, la FNE descartó los planes comerciales de entrada de [-] por considerarlos preliminares. Sin embargo, de acuerdo al fallo, estos planes darían cuenta de un *"proyecto detallado y elaborado de lanzamiento de productos en las categorías de alfajores y bizcochos"* (considerando centésimo décimo cuarto); esto es, serían una muestra suficiente, en términos de tiempo y magnitud, de la eventual entrada de dicha empresa al mercado. La mayoría concluye que este hecho debió ser considerado por la FNE en su evaluación;

36) En nuestra opinión, sin embargo, no es correcto reprochar a la FNE su interpretación de los planes como preliminares. Ante todo, no se expresa una métrica del supuesto error que habría cometido, limitándose sólo a mostrar una opinión diferente a ella. Empero, incluso en este plano el tema es debatible y el órgano administrativo debió ser tratado de manera deferente en su enfoque. La mayoría no toma en cuenta que las respuestas a los oficios de la FNE provienen de un actor de un mercado cercano guiado por consideraciones estratégicas e incentivos que surgen en respuesta a los movimientos de la competencia. Por ejemplo, una interpretación, ciertamente plausible, es que en un escenario en el que una firma con planes (preliminares o concretos, da igual) de entrada a un mercado donde enfrentará a dos rivales, uno ya posicionado (como Nutrabien, en este caso) y el otro con inversiones comprometidas (como Ideal), al observar la posible fusión de ellas, tenderá estratégicamente a facilitar dicha fusión, pues enfrentará una

competencia menos intensa en el futuro. Este simple ejemplo muestra que, frente a este tipo de declaraciones, resulta en los hechos imposible para cualquier tercero (incluso la FNE o este Tribunal) ponderar con certeza la veracidad de lo declarado. Frente a esto, cae dentro del ámbito de interpretación razonable considerar este tipo de respuestas de modo conservador, como meros planes preliminares de su entrada, tal como hizo el ente administrativo y lo refrendó el informe de Motta, según da cuenta el considerando centésimo décimo del fallo;

37) Nótese, adicionalmente, que el fallo sustenta su cuestionamiento a la FNE en documentos presentados por [-]. En ellos, además, se da cuenta de inversiones por un total aproximado de [-] las que demostrarían la veracidad de la "inminente" entrada en bizcochos familiares y alfajores (considerando centésimo décimo quinto) . Sin embargo, se ha soslayado el hecho que la propia presentación menciona que dicha empresa ya participa en estos mercados a través de una reconocida marca [-], lo que implica que ella busca reposicionarse más que entrar a nuevos mercados. Esto se demuestra con las respuestas presentadas por dicha empresa a la FNE, según consta en el Expediente de Investigación, las que reflejan adecuaciones en la producción de un agente económico presente en el mercado, que busca mejorar sus productos y/o sustituir aquellos que ya muestran una vida útil en declive, y no que se trataría de un nuevo competidor;

38) En segundo lugar, el fallo no concuerda con la argumentación de la FNE referida a que la evidencia del lento crecimiento de los productos Fuchs en *brownies* y galletones (lanzados en 2017) no debe entenderse como una dificultad de traspasar el desarrollo de marca de un producto a otro. En este aspecto, la mayoría reprocha que "*a diferencia de* [-]*que elabora y comercializa productos en mercados colindantes, la FNE olvida que la marca Fuchs tradicionalmente no pertenece a un mercado colindante porque se concentra en panadería*" (considerando centésimo vigésimo quinto);

39) Por el contrario, es razonable concebir, como hizo la FNE, que la marca Fuchs es más cercana a los productos alfajores y galletones que la marca [-], e incluso que la marca [-], ciertamente asociada más a chocolates que a los productos que comercializa Nutrabien. Reiterando, de lo

que se trata es de evaluar si al ponderar los antecedentes, la FNE cometió o no errores de apreciación manifiestos o si, por el contrario, actuó razonablemente de conformidad con los que obraban en su poder. En nuestro concepto, esta crítica específica no se sustenta en evidencia, sino en la propia convicción acerca de qué es un mercado colindante y cuáles actores participan en él. Por cierto, a mayor abundamiento, no es ni siquiera correcto relacionar a los productos Fuchs exclusivamente con "panadería", en particular si se considera el hecho que esta marca ya está presente en alfajores y biscochos individuales;

40) El tercer punto en el que se observa la sustitución de criterio de decisión aplicado por la mayoría dice relación con que la FNE consideró que la entrada de nuevos actores no se materializaría en forma oportuna. Para sustentarlo, el fallo sólo indica que los tiempos de una potencial entrada declarada por [-] (quién habría manifestado que tomaría entre 12 a 24 meses ingresar a la categoría de galletas) se ajustarían a los señalados en la Guía sobre Fusiones Horizontales de la Comisión Europea, específicamente en su párrafo 74 (considerando centésimo vigésimo sexto);

41) Lo anterior nuevamente manifiesta una sustitución de criterio. En efecto, la empresa declarante [-] se refiere a entrada de entre uno a dos años, lo que en cualquier cálculo del *test* SSNIP es más largo que el plazo de un año con que suelen ser evaluados los efectos de una entrada. Al igual que en los dos casos anteriores, la FNE aplicó un criterio claro y razonable, en ningún caso arbitrario o carente de justificación, por lo que no es correcto estimar que, en esta materia, se han cometido errores de apreciación de la evidencia que le fuera sometida a su conocimiento;

42) En cuarto lugar, discrepamos del análisis que se hace respecto del crecimiento de las marcas propias de los supermercados en bizcochos individuales. El fallo indica que "*el desarrollo de bizcochos individuales de marcas propias ha presentado, en términos de ventas, una tasa de crecimiento anual del 85,2% entre los años 2014 y 2016, lo cual demuestra que esta categoría de productos presenta un fuerte y sostenido crecimiento*" (considerando centésimo decimonoveno);

43) Al respecto, y obviando los términos tautológicos en que está redactada, tal afirmación valora de manera inadecuada la capacidad de las marcas propias para disciplinar con entrada relevante un eventual poder de mercado. En efecto, como es posible apreciar en la Tabla N°3 (considerando cuadragésimo sexto), al año 2016, las ventas de bizcochos individuales de marcas propias eran de un [0-2]% de las ventas de este producto en el canal de supermercados. Esto quiere decir que se estaría deduciendo el potencial disciplinante de las marcas propias respecto de los productos de las Partes que vendieron [40-50]% de los bizcochos familiares en el mismo canal, es decir [30–40] veces más que lo vendido por las marcas propias en el mismo año. A nuestro entender, en cambio, la FNE utilizó un criterio de análisis razonable, porque aun cuando los supermercados que apostaron por fomentar marcas propias crecieron un 85% por año, lo concreto es que dicho crecimiento fue de alrededor de [0–2] punto porcentual en tres años. Tal nivel de penetración está lejos de tener la aptitud para disciplinar un mayor poder de mercado derivado de la Operación;

44) Un quinto aspecto en que también se demuestra sustitución de criterio en la evaluación de los planes de desarrollo de dos cadenas de supermercados en la introducción de productos con marcas propias en las categorías de bizcochos individuales y alfajores, la mayoría sostiene que la FNE omitió por completo en su Informe de Prohibición referirse a estos planes. De acuerdo a los antecedentes que obran en el expediente, [-] habría indicado en un oficio que tendría un proyecto de entrada a [-] y [-] aunque, "*Dicho proyecto, sin embargo, se encuentra en una fase aún muy preliminar*". Asimismo, [-] afirmó que "*tiene contemplado entre sus planes de desarrollo de Marcas Propias ("MMPP") para el 2018, la incorporación de* [-]. *No se ha iniciado aún la búsqueda de potenciales proveedores, debido a que su desarrollo todavía se encuentra en etapa inicial de evaluación*" (considerando centésimo vigésimo primero);

45) Como se observa, lo que se reprocha a este respecto es la falta de mención en el Informe de Prohibición. Es decir, en los términos detallados en el párrafo 20 de esta opinión, se cuestiona que en su decisión la FNE no consideró debidamente los argumentos de las partes (en ejercicio del derecho a ser oído consagrado en el artículo 53 del D.L. 211). La

cuestión radica en determinar el alcance de este deber, considerando el volumen informacional que se maneja en este tipo de procedimientos. No se trata, como parece expresarse en el fallo, de "responder" o no a un argumento, sino de "considerarlo", ponderando para ello su importancia (lo cual, por cierto, indiscutiblemente cae dentro del ámbito de potestades de la autoridad administrativa en este caso). Por ello la crítica es infundada. La información aportada por las cadenas no habría podido, en sí misma, modificar el resultado del pronunciamiento, pues ambas reconocen que sus planes son meramente preliminares, siendo razonable, como hemos visto anteriormente, que para efectos del análisis la FNE haya considerado como potenciales entrantes al mercado sólo a aquellos actores que muestran planes concretos en ese sentido, con inversiones comprometidas. No hay razón, entonces, para exigir que se "mencione" información que para los efectos de la decisión fue irrelevante (lo que, por lo demás, se reconoce en el fallo);

46) En sexto lugar, la mayoría impone su propio criterio decisional al sostener que la FNE se equivoca cuando considera que todos los entrantes en los mercados de los productos identificados como riesgosos requieren de grandes inversiones para el posicionamiento de su marca, argumentando, por el contrario, que "*si bien la construcción de la marca puede afectar la oportunidad de la entrada, ello afectaría a nuevos entrantes y no a actores con marcas consolidadas en mercados aledaños*" (considerando centésimo vigésimo cuarto);

47) Sin embargo, nuevamente se trata de una cuestión interpretativa. Tal como el razonamiento es expuesto, el fallo se sustenta en la "confianza" en las condiciones de entrada a la industria, en particular, en el proceso de desarrollo de marcas. En la misma línea de lo razonado en el párrafo 39 de esta opinión, cae dentro del ámbito de racionalidad considerar que empresas como [-], con marca conocida en un mercado no relacionado a los de autos, o [-], en chocolates, no puedan hacer un uso efectivo de lo que la propia mayoría denomina "*umbrella branding*" para evitar estas reconocidas barreras de entrada. En materia de desarrollo de marcas, las Partes indicaron consistentemente que éstas eran irrelevantes, sin argumentar en concreto por qué Ideal, a través de la reconocida marca Fuchs en el rubro, ha sido incapaz de

posicionar su marca en alfajores y bizcochos individuales. Esto indica, tal como consideró la FNE, que el desarrollo de marca puede constituirse en una barrera a la entrada relevante para estos productos para cualquier entrante, incluidos aquellos con marcas asentadas en mercados aledaños;

48) Finalmente, la mayoría sustenta su pronunciamiento en que la FNE no habría tomado en cuenta que los mercados afectados se encuentran en crecimiento y por ello, citando a la Comisión Europea, "*las probabilidades de entrada de nuevos actores serán mayores en la medida que sea rentable ingresar y en un mercado con perspectivas de crecimiento -como los afectados en autos- esta probabilidad será especialmente alta*" (considerando centésimo vigésimo séptimo). Para estos efectos, se muestra un gráfico con tasas de crecimiento, entre 2011 y 2016, de 8,7% en bizcochos dulces y de 22,1% en galletas;

49) Con todo, la propia evidencia muestra, una vez más, el enfoque sustitutivo que se ha seguido para fallar. Si bien es indisputable que, en principio, una mayor rentabilidad atraerá mayor entrada, en la práctica este aserto no es siempre cierto. Lo relevante es si, en los hechos, existen barreras que puedan impedirla. Es perfectamente posible que en un mercado la demanda crezca de manera estable y predecible y que, en presencia de economías de escala, costos hundidos o tecnologías indivisibles, sea el propio incumbente (no los nuevos entrantes) quien la supla. Por tanto, en lugar de estimar erróneo el proceder de la FNE sobre la base de postulados estrictamente teóricos (basados, por lo demás, en una inexistente competencia perfecta), el análisis debió haber mostrado que el crecimiento desde 2011 a 2016 generó efectivamente nueva entrada al mercado. Los antecedentes, sin embargo, muestran lo contrario, esto es, que dicha entrada exitosa no existió al menos en los mercados más riesgosos (bizcochos individuales y alfajores), a pesar del crecimiento en las ventas. Aplicando un estándar de revisión más deferente, esto permite sostener lo resuelto por la FNE;

50) Para concluir respecto del análisis de barreras a la entrada, en opinión de estos disidentes la FNE actuó con adecuado razonamiento económico sujeto a la evidencia a la que tuvo acceso, tomando en consideración lo argumentado por las Partes. Las críticas esbozadas en el fallo

a este respecto no sólo son infundadas, sino que sustituyen el criterio administrativo por uno netamente judicial;

51) En suma, existiendo productos identificados como riesgosos en la Operación, con indicadores GUPPI e IPR consistentemente por encima de los umbrales propuestos por la FNE, con eficiencias probadas que no logran compensar estos riesgos, y existiendo además claras barreras a la entrada, la decisión del ente administrativo de revisar las eventuales medidas de mitigación propuestas por las Partes resulta incuestionable;

52) Respecto de esas medidas, de acuerdo con la información de que se dispone, no hay antecedentes que permitan desvirtuar el mérito de lo indicado por la FNE, en el sentido de que no existen mitigaciones que puedan, en los hechos, compensar los riesgos para la competencia que surgen de la Operación. De hecho, es posible observar que todas las medidas ofrecidas buscan fortalecer la marca Nutrabien, pero nada dicen respecto de Fuchs, la principal marca que la propia Ideal se encontraba desarrollando. Especulativamente, esto podría implicar incluso la salida de Fuchs del mercado o que dicha marca sería despotenciada, lo que, a falta de prueba en contrario, justifica las aprensiones mostradas por la autoridad administrativa;

53) La ausencia de mitigaciones suficientes quiere decir que la Operación tiene la aptitud de reducir sustancialmente la competencia. Con todo, nos parece adecuado que al menos se hubiera analizado la medida de desprendimiento de la marca Nutrabien, cuestión plausible para las Partes atendido que, de acuerdo con lo que ellas argumentaron, la inversión en marcas no es relevante para empresas que operan en mercados aledaños. El no haber efectuado este análisis, sin embargo, no justifica revertir lo decidido por la FNE, por cuanto se trataba de una decisión enmarcada en su esfera de discrecionalidad.

Notifíquese personalmente o por cédula. Archívese, en su oportunidad.
Rol RRE N° 1-18

167 / 2019

TDLC
Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

SENTENCIA N° 167/2019

(Causa Rol C N° 304-16)

"Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica
en contra de Cencosud S.A. y otras"

Fecha dictación: 28 de febrero de 2019.

Ministros que concurren al acuerdo: 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. Prevenciones de los Ministros Tapia, Saavedra y Domper.

Requirente: Fiscalía Nacional Económica.

Requeridos: Cencosud S.A. ("Cencosud"), SMU S.A. ("SMU") y Walmart Chile S.A. ("Walmart").

Terceros coadyuvantes de la requirente: Corporación Nacional de Consumidores y Usuarios de Chile, y la Organización de Consumidores y Usuarios.

Resumen de la controversia: La Fiscalía requirió a Cencosud, SMU y Walmart por haber infringido el artículo 3° incisos primero y segundo letra a) del D.L. N° 211, al haber participado de un acuerdo o práctica concertada destinada a fijar, a través de los proveedores, un precio mínimo de venta para la carne de pollo fresco en supermercados que fuera igual o superior a su precio de lista mayorista. Las cadenas requeridas habrían actuado bajo el conocimiento de que los demás competidores se encontraban sujetos a la misma regla y habrían supeditado el cumplimiento de ella a su seguimiento por parte de sus competidores. La FNE fundamentó su acusación en diversos correos electrónicos incautados a las requeridas. Indicó que la conducta acusada se habría ejecutado, al menos, entre los años 2008 y 2011. En razón de lo anterior, solicitó ordenar el cese de la conducta descrita, prohibirla hacia el futuro y condenar a las requeridas al pago de multas, todo con expresa condena en costas.

Las requeridas negaron la existencia de un acuerdo o práctica concertada en los términos requeridos por la Fiscalía. En términos generales:

- Walmart señaló que la conducta imputada sería incompatible con su estructura organizacional, donde el área de compra de productos a proveedores se encuentra separada del área de venta a clientes o *pricing*. A su vez, da cuenta de la existencia de errores metodológicos en el requerimiento que impedirían llegar a las conclusiones a las que arriba la Fiscalía. También expuso que el comportamiento de sus colaboradores es lícito y derivaría de las características de un mercado donde existen muchos roces con los proveedores y se explicaría en que la venta de pollo fresco es relevante para los supermercados. Agregó que el comportamiento económico de la compañía permitiría acreditar que la información recibida en correos puntuales, no ha sido utilizada ni tampoco considerada al momento de tomar sus propias decisiones de precios. Por último, señala que, de ser reprochable la conducta de sus colaboradores, la existencia de un sistema de prevención de ilícitos de libre competencia dentro de la compañía (*compliance*) debiese ser considerado como un exonerante de responsabilidad infraccional en esta sede.

- Cencosud por su parte opuso, en primer lugar, excepción de falta de legitimación pasiva, indicando que la acción debió haber sido ejercida contra las empresas a cargo de la explotación, gestión y administración de los supermercados y no ella como matriz. En subsidio alegó que el requerimiento desconocería la relación comercial que existe entre Cencosud y los proveedores de pollo fresco, a quienes califica como proveedores estratégicos. Indica que, en esta relación, este tipo de proveedores tienen un poder de negociación importante, lo que influye en la fijación de precios de venta a público promocionales. Concluyó que un correcto análisis forzaría a calificar las conductas como una restricción vertical impuesta en el contexto de un cartel en el mercado aguas arriba y no como un acuerdo práctica concentrada en el mercado aguas abajo.

- SMU indicó que el requerimiento es poco riguroso ya que crea un relato sin connotación jurídica ni económica a partir de conjeturas y supuestos sacados de ciertos correos electrónicos. Señaló que, si la FNE hubiera analizado el comportamiento efectivo, se verificaría que no hay quiebre o alteración en los precios y rentabilidades antes, durante o después del período imputado y que los precios de SMU fueron reiteradamente distintos a los de su competencia. Arguyó también que para ella hubiese sido imposible implementar un acuerdo o práctica concertada por su asimétrica participación en el mercado, por las promociones que realizaba y por el desconocimiento del costo de otras cadenas. Consideró que la paradoja del requerimiento sería que éste se sustenta en una supuesta regla que descansa en un comportamiento natural y lógico en todo mercado, cual es vender a un precio superior a los costos. Agregó que las relaciones comerciales con este tipo de proveedores son complejas y tensas y que los reclamos hechos por trabajadores de SMU eran legítimos por cuanto buscaban obtener un mejor precio de compra, al menos tan favorable como el que se ofrecía a la competencia.

Resolución del Tribunal: El Tribunal acogió el requerimiento presentado por la FNE condenando a Cencosud S.A. al pago de una multa de 5.766 UTA, a SMU S.A. al pago de una multa de 3.438 UTA y a Walmart Chile S.A. al pago de una multa de 4.743 UTA, rechazando la excepción de prescripción opuesta por las tres requeridas y la excepción de falta de legitimación pasiva interpuesta por Cencosud S.A. A su vez, le impuso a las tres requeridas la obligación de adoptar un programa de cumplimiento en materia de libre competencia. Por último, condenó en costas a Cencosud S.A. y SMU S.A. por haber sido totalmente vencidas.

Recursos: Reclamación pendiente ante la Excma. Corte Suprema (Rol N° 9.361-19).

Temas que trata: Acuerdos entre competidores y prácticas concertadas; programas de cumplimiento; *hub and spoke*; prescripción; legitimación pasiva; exoneración de responsabilidad.

SENTENCIA N° 167/2019.

Santiago, veintiocho de febrero de dos mil diecinueve.

Y CONSIDERANDO:

Primero: Que, según ha sido descrito en la parte expositiva, la FNE ha acusado a las tres principales cadenas supermercadistas del país –Walmart, Cencosud y SMU– de acordar un precio mínimo de venta de la carne de pollo fresco en supermercados al menos entre los años 2008 a 2011, conducta que es contraria a lo dispuesto en el artículo 3º incisos primero y segundo letra a) del D.L. N° 211. Este acuerdo o práctica concertada (términos que son utilizados de manera indistinta en el requerimiento) habría sido implementado a través de lo que la Fiscalía denomina una "regla" de actuación, en la cual participaban también los proveedores del producto mencionado y cuya formulación detallada es descrita en la sección primera;

Segundo: Que todas las requeridas niegan por completo la acusación de la Fiscalía. En términos generales, sus defensas están basadas en algunos argumentos comunes –siendo los principales tres: que los acuerdos serían en realidad una restricción vertical impuesta por los proveedores de pollo, que la conducta se encontraría prescrita y que las empresas contarían con programas de cumplimiento que evitarían el tipo de conductas como la acusada por la FNE– y otros de carácter particular a cada una de ellas. Todas estas defensas serán tratadas más adelante. Asimismo, las requeridas han planteado algunos aspectos de derecho relativos a la conducta ilícita imputada, al estándar de convicción, a la carga de la prueba y al tipo de prueba aplicables en esta sede, los que también serán tratados en los considerandos correspondientes de la presente sentencia;

Tercero: Que, como se verá, en la forma en que ha sido planteada, la disputa, más que fáctica (aunque también existe alguna discusión de esta índole), se centra en la calificación jurídica de las conductas desplegadas por las requeridas en su relación con los proveedores. Al respecto, del análisis de la prueba y de los antecedentes del proceso, hemos arribado a la convicción de que las tres cadenas incurrieron efectivamente en la conducta acusada por la Fiscalía;

Cuarto: Que, en términos generales, la conducta desplegada por las cadenas consistió en la mantención de un precio mínimo de reventa del pollo fresco, en el entendido que las demás cadenas también actuarían de la misma forma, y que cualquier conducta distinta podría ser "sancionada", en la forma que se explica más adelante;

Quinto: Que, como se observa, la conducta de las requeridas no configura lo que en la jerga habitual de libre competencia se denomina un "cartel duro". Sin embargo, constituye de todos modos un acuerdo o práctica concertada que afecta directamente la competencia y es, por tanto, meritoria de sanción bajo el D.L. Nº 211, en tanto permitió a las requeridas actuar de manera coordinada (no independiente). La actuación de las cadenas supermercadistas, como ha sido demostrado en el presente caso, es inconsistente con decisiones tomadas de manera independiente o meramente paralela y es, por tanto, reprochable desde la perspectiva de la protección de la libre competencia;

Sexto: Que en lo sucesivo expondremos, primero, la acusación de la Fiscalía con mayor detalle (sección 1). Luego, la sección 2 está destinada a aclarar algunas cuestiones generales importantes que hemos tenido en consideración al momento de fallar. Algunas de ellas son cuestiones de derecho (2.1), mientras que otras se refieren a especificidades del producto concernido (2.2) y de la industria supermercadista en general (2.3). En la sección 3, después de presentar algunas ideas generales respecto a la forma en que hemos realizado la valoración (3.1), presentamos la prueba relativa a la conducta anticompetitiva desplegada por cada una de las tres cadenas (3.2 a 3.4) y una conclusión preliminar (3.5). Las dos secciones finales están destinadas, respectivamente, a tratar la defensa de prescripción presentada por las requeridas (sección 4) y las sanciones y medidas que impondremos en el presente caso (sección 5);

1. La acusación: un acuerdo del tipo *hub & spoke*

Séptimo: Que, como hemos señalado, la acusación consiste en que las cadenas requeridas habrían acordado un precio mínimo de venta de la carne de pollo fresco en supermercados al menos entre los años 2008 a 2011. Tal como explica la FNE en su escrito de observaciones a la prueba, a fojas 12.795, lo acusado es

una forma concreta de actuación: la observación de una "regla" entre las requeridas para mantener el precio mínimo, que fue exigida de un determinado modo entre las cadenas;

Octavo: Que, como se desprende de lo señalado, la base o presupuesto del acuerdo que configuraría la conducta acusada está constituida por dos elementos: la existencia de una "regla" o modo de comportamiento y la observancia (voluntaria) de la misma por las cadenas requeridas;

Noveno: Que en lo que respecta al primer elemento, la existencia de la regla, el requerimiento es claro en sostener que *"[l]os antecedentes de la investigación evidencian la existencia de una regla que fue aplicada entre las principales cadenas supermercadistas del país (dentro de ellas las Requeridas) y los proveedores comunes de pollo fresco"* (fojas 19). La FNE precisa que *"el origen de esta regla no es claro, ni formó parte de los acuerdos comerciales que anualmente suscribían proveedores y supermercados. Sin embargo, las comunicaciones entre los encargados de compras de las Cadenas Requeridas y sus contrapartes en las empresas proveedoras de pollo, muestran su operación cotidiana en la industria"* (fojas 19);

Décimo: Que la regla de comportamiento habría consistido en el establecimiento de un precio mínimo para el pollo fresco: dicho precio no podía ser inferior a cierta medida común a todas las cadenas, medida que era "fijada" por los proveedores a través de la aplicación de una restricción vertical *por separado* a cada una de ellas;

Undécimo: Que, sin embargo, la formulación de la regla no es unívoca en el requerimiento. Como han expuesto las partes, existen en él diversas denominaciones ligeramente diferentes. Por ejemplo, mientras a fojas 16 se describe como el acuerdo de no vender por sobre el "*precio de lista mayorista*", a fojas 17 se indica que es vender sobre "*su costo de adquisición mayorista*", y a fojas 19 como vender sobre "*el precio de lista mayorista de los mismos, más IVA*". Cada una de estas definiciones son, en los hechos, distintas entre sí; lo cual, por cierto, debe ser reprochado al ente acusador. No obstante, en nuestro entender, el núcleo de la acusación no se ha visto afectado, por lo que la conducta referida

es determinada y ha permitido de todos modos que las partes ejerzan completa y adecuadamente su derecho a defensa durante el proceso. Por lo mismo, a la FNE le resultaría suficiente probar, en los hechos, la existencia de cualquiera de las formulaciones;

Duodécimo: Que, con todo, como se verá, el análisis de las declaraciones testimoniales y de los correos electrónicos acompañados al proceso (por ejemplo, los mencionados en el considerando 95) permite concluir que la regla de comportamiento existente al menos durante el período acusado consistió en que el precio minorista del pollo fresco no podía ser menor al precio de lista mayorista más IVA;

Decimotercero: Que, en línea con lo que explica la FNE en su requerimiento, debe notarse también que el precio mínimo que constituía la regla no es el costo marginal que enfrentan los supermercados en la provisión de pollo fresco. Esto, porque existen componentes adicionales al precio, tales como pagos (retroactivos) por concepto de *rappel* o por metas, que llevan a que, en teoría, una venta con margen frontal negativo no importe necesariamente una pérdida económica (la existencia de tales pagos retroactivos se encuentra acreditada en el proceso, por ejemplo, a partir de las declaraciones testimoniales de Rodrigo Hurtado, de Cencosud, a fojas 7.122, y de Juan Pablo Vega, de SMU, a fojas 4.019). El hecho que el precio focal dado por la regla fuese mayor que el costo marginal implica que tal regla no puede ser interpretada como una resultante de la simple racionalidad económica o buena administración, como han hecho ver algunas de las partes requeridas. Esto se complementa, por lo demás, por lo expuesto en el considerando 53;

Decimocuarto: Que, como se observa, la regla de comportamiento no es más que una denominada "restricción vertical". En este sentido, debe recordarse que la mera utilización de acuerdos de tipo vertical entre distribuidores y proveedores, incluso si esos acuerdos poseen términos idénticos o similares, o si los proveedores son comunes, no constituye necesariamente una conducta reprochable en esta sede. Como se ha declarado en la jurisprudencia (Sentencia N° 57/2007) y en el derecho comparado en distintas ocasiones, el paralelismo consciente normalmente no es reprochable desde la perspectiva del derecho de la competencia;

Decimoquinto: Que lo relevante consiste, entonces, en establecer cuándo un acuerdo meramente vertical (es decir, entre firmas que participan en diferentes niveles de una cadena de distribución), que puede ser legal o contrario a derecho dependiendo de las circunstancias, pasa a configurar uno de tipo horizontal (es decir, entre competidores), de naturaleza ilegal. Para ello se requiere acudir a elementos adicionales que permitan inferir una coordinación horizontal. Como se ha sostenido en el derecho comparado, la *"evidencia circunstancial (plus factors) pueden ser usados para establecer la existencia del anillo, y la coordinación vertical es un aspecto crítico de esa evidencia circunstancial* [...] *las cortes han desarrollado un estándar de inferencia que permite acreditar la existencia de un anillo a partir de la coordinación vertical"* (Barach Orbach, "Hub-and-Spoke Conspiracies", *The Antitrust Source*, abril 2016, p. 4);

Decimosexto: Que a esos factores adicionales que materializan el acuerdo horizontal hace alusión el requerimiento cuando se refiere al segundo elemento mencionado en el considerando séptimo, esto es, la observancia de la regla de comportamiento. De acuerdo a la FNE, cada requerida la habría aplicado *en el entendido* que las demás actuaban de la misma forma. En otras palabras, habría existido un curso de acción común consentido entre los rivales. Para estos efectos, sostiene la FNE, "[l]*as requeridas monitorearon constantemente los precios de venta a público de la carne de pollo fresca, comparándolos con las salas definidas como competencia relevante"* (fojas 20) y *"Con esa información, el área comercial de las Cadenas Requeridas debía realizar gestiones con sus proveedores comunes de carne de pollo, consistentes en dirigirles los reclamos cuando una cadena competidora estaba vendiendo al público bajo el costo"* (fojas 21). Es decir, la mantención del precio mínimo de pollo fresco por cada cadena estaba supeditada a una exigencia a los proveedores de que la misma sería aplicada por las demás;

Decimoséptimo: Que a pesar de que la FNE no utiliza una denominación doctrinaria específica para la conducta acusada, de su tenor se desprende que se trata de un acuerdo colusorio conocido como "*hub & spoke*", es decir, una situación en que una firma (el "*hub*" o "centro") mantiene varios acuerdos verticales separados con firmas que son aparentemente competidoras entre sí (los "*spokes*" o "rayos"), pero que en realidad mantienen un acuerdo implícito entre

ellas. La doctrina suele acudir a la figura metafórica de una rueda de bicicleta para ilustrar esta situación. En el presente caso, los rayos son las reglas de comportamiento para cada cadena requerida y el centro serían los proveedores de pollo fresco. (Nótese que, aunque en teoría pueden existir múltiples centros, para efectos del análisis del presente caso puede considerarse que se trata de un centro único, atendido que entre los tres mayores productores de pollo fresco del mercado chileno existía un acuerdo de actuación conjunta – un cartel– a la época de los hechos imputados, sancionado mediante Sentencia Nº 139/2014, ratificada luego por la Excma. Corte Suprema; hecho que no ha sido controvertido en la presente causa);

Decimoctavo: Que la FNE no ha requerido al "centro" del acuerdo, es decir, a los proveedores de pollo fresco, por lo que, independiente de lo que se señale respecto de su actuación, estos no pueden ser considerados responsables en este caso. Asimismo, tampoco ha sido cuestionada ni la existencia ni la legalidad de los acuerdos verticales entre dichos proveedores y las cadenas de supermercados, en el evento que se estime que no existió un acuerdo horizontal entre las requeridas. Por tanto, el único pronunciamiento de esta sentencia es acerca de la eventual existencia de un acuerdo horizontal entre las requeridas. Dicho de otro modo: nuestro análisis se centró en determinar si efectivamente las cadenas actuaron en el entendido que las demás actuarían del mismo modo;

Decimonoveno: Que no existen antecedentes jurisprudenciales en Chile relativos a una colusión del tipo "*hub & spoke*". Por esta razón, la jurisprudencia no ha especificado cuáles serían los requisitos que deben cumplirse para configurar una conducta de este tipo o, en otras palabras –y reiterando lo señalado en el considerando 15– para establecer cuándo la mera verticalidad de una serie de acuerdos da lugar a uno de tipo horizontal. En contraste, en el derecho comparado sí existen casos que han intentado establecer los requisitos de la conducta en comento;

Vigésimo: Que en el derecho de los Estados Unidos, el caso seminal es *Interstate Circuit, Inc. v. United States* (306 U.S. 208 [1939]), del cual emana el requisito general de que un acuerdo horizontal puede ser inferido cuando todos sus participantes aceptan ciertas condiciones aunque estas últimas no necesariamen-

te favorezcan el interés independiente de cada uno de ellos, es decir, cuando la conducta adquiere sentido sólo si los demás la ejecutan. Según da cuenta el informe acompañado a fojas 10.016, varios casos posteriores, con algunos matices dependiendo de las circunstancias concretas, han ratificado en líneas generales esta doctrina;

Vigésimo primero: Que los requisitos más detallados fueron establecidos en *Monsanto Co. v. Spray-Rite Service Corp.* (465 U.S. 752, 764 [1984]), fallado por la Corte Suprema de dicho país, en el cual se señaló que la evidencia debe mostrar que las partes tenían "unidad de propósito" (*unity of purpose*), o un "diseño y entendimiento común" (*common design and understanding*), o un "encuentro de mentes" (*meeting of the minds*). Las partes del proceso son conocedoras de estos requisitos, según dan cuenta las presentaciones de fojas 222 (Walmart), 500 (Cencosud) y 582 (SMU);

Vigésimo segundo: Que, por su parte, en el derecho europeo también se han conocido casos relacionados con esta práctica. Sin embargo, su estructura y requisitos han sido algo diferentes a los exigidos en el derecho norteamericano. Ellos se refieren, en esencia, a un problema de intercambio informacional intermediado por un tercero, conocido como *hub & spoke* de tipo "ABC" (véase, por ejemplo, la sentencia del *Competition Appeal Tribunal* inglés en *Tesco Stores Ltd v Office of Fair Trading* [2012] CAT 31). Tanto Walmart, en su contestación (por ejemplo, a fojas 222) y en sus observaciones a la prueba (por ejemplo, a fojas 12.060), como el informe en derecho de Rafael Allendesalazar, que rola a fojas 7.195, se refieren centralmente a esta línea jurisprudencial de casos *hub & spoke*;

Vigésimo tercero: Que, aun cuando se trata probablemente del tipo de acuerdos *hub & spoke* más común (véase, por ejemplo, el trabajo de Joseph Harrington, Jr. y Patrick Harker: "*How Do Hub-and Spoke Cartels Operate? Lessons from Nine Case Studies*", working paper, 2018, disponible en SSRN: https://ssrn.com/abstract=3238244), ella no es la única forma que puede adoptar este tipo de acuerdo. Más importante aún, en el caso concreto en parte alguna de su requerimiento la FNE hace referencia a un intercambio informacional del tipo ABC como base de su acusación, posición que se ve refrendada por lo señalado en su reposición de fojas 889, la cual fue acogida y resultó en la modificación del auto

de prueba original y la dictación del definitivo de fojas 1.038. Atendida, entonces, su irrelevancia para la presente disputa, es innecesario referirse a los casos europeos que dan cuenta de acuerdos *hub & spoke* del tipo ABC y a los requisitos establecidos en ellos;

Vigésimo cuarto: Que, atendido todo lo señalado y reiterando, lo relevante en el presente caso es establecer, del conjunto de pruebas aportadas al proceso, si los acuerdos meramente verticales existentes entre las requeridas y los proveedores de pollo fresco tuvieron un elemento común que los "horizontalizó"; en particular, como hemos indicado, si cada cadena cumplía su respectivo acuerdo en el entendido que las demás así también lo harían y exigía tal cumplimiento por estas últimas;

2. Cuestiones previas

Vigésimo quinto: Que, ante todo, la forma en que ha sido planteado el requerimiento ha dado lugar a algunas cuestiones que es necesario y conveniente dilucidar de forma previa a analizar el fondo de la acusación. Como hemos adelantado, dos de ellas son de derecho (2.1); otras se refieren a ciertos aspectos relativos al producto concernido en la acusación (pollo fresco) (2.2); y, finalmente, otras dicen relación con el funcionamiento de la industria supermercadista (2.3);

2.1 Cuestiones de derecho

Vigésimo sexto: Que, en primer término, el requerimiento señala que la conducta desplegada por las cadenas infringiría tanto el inciso primero del artículo 3º del D.L. Nº 211 como su letra a). A este respecto, se ha planteado si la infracción al inciso primero del artículo 3º corresponde a una infracción separada de aquellas establecidas en "las letras" del inciso segundo, lo que ha llevado a al menos una de las requeridas a formalizar sus defensas sobre la base de requisitos separados para uno y otro supuesto (los que, en su entender, por cierto, no se cumplirían en el presente caso). Así lo alega explícitamente SMU en su contestación de fojas 582, específicamente a fojas 642 y siguientes;

Vigésimo séptimo: Que el artículo 3º, letra a), del D.L. N° 211 señala que se consideran como hechos, actos o convenciones contrarios a la libre competencia *"los acuerdos expresos o tácitos entre competidores, o las prácticas concertadas entre ellos, que les confieran poder de mercado y que consistan en fijar precios de venta, de compra u otras condiciones de comercialización, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado, excluir competidores o afectar el resultado de procesos de licitación"*. Esta disposición no es más que una especificación de lo dispuesto en el inciso primero de dicho artículo, que en su parte pertinente señala que será sancionado todo aquel que *"ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos"*;

Vigésimo octavo: Que la jurisprudencia en materia de libre competencia ha sido clara y consistente en señalar que cualquier infracción a las "letras" del inciso segundo del artículo 3º del D.L. Nº 211 es siempre una infracción al enunciado general del inciso primero, pues las mismas no son más que ejemplos de las conductas mencionadas en este último (véase, por ejemplo, la Sentencia Nº 141/2014). De aquí que no existan requisitos distintos que probar en uno y otro caso cuando se trata de una conducta colusoria;

Vigésimo noveno: Que una segunda cuestión ha sido planteada tanto por SMU, en su contestación (a fojas 582) y en sus observaciones a la prueba (a fojas 12.301), como por Walmart, en su contestación (a fojas 222) y en sus observaciones a la prueba (a fojas 12.041): la FNE estaría acusando "indistintamente" un acuerdo y una práctica concertada, términos que, sin embargo, no serían similares en nuestra legislación. SMU procede entonces a describir los que serían los requisitos que se deben cumplir para estar en presencia de una y otra conducta (fojas 642). Walmart, por su parte, distingue entre ambos conceptos y luego identifica los requisitos para la configuración de lo segundo (fojas 317 y 318);

Trigésimo: Que la diferencia entre un acuerdo y una práctica concertada tiene sus orígenes en el que actualmente es el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFEU). En Europa, las prácticas concertadas han sido definidas como *"coordinación entre agentes económicos mediante la cual, sin haber alcanzado el estado de concluir un acuerdo formal, han sustituido*

con conocimiento los riesgos de la competencia por la cooperación práctica. Una práctica concertada puede estar constituida por contactos directos o indirectos entre los agentes cuya intención o efecto es influenciar la conducta del mercado o revelarle a los competidores los comportamientos que se pretenden desplegar en el futuro" (Concurrences, "Glosario de términos de competencia", disponible en https://www.concurrences.com/en/glossary-of-competition-terms/Concerted- Practice, visitado el 4 de enero de 2018, traducción libre). Atendido esto, la anterior agencia de competencia del Reino Unido, el OFT (hoy CMA), indicaba que *"la diferencia central [con un acuerdo] es que una práctica concertada puede existir allí donde hay cooperación informal sin ningún acuerdo o decisión formal"*, aunque reconoce que *"el límite entre los dos conceptos es impreciso"* (OFT, "*Agreements and Concerted Practices*", diciembre 2004, para. 2.11, visitado el 18 de febrero de 2019, traducción libre);

Trigésimo primero: Que la distinción, sin embargo, resulta hoy injustificada y superada. Tanto en el derecho norteamericano, desde el citado caso *Monsanto* (*supra*, considerando 21), como en el europeo, desde *Asnef-Equifax* (Caso C-238/05, *Asnef-Equifax, Servicios de Información sobre Solvencia y Crédito, SL v. Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc)*, [2006] ECR I-11125, ¶ 32), la jurisprudencia se enfoca, más que en la denominación formal, en cubrir las distintas formas de colusión;

Trigésimo segundo: Que la doctrina ha resumido lo anterior en los siguientes términos: *"en la jurisprudencia de los Estados Unidos, los términos 'acuerdo' y 'acción concertada' son generalmente usados indistintamente para hacer referencia al tipo de decisión conjunta cubierta por la sección 1 de la Ley Sherman, a diferencia del tipo de decisión separada cubierta solo por la sección de la Sherman Act. De manera similar, el artículo 101 TFEU cubre 'acuerdos' y 'prácticas concertadas', siendo la última diseñada para prevenir a las firmas de evadir el artículo 101 por la vía de coludirse por medios que pueden no involucrar un acuerdo per se, pero que sin embargo contiene un elemento de cooperación anticompetitiva. La Comisión no requiere distinguir entre ambos conceptos, sino que simplemente puede encontrar 'un acuerdo y/o práctica concertada'. 'La importancia del concepto de una práctica concertada no es su diferenciación de un acuerdo, sino del comportamiento paralelo que no infringe las normas*

de competencia" (E. Elhauge y D. Geradin, *Global Antitrust Law and Economics*, Foundation Press, 2ª. ed., 2011, p. 842; traducción nuestra. Las notas al pie con citas a la jurisprudencia han sido omitidas);

Trigésimo tercero: Que en el mismo sentido se ha pronunciado la doctrina nacional (por ejemplo, Domingo Valdés, *Libre Competencia y Monopolio*, Editorial Jurídica de Chile, 2006, pp. 524 y ss.). De igual modo, en estos mismos autos Héctor Hernández, en su informe acompañado por Walmart a fojas 8912, indica que *"en este informe no se hará, en principio, distinción entre acuerdo y práctica concertada (muchas veces se hablará simplemente de 'colusión'), sobre todo considerando que la legislación chilena ha procedido expresamente a la equiparación práctica de ambas categorías desde el año 2003"* (fojas 8.878);

Trigésimo cuarto: Que, por lo demás, ha sido fallado consistentemente en esta sede (por ejemplo, en la Sentencia Nº 145/2015) que en materia de libre competencia el término "acuerdo" es considerado de manera muy amplia, incluyendo múltiples formas contractuales, convenciones, meras tratativas, promesas, protocolos de entendimiento, "acuerdos o pactos de caballeros", pautas de conducta, circulares, entre otros (véase, en este sentido, P. Areeda y H. Hovenkamp, *Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*, Aspen Publishers, 2ª ed., 2003, 1400a). Es posible que tal acuerdo sea verbal, se manifieste en uno o más instrumentos o incluso en una seguidilla de meros actos materiales. En términos generales, la supresión de la voluntad individual de dos o más agentes competidores y su cambio por una voluntad colectiva unificadora de sus decisiones es, en sede de libre competencia, considerado un "acuerdo", cualquiera sea el modo en que éste se manifieste;

Trigésimo quinto: Que, en fin, la falta de asidero de la diferenciación entre acuerdos y prácticas concertadas se ve reforzada por el hecho que, en nuestro derecho, el texto legal siempre ha tenido la amplitud suficiente como para cubrir toda clase de prácticas. En efecto, el inciso primero del artículo 3º del D.L. Nº 211, que constituye la norma general que da sustento a lo señalado ejemplarmente en las "letras" del inciso segundo, utiliza una terminología amplísima que no ha sufrido variaciones a pesar de los cambios de redacción que han sufrido estas últimas;

Trigésimo sexto: Que, por todo lo señalado, en lo sucesivo se continuará utilizando el vocablo "acuerdo" para incluir sus distintas manifestaciones, es decir, comprendiendo también las denominadas "prácticas concertadas", como distinto del comportamiento paralelo o de uno interdependiente propio de una industria oligopólica;

2.2 Cuestiones relevantes relativas al funcionamiento de la industria supermercadista

Trigésimo séptimo: Que un segundo aspecto general que debe ser aclarado en forma previa dice relación con el funcionamiento de la industria supermercadista, el cual presenta ciertas particularidades relevantes de considerar. Ante todo, los precios regulares en el mercado minorista (es decir, aguas abajo) son fijados por cada empresa, teniendo en consideración, principalmente, objetivos de "posicionamiento" respecto a su competencia (es decir, comparándose con ella) y de margen. El posicionamiento no se mide solo en forma individual (esto es, comparando uno a uno los precios de cada bien), sino a nivel de "canastas". Como se desprende de lo explicado en la Sentencia Nº 147/2015, la idea subyacente es que el precio promedio de un conjunto de bienes esté dentro de un determinado rango previamente fijado en función del precio promedio de la misma canasta comercializada por la competencia en una comuna de referencia. Los objetivos de márgenes, en tanto, se determinan a nivel de categorías de productos;

Trigésimo octavo: Que lo anterior se desprende, por ejemplo, de la declaración testimonial de Daniela Cañón, de Walmart, rolante a fojas 4.138 del cuaderno principal, quien señaló que *"El posicionamiento es a* ítem. *Sin embargo, nosotros lo que velamos es por la canasta, por lo tanto ahí nosotros lo que buscamos es que la canasta total tenga un Price gap. Ahora si fuese tan lineal,* ítem *a* ítem, *no necesitaríamos un equipo porque podríamos hacerlo vía cien por ciento algoritmo, entonces tomo el precio de la competencia, le pongo el gap y lo fijo, sin embargo, el objetivo nuestro es que la canasta al cliente siempre le salga más barata, ese es nuestro objetivo, y por eso buscamos con tanta agresividad ser los más competitivos, porque el, la motivación es que ojalá que ninguna compra le salga más barata en otra parte a un consumidor"* (fojas 4.151). En sentido

similar, Juan Pablo Vega, de SMU, a fojas 4.019 del cuaderno principal, señaló que *"El objetivo era un objetivo general, un objetivo general de posicionamiento y margen, lo que pudiera pasar con un producto en particular no había una regla definida, las reglas eran para los, para las categorías completas o las subcategorías"* (fojas 4.051). Por último, Rodrigo Hurtado, *product manager* de vacuno desde 2012 a 2013 en Cencosud y Gerente de Negocios de Carne a partir de 2013 en la misma empresa, a fojas 7.122 del cuaderno principal, indicó que *"Nosotros definimos los precios de distinta forma, o sea, dependiendo del costo que nos dé, del margen objetivo que tengo y de los precios de la competencia"* (fojas 7.131);

Trigésimo noveno: Que, asimismo, de acuerdo con las declaraciones testimoniales de Julio Southerland (a fojas 6.487), Juan Pablo Vega (a fojas 4.019) y Daniela Cañón (a fojas 4.138), el posicionamiento se hace utilizando tomas de precio ejecutadas por empresas externas y también con tomas manuales de precios en el caso de productos que se venden a granel, como muchos de los asociados al presente caso;

Cuadragésimo: Que el proceso interno a través del cual los supermercados fijaban los precios de sus productos para los clientes finales fue cambiando a través del tiempo. La prueba del proceso muestra que en las tres requeridas tal función fue progresivamente "quitada" del área comercial dedicada directamente a la compra de los productos, para ser "entregada" a otra dedicada específicamente a dicho tema, usualmente denominada área de *pricing*. Sin embargo, como se verá más adelante con mayor detalle, durante la época de la conducta acusada (años 2008-2011) los encargados de *pricing* nunca fueron dotados de plena autonomía para fijar los precios promocionales, quedando tal tarea encargada principalmente a los compradores y sus superiores;

Cuadragésimo primero: Que para efectos de establecer los precios finales, es conveniente tener en consideración que, al menos en el caso del pollo fresco y aunque la estructura corporativa y la forma de funcionamiento de una cadena a otra, la prueba aportada al expediente da cuenta que en todas ellas la relación comercial con los proveedores se canalizaba fundamentalmente a través de una relación bilateral entre ejecutivos. Por parte de cada proveedor exis-

tía un *Key Account Manager* (KAM), quien estaba encargado de gestionar una determinada "cuenta" a la que atiende el respectivo proveedor; siendo cada requerida una "cuenta" distinta y, por tanto, atendida por un KAM diferente dentro de cada compañía proveedora. A su vez, por el lado de las cadenas de supermercados, existían uno o más compradores de carnes blancas, quienes se encargaban de gestionar la compra del pollo fresco y solían pertenecer a un área comercial más extensa dedicada a la compra de distintos tipos de carnes. En términos generales, la relación comercial diaria se daba entre estos agentes, aunque, como se mostrará, en muchas situaciones solían intervenir o al menos estar plenamente informados los superiores jerárquicos de cada uno de estos ejecutivos;

Cuadragésimo segundo: Que, según se desprende también de la evidencia del proceso (por ejemplo, del correo electrónico analizado en el considerando 149), la relación comercial entre los supermercados y los productores de pollo fresco incluía reuniones presenciales en forma frecuente. De este aspecto, además, dan cuenta diversos testigos. Por ejemplo, Francisco Noguera, ejecutivo de Agrosuper, cuya transcripción de su declaración rola a fojas 5.721 bis del cuaderno principal, señaló que *"Son las tres instancias. Teléfono, mail y reuniones. Siempre hay reuniones de trabajo, siempre el volumen de venta que se maneja es muy relevante pa' la cadena Agrosuper"* (fojas 5.856). Pablo González, ex ejecutivo de Cencosud y SMU, cuya transcripción de su declaración rola a fojas 7.385 del cuaderno principal, confirmó lo anterior al declarar que *"uno trabaja mucho con email. También teníamos las reuniones semanales o quincenales"* (fojas 7.411). Lo mismo hizo Luis Zamorano, ejecutivo de Walmart, cuya declaración testimonial rola a fojas 7.487 del cuaderno principal, quien declaró *"Si, también se reforzaba ese tema. Teníamos reuniones semanales con los proveedores"* (fojas 7.594);

2.3 Algunas precisiones respecto del producto concernido

Cuadragésimo tercero: Que, finalmente, también resulta relevante describir, de manera previa a establecer la existencia de la ilicitud, algunos aspectos asociados al producto relacionado con el requerimiento (esto es, el pollo fresco), los que resultan de utilidad tanto para analizar la prueba acompañada al proceso como para comprender de mejor forma la conducta acusada;

Cuadragésimo cuarto: Que, primero, el pollo fresco es un producto de rápida perecibilidad, cuya duración es de sólo 12 días y que, por lo mismo, es aceptado por los supermercados hasta unos pocos días después de la faena;

Cuadragésimo quinto: Que así lo clarificó, por ejemplo, Rodrigo Hurtado, *product manager* de vacuno desde 2012 y Gerente de Negocios de Carnes desde 2013 en Cencosud, en su declaración testimonial cuya transcripción rola a fojas 7.122 del cuaderno principal. Sostuvo que el pollo fresco es "*un producto de altísima pericibilidad, lejos los más perecibles después de las frutas y verduras de lo que tenemos en supermercado. Es un producto que dura 12 días, es un producto que nosotros tenemos muy, muy pocos días de venta, nosotros dada nuestra política de calidad de Cencosud para ambas cadenas, nosotros retiramos nuestros productos con un 50% de vida útil*" (fojas 7133), a lo cual luego agregó que *"De la vida útil, de la vida útil del producto. Si tiene 12 días nosotros lo retiramos a 6. Hay toda una política detrás del porqué eso, pero es el sello Cencosud, que eso no lo tranzamos. Y generalmente nos entregan, dependiendo de la zona, nos entregan dos, tres días si es Región Metropolitana y Quinta Región, y con cuatro días de producido si es en los extremos. Por lo tanto, uno puede deducir fácilmente que nos quedan 2 días en extremo y 3 días en Santiago para poder vender este producto"* (fojas 7.133). En sentido similar, Cristián Tirado, ejecutivo de Ariztía, cuya declaración testimonial se encuentra transcrita a fojas 7041 del cuaderno principal, señaló que "*Pollo y pavo son muy similares, producto que dura 12 días desde el momento que se faena*" (fojas 7.050);

Cuadragésimo sexto: Que, además, tal como se describió en la Sentencia N° 139/2014 (considerando 198°), la oferta de pollo fresco está fija en el corto plazo. En particular, *"el ciclo productivo de los pollos comprende veintiún días de incubación y cuarenta y cinco días de engorda"*;

Cuadragésimo séptimo: Que la imposibilidad de aumentar la oferta en el corto plazo es confirmada por la declaración de Rodrigo Hurtado, cuya transcripción rola a fojas 7.122 del cuaderno principal, quien sostuvo lo siguiente: *"A ver, yendo un poquito más atrás, aguas, atrás, desde la producción, crear pollos, desde el conocimiento que tengo, crear pollos no es llegar y poner más pollos, crear pollos es… se crean en planteles, tengo entendido que son 32 días los que se demoran, para aumentar la disponibilidad y la oferta en un país*" (fojas 7.134);

Cuadragésimo octavo: Que esta característica de la oferta de pollo fresco es altamente relevante en el presente caso, por cuanto implica que los productores y supermercados no pueden reaccionar con rapidez cuando enfrentan *shocks* positivos de demanda, lo que, a su vez, conlleva un riesgo de que se produzcan quiebres de inventario mayor al observado en otros productos vendidos por los supermercados;

Cuadragésimo noveno: Que ambas características antes mencionadas (la corta duración y el carácter fijo de la oferta), consideradas en conjunto, tienen como corolario que el abastecimiento mayorista de pollo fresco sea más irregular que en otros productos y que el porcentaje de cumplimiento de los pedidos de los supermercados por parte de los proveedores (conocido en la industria como *fill rate*) sea también menor al de otros productos;

Quincuagésimo: Que lo anterior fue confirmado en el proceso por Juan Pablo Vega, Gerente General de SMU entre los años 2008 y 2012, cuya declaración testimonial rola a fojas 4.019 del cuaderno principal, quien señaló lo siguiente: "*Pasa además que en la categoría pollos tiene sus características particulares. Una que es de alta perecibilidad, cierto, los productos vencen rápido. Y segundo, es una categoría que tiene un bajo nivel de servicio, bajo fill rate. De los pollos que compro, me llega un porcentaje que no es el 100, sino menor*" (fojas 4.054); y por Sebastián Matte, gerente de perecibles de SMU entre 1996 y 2015, cuya testimonial rola a fojas 4186 bis del cuaderno principal, quien indicó que "*Históricamente, con los grandes proveedores, ha sido el gran tema, porque fuera de negociar precios, descuentos, productos nuevos, el gran tema es que me atiendan, que lleguen con los productos, y normalmente en SMU habíamos visto nosotros que los niveles de servicio de los proveedores son bajísimos. O sea, si yo le pido 100 y me entrega 70 o 80, o sea eso habla de un 70 o 80% de niveles de servicio es malísimo*" (fojas 4.227);

Quincuagésimo primero: Que, en segundo término, la evidencia del proceso muestra que en el mercado aguas abajo no se vendía pollo fresco importado, sino sólo producto de origen extranjero en formatos congelados.Además, en general, aunque existe alguna variación en el tiempo, el pollo congelado no representaba una porción relevante de las ventas de pollo;

Quincuagésimo segundo: Que lo anterior se desprende de las declaraciones testimoniales de los siguientes ejecutivos: (i) Juan Pablo Vega, de SMU, cuya transcripción rola a fojas 4.019 del cuaderno principal, quien señala "*Y en la época que estuve en SMU nunca pudimos importar pollo fresco desde Argentina o de ninguna otra parte. Si podía importarse pollo congelado, lo tratamos de empujar muchísimo a través de precio, exhibiciones en las góndolas de productos refrigerados, pero el público no se lo llevaba, así de simple. Así que nunca tuvimos mucho* éxito *con el pollo congelado*" (fojas 4.041); (ii) Pablo González, administrador de carnes rojas en SMU desde 2009 hasta 2011, jefe de área carnes desde 2011 a 2012 y subgerente del área en esta última empresa a partir de 2012, cuya transcripción rola a fojas 7.385 del cuaderno principal, quien se refirió a las importaciones de pollo sosteniendo "*No, por el volumen, no el volumen de pollo es, se hace, pero es bajo, es todo congelado, tiene otro, a percepción del cliente tiene, es otro tipo de producto. El cliente diferencia mucho entre el producto congelado y el fresco, puedo tener el mismo producto y el cliente va a preferir el fresco*" (fojas 7.397); y (iii) Joseba Loroño, Gerente Negocios de Carnes de Cencosud desde 2009 a 2013, cuya transcripción rola a fojas 1.519 del cuaderno principal, quien señaló "*Y nosotros intentamos bajar la concentración importando desde Argentina. Pero lo que se puede importar de pollo es congelado, no se puede importar pollos frescos por, eh, por la perecibilidad del producto. Entonces la penetración del pollo congelado es muy baja, entonces nos costó mucho poder bajar la concentración de estos proveedores*" (fojas 1.539);

Quincuagésimo tercero: Que, finalmente y tal como se ha indicado en otros casos (véase Sentencia Nº 119/2012), es relevante considerar la importancia del pollo fresco para los clientes de los supermercados, contando su demanda con una alta elasticidad o sensibilidad respecto al precio. Se trata de un producto reconocido transversalmente como un producto "gancho" o "generador de tráfico", los que en la señalada Sentencia Nº 119 fueron definidos como aquellos *"que los actores del mercado minorista podrían estar dispuestos a vender bajo costo para así atraer clientes a sus locales y aumentar las ventas de otros de su amplia gama de productos ofertados"* (considerando 42). De aquí su denominación también como *loss leading product*. Dada esta característica, el pollo fresco es un producto clave para el negocio de los supermercados, porque al tener un precio especialmente atractivo en un local en particular, generalmente a

consecuencia de una promoción, incentiva a los consumidores a acudir a dicho local a realizar sus compras de ese y otros bienes;

Quincuagésimo cuarto: Que lo anterior se puede desprender, por ejemplo, de las declaraciones de Rodrigo Hurtado, de Cencosud, cuya transcripción rola a fojas 7.122 del cuaderno principal, quien señaló que "*Es importante mencionar que la categoría pollos está definida con un rol de generador de tráfico de supermercados, el género de tráfico es que, es una categoría que un cliente ante una oferta que ve en cualquier medio masivo se levanta y va especialmente al supermercado por esa oferta, que no muchas categorías la tienen*" (fojas 7.128). De modo similar, Daniela Cañón, de Walmart, cuya declaración rola a fojas 4.138 del cuaderno principal, sostuvo que "*si usted se fija los jueves en la noche, en la televisión, se repleta de, el pollo, desde mañana a domingo, el pollo, la carne, el guachalomo sobrecostillas, el detergente, todos los productos de alto volumen, porque obviamente a la gente, esos son los productos que generan tráfico*" (fojas 4.159). Finalmente, Sebastián Matte, de SMU, cuya declaración se encuentra a fojas 4.186 bis del cuaderno principal, afirmó "*yo sé que cuando activo un trutro o una pechuga voy a llamar a mucha gente que es lo que busco, o sea, lo que busco yo es que un cliente en vez de irse a un local de mi competencia, se venga a Unimarc el fin de semana a comprar y fuera de comprar el pollo, en el fondo compre el resto de los productos*" (fojas 4.246);

Quincuagésimo quinto: Que la característica de *loss leading* es importante en el presente caso. Del análisis de los antecedentes es posible desprender que la práctica acusada sólo tuvo relevancia en los precios promocionales. Ello por cuanto, tal como se desprende de las declaraciones los testigos Sebastián Matte, de SMU (a fojas 4.186 bis), y Julio Southerland, de Walmart (a fojas 6.487), y consistente con lo que se detalla en el considerando 132, cuando habían precios normales los márgenes por venta del producto eran positivos, acercándose a cero (que era el límite impuesto por la regla de comportamiento) sólo con precios promocionales;

Quincuagésimo sexto: Que, al respecto, cabe mencionar que existe en el proceso cierta controversia acerca del tipo de promociones que habría sido afectado por las conductas: si tanto las promociones comunicadas (esto es, aquellas

que se planifican con antelación por las cadenas, sea a nivel nacional o local y, por tanto, se contienen en volantes o avisos) como las no comunicadas (esto es, aquellas que no tenían una planificación previa y surgían de necesidades particulares); o sólo las primeras. Si bien existen declaraciones de ejecutivos en este último sentido, la evidencia documental da cuenta que parece haberse afectado ambos, por lo que en lo sucesivo no se hará distinción respecto del tipo de promociones a las que alcanzó la regla;

Quincuagésimo séptimo: Que, en suma, el hecho de que el pollo fresco sea un producto "gancho" es un aspecto particularmente relevante para el análisis del presente caso, porque revela un aspecto central del funcionamiento de las cadenas de supermercado. Significa que cada una de ellas no toma sus decisiones comerciales respecto de este producto de manera independiente de los demás que ofrece (esto es, con el sólo objetivo de rentabilizar su venta), sino que lo hace con el propósito de generar una efecto o externalidad sobre las ventas de otros productos. Considerar esta racionalidad económica, distinta de muchos otros productos, resulta fundamental para comprender la forma de proceder de las cadenas;

Quincuagésimo octavo: Que, en este contexto, aunque la FNE señala en su requerimiento que el mercado relevante del producto correspondería al de la *"comercialización de carne de pollo fresca en supermercados a los consumidores finales"* (fojas 26) y que, dado que las cadenas habrían observado y exigido la aplicación de la "regla" a nivel nacional, el mercado geográfico también tendría tal extensión (fojas 27), las requeridas han controvertido ciertos aspectos vinculados a estos puntos;

Quincuagésimo noveno: Que Cencosud destaca en su contestación que el requerimiento no ha hecho referencia alguna al mercado aguas arriba, el que define como el de *"producción, distribución y comercialización de carne de pollo fresco"* (fojas 515) y cuyas principales características serían que es altamente concentrado, que el mayor poder negociador lo tienen los productores y que estos fueron sancionados por implementar un cartel. Respecto del mercado aguas abajo, en cambio, coincide con la FNE, señalando que sería un mercado en evolución con diversidad de formatos, que Cencosud participaría con sus

marcas Jumbo y Santa Isabel, y que en ciertas zonas geográficas el canal tradicional ejercería un rol disciplinador;

Sexagésimo: Que, sin embargo, la mayor discrepancia de Cencosud sobre el mercado relevante definido por la FNE se da respecto de su dimensión geográfica. Así, señala que la jurisprudencia de este Tribunal ha definido anteriormente que el mercado supermercadista *"es fundamentalmente local, ya que los costos de desplazamiento imponen límites al área en que los supermercados, en ella insertos, serán considerados por los consumidores como sustitutos cercanos"* (fojas 521) y que el mercado geográfico está determinado *"por la distancia que, para el consumidor, resulte razonable desplazarse para realizar compras"* (fojas 521). Agrega que sus locales están organizados en *clusters* con distintas estrategias comerciales, debiendo considerarse las particularidades locales para evaluar la conducta imputada y sus efectos;

Sexagésimo primero: Que, por su parte, SMU realiza observaciones similares a las hechas por Cencosud, señalando que la FNE no ha considerado el mercado conexo existente aguas arriba y que la competencia entre supermercados, aguas abajo, sería eminentemente local, lo que definiría múltiples mercados relevantes paralelos e independientes. A lo anterior agrega que es importante analizar la evolución del mercado relevante, aspecto que sería especialmente importante para SMU dados los cambios estructurales de los que fue objeto durante el período acusado por la FNE, destacando la baja participación que habría tenido su antecesor legal (esto es, la cadena Unimarc) al año 2006;

Sexagésimo segundo: Que, en fin y de manera similar a las otras requeridas, Walmart afirma que la competencia entre supermercados ocurre en un radio delimitado por el área de influencia de cada sala de ventas y que las prácticas comerciales pueden variar entre distintas zonas. Respecto al mercado relevante del producto, comparte en términos generales lo señalado por la FNE, pero señala que se debe agregar al pollo congelado importado como parte del mercado relevante, aun cuando sea considerado sólo como sustituto imperfecto, y que, además, la FNE debió haber considerado en su análisis el mercado conexo aguas arriba. Sobre este punto, Walmart agrega que es incorrecto definir el mercado relevante únicamente a partir de la acusación que da origen al caso,

como lo hizo la FNE, atendido que el esfuerzo que habría hecho para viabilizar la importación de pollo congelado sería inconsistente con la teoría del caso planteada en el requerimiento, porque las importaciones canibalizarían las rentas colusorias producidas por la práctica acusada;

Sexagésimo tercero: Que, sobre el particular, es dable reiterar que aunque los posibles efectos de la conducta acusada recaen en los consumidores finales (es decir, en el mercado de la venta minorista de pollo fresco), la conducta acusada se construye a partir de restricciones verticales paralelas que comprenden tanto el mercado aguas abajo como el mercado aguas arriba de la producción y comercialización mayorista de pollo fresco. En tal sentido, era esperable que la FNE realizara un análisis al menos somero del mercado aguas arriba, ya que sus características tienen implicancias para el análisis de la conducta requerida. Sin embargo, su ausencia no invalida en modo alguno la acusación, pues no es esencial a ella (sin perjuicio de lo aclarado respecto del funcionamiento de la industria), ni justifica ampliar la definición del mercado relevante del producto (aun cuando el pollo congelado importado pueda efectivamente haber tenido algún grado de sustitución con el pollo fresco a la época del requerimiento);

Sexagésimo cuarto: Que en cuanto al ámbito geográfico, es indudable que es nacional y no local, pues la acusación no dice relación directa con la competencia a través de canastas de productos (como fue lo relevante, por ejemplo, en el caso de la Sentencia Nº 147/2015), sino con el acuerdo que se habría adoptado a nivel central por cada una de las requeridas para aplicar un precio mínimo de venta en uno de ellos de manera específica. Esta definición – nacional– es, además, consistente con lo señalado en la Sentencia N° 119/2012 (considerando 39), caso que presentaba características similares en su dimensión geográfica;

3. La prueba de la conducta acusada

Sexagésimo quinto: Que precisadas las cuestiones preliminares, corresponde ahora mostrar cómo, a nuestro juicio, el núcleo de la acusación de la Fiscalía ha sido acreditado durante el proceso;

Sexagésimo sexto: Que, cabe recordar, para probar la acusación de la FNE se debe establecer: (i) la existencia de una regla de comportamiento consistente

en una restricción vertical de vender pollo fresco a no menos del precio de lista más IVA (u otra formulación similar); y (ii) que esta regla era observada, y su aplicación exigida, por cada una de las cadenas;

Sexagésimo séptimo: Que la prueba detallada a continuación da cuenta de que ambos elementos estuvieron presentes en el actuar de cada una de las cadenas de supermercados al momento de adoptar sus decisiones de precios promocionales. Es decir, su actuar no fue individual, como se espera de una situación competitiva, y fue más allá de la mera interdependencia estratégica propia de un mercado oligopólico;

3.1 Aspectos generales de la valoración

Sexagésimo octavo: Que, en el presente caso y atendida la naturaleza del acuerdo, la conducta acusada se infiere de la actuación de las partes, la cual fue materializada en comunicaciones entre cada una de ellas y los proveedores, principalmente a través de correos electrónicos. Estos últimos se refieren específicamente al producto pollo fresco, aunque existen otros referidos a productos diferentes comercializados por los supermercados (los que no fueron objeto de la acusación). Además, la materialización de la conducta también se desprende de las declaraciones testimoniales prestadas durante el proceso y de las interrogaciones a diversos ejecutivos efectuadas por la Fiscalía;

Sexagésimo noveno: Que, evidentemente, toda la prueba relativa a productos distintos del pollo fresco sólo puede ser considerada como indiciaria de un eventual acuerdo en el presente caso. Como correctamente sostiene el informe de Andrés Fuchs, acompañado a fojas 8.527 del cuaderno principal, no existe impedimento legal para que tal evidencia sea admitida y valorada en el proceso, sin que ello implique una afectación al principio de congruencia;

Septuagésimo: Que la prueba del proceso ha sido analizada y valorada de manera holística, es decir, en su conjunto, de modo de poder determinar el patrón de comportamiento de las requeridas, lo que es consistente con la apreciación de acuerdo a las reglas de la sana crítica;

Septuagésimo primero: Que esta es también la forma en que se analiza la prueba en el derecho comparado, según dan cuenta los informes de Okeghene Odudu, de fojas 10.002, y de Spencer Weber Waller, de fojas 10.016. En el derecho norteamericano, el caso seminal es *Matsushita* (*Matsushita Elec. Indus. Co. v. Zenith Radio Corp.*, 475 U.S. 574, 587 [1986]); en Europa, *Dyestuffs* (*Imperial Chemical Industries Ltd. v Commission of the European Communities*, Caso 48/69 [1972] ECR 619, [1972] CMLR 557, ¶ 68). La jurisprudencia de otros países también aplica la misma mirada. Como ha sintetizado la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), *"el enfoque holístico es preferible que requerir que cada ítem de evidencia circunstancial sea vinculado a un acuerdo específico"* (*Prosecuting Cartels without Direct Evidence*, 2006, p.9, disponible en: http://www.oecd.org/dataoecd/19/49/37391162.pdf, última visita: 22.02.19). Lo relevante para determinar una infracción es, entonces, otorgarle a la prueba un efecto acumulativo y no considerar cada antecedente de manera separada;

Septuagésimo segundo: Que, por lo anterior, si bien algunas de las explicaciones dadas por las cadenas pueden contextualizar de manera razonable ciertas comunicaciones cuando se las considera por separado, es el conjunto de ellas y de las declaraciones prestadas ante este Tribunal y ante la FNE el que permite, en este caso, arribar a la conclusión señalada de que las cadenas infringieron el D.L. Nº 211 en la forma indicada por la FNE en su requerimiento. Al respecto, debe recordarse que el estándar probatorio en la materia no exige que no exista una explicación alternativa, sino que el conjunto de la prueba lleve a concluir la hipótesis de colusión;

Septuagésimo tercero: Que, como se verá, las posiciones de las cadenas difieren en lo que respecta a la existencia de la regla de comportamiento. Mientras Walmart la niega de manera absoluta, SMU indica que los proveedores intentaron imponer ciertas condiciones de venta a precio mínimo, aunque niega que dicha acción sea una "regla" en la forma que indica la FNE. Cencosud, finalmente, también sostiene que son los proveedores quienes impusieron condiciones, y denomina expresamente como "regla" a este comportamiento. Atendidas estas diferencias y para efectos de claridad en la exposición, la prueba será detallada de manera separada para cada una de las tres requeridas;

Septuagésimo cuarto: Que, como hemos adelantado, independiente de su posición respecto de la regla de comportamiento, las tres cadenas niegan el componente horizontal de la acusación;

Septuagésimo quinto: Que, finalmente, en el análisis que sigue, en línea con lo realizado en otras sentencias previas de esta magistratura (por ejemplo, en la Sentencia Nº 160/2017) y con la práctica en el derecho comparado, 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 contemplada en el artículo 22 inciso décimo del D.L. Nº 211, consistente en decretar el término de la reserva o confidencialidad de dichos documentos. En lo sucesivo, entonces, la información tachada en dichas versiones aparece con el símbolo "[“]" o con la expresión "[Ejecutivo de XX]", de modo de garantizar que la confidencialidad sea compatible con los eventuales derechos que deseen hacer valer las partes;

3.2 La observancia de la regla por parte de Cencosud

Septuagésimo sexto: Que, frente a la acusación de la FNE, Cencosud planteó primero una defensa de carácter procesal y luego, de manera subsidiaria, otras relativas al fondo de la acción deducida;

Septuagésimo séptimo: Que en lo que respecta a la defensa procesal, alegó que Cencosud S.A. (la empresa requerida en estos autos), carecía de legitimación pasiva (fojas 507), afirmando que el verdadero legitimado pasivo de la acción debía ser su filial Cencosud Retail S.A, pues es esta última la que *"tiene a su cargo la explotación, gestión y administración de los supermercados"* (fojas 509);

Septuagésimo octavo: Que, respecto de esta materia, en Sentencia N° 154/2016 (considerando 8º) se sostuvo que *"la legitimación pasiva debe entenderse como la 'aptitud para soportar el ejercicio y las consecuencias de la acción, y por consiguiente, del poder jurisdiccional, y necesariamente tiene que ver con*

el contenido de la relación jurídica material en que la parte incoada efectiva y realmente participó' (Sentencia N° 131/2013). Por consiguiente, para resolver las excepciones de falta de legitimación pasiva opuestas por las demandadas se debe analizar si éstas *se hallan en una relación jurídica material con las conductas imputadas* [...]";

Septuagésimo noveno: Que, entonces, desde el punto de vista de la libre competencia, lo relevante para evaluar una excepción de falta de legitimación pasiva es determinar si una sociedad tiene o no la capacidad de adoptar decisiones competitivas en el mercado como un agente autónomo o independiente del grupo empresarial del que forma parte. Así, si las decisiones son adoptadas en el centro o núcleo de toma de decisiones del grupo empresarial, la responsabilidad por los hechos ejecutados puede atribuirse a la matriz de dicho grupo (véase, en este sentido, las Sentencias N° 139/2014, 103/2010 y 154/2016);

Octogésimo: Que existen en autos diversos elementos que permiten concluir que, para efectos de resolver este caso, Cencosud puede ser considerada como una sola unidad económica que incluye a su matriz;

Octogésimo primero: Que, primero, ambas entidades poseen unidad de dirección. Ello se demuestra no sólo por el hecho de que la propiedad ampliamente mayoritaria de Cencosud Retail S.A. pertenece a Cencosud S.A., sino también por lo declarado por el propio gerente general de Cencosud S.A., Jaime Soler Botinelli, cuya transcripción rola a fojas 3.852 del cuaderno principal, afirmando ser *"responsable de cada una de las divisiones de la Compañía a los largo de los cinco países"*, lo que *"implica liderar, supervisar y dirigir cada una de sus unidades de negocios en los cinco países donde actualmente participamos"* [...], siendo él *"el líder y el jefe de los gerentes generales de las diferentes divisiones a lo largo del país"* (fojas 3.853). Por lo demás, como bien hace notar la FNE a fojas 13.055, la matriz y la filial comparten una serie de ejecutivos centrales comunes, cuestión que no ha sido desmentida por Cencosud;

Octogésimo segundo: Que, enseguida, el mismo absolvente ratificó que el negocio supermercadista es el rubro principal de Cencosud y que sus principales ingresos provienen de él: *"el negocio de supermercadismo es el corazón de laCom-*

pañía, por ende, es el negocio más importante, y más menos asciende al 70% de las ventas totales de la Compañía a lo largo de la región" (fojas 3.868). Esto se confirma circunstancialmente por el hecho que Cencosud S.A. ha actuado en numerosas ocasiones en esta sede defendiéndose directamente en casos asociados el rubro supermercadista (véase, por ejemplo, la Sentencia Nº 159/2017 y la Resolución Nº 43/2012);

Octogésimo tercero: Que, finalmente, Cencosud no ha acreditado en estos autos (correspondiéndole hacerlo) que ambas sociedades son administradas de manera independiente;

Octogésimo cuarto: Que por todo lo señalado, la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por Cencosud no será acogida;

Octogésimo quinto: Que, en lo que respecta ahora al fondo de la acción deducida, en primer término Cencosud, a diferencia de las otras dos cadenas requeridas, no niega la existencia de una regla de comportamiento, sino que basa su defensa principalmente en que tal restricción vertical le habría sido impuesta por las empresas productoras de pollo fresco, pero que, sin embargo, no le habría dado cumplimiento;

Octogésimo sexto: Que lo anterior lo expone en diversas partes de su contestación, como por ejemplo cuando señala que *"un correcto análisis del mercado relevante, que incluye una revisión del mercado de la provisión de carne de pollo (aguas arriba) y el mercado supermercadista (aguas abajo), dan cuenta que la regla consistente en un precio mínimo de venta del pollo fresco, no es el reflejo de un acuerdo o práctica concertada entre Cencosud y las demás Cadenas Requeridas, sino más bien una restricción impuesta por los Proveedores Relevantes, que configura una imposición de precio mínimo de reventa"* (fojas 504). En sentido análogo, sostiene que *"la* regla *descrita por la FNE en su Requerimiento siempre fue entendida por Cencosud como una restricción histórica impuesta por los Proveedores Relevantes, en el marco de las promociones de determinados productos. // La estrategia general de precios de Cencosud ha sido y sigue siendo vender sobre sus costos, por lo que no existía mayor molestia en la imposición por parte de los Proveedores Relevantes de una regla como la descrita.*

Sin embargo, cuando fue preciso para Cencosud vender ciertos productos bajo el Precio de Lista –dentro de los cuales se encontraba la carne de pollo fresco- ya sea porque se requería una estrategia más agresiva en dicha categoría para generar venta o porque se estaba perdiendo competitividad, Cencosud no respetó la regla impuesta por los Proveedores Relevantes asumiendo el riesgo de corte de despacho" (fojas 542);

Octogésimo séptimo: Que, sin embargo, existe evidencia suficiente en autos tanto para dar por acreditada la adhesión de Cencosud a la regla de comportamiento, como también para concluir que tal apego era ejercido en el entendido que el resto de las cadenas de supermercados también aplicaban una similar;

Octogésimo octavo: Que, previo al análisis y para efectos de facilitar la comprensión de la prueba que se presenta a continuación, resulta conveniente aclarar quienes eran los principales ejecutivos y ex ejecutivos de Cencosud y los cargos que, de acuerdo con la información contenida en el expediente, ejercían en dicha empresa durante el período acusado:

I) Joseba Loroño, analista de control de gestión en Cencosud desde 2004 a 2006, jefe de producto de carnes rojas en Cencosud desde 2006 a 2007, subgerente de administración yfinanzas en Eurofashion (filial de Cencosud) desde 2007 al 2009, Gerente Negocios de Carnes de Cencosud desde 2009 al 2013 y Gerente de Negocios de Proyecto Perecibles en Cencosud desde 2013 a 2014;

II) Pablo González, *trainee* en área de logística en Cencosud desde 2006 al 2007/2008 y luego Product Manager de Carnes Rojas en Cencosud hasta agosto de 2009. Luego de ello, pasa a trabajar en SMU;

III) Alfredo Calvo, Jefe de Producto de Pollos en Cencosud entre 2008 y 2012;

IV) Jorge Kuncar, trabajador de Cencosud entre 2007 y 2010, como Product Manager de Carnes Blancas primero y luego como Gerente de Negocios de Cuidado del Hogar y Personal;

Octogésimo noveno: Que, en primer término, el siguiente correo electrónico no sólo contradice la supuesta imposición de la regla de comportamiento por parte del proveedor, sino que, además, descarta que la restricción vertical tuviese un carácter bilateral, esto es, exclusivamente con Cencosud y no con sus competidores:

"Victor, no voy a polemizar contigo. Es un acuerdo que se llegó en conjunto hace más de 2 años y en teoría iba a ser implantado [SIC] *con el resto de los retails. Los tiempso* [SIC] *cambian y si quieren cambiar el acuerdo, lo podemos hacer. Lo revisamos hoy en nuestra reunión"*.

- Correo de Joseba Loroño (Cencosud) a Victor Velázquez (Agrosuper) y Pablo González (Cencosud), con copia a Juan Carlos Sánchez (Agrosuper), de fecha 7 de julio de 2009, que rola a fojas 64 del cuaderno de versiones públicas de incautación de la FNE.

Nonagésimo: Que este correo electrónico pone término a una cadena que tiene como tema principal un catálogo de cerdos del supermercado Lider, pero que hace referencia también a precios bajo el costo en pollo fresco, respecto de los cuales se habría vulnerado la regla (es decir, no se habría respetado el precio mínimo). El primer correo fue enviado a Agrosuper por el ejecutivo de Cencosud, señalándole que "*como empresa hemos sido bastante respetuosos con la postura de no salir bajo el costo, pero se hace difícil cuando vemos que nuestra competencia cada vez más seguido realiza este tipo de acciones*". Tal comunicación es contestada por Víctor Velásquez de Agrosuper, señalando que "*ustedes desde hace ya un par de semanas que han estado vulnerando los precios bajo costo*", entregando junto a ello ejemplos de tal vulneración, entre otros, algunos relativos al pollo fresco. En este contexto, el correo presentado en el considerando anterior es un importante indicio no sólo de que el cumplimiento de la regla se exigía entre los supermercados, sino también de que su acatamiento estaba supeditado al cumplimiento por parte de los demás competidores aguas abajo;

Nonagésimo primero: Que, enseguida, el carácter horizontal de las prácticas acusadas –esto es, que la "regla" era observada por Cencosud en el entendido que las demás cadenas actuarían de la misma forma– se aprecia también en los siguientes dos extractos de declaraciones testimoniales prestadas durante el proceso: el primero, de un ejecutivo de Cencosud (quien es, además, la persona que envió el correo electrónico indicado en el considerando 89) y el segundo, de un ejecutivo de Ariztía:

> [Extracto 1] *Joseba Loroño: "Lo que él* [el ejecutivo del productor de pollo fresco] *me decía a mí era que la pasada era igual para todos que también ellos le iban a cortar los despachos o no ofrecer productos atractivos a futuro"*.
>
> - Declaración Testimonial de Joseba Loroño (Cencosud), página 91, acompañada por la FNE a fojas 1.622.

[Extracto 2] Abogado FNE [mostrándole un correo electrónico al declarante]: "En la frase final, cuando señala que 'lo ha hablado con todas las cadenas y seguirá reforzando', si lo recuerda, con qué cadenas era que había hablado y qué es lo que había hablado, digamos, en el fondo".

Cristián Tirado: "Eh, en general hablé con Cencosud y con SMU, particularmente. Algo… o sea, lo que había hablado con Supermercados del Sur, que estaba acá, y en algún minuto con Tottus, tuvo que haber sido".
- Declaración testimonial de Cristián Tirado (Ariztía), página 53, acompañada por la FNE a fojas 7041.

Nonagésimo segundo: Que, reiterando, un acuerdo horizontal puede sostenerse en el hecho que una regla vertical es aplicada en el entendido que los competidores estén aplicando también la misma regla. Por ello, de la exigencia a los proveedores de que otros supermercados cumplieran la regla de comportamiento (esto es, que respetaran el precio mínimo) se puede concluir que ésta no era simplemente vertical, sino también contenía el componente horizontal que configura un acuerdo anticompetitivo. Así, en el siguiente correo electrónico de Cencosud a un proveedor se puede apreciar la existencia y observancia de la regla por parte de la cadena:

"Cristián/Miguel, hace ya un tiempo les estamos informando que el precio del pollo entero se esta [SIC] *prostituyendo en nuestra competencia. Les envío adjunto situaciones actuales de Lider Belloto y Lider Talca.* […] *Señores, necesito saber de manera formal cual es la estrategia de precios de venta a público que ustedes manejan en este producto, ya que históricamente la banda de precio estaba fijada en todo el mercado. Esperamos una respuesta concreta y no solo buenas intenciones, ya que de acuerdo a ésta nosotros modificaremos nuestra estrategia en forma definitiva en cuanto al posicionamiento en este formato de producto".*
- Correo electrónico de Jorge Kuncar (Cencosud) a Cristián Tirado (Ariztía) y Miguel Villabona (Ariztía) de fecha 10 de marzo de 2009, contenido en el archivo "Adjunto 2 Sin asunto" del expediente digital de la FNE, contenido en el pendrive que rola a fojas 01 del cuaderno de documentos de versiones públicas de la FNE.

Nonagésimo tercero: Que el correo electrónico antes citado es particularmente relevante por diversas razones. Primero, porque emana de un ejecutivo de Cencosud y está dirigido a sus respectivas contrapartes en las empresas productoras de pollo fresco. Segundo, porque reconoce la existencia de una "banda de precios" histórica que no se aplicaba sólo a Cencosud, sino también a sus competidores. Tercero, porque el motivo del correo es una queja respecto a la actuación comercial de su competidor Walmart, en parte responsabilizando de ello a los receptores del correo. Y cuarto, porque en la comunicación se explicita que se espera de los productores una *"respuesta concreta y no sólo buenas intenciones"*, lo que permite concluir razonablemente que el objetivo era influir en las decisiones comerciales de su competidor a través de los proveedores de pollo fresco;

Nonagésimo cuarto: Que la naturaleza horizontal de la conducta se ve reforzada por las comunicaciones verticales en que, como en el correo anterior, pero ahora de modo más explícito, Cencosud buscaba algún tipo de represalia o llamado de atención hacia sus competidores. Estas comunicaciones y su contenido fueron reconocidas tanto por parte de Joseba Loroño, ex ejecutivo de Cencosud, como también por Cristián Tirado, ex trabajador de Ariztía:

> [1] *Joseba Loroño:* "[...] *y si yo veía que o cualquiera de los locales veían que la competencia salía bajo el costo tanto el jefe de producto como yo le reclamaba en el fondo de que no estaban siendo igualitarias las condiciones.".*
> - Declaración Testimonial de Joseba Loroño (Cencosud), página 80, acompañada por la FNE a fojas 1622.
>
> [2] *Abogado FNE* [preguntando al declarante acerca de un correo electrónico enviado desde Cencosud]: *"En el segundo párrafo de esa comunicación señala que 'la semana pasada salieron bajo costo con el trutro entero con Unimarc y no recibí las explicaciones ni las medidas que se tomaron, sino que lo verían con la cadena'.* ¿Qué *tipo de explicaciones o qué tipo de medidas eran las que se le solicitaban junto con ese reclamo?"*
>
> [3] Cristián Tirado (AR): "Llamadas, y básicamente como dije antes él quería que igualáramos las condiciones que él creía que tenían en cuanto a descuento. A nuestra negativa, porque no estábamos dispuestos a dar

esos descuentos, él pedía muchas veces que bloqueáramos los despachos como medida eh que no entregáramos los descuentos, que era una cosa que no hacíamos, y dos que los bloqueáramos, y tres que habláramos con ellos. Alguna de esas medidas está preguntando".

- Declaración testimonial de Cristián Tirado (Ariztía) página 55, acompañada por la FNE a fojas 7119.

Abogado FNE: "(...) ¿Qué *se persigue al solicitar al solicitar el corte de despacho a la cadena que incurrió en este precio bajo costo?*
Cristián Tirado (AR): "Que no logre... o sea, que suba el precio.".

- Declaración testimonial de Cristián Tirado (Ariztía) página 56, acompañada por la FNE a fojas 7.119.

Nonagésimo quinto: Que, a mayor abundamiento, existe evidencia de que lo deseado era la búsqueda de un acuerdo formal y transversal a las distintas cadenas de supermercados, según se observa en los siguientes correos electrónicos de un ejecutivo de Cencosud a uno de Agrosuper:

[1] *"Según lo conversado, vamos con oferta en trutro la próxima semana con los siguientes acuerdos: (...) 5.- Precio sobre el costo* $1.416 (...) Daniel, habíamos llegado a acuerdo y tú me aseguraste que el mercado estaba igualado en criterios arriba de costo. Hoy aparece publicado southern cross en el sur con trutro entero bajo costo. Es lo mismo que nos sucedió durante el 2009 y que llevamos conversando varias semanas para corregir el 2010. Te pido tomar las medidas correctivas".

- Correo electrónico de Joseba Loroño (Cencosud) a Daniel Concha (Agrosuper), de fecha 8 de enero de 2010, contenido en el documento "629.pdf" del expediente digital de la FNE, contenido en el pendrive que rola a fojas 01 del cuaderno de documentos de versiones públicas de la FNE.

[2] *"(...)*

d. Todas las ofertas comunicadas de manera masiva deben ir necesariamente sobre el precio lista del producto (precio sin descuento aplicado). Ejemplo: Si el precio lista de un producto es de $1.000/kg y el descuento es de 30%, el precio mínimo publicado en la oferta masiva debe ser mayor o igual a $1.000 + IVA. (...)

f. El acuerdo de precio de publicación mencionado en el punto d) debe ser respetado por todos los supermercados/hipermercados/ mayoristas/ tiendas de conveniencia/hard discount/otros en Chile.

g. En el caso de que la competencia señalada en el punto f) no cumpla el acuerdo señalado en el punto d), el proveedor asegura que el retail no tendrá producto exhibido en sus góndolas durante todo el período de oferta (...)

Daniel, espero realmente que esta nueva forma de comunicación comience a mejorar la relación. (...) Si bien lo hemos intentado otras oportunidades sin mayores resultados, estoy confiado que esta vez será diferente (...)".

- Correo de Joseba Loroño (Cencosud) a Daniel Concha (Agrosuper), de fecha 25 de febrero de 2010, contenido en el documento "635.pdf" del expediente digital de la FNE, contenido en el pendrive que rola a fojas 01 del cuaderno de documentos de versiones públicas de la FNE.

Nonagésimo sexto: Que, en relación con la anterior comunicación, el mismo ex ejecutivo de Cencosud, Joseba Loroño, afirma que el objetivo buscado era que sus competidores tuvieran las mismas restricciones verticales (intentando justificar ello en una supuesta imposición y en la búsqueda de no ser discriminados). Ello se desprende de su declaración testimonial:

Joseba Loroño: "Si. O sea, lo que digo ahí [refiriéndose a un correo electrónico que le fue mostrado por la FNE durante la declaración] *es lo que he venido diciendo, que esta era una regla que venía de antes y que lo que yo estaba diciendo de la definición formal es que se igualaran las condiciones para todos mis competidores, ya, en el sentido de... ¿qué es lo que pongo ahí?... Le estoy pidiendo, que ya lo he dicho antes, es que quiero que se dicten las reglas en igualdad de condiciones, para todos, de manera formal, en el sentido de que a mi no me pidan cumplir cosas que al resto no se las piden, y eso es competir en igualdad de condiciones, a eso me refiero con una definición formal, a que no me la exijan solamente a mi".*

- Declaración Testimonial de Joseba Loroño (Cencosud), página 74, acompañada por la FNE a fojas 1.622.

Abogado FNE: "Y de qué forma, o si alguna vez le dijo que él hacía algo para tratar de establecer esta igualdad de condiciones que ustedes como cadena buscaban."
Joseba Loroño: "Él en particular no lo puede hacer porque son KAM distintos, el KAM de Cencosud es distinto al KAM de Líder, ahora si ellos ponían en mail y en llamadas telefónicas que sí aplicaban esta norma para el resto también, lo cual como dije anteriormente, yo no sabía que esa práctica del proveedor era algo que no se podía hacer, entonces yo decía bueno si me lo impone a mi y se lo impone también al resto entonces estamos en igualdad de condiciones".
- Declaración Testimonial de Joseba Loroño (Cencosud), página 79, acompañada por la FNE a fojas 1.622.

Nonagésimo séptimo: Que todos los aspectos referidos anteriormente, es decir, la existencia de la regla, el monitoreo por parte de los productores, las amenazas de corte de despacho y las peticiones de represalias entre los supermercados, pueden ser observadas también en la siguiente cadena de correos electrónicos entre ejecutivos de Cencosud y Agrosuper, de fecha 22 de Julio de 2010, rolante a fojas 213 del cuaderno de versiones públicas de incautación de la FNE:

"Joseba, El acuerdo es claro, no salir bajo el costo y un [✂]% *bajo el costo con tarjeta. En esta promoción querámoslo o no, estamos bajo el costo,* [✂]. *Ahora bien hace algunas semanas atrás, semana del mundial de Chile, fuiste tu mismo el que me llamaste porque supiste que la cadena Tottus* [✂] *y que eso era bajo el costo y que si lo hacían tu mismo ibas a partir con ofertas bajo el costo. Pues bien la cadena* no salió bajo el costo, dado que la oferta se bajo dado elreclamo que yo realice al interior de AS por tu reclamo, es decir logramos que se cumpliera lo acordado".
- Correo electrónico de Daniel Concha (Agrosuper) a Joseba Loroño (Cencosud), con copia a Alfredo Calvo (Cencosud) y otros, de fecha 22 de julio de 2010, que rola a fojas 213 del cuaderno de versiones públicas de incautación de la FNE.

"[✂] *Ahora Daniel tenemos un problema… ya están todos los avisos de TV y prensa hechos y ya no tenemos tiempo para cambiarlos… apóyame esta vez ya que fue un tema de desinformación y no por querer romper un acuerdo".*
- Correo electrónico de Joseba Loroño (Cencosud) a Daniel Concha (Agrosuper), de fecha 22 de julio de 2010, que rola a fojas 213 del cuaderno de versiones públicas de incautación de la FNE.

"Joseba, Tú sabes más que nadie como estamos trabajando respecto a no salir bajo el costo. Te voy a apoyar y despachar pero con la condición que te comprometas a que no van a seguir saliendo bajo el costo en adelante, yo es la última vez que me las juego por este tipo de situaciones".
- Correo electrónico de Daniel Concha (Agrosuper) a Joseba Loroño (Cencosud), de fecha 22 de Julio de 2010, que rola a fojas 213 del cuaderno de versiones públicas de incautación de la FNE.

"Estoy de acuerdo contigo. Esta vez fue un accidente. Alfredo, NUNCA MAS salir bajo el costo, salvo previo acuerdo con Daniel. Gracias".
- Correo electrónico de Joseba Loroño (Cencosud) a Daniel Concha (Agrosuper), con copia a Alfredo Calvo (Cencosud), de fecha 22 de Julio de 2010, que rola a fojas 213 del cuaderno de versiones públicas de incautación de la FNE.

Nonagésimo octavo: Que, intentando contextualizar esta evidencia, como hemos indicado, Cencosud sostiene que la regla de comportamiento fue impuesta por los productores de pollo fresco y que, por tanto, no existía base para acusar un acuerdo. Como prueba de ello, acompañan diversos correos electrónicos recibidos desde los productos, tres de los cuales se muestran a continuación de modo ejemplar:

[1] *"por favor quiero insistir en que estos precios no los coloquen a venta bajo costo"*.
- Correo electrónico de Antonio Correa (Don Pollo) a Alfredo Calvo (Cencosud), con copia a Jorge Kuncar (Cencosud), de fecha 31 de julio de 2009, que rola a fojas 09 del cuaderno de versiones públicas de incautación de la FNE.

[2] *"el p.v.p.* [precio de venta a público] *no puede ser menor que su costo en oferta con todo medio de pago"*.
- Correo electrónico de Víctor Velásquez (Agrosuper) a Alfredo Calvo (Cencosud), de fecha 24 de abril de 2009, que rola a fojas 45 del cuaderno de versiones públicas de incautación de la FNE.

[3] *"Favor cuidar salir sobre costo (sin dsctos) incluso con tarjeta"*.
- Correo electrónico de Víctor Velásquez (Agrosuper) a Alfredo Calvo (Cencosud), de fecha 24 de abril de 2009, que rola a fojas 103 del cuaderno de versiones públicas de incautación de la FNE.

Nonagésimo noveno: Que, sin embargo, las peticiones de los productores de pollo a los supermercados no solo pueden considerarse como evidencia de una imposición unilateral por parte de los proveedores, sino también como evidencia del monitoreo propio de un acuerdo como el acusado por la FNE, por lo que no constituyen prueba de la defensa planteada;

Centésimo: Que, luego, en línea con la defensa de Cencosud, el testigo Joseba Loroño, ex ejecutivo de esa cadena, señaló sistemáticamente en su declaración que la regla era una imposición de los productores de pollo. Por ejemplo, indicó:

> *"FNE:* ¿Ustedes *tenían el entendimiento de que ellos* [los productores de pollo fresco] *asumían que esto era una imposición, o un acuerdo con ustedes?*
> Joseba Loroño: No, ellos sabían que era imposición".
> - Declaración testimonial de Joseba Loroño (Cencosud), página 67, acompañada por la FNE a fojas 1.622.

Centésimo primero: Que, sin embargo, en esta materia la declaración del señor Loroño no es verosímil si se la considera en conjunto con los demás elementos de prueba del proceso. De hecho, ella no sólo es contradictoria en general con la prueba documental citada precedentemente, sino especialmente con correos electrónicos enviados por él mismo;

Centésimo segundo: Que en la misma línea de defensa, el informe económico de Carlos Noton, acompañado por Cencosud a fojas 6.876, realiza una comparación entre los márgenes de los productores de pollo y los márgenes del supermercado en la venta de tales productos, concluyendo que al ser menor el de este último, también lo sería su poder de negociación, lo cual sería un indicio de la aptitud de las empresas productoras de pollo para imponer en forma unilateral una regla como la indicada en el requerimiento;

Centésimo tercero: Que, sin embargo, la comparación directa de estos márgenes efectuada en el informe no utiliza los mismos datos para cada empresa, lo que dificulta arribar a una conclusión acerca de las diferencias en el poder de negociación de cada parte. En cualquier caso, este tipo de diferencias no puede ser considerado, en si mismo, como evidencia de que se ha impuesto una determinada forma de actuación a la parte que se encuentra en una posición desmejorada;

Centésimo cuarto: Que Cencosud acompaña también, a fojas 10.872, un informe económico elaborado por Alejandro Jadresic y Marcelo Villena. Los autores señalan que el requerimiento tendría una deficiencia económica básica, al ba-

sarse en un precio mínimo que no permite cubrir los costos y que sería menor al precio competitivo de equilibrio. Sin embargo, esta argumentación no resulta pertinente en el presente caso, atendidas las estrategias de *pricing* utilizadas por las requeridas en el mercado aguas abajo y, en particular, el carácter de "generador de tráfico" del pollo fresco (que es reconocido en el propio informe). Los informantes agregan que en numerosos casos el pollo fresco se vendió por debajo del costo de adquisición, lo que se contrapone a la supuesta regla, tanto durante el período acusado como durante el año 2012. Ello es un indicio en contra de la eficacia del acuerdo, pero, como se señala en el considerando 169, no de su existencia. Asimismo, y al igual que el otro informe acompañado por Cencosud indicado en el considerando 102, afirman que el acuerdo sería poco plausible dado el cartel aguas arriba, ante lo cual cabe señalar las mismas aprensiones expuestas en el considerando 131. Luego señalan que, de haber existido la regla, esta pareciera haber sido impuesta por los proveedores de pollo, aunque no entregan antecedentes directos a este respecto. Finalmente, los autores hacen una comparación del período acusado y los años posteriores, la que no considerada los importantes cambios que ha sufrido la industria en los últimos, lo que hace imposible realizar inferencias a partir de los datos expuestos;

Centésimo quinto: Que atendido todo lo señalado, la defensa de Cencosud relativa a que la restricción vertical fue una imposición por parte de los proveedores no ha sido acreditada en el proceso;

Centésimo sexto: Que, por otra parte, como segunda línea de defensa, Cencosud también sostiene que no existe un correlato entre los correos electrónicos y la evidencia económica existente en el proceso. En particular, la prueba presentada a fojas 10.392, correspondiente a extractos de su propio sistema de gestión interna de precios, mostraría que los cambios de éstos que ocurrieron en la época posterior a los correos electrónicos acompañados por la FNE habrían estado programados con anterioridad. Un análisis en la misma línea se desarrolla en la sección 3 del ya mencionado informe económico de Carlos Noton. Estos análisis demostrarían, al menos respecto de Cencosud, que el monitoreo del supuesto acuerdo no habría permitido corregir desvíos de corto plazo en los precios cobrados;

Centésimo séptimo: Que lo anterior es respaldado por distintas declaraciones testimoniales, las que son concordantes en cuanto a que no es posible cambiar un precio promocional durante su vigencia, tanto por reglas internas de la compañía, como también debido a los posibles problemas legales que ello podría implicar por aplicación de la normativa de protección al consumidor. En esta línea declaró, por ejemplo, Francisco Noguera, ex trabajador de Agrosuper entre 1990 y 2014: *"Si hay una publicación que dura cinco días, por darle un ejemplo, y al tercer día lo que yo le entrego no cubre… no puede subir el precio, porque está publicado. La gente ya iría a meterle un juicio por publicación falsa"* (fojas 5.828). Lo mismo ratificó Luis Zamorano, de Walmart, al señalar "*O sea, era como una norma tanto de DyS como de Walmart: el producto que está publicado y ya está en sala, con volantes impresos, con catálogos o que ya salieron en televisión, no se va a bajar por un error o por lo que sea, pero no se… no se va a cambiar el precio de venta*" (fojas 7.598);

Centésimo octavo: Que, sin embargo, esta defensa de Cencosud no es suficiente para desacreditar el acuerdo acusado por la FNE, por cuanto la posibilidad de corregir desvíos de corto plazo a través de un ajuste de precios no es una condición necesaria para dar por acreditado el acuerdo acusado;

Centésimo noveno: Que, además, es posible vislumbrar otros mecanismos con los cuales los productores de pollo fresco podían hacer cumplir la regla de comportamiento. La propia prueba aportada al proceso da cuenta de algunos de tales mecanismos, destacando entre ellos los cortes de despacho a las salas de venta de las requeridas. Ello se desprende, por ejemplo, de las declaraciones testimoniales prestadas por los siguientes testigos: (i) Sebastián Matte, de SMU, cuya transcripción rola a fojas 4186 bis, quien señala "*Sí, es que en algunas ocasiones, cuando nosotros salíamos con un producto bajo el costo, más de algún proveedor nos puede haber cortado los despachos de ese producto*" (fojas 4.272); (ii) Julio Southerland, de Walmart, cuya transcripción rola a fojas 6.487, quien sostiene "*Sí claro, sí. Si salíamos a un costo negativo, perdón con margen negativo, eh, el proveedor cortaba el despacho*" (fojas 6.537); y (iii) Joseba Loroño, de Cencosud, cuya transcripción rola a fojas 1.519, quien declaró "*Lo que él me decía a mí era que la pasada era igual para todos que también ellos le iban a cortar los despachos o no ofrecer productos atractivos a futuro*" (fojas 1.609);

Centésimo décimo: Que, de igual modo, las amenazas y compromisos de corte de despacho a los distintos supermercados se pueden observar también en varios correos electrónicos acompañados al proceso, algunos de los cuales se transcriben a continuación:

[1] "Personalmente llame hoy a todas nuestras sucursales y envié correo para instruir la no entrega de Pollo Entero por este tema, además que tampoco cuentan con stock suficiente para responder a esta presunta alza de demanda. Saludos."

- Correo electrónico de Miguel Villabona (Ariztía) a Carlos Tellería (Ariztía) y [Ejecutivo de SMU], con copia a Sebastián Matte (SMU), defecha 28 de noviembre de 2009, que rola a fojas 108 del cuaderno de versiones públicas de incautaciónde la FNE.

[2] "Nosotros le vamos a poner castigo a los que salgan bajo costo como te lo he mencionado"

- Correo electrónico de Daniel Concha (Agrosuper) a Joseba Loroño (Cencosud), de fecha 29 de junio de 2010, que rola a fojas 206 del cuaderno de versiones públicas de incautación de la FNE.

[3] "Respecto a Unimarc te comento que seguimos tal cual con las políticas bajo el costo, y Unimarc no tuvo despacho y fue severamente castigado al respecto dado que este tipo de acciones ya no está en juego para nosotros, por lo que pronto esta semana Unimarc sigue con problemas de despacho de parte nuestra por este tipo de situaciones"

- Correo de Daniel Concha (Agrosuper) a Joseba Loroño (Cencosud), de fecha 4 de mayo de 2011, que rola a fojas 299 del cuaderno de versiones públicas de incautación de la FNE.

[4] "Alfredo: Lamento tú decisión, pero desgraciadamente nosotros no tenemos nada que ver, es un problema de la cadena, no del proveedor. Es más se dio la orden de no despachar hasta quevuelva a precios normales"

- Correo electrónico de [Ejecutivo de Don Pollo] a Alfredo Calvo (Cencosud), con copia a Antonio Correa (Don Pollo) de fecha 7 de junio de 2010, que rola a fojas 183 del cuaderno de versiones públicas de incautación de la FNE.

[5] "Vincent según las conversaciones con los proveedores, han cortado los despachos de pollo entero por salir a un precio bajo el costo. No sé qué tan real sea este tema, habría que verlo directamente en los locales de la competencia para ver si tienen pollo entero. En todo caso no se ha visto

afectado nuestro nivel de servicio ni tampoco se ha visto una disminución en los kilos vendidos".
- Correo electrónico de Luis Zamorano (Walmart) a [Ejecutivo de Walmart] y Julio Southerland (Walmart), de fecha 11 de junio de 2010, que rola a fojas 198 del cuaderno de versiones públicas de incautación de la FNE.

[6] "Daniel, ayer en la noche Tottus volvió a aparecer en TV con la publicación bajo costo con todo medio de pago. Si les hubieran cortado los despachos el viernes no publicarían el domingo en TV no te parece?"
- Correo electrónico de Joseba Loroño (Cencosud) a Daniel Concha (Agrosuper), con copia a Alfredo Calvo, de fecha 18 de Enero de 2010, contenido en el documento "632. Tottus tv_VP.pdf" del expediente de investigación de la FNE.

[7] "Se cortaron los despachos??? No me sirve la buena intención de que no se vuelva a repetir. Si están publicados, se les debe cortar los despachos para que les afecte con los clientes, como le está pasando a mis locales"
- Correo electrónico de Alfredo Calvo (Cencosud) a Cristián Tirado (Ariztía), con fecha 7 de junio de 2010, contenido en el documento "2. posible spam RV Pollo Entero a 990_VP" del expediente digital de la FNE, contenido en el pendrive que rola a fojas 01 del cuaderno de documentos de versiones públicas de la FNE.

Centésimo undécimo: Que, en síntesis, la prueba analizada permite concluir que Cencosud fue consciente de la existencia de la regla de comportamiento descrita por la FNE; que esta regla fue aplicada por dicha cadena; que la requerida entendía y buscaba que tal regla fuese aplicada también por sus competidores; y que Cencosud mantuvo un comportamiento activo respecto del cumplimiento de la regla por parte de las otras cadenas de supermercados;

3.3 La existencia y observancia de la regla por parte de SMU

Centésimo duodécimo: Que, tal como se adelantó en el considerando 73, la postura de SMU respecto de la acusación es más ambigua que la de Cencosud. En principio desconoce la existencia de la regla, indicando que ella se vincula más bien a un "comportamiento natural" del mercado, que consistiría en "vender sus productos sobre el costo de producción de los mismos" (fojas 592). Esto lo confirma luego en sus observaciones a la prueba de autos, de fojas 12.301, donde indica que *"nunca se supeditó a una inexistente regla"* (fojas 12.401) y que *"más allá de los defectos formales de la acusación y otras defensas de fondo, esta parte*

sostiene firmemente que no existe entre las cadenas la 'regla' que acusa la FNE, sino que para SMU es una regla básica de buena administración (no vender bajo el costo), nunca un elemento de coordinación con competidores a través de los proveedores" (fojas 12.501);

Centésimo decimotercero: Que, sin embargo, SMU no controvierte que los proveedores de pollo al menos habrían intentado imponer ciertas condiciones comerciales de venta por sobre determinado nivel. Así, por ejemplo, indica en su contestación que *"Los proveedores tenían acuerdos de precios 'aguas arriba', y necesitaban que la situación no se desordenase 'aguas abajo', lo que intentaban mediante presiones, sin que haya existido coordinación con ni entre los supermercados"* (fojas 608). Asimismo, en sus observaciones a la prueba indica que "[n]*o es efectivo que las Cadenas solicitan a los productores de pollo su intervención para la aplicación de la supuesta regla; sino que fueron estos últimos los que presionaron a las cadenas para vender en determinados niveles de precios, para asegurar la estabilidad del cartel aguas arriba"* (fojas 12.312 y 12.313);

Centésimo decimocuarto: Que, sin perjuicio de lo anterior, existe suficiente prueba tanto para dar por acreditada la adhesión de SMU a una regla común, como también para concluir que tal apego era ejercido en el entendido que el resto de las cadenas de supermercados participaban también de un esquema similar;

Centésimo decimoquinto: Que, tal como se hizo respecto de la primera requerida, previo al análisis y para efectos de facilitar la comprensión de la prueba que se presenta a continuación, resulta conveniente mencionar a los principales ejecutivos y ex ejecutivos de SMU y los cargos que, de acuerdo con la información contenida en el expediente, ejercían en dicha empresa durante el período acusado:

i) Sebastián Matte, gerente de perecibles de SMU entre 1996 y 2015;
ii) Pablo González, *product manager* de carnes rojas en Cencosud hasta 2009, administrador de carnes rojas en SMU desde 2009 hasta 2011, jefe de área carnes desde 2011 a 2012 y subgerente del área en esta última empresa a partir de 2012;

iii) Ricardo Herrera, administrador de carnes blancas de SMU hasta marzo de 2010; y
iv) Rodrigo Cabrera, administrador de carnes blancas de SMU a partir de marzo de 2010;

Centésimo decimosexto: Que, en primer término, la participación en una conducta que iba más allá de una simple restricción vertical y adquirió características de un acuerdo horizontal se puede observar en la siguiente cadena de correos entre Pablo González, de SMU, y Francisco Noguera, de Agrosuper, de fecha 29 de septiembre *de 2*009, que rola a fojas 85 del cuaderno de versiones públicas de incautación de la FNE:

> [1] "Según lo conversado es de suma importancia respetar los acuerdos de no salir en ningún producto en la mega que este publicado en catalogo [SIC] y en sala bajo los costos de precios listas entregados con la finalidad de no generar desordenes en el mercado".
> - Correo electrónico de Francisco Noguera (Agrosuper) a Pablo González (SMU) y [Ejecutivo de SMU], de fecha 29 de septiembre de 2009, que rola a fojas 85 del cuaderno de versiones públicas de incautación de la FNE.

> [2] "Según lo conversado encuentro que es importante lograr mantener la política de no salir bajo costo que finalmente, como tú dices, solo desordena el mercado. (...) Quedo a la espera respuesta de la propuesta conversada de compensación en caso que la competencia salga bajo costo"
> - Correo electrónico de Pablo González (SMU) a Francisco Noguera (Agrosuper), con copia a Juan Carlos Sánchez (Agrosuper) y Sebastián Matte (SMU), de fecha 29 de septiembre de 2009, que rola a fojas 85 del cuaderno de versiones públicas de incautación de la FNE.

> [3] "[...] *la variable compensación no la puedo manejar solo queda la palabra y hacer respetar los acuerdos, al día de hoy por parte de tu competencia debiera ser efectivo y seguiremos insistiendo*".
> - Correo electrónico de Francisco Noguera (Agrosuper) a Pablo González (SMU), con copia a Juan Carlos Sánchez (Agrosuper) y Sebastián Matte, de fecha 29 de septiembre de 2009, que rola a fojas 85 del cuaderno de versiones públicas de incautación de la FNE.

Centésimo decimoséptimo: Que la comunicación anterior no deja lugar a dudas que SMU esperaba que Agrosuper tuviese injerencia en los precios de los otros supermercados, pidiéndole incluso que se hiciese responsable de posibles

perjuicios que SMU pudiese sufrir en caso de no cumplir su rol fiscalizador. Tal comunicación, así como la respuesta por parte de Agrosuper, demuestran que la aplicación de la regla de comportamiento en el caso de SMU estaba condicionada a la existencia y aplicación de las otras reglas verticales del mercado;

Centésimo decimoctavo: Que, asimismo, de la anterior cadena de correos destaca el reconocimiento por parte del ejecutivo de SMU de que las ventas que no cumplen con la regla conllevan un "desorden" en el mercado, indicio adicional de que las reglas verticales existentes en el mercado eran vistas por las cadenas de supermercados como elementos que operaban a nivel conjunto y eran beneficiosas para todas ellas;

Centésimo decimonoveno: Que el componente horizontal del esquema al que adhirió SMU puede observarse también en un correo posterior:

> "Hola Rodrigo, te escribo para solicitar ayuda en un tema que hemos intentado regular hace tiempo y que los favorece a ustedes como Clientes. Desde hace unos 3 años que estamos intentando regularizar el precio de oferta de los productos Pollos y Pavos evitando vender bajo costo para que las cadenas NO entren en una guerra de precios. En este sentido te pido evitar vender Trutros Enteros Bajo Costo como pasó hoy en Bigger Concepción donde se ofreció el Trutro Entero Ariztía a $1.490 (Precio Mínimo es $1.270 + IVA = $1.511).
>
> La razón por la cual te pido es para lograr tranquilidad en el mercado y evitar que las propias cadenas entren en una guerra de precio que sólo provocará mermar sus ganancias.
>
> Este tema lo he hablado con todas las cadenas y de ser necesario en algún caso especial, lo seguiré reforzando. Saludos,"
>
> - Correo electrónico de Cristián Tirado (Ariztía) a Rodrigo Balbontín (SMU), de fecha 17 de febrero de 2011, que rola a fojas 11 del cuaderno principal, tomo I.

Centésimo vigésimo: Que el anterior correo, aun cuando es unidireccional desde un proveedor a SMU, resume la conducta durante la mayor parte del período acusado por la FNE, poniendo énfasis en los beneficios de un acuerdo para los

supermercados y en que el esquema descrito no tenía una naturaleza bilateral, sino que era aplicado en forma amplia a las cadenas de supermercados;

Centésimo vigésimo primero: Que, según se ha visto en la sección primera y se reiteró en el considerando 92, un acuerdo horizontal puede sostenerse en el hecho que una regla vertical es aplicada en el entendido que los competidores estén aplicando también la misma regla. Por ello, de la exigencia a los proveedores de que otros supermercados cumplan la regla se puede concluir que esta no era simplemente vertical, sino también contenía el componente horizontal que configura un acuerdo anticompetitivo. En este sentido, a continuación se transcriben algunos correos electrónico de o hacia SMU que involucran el cumplimiento de la regla de otras cadenas de supermercados:

> [1] *"Ahora Sta Isabel esta* [SIC] *bajo el costo en el trutro entero. Acuenta vende bajo el costo, Sta Isabel lo siguió y ahora me piden a mí que los siga, así solo destruiremos el valor de la categoría. Que [SIC] haremos? Estas esperando que Sebastian Matte llame a Julio Ferez [SIC] ?"*. [De acuerdo a la FNE, Sebastián Matte se desempeñaba entonces como gerente de perecibles de SMU, mientras que Julio Feres era el gerente de ventas nacionales de Agrosuper]
>
> - Correo electrónico de Rodrigo Cabrera (SMU) a Francisco Noguera (Agrosuper), de fecha 18 de enero de 2011, que rola a fojas 287 del cuaderno de versiones pública de incautación de la FNE.

> [2] "[Ejecutivo de SMU]*, como estas. Estamos revisando la problemática de precios entre locales en mitigación, Por otro lado tu fiscalización ES CLAVE en diciembre para caso como el de "Camiruaga". Es un supermercado? Es una carnicería? Favor cuando hayan precios bajo el costo sácales una foto y entréganos la descripción y dirección del local para exigir al proveedor que les corte el despacho si no normalizan sus precios a precios competitivos. Dame urgente la información solicitada para que tomemos medidas hoy"*.
>
> - Correo electrónico de [Ejecutivo del área comercial de SMU] a [Administrador de local en SMU], de fecha 12 de diciembre de 2011, que rola a fojas 350 del cuaderno de versiones públicas de incautación de la FNE. Subrayados en el original. Nótese que a pesar de que el emisor del correo era administrador de categoría cerdos, en el mensaje aparece una tabla donde hay un producto de pollo, por lo que no se trata de evidencia que pueda ser considerada meramente circunstancial;

[3] *"A esto le baje [SIC] el perfil, pero preocúpate que no vuelva a suceder, no quiero ver a Tottus Bigger o la fama con precios bajo el costo. Atte."*.
- Correo de Rodrigo Cabrera (SMU) a Carlos Tellería (Ariztía), de fecha 9 de diciembre de 2010, que rola a fojas 265 del cuaderno de versiones públicas de incautación de la FNE.

[4] "Manuel, Claudia, el PVP del trutro entero informado es bajo el costo y eso no se puede hacer, si Bigger lo hizo el fin de semana pasado debieron informar para reclamar de inmediato, tienen una foto o una boleta para hacer el reclamo formal a Ariztia???, Cuando pase este tipo de problemas les solicito me informen ya que un mail con una semana de retraso no es muy efectivo".
- Correo electrónico de Rodrigo Cabrera (SMU) a [Ejecutivo de SMU] y [Ejecutivo de SMU], de fecha 18 de junio 2010, que rola a fojas 202 del cuaderno de versiones públicas de incautación de la FNE.

Centésimo vigésimo segundo: Que, enseguida, la siguiente cadena de correos (en la que se menciona a Bigger, una cadena que luego sería adquirida por SMU) es un indicio adicional acerca de los reclamos de SMU a los proveedores por las condiciones comerciales ofrecidas por las otras cadenas de supermercados en su venta a público. Aun cuando, considerada por sí sola, tal comunicación podría llegar a ser consistente con la explicación alternativa según la cual tales reclamos eran para pedir mejores condiciones comerciales, en el contexto de la prueba ella es más bien interpretable en el sentido de ser una comunicación útil para respaldar los reclamos y el entendimiento que tenía SMU de que los otros supermercados también se regían por una regla similar a la propia:

[1] "Rodrigo, Pablo... ofertas de Bigger. PLOP".
- Correo de [Ejecutivo de SMU] a Rodrigo Cabrera (SMU), con copia a Pablo González (SMU), de fecha 6 de julio de 2010, que rola a fojas 210 del cuaderno de versiones públicas de incautación de la FNE.

[2] "Algún comentario? (trutro entero Super bajo el costo de lista)".
- Correo de Rodrigo Cabrera (SMU) a Francisco Noguera (Agrosuper) y José Francisco Valdés (Agrosuper), con copia a Pablo González, de fecha 6 de julio de 2010, que rola a fojas 210 del cuaderno de versiones públicas de incautación de la FNE.

[3] *"Me puedes dar información para responder. Gracias"*.
- Correo de Francisco Noguera (Agrosuper) a [Ejecutivo de Agrosuper], de fecha 6 de julio de 2010, que rola a fojas 210 del cuaderno de versiones públicas de incautación de la FNE.

[4] *"Francisco, son $*[✂] *en una sola sala de panguipulli. Atte."*
- Correo de [Ejecutivo de Agrosuper] a Francisco Noguera (Agrosuper), de fecha 6 de julio de 2010, que rola a fojas 210 del cuaderno de versiones públicas de incautación de la FNE.

[5] *"Francisco, Necesito un descuento promocional atractivo para mi sala de Panguipulli. Semana 29: Trutro entero con un* [✂]% *para Panguipulli (*[✂]% *para el resto de la cadena)".*
- Correo de Rodrigo Cabrera (SMU) a José Francisco Valdés (Agrosuper), con copia a Francisco Noguera (Agrosuper), de fecha 6 de julio de 2010, que rola a fojas 209 del cuaderno de versiones públicas de incautación de la FNE.

[6] *"Rodrigo, no me pude conseguir ese descuento extra. Pero tenemos para toda la cadena un* [✂]% *para la semana 29, lo que no está malo.".*
- Correo de Francisco Noguera (Agrosuper) a Rodrigo Cabrera (SMU), de fecha 6 de julio de 2010, que rola a fojas 209 del cuaderno de versiones públicas de incautación de la FNE.

Centésimo vigésimo tercero: Que la siguiente comunicación interna de SMU es un indicio adicional de que el proceso de fijación de precios de dicha cadena no era efectuado de manera independiente, como se esperaría en un ambiente competitivo. Como se observa, en ella, además de hacerse referencia a la relación entre precio de la competencia y costo, se hace una petición expresa de tomar acciones para no caer en una guerra de precios:

"Ricardo, te envío comparativa de precios tomada Hoy a las 18:00 en Lider Punta Arenas y el diferencial de precio de este competidor supera el [✂]% *frente a nuestros precios. Necesito que veas en especial el tema del precio del Pollo Entero, porque desde HOY est*án a *público a $1.190, lo que significa que están un* [✂]% *bajo nuestro precio de venta y $*[✂] *bajo nuestro costo bruto x Kilo*

Al mismo tiempo, si revisas el archivo adjunto (el listado de los 80 productos con mayor venta para el proveedor en la zona- "Los Infaltables"), hay [✂] *productos en los que dicho competidor tiene precios fuertes, en los que no podemos competir. Te recuerdo que toda la mitad del 2009 y hasta abril de 2010 (antes del alza), ellos tuvieron el pollo entero a $1.290, frente al $1.499, precio nuestro*

Por favor escalar este tema, ya que la idea NO es caer en una guerra de precios. Gracias".
- Correo de Juan Pablo Norambuena (Gerente de Negocios Zona Austral de SMU) a Ricardo Herrera (SMU), con copia a Pablo González (SMU) y Sebastián Matte (SMU), de fecha 5 de mayo de 2010, que rola a fojas 170 del cuaderno de versiones pública de incautación de la FNE.

Centésimo vigésimo cuarto: Que el conocimiento de que la regla vertical operaba de la misma forma respecto de otras cadenas es reforzado por el hecho de que el comprador de carnes blancas de SMU, Pablo González, trabajó anteriormente en un cargo similar en el supermercado Cencosud. De hecho, el ejecutivo reconoció en su declaración testimonial que tal regla existía también para su competencia en el tiempo en que él se desempeñaba ahí:

> "Pablo González (SMU): Yo lo que sí sabía es que cuando estuve en Cencosud se me pudo haber hecho el mismo requerimiento, por eso el proveedor menciona que yo sé como funciona.
> *Abogado FNE: A ver, si pudiera detenerse un poco en ese aspecto, cuando estuvo en Cencosud el mismo tipo de Requerimiento,* ¿de *qué tipo de requerimiento estamos hablando?*
> Pablo González (SMU): De no salir bajo el costo con un producto"
> - Declaración testimonial de Pablo González (SMU), página 72, acompañada por la FNE a fojas 7.385.

Centésimo vigésimo quinto: Que la participación de SMU en el esquema común acusado por la FNE es respaldado por ejecutivos de los productores de pollo, tal como se ve a continuación de acuerdo con la declaración testimonial de Cristián Tirado, a fojas 7.041, KAM de Ariztía para Cencosud durante los años 2005 a 2009 y luego Subgerente de Ventas del canal supermercados de Ariztía, entre los años 2009 y 2013:

> Abogado FNE: "[sobre] Supermercados del Sur, señala que "hay un tema que han intentado regular hace tiempo y que favorecen a ustedes como cliente". Si pudiera señalar qué es lo que quería manifestarle a la persona de Supermercados del Sur."
> Cristián Tirado (Ariztía): "Que hace tiempo eh me habían pedido hablar con las otras cadenas para no bajar el precio bajo el costo, el precio de lista más IVA"
> [...]
> Abogado FNE: "En la frase final, cuando señala que "lo ha hablado con todas las cadenas y seguirá reforzando", si lo recuerda, con qué cadenas era que había hablado y qué es lo que había hablado, digamos, en el fondo."

Cristián Tirado (Ariztía): "Eh, en general hablé con Cencosud y con SMU, particularmente. Algo… o sea, lo que había hablado con Supermercados del Sur, que estaba acá, y en algún minuto con Tottus, tuvo que haber sido"
[…]
Abogado FNE: "Don Cristián, usted hasta ahora nos ha señalado una cierta dinámica digamos, básicamente de acuerdo a los documentos exhibidos por ejecutivos o personas vinculados a la cadena Cencosud. En este caso, del análisis de la cadena, ¿usted podría decir en este caso de donde o de qué cadena surgió el reclamo?"
Cristián Tirado (Ariztía): "SMU"
[…]
Abogado FNE: "Lo que nos ha explicado a propósito de las otras relaciones y los reclamos que provenían de Cencosud, ¿es también aplicable respecto de reclamos de SMU o variaba en algo la dinámica de comunicaciones, de lo que pedían?"
Cristián Tirado (Ariztía): "Es similar. Era similar, la forma era la misma."
- Declaración testimonial de Cristián Tirado (Ariztía), páginas 52 a 57, acompañada por la FNE a fojas 7.041.

Centésimo vigésimo sexto: Que debe notarse que, aun cuando el ejecutivo de SMU Pablo González sostiene que la regla fue una imposición por parte de los productores de pollo fresco, él reconoce que ésta podía ser beneficiosa para la cadena al limitar la solicitud de descuentos por parte de sus competidores:

Abogado FNE: "(…) ¿En qué consiste esa política de no salir bajo el costo?"
Pablo González (SMU): "Esa era una política entre SMU y en este caso el proveedor Agrosuper, de tratar de no salir bajo el costo a una petición de él, para evitar desordenar el mercado. A mi tampoco me interesaba que todos los actores empezaran a pedir descuentos, porque a veces se los podían otorgar y me podían mejorar el precio que yo tenía publicado".
- Declaración testimonial de Pablo González (SMU), página 68, acompañada por la FNE a fojas 7385.

Centésimo vigésimo séptimo: Que, en lo que respecta ahora a sus defensas, en primer término SMU señaló en su contestación que *"el comportamiento normal en toda actividad comercial de una empresa es vender sus productos sobre el costo de producción de los mismos"* (fojas 592), agregando en sus observaciones

a la prueba que "[l]*a regla a que alude la FNE carece de todo sentido y razonabilidad económica, más aún cuando en SMU el margen de la categoría bordeaba el 20% sobre precio de adquisición"* (fojas 12.598);

Centésimo vigésimo octavo: Que, sin embargo, existen numerosos antecedentes para descartar ese argumento. En particular, de la prueba acompañada al expediente es posible concluir que: (i) la regla acusada por la FNE era relevante sólo para los precios promocionales, por lo que es consistente con márgenes altos para precios normales; (ii) los precios promocionales tenían como objetivo atraer clientes a los supermercados y que éstos compraran productos adicionales a los promocionados, por lo que sí podía ser rentable vender con un margen negativo; (iii) los objetivos de margen de los supermercados son a nivel de canastas de producto y no de productos en particular, por lo que es posible compensar márgenes menores en ciertos productos; y (iv) que el supuesto punto focal en el precio de lista mayorista no es el verdadero costo marginal que enfrentan los supermercados, principalmente debido a los descuentos, premios por objetivos y pagos retroactivos, por lo que existían márgenes positivos por debajo del precio asociado a la regla;

Centésimo vigésimo noveno: Que, en segundo lugar, diversos informes económicos presentados en autos han debatido acerca de si las conductas acusadas tenían racionalidad económica desde la perspectiva de sus supuestos ejecutores y, especialmente, de los proveedores de pollo como supuestos facilitadores de la conducta;

Centésimo trigésimo: Que, en el caso de SMU, el informe económico elaborado por Rómulo Chumacero (acompañado a fojas 5.976) señala, en síntesis, que el esquema descrito por la FNE no sería consistente con una relación vertical donde los proveedores participan del acuerdo colusorio acreditado en la Sentencia Nº 139/2014. Ello, principalmente, porque a un grupo de productores que toman decisiones en forma conjunta les convendría que sus distribuidores aguas abajo compitieran en la forma más intensa posible para evitar la doble marginalización, lo que no haría verosímil el que las empresas avícolas hubiesen facilitado la colusión por parte de los supermercados, como afirma la FNE. Asimismo, el informe señala que otra posibilidad es que los productores hayan utilizado los precios mínimos como un mecanismo de monitoreo para su acuerdo aguas arriba.

Centésimo trigésimo primero: Que, sin embargo, el informe en comento contiene una serie supuestos que hacen que sus conclusiones no sean aplicables al presente caso. Entre otras, el informe no considera: (i) la interrelación de la venta de pollo fresco con la del resto de los productos vendidos por los supermercados; (ii) que, como se ha señalado, el acuerdo acusado no es un cartel duro, sino que se refiere a la mantención de precios mínimos a través de una restricción vertical; (iii) que la oferta de pollo está fija en el corto plazo, según fue indicado en el considerando 46; (iv) que el pollo fresco no se puede almacenar y tiene una vida útil de menos de dos semanas, según se explicó en el considerando 44; (v) la importancia de los quiebres de inventario para productores y revendedores; y (vi) la relación multiproducto entre los productores de pollo y los supermercados;

Centésimo trigésimo segundo:Que, además, el informe analiza un caso "clásico" de un acuerdo de fijación de precio de venta minorista, que no se corresponde con el esquema de precio mínimo acusado por la FNE. Si consideramos que, de acuerdo con las declaraciones testimoniales de Sebastián Matte (a fojas 4.186 bis), Julio Southerland (a fojas 6.487) y Juan Pablo Vega (a fojas 4.019) y la información de ventas acompañadas por las distintas requeridas, el margen promedio de la venta de pollo fresco era cercano al 25% y que la supuesta regla restringía sólo los márgenes negativos, resulta claro que el acuerdo requerido tenía como objetivo restringir una situación específica de la venta de pollo fresco y no la determinación de sus precios regulares, razón adicional para descartar las críticas teóricas del informe al caso planteado por la FNE;

Centésimo trigésimo tercero: Que, a mayor abundamiento, el informe elaborado por Aldo González, acompañado por la FNE a fojas 8.341, aun cuando presenta limitaciones similares a las mencionadas respecto del informe de Rómulo Chumacero, plantea un modelo alternativo que hace posible la existencia de precios mínimos de reventa en un mercado oligopólico con proveedores coordinados aguas arriba. Su explicación se basa en un modelo con relaciones verticales donde no se pueden observar los contratos de provisión por parte de los competidores aguas abajo, situación que, al ser más cercana a la realidad del presente caso, confiere plausibilidad a la hipótesis. La sola existencia de una hipótesis alternativa plausible es, por tanto, una razón adicional para no considerar la defensa de SMU en comento (esto es, que la conducta acusada no

tendría racionalidad económica por no ser consistente con los intereses de los productores aguas arriba);

Centésimo trigésimo cuarto: Que, por otra parte, el informe del señor Chumacero presenta también algunas conclusiones empíricas, las que hemos desestimado por los siguientes motivos. El primero, tal como se reconoce en el propio informe, es que los datos proporcionados por SMU son incompletos, empezando sólo en el año 2010, perdiéndose por tanto la mayor parte del período acusado por parte de la FNE. Segundo, porque del estudio de los correos electrónicos que informaban los cambios de costos y las bases de datos acompañadas por SMU se puede concluir que los costos considerados por el informe corresponden a los costos efectivos de aprovisionamiento, luego de aplicados descuentos, y no a los precios mayoristas de lista. Ello, aun cuando es correcto desde el punto de vista económico, no considera la regla acusada por la FNE, esto es, vender por debajo del costo de lista mayorista, con lo cual la mayoría de las conclusiones no son relevantes para efectos de analizar la conducta acusada en el presente caso;

Centésimo trigésimo quinto: Que otro de los argumentos de SMU se basa en que la actitud proactiva de los proveedores de pollo respecto del cumplimiento de la regla vertical sería inconsistente con la acusación de la FNE y demostraría que la conducta no puede haber correspondido a un acuerdo horizontal entre los supermercados, sino a una imposición por parte de los productores aguas arriba;

Centésimo trigésimo sexto: Que, en soporte de lo anterior, SMU cita parte de la prueba que la misma FNE acompañó al proceso, con el objeto de evidenciar el "*afán del proveedor por imponer o establecer condiciones comerciales en la venta a público de su producto*" (fojas 12.430). Algunos ejemplos se muestran a continuación:

> [1] "Nosotros le vamos a poner castigo a los que salgan bajo costo como te lo he mencionado"
>
> - Correo electrónico de Daniel Concha (Agrosuper) a Joseba Loroño (Cencosud), de fecha 29 de Junio de 2010, que rola a fojas 206 del cuaderno de versiones públicas de incautación de la FNE.
>
> [2] "Ricardo, la cadena Bigger hoy salió con un precio de venta a público en el pollo entero Ariztía C/M a $ 999 kg. Este precio NUNCA ha sido

autorizado por nuestra Gerencia Comercial y tampoco hemos ofrecido ningún descuento adicional o distinto a los entregados a Rendic. En este momento estamos informando a nuestras distintas sucursales que deben suspender los despachos de pollo entero C/M a la cadena Bigger debido a que el precio está bajo costo."

- Correo electrónico de Carlos José Tellería (Ariztía) a [Ejecutivo de SMU], con copia a Miguel Villabona (Ariztía) de fecha 28 de Noviembre de 2009, que rola a fojas 108 del cuaderno de versiones públicas de incautación de la FNE.

[3] "Respecto a Unimarc te comento que seguimos tal cual con las políticas bajo el costo, y Unimarc no tuvo despacho y fue severamente castigado al respecto dado que este tipo de acciones ya no está en juego para nosotros, por lo que pronto esta semana Unimarc sigue con problemas de despacho de parte nuestra por este tipo de situaciones"

- Correo de Daniel Concha (Agrosuper) a Joseba Loroño (Cencosud), de fecha 4 de Mayo de 2011, que rola a fojas 299 del cuaderno de versiones públicas de incautación de la FNE.

[4] Alfredo: Lamento tú decisión, pero desgraciadamente nosotros no tenemos nada que ver, es un problema de la cadena, no del proveedor. Es más se dio la orden de no despachar hasta que vuelva a precios normales"

- Correo de [Ejecutivo de Don Pollo] a Alfredo Calvo (Cencosud), de fecha 7 de Junio de 2010, que rola a fojas 183 del cuaderno de versiones públicas de incautación de la FNE.

Centésimo trigésimo séptimo: Que, sin embargo, un comportamiento proactivo de los proveedores de pollo fresco en hacer cumplir la regla vertical no contraría la teoría del caso planteada por la FNE. Es más, como se ha indicado, el acuerdo horizontal se materializó a través de una serie de restricciones verticales interrelacionadas y, por tanto, fue necesario algún mecanismo de control vertical para la mantención de su estabilidad;

Centésimo trigésimo octavo: Que, por otra parte, SMU también afirma que existía un interés por parte de los productores de pollo de estabilizar los precios aguas abajo para proteger su cartel. Así, afirma en sus observaciones a la prueba que *"Existe en autos abundante prueba de que los proveedores de carne de pollo fresca fueron, en efecto, quienes pretendieron aplicar esta regla aguas abajo en beneficio de la estabilidad de su cartel, ya sancionado por el H. Tribunal"* (fojas 12.493) y que *"La regla que vislumbra la FNE sólo pudo haber existido en el contexto de un cartel aguas arriba, el que pretendía mantener a toda cos-*

ta, para lo cual presionaba para que no se produjesen alteraciones en las cantidades normalmente demandadas" (fojas 12.597), lo que sería contradictorio con la principal conclusión teórica del informe que acompañaron a fojas 5.976, según se describió en el considerando 130;

Centésimo trigésimo noveno: Que, sin embargo, en la forma cómo ha sido planteada, la acusación no impide que las empresas productoras de pollo fresco tuviesen un objetivo compartido con las requeridas. Asimismo, el mencionado incentivo no desvirtúa en caso alguno lo señalado respecto del apego de SMU a una regla vertical y su exigencia de que sus competidores cumpliesen también con tal restricción;

Centésimo cuadragésimo: Que, finalmente, a fojas 10.184 SMU acompañó al proceso un documento elaborado internamente por la compañía sobre la base de información contenida en el expediente, que analiza los correos electrónicos relacionados con ella que fueron aportados por la FNE como prueba de su acusación. En particular, él muestra que tales correos no habrían tenido efecto en las decisiones competitivas de SMU, ya sea porque no existió variación en los precios o porque, cuando la hubo, ésta tenía una programación anterior al reclamo (lo que puede ser observado en los detalles de los catálogos de SMU);

Centésimo cuadragésimo primero: Que la conclusión anterior es ciertamente plausible. Ella, sumada al hecho que el ente fiscalizador no acompañó prueba adicional relativa al cambio de precios derivado de reclamos de competidores, no permite tener por acreditado que los reclamos de los supermercados produjeran un cambio de precio en el corto plazo. Sin embargo, como hemos indicado, ello no es suficiente para descartar la materialización de la conducta. Tal como se describió en el considerando 109, existieron otros mecanismos para hacer cumplir el acuerdo horizontal entre los supermercados requeridos, como por ejemplo los cortes de despacho. En el caso particular de SMU, las comunicaciones transcritas en el considerando 110 son una muestra directa de lo anterior;

Centésimo cuadragésimo segundo: Que, en síntesis, la prueba analizada permite concluir que, al igual que Cencosud, SMU fue consciente de la existencia de la regla de comportamiento descrita por la FNE; que esta regla fue aplicada por dicha

cadena; que la requerida entendía y buscaba que tal regla fuese también aplicada por sus competidores; y que SMU mantuvo un comportamiento activo respecto del cumplimiento de la regla por parte de las otras cadenas de supermercados;

3.4 La existencia y observancia de la regla por parte de Walmart

Centésimo cuadragésimo tercero: Que, finalmente, Walmart niega por completo la existencia de la regla de comportamiento y el componente horizontal, tanto en su contestación de fojas 222, como en su escrito de observaciones a la prueba de fojas 12.041. En este sentido, indica que *"Walmart Chile no ha sido parte de ningún esquema coordinado con su competencia, ni menos ha formado, consentido o participado en una supuesta regla destinada a no vender a sus clientes el pollo fresco bajo un cierto costo de adquisición"* (fojas 327) y que *"la Compañía no ha incurrido ni en acuerdo colusorios ni en prácticas concertadas. Ni ha suscrito regla alguna destinada a fijar los precios a público del pollo fresco por sobre un nivel fijado por los proveedores de ese producto"* (fojas 360). A su juicio, *"la evidencia aportada a estos autos por la FNE no contiene pieza alguna que permita tener por acreditada la participación de Walmart Chile en dichos hechos y ni siquiera su conocimiento"* (fojas 12.066);

Centésimo cuadragésimo cuarto: Que, en este sentido, algunos ejecutivos testificaron que no existía un acuerdo o que Walmart no participaba en él. Por ejemplo: (i) Cristián Tirado, de Ariztía, sostuvo en su declaración ante la FNE que *"de Walmart fíjate que no recuerdo, de SMU recuerdo haber recibido reclamos… pero de… no Tottus también, te diría que Walmart no me suena, más fuerte era Cencosud, de todas maneras"*, lo cual ratificó posteriormente en su declaración en estrados, de fojas 7.041, al sostener *"Porque recuerdo que Walmart no, no solicitaba, no entraba en este juego, no me llamaba para pedir presiones"*; (ii) Luis Zamorano, en su declaración de fojas 7.487, y Julio Southerland, en su declaración de fojas 6.487, ambos ex ejecutivos de Walmart, negaron la existencia de cualquier tipo de regla; y (iii) el ex ejecutivo de SMU Pablo González señaló que no le constaba que Walmart hubiera participado en algún tipo de regla. El único testigo que declaró de forma más ambigua acerca de la participación de Walmart fue el ex ejecutivo de Cencosud Joseba Loroño, quien afirmó que los productores de pollo le habrían señalado que dicha cadena también participa-

ba de una regla vertical como la acordada con Cencosud, pero que a él no le constaba si ello era cierto;

Centésimo cuadragésimo quinto: Que no obstante el tenor de estas declaraciones, existe en autos suficiente prueba documental tanto para dar por acreditada la adhesión de Walmart a una regla de comportamiento, como para concluir que tal apego era ejercido en el entendido que el resto de las cadenas de supermercados participaban también de un esquema similar. Como se verá, la mayor parte de dicha evidencia consiste en comunicaciones internas o con proveedores en las que se hace referencia a precios bajo el precio mayorista de lista, pidiendo en ocasiones a los productores tomar medidas al respecto;

Centésimo cuadragésimo sexto: Que, al igual que en el caso de Cencosud y SMU, previo al análisis de la evidencia mencionada y para efectos de facilitar su comprensión, resulta conveniente mencionar a los principales ejecutivos y ex ejecutivos de Walmart y los cargos que, de acuerdo con la información contenida en el expediente, ejercían en dicha empresa durante el período acusado:

i) Luis Zamorano, Comprador de Carnicería en Walmart desde 2008 a 2014. Gerente de Perecederos en formato Ekono a partir de 2014 en Walmart.
ii) Julio Southerland, Comprador de Carnes Blancas en D&S (Walmart) desde 2006 al 2008, Comprador de Carnes Rojas en Walmart desde 2008 a marzo de 2011, Gerente de Área en Carnicería de Walmart desde marzo de 2011 al 2014, Gerente Comercial de Perecederos en Super Bodega Acuenta de Walmart desde 2014 a 2015 y Gerente Comercial de Perecederos en formato Express de Walmart desde 2015.
iii) Vincent Godon, Gerente Comercial de Perecibles de Walmart
iv) Juan Carlos Gosen, quien ha tenido numerosos cargos en Walmart a partir del año 2000. Entre ellos, Comprador de Bebestibles entre 2004 y 2008, Gerente de Abarrotes para Hipermercados desde 2008 a 2009, Gerente de Consumibles desde mediados del 2009 a fines del 2010 y Gerente de Alimentación el 2011 y 2012.

Centésimo cuadragésimo séptimo: Que, en primer lugar, se expone una comunicación interna de Walmart que hace referencia dos veces a que el precio de la competencia estaría bajo el costo, lo cual no sólo implica el conocimiento de la

regla de comportamiento, sino también que ésta se aplicaba a los otros supermercados. La cadena de correos tiene fecha 9 de junio de 2010 y se encuentra a fojas 193 del cuaderno de versiones públicas de incautación de la FNE:

> [1] "Sres, El pollo está bajando en el mercado, bigger, campesino a $[✂] *... por favor ver urgente... Esto está bajo costo. Espero sus respuestas."*
> - Correo electrónico de [Ejecutiva de Walmart] a Luis Zamorano (Walmart), con copia a [Ejecutivo de Walmart] y [Ejecutivo de Walmart], de fecha 9 de junio de 2010, que rola a fojas 193 del cuaderno de versiones públicas de incautación de la FNE.

> [2] *"SOLE MANDAME EL DETALLE DE ESOS PRECIOS BAJO EL COSTO. TE RECUERDO QUE EL COSTO ES DE $[✂]".*
> - Correo electrónico de Luis Zamorano a [Ejecutiva de Walmart], con copia a [Ejecutivo de Walmart] y [Ejecutivo de Walmart], de fecha 9 de junio de 2010, que rola a fojas 193 del cuaderno de versiones públicas de incautación de la FNE.

> [3] *"BIGGER (CADENA DEL CENTRO SUR) CAMPESINO (CHILLAN) ESTÁN A PVP [✂] (BAJO COSTO)".*
> - Correo electrónico de [Ejecutiva de Walmart] a Luis Zamorano, con copia a [Ejecutivo de Walmart] y [Ejecutivo de Walmart], de fecha 9 de junio de 2010, que rola a fojas 193 del cuaderno de versiones públicas de incautación de la FNE.

> [4] *"Sole por favor mas [SIC] especifica. Fecha de promoción, Duración, Marca. Gracias".*
> - Correo electrónico de Luis Zamorano a [Ejecutiva de Walmart], con copia a [Ejecutivo de Walmart] y [Ejecutivo de Walmart], de fecha 9 de junio de 2010, que rola a fojas 193 del cuaderno de versiones públicas de incautación de la FNE.

> [5] *"No sabemos si es promoción o no, pero es ariztia [SIC] a $[✂]. Favor ver y me cuentas (se supone que no pueden hacer esto con el pollo fresco)".*
> - Correo electrónico de [Ejecutiva de Walmart] a Luis Zamorano, con copia a [Ejecutivo de Walmart] y [Ejecutivo de Walmart], que rola a fojas 193 del cuaderno de versiones públicas de incautación de la FNE.

Centésimo cuadragésimo octavo: Que, enseguida, las siguientes comunicaciones, aunque son unilaterales de un proveedor hacia Walmart, son un indicio de que al menos dicha cadena conocía la existencia en el mercado de una restricción vertical consistente en la venta minorista por sobre el precio de lista mayorista, más IVA:

[1] "[Ejecutivo de Walmart], *cuanto es el último plazo para cargar el costo del catálogo de ofertas salvadoras de Agosto, ya que no te puedo asegurar un precio con tanta anticipación, porque podemos quedar bajo el costo como nos pasa en este instante con el trutro corto parriya* [SIC] *y la pechuga envasada, lo que nos trae problemas, cuando es el último plazo??".*
- Correo electrónico de [Ejecutivo de Agrosuper] a Julio Southerland (Walmart) y Luis Zamorano (Walmart), de fecha 15 de julio de 2008, que rola a fojas 08 del cuaderno de versiones públicas de incautación de la FNE.

[2] *"Andrea, estaríamos OK para el catálogo del 11 al 22 de marzo con la pechuga cocida granel, te adjunto propuesta con la situación actual de la pechuga granel y el* [✂]% *extra de descuento por el catálogo para salir a PVP $*[✂] *, ya que menos de eso quedamos bajo el costo lo que nos trae problemas comerciales con las otras cadenas. Favor confirmar para programar, ya que estamos justos de tiempo.".*
- Correo electrónico de Alfredo Diaz del Río (Agrosuper) a Andrea Malhue (Walmart), de fecha 3 de marzo de 2009, que rola a fojas 41 del cuaderno de versiones públicas de incautación de la FNE.

[3] *"Lucho, te pido también que en el trutro envasado estemos sobre el costo con el PVP ($*[✂] *es el costo). Gracias.".*
- Correo electrónico de [Ejecutivo de Agrosuper] a Luis Zamorano (Walmart), de fecha 23 de noviembre de 2009, que rola a fojas 107 del cuaderno de versiones públicas de incautación de la FNE.

Centésimo cuadragésimo noveno: Que, de modo similar a lo que se observa en los correos electrónicos anteriores, en el siguiente un proveedor le recuerda a Walmart acerca del precio sugerido y le señala que no es posible salir a público por debajo del costo. Sin embargo, nótese que a diferencia de los anteriores, aquí sí existe una breve respuesta del ejecutivo de Walmart invitando a revisar el tema personalmente en su próxima reunión:

[1] "Por último, en pechuga estas bajo el costo y no fue el precio acordado como PVP, no podemos salir bajo el costo"
- Correo electrónico de [Ejecutivo de Agrosuper] a Luis Zamorano (Walmart), con copia a [Ejecutivo de Agrosuper], de fecha 23 de Octubre de 2009, que rola a fojas 101 del cuaderno de versiones públicas de incautación de la FNE.

[2] "Nos juntamos el lunes y revisamos todos estos temas????"
- Correo electrónico de Luis Zamorano (Walmart) a [Ejecutivo de Agrosuper, de fecha 23 de octubre de 2009, que rola a fojas 101 del cuaderno de versiones públicas de incautación de la FNE.

Centésimo quincuagésimo: Que el mail anterior también es útil para corroborar el hecho que la relación comercial entre los supermercados y los productores de pollo fresco incluía frecuentemente reuniones presenciales, tal como se indicó en el considerando 42. En el caso de Walmart, esto fue además corroborado por Luis Zamorano en su declaración testimonial de fojas 7.487, quien declaró *"Si, también se reforzaba ese tema. Teníamos reuniones semanales con los proveedores"*;

Centésimo quincuagésimo primero: Que lo anterior se complementa con la siguiente cadena de correos de enero de 2010, en la que se muestra que el ejecutivo de un productor de pollos le envía a un ejecutivo de Walmart una foto que contendría precios cobrados por Walmart en su local de Macul. Luego del intercambio, el ejecutivo del productor lo reenvía a un ejecutivo de Cencosud:

> [1] "Luis, esta es una oferta puntual (foto), es sobrestock o la tienes para varios locales?"
> - Correo electrónico de Antonio Correa (Don Pollo) a Luis Zamorano (Walmart), de fecha 8 de enero de 2010, contenido en el documento "14. Fw Lider Macul_VP.pdf" del expediente digital de la FNE, contenido en el pendrive que rola a fojas 01 del cuaderno de documentos de versiones públicas de la FNE.
>
> [2] "Fue puntual por sobrestock".
> - Correo electrónico, respuesta de Luis Zamorano (Walmart) a Antonio Correa (Don Pollo), de fecha 8 de enero de 2010, contenido en el documento "14. Fw Lider Macul_VP.pdf" del pendrive acompañado a fojas 01 del cuaderno de versiones públicas de la FNE.
>
> [3] "Alfredo, para tu información y tranquilidad. ACB."
> - Reenvío de la cadena de correos anterior de Antonio Correa (Don Pollo) a Alfredo Calvo (Cencosud), de fecha 8 de enero de 2010, contenido en el documento "14. Fw Lider Macul_VP.pdf" del expediente digital de la FNE, contenido en el pendrive que rola a fojas 01 del cuaderno de documentos de versiones públicas de la FNE.

Centésimo quincuagésimo segundo: Que el conocimiento por parte de Walmart de una regla de comportamiento aplicada transversalmente en el mercado supermercadista se puede apreciar en la siguiente comunicación entre ejecutivos de Walmart, de fecha de 11 de junio de 2010 y que se encuentra a fojas 198 del cuaderno de versiones públicas de incautación de la FNE:

[1] *"Sres, Adjunto toma de precios actualizada a esta semana, favor revisar en detalle cada una de sus líneas"*.

- Correo electrónico de [Ejecutiva de Walmart] a 21 ejecutivos de Walmart, entre ellos [Ejecutivo de Walmart] y [Ejecutivo de Walmart], de fecha 11 de junio de 2010, que rola a fojas 199 del cuaderno de versiones públicas de incautación de la FNE.

[2] *"Hace varios días que vemos precio de pollo entero a $999. ¿Qué podemos hacer?"*.

- Correo electrónico de [Ejecutivo de Walmart], reenviando comunicación anterior a Julio Southerland (Walmart) y Luis Zamorano (Walmart), de fecha 11 de junio de 2010, que rola a fojas 199 del cuaderno de versiones públicas de incautación de la FNE.

[3] "Vincent según las conversaciones con los proveedores, han cortado los despachos de pollo entero por salir a un precio bajo el costo. No sé qué tan real sea este tema, habría que verlo directamente en los locales de la competencia para ver si tienen pollo entero. En todo caso no se ha visto afectado nuestro nivel de servicio ni tampoco se ha visto una disminución en los kilos vendidos".

- Correo electrónico de Luis Zamorano (Walmart) a [Ejecutivo de Walmart] y Julio Southerland (Walmart), de fecha 11 de Junio de 2010, que rola a fojas 198 del cuaderno de versiones públicas de incautación de la FNE.

Centésimo quincuagésimo tercero: Que, con todo, el anterior correo es parcialmente consistente con la explicación de Walmart de que la baja en los niveles de servicio era una razón legítima para comunicarse con sus proveedores cuando la competencia tuviera precios muy competitivos (véase, por ejemplo, la sección IV.2.6 de sus observaciones a la prueba que rolan a fojas 12.041). Sin embargo, la misma cadena de correos también es un indicio de que dicha empresa entendía que vender bajo costo era motivo de una posible sanción por parte de los proveedores de pollo, cuestión sólo consistente con la existencia de una regla vertical de aplicación simultánea entre los distintos participantes del mercado minorista aguas abajo;

Centésimo quincuagésimo cuarto: Que las comunicaciones internas de Walmart acerca de los precios de su competencia, aun cuando en principio son lícitas y parte de su gestión comercial, sí son cuestionables cuando se utilizan para incidir en el actuar de sus competidores en formas distintas a la sola competencia en el mercado. Una muestra de ello se puede observar en la siguiente cade-

na de correos electrónicos, donde una comunicación interna de la compañía se transforma en una solicitud a un proveedor común, exigiendo una explicación por los precios de su competencia. La cadena tiene fecha 6 de Mayo de 2011 y está contenida en el archivo "650. RE precios carnes LA FAMA.pdf" del pendrive acompañado a fojas 01 del cuaderno de versiones públicas de la FNE:

[1] *"Buenos dias [SIC], comunico a ud. algunos precios de carnes que la fama supermercado mantine* [SIC] *destacada. -pollo entero con menudencias super pollo kilo $ 990// -paleta parrillera kilo $ 1.598// tutro entero pollo super pollo kilo$ 990."*

- Correo electrónico de Cornelio Lorca (Auditor de precios en Walmart) a Daniela Escobar (Analista de pricing en Walmart), de fecha 5 de mayo de 2011, contenido en el documento "650. RE precios carnes LA FAMA.pdf" del expediente digital de la FNE, contenido en el pendrive que rola a fojas 01 del cuaderno de documentos de versiones públicas de la FNE.

[2] *"Estos son los precios que está manejando esta competencia en Santa Cruz."*.

- Correo electrónico de Daniela Escobar a Luis Zamorano (Walmart), de fecha 5 de mayo de 2011, contenido en el documento "650. RE precios carnes LA FAMA.pdf" del expediente digital de la FNE, contenido en el pendrive que rola a fojas 01 del cuaderno de documentos de versiones públicas de la FNE.

[3] "Plop!!! Exijo una explicación. Saludos".

- Correo electrónico de Luis Zamorano a Patricio Delgado (Subgerente en Agrosuper), con copia a Matías Coll (Agrosuper), de fecha 6 de mayo de 2011, contenido en el documento "650. RE precios carnes LA FAMA.pdf" del expediente digital de la FNE, contenido en el pendrive que rola a fojas 01 del cuaderno de documentos de versiones públicas de la FNE.

[4] *"Dejame [SIC] averiguar"*.

- Correo electrónico de Patricio Delgado a Luis Zamorano, con copia a Matías Coll, de fecha 6 de mayo de 2011, contenido en el documento "650. RE precios carnes LA FAMA.pdf" del expediente digital de la FNE, contenido en el pendrive que rola a fojas 01 del cuaderno de documentos de versiones públicas de la FNE.

Centésimo quincuagésimo quinto: Que, en línea similar, es relevante analizar la siguiente cadena de correos:

[1] "Alfredo te adjunto el catalogo [SIC] de Jumbo que va desde el 29 de octubre al 8 de Noviembre Acá aparece el trutro combinado tal para cual

> bajo el costo base. El mismo producto se dio para DØS para el catalogo [SIC] siguiente, ante lo cual tuve que eliminarlo de mi catálogo. Te recuerdo el costo es de $2.010 + IVA.
> Te pido que envíes esta información a quien corresponda, porque la próxima semana vamos a salir con la Chuleta Vetada a $1.990. No puedo ir más caro".
> - Correo electrónico de Luis Zamorano (Walmart) a Alfredo Díaz del Río (Agrosuper), con copia a Patricio Delgado (Agrosuper), de fecha 12 de noviembre de 2009, que rola a fojas 04 del cuaderno principal, tomo I.

> [2] "Luis, no podemos salir bajo el costo en la chuleta. Con respecto a JUMBO ya se conversó con la cadena. Patricio Delgado".
> - Correo electrónico de Patricio Delgado (Agrosuper) a Luis Zamorano (Walmart) y Alfredo Díaz del Río (Agrosuper), de fecha 12 de noviembre de 2009, que rola a fojas 04 del cuaderno principal, tomo I.

Centésimo quincuagésimo sexto: Que esta cadena de correos tiene varios aspectos relevantes. En primer lugar, hay un reclamo al proveedor de pollo fresco por los precios minoristas de otra cadena de supermercados. Segundo, dentro de ese reclamo hay dos referencias al costo, o precio de lista mayorista, lo cual es un indicio de conocimiento de una regla tanto para Walmart como para su competencia. Tercero, aunque respecto a otro producto, hay una advertencia de parte de Walmart de que saldrá a un precio bajo el precio de lista mayorista, lo que es un indicio de que esta compañía también aplicaba una regla de comportamiento similar en el caso de otros productos vendidos por los productores de pollo fresco. Cuarto, la respuesta del ejecutivo de Agrosuper confirma la existencia de una restricción vertical asociada a los precios minoristas. Por último, la respuesta del ejecutivo de Agrosuper muestra que el reclamo de Walmart tuvo como consecuencia una comunicación entre el productor de pollos y otra cadena de supermercados;

Centésimo quincuagésimo séptimo: Que a este respecto, Walmart ha señalado que el mail anterior tenía por objeto notificar a Agrosuper de que, debido a la reciente oferta de Jumbo, ya no tenía sentido la promoción que habían programado juntos. Señala también que la frase *"Te pido que envíes esta información a quien corresponda"* era para que Agrosuper pueda volver a estimar las compras de Walmart ante la nueva situación sin promoción y que la respuesta de

Agrosuper, relacionada a una comunicación con Jumbo, no era algo buscado por Walmart, debido a que no esperaban que se tomara ninguna medida, sino sólo informar los cambios respecto a su propio catálogo;

Centésimo quincuagésimo octavo: Que, sin perjuicio de que es atendible que se cancele una promoción que deja de ser atractiva para los clientes, la explicación de Walmart resulta al menos inconsistente. Ello por cuanto si la finalidad era sólo cancelar una promoción, no era necesario hacer referencia al precio mayorista de los productos y su relación con el precio promocional de la competencia. Además, respecto de la frase *"te pido que envíes esta información a quien corresponda"*, se observa que la estimación de volúmenes de pollo señalada no tiene relación alguna con la continuación de la citada frase, esto es, *"porque la próxima semana vamos a salir con la Chuleta Vetada a $1.900"*. Por tanto, la explicación alternativa de Walmart no es suficiente para desvirtuar lo señalado en el considerando 156. Por el contrario, la cadena de correos antes citada constituye un indicio adicional de que Walmart participaba de una regla de comportamiento asociada al pollo fresco y de que, además, entendía que también lo hacían sus competidores en la venta minorista a través de supermercados;

Centésimo quincuagésimo noveno: Que la comunicación de Walmart con sus proveedores acerca de variables competitivas de su competencia puede verse también en el correo enviado por Julio Southerland a Patricio Delgado, de Agrosuper, contenido en el documento "696.pdf", en el pendrive acompañado a fojas 01 del cuaderno de versiones públicas de la FNE. Este correo no contiene texto, sino solo una tabla con una "toma de precios" (esto es, una selección de precios de venta a público) del producto pollo fresco en locales de la competencia (Jumbo). Según se observa en dicho correo, el mencionado ejecutivo de Walmart recibe un correo previo interno con documentos en formato Excel adjuntos que dan cuenta de tomas de precios de diversos productos "hipersensibles" (según se indica en el mismo correo). Luego, extrae la parte correspondiente al pollo fresco, la inserta en el cuerpo del mail y procede a reenviarlo al ejecutivo de Agrosuper. Todos los precios de la tabla están por debajo del precio de lista mayorista. Si bien el correo por sí sólo no es concluyente, es consistente con la acusación de la FNE y no con la explicación alternativa realizada por Walmart;

Centésimo sexagésimo: Que, más aún, la cooperación entre Walmart y sus proveedores para monitorear la actuación de los otros supermercados se puede observar en el mail que se transcribe a continuación, donde un ejecutivo de Ariztía le señala a un ejecutivo de Walmart que otro minorista está cobrando por sobre los costos, que se está monitoreando que ello se cumpla, señalándole también su estructura de márgenes y el precio de venta a público:

"Arturo, Te confirmo que Vegamercado esta [SIC] alineado con Precios de venta a Publico [SIC] sobre costo, en Pollo entero con menudencias, para lo cual estamos controlando en forma diaria que esto se cumpla. Esto esta [SIC] rigiendo a contar del dia [SIC] Miercoles [SIC] 13 de enero. Te comento que de acuerdo a su estructura de margenes [SIC], Vegamercado opera en un rango de ["] *a* [✂]%. *Con Precio de venta a Publico en Pollo Entero* [✂] *de aprox* $["].-*Kilo. Saludos.".*
- Correo electrónico de Miguel Villabona (Ariztía) a Arturo Sepulveda (Walmart) y Luis Zamorano (Walmart), de fecha 16 de enero de 2010, que rola a fojas 142 del cuaderno de versiones públicas de incautación de la FNE.

Centésimo sexagésimo primero: Que, por su parte, también es posible concluir la participación de Walmart y el resto de los supermercados en el acuerdo que acusa la FNE a través del análisis de la intervención activa de los proveedores de pollo en la actuación comercial de los distintos supermercados, tal como se puede observar en la siguiente cadena de correos, con fecha 20 de enero de 2009, contenida en el archivo "626.pdf" del pendrive acompañado a fojas 01 del cuaderno de versiones públicas de la FNE:

> [1] "Lucho, Te cuento que Cencosud dejo [SIC] el precio del pollo entero a 1490 el kg tal como lo conversamos ayer. Necesito que lo iguales para que no sigan con esta pelea que todos perdemos plata. Si no lo aumentas ellos te igualaran y seguiremos perdiendo plata, te pido si lo puedes revisar ahora. De antemano gracias".
>
> - Correo electrónico de Patricio Delgado (Agrosuper) a Luis Zamorano (Walmart), de fecha 20 de enero de 2009, contenido en el documento "626.pdf" del expediente digital de la FNE, contenido en el pendrive que rola a fojas 01 del cuaderno de documentos de versiones públicas de la FNE.

[2] "Luis, como te fue con este tema ?? para que no sigamos perdiendo plata, ellos siguen con el precio en 1490".

- Correo electrónico de Patricio Delgado a Luis Zamorano, de fecha 20 de enero de 2009, contenido en el documento "626.pdf" del expediente digital de la FNE, contenido en el pendrive que rola a fojas 01 del cuaderno de documentos de versiones públicas de la FNE.

[3] "*Ya se lo mande [SIC] a Jaime, pidió toma de precios en los locales cercanos y se va a posicionar. Si el Jumbo lo tiene a 1490, nos deberíamos posicionar. Saludos*".

- Correo electrónico de Luis Zamorano a Patricio Delgado, de fecha 20 de enero de 2009, contenido en el documento "626.pdf" del expediente digital de la FNE, contenido en el pendrive que rola a fojas 01 del cuaderno de documentos de versiones públicas de la FNE.

Centésimo sexagésimo segundo: Que aun cuando no son parte del requerimiento de la FNE, existen correos que sugieren la existencia de una regla idéntica a la acusada para productos distintos al pollo fresco. Aunque esta evidencia es indirecta, sirve de contexto a lo acusado por la Fiscalía, considerando especialmente que varias de tales comunicaciones involucran a ejecutivos que participan también de la venta de pollo fresco, tanto desde los productores, como también desde los supermercados acusados;

[1] *"Hoy en día, mi costo es $*[✂]*, y Distribuidora la reina lo vende a $*[✂]*,,,,, ??????????????' ustedes saben que vender bajo el costo es grave"*

- Correo electrónico de Juan Carlos Gosen (Walmart) a Víctor Velásquez (Agrosuper), de fecha 31 de mayo de 2005, que rola a fojas 04 del cuaderno de versiones públicas de incautación de la FNE.

[2] *"Sres, no quiero entrar en polemica* [SIC] *prero* [SIC] *vender bajo el costo I* [SIC] *a la competencia esta* [SIC] *prohibido,"*.

- Correo electrónico de Juan Carlos Gosen (Walmart) a [Ejecutivo de Viña Ventisquero, de Agrosuper], de fecha 8 de julio de 2005, que rola a fojas 05 del cuaderno de versiones públicas de incautación de la FNE.

[3] *"Favor corregir Precio de Costillar medio PLU 302333, el cual en algunas salas está a $3208, y el costo de este* [*SIC*] *es $*[✂]*. Gracias"*

- Correo electrónico de [Ejecutivo de Agrosuper] a [Ejecutivo de Walmart], con copia a Luis Zamorano (Walmart), de fecha 12 de octubre de 2011, que rola a fojas 339 del cuaderno de versiones públicas de incautación de la FNE.

[4] *"Rodrigo, el proceso de cierre de pavo para fin de año siempre fue hecho con los números arriba de la mesa, generándose para ambos un*

adelantado buen negocio, y como siempre primando la empatía y transparencia. Sin embargo, nos encontramos hoy que están liderando una actividad en medios masivos con nuestro pavo entero a $[✂] *(muy por debajo del costo) que está arrastrando al resto de los retailers y donde nos está ocasionando un problema severo con ellos. Además de esta promoción en sí, la cual rechazamos completamente, sentimos que hay acuerdos tácitos de trabajo no cumplidos y que las señales de Uds. no fueron claras en estos días. De hecho, en nuestra conversación de ayer me manifestaste que esta actividad no se justificaba y que creías que los rumores de salir bajo el costo eran infundados, situación contraria a la realidad de hoy".*

- Correo electrónico de Juan Carlos Sánchez (Agrosuper) a Rodrigo Álvarez (Walmart), de fecha 19 de diciembre de 2008, que rola a fojas 25 del cuaderno de versiones públicas de incautación de la FNE.

Centésimo sexagésimo tercero: Que en lo que respecta ahora a las defensas de Walmart, una de ellas dice relación con la incompatibilidad que tendría su estructura corporativa y la práctica acusada por la FNE. En efecto, sostiene en su contestación que *"estos dos roles de los que hablábamos antes–la adquisición de productos de los proveedores en los mercados aguas arriba y su posterior venta a clientes, aguas abajo-, se encuentran consciente y estratégicamente separados al interior de Walmart Chile, desde comienzos de 2009"* (fojas 247), motivo por el cual *"aportamos un antecedente objetivo e indiscutible adicional. Como el área a que nos referimos fue creada a principios de 2009, no puede existir la supuesta continuidad en la ejecución de la presunta regla a la que se refiere el Requerimiento, hasta 2011, como sostiene la FNE. Con ello no queremos decir que haya existido antes, sino que sólo reforzar que desde 2009 incluso la estructura organizacional de la Compañía se opone derechamente a la supuesta materialización de dicha presunta regla, en lo que constituye un antecedente objetivo, de importante valor, que la FNE simplemente omitió"* (fojas 254). En otras palabras, dada la propia estructura adoptada por la compañía el año 2009, no podría existir una conducta horizontal entre las requeridas a través de las firmas aguas arriba como la expuesta en el requerimiento;

Centésimo sexagésimo cuarto: Que, sin embargo, tal defensa no es consistente con la prueba en autos. Ello por cuanto está documentado en el proceso que el

desarrollo del área de *pricing* fue incremental en el tiempo, comenzando sólo en medio del período imputado y demorándose varios años en estar plenamente implementado, más allá del término de dicho período;

Centésimo sexagésimo quinto: Que en esa línea se expresa en su declaración testimonial Daniela Cañón, ex jefa de *pricing* de Alimentación, Consumibles y Mascotas en Walmart, al señalar que *"el área de [pricing], cuando nosotros partimos el 2008, partimos muy fuerte en lo que era precio regular, y evaluando las promociones, y después ya el 2011, más menos, no me acuerdo bien la fecha, pero empezamos ya a tener, una estrategia más sólida en base a las promociones"*. Luego, en la misma declaración testimonial, la ejecutiva señala que *"Hoy día, de hecho, nosotros pasamos a tener cien por ciento de autonomía en las promociones el dos mil..., yo creo que el 2012, más o menos, 2013, o quizás, cien por ciento autonomía, donde al final que recibimos del área comercial es un descuento, y nosotros fijamos el precio de promoción"*. Por tanto, en lo que respecta a los precios promocionales, el departamento de *pricing* sólo tuvo independencia del área de compras con posterioridad al período acusado por la FNE;

Centésimo sexagésimo sexto: Que, de acuerdo con lo anterior, y atendido que la conducta acusada tenía relación principalmente con los precios promocionales cobrados por los supermercados requeridos, es posible desestimar la argumentación de Walmart relativa a que el funcionamiento separado de su departamento de *pricing* haría imposible la conducta acusada por la FNE;

Centésimo sexagésimo séptimo: Que, enseguida y al igual que SMU, Walmart acompañó al proceso evidencia económica que descartaría la conducta acusada. En particular, acompañó a fojas 6.658 un informe económico de Alexander Galetovic y Ricardo Sanhueza. Sin embargo, son replicables a su respecto las críticas efectuadas respecto del informe del señor Chumacero detalladas en el considerando 131, en especial las relacionadas con la interdependencia entre las demandas de los distintos productos vendidos aguas abajo y con el hecho de no haber considerado que el acuerdo era sobre precios mínimos y no un cartel duro, por lo que sus conclusiones no pueden ser consideradas a efectos de la decisión;

Centésimo sexagésimo octavo: Que, además, a fojas 6.658 Walmart presentó un informe elaborado por Alexander Galetovic y Claudio Montenegro que estudia los márgenes de esa cadena en la venta de pollo fresco, encontrando que entre los años 2008 y 2011 el 2,3% de las ventas fueron realizadas por debajo del costo. El informe concluye que *"Walmart vendía bajo el costo en algún local alguna pieza de pollo de algún proveedor unas 100 veces por día; no parece haber habido un acuerdo eficaz entre Walmart y el resto de los supermercados"*;

Centésimo sexagésimo noveno: Que el mismo informe efectúa también un análisis comparativo entre los distintos períodos, esto es, antes del allanamiento a los supermercados, entre esa fecha y el requerimiento, y en forma posterior a éste, concluyendo que *"También es relevante que la frecuencia de ventas bajo el costo de Walmart se distribuya uniforme en todas las dimensiones pero, sobre todo, a lo largo de todo el período, porque sugiere que Walmart no se comportó distinto... Por el contrario, durante los tres períodos la probabilidad de observar una venta bajo el costo en algún local un día dado de una pieza de pollo determinada provista por un proveedor dado es igual"*. No obstante, aun cuando tal ejercicio cuenta con algunas de las mismas debilidades señaladas precedentemente, él es un indicio de cierta ineficacia de la conducta acusada (especialmente considerando que la FNE no ha presentado un ejercicio similar que controvierta dichos resultados, esto es, que señale que existió una aplicación eficaz de la conducta), mas no de su inexistencia;

Centésimo septuagésimo: Que, en suma, al igual que en el caso de Cencosud y SMU, la prueba analizada permite formar la convicción de que Walmart también fue consciente de la existencia de la regla de comportamiento descrita por la FNE; que esta regla fue aplicada por dicha cadena; que la requerida entendía y buscaba que tal regla fuese aplicada también por sus competidores; y que Walmart mantuvo un comportamiento activo respecto del cumplimiento de la regla por parte de las otras cadenas de supermercados;

Centésimo septuagésimo primero: Que, finalmente, Walmart sostiene (entre otras, a fojas 347 y siguientes y a fojas 12.041 y siguientes) que habría satisfecho todo lo que le es exigible desde el punto de vista de su responsabilidad corporativa, desplegando todos los esfuerzos que han estado a su alcance para que sus

"colaboradores" cumplan con la normativa de libre competencia. En este marco, habría implementado un programa de cumplimiento "serio, suficiente, oportuno y completo" que le permitiría ser eximida de su responsabilidad por las conductas cometidas en caso de que éstas resultaren probadas, presentando abundante prueba al respecto. Los detalles del programa y de la evidencia presentada por dicha requerida en esta materia se encuentran resumidos en su presentación de fojas 8.370, en la cual se reitera que *"si una persona jurídica prueba un control efectivo sobre el actuar de esa persona, entonces, esa defensa debe tener un efecto absolutorio"* (fojas 8.446; el subrayado en el original ha sido omitido);

Centésimo septuagésimo segundo: Que cabe advertir que si bien Cencosud (a fojas 500 y 12.650) y SMU (a fojas 648 y 12.301) presentaron una defensa de cumplimiento similar, lo hicieron sólo en el contexto de su solicitud de una eventual rebaja de la sanción y no como eximente de responsabilidad, por lo que el detalle de sus defensas en este sentido es tratado en la sección 5 de esta sentencia, relativa precisamente al cálculo de la multa a ser impuesta a las requeridas. El análisis que sigue, entonces, sólo se refiere a la defensa de Walmart;

Centésimo septuagésimo tercero: Que la FNE califica todos esos programas de "frustrados o fallidos" (fojas 12.963), pues no habrían cumplido con sus objetivos consustanciales;

Centésimo septuagésimo cuarto: Que, ante todo, conviene recordar que esta magistratura ha fomentado y promueve constantemente los programas de cumplimiento y ética como la vía esencial para asegurar el apego a la normativa y detectar el mal comportamiento al interior de los agentes económicos. Esto proviene de reconocer, como señalan dos autores, que *"las empresas no son simplemente individuos grandes; ellas están conformadas por una complicada conjunción de individuos, departamentos, culturas, motivaciones, y todos los otros elementos que constituyen una sociedad. Ninguna compañía, y ninguna sociedad en la historia de la humanidad, ha sido capaz de controlar la conducta de todos sus miembros en todas sus acciones. Simplemente castigando a una organización porque uno o más de sus miembros hace algo malo tiene sentido sólo si sirve para prevenir el mal comportamiento [...] Si una compañía usa la debida diligencia para prevenirlo, entonces el castigo no tiene una función disua-*

siva, y deviene sólo en un amoral ejercicio de levantamiento de ingresos" (Ted Banks y Joe Murphy, "The International Law of Antitrust Compliance", *Denver Journal of International Law & Policy*, vol. 40, 2012, p. 377);

Centésimo septuagésimo quinto: Que, en este sentido, los esfuerzos acreditados por Walmart en esta materia no pueden sino ser destacados y promovidos. Con todo, la pregunta relevante se circunscribe a si es posible que ellos conlleven la posibilidad de eximir de responsabilidad en sede de libre competencia y, de ser posible, cuál es el estándar exigido;

Centésimo septuagésimo sexto: Que, respecto de lo primero, concordamos con lo señalado en el informe de Héctor Hernández, acompañado por Walmart a fojas 1.459, en el sentido que si bien la legislación no contempla expresamente eximentes de responsabilidad (incluyendo una causal por cumplimiento), tampoco se opone a ello. El ámbito de los presupuestos de la responsabilidad está, en nuestro derecho, entregado enteramente al desarrollo jurisprudencial. En este sentido, es posible sostener que el máximo reconocimiento a una firma que ha implementado un programa de cumplimiento y ética que cumple con el estándar señalado en los considerandos siguientes, bien puede ser su exención de responsabilidad;

Centésimo septuagésimo séptimo: Que, en efecto, como se ha sostenido en sentencias anteriores (por ejemplo, en Sentencia N° 147/2015, considerandos 8° y 9°), el incumplimiento normativo sólo da origen a responsabilidad administrativa en esta sede cuando es culpable, esto es, el sujeto infringe la norma habiendo podido respetarla. En otras palabras, la responsabilidad por inobservancia de la ley en el caso concreto le es imputable y exigible porque gozaba de la posibilidad de cumplirla o no cumplirla. *A contrario sensu*, no incurre en responsabilidad el sujeto que incumple la norma producto de un acto u omisión que le era imposible evitar o resistir. En este sentido, la responsabilidad no es estricta u objetiva, entendida esta como aquella que se produce con independencia de la culpa del sujeto, sino por culpa o negligencia;

Centésimo septuagésimo octavo: Que en el derecho de la libre competencia, el diseño y aplicación de programas de cumplimiento y ética, con las caracte-

rísticas que se indicarán, puede ser prueba manifiesta de aquel cuidado que permite al agente económico eximirse de responsabilidad por conductas anticompetitivas de sus trabajadores. En efecto, un programa cuya elaboración y ejecución reúne ciertos atributos mínimos permite calificar la ocurrencia de conductas ilícitas como hechos imposibles de haber podido prevenir o evitar con la debida diligencia y, por consiguiente, constitutivos de una causal eximente de responsabilidad;

Centésimo septuagésimo noveno: Que en lo que respecta ahora al estándar, debe recordarse, en primer término, que no existe una definición universal de los programas de cumplimiento y ética ni de sus elementos constitutivos. Lo claro, desde una perspectiva moderna, es que se trata de un concepto vinculado a una "buena" y efectiva gestión de una firma, es decir, no de un concepto estrictamente legal, sino de *management*, que utiliza por tanto herramientas de esa disciplina en pro de la prevención y corrección de las conductas reñidas con la ley y la ética en el ámbito de los negocios;

Centésimo octogésimo: Que, no obstante, para calificar un programa, en el derecho comparado suelen ser mencionados algunos elementos básicos comunes. Un ejemplo son los "siete puntos" contemplados en las *U.S. Sentencing Guidelines* (U.S.S.G. section8B2.1(b), http://www.ussc.gov/Guidelines/2010_guidelines/Manual_PDF/Chapter_8.pdf) o los 12 elementos indicados por la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) en su *Recommendation of the Council for Further Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions* (Nov. 26, 2009, disponible en http://www.oecd.org/ dataoecd/11/40/44176910.pdf). La doctrina, asimismo, suele elaborar sus propios "listados" (véase, por ejemplo, Murphy, J. & Kolasky W., "The Role of Anti-Cartel Compliance Programs In Preventing Cartel Behavior," *Antitrust*, vol. 26, 2012, p. 61, donde los siete puntos son divididos en 20 subcategorías). Con todo, más allá de la enumeración, los elementos suelen ser relativamente similares entre sí. Entre ellos destacan el uso de auditorías y monitoreos; contar con un Oficial de Cumplimiento de nivel senior y empoderado dentro de la firma; tener un sistema de comunicación efectivo del programa al interior de la compañía; y aplicar incentivos y controles disciplinarios acordes; entre otras herramientas de gestión;

Centésimo octogésimo primero: Que una serie de agencias de competencia del mundo, tales como las de Canadá, Italia, Sudáfrica, Singapur, Australia, el Reino Unido, Francia, India e Israel, entre otras, han elaborado lineamientos que dan cuenta de su posición frente a los programas y los requerimientos generales para su reconocimiento. Lo mismo ha hecho en Chile la Fiscalía Nacional Económica, que cuenta con una "Guía de Programas de Cumplimiento" (junio 2012) que también recoge los elementos centrales con que debe contar un programa;

Centésimo octogésimo segundo: Que, sin embargo, la implementación de un programa "real" de cumplimiento y ética va más allá del mero cumplimiento de un listado de requisitos. De hecho, los propios elementos que debieran conformarlo varían dependiendo, entre otros factores, del tamaño de la firma (lo que implica, por cierto, que en el caso de Walmart la exigencia es elevada). En esto, existe una diferencia fundamental con el régimen contemplado en el artículo 4º de la Ley Nº 20.393 sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas en ciertos delitos. En sede de libre competencia, lo relevante es que el programa pueda ser calificado como serio, creíble y efectivo, cuestión que no depende del número de elementos que contenga, sino que es realizada siempre de manera discrecional por la autoridad (en nuestro derecho, la FNE o este Tribunal);

Centésimo octogésimo tercero: Que corresponde siempre a la firma la carga de demostrar que un programa ha sido diseñado de manera razonable, ha sido debidamente implementado y que se ha aplicado correctamente cuando las circunstancias así lo han ameritado, de modo que pueda decirse que cumple con las características señaladas;

Centésimo octogésimo cuarto: Que en el presente caso, Walmart ha hecho un esfuerzo probatorio para acreditar que su programa incluye todos y cada uno de los elementos antes mencionados. Para ello, sostiene que dicho programa fue desarrollado en tres etapas o "hitos": el primero, a partir del avenimiento de su antecesora, DϽS, con la FNE y la Asociación Gremial de Industrias Proveedoras, AGIP, en el año 2006; el segundo a partir de la toma de control por parte de Walmart el año 2009 (lo que constituye, en su propia expresión, el inicio de su primer programa de cumplimiento); y el tercero a partir del año 2013, con la adopción de un programa que califica "de segunda generación". El resultado de

estos procesos fue la incorporación, dentro de las prácticas de la compañía, de la mayor parte de los elementos de un programa de cumplimiento y ética antes mencionados. Atendida la evidencia presentada para sustentar sus alegaciones en esta materia, no cabe sino reiterar que se trata de un programa serio y riguroso, que responde a altos estándares y que debiera ser continuado y profundizado por la compañía;

Centésimo octogésimo quinto: Que, sin embargo, existen razones para estimar que, al menos a la época de los hechos, Walmart carecía de un programa de cumplimiento y ética completo que contara con las características de seriedad, efectividad y credibilidad indicadas previamente;

Centésimo octogésimo sexto: Que, en primer lugar, el análisis de la prueba aportada en estos autos respecto de Walmart, antes analizada, muestra de modo concluyente que la conducta anticompetitiva desplegada no se trató de un conjunto de acciones individuales aisladas llevadas a cabo por uno o más ejecutivos en respuesta a discusiones comerciales puntuales (como afirma la propia empresa, por ejemplo, a fojas 419), sino de una forma extendida de actuación que se extendió al menos durante la época requerida. El hecho que ejecutivos de rango superior estuvieran involucrados en la conducta acusada o al menos enterados de las acciones de sus subalternos (por haber sido copiados en correos electrónicos, por ejemplo) sin que hubieran reportado sus actuaciones, sino validándolas con su aquiescencia tácita al guardar silencio respecto de ellas, revela que las acciones son reprochables a la compañía y son merecedoras de sanción. Debe recordarse, al respecto, que la relación comercial con los proveedores recaía generalmente en manos de un comprador de carne (valga aquí lo señalado en el considerando 41), por lo que el involucramiento de cualquier otro ejecutivo implica un despliegue de la conducta que involucra a la compañía;

Centésimo octogésimo séptimo: Que, enseguida, no se trató de un programa preexistente y, por tanto, careció por completo de una función preventiva. En términos generales y en línea con lo establecido en el derecho comparado, las posibilidades de reconocimiento siempre serán mayores en el caso de una firma que cuenta con un programa serio, creíble y efectivo preexistente, que en el

caso de una que espera al inicio de una investigación antes de implementar o mejorar su programa;

Centésimo octogésimo octavo: Que, en el presente caso, sólo pueden ser consideradas relevantes las acciones llevadas a efecto en el segundo período indicado por Walmart, atendido que el siguiente no dice relación con los hechos del caso y que el anterior habría sólo permitido "abonar el camino" o como "antecedente remoto" (según el decir de esta requerida, a fojas 352 y 8.372, respectivamente). Aun cuando los antecedentes presentados son bastante confusos en lo que respecta a las fechas de implementación de algunos elementos del programa (cuestión altamente reprochable a la firma, especialmente si se considera que la carga de la prueba recae en ella), resulta indubitado que el intento de implementar un programa "real" sólo habría comenzado a partir del año 2009, al alero de lo que Walmart denomina como "proyecto Forge". Esta fecha es al menos un año posterior a la que la FNE indica como de inicio de la conducta requerida;

Centésimo octogésimo noveno: Que incluso si se considerara la primera etapa como parte del programa, la evidencia presentada también deja en claro que el programa de Walmart era de todos modos incompleto a la época de acaecimiento de los hechos. A este respecto, se debe destacar muy especialmente que la efectividad de un programa depende en gran medida de que, como mínimo, los incentivos al interior de la firma estén alineados con el objetivo de cumplimiento. Ello, en este caso, no ocurrió al menos durante buena parte del período acusado. Por ejemplo, y de modo muy relevante para examinar los hechos de esta causa, ya hemos mencionado que la función de *pricing* sólo comenzó a separarse de la gestión comercial hacia el final del período acusado. De modo similar, existe evidencia en el proceso de sólo una sanción en contra de un ejecutivo –Luis Zamorano– por acciones reñidas con la competencia relacionadas con este caso (o la menos por el "tenor de una conversación", según da cuenta la transcripción de su declaración testimonial a fojas 7.579). Esto, a pesar de que el programa de la compañía establece sanciones por incumplimiento de normas de libre competencia (fojas 8.424 y siguientes). Muy por el contrario, ejecutivos involucrados en la conducta fueron incluso ascendidos. Nada más alejado de un buen esquema de incentivos al cumplimiento;

Centésimo nonagésimo: Que, finalmente, tampoco es claro que la implementación y mejoramiento del programa haya tenido una finalidad correctiva, es decir, que su causa haya sido la conducta acusada por la FNE en el presente caso. Por el contrario, de acuerdo con los antecedentes aportados, más bien pareció ser parte de un plan general de la cadena adquirente (véase considerando 188);

Centésimo nonagésimo primero: Que, a mayor abundamiento, incluso si el programa tuvo una finalidad correctiva, ella no se cumplió. No se acreditó en el proceso que ocurriera un cambio de conducta de la firma producto del programa, que existiera una denuncia ante la FNE (por ejemplo, por la vía de la delación compensada) o que la firma prestara una cooperación particular con el órgano fiscalizador. No todos estos son necesariamente requisitos para examinar la razonabilidad y completitud de un programa de cumplimiento y ética y calificarlo, eventualmente, de serio, creíble y efectivo, pero sí se trata de elementos que muestran que, de haber existido un verdadero programa, su finalidad correctiva de todos modos no se cumplió;

Centésimo nonagésimo segundo: Que, en suma, los antecedentes presentados no son suficientes para eximir de responsabilidad a Walmart considerando su programa de cumplimiento y ética, atendido principalmente a su estado incipiente de implementación y diseño (que no permite sostener que existiera realmente dicho programa) a la época en que ocurrieron los hechos denunciados;

3.5 Síntesis

Centésimo nonagésimo tercero: Que la prueba aportada en estos autos y analizada precedentemente, consistente en correos electrónicos, declaraciones testimoniales, informes en derecho y económicos y otras declaraciones prestadas ante la FNE, considerada en su conjunto, permite concluir que las tres cadenas requeridas adhirieron a una regla de comportamiento consistente en una restricción vertical de vender a un precio mínimo el pollo fresco en sus diversos locales. Además, la adhesión estaba condicionada al hecho que el resto de ellas también lo hiciera, lo cual se concluye especialmente al observar que cada supermercado exigió a los proveedores el cumplimiento de la regla por parte de sus competidores;

Centésimo nonagésimo cuarto: Que, por el contrario, no existen explicaciones alternativas que permitan justificar, de manera objetiva, el patrón de conducta desplegada por las requeridas;

4. Excepción subsidiaria de prescripción

Centésimo nonagésimo quinto: Que sólo resta examinar la excepción de prescripción interpuesta por todas las requeridas. Como se ha señalado en la parte expositiva, todas ellas, en subsidio de sus defensas de fondo, sostuvieron que la acción para perseguir las conductas denunciadas por la FNE se encontraría prescrita. Sus argumentos son, sin embargo, algo diferentes entre sí;

Centésimo nonagésimo sexto: Que Cencosud afirma que, atendida la fecha en que le fue notificado el requerimiento de autos, la prescripción operaría respecto de todas las conductas acaecidas con anterioridad al 6 de enero de 2011;

Centésimo nonagésimo séptimo: Que SMU y Walmart, por su parte, basan su alegación en el hecho de que sólo existirían conductas aisladas e independientes entre sí. Sobre esta base, la primera sostiene que los actos ejecutados con anterioridad al 14 de octubre de 2009 estarían completamente prescritos por aplicación del texto del D.L. Nº 211 vigente en ese entonces, que establecía una prescripción de dos años, mientras que los actos ejecutados con anterioridad al 13 de enero de 2011 también lo estarían por aplicación de la norma actualmente vigente, que establece un período de prescripción de cinco años;

Centésimo nonagésimo octavo: Que Walmart, en tanto, argumenta que todas las conductas previas al 20 de enero de 2011 que le han sido imputadas se encuentran dentro del período de prescripción. En sustento de su posición, acompañó, a fojas 8.912, un (segundo) informe en derecho de Héctor Hernández, quien sostiene que no se estaría en presencia de una infracción única y continuada, atendido que existiría una diferencia no conceptual, sino probatoria, entre un "acuerdo" y una "práctica concertada", siendo esta última "más débil" a efectos de poder establecer el nexo común entre las conductas desplegadas;

Centésimo nonagésimo noveno: Que la jurisprudencia reiterada, tanto en esta sede como ante la Excma. Corte Suprema, ha sostenido que las acciones que dan lugar a un comportamiento colusivo requieren de una cierta unidad y permanencia en el tiempo que justifique que sean consideradas de manera conjunta como una sola actuación anticompetitiva;

Ducentésimo: Que, como bien señala, por ejemplo, el informe de Héctor Hernández a fojas 8.894, la mayoría de los casos en que se ha afirmado la existencia de una conducta única y permanente en esta sede dicen relación con carteles duros, conducta que, según hemos explicado, difiere de la acusada en este caso. Sin embargo, ello no obsta a la imposibilidad de acreditar la unidad de actuación indicada en el considerando previo;

Ducentésimo primero: Que, en el presente caso, resulta manifiesto que la conducta que ha sido acreditada en estos autos tiene un carácter único y no puede ni debe ser subdividida en partes independientes. Como se ha visto, existieron actuaciones sucesivas entre competidores y proveedores, las cuales fueron similares a pesar de ser cadenas diversas, en las cuales participó un grupo de ejecutivos relativamente permanente del área respectiva acusada. En este sentido, la evidencia muestra, por ejemplo, que las cadenas expresaron constantemente su preocupación respecto del seguimiento de la regla por parte de las otras cadenas, y que era responsabilidad de los proveedores hacerse cargo de las supuestas desviaciones. Esto confirió una gran estabilidad a la regla de comportamiento, la cual no sufrió variaciones en el tiempo. Existen asimismo varias evidencias de un comportamiento análogo respecto de otros productos que no forman parte de la acusación;

Ducentésimo segundo: Que es conveniente reiterar a estos efectos que, tal como se indicó en el considerando 70, atendida la naturaleza de la conducta, la prueba debe ser analizada de manera holística y las actuaciones de las requeridas se desprendan del conjunto de ellas, del patrón único del que dan cuenta. En otras palabras, existe respecto de ellas una clara unidad. La existencia de la regla y su aplicación por las cadenas no es una forma de evitar la prescripción, sino la forma misma que adoptó la conducta anticompetitiva en este caso;

Ducentésimo tercero: Que, además, la prueba aportada al proceso da cuenta que el acuerdo (único) se mantuvo hasta por lo menos el año 2011, tal como indica el requerimiento. Por otra parte, este último fue notificado legalmente a Cencosud el 7 de enero de 2018, a SMU el 13 del mismo mes y año y a Walmart el día 20 del mismo mes y año, por lo que la interrupción de la prescripción debe entenderse ocurrida esos días, respectivamente;

Ducentésimo cuarto: Que, por consiguiente, la acción no se encuentra prescrita, ya que fue interpuesta y notificada en un plazo inferior a cinco años, tal como dispone el actual artículo 20, incisos 3° y 4°, en su versión posterior a la reforma introducida por la Ley N° 20.361, que es el que corresponde aplicar en esta materia y que establece que el cómputo de la prescripción para el caso de las conductas previstas en la letra a) del artículo 3° del D.L. N° 211 "*no se iniciará mientras se mantengan en el mercado los efectos imputables a la conducta objeto de la acción*";

Ducentésimo quinto: Que, por lo señalado, la excepción de prescripción extintiva de la acción no puede ser acogida respecto de ninguna de las cadenas;

5. Las medidas a ser impuestas en el presente caso

Ducentésimo sexto: Que corresponde ahora determinar las medidas aplicables a las requeridas por su conducta anticompetitiva desarrollada durante el período acusado;

Ducentésimo séptimo: Que, en primer término, será aplicada una multa a beneficio fiscal. Como señala el inciso final del artículo 26° del D.L. N° 211, en su versión aplicable a los ilícitos acreditados, el cálculo de la multa debe considerar, entre otros factores, el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción, la gravedad de la conducta, la calidad de reincidente del infractor y la colaboración que cada agente económico haya prestado a la Fiscalía antes o durante la investigación;

Ducentésimo octavo: Que la FNE argumenta en su requerimiento que la gravedad de la conducta, la sensibilidad del mercado y los beneficios económicos

obtenidos por las requeridas justificarían la aplicación, a cada una de las requeridas, de una multa equivalente a un 10% de las ventas de la categoría de pollo fresco, lo cual superaría el límite de las 30.000 Unidades Tributarias Anuales (en adelante, "UTA") en cada uno de los tres casos;

Ducentésimo noveno: Que Cencosud señala que la gravedad de la conducta acusada, al no tratarse de un cartel duro, no justificaría la imposición de multa alguna, menos aún la multa máxima solicitada por la FNE. Asimismo, agrega que no obtuvo beneficio económico derivado de la conducta, cuestión que respalda con el informe económico acompañado a fojas 10.872, el que señala que los márgenes de la empresa se mantuvieron en niveles similares, e incluso aumentaron levemente, en el período posterior a la supuesta conducta;

Ducentésimo décimo: Que, por su parte, SMU sostiene que la multa solicitada por la FNE es desproporcionada, *"tanto por el alcance de los hechos como por los beneficios que de estos se derivarían, los cuales serían inexistentes para nuestra representada"* (fojas 668). Agrega que la FNE no acompañó ningún antecedente que acreditara beneficios para SMU durante el período acusado y que, de acuerdo con el informe económico que esta última acompañó a fojas 5.976, los márgenes habrían incluso aumentado luego de 2011. Por último, señala que se debe considerar que, durante la mayor parte del período acusado, SMU era un actor menor en el mercado, lo cual habría sido omitido por la FNE al solicitar la multa;

Ducentésimo undécimo: Que, finalmente, Walmart afirma que la solicitud de la FNE es excesiva y desproporcionada, pues no ha obtenido beneficios económicos del supuesto acuerdo; las promociones eran puntuales y esporádicas; no procede considerar la sensibilidad del producto afectado; no sería reincidente; y, de acreditarse, su participación habría sido puntual. Agrega que el desarrollo de su programa de cumplimiento y la colaboración prestada ante la FNE debiesen, además, conllevar la reducción sustancial de una posible multa;

Ducentésimo duodécimo: Que para efectos del cálculo concreto de la multa, corresponde determinar, primero, una multa base, la que luego es ajustada dependiendo de la presencia de circunstancias agravantes o atenuantes. Atendi-

do que la conducta se desarrolló completamente bajo el régimen de sanciones vigente hasta el año 2016, la multa final no puede exceder las 30 mil U.T.A.;

Ducentésimo decimotercero: Que, en primer término, para determinar la multa base es necesario establecer un valor de referencia. Para estos efectos, a nuestro juicio, en este caso no es correcto utilizar, como ha solicitado la FNE, la totalidad de las ventas de pollo fresco de los supermercados. Ello implicaría equiparar un acuerdo que sólo incidió directamente en una proporción menor de las decisiones de precio de los supermercados, con uno que afecta a la totalidad de las decisiones de precio de los productos involucrados;

Ducentésimo decimocuarto: Que en el presente caso no es posible acudir al beneficio económico obtenido por los infractores para establecer el señalado valor de referencia. Por una parte, porque existen deficiencias informacionales en el expediente, atendido que no fue rendida prueba al respecto por la FNE (quien tenía la carga de hacerlo). Por otra parte, porque el cálculo del beneficio es complejo si se considera que se requiere determinar un contrafactual adecuado a un caso como el de autos, lo que es difícil si se considera particularmente la interdependencia en la demanda de los distintos productos vendidos por las requeridas, según se ha visto (considerando 53);

Ducentésimo decimoquinto: Que, atendido lo anterior, para el cálculo de la multa base hemos utilizado como valor de referencia las ventas netas de pollo fresco, las cuales han sido obtenidas de las bases de datos utilizadas en los informes acompañados por Cencosud, SMU y Walmart a fojas 6.876, 5.976 y 6.658, respectivamente. Dado lo anterior y consistente con la conducta acusada y acreditada, para efectos del cálculo no se han considerado los datos correspondientes a productos congelados. Asimismo, se han considerado sólo las ventas netas efectuadas por Agrosuper, Ariztía y don Pollo a las requeridas;

Ducentésimo decimosexto: Que es importante recordar aquí que el acuerdo estaba fundado en el precio mínimo a ser cobrado por el pollo fresco, aspecto que sólo era relevante en el caso de precios promocionales; y que el margen promedio de la venta minorista de dicho producto es cercano al 25%. En atención a estas características, hemos calificado como ventas afectadas por la conducta

acreditada sólo aquellas por las cuales se obtuvo un margen de entre 0% y 10%. Esto se justifica en el hecho de que se trata de un tramo donde los precios son cercanos a los costos, por lo que la probabilidad de que esas ventas hayan sido afectadas por el acuerdo de precio mínimo es alta. Esta aproximación da como resultado que, en promedio, entre un 6,5% y un 7,5% de las ventas de pollo fresco de los supermercados requeridos se habrían visto afectadas por la conducta;

Ducentésimo decimoséptimo: Que, por cierto, la aproximación anterior no es enteramente robusta. Dado que existen algunas diferencias entre los datos de cada requerida; que resulta imposible diferenciar entre distintos tipos de promociones o liquidaciones; que se utilizan costos de adquisición ponderados en los datos de los supermercados; y que se incluyen descuentos temporales en ellos, entre otros aspectos, no ha sido posible efectuar una mejor aproximación. Sin embargo, se trata de una base de cálculo razonable, objetiva (esto es, no arbitraria) y acorde a las circunstancias del caso;

Ducentésimo decimoctavo: Que una vez determinado el valor de referencia, se debe establecer qué porcentaje de este será utilizado en el cálculo de la multa. A este respecto, se debe considerar que no obstante el acuerdo tuvo un alcance limitado, ello no obsta a que se trate de una conducta especialmente grave. En efecto, se trata de un acuerdo entre competidores que recae sobre una de las variables competitivas más estratégica (el precio), encontrándose por tanto entre las conductas que merecen el mayor reproche dentro de la legislación de libre competencia, como lo ha sostenido en muchas ocasiones la jurisprudencia nacional. Por ello, la multa considera un 20% de las ventas afectadas;

Ducentésimo decimonoveno: Que, enseguida, el porcentaje anterior debe ser aplicado durante el período en el que se acreditó el ilícito, esto es, a todas las ventas efectuadas entre los años 2008 y 2011. En el caso de SMU, al contar con datos sólo respecto de los años 2010 y 2011, se ha proyectado el cálculo para los años precedentes utilizando su participación de mercado en cada uno de ellos. Para estos efectos, hemos utilizado la información de Nielsen contenida en la carpeta número 1 del pendrive que rola a fojas 13.353. Asimismo, dado que para los cuatro primeros meses de 2010 se contó con información de un número reducido de locales, tal período también fue ajustado utilizando la información

existente. En el caso de Cencosud, los datos faltantes del primer semestre de 2008 han sido completados multiplicando la multa correspondiente a las ventas afectadas del segundo semestre de ese año por la proporción promedio entre cada semestre de los otros años de la base de datos;

Ducentésimo vigésimo: Que la aplicación de la metodología anterior da como resultado una multa base correspondiente a 5.766 UTA para Cencosud, 3.438 UTA para SMU y 5.580 UTA para Walmart;

Ducentésimo vigésimo primero: Que, enseguida, corresponde analizar si existen elementos adicionales que pudiesen implicar aumentos o reducciones en la multa base para cada una de las requeridas;

Ducentésimo vigésimo segundo: Que, como hemos adelantado, todas las requeridas sostienen haber implementado programas de cumplimiento en materia de libre competencia que debieran ser considerados como una posible razón para reducir la multa que se les aplicará en el presente caso;

Ducentésimo vigésimo tercero: Que Cencosud hace referencia a este punto especialmente en su presentación de fojas 10.783, que detalla la implementación de su programa, a la cual acompañó diversos documentos que respaldarían lo allí señalado;

Ducentésimo vigésimo cuarto: Que, complementario a ese antecedente, el gerente general de Cencosud, Jaime Soler, al absolver posiciones, expresó que "[l]*a empresa implementó temas frente a la libre competencia en el año 2009, la empresa empezaron con un curso dictado por personal externo a la compañía, desde el 2009 a la fecha todos los años se han llevado capacitaciones a lo largo de todas las diferentes unidades de Cencosud en Chile* [...] *lo partió trabajando Cencosud corporativo, con el liderazgo del área legal y con el liderazgo del Gerente General Corporativo de la época, con la empresa, con el estudio de abogados Phillipi, y fue Felipe Irarrázaval quien durante todo el año 2009 encabezó y lideró este tema dentro de Cencosud"* (fojas 3.909);

Ducentésimo vigésimo quinto: Que, en sentido similar, la testigo María Inés Buzada, quien se desempeñó en el área legal de Cencosud, ejerciendo diversos cargos, durante todo el período acusado, sostuvo en declaración cuya transcripción rola a fojas 4.096, que "[p]*osteriormente empezamos estas charlas que comenzaron con fiscalía, empezamos a agrandarlas y empezamos a hacer partícipes a los gerentes de áreas de las distintas unidades de negocios y prácticamente se hacía lo mismo, se les explicaba más o menos todo el tema de libre competencia, se les preguntaba cuáles eran los temas recurrentes o temas en los que pudiésemos nosotros aportar un mayor análisis y bueno, en el fondo, empezamos con una recopilación de información de las distintas áreas usuarias con el fin de poder implementar y diseñar un plan de libre competencia*";

Ducentésimo vigésimo sexto: Que, por su parte, SMU planteó que la FNE *"podría haber ajustado su pretensión punitiva considerando la existencia de este programa"* (fojas 670). Para estos efectos, acompañó diversos documentos, entre los cuales se encuentran códigos y manuales de ética, presentaciones de abogados externos, un Manual del Proveedor, documentos sobre lineamientos para el cumplimiento de la normativa de libre competencia e invitaciones a sus ejecutivos a participar en una capacitación sobre el tema;

Ducentésimo vigésimo séptimo: Que la prueba documental rendida por SMU sobre este punto se complementa con lo declarado por María Isabel Díaz, abogada externa de la empresa, cuya testimonial rola a fojas 6.668, quien señaló qué *"En el transcurso de esta relación profesional ya esto ya no solamente se limitó a los temas de Compliance sino que se creó una relación permanente, ya no era una asesoría spot, y permanente significó que nosotros estábamos ahí digamos, al otro lado del teléfono, o en reuniones para responder todas las consultas que surgieran en materias de libre competencia propiamente tal o que tuvieran relación con temas de libre competencia, incluida la derivada cierto de, actos de competencia desleal. Asimismo hubieron una serie investigaciones, investigaciones que involucraban tanto a SMU en cuanto investigada, como investigaciones iniciadas respecto de terceros a los cuales SMU se le solicitaba información por parte de la Fiscalía"*;

Ducentésimo vigésimo octavo: Que, asimismo, el testigo Luis Felipe Kortmann, ex Fiscal de SMU, señaló en su declaración testimonial que rola a fojas 6.699 que *"Y así es como, yo diría que fines del año 2008 comienzos del 2009 alrededor de esa época, me pide contactar a, él me dice con nombre y apellidos a los abogados María Isabel Díaz que había, él había trabajado en algún trabajo anterior con ella, para que nos hiciera una asesoría, un monitoreo y un programa de cumplimiento de los normas de libre competencia. Yo contacto a María Isabel y le pedimos que arme estos, ya sea creando manuales para la empresa y también organizamos varias charlas que se desarrollaron con todas las áreas involucradas del área comercial o todas las personas que tengan, que hubieran tenido relación con proveedores. Se realizaron por lo menos dos charlas que eran obligatorias, la citación a las charlas decía que eran obligatorias y que debían firmar un registro de asistencia. Y en esas charlas María Isabel, cómo se llama, explicó en forma bastante fácil de entender y en forma gráfica cuáles eran las conductas que eran aceptadas y las conductas que no eran aceptadas dentro de las normas y la normativa que rige a la libre competencia"* y que *"Era una asesoría permanente, nosotros siempre consultamos con ella diversas cosas digamos. Por ejemplo había una época en que hubo intensidad en, cómo se llama, publicidad comparativa de otras cadenas de supermercados. Y nosotros siempre estábamos digamos consultando con ella oye, están haciendo esto, está bien, está mal qué se yo. Y así, como eso varias cosas digamos que durante el año no solamente se restringía a las charlas que se hicieron sino que también con respecto a otras materias"*;

Ducentésimo vigésimo noveno: Que en ambos casos la prueba rendida no permite acreditar la existencia de un real programa de cumplimiento y ética por parte de Cencosud y SMU; menos aún uno que cumpla con los estándares de seriedad, credibilidad y eficacia exigidos para ser base, al menos, de una reducción de la multa. Como hemos visto (considerando 182 y siguientes), la mera implementación de un "código o manual de conducta o buenas prácticas" interno (o cualquier otra denominación que pretenda dársele), las capacitaciones mediante "charlas" (no siempre obligatorias) dirigidas a un grupo o grupos de ejecutivos o el contar con una consultoría permanente son acciones que, aun consideradas en conjunto, están lejos de poder ser consideradas como un programa de cumplimiento y ética;

Ducentésimo trigésimo: Que, por lo demás, cercano a la época de los hechos del requerimiento se mantuvo vigente un proceso de litigación que involucraba a la FNE y algunos actores de la industria supermercadista relativo a las relaciones de las cadenas con sus proveedores. En el año 2006 el ente fiscalizador firmó un avenimiento con D&S, antecesora de Walmart, cuyo objetivo final central era, en términos generales, normar dichas relaciones, acordándose una serie de compromisos al respecto entre las partes. Lo mismo ocurrió entre dicha cadena y la Asociación Gremial de Industrias Proveedoras, AGIP. Cencosud también suscribiría un acuerdo de similar naturaleza. Estos avenimientos tuvieron un impacto en toda la industria y derivarían luego en un proyecto de ley sobre la materia y en acciones concretas tales como la elaboración de reglamentos, manuales internos, etc. De este modo, las acciones a las que aluden las requeridas y algunos testigos, antes indicadas, poseen una explicación alternativa más que plausible, pues todas ellas bien pudieron estar enmarcadas en dicho contexto y no necesariamente ser parte del diseño e implementación de un programa de cumplimiento y ética completo acorde a las necesidades generales de cada una de las mencionadas requeridas;

Ducentésimo trigésimo primero: Que, por lo anterior, no se aplicarán rebajas a la multa base calculada para Cencosud y SMU por concepto de implementación de programas de cumplimiento y ética;

Ducentésimo trigésimo segundo: Que respecto de Walmart, nos hemos referido latamente a su programa de cumplimiento y ética en los considerandos 171 y siguientes, los cuales se tienen por reproducidos para estos efectos en esta sección, atendido que dicha requerida ha solicitado, de manera subsidiaria, que la multa que eventualmente pudiera serle impuesta sea rebajada debido a que cuenta con dicho programa (fojas 400);

Ducentésimo trigésimo tercero: Que, como hemos visto, la situación de Walmart es radicalmente diferente a la de las otras dos cadenas requeridas. Dicha firma sí desplegó un esfuerzo particular dirigido a demostrar que diseñó un programa de cumplimiento y ética razonable, que es implementado por la compañía y aplicado si lo requirieran las circunstancias, de modo que, a su juicio, debiera ser calificado como un programa serio, creíble y efectivo. Si bien dicho programa no fue preexis-

tente a los hechos de la causa y poseía importantes falencias a la época de su ocurrencia (por lo que distaba de tener todos los atributos antes mencionados, según indicamos en los considerandos 185 y siguientes), su diseño fue comparativamente muy superior desde un inicio y constituyó de todos modos un avance muy relevante para la compañía, que debe por cierto ser reconocido. Asimismo, el hecho de haber continuado siendo implementado y profundizado con posterioridad al período requerido (lo que Walmart denomina "tercer hito" en su contestación, a fojas 355) y con independencia de los hechos aquí juzgados, no puede si no ser considerado por estos juzgadores en esta etapa;

Ducentésimo trigésimo cuarto: Que, por lo anterior, se aplicará respecto de Walmart una rebaja prudencial a la multa base ascendente a un 15% de ésta;

Ducentésimo trigésimo quinto: Que no existen antecedentes adicionales que permita fundar una rebaja o un aumento de la multa hasta aquí calculada;

Ducentésimo trigésimo sexto: Que, por tanto, las multas finales que serán impuestas a cada una de las requeridas ascienden a 5.766 Unidades Tributarias Anuales para Cencosud, 3.438 Unidades Tributarias Anuales para SMU y 4.743 Unidades Tributarias Anuales para Walmart;

Ducentésimo trigésimo séptimo: Que, por último, en virtud de lo dispuesto en el inciso primero del artículo 3° del D.L. N° 211 y en línea con lo establecido en las Sentencias N° 145/2015, Nº 148/2015, N° 158/2017 y Nº 165/2018, se impondrá como medida, en forma adicional a la multa impuesta, a las tres requeridas, la obligación de adoptar un programa de cumplimiento y ética en materia de libre competencia que satisfaga al menos 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;

Ducentésimo trigésimo octavo: Que, a este respecto, entendemos que el cumplimiento de esta medida tendrá una dificultad dispar para las tres requeridas. Como muestra la evidencia presentada para sustentar sus alegaciones en esta materia, Walmart ya ha desplegado un esfuerzo serio y riguroso, que responde a altos estándares y que debiera ser continuado y profundizado por la compañía;

Ducentésimo trigésimo noveno: Que el programa de cumplimiento y ética antes impuesto 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 de este considerando, así como de 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 los 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) **RECHAZAR** la excepción de falta de legitimación pasiva interpuesta por Cencosud S.A.;
2) **ACOGER** el requerimiento interpuesto por la Fiscalía Nacional Económica a fojas 15 en contra de Cencosud S.A., SMU S.A. y Walmart Chile S.A., declarando que infringieron el artículo 3° inciso primero e inciso segundo letra a) del D.L. N° 211, al haber participado de un acuerdo o práctica concertada, por sí o a través de sus relacionadas, destinado a fijar, por intermedio de sus proveedores, un precio de venta para la carne de pollo fresca en supermercados igual o superior a su precio de lista mayorista, entre al menos los años 2008 y 2011;
3) **RECHAZAR** la excepción de prescripción interpuesta por Cencosud S.A., SMU S.A. y Walmart Chile S.A.;
4) **CONDENAR** a Cencosud S.A. al pago de una multa, a beneficio fiscal, ascendente a 5.766 (cinco mil setecientas sesenta y seis) Unidades Tributarias Anuales;
5) **CONDENAR** a SMU S.A. al pago de una multa, a beneficio fiscal, ascendente a 3.438 (tres mil cuatrocientos treinta y ocho) Unidades Tributarias Anuales;
6) **CONDENAR** a Walmart Chile S.A. al pago de una multa, a beneficio fiscal, ascendente a 4.743 (cuatro mil setecientas cuarenta y tres) Unidades Tributarias Anuales;
7) **IMPONER** a las Requeridas la adopción de un programa de cumplimiento en materia de libre competencia que satisfaga al menos 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 al menos un plazo de cinco años, programa que deberá contemplar, además y como mínimo, las acciones detalladas en el considerando 239 de esta Sentencia;
8) **CONDENAR** en costas a Cencosud S.A. y SMU S.A. por haber sido totalmente vencidas.

SE PREVIENE que el ministro Sr. Javier Tapia estuvo por aplicar, como porcentaje a ser utilizado en el cálculo de la multa, según se consigna en el considerando 218, al menos un 25% de las ventas afectadas.

SE PREVIENE que el ministro Sr. Eduardo Saavedra, no obstante concurrir al fallo, estuvo por rebajar la multa base calculada a Walmart en un 33%, en lugar del 15% establecido en el considerando 234, en razón de los serios esfuerzos desplegados en la implementación de su programa de cumplimiento y ética.

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 239.

Notifíquese y archívese, en su oportunidad.
Rol C N° 304-2016

168 / 2019

TDLC
Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

SENTENCIA N° 168/2019

(Causa Rol C N° 332-18)

"Demanda de Constructora Denco Limitada
contra Servicio de Salud de Osorno"

Fecha dictación: 7 de marzo de 2019.

Ministros que concurren al acuerdo: Sr. Enrique Vergara Vial, Presidente, Sr. Eduardo Saavedra Parra, Sr. Javier Tapia Canales, Sra. María de la Luz Domper Rodríguez y Sra. Daniela Gorab Sabat.

Demandante: Constructora Denco Ltda.

Demandado: Servicio de Salud de Osorno.

Resumen de la controversia: La constructora demandó al Servicio de Salud de Osorno por haber establecido en las bases de licitación para el mejoramiento de dos hospitales una pauta de evaluación que atentaría contra la libre competencia al establecer una barrera de entrada que le impediría competir en igualdad de condiciones. En particular, la demandante indicó que la forma en que las bases evalúan la capacidad económica y la experiencia del oferente dejaría a empresas aptas para efectuar la obra en una posición desfavorable en relación con empresas de mayor tamaño, ya que deberán presentar precios bajos, a veces cercanos al costo, para tener una chance de ser adjudicatarios. En razón de lo anterior, solicitó a este Tribunal que declare que la ponderación de la experiencia y capacidad económica que se establece en las bases de licitación atenta contra la libre competencia, y que ordene modificar las bases de modo que, reconociendo requisitos mínimos de experiencia y capacidad económica, evalúen a los oferentes en igualdad de condiciones.

El demandado, por su parte, opuso en primer lugar una excepción por falta de legitimación activa. Luego, en su contestación, solicitó que se rechace la demanda, con costas, fundado en que la ponderación de la capacidad

económica y de la experiencia realizada en las bases de licitación impugnadas pretende garantizar, en la mayor medida posible, que el adjudicatario ejecute la obra sin generar costos adicionales para el ente licitante. Indicó además que las bases procuran mantener las condiciones mínimas de rivalidad entre los oferentes. Agregó que el Servicio de Salud de Osorno no tiene poder de compra en el mercado relevante afectado (que define como el mercado de contratación de servicios para la ejecución de obras civiles), por lo que los procesos licitatorios impugnados no tienen la aptitud de afectar la libre competencia en dicho mercado.

Mercado relevante definido por el Tribunal: La construcción de infraestructura hospitalaria de más de 1.000 metros cuadrados en todo el territorio nacional.

Resolución del Tribunal: El Tribunal rechazó la demanda porque consideró que el demandado no tenía poder de compra en el mercado relevante que le hubiera permitido excluir participantes. Asimismo, resolvió rechazar la excepción de falta de legitimación activa deducida por el Servicio de Salud de Osorno y no condenar en costas al demandante, por haber tenido motivo plausible para litigar.

Recursos: Reclamación pendiente ante la Excma. Corte Suprema (Rol N° 8.850-19).

Temas que trata: Legitimación activa; determinación del mercado relevante en licitaciones; poder de compra.

SENTENCIA N° 168/2019.

Santiago, siete de marzo de dos mil diecinueve.

Y CONSIDERANDO:

Primero: Que, como se señaló en la parte expositiva, el 7 de noviembre de 2017 Denco demandó al SS Osorno por haber establecido en las bases de las Licitaciones Puerto Octay y Río Negro una pauta de evaluación que atentaría contra la normativa de libre competencia, específicamente, el artículo 3° inciso 1° del D.L. N° 211. En particular, sostiene que la forma en que las bases ponderan la experiencia y la capacidad económica de los oferentes constituiría una barrera de entrada al mercado que le impediría competir en igualdad de condiciones con otras empresas de mayor tamaño. Lo anterior, además, permitiría a estas últimas cobrar sobreprecios;

Segundo: Que, por su parte, el SS Osorno solicitó el rechazo de la demanda, con costas, pues sostiene que la Demandante carece de legitimación activa ya que no participó del proceso de licitación, no manifestó su intención de participar ni cumplió con los requisitos habilitantes para ello. Además, arguye que los procesos licitatorios impugnados no tienen la entidad suficiente para producir o tender a producir efectos en el mercado relevante, el que define como la contratación de servicios para la ejecución de obras civiles. Por último, señala que la ponderación de la experiencia y la capacidad económica de los oferentes está justificada en criterios técnicos y no genera barreras de entrada anticompetitivas;

Tercero: Que, en forma previa al análisis de la conducta denunciada en autos, corresponde resolver la excepción de falta de legitimación activa opuesta por la Demandada. Sobre esta materia, en la Sentencia N° 98/2010 se señaló que "[…] *para que un agente económico pueda ser considerado víctima directa de un atentado en contra de la libre competencia, ha de participar actual o potencialmente en el mercado que es directamente afectado por la presunta actividad anticompetitiva de otro agente económico* […]";

Cuarto: Que, de conformidad con lo expuesto, un competidor potencial puede ser considerado sujeto pasivo inmediato de un atentado en contra de la libre competencia. Así, atendido que la Demandante se dedica a la construcción de diversas obras civiles en el sector industrial, educacional y habitacional, ella es un competidor *potencial* en el mercado supuestamente afectado por los hechos objeto de la demanda. En consecuencia, el interés invocado satisface las exigencias de legitimación activa para demandar en esta sede;

Quinto: Que esta conclusión no se altera por el hecho que la Demandante no haya participado en la licitación ni haya cumplido con los requisitos habilitantes para ello. En efecto, precisamente el que no haya participado en la licitación es lo que le otorga el carácter de competidor *potencial*, en contraposición a competidor *actual o cierto* en las licitaciones impugnadas. Por lo demás, lo alegado por Denco, precisamente, es que las supuestas barreras de entrada establecidas en las bases de licitación le habrían impedido participar en la misma;

Sexto: Que la legitimación de la Demandante tampoco se ve afectada por no haber solicitado expresamente la declaración de la nulidad de la licitación. Es perfectamente posible que la víctima de un atentado a la libre competencia no requiera en su demanda que se retrotraigan las cosas al estado anterior a la infracción, sino que, por ejemplo, persiga que cese la conducta, que se establezca la responsabilidad de quien la ha ejecutado o que se impida la reiteración de la misma;

Séptimo: Que, por consiguiente, la excepción de falta de legitimación activa de la Demandante será rechazada;

Octavo: Que, para evaluar si la conducta acusada impide, restringe o entorpece la libre competencia o tiende a producir dichos efectos, es necesario determinar, en primer lugar, el mercado relevante. En ese sentido, se desprende de la demanda que, a juicio de la Demandante, el mercado relevante sería el de la licitación misma. Por su parte, a fojas 781 Constructora LN indicó expresamente que el mercado relevante de autos sería "*el que crea cada licitación*", definición también recogida en el informe acompañado por Denco a fojas 1021, titulado "Informe N° 1: Historial y Efectos de las Bases en las Licitaciones de los Hospitales de Puerto Octay y Río Negro";

Noveno: Que, por otra parte, a fojas 718 el SS Osorno definió el mercado relevante como "*el mercado de la contratación de servicios para la ejecución de obras civiles*". No obstante, a fojas 3049 acompañó el informe económico de Butelmann Consultores "Respecto de licitaciones para construcción de obras de los Hospitales de Puerto Octay y Río Negro", el cual menciona distintas alternativas de mercado relevante posibles. A su juicio, el supuesto más amplio de mercado del producto consistiría en la construcción de obras civiles, ya que la Demandante provee servicios de construcción de obras civiles en general y no solo en el sector salud, mientras que el supuesto más restringido sería la construcción de infraestructura hospitalaria, por cuanto estas obras presentarían características especiales que las diferenciarían de otras obras civiles;

Décimo: Que, en el contexto de una licitación pública, para efectos de delimitar el mercado relevante en la dimensión del producto, es necesario dilucidar cómo actuó el SS Osorno cuando convocó a las Licitaciones Puerto Octay y Río Negro. En este caso, se debe determinar si, en su calidad de organismo de la administración del Estado, la Demandada actuó como un agente económico, esto es, como demandante de bienes o servicios, o bien, como un ente regulador que asigna derechos o recursos escasos, reemplazando la competencia *en el* mercado por competencia *por el* mercado para que el adjudicatario sirva un mercado de manera monopólica por un período de tiempo. En el primer caso, el mercado relevante involucrado será aquel en el que inciden los bienes o servicios licitados (considerandos 27 y siguientes, Sentencia N° 114/2011); mientras que, en el segundo, el mercado relevante será precisamente la licitación (considerando 10, Sentencia N° 138/2014);

Undécimo: Que las bases de las licitaciones impugnadas dan cuenta de que tanto la Licitación Puerto Octay como la Licitación Río Negro tuvieron por objeto la adquisición de bienes o servicios (construcción de infraestructura hospitalaria) y no la asignación de un servicio que el adjudicatario prestaría luego en condiciones monopólicas. En efecto, en ambos casos las bases de licitación indican que se rigen por la Ley N°19.886 sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios para el desarrollo de las funciones de los órganos de la administración del Estado;

Duodécimo: Que, en consecuencia, el mercado relevante está constituido por aquel en que inciden los bienes o servicios licitados y no se limita a las licitaciones específicas impugnadas por la Demandante. Por lo anterior y atendido el objeto de las licitaciones, el mercado relevante del producto es el de prestación de servicios para la construcción o mejoramiento de infraestructura en obras civiles en el sector salud, lo cual coincide con el escenario más conservador definido en el informe económico de fojas 3049;

Decimotercero: Que, respecto del mercado relevante geográfico, en el informe antes citado se indica que este depende de la envergadura de las obras, ya que aquellas de mayor tamaño y presupuesto atraen a oferentes ubicados a mayor distancia. Así, obras de más de 1.000 metros cuadrados atraerían a oferentes de todo el territorio nacional, dado que no existen restricciones para la oferta más allá de los costos de operación relativos a la ubicación geográfica de los oferentes. Atendido que los hospitales objeto de las licitaciones superan los 3.000 metros cuadrados cada uno y que los adjudicatarios de dichas licitaciones fueron, en la práctica, empresas domiciliadas en la ciudad de Santiago (a pesar de que las obras se situaban en la Región de Los Lagos), es razonable concluir que el mercado relevante geográfico se extiende a todo el territorio nacional;

Decimocuarto: Que, en definitiva, el mercado relevante se puede definir como el de construcción de infraestructura hospitalaria de más de 1.000 metros cuadrados en todo el territorio nacional;

Decimoquinto: Que, una vez definido el mercado relevante en el que inciden las conductas denunciadas, se debe determinar si la Demandada como ente licitante tiene la capacidad para afectar la oferta, esto es, un poder de compra del cual podría abusar. En ese sentido, las dos licitaciones que dan origen a la demanda de autos corresponden al 5,8% de la edificación autorizada en obras de salud a nivel nacional en 2017, según consta en el informe económico de fojas 3049;

Decimosexto: Que la participación de mercado del SS Osorno es bastante menor, lo que descarta que tenga un poder de compra que le permita excluir del mercado relevante a otros participantes. En efecto, si ni siquiera ha sido probado el poder de mercado de la Demandada, ésta no puede incurrir en abuso al-

guno, tal como lo ha señalado este Tribunal (Sentencia N° 142/2015, confirmada por la Excma. Corte Suprema mediante sentencia de 30 de noviembre de 2015 en causa Rol 1.646-15). En consecuencia, es innecesario analizar las conductas imputadas por la actora;

Y TENIENDO PRESENTE lo dispuesto en los artículos 1º, 2º, 3º y 26º del Decreto Ley Nº 211,

SE RESUELVE:

RECHAZAR la excepción perentoria de falta de legitimación activa deducida por el Servicio de Salud de Osorno.

RECHAZAR la demanda interpuesta a fojas 253 por Constructora Denco Ltda.

NO CONDENAR en costas a Constructora Denco Ltda., por haber tenido motivo plausible para litigar.

Notifíquese y archívese en su oportunidad.
Rol C Nº 332-17

Pronunciada por los Ministros Sr. Enrique Vergara Vial, Presidente, Sr. Eduardo Saavedra Parra, Sr. Javier Tapia Canales, Sra. Daniela Gorab Sabat y Sra. María de la Luz Domper Rodríguez. Autorizada por la Secretaria Abogada, María José Poblete Gómez.

169 / 2019

TDLC
Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

SENTENCIA N° 169/2019

(Causa Rol C N° 335-18)

"Demanda de Constructora LN SpA contra
la Ilustre Municipalidad de San José de la Mariquina"

Fecha dictación: 7 de marzo de 2019.

Ministros que concurren al acuerdo: Sr. Javier Tapia Canales, Presidente (S), Sr. Eduardo Saavedra Parra, Sra. Daniela Gorab Sabat, Sr. Jorge Hermann Anguita y Sr. Nicolás Rojas Covarrubias.

Demandante: Constructora LN SpA.

Demandado: Ilustre Municipalidad de San José de Mariquina.

Resumen de la controversia: La Constructora Luis Navarro SpA demandó a la I. Municipalidad de San José de Mariquina por haber establecido en las bases de licitación para la construcción de una estación sanitaria, una pauta de evaluación que constituiría una barrera de entrada al mercado. En particular, indica que la experiencia se evalúa en base a una fórmula escalonada que dejaría a empresas aptas para efectuar la obra en una posición competitiva desfavorable en relación con empresas con mayor experiencia. Agrega que la exigencia de experiencia debe tener relación con la complejidad de la obra, y que en este caso la obra no es de alta complejidad. En razón de lo anterior solicita a este Tribunal que declare que la ponderación de la experiencia del oferente que se establece en las bases de licitación atenta contra la libre competencia, y que ordene modificar las bases de modo que, reconociendo requisitos mínimos de experiencia y capacidad económica, evalúen a los oferentes en igualdad de condiciones..

Por su parte, la demandada indica que la ponderación de la experiencia no excluye a ningún eventual oferente y que las empresas que obtienen

un menor puntaje en este ítem pueden equilibrar sus posibilidades ofreciendo un menor plazo para concluir la obra o un menor presupuesto de ejecución del contrato. Agrega que ha actuado con razonabilidad, objetividad y legalidad al momento de fijar los criterios de evaluación y su ponderación, con el objeto de asegurar que los oferentes tengan la idoneidad técnica para la construcción de obras como la licitada.Resolución del Tribunal: El Tribunal rechazó la demanda interpuesta y resolvió que no se aportaron antecedentes que permitieran precisar el mercado relevante y que tampoco se acreditó la posición de dominio de la demandada ni los efectos anticompetitivos de la conducta. Además, resolvió condenar en costas al demandante, por haber sido totalmente vencido.

Recursos: Reclamación pendiente ante la Excma. Corte Suprema (Rol N° 8843-19).

Temas que trata: carga de la prueba.

SENTENCIA N° 169/2019.

Santiago, siete de marzo de dos mil diecinueve.

Y CONSIDERANDO:

Primero: Que, como se señaló en la parte expositiva, el 29 de noviembre de 2017 Constructora Luis Navarro SpA demandó a la I. Municipalidad de San José de la Mariquina por haber establecido en las bases de licitación de una estación sanitaria, una pauta de evaluación que atentaría contra la normativa de libre competencia, en concreto, el artículo 3° del D.L. N° 211. En particular, sostiene que la forma en que las bases ponderan la experiencia de los oferentes dejaría en una posición competitiva desfavorable a empresas con menor experiencia;

Segundo: Que, por su parte, la Municipalidad solicitó el rechazo de la demanda, con costas, pues sostiene que ha actuado con fundamento de razonabilidad, objetividad y legalidad al momento de fijar los criterios de evaluación de las ofertas, y que las empresas que obtienen un menor puntaje en el ítem experiencia pueden equilibrar sus posibilidades ofreciendo un menor plazo o presupuesto de ejecución del contrato;

Tercero: Que, para evaluar si la conducta acusada impide, restringe o entorpece la libre competencia o tiende a producir dichos efectos, es necesario determinar, en primer lugar, el mercado relevante involucrado. Para ello, en el contexto de una licitación pública, se debe determinar si, en su calidad de organismo de la administración del Estado, la Demandada actuó como un agente económico, esto es, como demandante de bienes o servicios, o bien, como un ente regulador que asigna derechos o recursos escasos, reemplazando la competencia *en el* mercado por competencia *por el* mercado para que el adjudicatario sirva un mercado de manera monopólica por un período de tiempo. En el primer caso, el mercado relevante involucrado será aquel en el que inciden los bienes o servicios licitados (considerandos 27 y siguientes, Sentencia N° 114/2011); mientras que, en el segundo, el mercado relevante será precisamente la licitación (considerando 10, Sentencia N° 138/2014);

Cuarto: Que, en el caso de autos, la licitación tuvo por objeto la adquisición de bienes o servicios (construcción de infraestructura sanitaria) y no la asignación de un servicio que el adjudicatario prestaría luego en condiciones monopólicas. En consecuencia, el mercado relevante está constituido por aquel en que inciden los bienes o servicios licitados y no se limita a la licitación específica impugnada por la Demandante;

Quinto: Que, sin embargo, las partes no aportaron antecedentes que permitan precisar el mercado en el que inciden los bienes o servicios licitados;

Sexto: Que, asimismo, corresponde a la Demandante acreditar la posición de dominio de la demandada y demostrar si la conducta acusada impide, restringe o entorpece la libre competencia, o tiende a producir dichos efectos, cuestión que no hizo;

Séptimo: Que, en consecuencia, no existen antecedentes necesarios para acreditar la existencia de un abuso de posición dominante en los términos que exige el artículo 3º del D.L. Nº 211;

Y TENIENDO PRESENTE lo dispuesto en los artículos 1º, 2º, 3º y 26º del Decreto Ley Nº 211,

SE RESUELVE:

RECHAZAR la demanda de autos interpuesta a fojas 95 por la Constructora Luis Navarro SpA.

CONDENAR en costas a Constructora Luis Navarro SpA, por haber sido totalmente vencida.

Notifíquese y archívese en su oportunidad.
Rol C 335-17

Pronunciada por los Ministros Sr, Javier Tapia Canales, Presidente (S), Sr. Eduardo Saavedra Parra, Sra. Daniela Gorab Sabat, Sr. Jorge Hermann Anguita y Sr. Nicolás Rojas Covarrubias. Autorizada por la Secretaria Abogada Sra. María José Poblete Gómez.

170 / 2019

TDLC
Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

SENTENCIA N° 170/2019

(Causa Rol C N° 342-18)

"Demanda de Transportes Santín y Cía. Ltda. contra Fisco de Chile y otro"

Fecha dictación: 13 de marzo de 2019.

Ministros que concurren al acuerdo: Sr. Javier Tapia Canales, Presidente (S), Sra. Daniela Gorab Sabat y Sra. María de la Luz Domper Rodríguez.

Demandantes: Transportes Santín y Compañía Ltda. ("Transantin").

Demandados: Fisco y Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones.

Resumen de la controversia: Transantín demandó al Fisco de Chile al Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones porque éstos últimos habrían infringido las normas de libre competencia al establecer en las bases de licitación del Transantiago barreras a la entrada generadas por: (i) la evaluación diferenciada de experiencia entre incumbentes y entrantes; (ii) la necesidad de ser propietario de los activos necesarios para la operación de los terminales; y (iii) el acotado plazo que tuvieron los proponentes para preparar las ofertas. A su vez, las mencionadas bases generarían condiciones para celebrar acuerdos entre competidores. Atendido lo anterior, solicita que se deje sin efecto el procedimiento de Licitación del Transantiago de las unidades de negocios números uno, cuatro, seis, siete, ocho y nueve; imponer a la Ministra de Transportes y Telecomunicaciones la o las multas que el Tribunal estime y condenar a la demandada al pago de costas.

El Consejo de Defensa del Estado, en representación las demandadas, contestó la demanda solicitando su rechazo, con costas. Fundamenta su petición en que las bases de licitación del Transantiago fomentarían la libre competencia y mejorarían el servicio público de trasporte. En espe-

cífico, sobre la evaluación de la experiencia, expone que este criterio es exigido por la ley y que es irrelevante en términos del puntaje final de la licitación y, por tanto, no sería idóneo para afectar la libre competencia. Las demandadas, además, niegan la acusación acerca de que las bases fomentarían los acuerdos colusorios.

Resolución del Tribunal: El Tribunal rechazó, con costas, la demanda interpuesta. Fundamentó su decisión en que el acto administrativo que contiene las Bases de Licitación del Transantiago fue revocado durante el procedimiento y por consiguiente, todas las pretensiones relacionadas con ellas, carecen de objeto. Por otro lado, respecto a las imputaciones que dicen relación con reconocer la responsabilidad infraccional de los demandados y condenarlos al pago de una multa, la decisión señala que el demandante no rindió prueba alguna en el proceso que permitiera dar por acreditada la conducta infraccional, así como las circunstancias que se consideran para determinar el monto de una eventual multa y con ello, poder evaluar su pretensión sancionatoria.

Recursos: Sin reclamación pendiente.

Temas que trata: revocación de actos administrativos; presupuestos procesales; objeto de la acción; carga de la prueba.

SENTENCIA N° 170/2019.

Santiago, trece de marzo de dos mil diecinueve.

Y CONSIDERANDO:

Primero: Que en la demanda de autos se acusa al Fisco y al MTT de ejecutar actos en infracción a las normas sobre libre competencia, especialmente las que establecen los deberes de lealtad entre los competidores y respecto del rol que le cabe a la autoridad, en atención a que las Bases de Licitación del Transantiago, elaboradas por ella, contendrían disposiciones que establecerían barreras a la entrada y fomentarían los acuerdos entre competidores. Las demandadas, por su parte, niegan estas acusaciones señalando, en lo medular, que las Bases de Licitación del Transantiago promoverían la libre competencia y mejorarían el servicio público de trasporte;

Segundo: Que, ante todo, para resolver el presente litigio se debe considerar que cualquier acción que da origen a un proceso debe tener tres elementos: los sujetos, el objteto o *petitum* y la causa de pedir. Los sujetos de la acción corresponden a la persona que deduce la acción (sujeto activo) y la persona contra quien se dirige la acción (sujeto pasivo); el objeto corresponde al beneficio jurídico o tutela concreta que se espera obtener con la acción; y la causa de pedir corresponde al fundamento inmediato del derecho deducido en juicio;

Tercero: Que, en este caso, el objeto de la acción deducida por Transportes Santín es la obtención de un pronunciamiento acerca de si las Bases de Licitación del Transantiago infringen las normas que regulan la libre competencia en los mercados, solicitándose además que se ordene al MTT poner término inmediato al proceso de licitación y le sean impuestas las multas correspondientes;

Cuarto: Que, a fojas 1118, las demandadas acompañaron a estos autos copia de la Resolución Exenta N° 2995, de 9 de octubre de 2018, dictada en forma conjunta por el MTT y el Ministerio de Hacienda, que revocó la Resolución N° 15 de 2 de junio de 2017, que autorizó el llamado a la Licitación y aprobó las Bases de Licitación de Transantiago y sus anexos;

Quinto: Que, por lo anterior, consta en autos que el acto administrativo que contiene las Bases de Licitación del Transantiago fue revocado, lo que importa la extinción de sus efectos debido a que estos resultan inoportunos o inconvenientes por ser contrarios al interés público (véase Juan Carlos Flores, "La potestad revocatoria de los actos administrativos", *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*,año 24, N°1, 2016, pp. 194-195 y 199). En este sentido, se ha fallado en esta sede que "*la revocación de actos administrativos, regulada en el artículo 61 de la ley N° 19.880, constituye una potestad de los órganos de la Administración del Estado para revisar y extinguir actos administrativos por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, sin perjuicio de que* éstos *hayan sido válidamente emitidos*", por lo que "[…] *el objeto de la acción deducida ya no existe, toda vez que las bases de licitación que se impugnan perdieron existencia jurídica en virtud del mencionado acto revocatorio*" (Sentencia N° 162/2018, c. 5º y 6º);

Sexto: Que, en consecuencia, serán rechazadas todas aquellas pretensiones contenidas en la demanda relacionadas con las Bases de Licitación del Transantiago, especialmente las de dejarlas sin efecto u ordenar al MTT y al Fisco su modificación;

Séptimo: Que en lo que respecta a las imputaciones que dicen relación con reconocer la responsabilidad infraccional de los demandados y condenarlos al pago de una multa, cabe señalar que el demandante no rindió prueba alguna en el proceso que permitiera dar por acreditada la conducta infraccional que acusa, así como las circunstancias que se consideran para determinar el monto de una eventual multa y con ello, poder evaluar su pretensión sancionatoria;

Octavo: Que, a mayor abundamiento, consta a fojas 1084 la Resolución Exenta N° 1126 de 29 de marzo de 2018, acompañada por las demandadas, que desestimó todas las ofertas presentadas y declaró desierta la Licitación Pública para la concesión del uso de las vías de las Unidades de Negocio N°1, N°4, N°6, N°7, N°8 y N°9, para la prestación de servicios de transporte público de pasajeros mediante buses en la Providencia de Santiago y comunas de San Bernardo y Puente Alto. Por tanto, es posible concluir que las Bases de Licitación del Transantiago no generaron efectos;

Y TENIENDO PRESENTE lo dispuesto en los artículos 1º, 2º, 3º, 18 N° 1 y 19 y siguientes del D.L. N° 211,

SE RESUELVE:

RECHAZAR la demanda de autos,

CONDENAR EN COSTAS a Transportes Santín y Compañía Limitada. Notifíquese personalmente o por cédula y archívese, en su oportunidad.

Rol C N° 342-18

Pronunciada por los Ministros Sr. Javier Tapia Canales, Presidente (S), Sra. Daniela Gorab Sabat y Sra. María de la Luz Domper Rodríguez. Autorizada por la Secretaria Abogada, María José Poblete Gómez.

171 / 2019

TDLC
Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

SENTENCIA N° 171/2019

(Causa Rol C N° 292-15)
"Requerimiento de la FNE contra CCNI S.A. y otras"

Fecha dictación: 24 de abril de 2019.

Ministros que concurren al acuerdo: Sr. Enrique Vergara Vial, Presidente, Sr. Eduardo Saavedra Parra, Sr. Javier Tapia Canales, Sr. Jorge Hermann Anguita y Sr. Jaime Arancibia Mattar. Con prevención de los Ministros Tapia y Arancibia y voto en contra del Ministro Hermann y de los Ministros Saavedra y Tapia.

Requirente: Fiscalía Nacional Económica.

Requeridas: Compañía Chilena de Navegación Interoceánica S.A. (Compañía Marítima Chilena S.A., "CMC"); Compañía Sudamericana De Vapores S.A. ("CSAV"); Eukor Car Carriers Inc. ("Eukor"); Kawasaki Kisen Kaisha Ltd. ("K Line"); Mitsui O.S.K. Lines Ltd. ("MOL"); y Nippon Yusen Kabushiki Kaisha ("NYK").

Terceros coadyuvantes de la FNE: Subaru Chile S.A. e Hino Chile S.A.

Resumen de la controversia: La FNE presentó un requerimiento en contra de las compañías navieras mencionadas, por haber infringido las normas que regulan la libre competencia al adoptar y ejecutar varios acuerdos para asignar zonas o cuotas de mercado, consistentes en el respeto de las cuentas para la prestación de servicios de transporte marítimo *deep sea* de vehículos con destino a Chile, que contrataban los distintos fabricantes o consignatarios de automóviles. La FNE identifica 18 acuerdos, pactados desde el año 2000 al año 2012, los que habrían tenido lugar en tres rutas distintas. La primera ruta acusada es la Ruta Europa, en donde NYK, CSAV y MOL habrían acordado respetar cuatro cuentas. La segunda ruta acusada corresponde a la Ruta América, en donde

se habrían ejecutado cuatro acuerdos entre NYK y CSAV. Finalmente, la Ruta Asia, en donde se acusaron acuerdos sobre 10 cuentas que habrían sido realizados entre CMC, CSAV, NYK y K Line (miembros del servicio conjunto *Shin Nanseikai*) y Eukor. En razón de lo anterior la Fiscalía solicitó al Tribunal que se declare que las requeridas han infringido las normas de libre competencia, ordenando el cese inmediato de las prácticas acusadas y solicitando la imposición de multas y la condena en costas.

CSAV y NYK no controvirtieron los hechos indicados en el requerimiento y dieron cuenta que son beneficiarias de beneficios de exención la primera y de reducción la segunda, en virtud de lo dispuesto en el artículo 39 bis del D.L. N° 211.

CMC, MOL, K Line y Eukor solicitaron que se rechace el requerimiento. En términos generales:

- CMC afirmó que no había participado en ningún acuerdo de respeto de cuentas. En relación con los acuerdos específicos que se le acusan, indicó que no habían recibido invitación a participar de los mismos o bien se trataban de cuentas en las que habían cambiado los términos de negociación, por lo que dejaron de prestar el servicio. A su vez, señaló que su participación en el servicio conjunto *Shin Nanseikai* es totalmente lícita. Además opuso excepción de prescripción.

- MOL también opuso excepción de prescripción y solicitó que se rechace el requerimiento indicando que éste incurre en contradicciones y que la descripción de la acusación es vaga. A su vez niega los acuerdos imputados por la Fiscalía señalando, entregando explicaciones a los hechos descritos en el requerimiento.

- K Line, junto con refutar todas las acusaciones que le fueron formuladas, indicó que no sería racional que las requeridas compitan para asignarse una nueva cuenta y que luego, como afirma la Fiscalía, no lo hagan para mantenerla, en especial si se considera el costo que significa participar en los complejos procesos licitatorios para la contratación del servicio

de *car carrier* y la necesidad de generar economías de escala. Adicionalmente, opuso excepción de prescripción.

- Eukor opuso excepción de prescripción y contestó el requerimiento solicitando su rechazo. Argumentó que el requerimiento no entrega información precisa sobre los hechos concretos que han sido acusados. Afirmó que no basta la delación de dos navieras para dar por acreditado la acusación, sino que la Fiscalía está obligada a probar la existencia, fecha, objeto y efecto de cada acuerdo imputado. Luego, realiza defensas particulares respecto a cada cuenta acusada.

Resolución del Tribunal: El Tribunal resolvió acoger parcialmente el requerimiento presentado por la FNE, sólo en cuanto tuvo por acreditado los acuerdos anticompetitivos que tuvieron por objeto el respeto de cuentas entre NYK y CSAV de la ruta América (cuentas Ford, GM, Chrysler e Indumotora/Subaru) y de la ruta Europa (cuentas BMW y Daimler); así como los acuerdos de respeto de cuentas entre MOL y NYK de respeto de la ruta Europa (cuenta Nissan/Renault entre los años 2011 y 2014, y cuenta Toyota, entre los años 2010 y 2012).

En virtud de lo anterior, (i) se condenó a NYK al pago de una multa de 7.615 UTA, considerando el beneficio de reducción de multa solicitado por la FNE como segundo delator; (ii) se condenó a MOL a una multa de 2.894 UTA; y (iii) se eximió a CSAV del pago de la multa por ser acreedora del beneficio de delación compensada establecido en el artículo 39 bis del D.L. N° 211. Asimismo, ordenó que estas navieras adoptaran un programa de cumplimiento en materia de libre competencia. Finalmente, eximió de la condena de costas a las requeridas condenadas por no haber sido totalmente vencidas.

Recursos: Sin recursos presentados a la fecha de cierre de esta edición.

Temas que trata: Asignación de cuotas o zonas de mercado; delación compensada; excepción de prescripción; principio de congruencia.

SENTENCIA N° 171/2019.

Santiago, veinticuatro de abril de dos mil diecinueve.

Y CONSIDERANDO:

Primero: Que, para efectos de una mejor lectura de esta sentencia, a continuación se definen los conceptos técnicos de la industria que son relevantes para este caso, así como un índice que permite singularizar la prueba del expediente de investigación de la FNE acompañado en autos;

a) Glosario

BAF: cláusula en contratos de transporte marítimo, por su sigla en inglés "*bunker adjustment factor*". Significa que se agrega un componente variable a la tarifa de transporte acordada por las partes de la transacción para captar las fluctuaciones en el precio del petróleo.

Conferencia: grupo de dos o más transportistas o armadores que prestan servicios internacionales regulares para el transporte de mercancías siguiendo una o más líneas determinadas dentro de unos límites geográficos específicos y que ha concluido un acuerdo o un trato, cualquiera que sea su naturaleza, en cuyo marco dichos transportistas operan conforme a fletes uniformes o comunes y a todas las demás condiciones de transporte establecidas para la prestación de los servicios regulares (Resolución de Término del TDLC N° 109/2013).

Consorcio: acuerdo entre, como mínimo, dos transportistas que operan con buques y que prestan servicios internacionales regulares de línea para el transporte exclusivo de mercancías, principalmente en contenedores, correspondiente a uno o más tráficos. Su objeto es establecer una cooperación para la explotación conjunta de un servicio de transporte marítimo que permita mejorar el servicio que ofrecería individualmente cada uno de los miembros del Consorcio a falta de tal operación conjunta, a fin de racionalizar las operaciones mediante disposiciones técnicas, operativas y/o comerciales, exceptuándose la fijación de precios (Resolución de Término del TDLC N° 109/2013).

Convenio de Pool: acuerdo entre empresas navieras que agrupan varios buques similares de distintos propietarios, gestionados por una sola administración. Normalmente existe un administrador del pool, responsable de la gestión comercial (por ejemplo de la comercialización conjunta, de la negociación de tarifas de flete y de la centralización de ingresos y costes de viaje) y de la operación comercial (planificar los movimientos de los buques y darles instrucciones, nombrar agentes en puertos, informar a los clientes, emitir facturas de flete, realizar pedidos de combustible, recoger las ganancias de los buques y distribuirlas con arreglo a un sistema preorganizado de ponderación, etc.). El administrador del pool actúa a menudo bajo la supervisión de un comité ejecutivo general que representa a los dueños de los buques. La explotación técnica de los buques suele ser responsabilidad de cada dueño (seguridad, tripulación, reparaciones, mantenimiento, etc.). Aunque comercialicen conjuntamente sus servicios, los miembros del pool prestan a menudo los servicios individualmente (Resolución de Término del TDLC N° 109/2013).

Servicio de Transporte de *Tramp*: servicio de transporte no regular de mercancías, principalmente a granel, entre dos puertos. Este servicio no es programado y se trata de un servicio específico acordado entre dos o más partes. Es decir, el buque o nave puede ser cargado por uno o más cargadores, en base a contratos de largo plazo o de otro tipo. Por ser un servicio de transporte más específico para quienes lo demandan, en general estas naves ocupan toda la capacidad de carga disponible (Resolución de Término del TDLC N° 109/2013).

CIF: término internacional de comercio por su sigla en inglés "*cost, insurance and freight*" (costo, seguro y flete). Significa que el precio de venta de un producto incluye su costo, el de transporte y seguro marítimo.

CRF: término internacional de comercio por su sigla en inglés "*cost and freight*" (costo y flete). Significa que el precio de venta de un producto incluye su costo y el de transporte.

FOB: término internacional de comercio por su sigla en inglés "*free on board*" (libre a bordo). Significa que el precio de venta del producto solo incluye su costo, por lo que el comprador es quien se hace cargo de los costos de traslados y seguros.

Naves Roro: acrónimo del concepto en inglés "*Roll On-Roll Off*", que corresponde a los barcos o buques que transportan cargamentos rodados, como vehículos y camiones.

b) Índice del expediente de investigación de la FNE

El expediente de investigación de la Fiscalía Nacional Económica de esta causa fue exhibido a fojas 701. Su soporte digital rola a fojas 1 y 2 del "Cuaderno documentos confidenciales FNE" y su correspondiente versión pública a fojas 1 del "Cuaderno de versiones públicas definitivas de la FNE". Contiene las siguientes carpetas y sub carpetas:

i. Delación CSAV_Parte I
   1) Antecedentes Públicos del Expediente (en soporte físico)
   2) Antecedentes Confidenciales del Expediente (en soporte físico)
   3) Versión Pública Antecedentes Confidenciales del expediente (en soporte físico)
   4) Antecedentes Confidenciales (en soporte electrónico)
   5) Versión Pública Antecedentes Confidenciales (en soporte electrónico)

ii. Delación CSAV_Parte II
   1) Antecedentes Públicos del Expediente (en soporte físico)
   2) Antecedentes Confidenciales del Expediente (en soporte físico)
   3) Versión Pública Antecedentes Confidenciales del expediente (en soporte físico)
   4) Antecedentes Confidenciales (en soporte electrónico)
   5) Versión Pública Antecedentes Confidenciales (en soporte electrónico)

iii. Delación NYK
   1) Antecedentes Públicos del Expediente (en soporte físico)
   2) Antecedentes Confidenciales del Expediente (en soporte físico)
   3) Versión Pública Antecedentes Confidenciales del expediente (en soporte físico)
   4) Antecedentes Reservados del Expediente (en soporte físico)
   5) Antecedentes Confidenciales (en soporte electrónico)
   6) Versión Pública Antecedentes Confidenciales (en soporte electrónico)

iv. Documentos Traducidos Delación CSAV
   I. Traducciones confidenciales de entregas CSAV
   II. Traducciones Versiones Públicas de entregas CSAV

v. Expediente de Investigación
   A. Antecedentes Soporte Físico
      A.1 Expediente de Investigación
      A.2 Expediente de Investigación (Versión Pública)
   B. Antecedentes Soporte Electrónico
      B.1 Expediente de Investigación
      B.2 Expediente de Investigación (Versión Pública)

Atendida la extensión de la ruta de ciertos documentos en el expediente, se citará la prueba haciendo referencia a este listado. Por ejemplo, si se cita un documento contenido dentro de la carpeta "Delación CSAV_Parte I" y la sub carpeta "1. Antecedentes Públicos del Expediente (en soporte físico)", se indicará "i.1.".

1. Controversia

Segundo: Que la FNE imputó a CMC (ex CCNI), CSAV, Eukor, K Line, MOL y NYK haber adoptado y ejecutado varios acuerdos colusorios, consistentes en la asignación de zonas o cuotas de mercado, a través del "respeto de cuentas" que contrataban los fabricantes o consignatarios de automóviles para la prestación de servicios de transporte marítimo *deep sea* de vehículos con destino a Chile, desde puertos de Europa ("Ruta Europa"), Estados Unidos de América ("Ruta América") y Asia ("Ruta Asia"). En la parte introductoria de su acusación, la FNE describe, a *grosso modo*, el mecanismo de funcionamiento de los acuerdos, señalando que en los procesos de contratación las navieras que no transportaban una determinada carga, esto es, que no eran titulares de una determinada cuenta, deliberadamente presentaban ofertas más altas que la naviera titular de la misma; se abstenían de participar en el proceso de contratación; o presentaban ofertas que tenían condiciones menos atractivas (fojas 2 y 5). En cuanto a los acuerdos específicos, la FNE señala que cuatro de ellos se habrían ejecutado entre CSAV, NYK y MOL en la Ruta Europa; cuatro entre CSAV y NYK en la Ruta América; y diez entre CMC, CSAV, NYK, K Line, que para estos efectos operaban conjuntamente

como el servicio denominado Shin Nanseikai ("Skai"), K Line, por una parte, y Eukor, por otra, en la Ruta Asia. Sin embargo y como se verá, el requerimiento es bastante genérico al describir los acuerdos denunciados, limitándose a señalar –en una tabla– la cuenta, el periodo y los partícipes de cada uno de ellos, pero sin entregar mayores detalles sobre las circunstancias fácticas que los rodearon (salvo algunos casos que cita a modo ejemplar);

Tercero: Que, a fojas 118, NYK evacuó el traslado conferido en la resolución que admitió a tramitación el requerimiento, sin contradecir los hechos contenidos en el líbelo acusatorio, señalando que cumplió con los requisitos para obtener el beneficio de reducción de la multa, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 39 bis del D.L. N° 211. Se encuentran en el expediente de la FNE tanto la Solicitud Formal de Beneficios del artículo 39 bis del D.L. N° 211 presentada originalmente por NYK a la FNE ("Solicitud NYK"), de fecha 9 de julio de 2013, como un escrito complementando dicha solicitud ("Solicitud complementaria NYK"), de 23 de septiembre del 2013 ("Documento N° 6, 7 y 8", a fojas 46 del "Cuaderno de versiones públicas definitivas de la FNE" y "Documento N° 4", a fojas 51 del "Cuaderno de documentos alzamiento confidencialidad de la FNE", respectivamente), cuyo Oficio de Conformidad, que otorga el beneficio de reducción de multa en su monto, es de fecha 4 de octubre de 2013;

Cuarto: Que, por su parte, a fojas 196, CSAV evacuó el traslado conferido en la resolución que admitió a tramitación el requerimiento, sin contradecir los hechos contenidos en el líbelo acusatorio, señalando también que había cumplido los requisitos para obtener el beneficio de exención de la multa, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 39 bis del D.L. N° 211. Consta en estos autos la Solicitud Formal de Beneficios del artículo 39 bis del D.L. N° 211 presentada por CSAV a la FNE ("Solicitud CSAV") con fecha 13 de noviembre de 2012 ("48. p. 161-307 (VP 06-11-15)", i.3./Desagregados), cuyo Oficio de Conformidad, que otorga el beneficio de exención de multa, es de fecha 26 de diciembre de 2012;

Quinto: Que, a fojas 478, CMC contestó el requerimiento solicitando su rechazo, por cuanto señala no haber participado en los acuerdos anticompetitivos que se le imputan, esto es, aquellos de respeto de cuentas en la Ruta Asia, en virtud de los cuales los integrantes del servicio conjunto Skai, del que formaba

parte, habrían respetado cuentas de Eukor y ésta, a su vez, habría respetado otras cuentas de los miembros del Skai, todo ello según se indica en la Tabla N° 3 del requerimiento. Además, afirma que su participación en el servicio Skai es lícita, ya que se trataría de un acuerdo exento de la aplicación del D.L. N° 211, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5° de la Ley de Fomento a la Marina Mercante. Del mismo modo, afirma que tampoco habría participado en el acuerdo global para restringir la competencia en los servicios *car carrier*, que la FNE cita como contexto en su requerimiento. El detalle de los fundamentos de su contestación y de las excepciones opuestas a fojas 5084 y 7172 se citan en la sección 4 de la parte expositiva;

Sexto: Que, a fojas 501, MOL opuso, en primer lugar, la excepción de prescripción respecto del acuerdo con CSAV en la Ruta Europa, por cuanto se habría celebrado entre los años 2004 a 2008 y habría transcurrido el plazo de dos años vigente a esa época para poder declararla. Asimismo, señala que en el evento que se considere que algunas de las conductas fueron ejecutadas con posterioridad al 11 de octubre de 2009 (fecha de entrada en vigencia de la Ley N° 20.361), estarían prescritas aquellas realizadas con anterioridad al 12 de marzo de 2010. En cuanto al fondo, en su contestación solicita el rechazo del requerimiento de la FNE, por cuanto no habría participado en los acuerdos anticompetitivos que se le imputan, esto es, aquellos de respeto de cuentas en la Ruta Europa. Afirma que el objeto del *North Atlantic-South America Agreement* ("NASA"), en el que participaba, habría sido generar eficiencias en el mercado y que no habría adquirido la cuenta Nissan por medio de un acuerdo con CSAV ni con NYK, como tampoco habría acordado con esta última respetarle la cuenta Toyota. El detalle de los fundamentos de su contestación se reproduce en la sección 5 de la parte expositiva;

Séptimo: Que, a fojas 525, K Line contestó el requerimiento solicitando su rechazo. Afirma que luego de indagaciones internas no habría constatado la existencia de antecedentes que den cuenta de las acusaciones de la FNE en su contra. Por el contrario, existirían explicaciones alternativas concretas que desvirtuarían la acusación de la Requirente. El detalle de los fundamentos de su contestación se indica en la sección 6 de la parte expositiva. También opuso la excepción de prescripción extintiva de la acción, para lo cual distingue si las conductas

imputadas por la FNE se habrían ejecutado antes o después de la entrada en vigencia de la Ley N° 20.361. En el primer caso, afirma que el plazo de prescripción es de dos años contado desde la presentación de las ofertas en que conste que se celebraron los acuerdos anticompetitivos, con lo cual todos los actos que se le imputan estarían prescritos por cuanto el requerimiento se le notificó el 20 de febrero de 2015. En el segundo caso, señala que el plazo de prescripción es de cinco años contado desde que las cuentas fueron adjudicadas, con lo cual estarían prescritos los acuerdos cuyas adjudicaciones hayan ocurrido con anterioridad al 20 de febrero de 2010. Finalmente, a fojas 6394, K Line opuso otra excepción de prescripción para el caso que este Tribunal estimara que las conductas que se le imputan correspondieran al ilícito general previsto en el inciso primero del artículo 3° del D.L. N° 211;

Octavo: Que, por último, a fojas 566, Eukor contestó el requerimiento solicitando su rechazo, por cuanto señala no haber participado en los acuerdos anticompetitivos que se le imputan referidos a la Ruta Asia. Afirma que su comportamiento en los hechos descritos en el requerimiento se explica por razones distintas a una supuesta coordinación con los integrantes del Skai, como por ejemplo la integración vertical con Hyundai y Kia, su capacidad limitada de carga, la imposibilidad de ajustarse a las fechas existentes de salida, la falta de certeza de los volúmenes efectivos a transportar y las limitaciones que enfrenta para incrementar su tonelaje. El detalle de los fundamentos de su contestación se señala en la sección 7 de la parte expositiva. Eukor también opuso la excepción de prescripción extintiva de la acción, indicando que el plazo debe computarse a partir de la fecha de ejecución de cada una de las conductas imputadas, lo que se produciría cuando se celebraron cada uno de los acuerdos o, en su defecto, en la fecha de adjudicación. De este modo, se encontrarían prescritos los acuerdos celebrados con anterioridad al 13 de octubre de 2009, vale decir, los signados con los números 1 a 5 de la Tabla N° 3 del requerimiento;

Noveno: Que, para resolver el presente caso, (i) se describirán las principales características de la industria naviera, en especial lo relacionado con aquellos acuerdos entre competidores que se encuentran autorizados por las legislaciones de protección de la libre competencia; (ii) se resolverá la acusación relativa a los acuerdos en que sólo participaron las navieras CSAV y NYK referentes a

las cuentas BMW y Daimler para la Ruta Europa y todos los acuerdos de la Ruta América, en atención a que estas requeridas se delataron ante la FNE y no han controvertido los hechos que fundan el requerimiento; (iii) se resolverá la acusación relativa al resto los acuerdos acusados por la FNE, esto es, los referentes a las cuentas Nissan/Renault y Toyota para la Ruta Europa, y todos los de la Ruta Asia, así como las excepciones de prescripción opuestas por MOL, Eukor, K Line y CMC; (iv) se analizará y valorará la prueba de cada uno de estos acuerdos de manera holística, es decir, en su conjunto, considerando tanto los indicios y antecedentes que fundan la acusación, así como las explicaciones alternativas planteadas por las requeridas que hayan sido acreditadas en el proceso; y (v) se determinarán las medidas que fueren procedentes;

Décimo: Que, junto con lo anterior, en línea con lo realizado en otras sentencias previas de esta magistratura (por ejemplo, en las sentencias N° 160/2017 y N° 167/2019) y con la práctica en el derecho comparado, 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 contemplada en el artículo 22 inciso décimo del D.L. N° 211, consistente en decretar el término de la reserva o confidencialidad de dichos documentos. En lo sucesivo, entonces, la información tachada en dichas versiones aparece con el siguiente símbolo: "[✂]" o con la expresión "[Ejecutivo N° X]", de modo de garantizar que la confidencialidad sea compatible con los eventuales derechos que deseen hacer valer las partes;

2. La industria Naviera

Undécimo: Que, de acuerdo con el requerimiento de la FNE, las conductas imputadas se habrían cometido por empresas que prestan servicios de transporte marítimo *deep sea* de vehículos con destino a Chile para las rutas Europa, América y Asia. En particular, sostiene que "*el transporte car carrier consiste en la prestación de servicios de transporte de vehículos rodantes por vía marítima, tales como automóviles, camiones, buses y maquinaria de uso agrícola o de*

construcción, entre otros, en naves especialmente destinadas a ello, denominadas pure car carrier ("PCC"), o pure car and truckcarrier ("PCTC")". Asimismo, señala que el servicio de transporte marítimo *deep sea* de vehículos "*se diferencia del transporte marítimo de otros productos, tales como la carga contenedorizada o a granel, siendo sus principales características: (i) el uso de naves especializadas; (ii) la existencia de sinergias; y (iii) la contratación de servicios en el mercado car carrier"* (fojas 13);

Duodécimo: Que la industria naviera fue analizada en extenso por este Tribunal con ocasión del Expediente de Recomendación Normativa Rol N° 14-12, sobre Conferencias Navieras, que concluyó con la Resolución de Término N° 109/2013 (en adelante "la Resolución 109"). Entre otras materias se analizaron las siguientes: (i) los tipos de servicios de carga por vía marítima (en línea o regulares, *tramp* y cabotaje); (ii) los acuerdos navieros de flete (conferencias, consorcios y convenios de *pool*); (iii) la estructura de costos, destacando la existencia de múltiples e importantes costos indivisibles o fijos, como los evitables de largo plazo (compra o arriendo de naves) y de corto plazo (aquellos necesarios para que una nave pueda realizar una travesía entre dos puntos); (iv) el exceso de capacidad o capacidad ociosa por la presencia de costos fijos, unida a la obligación de cumplir con un horario y con una calendarización previamente definida, lo que impediría que se aprovechen eficientemente las economías de escala presentes en cada nave; (v) los costos hundidos, que no existirían en esta industria puesto que las inversiones necesarias para desarrollar este negocio en una ruta específica no serían irreversibles; y (vi) la escala mínima eficiente de servicio para entrar a dar el servicio de transporte regular o en línea;

Decimotercero: Que las Requeridas, en general, concuerdan con las características de la industria naviera antes descritas. CMC no desarrolla un capítulo o apartado especial sobre esta materia, pero se refiere a los operadores de *car carrier* cuando analiza las características del mercado (fojas 483 y siguientes). Eukor, por su parte, explica que las empresas navieras que transportan vehículos vía marítima *deep sea*, serían los denominados servicios "*Tramp*", de acuerdo con la definición de la Resolución 109. Asimismo, alude a la descripción de las barreras de entrada analizadas en dicha resolución de término (fojas 580). Por otra parte, MOL no contraviene el mercado relevante definido por la FNE en su

requerimiento, limitándose a señalar las rutas en que operaría (fojas 516). Por último, K Line tampoco contraviene que el presente caso incide en los servicios *car carrier*, agregando que existen ciertas características del mercado naviero que son aplicables a este negocio, como los costos fijos. También afirma que las naves que transportan vehículos son especializadas (fojas 530 y siguientes);

Decimocuarto: Que, en cuanto a la contratación de servicios en el mercado *car carrier*, de acuerdo con la información disponible en el expediente, el transporte de vehículos puede ser negociado tanto por los fabricantes de vehículos como por consignatarios. En el primer caso, el transporte se realiza en términos CIF (*Cost, Insurence and Freight*), mientras que en el segundo se hace en términos FOB (*Free on board*). Tanto fabricantes como consignatarios pueden realizar distintos procedimientos para la contratación de navieras que prestan servicios de transporte marítimo de los vehículos, como licitaciones y negociación directa;

Decimoquinto: Que, en relación con los principales actores de esta industria nivel mundial, la FNE sostiene que serían las japonesas NYK, MOL y K Line, las coreanas Eukor y Hyundai Glovis, las escandinavas WWL y Höegh, y la italiana Grimaldi. A nivel local, los operadores más relevantes serían las requeridas CMC y CSAV. Para medir las participaciones de mercado, la Requirente se refiere a la capacidad instalada de las firmas, alcanzando NYK una participación del 16,3%, Eukor un 13,5%, MOL un 12,9%, K Line un 11,2%, Höegh un 7,6% y Hyundai Glovis un 6,8%. Por último, en lo que se refiere específicamente al transporte marítimo *deep sea* de vehículos a Chile, la FNE afirma que las siguientes ocho compañías concentrarían el 99% de la demanda: Eukor un 30,6%, NYK un 19,2%, CSAV un 18,1%, Höegh un 10,5%, Hyundai Glovis un 9,7%, K Line un 5,6%, CMC un 3,7% y MOL un 1,4%;

Decimosexto: Que todas las partes están contestes en que la existencia de economías de escala, altos costos fijos y la capacidad ociosa que se presentan en esta industria ha posibilitado la actuación conjunta de las naves de transporte marítimo para aprovechar el uso eficiente de las mismas, originando los acuerdos navieros de flete denominados conferencias, consorcios y convenios de *pool* (véase el glosario en el considerando primero). En el caso de autos, es pertinente describir los servicios conjuntos Skai y NASA, por cuanto, en el pri-

mer caso, dicho servicio está relacionado con la acusación de los acuerdos de la Ruta Asia, en tanto que el segundo es el antecedente más importante de los acuerdos acusados de la cuenta Nissan/Renault en la ruta Europa;

Decimoséptimo: Que el Skai se inició en septiembre del año 1988, cuando los fabricantes de automóviles Toyota, Nissan y Mitsubishi solicitaron a las navieras del servicio oriente (en ese momento, CMC, NYK y K Line) la conformación de un servicio conjunto con el objetivo de garantizar un servicio especializado, regular, eficiente y de calidad (fojas 486). Su objeto era el transporte desde Japón y Corea (incluyendo el transbordo en Tailandia), de vehículos nuevos hacia Chile y Perú. Las negociaciones comerciales con fabricantes japoneses serían conducidas por NYK y K Line, mientras que CMC y CSAV (incorporada posteriormente a la formación del Skai) negociarían con consignatarios chilenos (fojas 10 y 486). Por su parte, el servicio conjunto NASA fue creado el año 1997, por CSAV, MOL y la naviera Transportación Marítima Mexicana ("TMM") –que se mantuvo en el servicio sólo hasta el año 2000–, con el objeto de transportar vehículos desde Europa hacia puertos sudamericanos, entre ellos, algunos ubicados en Chile;

Decimoctavo: Que las requeridas CMC, Eukor, MOL y K Line basan parte de sus defensas en afirmar que las conductas acusadas por la FNE se habrían producido al interior de los antedichos acuerdos de servicio conjunto (Skai en el caso de la Ruta Asia y NASA en la Ruta Europa), los que estarían permitidos por la legislación de libre competencia;

Decimonoveno: Que, sin embargo, conforme con el inciso segundo del artículo 5° del Decreto Ley N° 3.059, de Fomento a la Marina Mercante, las empresas navieras chilenas se encuentran exentas de la aplicación del D.L. N° 211 cuando las mismas participen en conferencias navieras de fletes, convenios de pool y consorcios que regulen y racionalicen servicios para maximizar el transporte de carga;

Vigésimo: Que, por lo anterior, la aplicación de dicha exención se refiere exclusivamente a acuerdos de actuación conjunta que tengan como objetivo racionalizar los servicios de transporte marítimo producto de las economías de escala y sus altos costos fijos, y no aquellos que recaigan sobre variables competitivas

como precios, producción o asignación de clientes o cuotas de mercado (como el caso de autos). La conclusión del Tribunal en la Resolución 109 es inequívoca sobre este punto: "*La industria del transporte marítimo internacional posee ciertas características estructurales, -uso intensivo de capital; costos fijos crecientes y significativos; sobrecapacidad en algunos períodos; costos evitables e indivisibles y demanda variable, divisible e inestable; flujos desbalanceados, entre otros- que, si bien no son exclusivas de esta industria, han llevado a que las empresas navieras opten por coordinarse mediante la celebración de acuerdos navieros de flete que les permitirían aprovechar las economías de escala y de red envueltas en este negocio, lo que podría generar una asignación más eficiente de los recursos. Como se ha dicho, las mencionadas características de esta industria no justifican que las empresas, al amparo de estos acuerdos, puedan realizar conductas contrarias a la libre competencia. En consecuencia, a juicio de este Tribunal, la legislación que regula esta materia debe conciliar debidamente dos objetivos. Por una parte, permitir que las empresas navieras puedan celebrar acuerdos para hacer más eficiente el servicio y, al mismo tiempo, impedir que, al amparo de dichos acuerdos, se cometan atentados a la libre competencia que no puedan ser conocidos ni juzgados por las autoridades competentes en la materia.*" (párrafos 198 a 200);

Vigésimo primero: Que, por consiguiente, el objeto de los acuerdos imputados por la FNE, esto es la asignación de zonas o cuotas de mercado mediante el respeto de cuentas, no se encuentra comprendido dentro de los fines que lícitamente pueden perseguirse a través de los servicios de actuación conjunta;

3. Acuerdos acusados por la FNE

Vigésimo segundo: Que, en forma previa a ponderar la prueba rendida en autos sobre la existencia de los acuerdos acusados, se debe tener presente que el requerimiento, si bien no es ininteligible, es extremadamente general cuando describe las conductas requeridas. Como se verá, por una parte, solo entrega ciertos antecedentes generales sobre el mecanismo de funcionamiento de los acuerdos, los que serían aplicables a todos ellos y, por otra, no entrega mayores detalles relevantes al momento de exponer cómo se habrían ejecutado cada uno de los acuerdos acusados;

3.1 Acuerdos de respeto de cuentas en los que sólo participaron CSAV y NYK

Vigésimo tercero: Que, de acuerdo con lo señalado en el considerando noveno, corresponde ahora revisar los acuerdos acusados en que sólo participaron las navieras CSAV y NYK, es decir, aquellos referentes a las cuentas BMW y Daimler para la Ruta Europa y todos los acuerdos de la Ruta América. Sus periodos y objetos se describen en las siguientes tablas:

TABLA N° 4: ACUERDOS DE RESPETO DE CUENTAS EN LA RUTA EUROPA (CSAV Y NYK)

N° FNE	Cuenta	Periodo	Requeridas implicadas
3	BMW	2010 – 2014	Respeto recíproco entre NYK (puertos del norte de Europa) y CSAV (puerto de Southampton)
4	Daimler	2011 – 2012	NYK respeta a CSAV

Fuente: Tabla N° 1 del requerimiento, fojas 8.

TABLA N° 5: ACUERDOS DE RESPETO DE CUENTAS EN LA RUTA AMÉRICA (CSAV Y NYK)

N° FNE	Cuenta	Periodo	Requeridas implicadas
1	Ford	2001 - 2009	NYK respeta a CSAV
		2011 - 2014	CSAV respeta a NYK
2	GM	2000 - 2014	NYK respeta a CSAV
3	Chrysler	2008 - 2009	CSAV respeta a NYK
		2011 - 2014	NYK respeta a CSAV
4	Indumotora (Subaru)	2001 - 2013	NYK respeta a CSAV

Fuente: tabla n° 2 del requerimiento, fojas 9;

Vigésimo cuarto: Que como se señaló en los considerandos tercero y cuarto, tanto NYK como CSAV no contradijeron los hechos denunciados por la FNE en su requerimiento. La falta de controversia determinó que los acuerdos descritos en el considerando anterior no fueran incluidos como hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos en la resolución que recibió la causa a prueba, que rola a fojas 1111;

Vigésimo quinto: Que la falta de contradicción de CSAV y NYK importa una confesión de los hechos que la FNE les imputa en su requerimiento. Como señala la doctrina "[e]*sta admisión de hechos por el demandado es una verdadera confesión de parte, por medio de la cual no sólo puede afirmarse que es verdad un*

hecho ya alegado por el contendor sino, también, alguno que este mismo alegará después (confesión anticipada), y en ambos casos, por supuesto, la parte contraria se halla liberada de probar tales hechos, como quiera que el efecto de la confesión es el de producir per se la comprobación de ellos" (Anabalón Sanderson, Carlos, *Tratado de Derecho Procesal Civil. El Juicio Ordinario de Mayor Cuantía*, Ed. El Jurista, 2015, p. 145). No obstante, estas conductas deben de todos modos ser calificadas jurídicamente. En otras palabras, las mencionadas requeridas sólo han reconocido los hechos que se les imputan, pero corresponde que el Tribunal decida si los mismos constituyen una infracción al artículo 3° inciso primero e inciso segundo letra a) del D.L. N° 211;

Vigésimo sexto: Que la conclusión precedente no se ve alterada por los cuestionamientos que CSAV y NYK hicieron posteriormente en sus alegatos sobre la extensión de los acuerdos de la Ruta América indicados por la FNE (la primera requerida, además, lo hizo presente en su escrito de observaciones a la prueba de fojas 5574). Lo anterior, por cuanto la prueba debe recaer en aquellos hechos que hayan sido controvertidos por las partes en sus respectivos escritos presentados en el periodo de discusión, pues es ahí donde queda trabada la *litis*. Como se señaló, al evacuar los traslados al requerimiento de la FNE, ni NYK (fojas 118) ni CSAV (fojas 196) negaron, cuestionaron o pusieron de algún modo en duda los plazos de duración de los acuerdos de respeto de cuentas de la Ruta América indicados por el ente fiscalizador, motivo por el cual estos hechos no se recibieron a prueba, no procediendo, por tanto, las alegaciones posteriores de estas requeridas;

Vigésimo séptimo: Que, en cuanto a la calificación jurídica de los hechos confesados por CSAV y NYK, el requerimiento, como se ha señalado, no entrega mayores detalles sobre la génesis de estos acuerdos, ejecutivos involucrados, o su implementación (salvo lo señalado de manera general en el punto 2.1 del requerimiento), pero sí indica cual fue su objeto, esto es, el respeto de cuentas de fabricantes o consignatarios de vehículos que estas navieras transportaban desde Europa y EE.UU. hacia Chile, lo que permite calificarlos desde el punto de vista de la libre competencia;

Vigésimo octavo: Que los acuerdos de respeto de cuentas como los acusados tienen por objeto la asignación de zonas o cuotas de mercado y son, por tanto,

contrarios a la libre competencia, correspondiendo a lo que en doctrina se conoce como "carteles duros". Quien ejecuta esta clase de conductas infringe las normas de libre competencia, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 3° letra a) del D.L. N° 211 vigente a la época de los hechos acusados. En efecto, estos acuerdos no buscan regular ni racionalizar los servicios navieros, por lo que no cabe calificarlos como consorcios, conferencias o convenios de *pool* y, por consiguiente, no se encuentran eximidos de la aplicación de la normativa de libre competencia por el artículo 5° de la Ley de Fomento de la Marina Mercante;

Vigésimo noveno: Que, por todo lo anterior, se encuentran acreditados en autos los acuerdos imputados por la FNE a NYK y CSAV, referidos a las cuentas BMW y Daimler de la Ruta Europa, y a las cuentas Ford, GM, Chrysler e Indumotora (Subaru) de la Ruta América, por lo que, esta parte del requerimiento será acogida, aplicándose a NYK y CSAV las medidas que se indican en la parte final de esta sentencia;

3.2 Acuerdos de respeto de otras cuentas en la Ruta Europa

Trigésimo: Que, a continuación, se revisa la prueba que consta en autos respecto de los acuerdos en las cuentas acusadas en la Ruta Europa en que participó MOL;

TABLA N° 6: RESTANTES ACUERDOS DE RESPETO DE CUENTAS EN LA RUTA EUROPA

N° FNE	Cuenta	Periodo	Requeridas implicadas
1	Nissan/ Renault	2004 – 2008	i. CSAV respeta carga Nissan de MOL ii. MOL respeta carga Renault de CSAV
		2009 – 2014	i. MOL respeta carga Renault de NYK ii. NYK respeta carga Nissan de MOL
2	Toyota	2010 – 2012	MOL respeta carga Toyota de NYK con destino Chile

Fuente: Tabla N° 1 del requerimiento, fojas 8;

Trigésimo primero: Que la prueba detallada a continuación da cuenta que, respecto de la cuenta Nissan/Renault, fue acreditado el acuerdo entre MOL y NYK, por el periodo 2012-2014, en tanto que el acuerdo respecto de la cuenta Toyota fue probado por todo el periodo acusado. La acción para perseguir la responsabilidad de CSAV y MOL respecto de la cuenta Nissan/Renault se encuentra pres-

crita, toda vez que no se presentan las características de un "acuerdo único", esto es, un acuerdo colusivo que se mantuvo por todo el periodo a pesar del cambio de sus integrantes. Estas conclusiones se explican en los considerandos siguientes;

1. Acuerdo de respeto de la cuenta Nissan/Renault

Trigésimo segundo: Que, de acuerdo con el requerimiento, CSAV, MOL y NYK se habrían repartido la cuenta Nissan/Renault del siguiente modo: (i) entre los años 2004 y 2008, CSAV le habría respetado a MOL la carga Nissan destinada a Chile desde Europa, en tanto que la naviera japonesa le habría respetado a la empresa chilena la carga Renault proveniente del mismo continente; y (ii) entre los años 2009 y 2014, NYK le habría respetado a MOL la carga Nissan destinada a Chile desde Europa, en tanto que esta última le habría respetado a la primera la carga Renault en la misma ruta;

Trigésimo tercero: Que, en primer término, se resolverá la excepción de prescripción opuesta por MOL respecto del acuerdo entre ella y CSAV por el periodo 2004-2008. Para estos efectos, se debe discernir si el acuerdo imputado por la FNE respecto de esta cuenta es un acuerdo único, como sostiene la Requirente, o de dos o varios distintos por cada una de las licitaciones convocadas por Nissan/Renault, como afirma MOL;

Trigésimo cuarto: Que la FNE sostiene que no se trata de dos acuerdos independientes sino de un acuerdo único y continuado en el cual se mantuvo una identidad en la estructura colusiva, un mismo objeto o plan y el *seniority* (cuya explicación consta más adelante) de MOL respecto a la cuenta Nissan. En la misma línea, desarrolla el concepto de "conspiración única" de la jurisprudencia norteamericana y señala que se cumplen los requisitos para que se verifique en estos autos, a saber: (i) el objeto del acuerdo ha sido el respeto de dicha cuenta; (ii) la extensión geográfica no varió –puertos entre Europa y Chile– y (iii) la participación continúa de MOL en la conducta acusada –respetando y exigiendo respeto–, así como también de NYK y CSAV. Añaden que el cambio de sujeto (CSAV por NYK) no modifica el carácter de un solo acuerdo, lo que también ha sido reconocido por la jurisprudencia comparada. En cuanto al quiebre produ-

cido en 2009, citan el tratamiento de la Unión Europea respecto a los acuerdos únicos y continuados en donde se sostiene que no es relevante una interrupción de varios meses en un acuerdo de varios años. Por otro lado, afirma que si el Tribunal considera que son distintos acuerdos existiría evidencia que da cuenta que CSAV continuó respetando la cuenta Nissan a MOL hasta, al menos, el año 2012, por lo que no habría transcurrido el plazo de prescripción (fojas 5909 y siguientes);

Trigésimo quinto: Que, tal como se señaló en la Sentencia N° 165/2018, "*se estará en presencia de un acuerdo único cuando se ejecutan varios acuerdos que tienen un mismo objeto (por ejemplo, afectar el resultado de determinados procesos licitatorios) entre un grupo medular de participantes. Asimismo, no es necesario acreditar la existencia de todos los acuerdos específicos, si es que la prueba acompañada de algunos de ellos permite inferir la ejecución de varios en el tiempo. Como se anticipó, la existencia de un acuerdo único se puede inferir de uno o más elementos de los acuerdos particulares, tales como la forma cómo se implementan, los ejecutivos que participan en los mismos, los lugares en que se reúnen y los medios que utilizan para contactarse. Por último, es necesario que los múltiples acuerdos que permiten inferir el acuerdo único se hayan desarrollado de forma continua, sin perjuicio de que el acuerdo pueda ser interrumpido durante un lapso de tiempo. Lo determinante en este último caso será revisar las identidades o similitudes entre los acuerdos celebrados antes de su interrupción o cese y los celebrados después, identidades que dicen relación con el objeto del acuerdo, el grupo medular de ejecutivos que participa en el mismo y sus formas de implementación*" (c. 12°);

Trigésimo sexto: Que si bien es cierto que el objeto de los acuerdos particulares que imputa la FNE referidos a las licitaciones de las cuentas Nissan/Renault ocurridas los años 2004, 2006, 2009 y 2011 es el mismo, la circunstancia que no exista identidad en las navieras coludidas en el periodo acusado, descarta en este caso, desde ya, que estemos en presencia de un acuerdo único. En efecto, un acuerdo único exige al menos que exista un grupo medular de participantes, no necesariamente el mismo, por lo que cuando se acusa un acuerdo entre dos competidores ese grupo medular está constituido, precisamente, por ellos dos (sin perjuicio de cambios meramente formales que puedan ocurrir en alguno

de ellos). Adicionalmente, de la prueba analizada en los considerandos siguientes no puede desprenderse que este acuerdo se haya celebrado originalmente entre CSAV, MOL y NYK, estableciendo en qué licitaciones participarían unos y otros, y a quien debía ser adjudicada cada cuenta;

Trigésimo séptimo: Que establecido que la acusación de la FNE relativa al respeto de las cuentas Nissan/Renault de la Ruta Europa se refiere al menos a dos acuerdos distintos, se resolverá a continuación la excepción de prescripción opuesta por MOL respecto del acuerdo acusado entre dicha empresa y CSAV entre los años 2004 y 2008;

Trigésimo octavo: Que MOL sostiene que la acción para demandar la ilicitud de dicho acuerdo estaría prescrito atendido que se habría ejecutado entre 2004 y 2008, "*es decir, bajo la aplicación del DL 211 anterior a la modificación incluida por la Ley N° 20.361*", por lo que habrían transcurrido más de dos años desde la ejecución de la conducta hasta la notificación de la demanda (fojas 503);

Trigésimo noveno: Que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes "[l]*a prescripción iniciada bajo el imperio de una ley, y que no se hubiere completado aun al tiempo de promulgarse otra que la modifique, podrá ser regida por la primera o segunda, a voluntad del prescribiente, pero eligiéndose la última, la prescripción no empezará a contarse sino desde la fecha en que aquella hubiese empezado a regir*". En el caso de autos, la conducta acusada por la FNE se habría terminado de ejecutar el año 2008 con el ingreso de los vehículos Nissan y Renault transportados por MOL y CSAV, respectivamente, al país, lo que se ha corroborado con la información acompañada en el proceso por el Servicio Nacional de Aduanas que rola a fojas 4943 ("Bases Aduanas"). Por consiguiente, la prescripción se inició bajo el imperio del D.L. N° 211 vigente a esa época que establecía un plazo de dos años contados desde la ejecución de la conducta. Dicho plazo no se completó al tiempo de promulgarse la Ley N° 20.361 (año 2009), por lo que debe estarse al estatuto de prescripción alegado por el prescribiente;

Cuadragésimo: Que el requerimiento de autos fue notificado a MOL el día 12 de marzo de 2015, habiendo transcurrido con creces el plazo de prescripción de

dos años aplicable en la especie. Por esta razón, la excepción de prescripción opuesta por MOL será acogida, no siendo necesario, en consecuencia, analizar la prueba rendida sobre el fondo de este acuerdo;

Cuadragésimo primero: Que en relación con el acuerdo imputado por la FNE a NYK y MOL respecto de la cuenta Nissan/Renault entre los años 2009 y 2014, las solicitudes de NYK son contradictorias respecto de la licitación del año 2009 para el periodo 2010-2012. Mientras en la solicitud original señaló que "*a lo menos desde la oferta de 2009, existió un entendimiento entre MOL y NYK en términos de que la ruta para Renault desde Europa a Chile debería ser adjudicada a NYK y la ruta para Nissan desde Europa a* [✂] *debería ser adjudicada a MOL. Sin embargo* (...) *aparentemente NYK hizo una oferta más baja a Nissan que MOL por error*" (página 13), en su solicitud complementaria indicó que "*el error cometido por NYK no fue por un mal entendido entre NYK y MOL acerca de la tarifa a ofertar por este servicio, ni da cuenta de la existencia de ningún acuerdo entre los competidores*" (página 11);

Cuadragésimo segundo: Que, en cambio, la Solicitud NYK es mucho más detallada respecto de la licitación del año 2011 para el periodo 2012-2014, entregando antecedentes precisos acerca de la existencia de los elementos del acuerdo acusado y de la intervención que le cupo a MOL en el mismo. En los párrafos 36 a 42 de dicha solicitud (páginas 13 a 15) se explica cómo se gestó e implementó este acuerdo. Los principales elementos del mismo son, en síntesis, los siguientes:

a) La licitación abierta por Nissan y Renault convocada a fines del año 2011 habría sido de carácter global, incluyendo las rutas entre Europa y América del Sur.
b) La coordinación entre NYK y MOL habría comenzado a fines del 2011 mediante un llamado telefónico de los ejecutivos de esta última, señores Noda e Ikeda, al Gerente de Cross Trade Team del Car Carrier Group de NYK, Ejecutivo N° 1 de NYK, con el objeto de explorar el reparto de cuentas: Nissan para MOL y Renault para NYK.
c) Dicho acuerdo se habría materializado en febrero de 2012 a través de una comunicación telefónica entre los ejecutivos citados en el párrafo anterior. Así, la carga Renault "ex Zeebrugge" a Chile sería adjudicado

a NYK, en tanto que la carga Nissan "ex Reino Unido/España" a Chile y otro destino, sería adjudicado a MOL.

d) Para implementar el acuerdo ambas empresas habrían analizado las tarifas que cada uno ofrecería por estas cuentas. Así, NYK habría presentado una tarifa más alta que MOL por Nissan y, viceversa, MOL una más alta por Renault;

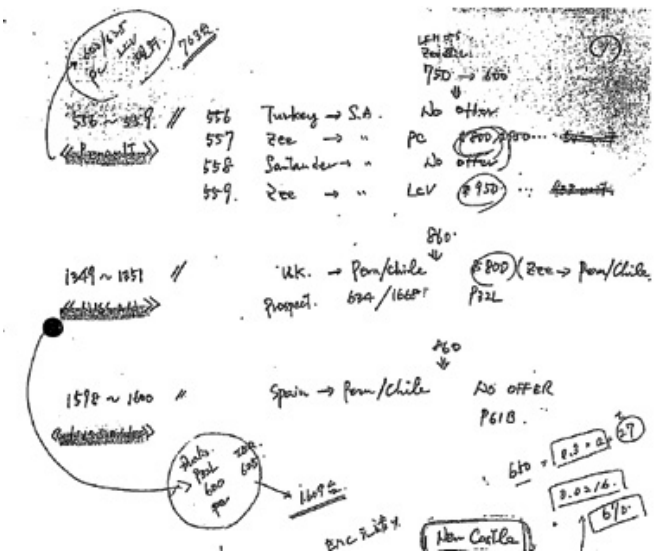
Cuadragésimo tercero: Que existe prueba en el expediente que confirma la relación de los hechos citada en el considerando anterior, según pasa a exponerse;

Cuadragésimo cuarto Que un primer antecedente de contexto es el servicio conjunto NASA, cuyas principales características se describieron en el considerando decimoséptimo. Si bien este servicio, que incluía a MOL, CSAV y TMM, terminó el año 2008, es decir, antes del acuerdo que se está analizando, sus bases contenidas en la denominada "*Letter of intent*" demuestran la importancia que para MOL tenían las cuentas japonesas, entre ellas, Nissan. En la parte pertinente de dicho documento se establece un *seniority* o preferencia en los siguientes términos: "*MOL utilizará marketing de antigüedad* [preferencia] *para solicitar pedidos de carga de fabricantes japoneses que aun no estén contratados por TMM y/o CSAV*" ("21 (Reemplazado según Fs. 946-951).pdf (VP 06-11-15).pdf", i\3\ Desagregados\, página 223; traducción en "Anexo III, Tomo II, Nasa 13.11", iv\ II\3\Entregas 2012\Entrega Noviembre, 13\ANEXO III, página 35);

Cuadragésimo quinto: Que, a continuación, se encuentra en el expediente de la FNE la declaración jurada del Ejecutivo N° 1 de NYK, ante un notario en Japón, cuya traducción fue acompañada por la FNE a fojas 3113 (documento "Traducción español Anexo 73", versión pública en el "Cuaderno de Versiones Públicas Definitivas de la FNE", fojas 4). En la misma afirma que ingresó a dicha empresa en octubre del año 2011 como "*Manager of the Cross Trade Team*" y que dicho año había sido contactado por teléfono por los ejecutivos de MOL, señores Noda e Ikeda, con el objeto de explorar la participación de ambas compañías en una nueva licitación que convocaría Nissan/Renault, respetando la cuenta Nissan para MOL y Renault para NYK. A reglón seguido, confirma lo señalado en la Solicitud NYK, esto es, que en el mes de febrero de 2012 acordó con los ejecutivos de MOL, señores Noda e Ikeda, que la carga Renault "ex Zeebrugge" a Chile

sería adjudicada a NYK, en tanto que la carga Nissan "ex Reino Unido/España" a Perú y Chile sería adjudicado a MOL, mediante el mecanismo que se describió en la letra d) del considerando cuadragésimo segundo. Finalmente, declaró que efectivamente la cuenta Renault fue adjudicada a NYK y la de Nissan a MOL;

Cuadragésimo sexto: Que al Ejecutivo N° 1 de NYK en dicha declaración se le exhibieron las siguientes notas que habría tomado durante la conversación telefónica que se explicó en el considerando anterior;



- "Documento N° 13" y traducción en "Documento N° 14", fojas 46 "Cuaderno de Versiones Públicas Definitivas de la FNE";

Cuadragésimo séptimo: Que, en la misma declaración, Ejecutivo N° 1 de NYK explica la nota en los siguientes términos:

> "*son las notas que tomé durante una conversación telefónica con el Sr. Noda y el Sr. Ikeda de MOL, la cual tuvo lugar en febrero de 2012. En esta conversación hablamos sobre la licitación global de Nissan Renault para los años 2012 y 2013. En el momento en que se tomaron las notas, tanto MOL como NYK ya habían hecho estimaciones de tarifa de flete a Nissan Renault. Esta es la explicación de la nota del* ***Anexo 4***:

- Las notas contienen, en la parte superior, información que escribí en relación al servicio Renault. Los números 556 a 559 identifican los números de las rutas comerciales a Sudamérica para el servicio Renault: 556 es la ruta desde [✂] 557 desde Zeebrugge en la nota esto aparece con la abreviatura "Zee") para AP (Auto de Pasajeros), 558 es la ruta desde Santander y 559 es la ruta desde Zeebrugge para VCL (Vehículo Comercial Liviano). Escribí "No oferta" al lado de las rutas desde Turquía y Santander, cuyo significado era que NYK no haría una oferta por dichos servicios. Todos los precios mencionados en estas notas son por unidad y en dólares de los EE.UU.

- El número "750" en la parte superior de la página es la tarifa de flete en dólares de los EE.UU. ya ofrecida por MOL a Nissan Renault por el servicio Renault desde Le Havre que MOL me informó durante esta conversación telefónica, con el fin de asegurarse de que NYK ganaría la licitación para el Servicio Renault, ofreciendo una mejor tarifa de flete que MOL; y el número "600" es la tarifa de flete en dólares de los EE.UU. que es segunda de oferta de NYK a Nissan Renault por el servicio Renault desde Zeebrugge después de que NYK y MOL intercambiaron ideas de tarifa de fletes en aquella conversación telefónica.

- En la parte más baja de la página está, nuevamente, la tarifa de flete que MOL me informó había ofrecido a Nissan Renault por el servicio Le Havre para Renault: "Le Havre 750+BAF", lo que significa 750 dólares de los EE.UU. más BAF (Factor de Ajuste de Bunker, es decir, aquella fluctuación de precios que representa adiciones a dichos precios debido a los precios del petróleo. En la parte superior de la anotación Le Havre está la tarifa de flete que MOL informó que había ofrecido a Nissan Renault por los servicios Newcastle. MOL explicó que la tarifa para Le Havre debería ser más alta que aquella para Newcastle por la necesidad de usar un servicio de enlace para hacer escala en Le Havre. De acuerdo con toda esa información, NYK volvería a ofrecer US 600 más BAF por el servicio Renault desde Zeebrugge, tarifa de flete que podría ser comparada con la tarifa de flete ofrecida por MOL para Renault ex Le Havre. Para el cliente, Le Havre y Zeebrugge no debieran ser tan diferentes para el transporte desde Europa.

- En la mitad de la página hay información relacionada con los servicios Nissan desde el RU y desde España a [✂] *y Chile. Para la trade line number 1349 a 1351 para el transporte desde el Reino Unido a* [✂] *y Chile, NYK ofreció 800 dólares de los EE.UU. A este respecto. MOL sugirió 860 dólares de los EE.UU. para esa ruta –según se muestra en la nota- luego de que NYK había hecho su oferta de tarifa original al cliente. Pese a que respondí a MOL "recibido", NYK no cambió su oferta original de 800 dólares de los EE.UU. por unidad para esa ruta, porque yo pensé que era casi la misma que la solicitada por MOL.*

- Para la trade line number 1598 a 1600, como también se muestra, MOL sugirió US 860 dólares por unidad, pero NYK decidió no ofertar porque NYK no tenía servicio directo ex España y entonces NYK no podía ofrecer una tarifa competitiva".

- Declaración jurada de Ejecutivo N° 1 de NYK de fecha 17 de septiembre de 2013, "Documento N° 24" a fojas 46 del "Cuaderno de Versiones Públicas Definitivas de la FNE", páginas 2 y 3;

Cuadragésimo octavo: Que, según esta nota, NYK debía ofrecer una tarifa de USD 800 por los servicios de la carga Nissan desde Reino Unido a Chile, cifra que debía ser mayor a la ofertada y adjudicada finalmente a MOL. Esto fue acreditado en el proceso con la base de datos del informe acompañado por MOL a fojas 1555, que contiene información de las ventas de dicha naviera, en la que se puede observar que la tarifa para la carga Nissan desde Inglaterra fue de USD 780 por unidad (menor que los USD 800 ofertados por NYK), y de aproximadamente USD 1000 por unidad para el origen España (NYK no ofertó en esta ruta). Por lo tanto, las tarifas efectivamente ofertadas por MOL y NYK son consistentes con el acuerdo acusado, ya que la naviera que le correspondía respetar la carga propuso una tarifa mayor o se abstuvo de ofertar;

Cuadragésimo noveno: Que, en este mismo orden de consideraciones, consta en el expediente de la FNE un documento consistente en una carta de Renault a NYK de fecha 17 de febrero de 2012 (documento "42 (VP 22-03-16)", iii\3\Documentos disgregados), en la que se le comunica a esta última la asignación de la cuenta Renault hacia Chile desde Bélgica, entre el 1 de abril del 2012 hasta el 31 de marzo del año 2014. En dicho documento se adjuntó una tabla con el detalle

de las rutas adjudicadas a NYK, en la que se muestra que la tarifa ofrecida finalmente por NYK por la carga Renault hacia Chile de US [✂] para "PC"-*personal cars*- y de USD [✂] para "LCV"-*light commercial vehicle*-, es del mismo monto que la tarifa que aparece en la parte superior izquierda de las notas insertadas en el considerando cuadragésimo sexto;

Quincuagésimo: Que, por su parte, consta en el expediente la declaración en la FNE del Ejecutivo N° 2 de NYK, Gerente del Grupo de Transporte de Automóviles ("Car Carrier Group") y del Equipo de Ventas Cruzadas (en adelante "Cross Trade Team") de NYK entre abril del año 2008 y septiembre del 2011, quien confirma la versión de los hechos entregada por Ejecutivo N° 1 de NYK. A continuación, se transcribe parte de dicha declaración:

> *Ejecutivo N° 2 de NYK: Lo que MOL nos dijo fue qué… 'Ustedes deben saber qué Nissan es nuestro negocio, Nissan era nuestro negocio; por lo tanto NYK debería asignar Nissan a MOL.' En lo que respecta a Renault, MOL no tenía nada que ver con Renault y por lo tanto nos dijeron: 'Por favor hagan lo que Ustedes quieran'*
> *(…)*
>
> *FNE: (…) ¿Pero con quien habló Usted en MOL?*
>
> *Ejecutivo N° 2 de NYK: Con [✂].*
>
> *Fernando Araya: ¿Con Mr. [✂]?*
>
> *Ejecutivo N° 2 de NYK: Sí.*
>
> *Fernando Araya: Y… Por lo tanto él le pidió a Usted - Ejecutivo N° 2 de NYK- que respetase su negocio de Nissan Pero con Renault Usted podría hacer lo que se le antojase. Sin embargo debo preguntarle: ¿Estaba Usted consciente en ese momento que Renault era una cuenta de CSAV?*
>
> *Ejecutivo N° 2 de NYK: Solía ser. Solía ser.*
> *(…)*

Fernando Araya: Entiendo. ¿Y por lo tanto el acuerdo del año 2011 incluyó ambas declinaciones - tanto a Chile como a Perú?

Ejecutivo N° 2 de NYK: Ambas.
(...)

Ejecutivo N° 2 de NYK: Sí, es decir... (Pausa). Sí, MOL me manifestó: "Renault no es nuestro negocio" para luego reiterar: "No, no es nuestro negocio". Por lo tanto no estoy en condiciones de afirmar nada desde el punto de vista de MOL. (Pausa). Lo siento.

Fernando Araya: (Pausa) Cuando MOL le dijo: "Nosotros no tenemos objeciones acerca de Renault" o "Para nosotros Renault no nos puede importar menos"; Usted entendió que no debería esperar competencia de parte de MOL en cuanto a la cuenta de Renault. ¿Es eso correcto?

Ejecutivo N° 2 de NYK: Sí, así es. Por lo tanto en tal punto yo afirmé... creo que les dije a MOL: "Respeten el negocio de NYK con Renault". Por lo tanto el significado de nuestra conversación no sólo se refería a Nissan sino que también acerca de Renault.

Fernando Araya: De acuerdo. ¿Había algún otro transportista involucrado en este acuerdo? Era tan sólo una conversación entre NYK y MOL. ¿Es eso correcto?

Ejecutivo N° 2 de NYK: Así es, sólo entre NYK y MOL.

Fernando Araya: ¿Por lo tanto usted no temía ni esperaba competencia alguna de otros grandes transportistas y operadores de la industria?

Ejecutivo N° 2 de NYK: Puesto que nadie más venía a Chile; en realidad éramos sólo NYK y MOL junto con CSAV los que teníamos los medios necesarios para ello

- Declaración en la FNE de Ejecutivo N° 2 de NYK de fecha 2 de agosto de 2013, "85 (VP 06-11-15)", iii\3\Desagregados, páginas 34 a 39; traducción en "86 (VP 06-11-15)", páginas 36 a 41;

Quincuagésimo primero: Que, por otra parte, el supervisor de importaciones o comercio exterior de Distribuidora Automotriz Marubeni Limitada (consignatario de Nissan en Chile), Juan Miguel Cordero, declaró en la FNE sobre las dificultades que tenían para contratar una compañía naviera distinta de MOL. A continuación se extracta la parte pertinente de dicha declaración:

FNE: ¿y Nissan ha tenido preferencia por alguna naviera en particular, por lo mismo que usted nos dice, por tiempos de transporte? ¿Hay alguna naviera que de mejor respuesta a estos atributos?

Declarante: M…hemos consultado alguna vez sobre si hay alguna naviera por ejemplo con mejor…de Europa con mejor eh…tiempo de tránsito y de trasbordo.

FNE: ¿cuánto tiempo han demorado de Europa?

Declarante: De Europa a Chile como un mes y medio, casi dos meses a veces, lo que pasa es que hace trasbordo de…desde Inglaterra se van hacia Alemania y ahí espera trasbordo y una nave lo trae de ahí para acá.

FNE: Perfecto.

Declarante: Ese trasbordo a veces puede durar hasta un mes.
(…)

Declarante: No, pero como…como te digo hemos intentado en algunas oportunidades de saber si hay alguna naviera que tenga por ejemplo mejor tiempo de tránsito o si…o no trasbordo, pero eh… hasta ahora no hemos tenido resultados buenos. En el caso de Europa hemos intentado de negociar con algunas navieras pero siempre topamos con lo mismo.

FNE: ¿con cuáles ha tratado de negociar?

Declarante: Eh…hemos tratado de negociar directamente con Sudamericana, pero Sudamericana dice que ellos arriendan su espacio a NYK o a

Mol, y NYK también dice lo mismo, y Mol nos dice que eh…eh… su viaje es así, no es directo, sino que pasa por Alemania.

FNE: O sea, en el fondo la cotización digamos o el acercamiento a otras navieras no ha existido porque ustedes no se encuentran cien por ciento satisfechos con el servicio que presta Mol.

Declarante: Claro, claro.

FNE: ¿Recuerda cuando fueron esos años que ustedes consultaron? ¿Qué fecha, qué tiempo?

Declarante: El último año [2013].

FNE: ¿Este último año?

Declarante: Sí, el último año.

FNE: ¿Y la respuesta es que ellos le arriendan a Mol, eso es lo que usted dice que ellos señalan?

Declarante: Sí, y que ahí caemos en el mismo tema anterior que te contaba yo de que las navieras tratan de no competir unas con otras, porque no es rentable para ellos. (…) Entonces eh… hay un solo servicio, en el fondo, aunque Sudamericana arrienda el barco eh… y Mol probablemente no tiene naves, o si tuviera no las va a dedicar a ese servicio porque ya hay un servicio para acá, no va a competir digamos. (…) Probablemente la cantidad de vehículos no, no sea suficiente como para tener dos barcos o dos navieras funcionando en esa…"

- Declaración en la FNE de Juan Miguel Cordero de fecha 8 de julio de 2013. "Documento 1", v\A\A.2\VI. Antecedentes Confidenciales aportados por Terceros al Expediente de Investigación\7. Distribuidora Aut. Marubeni Ltda\Doc. Desagregados, páginas 23 y siguientes;

Quincuagésimo segundo: Que ponderada en su conjunto la relación de hechos contenida en la Solicitud NYK, la declaración jurada del Ejecutivo N° 1 de NYK y

las declaraciones en la FNE del Ejecutivo N° 2 de la misma compañía y de Juan Miguel Cordero, es posible concluir, *prima facie*, que existió un acuerdo entre MOL y NYK para repartirse la cuenta Nissan/Renault entre 2012 y 2014 en la forma descrita en el requerimiento de autos. Sin embargo, para confirmar esta conclusión, se deben analizar las alegaciones, defensas y explicaciones alternativas planteadas por MOL;

Quincuagésimo tercero: Que, como se señaló en la parte expositiva y en el considerando sexto, MOL negó haber participado en un acuerdo con CSAV y NYK y en su escrito de observaciones a la prueba (fojas 7101 y siguientes) desvirtuó toda la evidencia aportada por la FNE en relación con este acuerdo;

Quincuagésimo cuarto: Que algunas de las alegaciones de MOL se centran en restar mérito probatorio a la evidencia analizada en los considerandos cuadragésimo primero y siguientes. En primer término, señala que la Solicitud NYK es contradictoria respecto de la lícitación convocada por Nissan/Renault el año 2009 para el periodo 2010-2012. En segundo lugar, sostiene que las declaraciones de Ejecutivo N° 2 de NYK (considerando quincuagésimo) y de Juan Miguel Cordero en la FNE (considerando quincuagésimo primero), no constituyen antecedentes que puedan ser considerados como prueba, porque no tuvo la posibilidad de contrainterrogarlos como testigos (fojas 7072). De las mismas dificultades probatorias adolecería la declaración jurada del Ejecutivo N° 1 de NYK ante un notario en Japón (considerando cuadragésimo séptimo). Sostiene, además, que las notas del Ejecutivo N° 1 de NYK, insertadas en el considerando cuadragésimo sexto, no tienen constancia del autor o fecha de la supuesta conversación telefónica (fojas 7138);

Quincuagésimo quinto: Que las razones esgrimidas por MOL para restar mérito probatorio a los antecedentes que se han analizado en los considerandos previos no son plausibles. En un procedimiento en el que la prueba se aprecia de acuerdo con las reglas de la sana crítica y en el que cualquier indicio o antecedente puede ser apto para establecer los hechos pertinentes, la evidencia allegada al proceso debe ser analizada necesariamente de manera holística, de acuerdo con las reglas de la lógica, de la experiencia y de los conocimientos científicamente asentados, según lo ya señalado en el considerando noveno.

Por lo anterior, todos los indicios y antecedentes que se han citado y analizado con anterioridad no serán descartados por las razones señaladas por MOL, sin perjuicio de lo que en definitiva se tendrá por probado;

Quincuagésimo sexto: Que, en segundo término, MOL planteó explicaciones alternativas que descartarían el acuerdo sobre la cuenta Nissan/Renault. Primero, sostiene que el relato de la FNE sobre la licitación convocada por Nissan/Renault en el año 2011 es inconsistente. Dicha inconsistencia radicaría en que las notas del Ejecutivo N° 1 de NYK tendrían como fecha 30 de enero del año 2012 y la conversación telefónica con los señores Noda e Ikeda, ejecutivos de MOL, momento en el cual habría tomado esas notas, habría ocurrido en febrero del 2012. Además, señala que en febrero de dicho año era probable que las empresas navieras hubieran presentado ofertas a Nissan/Renault, por lo que las notas corresponderían a ofertas pasadas y no futuras;

Quincuagésimo séptimo: Que dicha explicación alternativa debe ser descartada. Por una parte, la fecha que indica MOL se encuentra al final del documento que contiene las notas del ejecutivo de NYK y no es claro a lo que estaría haciendo referencia, por lo que no se puede descartar que dichas notas se hayan tomado al momento de la conversación telefónica. Por otra parte, aun en el evento que las notas se refirieran a ofertas pasadas, no existe ninguna razón para que un ejecutivo de NYK conozca las tarifas ofrecidas por MOL, salvo que existiera una comunicación entre dichas empresas, ya que los correos de adjudicación que envía Nissan/Renault no incluyen información sobre las ofertas realizadas por competidores;

Quincuagésimo octavo: Que, en tercer lugar, MOL señala que no habría constancia de su participación en la licitación convocada por Nissan/Renault en el año 2011, ni que sus ofertas correspondieran a las cifras indicadas en la nota del Ejecutivo N° 1 de NYK. Al igual que la explicación alternativa analizada en los considerandos precedentes, esta tampoco tiene respaldo en los antecedentes que obran en el proceso, según pasa a exponerse;

Quincuagésimo noveno: Que MOL sí participó en licitaciones convocadas por Nissan/Renault para carga desde Europa hacia Chile. Como se analizó en el con-

siderando cuadragésimo octavo, en la base de datos del informe acompañado por MOL a fojas 1555, se señala que esta empresa ofreció una tarifa para la carga Nissan desde Inglaterra de USD 780 por unidad y de aproximadamente USD 1000 por unidad para el origen España. Además, en la misma base de datos se muestra que en el año 2012 MOL transportó autos Nissan a Chile desde Europa, lo que solo se explica por la adjudicación de la licitación, por lo que tuvo que haber participado en ella;

Sexagésimo: Que, por último, MOL señala que la declaración en la FNE del Ejecutivo N° 2 de NYK no sería del todo creíble porque habría trabajado en NYK hasta septiembre del año 2011, época anterior a las comunicaciones entre dicha empresa y MOL con ocasión de la licitación convocada por Nissan/Renault en el mismo año;

Sexagésimo primero: Que si bien es cierto que el Ejecutivo N° 2 de NYK era el Gerente del "Car Carrier Group" y "Cross Trade Team" de NYK hasta el mes de septiembre de 2011, él continuó después trabajando en dicha compañía naviera hasta por lo menos la fecha en que prestó declaración en la FNE el 2 de agosto de 2013, según se desprende de la propia declaración citada en el considerando quincuagésimo. Además, tenía conocimiento de la licitación del año 2011, pues las primeras rondas de ofertas fueron entre julio y agosto de dicho año ("1 R-N 2011 CBU RFQ_- Cover Letter.pdf", i\5\Aporta antecedentes 30.05.2013\3. III B. 40\Nissan Renault 2011\Adjuntos a correo de 16 de julio de 2011\Package1(-No1-No5)), página 11). Por consiguiente, es perfectamente posible que él haya iniciado las conversaciones con los ejecutivos de MOL, a fines del año 2011, y luego éstas hayan continuado con el Ejecutivo N° 1 de NYK. Por lo anterior, esta explicación alternativa no es suficiente para descartar la acusación de la FNE respecto de este acuerdo;

Sexagésimo segundo: Que, en conclusión, la evidencia aportada sobre este acuerdo respecto de la licitación del año 2011, para el periodo 2012-2014, es consistente con la acusación de la Requirente; y las alegaciones, defensas y explicaciones alternativas de MOL no permiten desvirtuar lo resuelto, según lo analizado en los considerandos previos. Por lo anterior, esta parte de la acusación será acogida, aplicándose a MOL y NYK las multas y demás medidas que se determinarán en la parte final de esta sentencia;

Sexagésimo tercero: Que, en cambio, la prueba analizada no permite tener acreditado que el acuerdo acusado sobre la cuenta Nissan/Renault entre MOL y NYK se haya iniciado el 2009. En efecto, la única prueba aportada sobre el particular es la relación de hechos contenida en la Solicitud NYK la que, como se señaló, es contradictoria respecto del supuesto acuerdo sobre estas cuentas en la licitación llamada por dichos fabricantes el año 2009 para el periodo 2010-2011;

2. Acuerdo de respeto de la cuenta Toyota

Sexagésimo cuarto: Que de acuerdo con la Tabla N° 1 del requerimiento, insertada en el considerando trigésimo, MOL habría respetado a NYK la cuenta Toyota con destino a Chile por el periodo 2010 a 2012. En particular, la FNE sostiene que dicho acuerdo habría consistido en un reparto de dicha cuenta en forma recíproca, según el destino del puerto, respetando MOL a NYK la carga Toyota con destino a Chile y, a su vez, NYK le habría respetado a MOL la carga de dicho fabricante con destino a Perú;

Sexagésimo quinto: Que, en forma previa al análisis de la prueba, es necesario delimitar el ámbito temporal de la acusación de la FNE en relación con este acuerdo. De conformidad con la Tabla N° 1 del requerimiento, el periodo acusado va desde el del año 2010 al 2012, es decir, la licitación llamada el año 2010 para la carga transportada el año 2011 y la llamada este último año para la carga transportada el año 2012. Esta interpretación es concordante con la forma en que han sido acusados el resto de los acuerdos en el requerimiento, por lo que no existe razón alguna (ni se ha explicitado por la FNE) para arribar a otra conclusión. Por consiguiente, no obstante lo ambiguo del requerimiento en esta parte, este Tribunal entiende que no está acusado ningún acuerdo relativo a la licitación del año 2012 para la carga a ser transportada el año 2013, sin perjuicio de lo cual los antecedentes que existan a su respecto puedan ser considerados como prueba de contexto;

Sexagésimo sexto: Que de acuerdo con la Solicitud NYK y su complemento, NYK y MOL habrían acordado repartirse la cuenta Toyota, en la forma que se explicó en el considerando precedente, en los años 2010, 2011 y 2012. A modo general, en la Solicitud NYK se señala que Toyota, a través de su filial Toyota Motors Europe

("TME"), usualmente invita a presentar ofertas una vez al año desde Europa a diferentes destinos, entre los cuales se encuentra América del Sur (página 15). Dichas licitaciones globales se llaman cada año para los servicios que debe ser prestados el año siguiente. Por su lado, en su Solicitud Complementaria, NYK afirma que en cada uno de estos años *"respetaría el negocio de MOL para transportar automóviles de TME en la ruta Europa a* [✂] *y MOL respetaría el negocio de NYK para transportar automóviles de TME en la ruta Europa a Chile. Para llevar adelante este acuerdo, NYK ofrecería una tarifa más alta que MOL para el negocio a* [✂] *y MOL ofrecería una tarifa más alta que NYK para el negocio a Chile"* (páginas 11 y 12);

Sexagésimo séptimo: Que, a continuación, se describen las partes más importantes de la relación de los hechos de la Solicitud NYK, referidos a cada una de las licitaciones de TME de los años 2010, 2011 y 2012 (páginas 15 y siguientes):

a) En cuanto a la licitación del año 2010 para los servicios de transporte de la carga Toyota durante el año 2011, se afirma que en abril de 2011 el Ejecutivo N° 2 de NYK habría informado al nuevo Subgerente del Cross Team, en una reunión, acerca del acuerdo que esta empresa mantenía con MOL. Este último habría tomado nota en la misma reunión sobre los alcances de dicho entendimiento.
b) En relación con la licitación del año 2011 para los servicios de transporte de la carga Toyota durante el año 2012, se indica que el respeto de esta cuenta, en el modo que ya se ha señalado, se habría originado en una conversación telefónica, sostenida el 13 de julio de 2011, entre el Ejecutivo N° 3 de NYK y el señor Noda, ejecutivo de MOL, en la que habrían intercambiado información relativa al nivel de tarifa existente y acordado un incremento del 10%.
c) En lo que se refiere a la licitación llamada el año 2012 para los servicios de transporte de la carga Toyota durante el año 2013, se señala que el Ejecutivo N° 1 de NYK recuerda haber tenido conversaciones con MOL, WWL, Höegh y K Line, y, más específicamente, que en agosto de 2012 habría hablado por teléfono por el señor Ikeda, de MOL, para analizar las tarifas que ofrecerían a TME. En dicha conversación MOL habría solicitado a NYK ofrecer una suma más alta que US$ [✂] por unidad

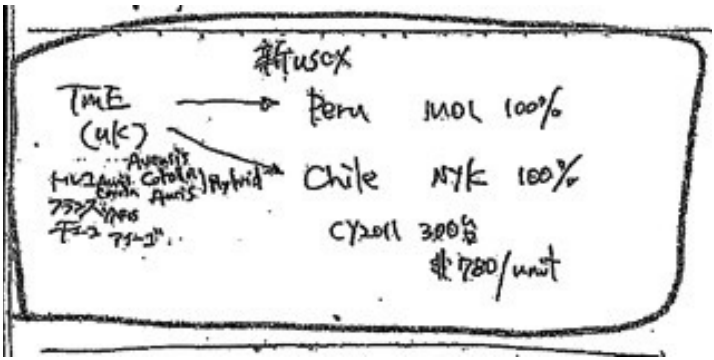
para la carga a [✂], y NYK habría solicitado a MOL ofrecer una suma más alta que US$ [✂] por unidad para la carga a Chile.

d) Sin embargo, en la licitación del año 2012 NYK también habría sostenido conversaciones con WWL. El Ejecutivo N° 1 de NYK, habría conversado por teléfono el 10 de agosto de dicho año con el ejecutivo de WWL, señor Ohtsu, y se había reunido con él tres días después con el objeto de analizar esta licitación. En esta reunión NYK habría informado a WWL que haría ofertas por la carga TME con destino a Chile.

e) Finalmente, la cuenta Toyota con destino a Chile proveniente de Southampton, Reino Unido, fue adjudicada a NYK, con una tarifa de [✂] euros por unidad, pero MOL no se habría adjudicado la misma cuenta con destino a [✂], la que finalmente habría sido obtenida por WWL;

Sexagésimo octavo: Que el reconocimiento que hace NYK en su solicitud de beneficios sobre su participación en este acuerdo proporciona antecedentes acerca de la existencia de los elementos de la colusión, esto es, datos respecto del origen del acuerdo, la época de gestación, la forma que adoptó el mecanismo de ejecución y los medios de comunicación. Asimismo, dicho relato explica la intervención que correspondió a MOL en el mismo. Si bien constituye una prueba del acuerdo imputado por la FNE, ésta debe ser verificada y corroborada con el resto de los elementos probatorios que obran en el proceso, especialmente, los correos electrónicos, las notas tomadas por ejecutivos de NYK, memorandos, registros de llamadas telefónicas, copias de calendarios, archivo Excel y otros documentos acompañados al proceso que se encuentran en el expediente de la FNE acompañado en autos;

Sexagésimo noveno: Que, en cuanto a la licitación del año 2010, se encuentran en el expediente de la FNE las notas que habría tomado el Ejecutivo N° 3 de NYK en la reunión sostenida el 4 de abril del año 2011 con el Ejecutivo N° 2 de dicha compañía, en la que este último explica el acuerdo entre NYK y MOL alcanzado el año 2010 para la carga del año 2011. En el párrafo 45 de la Solicitud NYK se explica esta nota. El "100%" se refiere la asignación acordada, y las cifras "$780" y "300" a la tarifa de NYK y el número de unidades para el año calendario 2011, respectivamente. La mencionada nota se inserta a continuación:



- "Documento N° 19", fojas 46 "Cuaderno de Versiones Públicas Definitivas de la FNE;

Septuagésimo: Que, en relación con dicha nota, consta en el expediente la declaración del Ejecutivo N° 3 de NYK en la FNE en que la explica con más detalle. A continuación, se transcribe parte de dicha declaración:

> *Ejecutivo N° 3 de NYK: Muy bien. ¿Tiene Usted un resumen en inglés de esto? Ooh si, muy bien. Por lo tanto usaré mi original, mi memo en japonés. He identificado que este es mi memorándum. La porción en cuestión del memorándum está en la esquina superior izquierda - las páginas con el logo de Toyota - y debajo de tal logo tengo el de TME que representa a Toyota Motors Europa y debajo de el tengo entre paréntesis ([✂]), que indica el origen de la carga o donde fue embarcada. Debajo de esto tengo tres diferentes modelos. Uno es el Avensis, que es el nombre del vehículo, Corolla y Auris. Éstos son los modelos más pequeños - modelos híbridos - y también tengo otro con los nombres Auris y Corolla que también son producidos en Tokio. Por lo tanto tengo cinco modelos distintos; dos de los cuales son híbridos y los tres restantes son vehículos normales.*
>
> *Fernando Araya: ¿Y también Yaris?*
>
> *Ejecutivo N° 3 de NYK: Perdón, si. Y también tengo en realidad el modelo Yaris fabricado en [✂] y el Aido producido en la [✂]. Por lo tanto, la lista incluye un total de uno, dos, tres, cuatro, cinco, seis, siete modelos y donde cada uno es fabricado, y también tengo flechas que me indican hacia la derecha en donde se estipula "[✂]" que es 100% MOL y tengo una fecha que apunta a Chile y en donde se indica 100% NYK.*

Por encima de todo lo mencionado anteriormente he anotado "New USCX" que es el nombre de nuestro servicio desde Europa a Chile. Y más abajo anoté la expresión CY 2011 para indicar que es el año calendario 2011; y el foco del volumen de la licitación TME es de [✂] unidades en total. No estoy completamente seguro si éstas [✂] unidades eran para Chile o [], pero he supuesto que para Chile, debido a que era la única preocupación que teníamos; y yo tengo una tarifa de alrededor de [✂] Dólares por unidad, la cual - si recuerdo correctamente - era nuestra tarifa interna a ofrecer por nuestro negocio. Por lo tanto esto corresponde a un indicio que yo debía recordar como el dato que le suministramos a MOL, dado que ellos reconocieron que respetarían nuestros negocios con Chile si les solicitábamos a ellos, obviamente, que ofrecieran una tarifa más alta que los [✂] Dólares por unidad. Les dimos la tarifa específica que no está anotada aquí pero creo que teníamos al menos un par de márgenes por sobre los [✂] Dólares por unidad; por lo tanto le solicitamos a MOL que ofertasen alrededor de [✂] Dólares por unidad o aún más a fin de proteger nuestros intereses.
(...)

Esta es una nota. Yo lo registré en mi diario como mi nota. Yo preparé esta nota debido al hecho de que todo ocurrió hacia fines de abril del 2011; ese fue la ocasión en que yo fui transferido al Cross Trade Team, por lo que creo que esta información me la entregó mi Gerente [Ejecutivo N° 2 de NYK]

- Declaración en FNE del Ejecutivo N° 3 de NYK de fecha 4 de septiembre de 2013, "Documento N° 25" y su traducción en "Documento N° 26", a fojas 46 "Cuaderno de Versiones Públicas Definitivas de la FNE", páginas 63 y 64;

Septuagésimo primero: Que, enseguida, a fojas 3113 se acompañó la traducción del correo electrónico "*TME/NYK Japan (tahara) tender 2011, octubre-noviembre 2010"* intercambiado entre ejecutivos de NYK, en el que confirman el monto de la tarifa ofrecida por dicha naviera en la licitación de TME del año 2010, a la que se refiere el Ejecutivo N° 3 de NYK en su declaración en la FNE. La versión pública de la parte pertinente de dicho correo electrónico se inserta a continuación:

Por favor encuentre adjunto en el presente la tarifa para Chile (1 archivo GEX)

1) 2010: tarifa us [redacted] – volumen [redacted] unidades
2) 2011: tarifa us [redacted] – volumen [redacted] unidades

Me han dicho verbalmente que NYK será nominado para el negocio Chile y MOL para Perú en 2011. Hoy estaba esperando una nominación oficial pero hasta el momento no la recibí. La oficina de TME estará cerrada hasta el lunes 18 (el jueves es feriado bancario en Bélgica).

- "Traducción español Anexo 8", fojas 4 "Cuaderno de Versiones Públicas Definitivas de la FNE";

Septuagésimo segundo: Que en lo que se refiere a la licitación del año 2011, en el expediente de la FNE se encuentra acompañado el memorando que el Ejecutivo de N° 3 NYK sostiene haber escrito durante la conversación telefónica que habría mantenido con el señor Noda de MOL el día 13 de julio de 2011. El mencionado memorando, así como la traducción del mismo acompañada por la FNE a fojas 3113, se inserta a continuación:

Traducción:

TME / Tarifas de flete para envíos destinados a Chile y Perú para 2012 (1a ronda)

A Chile NYK tiene 100% de participación.
Actualmente $780/unidad (Esta tarifa se determinó cuando el precio bunker era $430/ nivel MT).
Estamos planeando ofrecer un aumento en la tarifa de flete (igual al aumento en el precio bunker de $430 a $630).
El nivel de aumento será de un 10% y se ofrecerá $870/unidad.

De manera similar, también recibimos una solicitud de cotización para envíos a Perú.

MOL tiene un 100% de participación para envíos a Perú.
Actualmente a $870/unidad o un nivel ligeramente menor.
La última vez, NYK ofreció $970/unidad y perdió.
Presumimos que habrá un aumento de 10% en la tarifa de flete como el caso de los envíos a Chile, y ofreceremos $1080/unidad.

- "15. 21" y su traducción en "16. Traducción español Anexo 9", "Cuaderno de documentos alzamiento confidencialidad de la FNE", fojas 42;

Septuagésimo tercero: Que también consta en el expediente la declaración del Ejecutivo N° 3 de NYK en la FNE, que explica con más detalle el memorando inserto en el considerando anterior. A continuación, se transcribe parte de dicha declaración:

"este memorándum básicamente indica que estamos trabajando asiduamente, por cuanto lo que NYK y MOL concordaron y confirmaron es en términos del respeto derivado de la licitación anterior"
(...)

"nuestra lógica es que queremos aumentar un 10% para Chile y por lo tanto vamos a ofrecer a Perú una tarifa con un 10% más. Si realmente quisiéramos el negocio peruano, si quisiéramos ser agresivos y ya supiésemos que lo hemos perdido con la tarifa de 970 dólares, no habríamos

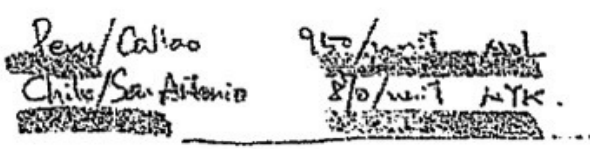
comenzado con 870 dólares ¿No le parece? Habríamos comenzado en 970 dólares y aun así no lo habríamos ganado. Por lo tanto, lo que esto muestra básicamente es que NYK, aunque tenemos cierta cobertura y somos invitados a la licitación, el hecho es que no tenemos la intención de perseguir el negocio que le pertenece a MOL en un 100%"

- Declaración en FNE del Ejecutivo N° 3 de NYK de fecha 4 de septiembre de 2013, "Documento N° 26", a fojas 46 "Cuaderno de Versiones Públicas Definitivas de la FNE", página 67;

Septuagésimo cuarto: Que, siguiendo con este análisis, en el expediente de la FNE se encuentra un documento con el registro de llamadas telefónicas entre el Ejecutivo N° 1 de NYK y el señor Ikeda (MOL), que se inserta a continuación. Durante estas llamadas, el Ejecutivo N° 1 de NYK señala haber tomado notas manuscritas -las que se insertan abajo junto con el registro de llamadas-, en las que habría indicado las tarifas que cada naviera ofertaría para cada ruta: "*Peru/Callao 950/Unit MOL Chile/San Antonio 870/Unite NYK*". Por último, también se inserta un fragmento del correo electrónico de asunto "*Re: report of Result of TME Tender 2013 (partly 2014)*", de fecha 13 de noviembre de 2012, enviado por TME a NYK, que contiene los resultados de la licitación del año 2013 para la ruta a Chile. Como se aprecia, en la nota aparece una tarifa de 870 USD/unidad, la que es similar a la tarifa con la que NYK se adjudicó el negocio según dicho correo:

Nombre usuario	FechaMesFecha	Hora inicio llamada	Persona acceso	Teléfono acceso	Tiempo(segundo
中井 英樹	20120802	165841	WWL Ohtsu	090-1288-8149	853
中井 英樹	20120806	195157	MOL Ikeda	090-3063-1301	0.5
中井 英樹	20120806	195315	WWL Ohtsu	090-1288-8149	18.5
中井 英樹	20120807	142337	MOL Ikeda	090-3063-1301	1484.5
中井 英樹	20120810	153858	WWL Ohtsu	090-1288-8149	83
中井 英樹	20120813	161359	MOL Ikeda	090-3063-1301	130.5
中井 英樹	20120813	172911	MOL Ikeda	090-3063-1301	2663
中井 英樹	20120813	183339	MOL Ikeda	090-3063-1301	230
中井 英樹	20120815	173309	Hough Store	090-4541-1818	29.5
中井 英樹	20120815	180059	Hough Store	090-4541-1818	2.5
中井 英樹	20120823	182030	MOL Ikeda	090-3063-1301	0.5
中井 英樹	20120823	183433	MOL Ikeda	090-3063-1301	1

- "18 (VP 06-11-15 Ex Público)", iii\3\Documentos disgregados.



- "Documento N° 13" en el "Cuaderno de Versiones Públicas Definitivas de la FNE", fojas 46.

Resultados Licitación ("Re: report of Result of TME Tender 2013"):

Port of Loading	Destination		Number of Unit	Rate/Unit (USD)	Car Type	Carrier	Remark
Southampton	CHILE San Antonio	..	[redacted]		Avensis Auris	NYK	Same as current rate

- "Documento N° 4", fojas 46 "Cuaderno de Versiones Públicas Definitivas de la FNE"; traducción en documento "Traducción español Anexo 42" en el "Cuaderno de Versiones Públicas Definitivas de la FNE", fojas 4;

Septuagésimo quinto: Que si bien la prueba que se analizó en el considerando anterior se refiere a un período posterior al acusado (el requerimiento se extiende hasta la carga transportada el año 2012), estos documentos constituyen antecedentes de contexto que proporcionan elementos sobre un patrón de comportamiento de las requeridas que es consistente con el acuerdo acusado;

Septuagésimo sexto: Que ponderada la prueba citada precedentemente es posible concluir, *prima facie*, que existió un acuerdo entre MOL y NYK para repartirse la cuenta Toyota entre 2010 y 2012 en la forma descrita en el requerimiento de autos. Como se indicó, la Solicitud NYK y su complemento es consistente con el requerimiento y entrega antecedentes precisos del acuerdo acusado. Asimismo, las notas del Ejecutivo N° 3 y sus explicaciones son coherentes con la acusación, al igual que la prueba de contexto citada precedentemente. Sin embargo, para confirmar esta conclusión, se deben analizar las alegaciones, defensas y explicaciones alternativas de MOL;

Septuagésimo séptimo: Que MOL negó haber participado en un acuerdo con NYK para repartirse la cuenta Toyota los años 2010 a 2012 y en su escrito de observaciones a la prueba (fojas 7148 y siguientes) desvirtuó toda la evidencia aportada por la FNE en relación con este acuerdo;

Septuagésimo octavo: Que, en primer lugar, señala que la acusación de la FNE es por el periodo 2010 y 2012, lo que significaría que la licitación del año 2012, para transportar la carga Toyota proveniente de Europa a Chile en el año 2013, no estaría comprendida en el requerimiento. Efectivamente, como se explicó en el considerando sexagésimo quinto, el ámbito temporal de la acusación de

la FNE termina con la carga Toyota transportada el año 2012, sin perjuicio del valor probatorio de la prueba de contexto analizada en el considerando septuagésimo cuarto;

Septuagésimo noveno: Que, en relación con las notas analizadas en los considerandos sexagésimo noveno, septuagésimo, septuagésimo primero y septuagésimo segundo, MOL afirma que pueden referirse a información sobre licitaciones pasadas. Además, señala que nada demostraría que las notas fueron tomadas antes de las respectivas licitaciones. Tal como se explicó en el considerando quincuagésimo séptimo, en el evento que las notas se refirieran a ofertas pasadas no existe ninguna razón para que un ejecutivo de NYK conociera las tarifas ofrecidas por MOL, salvo que existiera una comunicación previa entre dichas empresas, ya que los correos de adjudicación que envía TME no incluyen información sobre las ofertas realizadas por competidores;

Octogésimo: Que esta requerida también alega que no se habría acreditado que MOL haya participado en las licitaciones y que tampoco se probó que NYK haya participado en la licitación del año 2011. Sin embargo, en los datos de la Base Aduanas, se observa que NYK efectivamente transportó ese año la carga Toyota desde Europa hacia Chile, a una tarifa promedio de US $870, la cual coincide con las notas transcritas en el considerando septuagésimo segundo. Por otro lado, dado que el acuerdo consistía en que MOL respetaba la cuenta a NYK, no es necesario acreditar que MOL haya participado en la licitación, pues, conforme a lo señalado por el requerimiento, una forma de respetar las cuentas era abstenerse de participar en las mismas;

Octogésimo primero: Que, por último, MOL arguye que las declaraciones de los ejecutivos de NYK en la FNE, en particular la del Ejecutivo N° 3, no constituyen antecedentes que puedan ser considerados como prueba porque no tuvo la posibilidad de contrainterrogarlos como testigos, además de no ser claras y precisas. Sin embargo, como ya se ha señalado, en un procedimiento en el que la prueba se aprecia de acuerdo con las reglas de la sana crítica y en el que cualquier indicio o antecedente puede ser apto para establecer los hechos pertinentes, la evidencia allegada al proceso debe ser analizada necesariamente de manera holística, de acuerdo con las reglas de la lógica, de la experiencia y de los

conocimientos científicamente asentados. Por lo anterior, las declaraciones del Ejecutivo N° 3 de NYK, que se han citado y analizado con anterioridad, no serán descartadas, sin perjuicio de lo que en definitiva se tendrá por probado;

Octogésimo segundo: Que, como se ha visto, las alegaciones, defensas y explicaciones alternativas de MOL no logran desacreditar la prueba acompañada por la FNE. En efecto, la evidencia aportada sobre el acuerdo acusado respecto de la licitación de Toyota de los años 2010 y 2011 para los servicios de carga de los años 2011 y 2012, apreciada en su conjunto permite concluir que MOL aceptó respetar el negocio de NYK para transportar automóviles de Toyota en la ruta Europa a Chile y NYK acordó respetar el negocio de MOL para transportar automóviles de Toyota en la ruta Europa a Perú. Si bien no consta en estos autos que MOL haya efectivamente transportado automóviles de Toyota en la ruta Europa a Perú, esto no altera esta conclusión pues, tal como ha indicado por la Excelentísima Corte Suprema *"la circunstancia que uno o más agentes no obtuvieron los beneficios económicos, no altera la ilicitud de la conducta"* (Sentencia Rol N°5128-2016, c. 30);

Octogésimo tercero: Que, por lo anterior, esta parte del requerimiento será acogida, aplicándose a MOL y NYK las medidas que se determinarán en la parte final de esta sentencia;

3.3 Acuerdos de respeto de cuentas en la Ruta Asia

Octogésimo cuarto: Que, de acuerdo con el requerimiento, los acuerdos de respeto de cuentas en la Ruta Asia acusados por la FNE tuvieron como organismo facilitador el servicio conjunto Skai, compuesto por NYK, K Line, CSAV y CMC. Así, estas cuatro navieras habrían comenzado a actuar como una unidad operativa, en la que NYK y K Line llevaban las relaciones comerciales con los fabricantes japoneses, en tanto que CSAV y CMC negociaban con los consignatarios chilenos. Además, NYK era quien, por regla general, habría acordado el respeto de cuentas con navieras competidoras de aquellas que integraban el Skai. Sin perjuicio de lo anterior, la FNE señala que todas las decisiones eran conocidas y aprobadas por los cuatro miembros de este servicio conjunto en reuniones de principales y "*reuniones de cortesía*", siendo estas últimas las que habrían servido para *"coordinar, monitorear e implementar los acuerdos de la Ruta Asia"* (fojas 10). Estos acuerdos se muestran en la siguiente tabla:

TABLA N° 7: ACUERDOS DE RESPETO DE CUENTAS EN LA RUTA ASIA

N° FNE	Cuenta	Periodo	Requeridas implicadas
1	Indumotora (Kia)	2009 – 2013	NYK, K Line, CSAV y CMC (Shin Nanseikai) respetan a Eukor
2	Derco (Suzuki)	2009 – 2013	NYK, K Line, CSAV y CMC (Shin Nanseikai) respetan a Eukor (Suzuki Motors – Japón)
			Eukor respeta a NYK, K Line, CSAV y CMC (Shin Nanseikai) (Suzuki Maruti – India)
3	Derco (Mazda)	2009 – 2013	NYK, K Line, CSAV y CMC (Shin Nanseikai) respetan a Eukor
4	Derco (Samsung)	2009 – 2013	NYK, K Line, CSAV y CMC (Shin Nanseikai) a respetan a Eukor.
5	Toyota	2009 – 2013	Eukor respeta a NYK, K Line, CSAV y CMC (Shin Nanseikai)
6	Kaufmann (Fuso - Mitsubishi)	2011 – 2013	Eukor respeta a NYK, K Line, CSAV y CMC (Shin Nanseikai)
7	GM (Lejano Oriente)	2012 – 2013	NYK, K Line, CSAV y CMC (Shin Nanseikai) respetan a Eukor
8	Iveco	2012 – 2013	Eukor respeta a NYK, K Line, CSAV y CMC (Shin Nanseikai)
9	Indumotora (Subaru)	2012 – 2014	Eukor respeta a NYK, K Line, CSAV y CMC (Shin Nanseikai)
10	SK Comercial (Fotón)	2011 – 2012	Eukor respeta a NYK, K Line, CSAV y CMC (Shin Nanseikai)

Fuente: Tabla N° 3 del requerimiento, fojas 12;

Octogésimo quinto: Que, como se puede apreciar, en algunos de estos acuerdos la FNE acusa a Eukor de haber respetado ciertas cuentas de los miembros del Skai y en los otros acusa a estos últimos de respetar ciertas cuentas de Eukor. Sobre este punto, como primer antecedente y antes de analizar la prueba de cada acuerdo específico, consta en el expediente el correo electrónico de asunto "*Draft Reunion* Skai", de 4 de octubre de 1998, en el que se adjuntó una minuta de una reunión de los miembros del Skai en el cual se consignó lo siguiente "*HMM: LOS MIEMBROS ACORDARON ACERCARSE A HMM Y MANTENER CONTACTO. CON EL OBJETIVO DE ASEGURARSE DE QUE HMM NO SE ACERQUE A LAS CUENTAS DE SKAI O COTIZAR TARIFAS MÁS BAJAS EN EL MERCADO POR OTRO LADO, CUANDO SE PRONOSTIQUE PARA EL PRÓXIMO AÑO QUE LOS VOLÚMENES NO SEAN FUERTES COMO LOS DE ESTE AÑO. NYK BASICAMENTE SERÁ LA VENTANA DE SKAI*" ("29. S'Kai Meeting's Minute – Final de 2 de octubre de 1998", fojas 1 del "Cuaderno de documentos alzamiento confidencialidad de la FNE", página

4; traducción en "Anexo III, Tomo IV, Skai 13.11", iv\II\3\Entregas 2012\Entrega Noviembre, 13\ANEXO III, página 558);

Octogésimo sexto: Que la minuta anterior es relevante por cuanto HMM corresponde a Hyundai Merchant Marine, filial de Hyundai Motors Company ("Hyundai"), la cual estaba a cargo de la contratación de servicios de transporte marítimo de vehículos del grupo Hyundai, relacionada a Eukor. Indica Eukor que en el año 2002 "*HMM vendió su división car carrier a un joint venture creado para esos efectos por Wallenius Lines AB, Wilh. Wilhelmsen ASA, Hyundai Motors Company y Kia Motors Corporation. Estas dos últimas compañías coreanas pertenecen al Grupo Hyundai y son propietarias del 20% de los derechos del joint venture que, en definitiva, tomó el nombre de Eukor*" (fojas 7259 y en términos similares a fojas 575 y siguientes). Por su parte, Wallenius Lines AB y Wilh. Wilhelmsen ASA, son empresas de transporte y logística y operan "*desde el año 1999 como un joint venture -en partes iguales- para el transporte de vehículos (entre otras actividades) bajo la denominación Wellenius Wilhelmsen Logistic (WWL)*", según lo señalado, en el informe económico acompañado por Eukor a fojas 2350 (fojas 2460, en términos similares a fojas 576 y 593);

Octogésimo séptimo: Que, por lo tanto, como se aprecia del documento transcrito en el considerando octogésimo cuarto, los contactos entre los miembros del Skai y Eukor serían anteriores a los acuerdos acusados de la Ruta Asia, por cuanto HMM era la predecesora de esta última;

Octogésimo octavo: Que, no obstante este primer antecedente, como se verá, del análisis de la prueba rendida se desprende más bien que habrían existido acuerdos internos entre los miembros del Skai que podrían haber excedido los fines propios de un servicio de actuación conjunta amparado por el artículo 5° de la Ley de Fomento a la Marina Mercante. Sin embargo y de acuerdo con el principio de congruencia, dichos actos no fueron acusados por la FNE, por lo que no se emitirá un juicio sobre ellos. El pronunciamiento de este Tribunal debe limitarse al contenido de las peticiones formuladas por las partes y específicamente, respecto a la Ruta Asia, el requerimiento de la FNE no acusa acuerdos ilícitos dentro del Skai, sino acuerdos de respeto de cuentas de los miembros de este servicio y Eukor;

1. Acuerdo de respeto de la cuenta Indumotora (Kia)

Octogésimo noveno: Que, de acuerdo con lo señalado en el número 1 de la Tabla N° 3 del requerimiento, NYK, K Line, CSAV y CMC (Skai) habrían respetado a Eukor la cuenta Indumotora (Kia) entre los años 2009 a 2013. Tal cómo se indicó en el considerando segundo, el requerimiento no entrega mayores detalles de este acuerdo, citándolo como ejemplo de los acuerdos de la Ruta Asia en su párrafo 40;

Nonagésimo: Que la relación de los hechos contenida en la Solicitud CSAV contiene una descripción más detallada de las circunstancias de un eventual acuerdo, refiriéndose específicamente a la licitación que Kia llamaría en el año 2009. En dicha oportunidad, CSAV habría tenido intenciones de competir por esa carga –que era del Skai hasta el año 2006–, pero los otros miembros le sugirieron que no lo hiciera para no molestar a Eukor, naviera titular de la cuenta. La parte pertinente de dicha solicitud señala lo siguiente: "*El 30 de noviembre de 2009* [Ejecutivo N° 4 de CSAV] *de CSAV se comunicó mediante correo con ejecutivos de las demás navieras integrantes del servicio conjunto Shin Nanseikai (NYK, CCNI y K-Line), proponiéndoles competir nuevamente por la carga Kia que el consignatario Indumotora importa hacia Chile. Esta carga había sido transportada por el Shin Nanseikai hasta el año 2006, momento en el que el carrier coreano Eukor realizó una oferta de flete sustancialmente más económica. El 2 de diciembre de 2009 se realizó una teleconferencia entre ejecutivos de carriers miembros del Shin Nanseikai, en la que los carriers japoneses se negaron a que CSAV realizara una oferta atractiva por esta carga, ya que Eukor podría considerarlo una agresión a una cuenta propia, lo que le impediría a las empresas japonesesas* (sic) *proteger la carga de fabricación japonesa en caso que se requiriera. Los carriers japoneses determinaron que si CSAV recibía una invitación formal a cotizar de Indumotora, NYK contactaría a Eukor para solicitar la tarifa a cotizar"* (página 16)";

Nonagésimo primero: Que, por su parte, en la Solicitud Complementaria NYK se señaló que "*el contrato de Indumotora para automóviles Kia era operado por Eukor con una tarifa a valor CIF y el cliente quería cambiarla a FOB. Es por ello que se puso en contacto con diversas líneas navieras. NYK acordó junto con las navieras del S'Kai de no ofrecer competitivamente por este negocio, ya que asu-*

mían que era una estrategia de Indumotora para después negociar nuevas tarifas con Eukor. NYK previno a los miembros del S'Kai que ofrecer una tarifa competitiva para este cliente abriría una indeseada guerra de precios con Eukor, sin perjuicio de que el S'Kai no tenía ninguna opción de adquirir este negocio, ya que el nivel de servicio del S'Kai no sería suficiente para cubrir este negocio. Es más, esta acción podía empezar la entrega de ofertas competitivas a clientes japoneses, especialmente Toyota, los que eran servidos por el S'Kai. Como Eukor era la principal amenaza del S'Kai, NYK se comunicó con ellos y con los miembros del S'Kai para proteger ambos intereses. Finalmente, el S'Kai respetó la cuenta de Eukor" (páginas 19 y 20). El cambio de los términos comerciales de CIF a FOB era relevante porque, como se adelantó en el considerando decimocuarto, la negociación en términos CIF se hace directamente con el fabricante, mientras que en términos FOB se realiza directamente con el consignatario;

Nonagésimo segundo: Que la Solicitud CSAV y la de NYK son consistentes, en lo medular, en los siguientes elementos: (i) que la cuenta de Indumotora a esa fecha (2009) era operada por la naviera coreana Eukor; (ii) que habría existido un acuerdo interno entre los miembros del Skai para no ofrecer tarifas competitivas por esa carga, ante la amenaza de que se podrían poner en riesgo las cuentas de fabricantes japoneses de alguno de los miembros de este servicio conjunto; (iii) que Eukor era la principal amenaza frente a dichos intereses; y (iv) que para la protección de dichos intereses, NYK se comunicaría con Eukor (comunicación que se habría hecho efectiva según la solicitud de la propia NYK);

Nonagésimo tercero: Que, en este caso, pese a la vaguedad y falta de una descripción detallada en el requerimiento de los hechos que habrían dado origen a este acuerdo, las solicitudes de beneficios entregan elementos sobre las causas y la manera cómo se habría implementado, los que, en todo caso, son insuficientes para tener por acreditado el mismo, razón por la cual se analizará el resto de la prueba aportada por la requirente a este proceso;

Nonagésimo cuarto: Que, en línea con el relato de la Solicitud CSAV, se encuentra en el expediente de la FNE el siguiente correo electrónico del Ejecutivo N° 4 de CSAV dirigido a miembros del Skai, asunto "*S'Kai/DIASA – KIA Vehicles S. Korea/Chile*", de fecha 30 de noviembre de 2009:

"Estimados Miembros S´Kai

Por favor adviertan que se nos ha acercado DIASA (Consignatario KIA en Chile) con el fin de tener la posibilidad de considerar transportar los vehículos KIA de Corea del Sur a Chile.
(...)

Como los miembros S´Kai recuerdan, en oct 2006 los S´Kai perdieron esta cuenta con Eukor, quienes ofrecieron 65/cbm todo incluido, contra la oferta de S´Kai de 61 cbm + baf, lo que resultó en una carga total para entonces de alrededor de [✂]/cbm, lo cual era una brecha demasiado grande.

Como perdimos esta cuenta hace algunos años, ahora tendremos que ser muy competitivos con el fin de volver a ganarla de regreso. Es el precio que tendremos que pagar ahora por dejar que esta cuenta se fuera con nuestros competidores.

Como ustedes saben, es más difícil recuperar una cuenta una vez que se ha perdido. Por lo tanto, calculamos que deberemos estar hablando de una tarifa de carga de usd [✂]/cbm todo incluido para recuperar esta gran cuenta.

Por otro lado, en Glovis, la nueva compañía de logística propiedad de Hyundai y KIA, estarán muy interesados en esta cuenta, al igual que Eukor, que será dejado con sólo unos pocos negocios ex Corea del Sur".

- "Documentos N° 2 y 3", fojas 52 "Cuaderno de documentos alzamiento confidencialidad de la FNE", página 216: traducción iv\II\3\Entregas 2012\Entrega Noviembre, 13\ANEXO II\Anexo II_1, página 148;

Nonagésimo quinto: Que, además, constan en el expediente de la FNE las siguientes notas manuscritas que habría tomado el Ejecutivo N° 4 de CSAV después de haber enviado el correo electrónico transcrito en el considerando anterior:

a) Nota de fecha 2 de diciembre de 2009:

- *KIA: Objetivo → q' el S'kai acepte tomar esta carga @55 400/700*
- *Rápido. Solo una gran posibilidad → Tarifa @55 es CSAV*

- Recordar q' lo teníamos, cómo lo perdimos (→ CSAV lo advirtió) y cómo nos hace falta → cómo hubiera servido en la crisis, no bajaron los volúmenes.
- (1) Sí: […]
- (2) No: rotundo → tarifa baja: China e India ya es baja.
- Es el cliente el que quiere esta porción FOB. Si no es con el S'kai → CIDO, otros? Hoegh? […]
- (3) Libertad de acción (no tocar este tema). – Es diferente recuperar esta cuenta a abrir una cuenta nueva.
- 81 - 3 - 3284 6459.
- Evitar mensajes con ese tipo de información
- S'Kai: sólo proveyendo servicio juntos, pero no discutiendo tarifas
- ¿Por qué bajar tarifa? Si dos carriers pueden tener la misma tarifa
- Usarnos para bajar tarifa → primero FOB
- NYK → cómo se tomará esto Eukor → agresión que no permitirá en caso que nosotros tengamos que proteger después la carga japonesa. Carta con FOB → entonces NYK llamará a Eukor por la tarifa para que no cotice más bajo y no tener guerra de tarifas. Similar con Maruti y Derco"

- "Documentos N° 8 y 9" fojas 52 "Cuaderno de documentos alzamiento confidencialidad de la FNE", página 231; traducción libre de la FNE a fojas 5832.

b) Notas de fecha 16 de diciembre de 2009:

"Eukor: valoró el acercamiento, no informado.
Actual 4Q 2009: 60 + BAF 5% → 63; 1Q 2010: 60 + BAF 13% → 67.8} ofertar 70 + BAF o más alto => [70 + EBAF] → inicial → si hay negativa, podemos hablar con Eukor de nuevo (no 60, pero alrededor de los 60's).
=> ofertar más bajo será un quebrantamiento del acuerdo → ellos no molestan a NYK, y NYK no molesta a Eukor (→ asustados con efectos en Toyota, etc) → no puede inducir el cambio desde CIF a FOB […]
CCNI: 64 + 50% del EBAF […]
NYK: no es una oportunidad, solo reducción de tarifa de Eukor. No debería quedarse con este negocio, se dio el mandato a NYK y aceptó […]".

- "Documentos N° 8 y 9" fojas 52 "Cuaderno de documentos alzamiento confidencialidad de la FNE", página 235; traducción libre de la FNE a fojas 5836;

Nonagésimo sexto: Que dicho ejecutivo, en su declaración en la FNE, explicó el correo electrónico y las notas descritas en los considerandos precedentes en los siguientes términos:

> *"Indumotora es un cliente que CSAV ha tenido por muchísimos años. Creo que fue tal vez el primer cliente Car Carrier. Y es quien representa las marcas Subaru, Hino y Kia. En el S'Kai transportamos Subaru y Hino, y hasta el año 2006 transportábamos Kia. Por alguna razón, no sé cual, los B/L de Subaru los emite mes por medio CSAV con CCNI, aunque CSAV es la naviera que negocia los fletes con Indumotora. A fines del año 2009, no sé si porque Indumotora se acercó a CSAV o viceversa, Indumotora nos dio la oportunidad de transportarles parte de su carga Kia desde Corea para lo cual ellos cambiarían las condiciones de compra de CIF a FOB. Ante esto CSAV estaba muy entusiasmado con recuperar esta carga, o parte de esta carga, ya que Kia era una de las marcas con mayor crecimiento en el país. Por lo tanto le presentamos esta oportunidad al S'Kai, a través de un email el 30 de noviembre del año 2009, explicándoles la situación y que en caso de recuperar parte de esta carga tendría que ser a niveles muy competitivos (USD [✂]/cbm). Luego, en teleconferencia con miembros del S'Kai un par de días después, los socios, principalmente los japoneses, estaban en desacuerdo con ofrecer niveles tan bajos para recuperar esta carga. Sus argumentos eran dos:*
>
> *a) Que esto era solamente para bajar tarifas*
>
> *b) Que estaba preocupado, sobretodo NYK, de cómo Eukor iba a tomar esta oferta tan baja. Según lo que dijo NYK lo podrían tomar como una agresión que no les permitiría proteger carga japonesa en el futuro.*
>
> *Se siguió discutiendo este tema con S'Kai a través de teleconferencias, y el 16 de diciembre del año 2009, NYK comentó que había contactado a Eukor, quienes apreciaban la información ya que no habían sido informados de que el consignatario estaba considerando cambiar parte de la carga a términos FOB. Eukor le habría solicitado a NYK que se ofertara no menos de USD [✂]/cbm + baf. En caso de tener que bajar más la tarifa,*

Eukor solicitó que NYK hablara con ellos nuevamente. Ahí NYK nuevamente comentó sobre Eukor que ellos no molestan a NYK, y NYK no molesta a Eukor. Y NYK estaba asustado con los efectos que esto podría traer a la marca de Toyota y otras marcas japonesas. CCNI también opinaba que la tarifa era muy baja, y que debía ser mayor. Finalmente, ante la negativa de ofertar competitivo (ya que si ofertábamos más de lo que ya tenía el cliente, obviamente no se cambiará a CSAV), CSAV desistió de seguir negociando por esta carga con el cliente".

- Declaración en la FNE del Ejecutivo N° 4 de CSAV de fecha 6 de agosto de 2013, "Documento N° 1" a fojas 52 del "Cuaderno de documentos alzamiento confidencialidad de la FNE", página 4;

Nonagésimo séptimo: Que la declaración del ejecutivo de CSAV se condice con el relato de los hechos a que hace referencia CSAV en su solicitud de beneficios, agregando, eso sí, algunos antecedentes relevantes. Primero, NYK se habría comunicado con Eukor para informarle el cambio de parte de los términos comerciales de la carga de Kia (CIF a FOB). Segundo, la naviera coreana habría hecho una solicitud acerca de la tarifa que debía ofrecer la naviera del Skai que decidiera participar. Por último, Eukor pidió a la misma NYK que se comunicaran con ella en el caso de que decidiera formular una oferta por un precio más bajo;

Nonagésimo octavo: Que, finalmente, el Ejecutivo N° 3 de NYK también se refiere a eventuales conversaciones que dicha compañía habría sostenido con Eukor en el marco de la licitación llamada por Kia en el año 2009:

"[m]ientras tanto, nosotros indicamos en Indumotora 2009, que las conversaciones serían como una probable referencia a las tarifas del grupo Shin Nansei-Kai si Indumotora los contactase nuevamente. En relación a los negocios manejados por EUKOR - los negocios de Kia estaban siendo manejados por EUKOR y recibidos por Indumotora - básicamente nosotros nos comunicamos nuevamente y de manera efectiva con EUKOR en cuanto a cómo nosotros debíamos abordar esta petición en particular. Y básicamente acordamos seguir de manera tal de no recibir accidentalmente éste negocio"

- Declaración en FNE del Ejecutivo N° 3 de fecha 4 de septiembre de 2013, "Documento N° 26", a fojas 46 "Cuaderno de Versiones Públicas Definitivas de la FNE", página 89;

Nonagésimo noveno: Que analizadas en su conjunto las solicitudes de beneficios de CSAV y NYK, el correo electrónico del Ejecutivo N° 4 de CSAV de 30 de noviembre de 2009, las notas que este ejecutivo habría tomado los días 2 y 16 de diciembre de dicho año, así como su declaración en la FNE en la que explica estos documentos y la declaración del ejecutivo de NYK citada en el considerando anterior, es posible concluir que: (i) la carga Kia desde Asia era operada el año 2009 por Eukor; (ii) Indumotora estaba cotizando parte de esta cuenta en el año 2009 para transportarla en términos FOB, lo que para alguno de los miembros del Skai, particularmente CSAV, era una oportunidad para ofertar en términos competitivos; (iii) NYK tenía serias aprehensiones sobre la participación en dicha licitación por las represalias que podría adoptar Eukor; y (iv) con tal fin, NYK se comunicó con Eukor, y esta última le habría sugerido un precio de oferta a su rival y solicitado seguir conversando;

Centésimo: Que las defensas y alegaciones de Eukor respecto de este acuerdo no logran desvirtuar la conclusión señalada en el considerando precedente, según pasa a explicarse;

Centésimo primero: Que Eukor sostiene, en primer término, que la acusación de la FNE carece de racionalidad económica y jurídica, ya que sería impensable que quisiera coludirse para perjudicar a su accionista Kia. Este mismo argumento es desarrollado por CMC (fojas 491) y K Line (fojas 544). Sin embargo, esta alegación no es suficiente para descartar el acuerdo acusado, por dos razones. En primer lugar, la falta de racionalidad económica y jurídica alegada por Eukor no es correcta, ya que dada la participación minoritaria de Kia en Eukor sí podría serle rentable coludirse aun cuando afectara a dicha accionista. En segundo lugar, tal como sostiene la FNE, era racional llegar a un acuerdo de este tipo porque Indumotora, consignataria de Kia en Chile, tenía la intención de cambiar los términos comerciales de CIF a FOB, lo que abría una posibilidad real de competir por dicha cuenta;

Centésimo segundo: Que, en segundo lugar, Eukor sostiene que Indumotora no habría intentado cambiar los términos comerciales del transporte de la carga Kia. Sin perjuicio de que los términos comerciales no fueron finalmente modificados, la prueba aportada al proceso por la propia Indumotora sobre la inten-

ción de dicha modificación es contradictoria y, por consiguiente, no es suficiente para descartar la prueba ponderada anteriormente;

Centésimo tercero: Que, en efecto, por un lado, Indumotora en su respuesta al oficio N° 0023 de la FNE señaló que *"no ha intentado modificar los términos de importación durante el período señalado, toda vez que estas son las condiciones acordadas con las fábricas cuyos vehículos distribuye. No apreciamos ventajas significativas que pudieran justificar la búsqueda de un cambio respecto de la situación actual"* ("Documento 139", v\A\A.1\I. Antecedentes Públicos del Expediente de Investigación\Documentos Desagregados, página 7). Sin embargo, contradiciendo lo anterior, el ejecutivo de dicha consignataria Iván Abud, en su declaración testimonial, indicó que "*nosotros por ahí por el 2010 empezamos a mirar de vuelta el mercado, ¿por qué?, porque el mercado estaba con tarifas de precio de petróleo que empezaban a bajar y esas tarifas de precio de petróleo que empezaban a bajar iban a producir tarifas que eran más conveniente, y entonces empezamos a mirar, y empezamos a pedir cotizaciones y empezamos a operar con … con … con … con, no operar, sino que a buscar con los distintos proveedores. Todavía nosotros no nos cambiamos en el caso de Kia, de la cláusula de embarque flete incluido, pero nosotros ya tenemos cotizaciones a partir de hace dos años, tenemos cotizaciones que son más baratas, cambiando la cláusula de compra, desde flete incluido a FOB. Y nos hemos demorado en cambiar, por algunas razones logísticas, pero probablemente eh … eh … eh … a partir del próximo semestre vamos a cambiar los fletes, vamos a cambiar la cláusula, porque hemos encontrado fletes más baratos"* (fojas 3329);

Centésimo cuarto: Que, por último, Eukor sostiene que el 2009, mismo año en que se habría iniciado el acuerdo acusado, ya había renovado su contrato con Kia hasta el año 2012. Para estos efectos, a fojas 5424, acompañó un documento que da cuenta de la renovación de dicho contrato, en el que se muestra que las tarifas de dicha carga con destino a Chile fueron establecidas con fecha 30 de septiembre del año 2009. Sin embargo, este mismo contrato da cuenta que no cubre toda la carga Kia hacia la costa oeste de Sudamérica, sino solo un 40% (fojas 346 y siguiente, "Cuaderno Eukor versiones públicas"), por lo que esta explicación alternativa tampoco permitir descartar la prueba aportada por la FNE respecto de este acuerdo;

Centésimo quinto: Que, por todo lo anterior, es dable concluir que el año 2009 los miembros del Skai, a través de NYK, se comunicaron con su competidor Eukor con el objeto de informarle las intenciones que tenía Indumotora de transportar la carga Kia a Chile bajo términos FOB y de que, en ese caso, respetarían dicha cuenta de la naviera coreana, para lo cual esta última le habría sugerido la tarifa que debía oferta la naviera del Skai que deseara participar en la respectiva licitación;

Centésimo sexto: Que, por consiguiente, se encuentra acreditado en autos que, al menos en el año 2009, los miembros del Skai acordaron respetar la cuenta Kia en favor de Eukor, sin perjuicio de que, finalmente, dicho acuerdo no se materializara porque Indumotora en definitiva no cambió los términos comerciales de CIF a FOB;

Centésimo séptimo: Que corresponde entonces resolver las excepciones de prescripción opuestas por Eukor, CMC y K Line;

Centésimo octavo: Que los hechos a que se refiere este acuerdo ocurrieron a fines del año 2009, por lo que el estatuto de prescripción aplicable en la especie es aquel establecido en la Ley N° 20.361, que establece un plazo de cinco años, el que "no se iniciará mientras se mantengan en el mercado los efectos imputables a la conducta objeto de la acción" (artículo 20 D.L. N° 211);

Centésimo noveno: Que, como se ha explicado, este acuerdo no produjo efectos porque finalmente la consignataria de Kia no cambió los términos comerciales de CIF a FOB, manteniéndose las condiciones que existían en ese momento. Por lo tanto, la acción para perseguir la responsabilidad infraccional por esta conducta se encuentra prescrita porque ha transcurrido el plazo de cinco años establecido en la ley, toda vez que CMC fue notificada el 11 de febrero de 2015, K Line el 20 de febrero de 2015 y Eukor el 2 de febrero de 2015;

Centésimo décimo: Que, en consecuencia, serán acogidas las excepciones de prescripción opuestas por CMC, K Line y Eukor y, por tanto, se rechazará estar parte del requerimiento de la FNE;

2. Acuerdo de respeto de la cuenta Derco (Suzuki Maruti-India)

Centésimo undécimo: Que, de acuerdo con lo señalado en la Tabla N° 3 del requerimiento, Eukor habría respetado a NYK, K Line, CSAV y CMC (Skai) la cuenta Suzuki Maruti-India entre los años 2009 a 2013. La FNE sostiene que antes del año 2009 el Skai importaba esta carga en términos CIF desde India, pero a partir de dicho año el consignatario chileno Derco S.A. cotizó para evaluar si convenía cambiar la importación a términos FOB, con las consecuencias que ello traía aparejado, según se ha explicado. Frente a la posibilidad de perder esta cuenta, los miembros del Skai se habrían reunido en septiembre de 2009 en las oficinas de CSAV en Nueva Jersey, acordando que NYK trataría de mantener el control de la carga en términos CIF y que hablaría con Eukor para pedirle el respeto de la cuenta, para lo cual uno de sus ejecutivos se habría contactado con otro de la naviera coreana. Finalmente, si bien no se habría logrado mantener la negociación de la carga en términos CIF, NYK habría asegurado la cuenta Suzuki-Maruti India (fojas 11);

Centésimo duodécimo: Que la versión de los hechos descritos en el requerimiento es consistente con la relación contenida en la Solicitud CSAV. En la página 17 de la misma, se señala que "*en una reunión de ejecutivos de las compañías integrantes de Shin Nansenkai se discutió sobre la carga Suzuki Maruti proveniente desde India, transportada mediante feeder a Japón y luego cargada en una nave del servicio conjunto hasta Chile* [✂]. *El consignatario de esta carga es Derco, quien estaba cotizando flete marítimo, pues estaba evaluando la opción de comprarla en términos FOB. Los miembros del Shin Nansenkai acordaron responder a estas cotizaciones de Derco intentando asegurarse que NYK mantuviera el control de esta carga términos CIF, negociándola directamente con Suzuki en Japón. Se planteó en la reunión que si la carga pasaba a comprarse en términos FOB, el principal competidor sería Eukor. Ante esto NYK habría comentado que si Eukor atacaba una marca japonesa, hablarían con ellos para obtener el respeto recíproco de cuentas japonesas y coreanas*";

Centésimo decimotercero: Que la Solicitud Complementaria NYK también entrega antecedentes sobre la importancia que tenía esta cuenta para esta requerida. En su parte pertinente se señala que "*el cliente Derco Maruti/SUSUKI*

(sic) *para la ruta de India a Chile era 100% una cuenta NYK bajo el servicio del S'Kai. Los miembros del S'Kai no intentarían arrebatar esta cuenta de NYK toda vez que, tal como se señaló anteriormente, existía entre ellos un entendimiento mutuo de que los miembros del S'Kai apoyarían mantener este contrato bajo el servicio de S'Kai a través del NYK como propietaria del negocio*". Más adelante, NYK explica que quería mantener este negocio en términos CIF y que con Eukor habría tenido un entendimiento mutuo de que esta cuenta le pertenecía "*y que ellos respetarían este negocio evitando la creación de cualquier tipo de competencia al respecto*" (páginas 18 y 19);

Centésimo decimocuarto: Que tanto la Solicitud CSAV como la de NYK son consistentes en los siguientes elementos: (i) los miembros del Skai querían mantener la cuenta Suzuki Maruti India bajo términos CIF; (ii) dichos miembros acordaron que NYK mantuviera esta cuenta; y (iii) NYK tendría contactos con Eukor para asegurar lo anterior. Sin perjuicio de que dichas solicitudes dan cuenta de un acuerdo interno entre los miembros del Skai, en lo que se refiere a la acusación de la FNE el relato de los hechos contenido en ellas es coincidente, de manera general, con el requerimiento. A continuación, se analizará el resto de la prueba rendida;

Centésimo decimoquinto: Que, por un lado, en el expediente de la FNE se encuentran las notas manuscritas del Ejecutivo N° 4 de CSAV que esta naviera acompañó al proceso de delación bajo el título "CCNI", en las que se indica que "*Eukor respetó Maruti con NYK, pero dijo que TATA era de ellos*" ("Documentos N° 8 y 9" fojas 52 "Cuaderno de documentos alzamiento confidencialidad de la FNE", página 43: traducción libre de la FNE a fojas 5800). Dichas notas fueron explicadas por su autor en una declaración en la FNE, cuya parte pertinente se transcribe a continuación:

> *"[FNE] ¿Qué significa "Eukor respected Maruti" (Ref: cuaderno de notas N°l fojas 43)?*
>
> *[Ejecutivo N° 4 de CSAV] Significa que Eukor respetaba esa carga como carga de NYK. No sé bien que significa el detalle de eso, si tiene algún acuerdo, lo desconozco. Son comentarios de NYK, no sé el alcance de eso.*

> *Pero igual Eukor en la negociación del 2009 bajó harto la tarifa a través de Derco, en términos FOB. No le cotizaba o le cotizaba alto a Suzuki Maruti, pero a través de Derco fue muy competitivo en el año 2009"*
>
> - Declaración en la FNE del Ejecutivo N° 4 de CSAV de fecha 6 de agosto de 2013, "Documento N° 1" fojas 52 "Cuaderno de documentos alzamiento confidencialidad de la FNE", página 3;

Centésimo decimosexto: Que la declaración citada en el considerando precedente no entrega elementos precisos sobre el acuerdo acusado. Si bien el ejecutivo explica la frase *"Eukor respected Maruti"*, señala no conocer el alcance de ello, desconociendo además si existe un acuerdo. Luego, señala que Eukor habría efectuado ofertas competitivas el año 2009 por Suzuki, lo que habría provocado bajas en la tarifa, todo lo cual no se condice con el comportamiento propio de un acuerdo colusorio de respeto de cuentas;

Centésimo decimoséptimo: Que también en el expediente de la FNE se encuentran las notas manuscritas del Ejecutivo N° 3 de NYK ("71 (VP 06-11-15)", iii\3\ Documentos Disgregados). Estas habrían sido tomadas en septiembre de 2009, fecha en la que, de acuerdo con el requerimiento, se habrían reunido los miembros de Skai en Nueva Jersey, EE.UU. En la Solicitud Complementaria NYK se explica que "[l]*a nota da cuenta la tarifa que NYK entregó a CSAV como indicación, USD650 por unidad para el negocio de DERCO, e informó a CSAV y CCNI que NYK quería mantener el negocio DERCO/Maruti bajo término CIF*" (página 19). A su vez, el supuesto autor de la nota declaró en la FNE lo siguiente: "*Este memorándum muestra básicamente que en cuanto a CSAV, NYK les pediría que cotizasen* [✂] *Dólares por unidad y que CCNI hiciese lo mismo siempre que ésta última empresa hubiese recibido la misma petición, y también existe un memorándum en donde le explicamos a CSAV y a CCNI que NYK haría lo imposible para tratar y mantener este contrato de los vehículos Maruti Suzuki bajo los términos CIF. Y eso está en la parte inferior izquierda del memorándum*" ("Documento N° 26", a fojas 46 del "Cuaderno de Versiones Públicas Definitivas de la FNE", página 86);

Centésimo decimoctavo: Que tanto la explicación que se hace en la Solicitud Complementaria NYK como la declaración de su autor, dan cuenta más bien de un acuerdo interno de los miembros del Skai, el cual, como hemos indicado, no fue acusado en estos autos;

Centésimo decimonoveno: Que, por otra parte, en el expediente de la FNE se encuentra una minuta que se habría tomado en una reunión de principales del Skai, de fecha 17 de noviembre de 2009, en la que se indica lo siguiente: "*Según la gran participación de los autos coreanos, Eukor y otros competidores han estado contactando a los clientes habituales de SKAI como Maruti, Mazda Perú, GM Tailandia y clientes chinos e indios ofreciendo tarifas sobre su base. NYK y KKK* [K-LINE] *verificarán más a fondo las actividades de Eukor e informarán su fundación a los miembros de SKAI tan pronto como se encuentre disponible*" ("13. Minutes of Shin Nanseikai Principal Meeting in Santiago held on November 17th, 2009", fojas 1 del "Cuaderno de documentos alzamiento confidencialidad de la FNE", página 4; traducción en "CSAV 10-05-2013 Tomo II", iv\II\2\Entregas Enero - Agosto 2013\Aporta antecedentes 10.05.2013, página 56). De acuerdo con la FNE, esta minuta daría cuenta de que todos los miembros del Skai estaban al tanto del acuerdo con Eukor;

Centésimo vigésimo: Que, sin embargo, el contenido de la minuta citada precedentemente más que dar cuenta del conocimiento que tendrían los miembros de Skai sobre un eventual acuerdo con Eukor, explica las actividades y movimientos que navieras coreanas (en especial Eukor) habrían realizado respecto de sus clientes Maruti, Mazda y GM Tailandia;

Centésimo vigésimo primero: Que la única evidencia que puede ser consistente con las solicitudes de beneficios de CSAV y NYK son los correos electrónicos enviados por Ronald Peake, en representación de Derco, a ejecutivos de las navieras CSAV, CGM, Eukor, CMC y Höegh, invitándolos a cotizar por esta carga en agosto del año 2009, contenidos en el expediente de la FNE ("P. 9 - DERCO Autos Maruti propuesta CGM Eukor CCNI 2009 – VP", "P. 9 - DERCO Autos Maruti propuesta CSAV 2009 – VP" y "P. 9 - DERCO Autos Maruti propuesta Hoegh 2009 – VP", v\B\B.2\V. Antecedentes Confidenciales Terceros\3. Derco S.A\3. Resp a Of 0023\1 CD). En el siguiente cuadro se aprecia que solo NYK presentó ofertas en la segunda etapa y en la etapa final, lo que contradice la declaración del Ejecutivo N° 4 de CSAV citada en el considerando centésimo decimoquinto:

Navieras a la que le solicitó cotización	Oferta presentada en Etapa 1	Oferta presentada en Etapa 2	Oferta presentada en Etapa Final	Resultado de Cotización
Eukor	No ofreció.	No ofreció.	No ofreció.	No adjudicada
NYK	640 US$	615 US$	600 US$	Adjudicada
Hoegh	850 US$	No ofreció.	No ofreció.	No adjudicada
CSAV	100 US$ / metro cubico	No ofreció.	No ofreció.	No adjudicada
CGM	No ofreció.	No ofreció.	No ofreció.	No adjudicada

- "Información en formato Excel, 2013_10_21 - versión confidencial", v\B\B.2\V. Antecedentes Confidenciales Terceros\3. Derco S.A\3. Resp a Of 0023\2 CD, pestaña "Punto 6";

Centésimo vigésimo segundo: Que, por último, en cuanto al término de este acuerdo, según el contrato entre NYK y Derco S.A. el mismo habría estado vigente desde el 1 de octubre de 2009 hasta el 30 de septiembre de 2011. Sin embargo, en una minuta de reunión entre ejecutivos de DERCO y NYK se indica que "[s]e *ratificó el contrato no sufriría cambios hasta su vencimiento el 30 de Sep.2012*" ("P. 6c y 9 - Reunión NYK 8mar2012 – VP", v\B\B.2\V. Antecedentes Confidenciales Terceros\3. Derco S.A\3. Resp a Of 0023\1 CD, página 1). Lo anterior es consistente con el correo electrónico intercambiado entre Ronald Peake, de Derco, y ejecutivos de NYK, asunto "NYK / DERCO - FIN DE CONTRATO", de fecha 19 de octubre de 2012, en el que el primero explica que otra naviera se había asignado el negocio de DERCO desde India y hace referencia a que el contrato con NYK tenía vigencia hasta ese mes, es decir, octubre de 2012 ("P. 6c y 9 - RV NYK DERCO - FIN DE CONTRATO – VP", v\B\B.2\V. Antecedentes Confidenciales Terceros\3. Derco S.A\3. Resp a Of 0023\1 CD);

Centésimo vigésimo tercero: Que la FNE explica en sus observaciones a la prueba que "*en octubre del año 2012, EUKOR llegó a un acuerdo con Derco para transportar la carga Suzuki Maruti a partir de los embarques de noviembre de 2012, esto es, con posterioridad al término del acuerdo de respeto de cuentas con el Shin Nansenkai. Sin perjuicio de lo anterior, los efectos del acuerdo se extendieron hasta que ingresó a Chile el último automóvil bajo el contrato respetado, motivo por el cual se estableció el año 2013 en el Requerimiento como fecha límite del acuerdo. No debe olvidarse que existe un desfase entre la fecha de embarque en el puerto de origen hasta su ingreso a Chile, lo que generó que algunos vehículos hayan ingresado a principios del año 2013*" (fojas 5809). Esto último porque el tiempo de transito promedio es de 40 a 60 días desde India a Chile (nota al pie N° 484 de fojas 5809) por lo que, si el contrato terminó en octu-

bre para hacer los últimos embarques en noviembre del año 2012, algunos autos habrían entrado a Chile el año 2013. Sin embargo, de acuerdo con los datos de la Base Aduanas, la última carga de vehículos marca Maruti transportados por NYK habría entrado al país el 26 de agosto de 2011, lo que no se condice con lo señalado por la FNE;

Centésimo vigésimo cuarto: Que, en cuanto a las defensas de las requeridas, tal como se señaló en la parte expositiva y en el considerando octavo, Eukor negó cualquier participación en los acuerdos que le imputan, entre los cual está el relativo a la cuenta Suzuki- Maruti India, planteando explicaciones alternativas a los hechos descritos en el requerimiento;

Centésimo vigésimo quinto: Que, en primer lugar, Eukor sostiene que no le era conveniente participar en esta licitación por lo costos involucrados, ya que su puerto quedaba en Chennai y no en Mumbai, donde se cargaban los automóviles Suzuki Maruti. Así, arguye que el volumen de la licitación convocada el año 2009 por Derco para transportar vehículos marca Suzuki Maruti desde Mumbai, India, no hacía rentable agregar esa parada a las rutas que habitualmente utilizaba (fojas 607);

Centésimo vigésimo sexto: Que lo anterior fue ratificado por el testigo Rune Andreassen, ejecutivo de Eukor: "*Si estuve involucrado en esta decisión, porque Derco era mi cliente bajo términos FOB, por lo tanto era natural que yo parte del equipo de negociación. Básicamente se declinó por dos factores. Comparativamente era un volumen pequeño. Eran sólo 400 automóviles al mes, y Suzuki se exportaba desde Mumbai en India, y nuestro puerto estaba en Chennai, por lo tanto los costos de enviar y reubicar la nave eran muy altos. No tenía ningún sentido, no hacía sentido desde un punto de vista del negocio, que participáramos*" (fojas 3835). Más adelante, frente a la pregunta sobre por qué Eukor participó en la licitación de Derco del año 2012 para el transporte de los mismos vehículos, este testigo señalo que habría sido "*básicamente por dos razones. Primero, porque se incrementó dramáticamente el volumen a licitar, y también porque Eukor desarrolló nuevos negocios en la costa este de la India, y por lo tanto Mumbai ya no era un puerto de escala separado, por lo que hacía sentido que participáramos en el negocio*" (fojas 3837). Indica que la licitación del año

2012 era mucha más atractiva en término de volumen de vehículos a transportar, pasando de entre 6.000 y 7.000 unidades a 20.000 (fojas 3837);

Centésimo vigésimo séptimo: Que, en relación con esta defensa de Eukor, la FNE, en su escrito de observaciones a la prueba, señala que dicha naviera sí tenía paradas en Mumbai, ya que transportaba vehículos Mahindra desde ese puerto (fojas 5804). En el expediente constan antecedentes que acreditan que esto es efectivo pero que Eukor lo hacía a través de contenedores, no en naves *car carrier*, que son las que NYK habría utilizado para transportar la carga Suzuki Maruti. Esto fue explicado por Fernando Carcey, Jefe de Comercio Exterior Automotora Gildemeister (consignataria de Mahindra en Chile), en su declaración testimonial, donde señaló que los vehículos Mahindra eran transportados en contenedores y que esta forma de transporte marítima es menos recomendable que el de naves Roro (fojas 1674). En esta misma línea, se encuentra en el expediente de la FNE la cadena de correos electrónicos de septiembre del año 2009, asunto "RE: Ocean fright", entre Emilio Ascarrunz de Derco y Rajesh Singh de Suzuki Maruti, en la que se muestra que ambos ejecutivos están de acuerdo en que el transporte de vehículos debía ser en naves Roro y no en contenedores ("P. 8 - DERCO Autos Maruti cambio CIF_FOB 2009 – VP", v\B\B.2\V. Antecedentes Confidenciales Terceros\3. Derco S.A\3. Resp a Of 0023\1 CD, páginas 10 y 11);

Centésimo vigésimo octavo: Que, por otra parte, de acuerdo con el correo electrónico "*RE: SODILOG-DERCO / MARUT cars from India*", rolante a fojas 7849, Eukor habría rechazado esta carga el 17 de agosto del año 2009, vale decir, antes de la reunión de los miembros del Skai en septiembre del mismo año;

Centésimo vigésimo noveno: Que, a su vez, CMC también negó cualquier participación en el acuerdo acusado por la FNE, afirmando que el servicio Skai era un acuerdo lícito que permite racionalizar los servicios portuarios (fojas 488 y siguientes), lo que también sostiene la requerida K Line (fojas 542). Esta última además señaló que NYK delató un supuesto acuerdo interno entre los miembros de Skai y comparte la explicación planteada por Eukor sobre la falta de atractivo en participar en la licitación del año 2009, por los bajos volúmenes que se ofrecían (fojas 6100 y 6103);

Centésimo trigésimo: Que analizada la prueba aportada por la requirente y las defensas y explicaciones alternativas de las requeridas, en particular las de Eukor, no cabe sino concluir que el acuerdo de respeto de la cuenta Suzuki Maruti no fue acreditado. En efecto, las relaciones de los hechos contenidos en la Solicitud NYK y en la Solicitud Complementaria NYK si bien son, en general, consistentes con el requerimiento, contienen elementos adicionales de importancia que fueron totalmente omitidos en la acusación. Dichos elementos dicen relación con un acuerdo interno de los miembros del Skai, el que, reiterando, no fue requerido. Por su parte, la declaración del Ejecutivo N° 4 de CSAV es contradictoria con la tesis de un acuerdo y la minuta, analizada en el considerando centésimo decimoséptimo, sólo da cuenta de un seguimiento de la actuación de navieras coreanas. Más aún, la información contenida en el cuadro aportado por Derco, insertado en el considerando centésimo vigésimo primero, contradice lo señalado por el Ejecutivo N° 4 de CSAV. Por último, la explicación alternativa de Eukor resulta plausible y además fue acreditada en el proceso, tal como se dio cuenta en los considerandos precedentes;

Centésimo trigésimo primero: Que no habiéndose acreditado el acuerdo de respeto de la cuenta Derco Suzuki Maruti, esta parte del requerimiento será rechazada no siendo necesario pronunciarse sobre las excepciones de prescripción opuestas por Eukor, CMC y K Line;

3. Acuerdo de respeto de la cuenta Derco (Suzuki Japón, Mazda y Samsung)

Centésimo trigésimo segundo: Que, de acuerdo con lo señalado en los números 2, 3 y 4 de la Tabla N° 3 del requerimiento, NYK, K Line, CSAV y CMC (Skai) habrían respetado a Eukor las cuentas Derco (Suzuki Japón, Mazda y Samsung) entre los años 2009 a 2013. Estas tres cuentas se analizan en conjunto ya que se negociaron en un mismo contrato celebrado entre Derco y Eukor en el periodo acusado, tal como lo señala esta última (fojas 7284) y la FNE (fojas 5810). El requerimiento solo hace una descripción genérica del acuerdo, sin entregar mayores detalles del mismo, limitándose a señalar que "*El ejemplo previo* [acuerdo sobre la cuenta Suzuki Maruti] *demuestra una particularidad de esta ruta, que es el hecho de que muchas cuentas son negociadas en términos comerciales FOB directamente por los consignatarios de vehículos. Así sucede con las cuentas Kia, Suzuki, Mazda, Samsung, Fuso, Subaru y Foton*" (fojas 11);

Centésimo trigésimo tercero: Que la relación de los hechos contenida en la Solicitud CSAV distingue dos periodos. Por una parte, con respecto al año 2009 se hace mención a cargas de Derco (Mazda) con dirección a un destino distinto de Chile en Sud América, tal como lo reitera la FNE en su escrito de observaciones a la prueba (fojas 5810). Por otra parte, en relación con la contratación del año 2010, se sostiene que "*Derco solicitó cotizaciones de flete marítimo en esta época* [2010]. *En una reunión de miembros del Shin Nanseikai, CCNI planteó la posibilidad de ofertar competitivamente por esta carga, transportada hasta la fecha por el carrier coreano Eukor. Los carriers japoneses* [NYK y K Line] *señalaron que era preferible no tomar ninguna acción (no ofertar), ya que la aparición del carrier Glovis y el escenario de incertidumbre comercial generaba el riesgo de una guerra de precios con Eukor*" (página 18);

Centésimo trigésimo cuarto: Que, por su parte, en la Solicitud Complementaria NYK se señaló que "*este transporte (referido a la fábricas coreanas o a Mazda) era operado por Eukor, pero CSAV y CCNI querían obtener esta cuenta para operarla a través del S'Kai. NYK, quien respetaba la propiedad del negocio de Eukor respecto de esta cuenta, acordó con las navieras chilenas de que no entraran en competencia con Eukor por esta cuenta, ya que solo traería problemas a las navieras del S'Kai en su relación con Eukor. De acuerdo a la declaración de un ejecutivo de NYK ante funcionarios de esa Fiscalía, la fortaleza del negocio del S'Kai se encontraba en negocios de origen japonés, por lo que no era necesario entrar a competir en negocios de origen coreano ya que ello alteraría el status quo que existía en el mercado. No era el momento de hacerlo*" (página 19);

Centésimo trigésimo quinto: Que la Solicitud CSAV y la de NYK son consistentes entre sí en los siguientes elementos: (i) que al menos uno de los miembros chilenos del Skai, CMC, quería efectuar ofertas competitivas por esta carga y (ii) que NYK deseaba mantener el *status quo* y no competir con Eukor. Vale decir, en ninguna de las solicitudes se da cuenta de alguna petición de los miembros del Skai a Eukor para que tomara conocimiento de este acuerdo interno. Sin perjuicio de esto, se encuentra en el expediente prueba adicional que se analiza en los siguientes considerandos;

Centésimo trigésimo sexto: Que un primer antecedente que se debe tomar en consideración es la declaración testimonial del ex Gerente General de CMC, José

Luis Chanes, quién reconoció que el interés de dicha empresa por adjudicarse estas cuentas no sería del todo efectivo. Lo anterior por cuanto cuando se le preguntó por qué creía que no se podía llevar esta carga, declaró que "*[e]n el caso del 2010 sí se comentó con los socios, y por la razón que mencioné antes, nosotros necesitábamos demostrar de alguna manera que podíamos tener algún tipo de control sobre una carga que era importante. Era más bien una, bluff, o una forma de presentarnos, de presentar más fuerza dentro de un servicio. Pero no creíamos, internamente que de verdad nos podíamos llevar la carga, por las razones que ya dije*" (fojas 3720 y 3721);

Centésimo trigésimo séptimo: Que, enseguida, en el expediente de FNE existen notas manuscritas del Ejecutivo N° 4 de CSAV, del siguiente tenor:

a) "Mazda: Eukor y Höegh estaban interesados en otra carga base? NYK le preguntará a Eukor que carga están ofreciendo".

- "Documentos N° 8 y 9" a fojas 52 "Cuaderno de documentos alzamiento confidencialidad de la FNE", página 206; traducción libre de la FNE a fojas 5811.

b) "Mazda: Eukor → no respondió, Hoegh ← Hablaron con. No he hablado con Mazda aún. Esperando y será respetado"

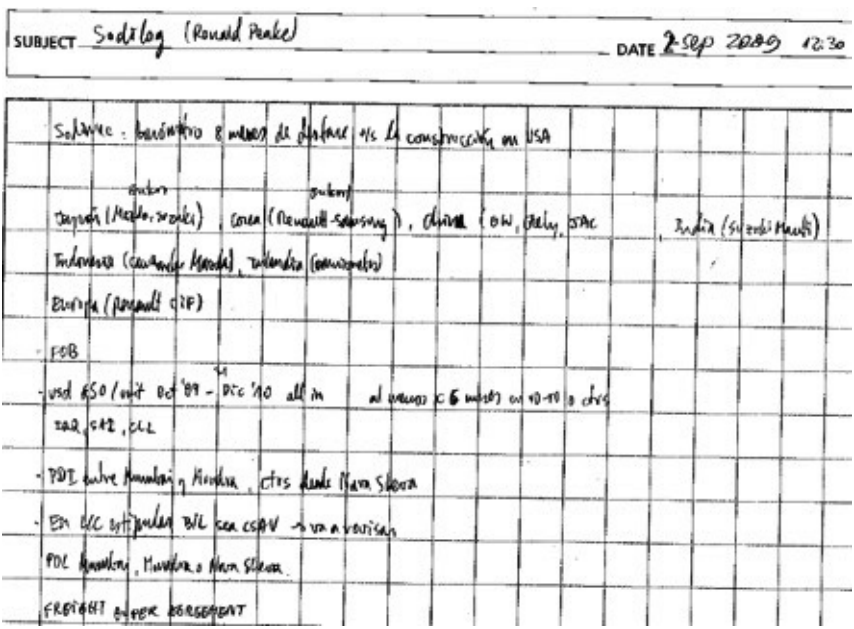
- "Documentos N° 8 y 9" a fojas 52 "Cuaderno de documentos alzamiento confidencialidad de la FNE", página 214; traducción libre de la FNE a fojas 5812.

c) "Mazda: NYK o K Line informarán. Preguntó Eukor y Hual para ofrecer 120"

- "Documentos N° 8 y 9" a fojas 52 "Cuaderno de documentos alzamiento confidencialidad de la FNE", página 644; traducción libre de la FNE a fojas 5812;

Centésimo trigésimo octavo: Que en su declaración en la FNE este ejecutivo explicó la tercera nota transcrita en el considerando anterior. Señaló que dicha nota se refería a una "*reunión del 17 de noviembre del 2009, de principales del ShiNansekai [sic] en las oficinas de CCNI, se hace referencia, entre otras materias, a una carga Mazda, posiblemente transportada desde Japón* [✂]*; el concesionario de dicha carga es Derco. En mis notas se indica que NYK y K Line iban a informar sobre las negociaciones relativas a esta carga y que habían solicitado a Eukor y Hoeg ofrecer* [✂]" ("28. Declaración Ejecutivo CSAV 22 10 (1) (VP 06-11-15)", i\3\Desagregados, página 7). Sin embargo, dichas notas se refieren a una carga Mazda desde Japón con un destino distinto a Chile;

Centésimo trigésimo noveno: Que, además, otras notas del mismo ejecutivo, de 2 de septiembre de 2009, demostrarían, según la Requirente, acercamientos entre el Skai y Sodilog, bróker de Derco. Estas notas se insertan a continuación junto con su respectiva traducción:


SUBJECT Sodilog (Ronald Peake) DATE 2-sep 2009 12:30

Sodimac: barómetro 8 meses de desfase v/s la construcción en USA

Japón (Mazda, Suzuki), Corea (Renault-Samsung), China (GW, Chery, JAC, India (Suzuki Maruti)

Indonesia (camionetas Mazda), Tailandia (camionetas)

Europa (Renault CIF)

FOB

- usd 650/unit Oct '09 - Dic '10 all in al menos x 6 meses en ro-ro o ctrs

IQQ, SAI, CLL

- PDI entre Mumbai y Mundra, ctrs desde Nava Sheva

- En LCC estipular B/L sea CSAV -> va a revisar

PDL Mumbai, Mundra o Nava Sheva

FREIGHT ACCORDING AGREEMENT

Traducción Libre FNE: *"[…] Tema Sodiloj* (sic) *(Ronald Peake). Fecha 2-sep 2009 12:30. Sodimac: barómetro 8 meses de desfase v/s la construcción en USA. Japón (Mazda, Suzuki) Eukor Corea (Renault-Samsung) Eukor, China (GW, Chery, JAC, India (Suzuki Maruti). Indonesia (camionetas Mazda), Tailandia (camionetas). Europa (Renault CIF). – FOB. – usd 650/unidad Oct '09 – 31 Dic '10 con todo al menos x 6 meses en ro-ro o ctrs, IQQ, SAI, CLL. - PDI entre Mumbai y Mundra, ctrs desde Nava Sheva. – En LCC estipular B/L sea CSAV -> va a revisar. PDL Mumbai, Mundra o Nava Sheva. FLETE SEGÚN ACUERDO*
- "Documentos N° 8 y 9" a fojas 52 "Cuaderno de documentos alzamiento confidencialidad de la FNE", página 635; traducción libre de la FNE a fojas 5816;

Centésimo cuadragésimo: Que esta nota tampoco se refiere al destino de la carga. Además, si bien la expresión "flete según acuerdo" podría ser un indicio del acuerdo acusado por la FNE, ello no es concluyente pues, como la nota fue tomada en una reunión del Skai, podría también referirse a un acuerdo al interior de este servicio conjunto;

Centésimo cuadragésimo primero: Que, por su parte, el Ejecutivo N° 3 de NYK declaró sobre estos hechos. A continuación, se transcribe la parte pertinente de la misma:

> *"[Ejecutivo N° 3 de NYK]: Así es. Las conversaciones de DERCO Mazda 2009 que tuvieron lugar, creo, entre los transportistas, llámense NYK, EUKOR, Hoegh y posiblemente NYK representando a los miembros de Shin Nansei-kai. Básicamente uno de los tópicos fue, por supuesto, los embarques de Mazda hacia [✂]. Los embarcadores de Mazda hacia [✂] y los recibidores de Mazda en [✂]- así también como DERCO - habían sondeado localmente a nuestros competidores en el mercado, EUKOR y Hoegh; para adquirir algún tipo de nivel de tarifa ofrecida por EUKOR y Hoegh. Por lo tanto EUKOR y Hoegh básicamente contactaron a NYK porque no querían quitarnos esta carga. No tenían intenciones y ellos nos hubiesen alertado que fueron contactados localmente y que buscaban nuestro consejo. Y yo compartiría esta información con los demás miembros del Grupo Shin Nansei-Kai para que supieran que esto está ocurriendo.*
>
> *Básicamente, y creo que de manera simultánea, que si existe algo relacionado con Chile, los volúmenes de carga Mazda destinados a Chile siempre han sido transportados por EUKOR.*
>
> *Y los recibidores de Mazda en Chile, no sé quiénes son, pero por supuesto que durante este período - cuando EUKOR y Hoegh nos estaban avisando en relación a [✂] – la cual nosotros transportamos como Shin Nansei-Kai y en donde ellos habrían respetado el acuerdo. Entonces, en la eventualidad que el volumen de Mazda, el recibidor de Mazda - por poner un ejemplo - en Chile nos contactase; cosa que realmente no pasó, pero si lo hubiese hecho, nosotros básicamente tendríamos que informar a EUKOR a pesar del fabricante japonés, usted sabe, nosotros les debíamos algo a estos transportistas.*
>
> *Fernando Araya: Muy bien. ¿Pero realmente EUKOR nunca les ha pedido vuestro respeto por su…? (Interrupción).*

[Ejecutivo N° 3 de NYK]: No. Para Chile no (Interrupción).

Fernando Araya: ¿No?

[Ejecutivo N° 3 de NYK]: No.

Fernando Araya: Ni siquiera para pedirles a ustedes que les informen si el recibidor... (Interrupción).

[Ejecutivo N° 3 de NYK]: Me refiero a que pudo haber sido una parte de esto, vale decir las conversaciones, y cuando yo tuve conversé con EUKOR por el asunto de [✂] que habíamos enfrentado, esto pudo haber sido... pero no fue necesario que yo lo dijera; era de entendimiento común.

Fernando Araya: De acuerdo. En relación a este procedimiento en... el procedimiento interno que usted tuvo por el FTPG, de acuerdo a nuestro conocimiento, Usted respondió lo siguiente: "Que Usted creía que la situación con Mazda [✂] 2009 es una acción típica y estoy citando textualmente: "Es una típica acción que NYK, representando los intereses del Grupo Shin Nansei-Kai, hubiese tomado para proteger la cuenta existente y vigente del Grupo Shin Nansei-Kai de ser contactada por otros competidores tales como EUKOR y Hoegh. Sin embargo no existen correos o documentos que reflejen este tipo de comportamiento. Normalmente los contactos fueron hechos vía telefónica e informados posteriormente a través una teleconferencia a Shin Nansei-Kai. ¿Puede Usted confirmar esta aseveración?

[Ejecutivo N° 3 de NYK]: Desconozco la definición de cual "acción típica" sería ésta, pero esto pudo haber sido manejado por K-Line. A lo que me refiero es que en la región de la misma zona, por así decirlo, y con la relación con EUKOR - en su calidad de competidor nuestro o Hoegh también en calidad de competidor nuestro – pero también creo que el traslapo o la... ¿Cómo puedo decirlo?, las discusiones fueron más fáciles para NYK el tratar con EUKOR o Hoegh debido a nuestra relación con ellos. Por lo tanto K-Line, CSAV y CCNI nos habrían confiado a nosotros llevarlo a cabo

en nombre de Shin Nansei-Kai. Lo que quiero decir es que sí hubo una acción típica que NYK estaba efectuando, ésta tenía el consentimiento del Shin Nansei-Kai que nosotros representábamos. Si alguien más hubiese querido hacerlo, nosotros estaríamos encantados: "Muy bien, adelante háganlo", pero la cosa más importante que confirmamos aquí es que el objetivo más importante a lograr era precisamente una situación de protección con nuestros competidores de una forma u otra, y en este caso puedo afirmar que NYK representó a Shin Nansei-Kai al hacer esto. Nosotros lo informamos y ocasionalmente buscamos consejo en cuanto si estaba bien para nosotros.

Fernando Araya: Y para este procedimiento, ¿Estaría Usted de acuerdo que el resultado fue que EUKOR y Hoegh respetaron los negocios del Shin Nansei-kai?

[Ejecutivo N° 3 de NYK]: Si.

Fernando Araya: ¿Y recuerda Usted que tuvo que dar a cambio de este respeto?

[Ejecutivo N° 3 de NYK]: Tal como les expliqué anteriormente, no existía nada que... en su momento nosotros pudiésemos haber sido capaces de disculpar - yo toqué ese tema hace unos momentos atrás – como un ejemplo, mencionemos a un fabricante, Mazda, el que en Chile era atendido por EUKOR. Básicamente con la aceptación de EUKOR del reconocimiento de nuestros viajes a [✂] ellos se limitaron, y de manera automática, a proteger sus propios viajes a Chile; por lo menos desde el punto de vista de Shin Nansei-Kai"

- Declaración en FNE del Ejecutivo N° 3 de NYK de fecha 4 de septiembre de 2013, "Documento N° 26", a fojas 46 "Cuaderno de Versiones Públicas Definitivas de la FNE", páginas 82 a 84;

Centésimo cuadragésimo segundo: Que si bien en la primera parte de la declaración citada en el considerando anterior este ejecutivo de NYK trata de explicar un cierto entendimiento con Eukor sobre esta cuenta, más adelante señala expresamente que esta naviera nunca les había pedido el respeto de esta carga con destino a Chile;

Centésimo cuadragésimo tercero: Que, por otra parte, se encuentra en el expediente de la FNE el documento denominado en español "Minuta de reunión de principales del Shin Nanseikai, el 29 de noviembre del año 2010", único antecedente que es consistente con las solicitudes de beneficio de CSAV y NYK. En lo atingente a la prueba que se está ponderando, en la mencionada minuta se indica lo siguiente, bajo el título "Derco":

> *"CCNI comentó que existe una oportunidad de oferta para la carga de Derco. Sin embargo, CCNI está aguantando por el momento mientras espera a saber la situación de Eukor/Glovis, ya que necesita vigilar a Eukor de cerca, quien actualmente está transportando esta carga. Por lo tanto, se acordó no tomar acción por el momento, ya que Eukor aun tiene un acuerdo con Derco hasta abril de 2011 y no queremos comenzar ninguna guerra de tarifa"*
>
> - "12. Minutes of Shin Nanseikai Principal Meeting, de 29 de noviembre de 2010_Censurado" a fojas 1 ""Cuaderno de documentos alzamiento confidencialidad de la FNE", página 4; traducción en "CSAV 10-05-2013 Tomo II", iv\II\2\Entregas Enero - Agosto 2013\Aporta antecedentes 10.05.2013, página 83;

Centésimo cuadragésimo cuarto: Que, en cuanto al término de este acuerdo, la FNE señaló en su escrito de observaciones a la prueba que tal como habría ocurrido con la cuenta Suzuki Maruti, "*la renegociación del contrato entre EUKOR y Derco llevada a cabo en el año 2012 –una vez finalizado este acuerdo de respeto de cuentas– extendió sus efectos hasta el último auto que ingresó a Chile bajo ese contrato respetado. Así, se estableció como fecha límite el año 2013 en el Requerimiento, ya que, debido al desfase entre la fecha de embarque en el puerto de origen hasta su ingreso a Chile, hay algunos autos que debieron ingresar a principios del año 2013*" (fojas 5819). Dicha renegociación consta en el "ADDENDUM NO. 6" al contrato original entre Eukor y Derco (fojas 28 del "Cuaderno Eukor versiones públicas");

Centésimo cuadragésimo quinto: Que, en suma, la prueba aportada por la FNE da cuenta más bien de un acuerdo interno de los miembros del Skai de no competir por esta carga para no alterar la situación existente en el mercado, que de un acuerdo entre el Skai y Eukor;

Centésimo cuadragésimo sexto: Que, sin perjuicio de lo señalado en el considerando anterior, Eukor sostuvo que en el mes de marzo del año 2007 habría suscrito con Derco un anexo al contrato original, de marzo del año 2001, en el que se habría extendido el periodo de transporte de vehículos desde abril del año 2007 hasta marzo del año 2012. Lo anterior, desacreditaría la acusación de la FNE y, en particular, el periodo acusado (2009 a 2013), ya que no sería lógico ni posible alcanzar algún entendimiento teniendo un contrato vigente con anterioridad a esta imputación (fojas 606). En dicho anexo, acompañado al proceso, efectivamente se estableció la renovación del contrato hasta marzo del año 2012 junto con las tarifas acordadas ("ADDENDUM NO. 4", a fojas 21 del "Cuaderno Eukor versiones públicas", clausulas 16 Y 17);

Centésimo cuadragésimo séptimo: Que, por otra parte, Eukor, K Line y CMC aseguraron que Derco realizaba negociaciones directas con Eukor para las renovaciones de los contratos sobre estas cuentas (fojas 607, 7284, 6125 y 6445, respectivamente). Sobre esta alegación, consta en el expediente la respuesta de Derco al Oficio N°0023 de la FNE a Derco, 22 de octubre de 2013 ("Documento 4", v\A\A.2\ VI. Antecedentes Confidenciales aportados por Terceros al Expediente de Investigación\11. Derco S.A\Documentos desagregados). En el numeral 6 letra "a" de este oficio, se le solicitó informar sobre el mecanismo de contratación de los servicios de transporte marítimo de vehículos utilizado para aquellos transportados en términos FOB, a lo que dicha empresa respondió que "*los procesos de contratación de servicios de transporte marítimo, se han llevado a cabo bajo el formato de trato directo. En tales procesos, Sodilog Ltda. ha actuado como Bróker, en representación de Derco S.A. ante las empresas de transporte marítimo de autos (Car Carriers)*" (página 3). Luego, en el numeral 9 del mismo oficio, la FNE solicitó informar si en el periodo comprendido entre los años 2007 y 2012, Derco había intentado cambiar la empresa naviera que le prestaba servicios indicando los motivos del cambio y, en caso contrario, las razones por las cuales no se habría concretado. Derco indicó que solo solicitó cotizaciones para la cuenta Suzuki desde India en el año 2009 (página 4), lo que demostraría que para las otras cuentas (incluidas Suzuki Japón, Mazda y Samsung) no habría ni siquiera intentado cambiar de empresa naviera;

Centésimo cuadragésimo octavo: Que, a mayor abundamiento, consta en el expediente de la FNE la declaración del ejecutivo Jorge Andrés Greene, de Derco, en la FNE, que confirma lo que se viene diciendo. A continuación, se transcribe la parte pertinente de dicha declaración:

> *"FNE: Usted como Derco, ¿hacen tenders, invitan a navieras ó hacen negociación directa con las navieras?*
>
> *Declarante: Nosotros hacemos negociaciones directas con las navieras.*
>
> *FNE: ¿Nos podría explicar cómo funcionan estas negociaciones? ¿Cómo operan?*
>
> *Declarante: Como le decía antes, nosotros tenemos un área, cierto, corporativa que ve esto, que se junta con distintas navieras y ven que es lo que podríamos llegar a traer de los distintos destinos y en base a eso buscan tarifas que sean destino, tamaño, volumen"*
>
> - "Documento 1", v\A\A.2\ VI. Antecedentes Confidenciales aportados por Terceros al Expediente de Investigación\11. Derco S.A\Documentos desagregados, página 12;

Centésimo cuadragésimo noveno: Que, adicionalmente, en la misma línea declaró como testigo el gerente corporativo automotriz de Derco, Emilio Ascarruz, quien señaló que "[c]*uando aparece un nuevo origen, cotizamos. Cuando aparece un nuevo destino, también cotizamos. Cuando hay una renovación, en general no hemos cotizado en los últimos años. Cuando hablo de los últimos años me estoy refiriendo probablemente a 15 años"* (fojas 1459);

Centésimo quincuagésimo: Que, al igual que la acusación sobre un eventual acuerdo de respeto de la cuenta Suzuki Maruti, la prueba aportada en autos permite concluir que el acuerdo de respeto de las cuentas Suzuki Japón, Mazda y Samsung con destino Chile por el periodo 2009-2013, negociadas por el consignatario Derco, tampoco fue acreditado. Las delaciones, a lo sumo, dan cuenta de un acuerdo interno del Skai de respetar esta cuenta a Eukor, sin que conste ningún tipo de comunicación con esta última. Por otro lado, la mayor parte de la prueba acompañada por la FNE se refiere a carga con un destino distinto a

Chile. Junto con lo anterior, la declaración del ejecutivo de NYK citada en el considerando centésimo cuadragésimo primero niega un acuerdo con Eukor con destino a Chile, sin hacer referencia a acuerdos más amplios geográficamente. Por último y lo más importante, se encuentra acreditado que Derco negociaba directamente estas cuentas, sin llamar a cotizar y que existía un contrato con Eukor, que se renovó el año 2007 hasta fines del 2012, vale decir, antes del comienzo del periodo acusado;

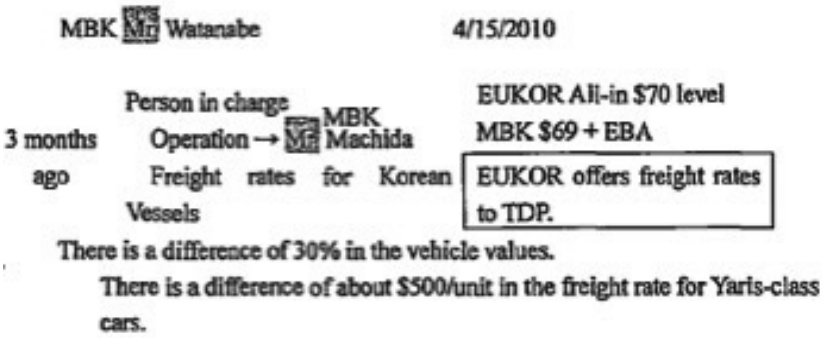
Centésimo quincuagésimo primero: Que no habiéndose acreditado el acuerdo de respeto de las cuentas Suzuki Japón, Mazda y Samsung, esta parte del requerimiento también será rechazada no siendo necesario pronunciarse sobre las excepciones de prescripción opuestas por Eukor, CMC y K Line;

4. Acuerdo de respeto de la cuenta Toyota

Centésimo quincuagésimo segundo: Que, de acuerdo con lo señalado en el número 5 de la Tabla N° 3 del requerimiento, Eukor habría respetado a NYK, K Line, CSAV y CMC (Skai) la cuenta Toyota entre los años 2009 a 2013. En el requerimiento tampoco se describen mayores detalles sobre los hechos y circunstancias que rodearon este acuerdo, aludiendo a esta cuenta solo a vía ejemplar a fojas 11 (párrafo 40);

Centésimo quincuagésimo tercero: Que en la relación de hechos contenida en la Solicitud NYK, esta naviera afirma que en el año 2010 *Mitsui Busan Kaisha* ("MBK"), empresa relacionada a Toyota que manejaría el transporte de carga desde Asia, habría solicitado a los miembros del Skai una reducción de tarifas. Se indica que esta solicitud se habría fundado en que el Skai habría estado cobrando una tarifa un 30% superior al resto de las navieras, entre las que se encontraría Eukor. Frente a esta situación, se habrían reunido NYK y K Line y habrían decidido ofrecer una reducción de tarifa entre 5% y 7%. Como se puede observar, esta solicitud se refiere a hechos que ocurrieron el año 2010, no el 2009, y en ella no se menciona a Eukor como parte de un acuerdo, ni que hayan existido comunicaciones con ejecutivos de dicha compañía naviera (páginas 23 y 24);

Centésimo quincuagésimo cuarto: Que, sin embargo, las notas manuscritas tomadas por el Ejecutivo N° 3 de NYK y su explicación, sí darían cuenta de contactos entre esta empresa y con Eukor. Dichas notas se insertan a continuación:



- "17. 29", a fojas 42 "Cuaderno de documentos alzamiento confidencialidad de la FNE";

Centésimo quincuagésimo quinto: Que, el autor de las notas insertadas precedentemente declaró en la FNE. La parte atingente a la eventual participación de Eukor en este acuerdo se transcribe a continuación:

> *"[Ejecutivo N° 3 de NYK]: (...) básicamente existían rumores que nuestro competidor - me refiero a un competidor tipo Shin Nansei-Kai, tales como WWL y EUKOR, y en donde solamente Hoegh (aunque su cobertura estaba más enfocada en Corea u otros lugares distintos a Japón), habían ofrecido tarifas más bajas a sus clientes; por lo tanto Toyota, de alguna forma había estado haciendo lobby para obtener esta información a fin de luego informar a MBK: 'Escuchen, si los servicios de Shin Nansei Kai les están ofreciendo tarifas más altas, entonces o Ustedes les piden a ellos que reduzcan o Ustedes se cambian a otros transportistas, porque esto les está afectando las ventas o el precio de venta aquí en Chile'. Desde nuestra perspectiva, es muy difícil refutar aquello, pero en cualquier caso eso es lo que se usó para presionar a MBK - y por lo tanto MBK vino a pedir una reducción del [✂] - debido a que EUKOR u otro competidor que MBK desconocía, estaba ofreciendo una tarifa más baja. Y la peor cosa que podría ocurrir es que MBK fuese a preguntarle a EUKOR: 'Oigan, ¿Pueden Ustedes hacerme una oferta? Yo quiero que Ustedes me ofrezcan algo si yo soy capaz de asignarles el negocio en su totalidad'. Y la totalidad del negocio*

equivalía aproximadamente al [✂] de nuestra base de carga – vale decir un elemento clave de nuestros servicios – por lo que nos podíamos dar el lujo de perder. Así entonces iniciamos nuestras reuniones internas en Shin Nansei-Kai en relación a MBK acerca de cómo deberíamos manejar este asunto.
(...)

Obviamente nosotros comunicamos. Debido a nuestras relaciones globales con EUKOR, NYK asumió el liderazgo de hablar con EUKOR y solamente para confirmar si habían recibido cualquier consulta de MBK, cosa que EUKOR nos confirmó que no había sido el caso.

Esto también nos ayudó en el curso de cómo tratar con la petición de MBK. Todo esto porque nos había asegurado que al menos MBK no se había contactado con EUKOR; lo cual es bueno porque MBK no sabía lo que EUKOR ofrecería. Y nosotros les comunicamos esto a ellos, en la eventualidad que EUKOR hubiese sido contactado por MBK, EUKOR nos habría avisado de tal hecho y buscaría nuestra bendición

Fernando Araya: ¿Con cuál ejecutivo se contactaron Ustedes al llamar a EUKOR?

[Ejecutivo N° 3 de NYK]: En este momento, creo que se trataba del Mr. D W Choy de EUKOR. Por supuesto yo hice saber este mensaje a nuestras empresas colegas dentro de Shin Nansei-Kai de que yo haría esto, también les dije a todos que contaba con las seguridades de Mr. D W Choy de que, en la eventualidad que MBK se pusiese en contacto con ellos, ellos me avisarían. Ellos seguirían nuestras instrucciones porque no tenían intenciones de tomar esta carga para Toyota; simplemente no podían. Eso es todo en este caso.

Fernando Araya; ¿Llamaría Usted a esto un respeto con EUKOR?

[Ejecutivo N° 3 de NYK]: Yo lo creo así, porque esto evita todos los riesgos de competencia, pero desde un punto de vista lógico, tal como lo he expli-

cado muchas veces antes, es imposible de llevar a cabo - para EUKOR el implementar los requisitos de [✂] y KIA, y también para ir a un muelle privado y modificar sus servicios para poder cumplir con los requerimientos de Toyota. Entonces, el por qué afirmo esto es porque cada cliente carga desde un puerto privado; también me refiero a puerto privado en donde las fechas son generalmente fijas, existe una petición del cliente a cada operador para acudir al puerto en una fecha específica - de nosotros fallar esa fecha, el puerto podría quedar saturado. Debido a que la base diaria incluye alrededor de [✂] unidades que podrían ser llevadas al puerto o automáticamente ser asignadas a múltiples destinos no necesariamente limitados a Chile, y eso es un problema"

- Declaración en FNE del Ejecutivo N° 3 de NYK de fecha 4 de septiembre de 2013, "Documento N° 26", a fojas 46 "Cuaderno de Versiones Públicas Definitivas de la FNE", páginas 75 y siguientes;

Centésimo quincuagésimo sexto: Que, como se observa, la declaración del ejecutivo de NYK no es explícita ni clara en relación con el acuerdo acusado. Primero, describe conversaciones internas entre los miembros del Skai para gestionar la situación producida como consecuencia de la solicitud de MBK de reducir las tarifas. Segundo, señala que habría contactado a Eukor "*solamente para confirmar si habían recibido cualquier consulta de MBK, cosa que EUKOR nos confirmó que no había sido el caso*", agregando que la naviera coreana les avisaría en el evento que fuera contactada por MBK. Hasta aquí la declaración es relativamente consistente con el acuerdo acusado por la FNE. Sin embargo, termina aseverando que Eukor nunca podría haberse adjudicado esta cuenta, porque no podía cumplir al mismo tiempo con los compromisos asumidos con su cartera de clientes, como Kia y otro fabricante coreano. Por lo tanto, no es claro cuál sería el interés de Eukor de acordar el respeto de una cuenta que no podía adjudicarse, situación que era conocida por los miembros del Skai, al menos por NYK, según explicó este ejecutivo;

Centésimo quincuagésimo séptimo: Que, como se puede apreciar, los antecedentes probatorios aportados por las FNE respecto de este acuerdo son insuficientes para tenerlo por acreditado. Esta conclusión se ve reforzada además por las explicaciones alternativas de las requeridas, según pasa a explicarse;

Centésimo quincuagésimo octavo: Que, en su contestación, K Line señala que "*en algún momento, Eukor intentó llevar carga de este cliente, pero no habría estado en condiciones de satisfacer los altos niveles de exigencia de Toyota*" (fojas 547). Sin embargo, en su escrito de observaciones a la prueba asegura que Toyota no invitó a ofertar a empresas navieras distintas de las que ya estaban realizando el transporte de su carga (fojas 6217). Esto es consistente con la declaración del ejecutivo de NYK, en la parte que explica que Eukor les habría confirmado que no habían sido invitados por Toyota a cotizar por su carga desde Japón;

Centésimo quincuagésimo noveno: Que, además, K Line asegura que tanto ella como el Skai tenían, en el periodo acusado, una relación comercial de larga data con Toyota (fojas 546 y 6227 y siguientes). Es más, señala que dicho servicio se había creado producto de una solicitud de la propia Toyota, lo que fue confirmado por los testigos José Luis Chanes de CMC (fojas 3631), Alberto Contreras de CMC (fojas 3237) y Eduardo Toro de K Line (fojas 1587);

Centésimo sexagésimo: Que, por su parte, Eukor niega haber respetado esta cuenta a Skai, pero agrega que aun en el evento que efectivamente NYK lo hubiera llamado para preguntar si había sido invitado a participar en un proceso de cotización por parte de MBK, "*la eventual respuesta que hubiese proporcionado Eukor no es constitutiva de un acuerdo de respeto como el que acusa el requerimiento. A lo sumo, podría constituir un intercambio de información entre competidores cuya ilicitud en esta sede se evalúa caso a caso y que, por lo demás, no se encuentra acusada en el requerimiento*" (fojas 7309 y 7310). Efectivamente, la conversación que el Ejecutivo N° 3 de NYK señala haber tenido con D W Choy de Eukor podría ser un intercambio de información, el que no ha sido acusado;

Centésimo sexagésimo primero: Que, por todo lo expuesto, el respeto de la cuenta Toyota no fue acreditado, por lo que esta parte del requerimiento será rechazada no siendo necesario pronunciarse sobre las excepciones de prescripción opuestas por Eukor, CMC y K Line;

5. Acuerdo de respeto de la cuenta Kaufmann (Fuso-Mitsubishi)

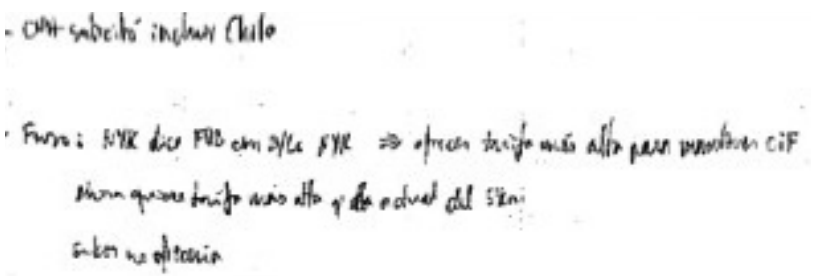
Centésimo sexagésimo segundo: Que, de acuerdo con lo señalado en el número 6 de la Tabla N° 3 del requerimiento, Eukor habría respetado a NYK, K Line, CSAV y CMC (Skai) la cuenta Kaufmann (Fuso-Mitsubishi) entre los años 2011 a 2013. En el requerimiento no se describen mayores detalles sobre los hechos y circunstancias que habrían rodeado este acuerdo. Además, según se da cuenta en los considerandos siguientes, las solicitudes de beneficios de CSAV y NYK delatan más bien un acuerdo entre ellas y no el acusado por la FNE;

Centésimo sexagésimo tercero: Que, en efecto, en la Solicitud CSAV dicha compañía afirmó lo siguiente respecto del proceso de adjudicación llamado por Kaufmann el año 2011: "*En relación a los camiones FUSO (Mitsubishi) que Kaufmann empezó a importar en esta época,* [Ejecutivo N° 4 y Ejecutivo N° 6] *de CSAV habrían interactuado con ejecutivos de NYK para lograr que dicha carga siguiera siendo transportada por la naviera japonesa*" (página 19);

Centésimo sexagésimo cuarto: Que, a su vez, en la Solicitud Complementaria NYK se afirma que "*el consignatario de los camiones Fuso era, antes de mayo de 2011, SK Bergé y el contrato era ejecutado por NYK y K LINE bajo el término CIF. Para esta época, el consignatario cambió a Kaufmann, quien pretendía que el contrato fuera ejecutado bajo el término FOB, por lo que se acercó a CSAV. Así, un ejecutivo de NYK junto con* [Ejecutivo N° 4] *de CSAV, coordinaron que el transporte marítimo de estos camiones siguiera siendo ejecutado por NYK y K LINE bajo el término CIF"* (página 20);

Centésimo sexagésimo quinto: Que, además de dichas solicitudes (las que, como se pudo apreciar, no dicen relación con el acuerdo acusado), la FNE aportó como evidencia unas notas manuscritas del Ejecutivo N° 4 de CSAV, quién explicó su contenido en una declaración en dicho servicio prestada el 6 de agosto de 2013. Las notas tienen fecha 7 y 16 de junio de 2011 y son del siguiente tenor:

a) Nota de 7 de junio de 2011:



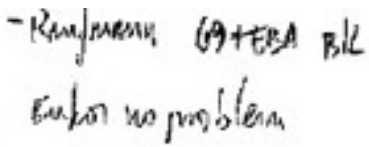
- CNH solicitó incluir Chile

- Fuso: NYK dice FOB con B/Ls NYK => ofrecer tarifa más alta para mantener CIF. Ahora quiere tarifa más alta q' la actual del S'Kai.

Eukor no ofrecería

- "Documentos N° 8 y 9" a fojas 52 "Cuaderno de documentos alzamiento confidencialidad de la FNE", página 393.

b) Nota de 16 de junio de 2011:



-Kaufmann 69+EBA B/L.

Eukor no problema

- "Documentos N° 8 y 9" fojas 52 "Cuaderno de documentos alzamiento confidencialidad de la FNE", página 397;

Centésimo sexagésimo sexto: Que la declaración en la FNE del ejecutivo que habría escrito las notas citadas precedentemente no arrojó mayores luces sobre el acuerdo acusado. Así, en relación con la primera nota, no se refiere en parte alguna de su declaración a la expresión "Eukor no ofrecería", en tanto que sobre la segunda se limitó a señalar que "*NYK estaba muy interesado en cerrar*

y mantener esta carga, y al parecer habría hablado con Eukor por esta carga" ("Documento N° 1" a fojas 52 del "Cuaderno de documentos alzamiento confidencialidad de la FNE", página 8);

Centésimo sexagésimo séptimo: Que, de los antecedentes analizados (los únicos relativos a esta cuenta), no existe ninguna evidencia que acredite la acusación de la FNE. A lo sumo, las navieras delatadas estarían dando cuenta de un acuerdo entre ellas que no fue acusado, razón por la cual esta parte del requerimiento también será rechazada, no siendo necesario pronunciarse sobre las excepciones de prescripción opuestas por Eukor, CMC y K Line;

6. Acuerdo de respeto de la cuenta GM

Centésimo sexagésimo octavo: Que, de acuerdo con lo señalado en el número 7 de la Tabla N° 3 del requerimiento, NYK, K Line, CSAV y CMC (Skai) habrían respetado a Eukor la cuenta GM entre los años 2012 a 2013. En el requerimiento no se describen mayores detalles sobre los hechos y circunstancias que rodearon este acuerdo;

Centésimo sexagésimo noveno: Que la relación de los hechos contenida en la Solicitud CSAV se refiere a comunicaciones que habrían sostenido ejecutivos de CSAV y Eukor, acerca de la licitación convocada por GM el año 2012 para el transporte marítimo de sus vehículos desde China hacia Chile, las que habrían tenido por objeto asegurar a Eukor dicha carga. La parte relevante de la solicitud señala lo siguiente: "[e]*n relación a esta licitación,* [Ejecutivo N° 5 de CSAV] *se habría comunicado en junio de 2012 con S. H. Nam, ejecutivo de Eukor en Corea, para informarle que CSAV no disputaría la carga GM que Eukor transportaba desde China hacia Chile* [✂]. *Esta carga fue de CSAV hasta el año 2010, momento en que se la adjudicó CIDO. En la mitad del período 2011-2012 CIDO abandonó la ruta y Eukor se hizo de ella. Por su parte, el señor Nam manifestó a CSAV que Eukor no tenía en sus planes expandirse a rutas que realizara actualmente CSAV. El día martes 4 de septiembre de 2012,* [Ejecutivo N° 6 y Ejecutivo N° 5 de CSAV] *llamaron al S. H. Nam, para confirmar que CSAV no iba a cotizar en la ruta China a Chile/* [✂]" (página 20);

Centésimo septuagésimo: Que, por su parte NYK, en su Solicitud Complementaria, se refiere a intercambios de información de dicha naviera con CSAV respecto de una licitación global de GM el año 2012, pero no incluye a Eukor en dicho relato;

Centésimo septuagésimo primero: Que, en cuanto al resto de la prueba acompañada respecto de este acuerdo, de conformidad con los correos electrónicos agregados en el expediente de la FNE ("17 (Reemplazado según Fs. 946-951).pdf (VP 06-11-15)", i\3\Desagregados, páginas 18, 67 y 96), el proceso de licitación de GM se habría realizado en tres etapas. En las dos primeras (mayo y junio de 2012), GM solicitó cotizaciones y en la tercera (agosto del mismo año) solicitó reuniones con los oferentes para adjudicar la licitación. Esto no ha sido controvertido por las partes de este juicio;

Centésimo septuagésimo segundo: Que, en sus declaraciones prestadas en la FNE, el Ejecutivo N° 5 de CSAV, se refiere a ciertos hechos ocurridos en la segunda etapa de la licitación de GM. En su primera declaración reproduce la relación contenida en la Solicitud CSAV y en la segunda explica con más detalle el contenido de las comunicaciones que habría tenido con el ejecutivo de Eukor, señor Nam. La parte pertinente de ellas se inserta a continuación:

> *"El tender de General Motors 2012 salió a fines de mayo de este año. Aproximadamente en Junio de 2012, [Ejecutivo N° 6 de CSAV] me solicitó contactarme con el señor Nam, ejecutivo de Eukor en Corea para informarle que CSAV no le disputaría la carga de General Motors que Eukor transportaba desde China hacia Chile y otro país. Esta carga fue de CSAV hasta el año 2010, momento en el que se la adjudicó Cido, en la mitad del período 2011, 2012, Cido abandonó la ruta y Eukor se hizo de ella. Por su parte, el señor Nam me manifestó que Eukor no tenía en sus planes expandirse a las rutas que realizara actualmente CSAV"*
>
> - Declaración en la FNE del Ejecutivo N° 5 de CSAV de fecha 11 de octubre 2012, "49. Declaración Ejecutivo CSAV 11.10 (VP 06-11-15)", i\3\Desagregados, página 14.

> *"la referencia que le hice yo de EUKOR, que conversábamos la tarifa que en Japón les comente que íbamos a cotizar 85 el metro cubico, si ellos estaban ok, a lo cual me respondieron que sí. Que era fuera de peligro que nosotros cotizáramos en ese nivel de tarifas"*
>
> - Declaración en la FNE del Ejecutivo N° 5 de CSAV de fecha 19 de octubre de 2012, "Documento N° 5" a fojas 52 del "Cuaderno de documentos alzamiento confidencialidad de la FNE", página 161;

Centésimo septuagésimo tercero: Que, sin embargo, de acuerdo con el correo electrónico enviado por ejecutivos de CSAV a GM, de fecha 14 de junio de 2012, se puede observar que la tarifa que ofertó CSAV fue mayor que los USD 85 señalados por el ejecutivo Ejecutivo N° 5 de CSAV ("17 (Reemplazado según Fs. 946-951).pdf (VP 06-11-15)", i\3\Desagregados, página 73). La FNE explica esta diferencia en su escrito de observaciones a la prueba señalando que, de la declaración prestada en la FNE por el ejecutivo de CSAV el 19 de octubre de 2012, antes transcrita, se deduciría que Eukor le habría solicitado cotizar a un precio más alto que los USD 85 porque "*sería peligroso para ellos si CSAV cotizaba en ese nivel de tarifas*" (fojas 5863). Sin embargo, el texto de la declaración revela precisamente lo contrario, denotando que la oferta de USD 85 por metro cúbico no ocasionaba ningún peligro para los intereses de Eukor;

Centésimo septuagésimo cuarto: Que, enseguida, en relación con la tercera etapa de la licitación, los ejecutivos números 5 y 6 de CSAV declararon en la FNE que CSAV contactaría a Eukor para informarle que la naviera chilena se retiraría del proceso de licitación. La parte pertinente de ambas declaraciones se reproduce a continuación:

> *"El día martes 04 de septiembre de 2012, [Ejecutivo N° 6 de CSAV] y yo nos encontrábamos en Japón y me solicitó llamar al señor Nam para reconfirmar que no íbamos a cotizar en la ruta China-Chile y otro país de la región"*
>
> - Declaración en la FNE del Ejecutivo N° 5 de CSAV de fecha 11 de octubre 2012, "49. Declaración Ejecutivo CSAV 11.10 (VP 06-11-15)", i\3\Desagregados, página 14.

> *"la coordinación que hubo con, con como CSAV con EUKOR al respecto, eh fue, fue más que respetarle la cuenta, cuando decidimos no competir, porque se escapaba digamos de nuestras posibilidades fue decirles digamos,*

oye nosotros no vamos a seguir y, y la cuenta es de ustedes, ustedes la venían transportando cuando CIDO dejo de hacerlo y a su vez cuando nosotros la tomamos por primera vez, después como cuatro meses, después la tomo CIDO, CIDO se fue del mercado, quebró un carrier, lo tomo EUKOR, y EUKOR termino ese con, ese, ese, termino el 2012 con, con esa cuenta de tal forma de que esa es la razón por la que nosotros lo llamamos, pero lo llamamos porque fundamentalmente más que para, a ver, más que para, más que para la información que le dimos era para decirles, para mejorar digamos las relaciones de las, mejorar, incrementar la relación con las compañías coreanas, porque ya habíamos decidido como CSAV estaba fuera de nuestro alcance"

- Declaración en la FNE del Ejecutivo N° 6 de CSAV de fecha 18 de julio de 2012, "Documento 4", v\A\A.2\II. Antecedentes Confidenciales aportados por CSAV al Expediente de Investigación\ Documentos desagregados, página 7;

Centésimo septuagésimo quinto: Que, si bien en ambas declaraciones los ejecutivos de CSAV afirman haber informado a Eukor que no continuarían participando en el referido proceso de licitación, en la segunda de ellas el ejecutivo de CSAV revela que las verdaderas razones del desistimiento eran mantener buenas relaciones con Eukor y no un supuesto acuerdo de respeto de cuentas;

Centésimo septuagésimo sexto: Que de la evidencia analizada hasta aquí es posible concluir que no se acreditó ningún tipo de comunicación entre miembros del Skai para respetar esta cuenta, más bien parece haber sido una iniciativa de CSAV. Además, la prueba aportada por la FNE consiste básicamente en declaraciones de ejecutivos de CSAV en dicho servicio, las que no son consistentes entre sí. En efecto, en algunas de ellas se afirma que, por una parte, CSAV comercialmente no podía formular ofertas competitivas en el proceso de licitación de GM del año 2012 y, por otra, que existieron conversaciones con Eukor para resolver problemas de espacio que tenía la naviera para transportar cargas, según pasa a exponerse;

Centésimo septuagésimo séptimo: Que, en efecto, existe prueba de que la licitación de esta cuenta habría sido competitiva y que el objeto de las reuniones entre ejecutivos de Eukor y CSAV era negociar venta de espacio para transportar carga, tal como lo sostiene Eukor;

Centésimo septuagésimo octavo: Que, sobre la competencia que se habría producido en el proceso de licitación de GM de 2012, Eukor señala que ella se desprende de la propia declaración del Ejecutivo N° 6 de CSAV en la FNE el 17 de julio de 2013, cuando señala que dicha naviera no podía cotizar competitivamente porque los precios eran muy bajos, agregando que "*en el primer round cotizamos, pero en el segundo y en el tercero definitivamente lo sacamos de la cotización porque no había ninguna posibilidad, pero sí le dijimos a Eukor en ese instante que no éramos competitivos en términos de la tarifa que íbamos a cotizar*" ("Documento 3 (VP 06-11-15)", v\A\A.2\II\Documentos Desagregados, página 82). De acuerdo con Eukor, las verdaderas razones de CSAV para no competir vuelven a ser reiteradas por este ejecutivo en su declaración ante la FNE el 19 de julio de 2013, cuando afirma que "[b]*ueno, sí, lo que comentábamos ayer, eh Eukor, nos pusimos de acuerdo con Eukor para el tender del 2012, digamos, ¿ya? en el cual nosotros decidimos no… comercialmente hablando nn… no, no tenía ninguna validez, eh… aunque quisiéramos, eh no había ningún, no, no había ninguna forma de prosperar dado el volumen, la cantidad de puertos*" ("Documento 5 (VP 06-11-15)", v\A\A.2\II. Antecedentes Confidenciales aportados por CSAV al Expediente de Investigación\Documentos desagregados, página 14);

Centésimo septuagésimo noveno: Que en lo que se refiere a las eventuales negociaciones entre Eukor y CSAV por problemas de espacio para transportar la carga de esta última, la primera de ellas también sostiene que ello fue reconocido por el Ejecutivo N° 6 de CSAV en la FNE el día 9 de noviembre de 2012. En su parte pertinente este ejecutivo declaró lo siguiente:

> *"DECLARANTE: Finalmente puedo dilucidar que participé en ella y la reunión que recuerdo corresponde a tal efecto, o a su origen. La reunión se hizo con el fin de encontrar sinergia muy en particular, muy en particular porque nosotros teníamos serios problemas de espacio para nuestro trafico de [✂], donde Eukor por muchos años tiene servicio directo para el transporte de los vehículos de Hyundai y Kia. Nosotros teníamos problemas de espacio y dentro del contrato que nosotros teníamos con General Motors el año 2012 significaba una incrementar (sic) nuestra frecuencia porque el volumen que era de Corea hacia [✂] significaba aumentar la frecuencia. El contrato de General Motors, que era nuestra razón de nues-*

tro volumen a la costa este fue para los años 2011 y 2012 y el 2011 solo el volumen de carga solo era a [✂] con una nave por mes" (...)

"DECLARANTE: Y el año 2012 dentro del contrato empezaba a exportar General Motors desde Corea y China en menor medida hacia [✂], donde el volumen era bastante explosivo, fuerte. De tal forma que nosotros necesitábamos en busca de sinergia tratar de minimizar, a todo esto, a estas fechas el servicio iba pesimamente mal, hablando en términos de pérdida de plata, era uno de los servicios muy, muy deficitarios. En consecuencia, teníamos que, en vez de tratar de colocar naves propias, comprar espacios a terceros para tratar de disminuir la pérdida.

FNE: Mjum.

DECLARANTE: Esa fue la razón de ser de reunirnos con Eukor, por cuanto ellos tienen un servicio directo entre Corea y la costa este. ¿Ya?".

- Declaración en la FNE del Ejecutivo N° 6 de CSAV de fecha 9 de noviembre de 2012, "32. Declaración Ejecutivo CSAV 09.11 parte 1 y 2 (VP 06-11-15)", i\3\Desagregados, página 14;

Centésimo octogésimo: Que, por lo anterior, esta parte del requerimiento de la FNE será rechazada, no siendo necesario pronunciarse sobre las excepciones de prescripción opuestas por Eukor, CMC y K Line;

7. Acuerdo de respeto de la cuenta Iveco

Centésimo octogésimo primero: Que, de acuerdo con lo señalado en el número 8 de la Tabla N° 3 del requerimiento, Eukor habría respetado a NYK, K Line, CSAV y CMC (Skai) la cuenta Iveco entre los años 2012 a 2013. En el requerimiento no se señala ningún hecho o circunstancia sobre esta acusación. Además, este acuerdo no fue delatado por CSAV y NYK en sus respectivas solicitudes de beneficios;

Centésimo octogésimo segundo: Que la única prueba sustantiva acompañada por la Requirente sobre esta acusación son las declaraciones prestadas en la FNE por el Ejecutivo N° 5 de CSAV:

"DECLARANTE: Sí me acuerdo que hubieron conversaciones con…con EUKOR con el señor Nam, nosotros habíamos ido a Corea con [Ejecutivo N° 6 de CSAV] en enero y a…a manera de mantener digamos esta relación con ellos e… [Ejecutivo N° 6 de CSAV] pidió que los llamara por Iveco que estaba licitando una carga desde China a Chile y [✂] para que nos respetaran la cuenta que era nuestra. Yo llame al señor Nam y ellos no tuvieron problema digamos en…en garantizar que iban a respetar este…este acuerdo que tenia CSAV con el cliente.

FNE: ¿Usted converso de tarifas?

DECLARANTE: No… no recuerdo haber conversado de tarifas con ellos, tal vez ni siquiera fuimos invitados, de eso no recuerdo más que nos hicieran la invitación a cotizar".

- Declaración en FNE del Ejecutivo N° 5 de CSAV de fecha 19 de octubre de 2012, "Documento N° 5" a fojas 52 del "Cuaderno de documentos alzamiento confidencialidad de la FNE", página 136.

"el año 2012 también tuvimos algunas conversaciones [con Eukor] sobre la cuenta de Iveco, también de China a Chile";

- Declaración en la FNE de Ejecutivo N° 5 de CSAV de fecha 25 de julio de 2013, "Documento 9 (VP 06-11-15)", v\A\A.2\II. Antecedentes Confidenciales aportados por CSAV al Expediente de Investigación\Documentos desagregados, página 11;

Centésimo octogésimo tercero: Que, junto con lo anterior, se encuentra en el expediente de la FNE un correo electrónico asunto "*Re: RES: RES: RES: RES: RES: IVECO - RORO BID - Shipment from China to Latin America - 2012*", de fecha 5 de marzo de 2012, enviado por un ejecutivo de Iveco a un ejecutivo de CSAV. En este Iveco informa a CSAV que se le asignó la carga como *main carrier* ("15", i\5\Presentación 20.06.2013\3. Respaldos\Respaldos de las Fechas de los Contratos de la Tabla General de Licitaciones (Final)\IVECO, página 11);

Centésimo octogésimo cuarto: Que tanto Eukor (fojas 611 y 7338) como K Line (fojas 6311) aseguran que el hecho de que la primera haya trasportado carga Iveco durante el periodo acusado es incompatible con un acuerdo de respeto de cuentas. Efectivamente, tal como se indica en los datos de la Base Aduanas,

Eukor transportó, en los años 2012 y 2013, 44 vehículos Iveco mientras que el Skai 218. Esto lo reconoce además el testigo Seung Hyun Nam de Eukor en los siguientes términos: "*el año 2011 fueron 500 unidades, el año 2012 y 2013, 40 a 50 unidades por año*" (fojas 3577). Sobre este punto, la FNE sostiene que la disminución del número de vehículos Iveco transportados por Eukor a partir del año 2012 se explica por el acuerdo de respeto de cuentas acusado (fojas 5861);

Centésimo octogésimo quinto: Que, enseguida, Eukor cuestiona las declaraciones del ejecutivo de CSAV a que se alude en el considerando centésimo octogésimo segundo, por las siguientes razones. En primer lugar, Seung Hyun Nam, a quien habría contactado el Ejecutivo N° 5 de CSAV, señaló en su declaración testimonial que no manejaba este negocio, sino que lo hacía la oficina de Eukor en Brasil (fojas 3584). Sobre este punto, esta requerida aclara en su escrito de observaciones a la prueba que el ejecutivo encargado de este negocio era Seong Hwan Oh. En segundo lugar, Seung Hyun Nam, en su declaración testimonial, negó haber recibido una llamada de algún ejecutivo de los miembros del Skai para solicitar el respeto de la cuenta Iveco (fojas 3583). Por último, asegura que las declaraciones del ejecutivo de CSAV en la FNE son "contradictorias y poco creíbles" (fojas 7336), ya que, por un lado, en la primera de ellas señala que el contacto fue en enero del año 2012 y en la segunda indica que habría sido en febrero del mismo año; y, por otro lado, que el ejecutivo de CSAV que le habría pedido hacer el contacto con Eukor no mencionó este hecho en sus declaraciones en la FNE;

Centésimo octogésimo sexto: Que esta parte de la acusación debe ser rechazada por la escasa prueba acompañada por la Requirente. En efecto, solo aportó declaraciones prestadas por un ejecutivo de CSAV, sin un relato detallado de los hechos, antecedente que, a juicio de este Tribunal, es insuficiente para acreditar una colusión como la acusada, además de que no es coherente con la declaración testimonial del señor Nam citada en el considerando anterior. Por último, se probó en el proceso que esta carga también fue transportada por Eukor, lo que es inconsistente con la acusación de la FNE;

Centésimo octogésimo séptimo: Que no habiéndose acreditado el acuerdo de respeto de la cuenta Iveco, esta parte del requerimiento será rechazada no sien-

do necesario pronunciarse sobre las excepciones de prescripción opuestas por Eukor, CMC y K Line;

8. Acuerdo de respeto de la cuenta Indumotora (Subaru)

Centésimo octogésimo octavo: Que, de acuerdo con lo señalado en el número 9 de la Tabla N° 3 del requerimiento, Eukor habría respetado a NYK, K Line, CSAV y CMC (Skai) la cuenta Indumotora (Subaru) entre los años 2012 a 2014. En el requerimiento se cita este acuerdo como un ejemplo de los acusados para la ruta Asia, señalando que quien habría coordinado el mismo habría sido CSAV, para lo cual se habría comunicado con un ejecutivo de Eukor en 2012 "*con el objeto de pedirle que respete el transporte de la cuenta Subaru por parte de las navieras que conformaban el Shin Nansenkai. El ejecutivo de Eukor le contestó afirmativamente, señalando que no iban a competir por dicha cuenta*" (fojas 10). También se indica que esta cuenta habría sido negociada en términos comerciales FOB con los consignatarios, al igual que las cuentas Kia, Suzuki, Mazda, Samsung, Fuso y Foton;

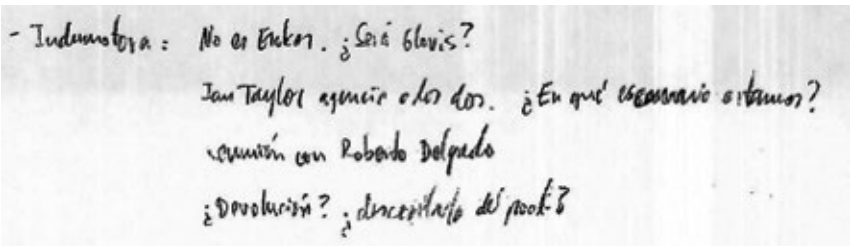
Centésimo octogésimo noveno: Que la relación de los hechos contenida en la Solicitud CSAV se refiere a aproximaciones que Indumotora habría tenido con Eukor el año 2012, con el objeto de obtener mejores tarifas para la carga de vehículos Subaru desde Japón, atendido que aquellas que cobraba esta requerida por otros vehículos que importaba desde Corea (Kia) eran sustancialmente más bajas. En específico, en la relación contenida en dicha delación se señala lo siguiente: "*Durante el año 2012 Indumotora se aproximó a CSAV para solicitarle una rebaja en el flete marítimo. Indumotora transporta su carga Kia desde Corea del Sur con Eukor, y a su juicio las tarifas cobradas por el carrier coreano serían bastante más bajas que las cobradas por el Shin Nanseikai. Indumotora también habría intentado obtener cotizaciones de navieras coreanas para su carga Japón-Chile/*[✂]. *A principios de septiembre de 2012,* [Ejecutivo N° 6 y Ejecutivo N° 5 de CSAV] *habrían llamado a S. H. Nam, de Eukor, para preguntarle si había recibido una solicitud de cotización de Indumotora y pedirle que no interfiriera en carga S'Kai. Él contestó que efectivamente habían recibido una solicitud de cotización, indicando que Eukor respetaría la carga que CSAV transportaba en el servicio Shin Nanseikai*" (páginas 20 y 21);

Centésimo nonagésimo: Que, por su parte, en la Solicitud Complementaria NYK se confirma parcialmente la versión de los hechos descritos en la Solicitud CSAV. En su parte pertinente, se reconocen las siguientes circunstancias fácticas: "*el día 6 de septiembre de 2012 hubo una teleconferencia del S'Kai en la que discutieron la cuenta de Indumotora Subarú para la ruta Japón a Chile, la que en ese momento era un negocio de CSAV. Atendido que existían rumores de que Indumotora se acercaría a Eukor para pedirle que ofrecieran tarifas, durante la teleconferencia, CSAV le pidió a NYK que tomara contacto con Eukor para verificar sus movimientos. NYK accedió a dicha solicitud, sin perjuicio de que finalmente NYK nunca contactó a Eukor para verificar este tema ya que ese mismo día las oficinas de NYK y de otros competidores fueron allanadas por la Oficina de Competencia de Japón (JFTC)*" (página 17)*;*

Centésimo nonagésimo primero: Que, como se observa, ambas solicitudes coinciden en que en el año 2012 (i) Indumotora habría solicitado una rebaja de tarifas a CSAV por la carga Subaru de Japón a Chile; (ii) Eukor ofrecía menores tarifas por la carga de vehículos que transportaba desde Corea; y (iii) por lo anterior, algún miembro del Skai contactaría a Eukor para proteger esta cuenta. Sin embargo, CSAV sostiene que dicho contacto se habría llevado a cabo a través de dos de sus ejecutivos, mientras que NYK indica que se habría acordado que el contacto se llevara a cabo por sus ejecutivos, pero éste no se habría producido por el allanamiento de su oficina de Japón por parte de la autoridad de libre competencia de ese país;

Centésimo nonagésimo segundo: Que en relación con la solicitud de Indumotora a CSAV de una rebaja de sus tarifas, constan en el proceso declaraciones, testimoniales y en la FNE, que se refieren a estos hechos. En efecto, los testigos Iván Abud, ex ejecutivo de Indumotora y José Luis Chanes, ex gerente general de CMC, declararon en este Tribunal que Indumotora solicitó a CSAV el año 2012 rebajar las tarifas por transporte de la carga Subaru desde Japón (fojas 3332 y 3745, respectivamente), lo que ya había declarado con anterioridad en la FNE el Ejecutivo N° 4 de CSAV el 7 de agosto de 2013 ("Documento 11 (VP 06-11-15)", v\A\A.2\II. Antecedentes Confidenciales aportados por CSAV al Expediente de Investigación\Documentos desagregados, página 8);

Centésimo nonagésimo tercero: Que, en cuanto al rumor de que Indumotora pudiera contratar *carriers* coreanos para sus cargas, lo que habría gatillado la preocupación de los miembros del Skai, existen antecedentes en el proceso de que dicha consignataria habría solicitado viajes de prueba a una naviera coreana para transportar camiones Hino. De lo anterior darían cuenta las notas manuscritas del Ejecutivo N° 4 de CSAV, de fecha 4 de agosto de 2012, que se insertan a continuación:



- "24. Anexo IV Tomo II_Censurado (VP 06-11-15)", i\3\Desagregados, página 329;

Centésimo nonagésimo cuarto: Que el autor de la nota insertada en el considerando anterior la explica en su declaración en la FNE:

> *"preparando los temas a discutir en la teleconferencia del S'Kai del día siguiente, discutimos el tema de Indumotora. Sabíamos que Hino habría realizado un pequeño embarque de prueba desde Japón hacia Chile, agenciado por Ian Taylor, quien representa a Eukor y Glovis. No estábamos seguros cuál de los dos era, probablemente Glovis. Debido a que la carga de Subaru es muy importante tanto para CSAV como CCNI para mantener presencia en el S'Kai, teníamos que ver algún mecanismo para mantener esta carga en el servicio. En caso de que bajáramos la tarifa, qué mecanismo utilizaríamos para que no se supiera esta rebaja en el mercado. Por ejemplo, devolviendo parte del flete al cliente, o incluso con CSAV y tal vez CCNI cubriendo esta parte de la diferencia en el flete. Había fijada para el 10 de septiembre del año 2012, una reunión con Roberto Delgado (Gerente Comercial de Indumotora) para seguir muy de cerca este caso. No recuerdo si se llevó a cabo esta reunión";*
>
> - Declaración en la FNE del Ejecutivo N° 4 de CSAV de fecha 7 de agosto de 2013, "Documento 11 (VP 06-11-15)", v\A\A.2\II. Antecedentes Confidenciales aportados por CSAV al Expediente de Investigación\Documentos desagregados, páginas 7 y 8;

Centésimo nonagésimo quinto: Que, por otra parte, se encuentran acompañadas las declaraciones en la FNE del Ejecutivo N° 5 de CSAV, ratificadas ante el TDLC, en las que señaló lo siguiente:

> *"[m]ediante esta llamada le preguntamos al señor Nam si habían recibido cotizaciones de Indumotora a lo cual él contestó afirmativamente, indicándonos que no nos preocupáramos pues Eukor respetaría la carga que CSAV transportaba en el servicio Shin Nansenkai".*
>
> - Declaración en la FNE del Ejecutivo N° 5 de CSAV de fecha 11 de octubre 2012, "49. Declaración Ejecutivo CSAV 11.10 (VP 06-11-15)", i\3\Desagregados, página 14.

> *"para preguntarles si ellos [Eukor] habían recibido la cotización de Indumotora, ellos contaron que sí. (...) Y se iba a respetar la cuenta de CSAV de Shi Nansenkai (sic), lo cuales también contestaron afirmativamente, que no iban a competir juntos para esta carga, que no nos preocupáramos"*
>
> - Declaración en la FNE del Ejecutivo N° 5 de CSAV de fecha 19 de octubre de 2012, "Documento N° 5" a fojas 52 del "Cuaderno de documentos alzamiento confidencialidad de la FNE", página 129.

> *"también hablamos de Indumotora en una conversación del año 2012 en septiembre, de un requerimiento que había hecho el consignatario para esta carga que era del ShinNanseikai y que nosotros le pedíamos que respetara a Eukor a lo cual ellos acotaron (sic)"*
>
> - Declaración en la FNE del Ejecutivo N° 5 de CSAV de fecha 25 de julio de 2013, "Documento 9 (VP 06-11-15)", v\A\A.2\II. Antecedentes Confidenciales aportados por CSAV al Expediente de Investigación\Documentos desagregados, página 11;

Centésimo nonagésimo sexto: Que, enseguida, Seung Hyun Nam, ejecutivo de Eukor, reconoce que fue contactado por un ejecutivo de CSAV en su declaración como testigo en este Tribunal: "*en algún momento a fines de agosto, principios de septiembre el año 2012.* (...) *Él me preguntó, según recuerdo, si había algún tipo de participación de Eukor, para el negocio de Subaru Indumotora*" y que "[a] *la época había un rumor en el mercado, de que una compañía coreana había comenzado a realizar traslados a prueba de camiones Hino, por lo que yo creo que CSAV no sabía que compañía coreana era lo que estaba haciendo, así que quería checkear si era Eukor*" (fojas 3599). Más adelantó agregó que "*ellos tenían una confusión entre Eukor y Glovis, porque había un rumor en el mer-*

cado de que había una compañía coreana que estaba haciendo test shipment, envios de prueba, respecto de Hino trucks, camiones. Glovis era el que estaba haciendo estos envíos de prueba de camiones Hino en ese especifico momento, por eso era que me preguntó" (fojas 3601);

Centésimo nonagésimo séptimo: Que las declaraciones en la FNE de los ejecutivos de CSAV transcritas en los considerandos centésimo nonagésimo cuarto y centésimo nonagésimo quinto, y la declaración testimonial del ejecutivo de Eukor Seung Hyun Nam citada en el considerando anterior, no son consistentes. Mientras el Ejecutivo N° 4 de CSAV reconoce la inquietud que tenían los miembros de Skai por esta carga, no señala que hubiera habido algún contacto con Eukor, lo que sí reconoce el Ejecutivo N° 5, indicando que esta última respetaría la carga. Sin embargo, el señor Nam, de Eukor, en su declaración testimonial no recuerda haber recibido una solicitud de respeto de esta cuenta por parte de CSAV (fojas 3602 y 3603), afirmando que la llamada de esta naviera habría tenido por objeto aclarar qué empresa coreana estaba realizando los viajes de prueba para transportar camiones Hino;

Centésimo nonagésimo octavo: Que, en este mismo orden de ideas, se encuentra en el expediente de la FNE la siguiente nota tomada por el Ejecutivo N° 4 de CSAV en la teleconferencia del Skai, que habría tenido lugar el 6 de septiembre de 2012 (5 de septiembre en Chile):

"–Indumotora: - JFL chequearán su alguna exportación
- K Line: contactará a Glovis y entonces descuento
- CCNI: - No perder esta carga a cualquier costo
- CCNI quiere ir a la reunión
- CSAV: - Reducir tarifa a 59 y luego rebate"

- Documento "24. Anexo IV Tomo II_Censurado (VP 06-11-15)", i\3\Desagregados, página 330;

Centésimo nonagésimo noveno: Que, sin embargo, al analizar esta nota no se desprende, directa o indirectamente, un contacto entre CSAV y Eukor. Sólo se alude a un eventual contacto con Glovis, empresa naviera que, como se ha indicado, habría estado realizando viajes de prueba de vehículos Hino para la consignataria Indumotora;

Ducentésimo: Que, por último, la FNE afirmó que los efectos de este acuerdo habrían cesado a mediados del 2014, para lo cual cita la declaración jurada del ejecutivo de Indumotora Iván Abud, acompañada a fojas 5037, y la Base Aduanas;

Ducentésimo primero: Que Eukor, K Line y CMC negaron haber participado en este acuerdo. La primera de ellas entrega las siguientes explicaciones alternativas a la hipótesis planteada por la FNE en su requerimiento: (i) Indumotora negociaba directamente con CSAV; y (ii) los contactos entre Eukor y CSAV se referían a los viajes de prueba que habría solicitado Indumotora;

Ducentésimo segundo: Que, en relación con el tipo de negociación que tenía Indumotora para la carga de vehículos Subaru desde Japón, esta consignataria afirmó que se negociaba directamente, sin licitaciones. Lo anterior consta de su respuesta al oficio N° 0023 de la FNE, en el que se le solicita indicar, respecto de los vehículos transportados en términos FOB, el mecanismo de contratación y características propias de dicho proceso: "*En este caso, los embarques son convenidos con la empresa CSAV y efectuados ya sea por dicha empresa como también por CCNI de Chile y NYK y K LINE de Japón. Cualquiera de las 4 compañías señaladas transporta las marcas Subaru e Hino que importamos, dependiendo de las disponibilidades de nave y frecuencia de cada una de estas empresas. El mecanismo de contratación de los servicios de estas navieras es a través de un trato directo y no existe un proceso de licitación. Tanto para las marcas Subaru como Hino, esta fórmula no ha variado en el tiempo*" ("Documento 139", v\A\A.1\I. Antecedentes Públicos del Expediente de Investigación\Documentos Desagregados, página 4);

Ducentésimo tercero: Que, en esta misma línea, Iván Abud, ex ejecutivo de Indumotora, declaró en la FNE que no hacían licitaciones privadas para el caso de la cuenta Subaru Japón ("Documento 2", v\A\A.2\ VI. Antecedentes Confidenciales aportados por Terceros al Expediente de Investigación\ 10. Empresas Indumotora S.A\Documentos desagregados, página 10). Luego, en su declaración testimonial señaló que en ocasiones intentaron cotizar fuera del Skai, pero luego de dos o tres intentos dejaron de insistir (fojas 3331), lo que en todo caso habría ocurrido aproximadamente entre los años 2007 y 2009 (fojas 3332), es decir, fuera del periodo acusado por la FNE;

Ducentésimo cuarto: Que, en cuanto a la segunda explicación alternativa planteada por Eukor, ésta afirma que CSAV se contactó con ella para preguntar si estaba ofreciendo viajes de prueba a Indumotora por la carga de camiones Hino, a lo que respondió negativamente. Por consiguiente, concluye que no participó en ningún acuerdo con los miembros del Skai para un eventual respeto de la cuenta Subaru Japón (fojas 7347 y 7350);

Ducentésimo quinto: Que lo anterior está en línea con la respuesta de Indumotora al oficio N° 0023 de la FNE, antes singularizada, y con la declaración testimonial de Iván Abud. En la primera de ellas se señala que para "*el caso del flete de origen Japón, hace un año atrás se realizaron algunos embarques de prueba con otra naviera, a fin de evaluar una opción al actual operador, sin embargo la calidad de servicio, la frecuencia y la forma de operar era tan compleja, que se decidió mantener a la actual empresa naviera (CSAV), que además otorgó una rebaja en las tarifas aplicadas del orden del 8%*" (página 7), en tanto que el testigo Iván Abud, ejecutivo de Indumotora, precisó que la compañía con que hicieron viajes de prueba era Glovis y que ofrecían tarifas "*más convenientes*", pero que por su alto porcentaje de daños y un nivel de servicio insuficiente, decidieron volver a las compañías japonesas (fojas 3338). Además de lo anterior, lo indicado en el considerando precedente es consistente con las notas manuscritas citadas en el considerando centésimo nonagésimo tercero, donde su autor anota "*no es Eukor, será Glovis?*";

Ducentésimo sexto: Que analizada en su conjunto la prueba citada en los considerandos precedentes, es posible inferir que la acusación de la FNE no resultó probada porque, en definitiva, fue Glovis la empresa coreana que realizó viajes de prueba de los camiones Hino. En efecto, el análisis de una secuencia lógica de los hechos acreditados en este proceso permite arribar a las siguientes conclusiones: (i) Indumotora solicitó una rebaja del flete a CSAV producto de las tarifas más convenientes que ofrecían navieras coreanas en los viajes de prueba de camiones Hino; (ii) frente a esta petición, CSAV tomó contacto con Eukor para verificar si dicha empresa era la que estaba realizando los viajes de prueba; (ii) ante la respuesta negativa de Eukor, los miembros del Skai habrían contactado a Glovis; (iv) Glovis era la empresa coreana que estaba realizando los viajes de prueba; y (v) finalmente, Indumotora decidió mantener esta cuenta con CSAV, la que rebajó su tarifa en un 8%;

Ducentésimo séptimo: Que, por último, en lo que se refiere al reconocimiento por parte del señor Nam de haber recibido una llamada de un ejecutivo de CSAV para averiguar si Eukor estaba haciendo viajes de prueba de la carga Subaru o Hino, tal como la naviera señala en su escrito de observaciones a la prueba (fojas 7354) dicha conversación podría tratarse de un intercambio de información que no ha sido acusada en estos autos;

Ducentésimo octavo: Que no habiéndose acreditado el acuerdo de respeto de la cuenta Indumotora (Subaru), esta parte del requerimiento será rechazada, no siendo necesario pronunciarse sobre las excepciones de prescripción opuestas por Eukor, CMC y K Line;

9. Acuerdo de respeto de la cuenta SK Comercial (Fotón)

Ducentésimo noveno: Que, finalmente, de acuerdo con lo señalado en el número 10 de la Tabla N° 3 del requerimiento, Eukor habría respetado a NYK, K Line, CSAV y CMC (Skai) la cuenta SK Comercial (Fotón) entre los años 2011 a 2012. En el requerimiento no se describen mayores detalles sobre los hechos y circunstancias que rodearon este acuerdo, aludiendo solo como un ejemplo esta cuenta a fojas 11 (párrafo 40);

Ducentésimo décimo: Que en la relación de hechos contenida en la Solicitud CSAV se indica que este acuerdo se habría originado a mediados del año 2011, con un acercamiento de SK Bergé (SK Comercial) a CSAV, en el que le habría solicitado una reducción de tarifas. Lo anterior, por cuanto Eukor le habría ofrecido una tarifa más baja. En la parte sustancial de esta descripción se afirma que "[Ejecutivo N° 4 de CSAV] *se contactó con un ejecutivo de Eukor por intermedio de* [Ejecutivo N° 7 de NYK], *para confirmar si el carrier coreano estaba realizando las ofertas que indicaba SK. El ejecutivo indicó que Eukor no ofertaría por la carga en cuestión a la tarifa indicada por el consignatario. Con esta información, se comunicó a SK Bergé que no rebajaría sus tarifas, lo que finalmente condujo a la renovación del contrato de transporte marítimo con CSAV*" (páginas 18 y 19);

Ducentésimo undécimo: Que, por su parte, en la relación de hechos de la Solicitud Complementaria NYK, esta empresa afirma que el mismo ejecutivo de CSAV,

al que alude esta última en su solicitud de beneficios, le habría pedido a un ejecutivo de NYK *"que le proveyera de un contacto de Eukor, con el objeto de que CSAV pudiera contactarse con ellos directamente, ya que estaban preocupados especialmente de las actividades de Eukor en la negociación de la tarifa para este cliente. El ejecutivo de NYK proveyó de la dirección de correo del ejecutivo de Eukor, sin contactarlo directamente"* (página 20);

Ducentésimo duodécimo: Que ambas solicitudes de beneficios son consistentes en cuanto a que un ejecutivo de CSAV habría solicitado a NYK información para poder contactarse con Eukor, debido a la supuesta oferta de esta última a SK Bergé. A continuación, se analizará el resto de la prueba que se aportó sobre este acuerdo;

Ducentésimo decimotercero: Que en el expediente de la FNE se encuentran las siguientes notas manuscritas por el Ejecutivo N° 4 CSAV:

> *"**[2011]** Eukor / SK Comercial.*
> *Desde Junio (3 meetings). Today the 4th.*
> *Fixture agreement 1-Jul 2011 / 31-Jul 2012.*
> *60 SHA + XNG.*
> *63 Guangzhou.*
> *1 monthly sailing for Foton.*
> *Hablar con NYK y con Eukor.*
> *1st Refusal. Ganamos 24-hrs.*
> *Mr. Dong Woon Choi"*
>
> - "Documentos N° 8 y 9" fojas 52 "Cuaderno de documentos alzamiento confidencialidad de la FNE", página 399; traducción libre de la FNE a fojas 5882;

Ducentésimo decimocuarto: Que, en su declaración en la FNE, el ejecutivo que escribió la nota insertada en el considerando anterior explicó su contenido del siguiente modo:

> *"CSAV transportaba los vehículos FOTON, furgones, camionetas y camiones, desde China hacia Chile en términos FOB con SK Comercial (parte del grupo SK). En julio del año 2011, Ricardo Oportot contactó a [Ejecutivo N° 6*

de CSAV] informándole que ya habían tenido tres reuniones con Ian Taylor, quienes son los agentes de Eukor en Chile, y que iban a tener una cuarta reunión. El tema era que les estaban ofreciendo transportar las unidades FOTON a una tarifa de USD60/cbm all in. Y que nos daba un 'first refusal' para igualar la tarifa y así mantener esta carga. A nosotros nos sorprendía muchísimo lo bajo de la tarifa, con lo cual no estábamos seguros de que lo que nos estaba informando era cierto, y que era una estrategia sólo para bajar aún más la tarifa. Ante esto, se decidió hablar con NYK para que le preguntara a Eukor si realmente estaba ofreciendo por esta carga a estos niveles tan bajos. Me tocó hablar con [Ejecutivo N° 7 de NYK], quien a los pocos días me informó que Eukor no estaba ofertando por esta carga a esos niveles. Como el cliente insistía en que tenía esos niveles de flete de parte de Eukor, se decidió contactar directamente a Eukor para ver si era verdad esta situación. Me contacté probablemente con Dong Woon Choi, quien también me aseguró que no estaban ofertando a esos niveles, y que no lo harían por menos de USD65/cbm all in para este tipo de carga. Ante esta respuesta de Eukor y la información que nos decía el cliente, finalmente decidimos por creerle a Eukor y se le mantuvo la tarifa que teníamos anteriormente con SK Comercial, quien renovó con CSAV";

- Declaración en la FNE del Ejecutivo N° 4 de CSAV de fecha 6 de agosto de 2013, "Documento N° 1" a fojas 52 del "Cuaderno de documentos alzamiento confidencialidad de la FNE", página 7;

Ducentésimo decimoquinto: Que, sin embargo, el Ejecutivo N° 7 de NYK quien había informado que Eukor no estaba ofertando por esta carga, afirma en su declaración jurada prestada ante un notario en Japón que no contactó a la naviera coreana ("30 (VP 06-11-15 Ex Público)", iii\3\Documentos disgregados, página 1), lo que debilita el valor de la declaración citada en el considerando precedente;

Ducentésimo decimosexto: Que el mismo Ejecutivo N° 4 de CSAV declaró en otra oportunidad en la FNE y explicó otra nota que habría sido manuscrita por él. Dicha nota señala lo siguiente:

19-Jul: Eukor 65 a 70, no menos de 65. No es suficiente.
Dong Woon Choi

- "Documentos N° 8 y 9" fojas 52 "Cuaderno de documentos alzamiento confidencialidad de la FNE", página 401; traducción libre de la FNE a fojas 5884;

Ducentésimo decimoséptimo: Que en su explicación el ejecutivo asegura que esta nota se refiere a una "*llamada DA a DW Choi de Eukor 19.07.2011. Eukor dice que para esa carga ellos ofertarían entre 65 y 70 USD, no* menos *de 65. Por lo tanto lo de SK Comercial sería un bluff. CSAV no iguala la supuesta oferta de Eukor, y continúa con la carga para SK Comercial*" ("23. Anexo IV Tomo I_Censurado", i\3\ Desagregados, página 436);

Ducentésimo decimoctavo: Que, por su parte, Eukor sostuvo que formuló una oferta competitiva por esta cuenta. De acuerdo con el testigo presentado por esta empresa, el ejecutivo Seong Hwan Oh, incluso habría obtenido algunas cargas de esta cuenta. En la parte pertinente de su declaración sostuvo que "*nosotros entregamos una cotización, les entregamos a ellos una cotización. Después hubo un par de reuniones. SK nos pidió que la bajáramos la tarifa, mantuvimos la tarifa que habíamos presentado en la primera oferta. Obtuvimos uno o dos cargamentos a modo de prueba y el importador cambió de SK Bergé o SK Comercial a Kaufmann (…) Según sé, Ian Taylor, nuestro agente, el señor Roger Barlow, tuvo las reuniones con SK*" (fojas 3470). Además, al contestar una pregunta sobre las razones por las cuales no accedió a la solicitud de rebaja de SK, el testigo respondió que la tarifa propuesta era suficientemente competitiva y que esta consignataria habría tratado "*de obtener tarifas más bajas de otras compañías usando nuestra oferta*" (fojas 3470);

Ducentésimo decimonoveno: Que de los antecedentes analizados es posible concluir que no existe suficiente evidencia sobre un respeto de la cuenta SK Comercial (Fotón) en favor del Skai por parte de Eukor por cuanto: (i) en la Solicitud Complementaria de NYK se señala que esta empresa habría entregado a CSAV una dirección de correo de un ejecutivo de Eukor, pero no indica si dicho contacto existió; (ii) las declaraciones del Ejecutivo N° 4 de CSAV y el Ejecutivo N°7 de NYK son contradictorias, tal como se señaló en el considerando ducentésimo decimoquinto; y (iii) las notas insertadas en los considerandos ducentésimo decimotercero y ducentésimo decimosexto, si bien hacen alusión a un contacto entre CSAV y Eukor, no señalan el objeto de dicho contacto. En todo caso, de haber existido un contacto como el descrito entre CSAV y Eukor, ello podría constituir un intercambio de información entre competidores, lo que no está acusado en esta causa;

Ducentésimo vigésimo: Que no habiéndose acreditado el acuerdo de respeto de la cuenta SK Comercial (Fotón), esta parte del requerimiento también será rechazada, no siendo necesario pronunciarse sobre las excepciones de prescripción opuestas por Eukor, CMC y K Line;

4. Medidas

Ducentésimo vigésimo primero: Que, finalmente, corresponde referirse a los criterios bajo los cuales el actuar de las Requeridas CSAV, NYK y MOL será objeto de medidas, de acuerdo con lo señalado en el artículo 26 del D.L. Nº 211 en relación al artículo 3° del mismo cuerpo legal;

Ducentésimo vigésimo segundo: Que, en forma previa a la determinación de las multas y medidas que más adelante se indican, tal como se señaló en la Sentencia N° 165/2018, se debe tener presente que, con el objeto de facilitar la persecución e investigación de este tipo de conductas, en el artículo 39 bis del D.L. N° 211 se establecen los beneficios de inmunidad y clemencia a quienes participan en acuerdos colusorios y colaboran con la autoridad, de manera que puedan optar a una exención de la medida de disolución de la persona jurídica o una exención o reducción de la multa, siempre y cuando se cumplan los requisitos señalados en el referido artículo. En el caso de autos, la FNE señala en su requerimiento que CSAV cumplió con los requisitos establecidos en dicha norma y obtuvo el beneficio de exención total de la multa por ser el primer delator, en tanto que NYK también cumplió con los beneficios establecidos en dicha norma para obtener una rebaja del 50% de la multa solicitada como segundo delator. Estos beneficios deben ser respetados, toda vez que no se acreditó en autos que alguna de dichas empresas haya organizado los acuerdos acusados, coaccionando a las demás requeridas a participar en ellos, única excepción que consagra el mencionado artículo 39 bis para no otorgarlos. Sin embargo, como señala la misma norma, dicho beneficio sólo se refiere a las medidas y sanciones contempladas en las letras b) y c) del artículo 26 del D.L. N° 211, por lo que eventualmente se podrán imponer a estas requeridas algunas de las medidas señaladas en la letra a) de dicho artículo o las genéricas establecidas en el artículo 3°;

Ducentésimo vigésimo tercero: Que los acuerdos acreditados de la Ruta América abarcan periodos de tiempo en los que han estado vigentes, en forma sucesiva, tres regímenes legales: (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 e incrementó el monto máximo de la multa aplicable, estableciendo la figura de la denominada delación compensada, texto normativo que estuvo en vigor desde el día 13 de octubre de 2009 hasta el 31 de julio de 2016 (el D.L. N° 211 "aplicable");

Ducentésimo vigésimo cuarto: Que, tal como se señaló en la Sentencia Rol N° 27.181-2014 de la 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 dichos acuerdos acusados, esto es, el año 2014 para el acuerdo de respeto de las cuentas Ford, GM y Chrysler; y el año 2013 para el acuerdo de respeto de la cuenta Indumotora (Subaru);

Ducentésimo vigésimo quinto: Que para el cálculo de la multa se utilizará la misma metodología aplicada en la Sentencia N° 148/2015. Ésta consiste en dividir la multa base en dos componentes: (i) un porcentaje de las ventas comprometidas en las cuentas afectadas por el acuerdo, el cual se asigna a todos los participantes de éste; y (ii) el beneficio económico obtenido de la conducta, el cual se atribuye sólo al participante que se asignó la cuenta acordada;

Ducentésimo vigésimo sexto: Que, siguiendo dicha metodología y atendida la gravedad de la conducta, se aplicará un 15% de las ventas comprometidas por los acuerdos acreditados en este proceso a cada participante. La gravedad de la conducta deriva del hecho de que, tal como este Tribunal lo ha señalado en múltiples oportunidades, la colusión es el atentado más grave en contra de la libre competencia, 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 participantes (de las licitaciones en este caso) 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);

Ducentésimo vigésimo séptimo: Que, por otro lado, para calcular el beneficio económico obtenido por las requeridas –CSAV y NYK– en los acuerdos de la Ruta América, se cuenta con el informe de Carlos Noton, acompañado por la FNE a fojas 5191. Dicho estudio realiza estimaciones econométricas de los sobreprecios producto de los acuerdos acusados en las Rutas Asia y América, controlando estadísticamente por características de los contratos y competidores, entre otras, para identificar correctamente el efecto del acuerdo en los precios, comparando contratos colusivos con competitivos. Como resultado, obtiene en promedio sobreprecios de un 30% para la Ruta América, estimación que se utilizará para el cálculo de los beneficios obtenidos por las requeridas en dicha ruta;

Ducentésimo vigésimo octavo: Que en el caso de la Ruta Europa, en cambio, no se cuenta con una estimación de sobreprecio como la descrita en el considerando precedente. Por lo anterior, se utilizará el trabajo de Connor, John, *Price-Fixing Overcharges*, 2014 (disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2400780, última visita el 8 de abril del 2019), que estima sobreprecios promedios utilizando como referencia estudios en casos internacionales de carteles y es utilizado de manera estándar en la literatura comparada. Considerando este trabajo y las características de este caso, se considera un sobreprecio de un 20% para los acuerdos acreditados en esta ruta;

Ducentésimo vigésimo noveno: Que para el cálculo del beneficio económico en base a estimaciones de sobreprecio se utiliza la siguiente fórmula:

$$\textit{Beneficio económico} = \frac{SP}{1+SP} * P_c * Q$$

SP corresponde al porcentaje de sobreprecio producto del acuerdo, P_c al precio colusivo (es decir, el cobrado durante el acuerdo) y Q a la cantidad transportada en los periodos bajo acuerdo. En consecuencia, para aplicar la presente formula se necesita información sobre precio y cantidad transportada en las cuentas

afectadas por los acuerdos, la que está disponible en la Base Aduanas. Dichos precios se convierten a la Unidad Tributaria Anual ("UTA") de la fecha de la importación;

Ducentésimo trigésimo: Que, aplicada la formula anteriormente señalada, en la siguiente tabla se muestra el beneficio de cada participante de los acuerdos acreditados por ruta:

TABLA N° 8: BENEFICIO ECONÓMICO OBTENIDO POR LAS REQUERIDAS (EN UTA)

Ruta	CSAV	NYK	MOL
Europa	1.318	1.293	2.185
América	8.800	4.940	
Total	**10.118**	**6.233**	**2.185**

Ducentésimo trigésimo primero: Que, tal como se indicó en el considerando ducentésimo vigésimo sexto, corresponde calcular el 15% de las ventas (precio multiplicado por cantidad, disponibles en los datos de la Base Aduanas) de las cuentas afectadas por los acuerdos, y agregarlo al beneficio económico indicado en la tabla anterior de cada requerida en los casos que hayan participado. Con ello, la suma de ambos componentes de la multa base (15% de las ventas para cada participante más el beneficio económico del adjudicatario) es la siguiente:

TABLA N° 9: CÁLCULO DE MULTA BASE (EN UTA)

Ruta	CSAV	NYK	MOL
Europa	1.783	4.556	2.894
América	12.465	10.674	
Total	**14.248**	**15.230**	**2.894**

Ducentésimo trigésimo segundo: Que, habiéndose determinado la multa base para las requeridas NYK y MOL, se debe evaluar si procede alguna de las circunstancias agravantes o atenuantes previstas en el artículo 26 del D.L. N° 211 vigente a la época de los hechos. Dicha norma consideraba, entre otras, como circunstancias agravantes el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción, la gravedad de la conducta (las que ya se tomaron en consideración en la determinación de la multa base) y la calidad de reincidente del infractor; en tanto que la colaboración que pueda haber prestado aquel a la FNE, se consideraba como circunstancia atenuante;

Ducentésimo trigésimo tercero: Que en cuanto a la calidad de reincidente de las condenadas MOL y NYK, no existen en el proceso antecedentes que den cuenta de condenas anteriores por infracción a las normas de la libre competencia. En lo que se refiere a la circunstancia atenuante consistente en la colaboración que ellas hayan prestado a la Fiscalía antes o durante la investigación, si bien es cierto que estas requeridas solicitaron que se la tomara en consideración, los antecedentes que esgrimen para obtener tal beneficio no son suficientes para poder considerar este factor toda vez que la colaboración que dicen haber prestado a la FNE durante la investigación no ha ido más allá que su deber legal de cumplir con las cargas públicas que les impone la ley;

Ducentésimo trigésimo cuarto: Que no existe ningún antecedente adicional que permita considerar, de manera fundada, que concurre alguna circunstancia atenuante o agravante;

Ducentésimo trigésimo quinto: Que, atendido lo señalado en la Tabla N° 9, se aplicará (i) una multa de 2.894 UTA a MOL; y (ii) una multa de 7.615 UTA a NYK, considerando el beneficio de reducción de multa otorgado por la FNE a dicha requerida en virtud del artículo 39 bis. En el caso de CSAV, como señaló en el considerando ducentésimo vigésimo segundo no se le aplicará multa porque es acreedora del beneficio de exención de multa establecido en el mismo artículo 39 bis del D.L. N° 211;

Ducentésimo trigésimo sexto: Que, por último, 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° 158, N° 145 y Nº 148, se impondrá como medida, en forma adicional a la multa impuesta, en el caso de MOL y NYK, y de manera exclusiva, en el caso de CSAV, 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, además, la creación de un Comité de Cumplimiento, el que, dentro de 30 días hábiles contados desde su constitución, deberá nombrar 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 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 ser informado a la FNE. Asimismo, las requeridas deberán 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;

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

SE RESUELVE:

1) ACOGER PARCIALMENTE el requerimiento interpuesto por la Fiscalía Nacional Económica a fojas 1 en contra de Compañía Marítima Chilena S.A. ("CMC"), Compañía Sudamericana De Vapores S.A. ("CSAV"), Eukor Car Carriers Inc. "Eukor"), Kawasaki Kisen Kaisha Ltd. ("K Line"), Mitsui O.S.K. Lines Ltd. ("MOL") y Nippon Yusen Kabushiki Kaisha ("NYK"), solo en cuanto se declara que CSAV, NYK y MOL infringieron el artículo 3° inciso primero e inciso segundo letra a) del D.L. N° 211 al celebrar y ejecutar los siguientes acuerdos:

i. En la Ruta Europa:

a) MOL respetó a NYK la cuenta Renault y NYK respetó a MOL la cuenta Nissan entre los años 2011 y 2014.
b) MOL respetó a NYK la cuenta Toyota, entre los años 2010 y 2012.
c) Respeto recíproco entre NYK (puertos del norte de Europa) y CSAV (puerto de Southampton) para la cuenta BMW, entre los años 2010 y 2014.

d) NYK respetó a CSAV la cuenta Daimler, entre los años 2011 y 2012.

ii. En la Ruta América:

a) NYK respetó a CSAV la cuenta Ford entre los años 2001 y 2009; y CSAV respetó a NYK la misma cuenta entre los años 2011 y 2014.
b) NYK respetó a CSAV la cuenta GM, entre los años 2000 y 2014.
c) CSAV respetó a NYK la cuenta Chrysler entre los años 2008 y 2009; y NYK respetó a CSAV la misma cuenta, entre los años 2011 y 2014.
d) NYK respetó a CSV la cuenta Indumotora (Subaru), entre los años 2001 y 2013.

2) ACOGER la excepción de prescripción interpuesta por MOL a fojas 501;

3) ACOGER la excepción de prescripción interpuesta por Eukor a fojas 566, CMC a fojas 5084 y K Line a fojas 525;

4) CONDENAR a NYK al pago de una multa, a beneficio fiscal, de 7.615 Unidades Tributarias Anuales;

5) CONDENAR a MOL al pago de una multa, a beneficio fiscal, de 2.894 Unidades Tributarias Anuales;

6) EXIMIR a CSAV del pago de multa, por ser acreedora del beneficio establecido en el artículo 39 bis del D.L. Nº 211;

7) IMPONER a CSAV, NYK y MOL 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 trigésimo sexto de esta Sentencia;

8) NO CONDENAR en costas a las requeridas CSAV, NYK y MOL, por no haber sido totalmente vencidas.

Acordado con el **voto en contra** del Ministro Hermann, quien estuvo por acoger el requerimiento solo respecto de los acuerdos acusados a las delatadas CSAV y NYK respecto de la Ruta América en su totalidad y Ruta Europa para las cuentas BMW y Daimler.

En cuanto a los dos acuerdos que involucran a la empresa MOL con NYK en la Ruta Europa para las cuentas Nissan/Renault (2009-2014) y Toyota (2010-2012) acusadas por la FNE considera que, ponderada la prueba que consta en el expediente de acuerdo a la sana crítica, así como las explicaciones alternativas y defensas de las requeridas, no existen antecedentes claros y concluyentes de que las conductas acusadas permitan formar convicción necesaria para condenar.

En relación a la prueba de la cuenta Nissan/Renault aportada por la FNE, se puede señalar lo siguiente:

1. El servicio conjunto NASA no es una prueba de contexto, porque finalizó el 2004 debido al comienzo de una investigación sobre conferencia navieras por parte de la autoridad antimonopolios europea. Además, en el 2009 se produjo un ajuste importante del mercado de transporte naviero internacional generada por la recesión mundial después de la crisis financiera en Estados Unidos.

2. En un comienzo la delación compensada de NYK señala que hubo un entendimiento con MOL para esta ruta, pero en su Solicitud Complementaria se retracta al respecto. Lo anterior, le quita pulcritud a la delación presentada por parte de NYK a la FNE para esta ruta en específico.

3. Una prueba relevante presentada por la FNE es la declaración jurada del Ejecutivo N° 1 de NYK ante un notario en Japón, lo cual no es garantía de que haya sido realizada libremente y sin influencias de terceras partes interesadas. Además, y lo más relevante del caso, es que no solo MOL no tuvo la posibilidad de realizar preguntas al ejecutivo delatado en sede jurisdiccional, sino que también la FNE tampoco pudo realizar preguntas a este ejecutivo en sus oficinas tal

como así lo hizo en el caso de otros delatados relacionados a las empresas NYK y CSAV durante el proceso de investigación interna.

4. El hecho de que el precio del transporte desde Europa a Chile de NYK, expuesto en las notas presentadas por el Ejecutivo N° 1 de NYK ante un notario en Japón, fuera similar a la información presentada por el consignatario Nissan Marubeni sobre las rutas adjudicadas a NYK, no es una prueba suficiente dado que es información comercial propia de una relación entre comprador y proveedor entre las partes señaladas.

5. La declaración en la FNE del Ejecutivo N° 2 de NYK y de Juan Miguel Cordero de la empresa Marubeni contienen varias preguntas inductivas y, a su vez, los declarantes no asistieron a ninguna audiencia testimonial en sede judicial para ser interrogados por el demandado como parte de la legitima defensa y por este Tribunal.

En relación a la prueba de la cuenta Toyota aportada por la FNE, se puede señalar lo siguiente:

1. En el análisis se determina que existió un supuesto acuerdo en la licitación del 2010 entre MOL y NYK, basándose en una nota entregada por el Ejecutivo N° 3 de NYK en que se señala la asignación de transporte de la ruta a Perú y Chile para MOL y NYK, respectivamente, lo cual fue refrendado por el mismo ejecutivo en una declaración ante la FNE. Al respecto, ambas pruebas tienen el inconveniente sobre que la nota pudo ser perfectamente escrita con posterioridad a la licitación; y la declaración contiene preguntas inductivas realizadas por la FNE y el testigo no fue interrogado en sede judicial por las partes requeridas.

2. Un mail entre ejecutivos de NYK es acompañado como prueba de que los precios y volúmenes trasportados mencionados en el interrogatorio de la FNE son correctos. Cabe señalar, que dicha información no es un elemento probatorio adicional *per se*, porque versa sobre información comercial mencionada por el ejecutivo en sus notas y declaración sobre la licitación del 2010. Por lo que, el acuerdo colusorio para dicha licitación es probado con tan solo una declaración y una nota presentada por un testigo de NYK en la FNE.

3. En la licitación del 2011 se prueba que existió un acuerdo entre MOL y NYK en base a declaraciones y notas manuscritas del mismo Ejecutivo N° 3. En esta ocasión las notas contienen una mayor cantidad de información y existe una declaración ante la FNE. Al respecto, ambas pruebas tienen el inconveniente sobre que la nota pudo ser perfectamente escrita con posterioridad a la licitación; y la declaración contiene preguntas inductivas realizadas por la FNE y el testigo no fue interrogado en sede judicial por las partes demandadas.

4. Finalmente, se explicita una prueba de contexto referente a la licitación del 2012, que no corresponde al periodo del supuesto acuerdo demandado por la FNE. Para este caso se presenta una lista de llamados entre el Ejecutivo N° 1 de NYK, que no participó de la licitaciones pasadas, con un ejecutivo de MOL, el señor Ikeda, por una parte y por otra existe una serie de llamadas con los ejecutivos de las empresas WWL y Höegh que no son mencionadas en el requerimiento de la FNE; y podría presumir de un acuerdo colusorio mayor como hipótesis alternativa al considerar la totalidad de las llamadas, simplemente. A su vez, existe una nota con breve información de los destinos asignados, junto con un correo electrónico de Toyota a NYK que señala que ganaron la licitación desde Southampton a Chile para otro modelo de automóvil. Como se puede observar, esta prueba de contexto no permite vislumbrar la existencia de un acuerdo colusorio en las licitaciones del 2010 y 2011 al momento de ponderar toda la prueba en su conjunto.

Por lo tanto, la escasa prueba entregada por parte de una de las navieras delatadas a la FNE no permite afirmar en base a los conocimientos adquiridos por medio del estudio de la prueba, que existió un acuerdo colusorio entre las empresas MOL y NYK en la Ruta Europa para las cuentas Nissan/Renault (2009-2014) y Toyota (2010-2012) acusadas por la FNE.

Con el **voto en contra** de los Ministros Saavedra y Tapia, quienes estuvieron por acoger el requerimiento también en lo que respecta al acuerdo de respeto de la cuenta Subaru (Indumotora) en la ruta Asia. El fundamento de su decisión es el siguiente:

1. Como bien se indica en la sentencia, la FNE ha requerido acuerdos diversos y separados, por lo que la prueba en cada uno de ellos debe ser ponderada de manera separada;

2. En lo que respecta a esta cuenta, la Solicitud de CSAV es precisa en cuanto a describir, a fojas 10, que uno de sus ejecutivos se habría contactado con otro de Eukor en 2012 para pedirle el respeto de esta cuenta que correspondía a vehículos transportados por las navieras del Skai, a lo que el ejecutivo de Eukor habría accedido al responder que no competiría por esta cuenta;

3. En su Solicitud Complementaria, NYK explica que originalmente era un ejecutivo de dicha naviera quién contactaría a Eukor, lo que se habría acordado con SCAV, ya que era la mencionada naviera japonesa la encargada de realizar los contactos fuera del Skai. Sin embargo, según se expresa en la misma Solicitud Complementaria, tal contacto entre NYK y Eukor no se produjo porque en septiembre de 2012 fueron allanadas las oficinas de la primera en Japón;

4. Ambas solicitudes son plenamente consistentes, pues es razonable que, a sabiendas que era imposible que NYK contactara a Eukor, los ejecutivos de CSAV tomaran la iniciativa y realizaran por sí mismos las conversaciones con la naviera coreana;

5. En tres declaraciones ante la FNE, dos de ellas en octubre de 2012 y otra casi un año después, en julio de 2013, un ejecutivo de CSAV reconoce, sin inconsistencias, que habría hablado en septiembre de 2012 con un ejecutivo de Eukor acerca de si era esta empresa la que estaba realizando transportes de prueba con vehículos de la marca Hino, comercializados en Chile por Indumotora al igual que los vehículos Subaru. Adicionalmente, reconoce el ejecutivo de CSAV, éste le habría solicitado que Eukor respetara la cuenta Subaru para el Skai, a lo que el ejecutivo de Eukor habría accedido;

6. Se aprecia de lo expuesto que el Requerimiento es coherente no sólo con la Solicitud de CSAV, sino también con la de NYK y con lo declarado por el ejecutivo de la primera;

7. A fojas 3601 un ejecutivo de Eukor, presentado como testigo ante este Tribunal, corrobora que efectivamente existió tal comunicación entre él y el ejecutivo de CSAV en septiembre de 2012. Sin embargo, este testigo controvierte el tenor de la conversación al asegurar que sólo habrían conversado acerca de quién estaría realizando el transporte de prueba de los vehículos Hino, pero que no habrían conversado de ningún tema adicional;

8. En opinión de estos disidentes, al ponderar la prueba de acuerdo a la sana crítica, resulta lógico y razonable que la conversación entre los ejecutivos de estas dos navieras rivales no acabara en donde asevera el ejecutivo de Eukor, sino que continuara para hablar sobre el respeto de la cuenta Subaru, tal como aseverado por el ejecutivo de CSAV. Ello por las siguientes consideraciones: (i) la única prueba en contra es la palabra del testigo de Eukor, quién por ser funcionario de esta empresa tiene obvios incentivos en negar que habría hablado de un respeto de cuenta con un rival; (ii) carece de racionalidad económica que el ejecutivo de CSAV invente hechos que constituyen una práctica ilegal que le causa un daño personal y a su empresa, sin conllevarle algún beneficio obvio o aparente; (iii) la conversación entre ejecutivos de empresas rivales, que hablan acerca de una cuenta de una de ellas (Hino), deja un espacio natural y obvio para hablar de otras cuentas, en particular si el interés de CSAV era que se le respetara la cuenta Subaru; (iv) no consta que ambas empresas hayan contado con un programa de cumplimiento o al menos un entrenamiento que impusiera límites a conversaciones con navieras rivales que se refirieran a temas como el respeto de cuentas; y (v) es un hecho que el Skai respetó una cuenta de Eukor en 2009 –la de Indumotora (Kia) según acreditado en el considerando centésimo sexto y siguientes–, la que finalmente no fue condenada sólo porque fue acogida la prescripción alegada por las requeridas;

9. Analizado en su conjunto la coherencia del Requerimiento, la consistencia entre las dos solicitudes de beneficios presentadas en autos y la mayor credibilidad que estos disidentes otorgan a las tres declaraciones del ejecutivo de CSAV respecto de la testimonial del ejecutivo de Eukor, por las razones expuestas en el considerando anterior, llevan a concluir que hubo un respeto de la cuenta Subaru en 2012, tal como es señalado por la FNE.

SE PREVIENE que el Ministro Sr. Tapia y el Sr. Arancibia, si bien concurren a la decisión de la mayoría, no comparten lo señalado en el considerando ducentésimo vigésimo cuarto, relativo a la forma de cálculo de la multa, porque conllevan una aplicación retroactiva de la ley sancionatoria que está prohibida por el ordenamiento jurídico. Las razones que sustentan esta afirmación fueron desarrolladas con mayor extensión en su prevención de la Resolución N° 160, de 28 de diciembre de 2017. La principal es que el derecho de la libre competencia es parte del derecho regulatorio administrativo, cuyas sanciones no se rigen por el *ius puniendi* de castigo estatal, sino por el *ius corrigendi* de principios y finalidades propios vinculados a la corrección y disuasión de conductas mediante la imposición de obligaciones de dar, hacer o no hacer. Por este motivo, los montos y límites máximos de las multas reguladas en versiones anteriores del D.L. N° 211, pero vigentes durante el periodo colusivo, deben ser considerados para el cálculo de la multa, según se explica a continuación:

1. Ante todo, cabe aclarar que el comportamiento o hecho que configura el acuerdo único anticompetitivo probado en autos es subsumible en las tres regulaciones indicadas, pues todas ellas establecen la ilegalidad de 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. Es sólo en este último caso que es posible identificar tres regímenes diferentes;

2. Que la FNE solicita, y el fallo de mayoría acoge, la aplicación del estatuto de multa correspondiente a la ley vigente al momento del término de la conducta. Siguen, a estos efectos, 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 periodo colusivo se calcule conforme al límite máximo fijado en la última ley;

3. Con todo, a consecuencia de que no se está en presencia de una aplicación del *ius puniendi*, el régimen sancionatorio en este caso no debe regirse por ese criterio, que está fundado en principios del orden penal no aplicables al ejerci-

cio de potestades administrativas en el ámbito regulatorio. El plano jurídico en que se desenvuelve este derecho es obligacional, no penal, lo que explica, por ejemplo, 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, entre otros aspectos;

4. La regulación económica consiste en la imposición, por razones de interés público, de obligaciones de dar, hacer o no hacer. Por ello, la infracción regulatoria consiste simplemente en un incumplimiento obligacional, no en la realización de una conducta típica punible. En el caso específico de la regulación de libre competencia, las obligaciones impuestas son principalmente negativas o de "no hacer" y, por ende, de tracto sucesivo o permanentes, esto es, 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"* (Acedo, 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 de "no coludirse", permanente y duradera, que da origen a la responsabilidad infraccional correspondiente;

5. La naturaleza obligacional implica que la sanción administrativa de la colusión consiste simplemente en la imposición de nuevas obligaciones por haber infringido una obligación regulatoria de igual naturaleza. Esto se traduce normalmente en una sanción pecuniaria. Como bien señala Coloma, la utilización de multas para hacer efectiva dicha responsabilidad es semejante a –aunque en caso alguno se equipara con– 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);

6. Establecido lo anterior, el punto a dilucidar en este caso 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. 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;

7. Cabe precisar que esta labor de discernimiento está sujeta a dos limitaciones jurídicas relevantes. En primer lugar, al principio *non bis in ídem*, que 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, largamente acreditado en este caso;

8. La segunda limitación está dada por el principio de irretroactividad de la ley, en virtud del cual, a falta de norma expresa, las consecuencias jurídicas de los actos deben regirse por la ley vigente al momento de su ocurrencia. De esta forma, quedan proscritas leyes *ex post facto* y las sanciones sin *lex previae*. De acuerdo con lo sostenido por el 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. 22º);

9. 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. Aunque 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*, esta identificación es 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;

10. 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;

11. Establecida la necesidad y modo 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, pues 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 resultaría insuficiente para efectos de la defensa de la libre competencia;

12. Sin embargo, precisamente en atención a este último reparo, la solución penal aplicada por el fallo de 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-sanción", al pretender la aplicación de una ley y sanción a hechos anteriores a su establecimiento. Es decir, 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 *nulla poena sine lege*;

13. La aplicación de esta variante es incluso 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 adicional al cargo y la pena basados en la nueva ley, que sólo pueden expresar el merecimiento y la necesidad de pena por la comisión de la secuencia posterior a su entrada en vigencia*" (Bascuñán, Antonio, *Estudios sobre la colusión*, Thomson Reuters, 2016, p. 144 y 148);

14. En razón de lo expuesto, ni la solución planteada por el derecho intertemporal penal, ni su variante específica al problema de vigencia de diferentes estatutos sancionadores del D.L. N° 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;

15. En cambio, como hemos señalado, 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, debe ser una sola para un solo incumplimiento, y su cálculo debe considerar los montos máximos exigibles por concepto de multa para cada periodo.

16. 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;

17. Este modo de calcular una multa por incumplimiento continuo de una obligación de no hacer, según el estatuto compensatorio aplicable a cada periodo de tiempo, es propio del derecho intertemporal obligacional. Como explica nuevamente 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, 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);

18. 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 (véase Jakobs, Günther, *Strafrecht-Allgemeiner Teil*, Berlin/New York: Walter De Gruyter, 1993, 2ed., 2 Kapitel, Abs. 4, Nm. 61, pp. 96 y 97);

19. 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 periodo 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;

Notifíquese personalmente o por cédula y archívese, en su oportunidad.
Rol C N° 292-15.

53 / 2018

TDLC

Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

RESOLUCIÓN N° 53/2018

(Causa Rol NC N° 435-16)

"Consulta de Farmacias Cruz Verde S.A.
sobre Merchant Discount de Transbank S.A."

Fecha dictación: 5 de septiembre de 2018.

Ministros que concurren al acuerdo: Sr. Enrique Vergara Vial, Presidente, Sr. Eduardo Saavedra Parra, Sr. Javier Tapia Canales, Sra. María de la Luz Domper Rodríguez y Sr. Jaime Arancibia Mattar. Voto en contra del Ministro Arancibia.

Consultante: Farmacias Cruz Verde S.A.

Aportantes de Antecedentes: Ministerio de Hacienda; Supermercados de Chile A.G.; Servicio Nacional del Consumidor; SMU S.A.; Salcobrand S.A.; PreUnic S.A.; Farmacias Ahumada S.A.; Transbank; Fiscalía Nacional Económica; Cencosud S.A. Multicaja S.A.; Banco Central de Chile; y Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras Chile.

Resumen de la consulta: Farmacia Cruz Verde S.A. ("Cruz Verde") solicitó que este Tribunal iniciara un procedimiento de consulta para pronunciarse acerca de los criterios aplicados por Transbank S.A. en la determinación del *merchant discount* cobrado respecto del rubro comercial al cual está adscrita, a la luz de la comisión cobrada en otros rubros análogos, y la conformidad o no de dicha aplicación práctica con la libre competencia, estableciendo si procediere las condiciones que Transbank deba cumplir al respecto.

Resolución del Tribunal: Luego de la revisión de los antecedentes aportados, el Tribunal concluyó que los criterios de los *merchant discounts*, establecidos en el Plan de Autorregulación de Transbank (PAR), no cumplen los criterios de ser públicos, objetivos, de general aplicación y no

discriminatorios y que, en consecuencia, el PAR no es compatible con la normativa de libre competencia. Por lo anterior, dispuso que Transbank deberá proponer un nuevo PAR, que deberá ser presentado ante la Fiscalía Nacional Económica en un plazo de tres meses desde que la resolución se encuentre firme.

El nuevo PAR deberá, como mínimo, cumplir con los siguientes criterios: a) No debe discriminar por categorías ni por rubro; b) Sólo podrá establecer descuentos en el *merchant discount* basados en el número de transacciones con tarjeta de cada comercio; c) Los *merchant discounts* podrán aplicar descuentos por el valor promedio de la venta con tarjeta del comercio; d) Los descuentos aplicados a los *merchant discounts* deben ser marginales; e) Se debe definir qué se entiende por número de transacciones y monto (o valor) de la venta promedio de un determinado comercio; f) La tabla única de doble entrada con los *merchant discounts* aplicables a tarjetas de crédito puede aplicar un descuento, porcentual al valor de la venta, cuando se trate de una transacción con tarjeta de débito; y g) Ningún *merchant discount* en tarjetas podrá ser superior al mayor *merchant discount* cobrado actualmente a transacciones con el respectivo tipo de tarjeta.

Recursos: Reclamación pendiente ante la Excma. Corte Suprema (Rol N° 24.828-18).

Temas que trata: ámbito de procesos no contenciosos, discriminación de precios y descuentos.

RESOLUCIÓN N°53/2018

Santiago, cinco de septiembre dos mil dieciocho.

PROCEDIMIENTO: No Contencioso.
ROL: NC N°435-16.
CONSULTANTE: Farmacia Cruz Verde S.A. ("Cruz Verde" o la "Consultante").
OBJETO: Que este Tribunal se pronuncie acerca de criterios aplicados por Transbank S.A. ("Transbank") en la determinación del merchant discount cobrado respecto del rubro comercial al cual está adscrita Cruz Verde, a la luz de la comisión cobrada en otros rubros análogos, y la conformidad o no de dicha aplicación práctica con la libre competencia, estableciendo si procediere las condiciones que Transbank deba cumplir al respecto.

II. PARTE CONSIDERATIVA

1. De acuerdo con lo señalado en la parte expositiva, Cruz Verde ha solicitado que se analice si los criterios que aplica Transbank para determinar el *merchant discount* que le cobra por el hecho de pertenecer a un rubro comercial determinado, se ajustan a la normativa de libre competencia. Solicita, además, que dicho análisis se realice a la luz de la comisión cobrada en otros rubros análogos y atendiendo a las condiciones actuales de los mercados involucrados (fojas 106). En caso que los criterios no se conformaran con la libre competencia, Cruz Verde ha requerido que sean establecidas las condiciones que Transbank deberá cumplir a este respecto, tratándose de establecimientos de comercio que se encuentren en análogas condiciones de promedio mensual de ventas o transacciones, según sea el caso, y de vale o ticket promedio (conceptos todos que son detallados más adelante).

2. La consulta de Cruz Verde requiere necesariamente pronunciarse en términos generales acerca del PAR, que es el documento en el cual están contenidos los criterios antes indicados. En síntesis, esto se explica no sólo porque la consulta ha sido planteada en términos abiertos y generales, sino principalmente por el hecho que, atendida la estructura de dicho documento, cualquier revisión y posibles medidas que sean adoptadas en relación a la consultante tendrán necesariamente efectos de carácter más general.

3. Así, por lo demás, se estableció desde el comienzo del presente proceso. En efecto, en la resolución que dio inicio al procedimiento, de fojas 126 y fecha 7 de diciembre de 2016, se indicó que estos autos recaían sobre los criterios aplicados por Transbank en la determinación del *merchant discount* cobrado respecto del rubro comercial al cual está adscrita Cruz Verde, a la luz de la comisión cobrada en otros rubros análogos, y la conformidad o no de dicha aplicación práctica con la libre competencia, estableciendo, si procediere, las condiciones que Transbank deberá cumplir al respecto.

4. Atendido lo anterior, el objeto de este procedimiento comprende lo siguiente: (i) un análisis de los criterios que actualmente aplica Transbank para determinar los *merchant discounts* que cobra a la consultante; (ii) efectuar una comparación de tales criterios con los cobrados a otros comercios análogos; (iii) revisar la conformidad o no de esos criterios con la libre competencia; y (iv), en caso que proceda, establecer las medidas que Transbank debe cumplir para adecuar sus criterios a la libre competencia.

5. Por tanto, no resulta atendible lo señalado tanto en el aporte de antecedentes de Transbank (a fojas 585 y siguientes), como en el informe en derecho acompañado a fojas 1051, los cuales sostienen que el análisis en estos autos debiera limitarse a observar los *merchant discounts* efectivamente cobrados a la consultante. Reiterando, dichos cobros son sólo una consecuencia de aplicar los criterios establecidos en el PAR y no permiten, en sí mismos y considerados de manera autónoma, comprender las razones que motivan su determinación.

6. Del mismo modo, atendido lo solicitado por Cruz Verde, se debe tener presente que el ámbito de lo consultado no sólo requiere de un estudio que abarque todo lo elaborado por Transbank en su PAR (y, con ello, los criterios para cobrar las distintas comisiones), sino que, además, tal examen debe ser realizado considerando las condiciones actuales de los mercados involucrados.

7. Finalmente, nuestra revisión nos ha llevado a la convicción de que es necesario realizar ciertos cambios profundos subyacentes a la autorregulación de Transbank, los que implican, en los hechos, la necesidad de que el PAR sea reemplazado por un nuevo documento que siga los lineamientos aquí especificados. El detalle del análisis y los criterios a seguir se encuentran en la sección 4.

1. Antecedentes acerca del Plan de Autorregulación Tarifaria de Transbank

8. Como hemos adelantado, esta sección está destinada a revisar de manera íntegra el contenido del PAR vigente, que rige los cobros que dicha empresa efectúa a los comercios afiliados a su red. En la primera parte se exponen los orígenes del PAR (1.1) y luego, en la segunda, su estructura y contenido actual (1.2).

1.1 Orígenes

9. El PAR tiene su origen remoto en la causa contenciosa rol C N°16-04, caratulada "Avocación en recurso de reclamación de Transbank S.A. en contra del Dictamen N°1270 de la Comisión Preventiva Central y Requerimiento del Sr. Fiscal Nacional Económica"; causa que inicialmente comenzó a ser tramitada bajo el rol N°728-03 de la antigua Comisión Resolutiva (antecesora del TDLC) y que luego, en este Tribunal, adquirió el rol C N°16-04

10. A su vez, este procedimiento tiene como antecedente el Dictamen N°1.270, de 28 de agosto de 2003, emitido por Comisión Preventiva Central, en el que se dispuso, entre otras medidas: (i) solicitar al Fiscal Nacional Económico que dedujera un requerimiento ante la H. Comisión Resolutiva en contra de Transbank, a fin de que se le impusieran las correspondientes sanciones por un eventual abuso de posición dominante; y (ii) que Transbank modificara su estructura de precios, de modo que fuera pública, objetiva y ajustada a costos. La empresa debía presentar la nueva estructura de precios a la misma H. Comisión Preventiva Central.

11. El 3 de septiembre de 2003 Transbank interpuso un recurso de reclamación ante la H. Comisión Preventiva Central, solicitando que la H. Comisión Resolutiva dejara sin efecto en todas sus partes el mencionado dictamen. Ante esto, el 1 de octubre de 2003, la H. Comisión Resolutiva decidió avocarse "de oficio" al conocimiento de los hechos y materia del Dictamen, con independencia de lo solicitado por la recurrente, solicitando para estos efectos informe a la FNE.

12. El 20 de enero de 2004 la FNE evacuo el informe solicitado y, además, requirió a Transbank por lo siguiente: (i) impedir la libre adquisición de equipos procesadores por parte de los usuarios; (ii) efectuar un doble cobro a emisores y comercios

por los servicios de autorización y captura de transacciones con tarjetas bancarias; (iii) existir una ausencia de competencia en la adquirencia, que se reflejaría en altas comisiones a los comercios; (iv) la afiliación conjunta de distintas marcas de tarjetas de crédito; (v) el cobro de la misma comisión para tarjetas de crédito y débito, pese a las diferencias de costos existentes entre ambas; (vi) pagos de U.F. 0,0008 efectuados por Transbank a los emisores socios por cada operación capturada, que discriminaría a emisores no socios (Coopeuch), y disminuiría contablemente las utilidades; y (vii) la integración vertical en el procesamiento, que constituiría una barrera a la entrada para operadores, adquirentes y emisores.

13. En el marco de ese procedimiento, el 5 de abril de 2005 la FNE, Transbank y la Cámara de Comercio, Industria y Turismo de Linares A.G. alcanzaron un avenimiento parcial ("Avenimiento"), en virtud del cual la segunda se obligó, entre otras cosas, a: (i) rebajar la comisión máxima por aceptación de tarjetas de crédito y débito a 3,5% y 2,5%, respectivamente, sobre el monto total de cada operación, no pudiendo compensarse estas rebajas con el aumento de las tarifas por otros servicios o por aceptación de tarjetas; (ii) otorgar acceso a cualquier establecimiento que desee incorporarse a la aceptación de tarjetas de crédito y débito; (iii) establecer comisiones a establecimientos de comercios que sean públicas, de general aplicación, objetivas, carentes de discriminaciones arbitrarias y que cumplan con las circulares de la SBIF; (iv) cobrar comisiones diferenciadas para tarjetas de débito y crédito, debiendo ser las primeras razonablemente menores que las segundas, en atención a los distintos costos de administración y procesamiento involucrados en cada una de ellas; (v) cobrar a los emisores tarifas públicas, de general aplicación, objetivas, carentes de discriminaciones arbitrarias y que cumplieran con las circulares de la SBIF; y (vi) someter a la aprobación de este Tribunal un Plan de Autorregulación Tarifaria (fojas 222, expediente causa Rol C N°16-04).

14. En cumplimiento de la última obligación consignada en el Avenimiento, el 30 de mayo de 2005 Transbank presentó al Tribunal, para su revisión, una primera versión del Plan de Autorregulación Tarifaria (fojas 254, expediente causa rol C N°16-04).

15. Finalmente, el 12 de septiembre de 2005, el Tribunal dictó la Sentencia N°29/2005, que se pronunció sobre los aspectos no incluidos en el Avenimiento y

acerca de la primera versión del Plan de Autorregulación Tarifaria. Este último fue rechazado, obligándose a Transbank a presentar uno nuevo sobre la base de lo expuesto en la misma sentencia.

16. La Sentencia N°29/2005 caracterizó el mercado de servicios de tarjetas de crédito y de débito como un mercado de dos lados (c. 11°). Señaló que los análisis tradicionales de competencia pueden conducir a conclusiones equivocadas, en atención a la interdependencia de las decisiones de los clientes de cada sub-mercado, por lo que se debe evitar considerar a cada sub-mercado por separado (c. 12°). En consecuencia, las estructuras de precios no necesariamente guardan una relación directa u obvia con los costos en que se debe incurrir para servir a cada tipo de cliente (c. 13°). Así, la "*ausencia de una relación directa u obvia con los costos individuales de cada servicio provisto no implica necesariamente la existencia de precios abusivos, predatorios o subsidios cruzados*" (c. 13°).

17. En lo que respecta al mercado relevante, la sentencia concluyó que las tarjetas de crédito y de débito bancarias se distinguen de otros medios de pago, tanto para los tarjetahabientes como para los comercios (c. 18° a 21°). Como consecuencia de ese análisis, definió el mercado relevante como el de las transacciones efectuadas utilizando como medio de pago las tarjetas bancarias de crédito y/o débito (c. 22°).

18. La sentencia también se refirió a la competencia entre los distintos sistemas de tarjetas de crédito bancarias, señalando que los indicios existentes apuntaban a la inexistencia de competencia. (c. 34°). Asimismo, analizó la diferenciación de tarifas que aplicaba Transbank en los cobros de los *merchant discounts* y concluyó que la diferenciación de precios no es *per se* anticompetitiva (c. 46°). En particular, respecto a la manera como podría una empresa como Transbank tarificar, explicó que "*en una firma que exhibe economías de escala, la forma eficiente de traficar es a costo marginal, pero al establecer un cargo variable igual al costo marginal se produce una insuficiencia de ingresos que es necesario financiar entre todos los usuarios. Una forma de hacerlo sería fijando precios más altos a quienes tienen una demanda más inelástica (la denominada "tarificación Ramsey")*, agregando que "o*tra forma consiste en financiar la brecha de ingresos* a través de cargos fijos a los usuarios en proporción al *excedente que los diferen-*

tes usuarios derivan de consumir el bien o servicio que provee la firma" (c. 48°). En la misma línea, en el considerando 49° se da cuenta que en el año 2002 las comisiones al comercio fluctuaban fuertemente dependiendo del volumen de ventas y aun cuando el Tribunal reconoce que dichas diferencias podrían tener fundamento económico, estima que éstas requieren de una buena justificación económica (considerandos 49° y 51°).

19. Finalmente, en lo que respecta al Plan de Autorregulación Tarifaria, el fundamento de su rechazo fue que "*diferencias en las tarifas de la magnitud señalada*" [de hasta un 250% dependiendo del volumen de transacciones realizadas y en hasta un 56% respecto de la tarifa de procesamiento transaccional] (...) *"requieren de una justificación, pues son de una magnitud tal que, de no tener fundamentos económicos, serían contrarias a la libre competencia*" (c. 54°). Como se vio, la sentencia obligó a Transbank a presentar un nuevo Plan.

20. El 12 de octubre de 2005, Transbank presentó una segunda versión del Plan de Autorregulación Tarifaria y tres informes económicos fundantes del mismo. Sin embargo, con fecha 1º de diciembre de 2005, el Tribunal rechazó nuevamente la propuesta y ordenó a Transbank acompañar uno nuevo, dado que "*los argumentos de teoría económica presentados por Transbank S.A. para justificar las diferencias observadas en las tarifas cobradas a los distintos establecimientos afiliados a dicha compañía, no son suficientes para respaldar las conclusiones presentadas en el informe económico acompañado en el segundo otrosí de fojas 185, toda vez que no se han adjuntado al mismo antecedentes cuantitativos que permiten a este Tribunal conocer los datos que lo sustentan"* (fojas 210, cuaderno de cumplimiento avenimiento parcial, rol C N°16-04).

21. El 11 de enero de 2006, Transbank puso en conocimiento del Tribunal el documento denominado "Antecedentes Cualitativos de Tarifas a Establecimientos Comerciales por aceptación de Tarjetas de Crédito y Débito- Enero 2006". El 18 de diciembre de ese mismo año el Tribunal señaló que dicho documento "*constituye una descripción de tarifas que no es complementada con razonamiento alguno y que por tanto, no puede ser considerada como una fundamentación o justificación económica de la diferenciación de tarifas a establecimientos afiliados a la compañía y que pertenecen a un mismo rubro"* (fojas 217, cuaderno de cumpli-

miento avenimiento parcial. Rol C N°16-04). Por estas razones, reiteró a Transbank la orden de acompañar un nuevo Plan de Autorregulación.

22. El 31 de enero 2006, Transbank acompañó su nuevo Plan y un documento denominado "Consideraciones del Plan de Autorregulación", que contenía la justificación económica de la diferenciación de tarifas a los establecimientos afiliados a los sistemas de tarjetas de crédito y débito y que pertenecen al mismo rubro, así como las consideraciones que se tuvieron en vista en la elaboración del esquema de tarifas por aceptación de las mencionadas tarjetas.

23. El 9 de marzo de 2006, el Tribunal aprobó dicho documento, con el voto en contra del Ministro señor Pablo Serra, quien estuvo por rechazarlo ya que, en su opinión, no se habría dado suficiente justificación económica para las diferencias tarifarias que se comprenden dentro de cada rubro comercial (fojas 220, cuaderno de cumplimiento avenimiento parcial, Rol C N°16-04).

1.2 Estructura y contenido principal del PAR

24. En cumplimiento del Avenimiento y sobre la base de una teoría económica determinada (a la que nos referimos más adelante), Transbank estructuró el PAR estableciendo en él un sistema tarifario que determina las comisiones que son cobradas a los comercios.

25. Todo el sistema está basado en un porcentaje que se aplica sobre el monto total de la operación, el que considera descuentos por distintas variables. Las únicas excepciones se encuentran en las categorías "servicios básicos" (energía eléctrica, agua potable y gas) en los pagos recurrentes para tarjetas de crédito y de "combustibles" en las de débito, en cuyos casos la comisión es un monto fijo por transacción, que también considera descuentos sobre la base del número de operaciones o vale promedio (párrafo 1.1.1.17 del PAR, fojas 380).

26. Para determinar el porcentaje aplicable a cada establecimiento, los comercios son agrupados en categorías según rubro de actividad económica. De acuerdo con lo señalado por Transbank, la determinación del rubro específico al que pertenece un negocio "*se hizo conforme al giro principal de dicho comercio, según éste había sido definido por el cliente al momento de afiliarse a Transbank*"

(fojas 596). Además, las categorías habrían sido verificadas con la información sobre "e*l giro declarado ante el Servicio de Impuestos Internos, a la Patente Municipal y/o al giro consignado en la correspondiente escritura pública*" (ibíd).

27. El PAR, además, diferencia las categorías dependiendo de si el pago se efectúa con tarjeta de crédito o tarjeta de débito.

28. En el caso de tarjetas de crédito, el PAR contempla seis categorías tarifarias del sector "Retail" y cuatro categorías para el sector "Pagos Recurrentes" (párrafos 1.1.1.2.1 y 1.1.1.2.2, fojas 377):

I. *Categorías tarifarias para Retail (comprende 19 categorías sectoriales para 251 rubros)*:

- Categoría 1: supermercados y alimentación, que comprende los rubros supermercados y alimentación y *fast food*.
- Categoría 2: vestuario, tiendas por departamento y especialidad.
- Categoría 3: hogar y otros servicios, que comprende los rubros ferreterías, *homecenters* y muebles, intermediarios y comisionistas, servicios de vehículos y transportes, artículos electrónicos y computación, clínicas y centros médicos, servicios profesionales, servicios generales y grandes productores y exportadores.
- Categoría 4: turismo y entretención, que comprende los rubros líneas áreas, restaurantes, hoteles, diversiones y esparcimiento, casinos y juegos de azar y servicio de arredramiento de vehículos.
- Categoría 5: farmacia, perfumería y estética.
- Categoría 6: combustibles.

II. *Categorías tarifarias para pagos recurrentes:*

- Categoría 1: servicios para el hogar y membresías.
- Categoría 2: educación.
- Categoría 3: servicios financieros, seguros, isapres, peajes e inmobiliario.
- Categoría 4: servicios básicos.

29. En el caso de las tarjetas de débito, el PAR establece tres categorías tarifarias (párrafo 1.1.1.3, fojas 378):

I. Categoría 1: supermercados y alimentación.
II. Categoría 2: retail general.
III. Categoría 3: combustibles.

30. Para cada una de estas categorías tarifarias se dispone de un porcentaje máximo de comisión y de descuentos por volumen. Estos descuentos en las tarifas de establecimientos que se encuentran en una misma categoría se "*fundan en los volúmenes de operaciones con las tarjetas, sea por monto promedio de las transacciones, volumen promedio de ventas con las tarjetas y/o número promedio de transacciones*" (párrafo 1.1.1.5 del PAR, fojas 378).

31. Con todo, Transbank no aplica por igual estos criterios en tarjetas de crédito y de débito. En efecto, en el caso de las primeras, los descuentos se realizan en función del monto promedio mensual de las transacciones y del monto promedio las de transacciones ("vale promedio"). En el PAR se indica que "a *mayor volumen de operaciones y/o vale promedio aumenta el descuento, con un tope que corresponde al descuento máximo que se puede aplicar, de forma tal que los establecimientos de una misma categoría que tengan similar volumen de operaciones y vales promedio tengan el mismo descuento sobre el porcentaje de comisión*" (párrafo 1.1.1.6 del PAR, fojas 378). En cambio, en el caso de las tarjetas de débito, los descuentos se generan en función del promedio mensual del número de operaciones y del monto promedio de las transacciones ("vale promedio").

32. Esta definición de los descuentos condujo a la creación de tablas de doble entrada en las que se contempla, por un lado, el promedio mensual de ventas (en el caso de las tarjetas de crédito) o el número promedio mensual de transacciones (en el caso de las tarjetas débito) y, por otro, el vale promedio de transacción. En la intersección de ambos criterios se ubica el porcentaje de comisión a cobrar. De este modo, para definir la comisión que le será cobrada, cada establecimiento comercial debe buscar el casillero que le corresponde según las variables de cada columna y fila.

33. A continuación se muestra un ejemplo de las tablas utilizadas en el PAR:

CUADRO N°1

MERCHANT DISCOUNT COBRADO A CATEGORÍA SUPERMERCADOS Y ALIMENTACIÓN, PARA TARJETA DE CRÉDITO, SEGÚN PROMEDIO MENSUAL DE VENTAS Y VALE PROMEDIO, PAR AÑO 2006

TABLAS PARA CATEGORÍAS TARIFARIAS RETAIL

Categoria 1: Supermercados y Alimentación

Promedio mensual Ventas UF/mes	Vale Promedio UF/Transacción	Hasta 0,50	Más de 0,50 hasta 0,75	Más de 0,75 hasta 1,00	Más 1,00 hasta 1,10	Más de 1,10 hasta 1,40	Más de 1,40 hasta 1,60	Más 1,60 hasta 1,80	Más de 1,80 hasta 2,00	Más de 2,00 Hasta 2,50	Más de 2,50
Desde	Hasta										
0	50	3,50	3,50	3,50	3,50	3,50	3,50	3,50	3,50	3,50	3,50
Más de 50	100	3,44	3,42	3,40	3,39	3,37	3,35	3,34	3,30	3,29	3,27
Más de 100	200	3,28	3,26	3,24	3,22	3,20	3,18	3,16	3,13	3,11	3,09
Más de 200	400	3,12	3,10	3,08	3,06	3,04	3,01	2,99	2,95	2,93	2,90
Más de 400	600	3,03	3,01	2,99	2,96	2,94	2,92	2,89	2,85	2,82	2,80
Más de 600	900	2,94	2,92	2,89	2,87	2,84	2,82	2,79	2,74	2,72	2,69
Más de 900	1350	2,85	2,82	2,80	2,77	2,74	2,72	2,69	2,64	2,61	2,58
Más de 1350	2025	2,76	2,73	2,70	2,67	2,65	2,62	2,59	2,53	2,51	2,48
Más de 2025	3038	2,67	2,64	2,61	2,58	2,55	2,52	2,49	2,43	2,40	2,37
Más de 3038	4556	2,57	2,54	2,51	2,48	2,45	2,42	2,39	2,33	2,30	2,27
Más de 4556	6834	2,48	2,45	2,42	2,39	2,35	2,32	2,29	2,22	2,19	2,16
Más de 6834	10252	2,39	2,36	2,32	2,29	2,26	2,22	2,19	2,12	2,09	2,05
Más de 10252	15377	2,30	2,26	2,23	2,19	2,16	2,12	2,09	2,02	1,98	1,95
Más de 15377	23066	2,21	2,17	2,13	2,10	2,06	2,02	1,99	1,91	1,88	1,84
Más de 23066	28833	2,16	2,12	2,08	2,04	2,01	1,97	1,93	1,86	1,82	1,78
Más de 28833	36041	2,11	2,07	2,03	1,99	1,95	1,91	1,88	1,80	1,76	1,72
Más de 36041	45051	2,06	2,02	1,98	1,94	1,90	1,86	1,82	1,74	1,70	1,66
Más de 45051	56314	2,01	1,97	1,93	1,89	1,85	1,80	1,76	1,68	1,64	1,60
Más de 56314	70392	1,96	1,91	1,87	1,83	1,79	1,75	1,71	1,63	1,59	1,55
Más de 70392	87990	1,90	1,86	1,82	1,78	1,74	1,70	1,65	1,57	1,53	1,49
Más de 87990	109987	1,85	1,81	1,77	1,73	1,68	1,64	1,60	1,51	1,47	1,43
Más de 109987	137484	1,80	1,76	1,72	1,67	1,63	1,59	1,54	1,46	1,41	1,37
Más de 137485	171855	1,75	1,71	1,66	1,62	1,58	1,53	1,49	1,40	1,35	1,31
Más de 171855	214819	1,70	1,66	1,61	1,57	1,52	1,48	1,43	1,34	1,30	1,25
Más de 214819	268524	1,65	1,61	1,56	1,51	1,47	1,42	1,38	1,29	1,24	1,19
Más de 268524	335655	1,60	1,56	1,51	1,46	1,42	1,37	1,32	1,23	1,18	1,13
Más de 335655	419568	1,55	1,50	1,46	1,41	1,36	1,31	1,27	1,17	1,12	1,08
Más de 419568	524460	1,50	1,45	1,40	1,36	1,31	1,26	1,21	1,11	1,07	1,02
Más de 524460	655575	1,45	1,40	1,35	1,30	1,25	1,20	1,16	1,06	1,01	1,00
Más de 655575		1,40	1,35	1,30	1,25	1,20	1,15	1,10	1,00	1,00	1,00
		PORCENTAJE DE COMISION									

Fuente: PAR, Apéndice, página 2 (foja 392).

34. Además, el sistema contemplado en el PAR establece tarifas o comisiones máximas, de acuerdo a lo acordado en el Avenimiento, en el que se dispuso que las comisiones tendrían un máximo de 3,5% para las tarjetas de crédito y de 2,5% para las de débito. En ciertas categorías, sin embargo, Transbank consideró una comisión máxima menor.

35. El detalle de las comisiones máximas para tarjetas de crédito, consideradas en la primera versión del PAR aprobada por el Tribunal, es el siguiente (fojas 380 y 381):

I. *Categorías tarifarias para Retail:*

- Categoría 1: máxima 3,5%, descuentos hasta llegar al 1%.
- Categoría 2: máxima 3,5%, descuentos hasta llegar al 1,4%.
- Categoría 3: máxima 3,5%, descuentos hasta llegar al 1%.
- Categoría 4: máxima 3,5%, descuentos hasta llegar al 1,25%.

- Categoría 5: máxima 3,5%, descuentos hasta llegar al 1,8%.
- Categoría 6: máxima 1,2%, descuentos hasta llegar al 0,78%.

II. *Categorías tarifarias para Pagos Recurrentes:*
- Categoría 1: máxima 3,5%, descuentos hasta llegar al 1,05%.
- Categoría 2: máxima 3%, descuentos hasta llegar al 0,5%.
- Categoría 3: máxima 2,5%, descuentos hasta llegar al 0,75%.
- Categoría 4: máxima 0,02 Unidad de Fomento (UF) por transacción, descuentos hasta llegar a 0,003 UF por transacción.

36. Por su parte, el detalle de las comisiones máximas para tarjetas de débito es el siguiente:

I. *Categoría 1: máxima 2,5%, descuentos hasta llegar al 0,5%.*
II. *Categoría 2: máxima 2,5%, descuentos hasta llegar al 0,8%.*
III. *Categoría 3: máxima UF 0,000615 por transacción, descuentos hasta llegar a UF 0,0028 por transacción.*

37. Las tablas de doble entrada fueron incluidas como un apéndice en el PAR, en el que se detallan las categorías tarifarias y sectoriales aplicables a la operación de las tarjetas de crédito o débito, las comisiones máximas para cada actividad y los descuentos aplicables.

38. Finalmente, el PAR establece, en su párrafo 1.3.1 (fojas 385), la facultad de Transbank de modificar el modelo tarifario o las comisiones cobradas, siempre que (i) los cambios se sujeten a las disposiciones establecidas en el Avenimiento y en las Circulares de la SBIF, y (ii) que sean valores inferiores a los establecidos en el PAR aprobado el año 2006.

39. En el marco de estas modificaciones, Transbank indica que ha rebajado voluntariamente las comisiones máximas aplicables a cada categoría. Para estos efectos, en su aporte de antecedentes da cuenta de la evolución de las tarifas máximas desde el año 2006 mediante el siguiente Cuadro:

CUADRO N°2
EVOLUCIÓN DE TARIFAS MÁXIMAS DE TRANSBANK

Tarifa máxima por aceptación de TC	Tarifa máxima por aceptación de TD
Marzo de 2006: 3,5%	Marzo de 2006: 2,5%
Marzo de 2008: 2,95%	Abril de 2012: 2,25%
	Septiembre de 2012: 1,95%
	Julio de 2013: 1,79%
	Abril de 2015: 1,61%
	Abril de 2016: 1,49%

Fuente: Aporte de antecedentes de Transbank, fojas 601.

2. La necesidad de revisar PAR

40. Habiendo descrito el PAR en detalle, esta sección está destinada a examinar si es necesario revisar dicho documento, tal como lo ha solicitado Cruz Verde.

41. A este respecto, cabe señalar que ni el Avenimiento ni la Sentencia N°29/2005 establecieron un procedimiento de revisión periódica del PAR, ni siquiera para el caso en que se presentaren nuevas circunstancias o las condiciones de mercado fueran esencialmente distintas a las existentes al momento de su aprobación. Con todo, dicho documento ha sido objeto de varias investigaciones realizadas por la FNE. Por ejemplo, la investigación rol N°901-07, a través de la cual se revisó el cumplimiento de Transbank del Avenimiento acordado en causa rol C N°16-04, archivada en abril de 2009; la investigación rol N°021-07, archivada el 24 de octubre de 2008 con el compromiso de Transbank de aumentar la cobertura de las tarjetas de crédito a establecimiento de menores ingresos; y la investigación rol N°815-06, iniciada por denuncia y que trató sobre la regulación tarifaria impuesta a Transbank y el cumplimiento de ésta, archivada el 1 de julio de 2008. Hasta ahora, sin embargo, no se ha efectuado una revisión íntegra de los fundamentos económicos del PAR.

42. Este tipo de revisiones no es extraña en el contexto internacional, incluso respecto de la materia consultada en el presente caso. En efecto, y tal como dio cuenta la Proposición Normativa N°19/2017, la jurisprudencia comparada muestra esfuerzos ingentes para reducir los subsidios cruzados desde el comercio adquiriente al lado emisor, por la vía de fijar un límite máximo a la tasa de intercambio, cuestión que debería redundar en menores *merchant discounts* cobrados al comercio adquiriente. Dado que en Chile no está regulada la tasa de intercambio,

resulta pertinente preguntarse si los *merchant discounts* son mayores a los cobrados en otros países.

43. Además, debe considerarse que el PAR fue aprobado el año 2006 bajo condiciones de mercado y competencia propias de esa época. Sin embargo, como se muestra en este capítulo, el escenario bajo el cual fue concebido dista mucho del existente hoy.

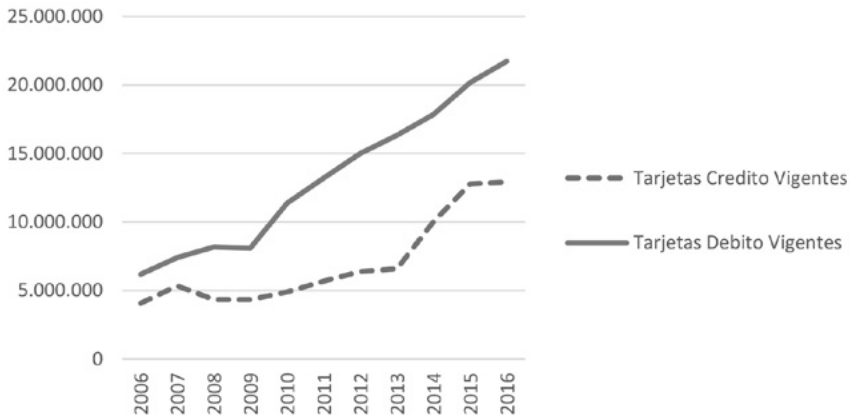
44. Existen al menos tres grupos de razones que justifican la necesidad de que sea sometido a una revisión íntegra. Primero, de acuerdo con los datos aportados en esta causa, el número de tarjetas de crédito y débito vigentes ha crecido fuertemente entre 2006 y 2016 (sección 2.1). Segundo, los ingresos de Transbank han crecido fuertemente desde el año 2006, lo que no es consistente con las exigencias de un sistema de autorregulación (sección 2.2). Finalmente, los *merchant discounts* cobrados en Chile son muy superiores a los cobrados en jurisdicciones comparadas, incluso tomando en cuenta las diferencias entre los modelos aplicables en la industria (sección 2.3).

2.1 Primera razón: el uso de las tarjetas de crédito y débito se ha incrementado sustancialmente desde la aprobación del PAR

45. En primer término, el número de tarjetas de crédito y débito vigentes entre 2006 y 2016 ha crecido fuertemente. Tal como se aprecia en el Gráfico N°1, el crecimiento en las tarjetas de débito ha sido mayor que en las tarjetas de crédito. De dicho Gráfico también es posible desprender que al año 2006 la penetración de las tarjetas de crédito y débito era cercana al 0,3 por habitante, en tanto que, al año 2016, existían 1,1 tarjetas de débito por habitante y 0,7 tarjetas de crédito por habitante. Es decir, en un mismo lapso de tiempo, las tarjetas de crédito duplicaron su penetración en el mercado mientras que las tarjetas de débito la triplicaron.

GRÁFICO N°1

EVOLUCIÓN DEL NÚMERO DE TARJETAS VIGENTES ENTRE 2006 Y 2016

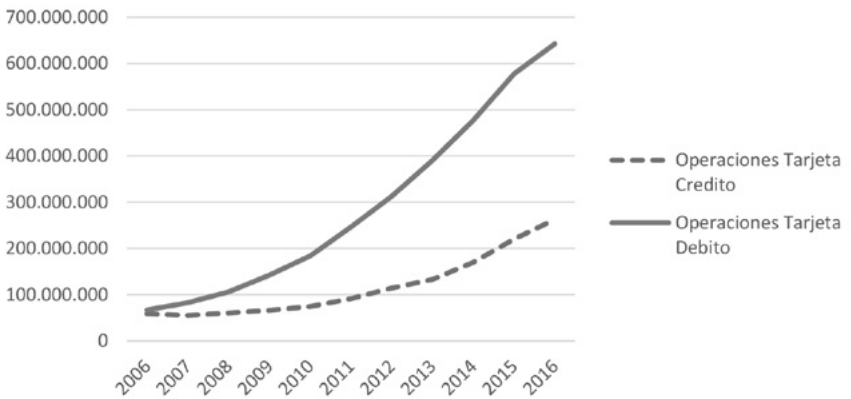


Fuente: Aporte de Antecedentes FNE, fojas 679.

46. Asimismo, en los últimos 10 años ha existido un gran aumento en el uso de las tarjetas de crédito y débito. El Gráfico N°2 muestra, por un lado, que luego de un crecimiento lento en el número de transacciones realizadas con tarjetas de crédito, éstas comenzaron a subir fuertemente desde el año 2010. Por otro lado, da cuenta que el número de transacciones realizadas con tarjetas de débito ha crecido exponencialmente desde el año 2006.

GRÁFICO N°2

EVOLUCIÓN DEL NÚMERO DE TRANSACCIONES ENTRE 2006 Y 2016

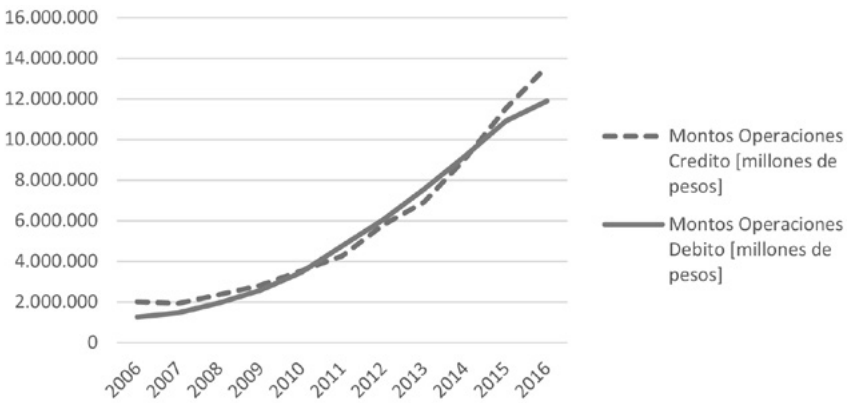


Fuente: Aporte de Antecedentes FNE, fojas 679.

47. De esta forma, los fenómenos ya descritos tienen como consecuencia que el monto total transado con este medio de pago en la actualidad sea significativamente mayor al monto del año 2006. Tal como se muestra en el Gráfico N°3, el monto total transado con tarjetas de crédito al año 2016 supera los 12 billones de pesos, siendo seis veces mayor al total transado durante el año 2006. El cambio más significativo se observa en el uso de las tarjetas de débito, cuyo monto total transado en 2016 es más de 10 veces lo transado con dicha tarjeta al momento de aprobarse el PAR.

GRÁFICO N°3

EVOLUCIÓN DEL MONTO DE OPERACIONES ENTRE 2006 Y 2016

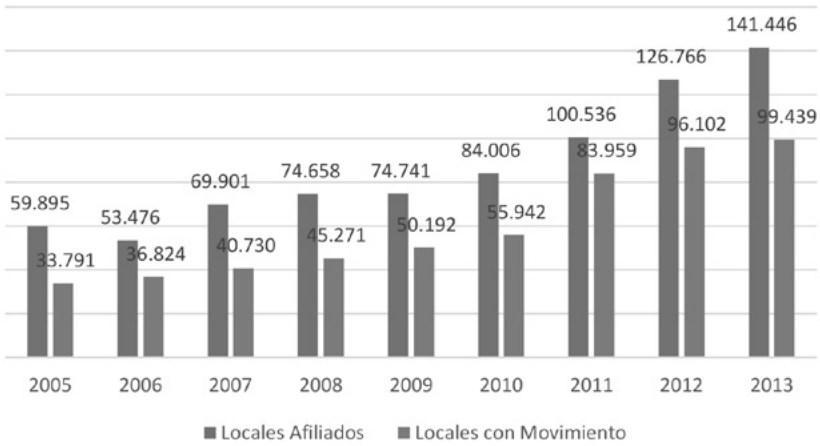


Fuente: Aporte de Antecedentes FNE, fojas 679.

48. Asimismo, tal como muestra el Gráfico N°4, el número de comercios afiliados y de aquellos con movimiento ha crecido desde 2006 a 2016 en 2,2 y 3 veces respectivamente; esto es, desde 60 mil a 140 mil los comercios afiliados y desde 33 mil a 100 mil aquellos con movimientos.

GRÁFICO N°4

EVOLUCIÓN DEL NÚMERO DE LOCALES AFILIADOS A TRANSBANK ENTRE 2006 Y 2016



Fuente: Aporte de Antecedentes FNE, fojas 679.

49. Por último, es posible inferir del informe económico que rola a fojas 435 y siguientes que los costos medios de operación de Transbank se han reducido fuertemente desde 2006. En efecto, dicho informe muestra fuertes economías de escala, sobre todo en las actividades de procesamiento (Cuadro N°1 de dicho informe). Haciendo un ajuste exponencial a los datos entregados en dicho informe, para una escala de 1/6, se determina que los costos medios totales de Transbank debieran ser en torno a 203 pesos por transacción. Así, dado el incremento cercano a seis veces en las transacciones totales con tarjetas –10 veces en las de débito y de entre tres y cuatro veces en las de crédito– entre 2006 y 2016, según se ha mostrado en el Gráfico N°2 precedente, y tomando como ciertos para todo ese período los costos entregados por el informe de fojas 435, se puede entender que los costos medios de cada transacción habrían bajado en torno a un 36%, pasando desde 203 a 128 pesos por transacción en igual lapso de tiempo. Más allá de que estos cálculos hayan sido hechos sobre una estructura de costos estimada en 2014 y no en 2006, lo importante es el orden de magnitud encontrado para las caídas de costos medios en las transacciones con ambos tipos de tarjetas de pago.

2.2 Segunda razón: los ingresos de Transbank han crecido fuertemente desde el año 2006, lo que resulta contrario a un sistema adecuado de autorregulación

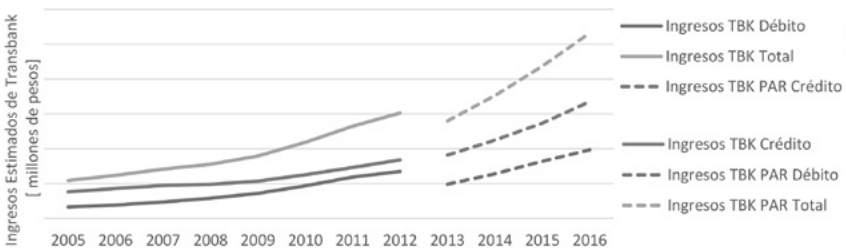
50. Transbank es una empresa autorregulada y, como tal, desde el punto de vista de la eficiencia económica, se esperaría que su política de *merchant discounts* la lleve a mantener cierta estabilidad en sus resultados operacionales, tanto para evitar tener pérdidas como para limitar sus ganancias. En tal sentido, la autorregulación no debiera diferir sustancialmente de una regulación tarifaria, en cuanto a que la empresa debería autofinanciarse y sus ingresos reflejar los costos de los servicios entregados a sus usuarios.

51. Sin embargo, sin perjuicio de las inversiones que Transbank debe realizar por motivos de buen servicio, seguridad y otros, desde el punto de vista operacional sus resultados económicos han crecido fuertemente desde el año 2006, tanto por el importante aumento en el volumen de transacciones, tal como ha sido mostrado en la subsección previa, como por el aumento también importante en sus márgenes operacionales, según se analiza a continuación.

52. En efecto, se observa en el Gráfico N°5 que los ingresos de Transbank por concepto de *merchant discounts* crecieron en torno a cinco veces entre los años 2006 y 2016, tanto para tarjetas de crédito como de débito.

GRÁFICO N°5

INGRESOS DE TRANSBANK POR MERCHANT DISCOUNT ENTRE 2005 Y 2016

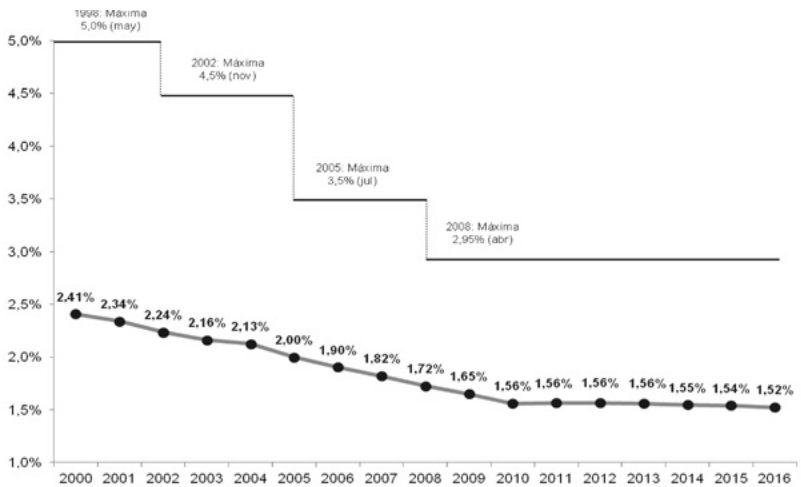


Nota: Las diferencias en el empalme de las series podrían explicarse por aquellos comercios no afiliados al PAR.

Fuente: Aporte de Antecedentes FNE, fojas 679.

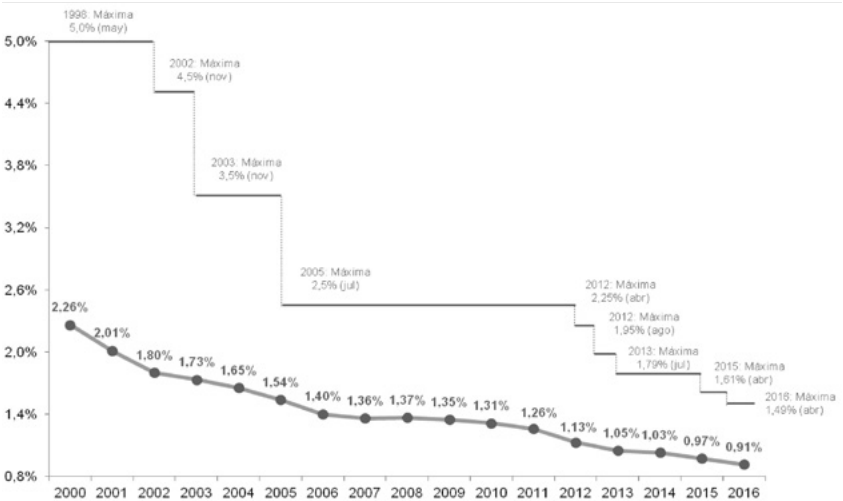
53. Transbank, a su vez, ha limitado en parte estos mayores ingresos al reducir de manera sistemática el cobro de *merchant discount* que hace al comercio afiliado, según detallan los Gráficos N°6 y N°7. Éstos muestran que los *merchant discounts* aplicados para las transacciones con tarjetas de crédito han sido reducidos en promedio en un 20%, desde 1,9% en 2006 a 1,52% en 2016, aunque tal reducción fue con anterioridad a 2010 y desde entonces se ha mantenido estable. Por su parte, los *merchant discounts* aplicados a las transacciones con tarjetas de débito han bajado en un 33%, desde 1,4% a 0,9% en igual período. A su vez, los Gráficos N°6 y N°7 permiten apreciar que esta reducción en los *merchant discounts* también se produce en los límites máximos para cada tipo de tarjeta. En efecto, para el caso de las tarjetas de crédito, el *merchant discount* máximo pasó de 3,5%, el año 2006, a 2,95%, el año 2016, mientras que el *merchant discount* máximo para transacciones con tarjetas de débito disminuyó de 2,5% hasta 1,61% en igual período.

GRÁFICO N°6
EVOLUCIÓN DEL MERCHANT DISCOUNT MÁXIMO Y PROMEDIO, PARA TARJETA DE CRÉDITO, ENTRE LOS AÑOS 2006 Y 2016



Fuente: Aporte de Antecedentes Transbank, fojas 585.

GRÁFICO N°7
EVOLUCIÓN DEL MERCHANT DISCOUNT MÁXIMO Y PROMEDIO, PARA TARJETA DE DÉBITO, ENTRE LOS AÑOS 2006 Y 2016



Fuente: Aporte de Antecedentes Transbank, fojas 585.

54. No obstante estas reducciones en los *merchant discounts* promedios que aplica Transbank para ambos tipos de tarjetas, ellas han sido menores que la caída estimada de los costos promedios por transacción en igual período, según ha sido explicado en el párrafo 83. Por esta razón, los márgenes promedios de Transbank han aumentado en torno a 12% entre 2006 y 2016. Tal porcentaje surge de ponderar la caída en 20% en los *merchant discounts* promedios con tarjetas de crédito y de 33% en las de débito con sus respectivos números de transacciones y suponiendo (por simpleza) que el monto de la venta promedio con ambas tarjetas es el mismo, lo que da una reducción del *merchant discount* promedio de 24%, es decir un 12% por debajo de la caída estimada en los costos promedios por transacción.

2.3 Tercera razón: los merchant discounts cobrados en Chile son superiores a los cobrados en otros países

55. Una tercera razón que justifica la necesidad de revisar el PAR dice relación con el hecho que los *merchant discounts* cobrados en Chile son sustancialmente mayores que aquellos cobrados en otras jurisdicciones.

56. Tal como fue mostrado en la Proposición Normativa N°19/2017 (párrafos 213 y siguientes), en muchos países el sistema de medios de pagos con tarjetas es de cuatro partes, con lo que los *merchant discounts* quedan directamente determinados por las tasas de intercambio cobradas. Ello ha llevado a que diversas autoridades de otros países regulen esta tasa, por ejemplo Estados Unidos, Canadá, China, Colombia, Francia, Alemania, Grecia, Hungría, Israel, Italia, Letonia, Malasia, México, Holanda, Nueva Zelanda, Polonia, Portugal, Rumania, España, Sudáfrica y Suiza. Asimismo, tal como señala la FNE a fojas 737, a fines del año 2015 "*las tarifas de intercambio para todos los países de Europa fueron reguladas a niveles de 0,2% y 0,3% para transacciones de débito y crédito, respectivamente*". De este modo, indirectamente y por vía de la competencia en adquirencia, se acota el *merchant discount* que puede ser cobrado al comercio adquiriente.

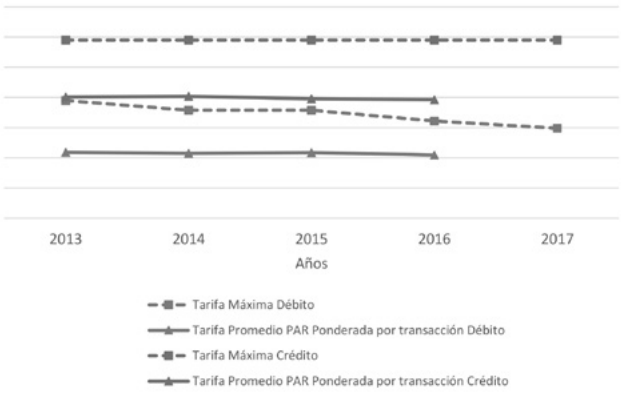
57. Como se ha mencionado, la tasa de intercambio queda en Chile implícitamente fijada a partir de los *merchant discounts* cobrados al comercio. Por ello, cualquier comparación que se haga con los cobros en otros países debe ser respecto de los *merchant discounts*. Para tal comparación se deben tomar las debidas precauciones al usar para Chile el *merchant discount* promedio para crédito y débito, ya que como ha sido mencionado, los *merchant discounts* cobrados a los comercios discriminan por volumen, monto y tipo de comercio. Así, al año 2016, menos de un 7% del comercio afiliado pagaba un monto menor al *merchant discount* promedio de tarjetas de crédito y menos de un 5% lo hacía por debajo del *merchant discount* promedio de tarjetas de débito (véanse Cuadros N°3 y N°4 de la sección 4.1).

58. Como se mostró en la Proposición Normativa N°19/2017, el *merchant discount* promedio en Chile en transacciones con tarjetas de crédito es mayor que el cobrado en países como Estados, México, Canadá y el Reino Unido, salvo el cobrado en aquellos comercios adquirientes que presentan volúmenes anuales de transacción superiores a los 50 millones de dólares. Esto significa que las medianas y pequeñas empresas pagan en Chile *merchant discounts* superiores a tales países en sus ventas con tarjetas de crédito; mientras que las grandes empresas chilenas pagan *merchant discounts* menores que en México y Canadá, pero aún por sobre las que pagan empresas de igual tamaño en Estados Unidos y Reino Unido en transacciones con tarjetas de crédito y de éste último país en transac-

ciones con tarjetas de débito (véase las Figuras N°5 y N°6 de dicha Proposición Normativa). Si bien estas comparaciones fueron hechas con información del año 2012, siguen siendo válidas porque Transbank no ha variado significativamente los *merchant discounts* promedios en ambos tipos de tarjetas desde el año 2013, según se muestra en el Gráfico N°11.

59. La conclusión anterior se mantiene al comparar los *merchant discounts* cobrados tanto en operaciones con tarjetas de crédito como de débito en Chile *vis-a-vis* Australia y Reino Unido, desde 2013 a 2016. El Gráfico N°11 muestra que los *merchant discounts* cobrados en Chile en pagos con tarjetas de crédito superan el 2% en todos esos años, mientras que los hechos con tarjetas de débito cobradas por Transbank giran en torno a 1,1%. Por el contrario, en Australia el *merchant discount* para ambos tipos de pagos con tarjetas está en torno al 0,8%, cifra muy parecida a la del Reino Unido para pagos con tarjetas de crédito y ciertamente mayor a los pagos con tarjetas de débito, que no superan el 0,5%. Esto quiere decir que el *merchant discount* en Chile para operaciones con tarjetas de crédito es 2,5 veces mayor al de Australia y Reino Unido, mientras que el *merchant discount* para operaciones con tarjetas de débito es 1,2 veces el de Australia y más del doble que en el Reino Unido.

GRÁFICO N°11
COMPARACIÓN MERCHANT DISCOUNT PROMEDIO DE TRANSBANK, REINO UNIDO Y AUSTRALIA, ENTRE 2013 Y 2016



Fuente: Aporte de Antecedentes FNE, fojas 679.

60. Con todo, debe notarse que, de acuerdo con la información presentada por Transbank en su aporte de antecedentes en proceso rol ERN N°20-14, que derivó en la Proposición Normativa N°19/2007, la tasa de descuento promedio en pagos con tarjeta de crédito en Chile durante el 2014 habría sido inferior a la aplicada en algunos países latinoamericanos, como Colombia (2,5% a 3%), Perú (4% a 5%), Brasil (2,9%), Argentina (3%) y México (2,5% a 3%). Esa información, sin embargo, fue meramente mencionada en el proceso, sin que haya estado respaldada en otros antecedentes o datos, por lo que no es utilizada mayormente en el análisis de esta Resolución.

61. En suma, los *merchant discounts* en Chile serían en promedio más elevados que en países con mayor grado de bancarización (desarrollados) y más bajos que algunos países de la región (de acuerdo a información no corroborada, según se indicó precedentemente). Con todo, la información de autos muestra claramente que los *merchant discounts* en Chile son siempre más elevados que en aquellos países que han regulado la tasa de intercambio y de los cuales se dispone de información, esto es, Estados Unidos, Canadá, México, Reino Unido y Australia.

62. La cuestión que surge, entonces, es por qué existe tal diferencia. De la evidencia presentada en autos, es posible concluir que gran parte del elevado *merchant discount* en Chile se explica por las altas diferencias de cobro que impone el PAR a los comercios. Tal diferencia es mayor que la fijada en otros países, tal como muestran las Figuras N°5 y N°6 de la Proposición Normativa N°19/2017, al separar los comercios adquirientes por el monto de las ventas anuales con ambos tipos de tarjetas.

63. Asimismo, el informe presentado a fojas 928 muestra que de 317 sistemas de pagos estudiados en el mundo, en ninguno de ellos la diferencia de *merchant discount* entre farmacias y supermercados es cercana a la chilena (1% en operaciones con tarjetas de crédito), siendo la diferencia promedio entre aquellos sistemas que muestran diferencias entre farmacias y supermercados de 0,4%. Esta situación de altas diferencias entre estos dos rubros se mantiene para operaciones con tarjetas de débito, de acuerdo lo sostenido en el mismo informe.

64. Estas discriminaciones de *merchant discount* entre rubros, ejemplificado para farmacias y supermercados en el párrafo anterior, y las diferencias de *mer-*

chant discount por el tamaño de las ventas anuales del comercio adquiriente, en ambos casos por encima de países con los que se ha comparado, permite concluir que al menos para la gran mayoría del comercio los *merchant discounts* en Chile son muy altos.

3. La posibilidad de revisión del PAR

65. La sección anterior mostró las razones que hacen necesaria una revisión del PAR. Sin embargo, en la presente causa ha sido discutida la posibilidad jurídica de realizar dicha revisión, es decir, el alcance y extensión de la competencia que tendría este Tribunal para lidiar con el asunto sometido a su conocimiento.

66. En efecto, la presentación de Cruz Verde se enmarca en la atribución regulada en el artículo 18 N°2 del D.L. N°211, en virtud de la cual el Tribunal, a solicitud de quien tiene interés legítimo, conoce de los asuntos de carácter no contencioso que eventualmente infrinjan la libre competencia y, en caso de que ésta sea efectivamente vulnerada, fija las condiciones o medidas que deberán ser cumplidas para que tal situación sea subsanada. Procedimentalmente, el ejercicio de esta atribución se somete al procedimiento regulado en el artículo 31 del D.L. N°211 y culmina con el ejercicio de una potestad funcionalmente administrativa.

67. Transbank ha cuestionado que sea posible modificar el PAR a través de un proceso de consulta, de naturaleza no contenciosa. Su argumentación se centra en el hecho que dicho instrumento tuvo su origen en un Avenimiento aprobado en medio de un proceso contencioso, por lo que sólo podría ser modificado por medio de un nuevo procedimiento de la misma naturaleza y no, por el contrario, a través de uno no contencioso, cuya naturaleza sería "administrativa" y contendría, por tanto, menos garantías relacionadas al debido proceso que el primero. Además, sostiene, el procedimiento contencioso modificatorio sólo podría ser gatillado por un cambio de circunstancias.

68. En efecto, señala Transbank que "*cualquier revisión o modificación que se haga al PAR* debiera *efectuarse una vez que se materialice la nueva configuración regulatoria y de mercado de la industria, y en el marco de un procedimiento destinado jurídicamente a ese objeto*" (aporte de antecedentes, foja 642). De modo similar, el informe acompañado por dicha parte ratifica su posición al indicar que

una modificación o adecuación de PAR "*siempre supondrá y requerirá de un nuevo proceso jurisdiccional- con todas las garantías del debido proceso- a menos que el común y posible acuerdo de las partes que hayan suscrito la conciliación original diere origen a un nuevo equivalente jurisdiccional o conviniere en modificar el existente*" (foja 1073) y que "*el TDLC en este caso –como lo es cualquier órgano administrativo– es incompetente para conocer del asunto planteado al menos en ejercicio de la Potestad Consultiva, sin perjuicio que pudiera eventualmente hacerlo, según señalamos, en ejercicio de su Potestad Contenciosa*" (foja 1076).

69. A nuestro juicio, ello sí es posible. Para esto debemos primero establecer el alcance del procedimiento consultivo en términos generales (sección 3.1); luego, delimitaremos la obligación que está sujeta Transbank y cómo se vincula ella con el objeto del presente proceso (sección 3.2); y, finalmente, fundamentaremos en concreto por qué es posible la modificación del PAR en este procedimiento (sección 3.3).

3.1 Alcance del procedimiento consultivo

70. Como ha señalado la jurisprudencia en materia de libre competencia, el procedimiento no contencioso se diferencia del contencioso (que se corresponde con la atribución indicada en el artículo 18 N°1 del D.L. N°211 y se encuentra regulado en los artículos 20 y siguientes del mismo D.L.) fundamentalmente en la posibilidad de atribuir responsabilidad a un determinado agente económico. Como se explicó, por ejemplo, en la Resolución N°117/2011, "*el procedimiento contemplado en el artículo 31 para el ejercicio de la potestad descrita en el artículo 18 Nº 2 — procedimiento que la ley denomina como "no contencioso"— tiene por propósito culminar en un pronunciamiento en el que se definan los requisitos que deben operar para que una determinada conducta que se autoriza no genere efectos nocivos o contrarios a la libre competencia, sin analizar la culpabilidad de los intervinientes en el mismo, cuestión que está reservada al procedimiento contradictorio, en el que podría realizarse por el Tribunal un juicio de reproche a este respecto. Las resoluciones en procedimientos 'no contenciosos', responden a un fin tutelar-preventivo que, en el caso de consultas sobre operaciones de concentración que no se han materializado, tiene como trasfondo la aplicación de un*

análisis prospectivo sobre las condiciones del mercado y el impacto que la operación consultada pueda tener en las mismas" (c. 21°).

71. En el mismo sentido la Excma. Corte Suprema ha señalado que "*en el caso de una consulta antimonopólica no existe un conflicto o litis trabada entre partes en las que éstas reclaman ante un tribunal que mediante una sentencia ponga fin a la controversia por la vía de decir el derecho de cada una de ellas. Si bien el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia aclara si la conducta consultada es jurídica o antijurídica en relación con la libre competencia, la potestad consultiva no es jurisdiccional, puesto que falta la controversia entre partes que exigen un justo arreglo. Lo que caracteriza esta potestad consultiva es determinar si un hecho, acto o contrato consultado pugna con la libre competencia en un mercado relevante específico […]. No se pretende que se juzgue la responsabilidad monopólica de los operadores de ese mercado ni en el caso que se concluyere un atentado contra el bien jurídico tutelado en el D.L. N°211, que sus autores sean sancionados. En este sentido, el procedimiento de consulta resulta ser el idóneo, pues permite analizar adecuadamente las condiciones actuales del mercado del gas antes descrito a la luz de los antecedentes que se puedan aportar, no siendo el objetivo de la consulta reprimir conductas consideradas ilícitas sino que, si correspondiere, establecer condiciones para que el desempeño de tales actividades se realice de manera más acorde con la normativa de la libre competencia"* (Excma. Corte Suprema, rol N°30190-2014 c. 3° y 4°).

72. La Excma. Corte Suprema, además, ha señalado que "*en todo caso, la diferencia es sustancial si se considera que en el ejercicio de la potestad consultiva no se realiza un juicio de reproche respecto de la conducta de los agentes económicos. Lo que aquí se constata únicamente es la compatibilidad del asunto consultado con el bien jurídico protegido por el D.L. N°211*" (Excma. Corte Suprema, rol N°9843-2011 c.12°).

73. Por tanto, a través del procedimiento de autos no es posible juzgar ni determinar la responsabilidad infraccional de una persona jurídica o natural.

74. Fuera de dicha "restricción", ambos procedimientos –contencioso y consultivo– no presentan mayores diferencias en términos de las medidas que pueden

ser adoptadas en uno y otro caso. En ambos las potestades entregadas al Tribunal son amplias. En el caso del procedimiento contencioso, el artículo 3º, inciso primero, del D.L. Nº 211, establece que se podrá sancionar a un agente económico "*con las medidas señaladas en el artículo 26 de la presente ley, sin perjuicio de las medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que... puedan disponerse en cada caso*". En otras palabras, el artículo 26 del D.L. N°211 sólo especifica lo señalado de modo más genérico en el artículo 3º del mismo D.L. Por su parte, en el caso del procedimiento consultivo el artículo 18 Nº2 del citado D.L. permite al Tribunal *"fijar las condiciones que deberán ser cumplidas en tales hechos, actos o contratos"*, las que consisten, precisamente, en medidas, o también llamados remedios, de carácter preventivas, correctivas o prohibitivas.

75. Como se observa, el legislador ha entregado plena libertad al Tribunal para definir el tipo de condición o medida que el hecho, acto o contrato debe satisfacer para no atentar contra la libre competencia. Como se señaló en la Resolución N°86/2009, "*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. 3º). Asimismo, la Excma. Corte Suprema ha indicado que "*puede asumirse que el legislador no predeterminó el contenido de las medidas de mitigación o condiciones necesarias para la realización de un negocio jurídico, sino que por medio de una norma abierta optó porque el juzgador de libre competencia las individualizara caso por caso en relación con las exigencias concretas*" (...) "*por otra parte, en virtud de la regla exegética de interpretación, es nítido que el legislador en materia de libre competencia otorgó al TDLC las facultades de fijar condiciones en el ejercicio de la mencionada función consultiva sin establecer una enumeración o catálogo taxativo de medidas de mitigación que pudieran imponerse*". (Excma. Corte Suprema, rol N°9843-2011 c. 10° y 12°).

76. Por esto, las medidas que pueden ser impuestas en el presente procedimiento no se encuentran circunscritas a alguna enumeración legal o a lo solicitado por el consultante, los intervinientes o aportantes: al igual que en el procedimiento contencioso, es el Tribunal el encargado de estudiar el acto consultado y concluir cuáles pueden ser las mejores vías para evitar los eventuales efectos negativos para la competencia.

77. Con todo, el ejercicio de la potestad de conocer los asuntos no contenciosos no está exenta de limitaciones. Tal como ha indicado la Excma. Corte Suprema, "*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*" (Sentencia de 27 de enero de 2009, rol Nº 4797-2008. C 12°). Estos dicen relación con el hecho de que en esta clase de procedimiento no es posible reglar de manera general un mercado, lo que implica que la atribución del Tribunal está limitada por el propio acto, hecho o contrato consultado.

78. Finalmente, es preciso sostener que ambos procedimientos gozan de las mismas garantías y resguardan de manera adecuada el debido proceso, sin perjuicio de las diferencias procesales que cada uno de ellos pueda tener atendida la materia de fondo sobre la cual recaen. Así lo ha ratificado la Excma. Corte Suprema, la que ha señalado que "*se debe destacar que el procedimiento intentado* [consultivo] *garantiza la publicidad, transparencia e igual derecho de intervención de todos los agentes interesados en el asunto. En efecto, el artículo 31 del D.L. N°211 contempla las siguientes oportunidades procesales: la notificación y plazo para aportar antecedentes; la circunstancia de que todos los intervinientes puedan imponerse del expediente; el derecho a ser oído, plasmado en la fijación de una audiencia pública; y la facultad del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia para recabar los antecedentes que considere pertinentes*" (Excma. Corte Suprema, rol N°30190-2014, c. 4).

3.2 La obligación de Transbank de acuerdo al Avenimiento y la Sentencia N°29/2005

79. De acuerdo a lo descrito en la sección 1, Transbank está sometida a una obligación general que fue establecida como parte de los compromisos que adquirió en el Avenimiento: hacer que las comisiones y/o tarifas que paguen los establecimientos de comercio por la aceptación de las tarjetas de crédito y de débito, como asimismo el cobro por el arrendamiento de terminales y por los servicios de procesamiento, transmisión, autorización y captura de transacciones electrónicas, sean "públicas, de general aplicación, objetivas y carentes de discriminaciones arbitrarias" y cumplan con los requerimientos establecidos por las circulares de la SBIF.

80. Estos calificativos han sido de común utilización en la jurisprudencia de libre competencia. Por ejemplo, ya en el año 1989 la H. Comisión Resolutiva daba cuenta de lo que debía entenderse por cada uno de ellos: "*la oferta de una bonificación por la compra de un medicamento, que equivale a un porcentaje del dinero correspondiente a esa compra, puede otorgarse en el mismo medicamento, en otro previamente acordado o en un tercero, a elección del comprador y que a esta oferta pueden tener acceso todos los compradores que se interesen en ella. Lo anterior significa que debe ser pública, objetiva, de aplicación general y no arbitrariamente discriminatoria*" (Resolución N°307 de fecha 17.01.1989, c. 4°)

81. Posteriormente, la jurisprudencia de este Tribunal continuó utilizando los calificativos. La Sentencia N°9/2004, destacó, a propósito de lo que se debía entender por un precio o condición de compra no discriminatorio, que este correspondía a aquel "*que se aplican por igual a los proveedores que tienen poder de mercado y a los que no lo tienen*" (c. 23°). En sentido similar, la Sentencia N°156/2017 indicó que *"los conceptos señalados por la Sentencia se refieren, en general, a que las ofertas mayoristas no deben tener diferencias arbitrarias. En efecto, de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, por uniforme debemos entender aquella situación que es igual, conforme o semejante. A su vez, la objetividad dice relación con la falta de subjetividad, en tanto que la generalidad en este sentido se refiere a algo común a muchos objetos o individuos. Finalmente, la discriminación significa dar un trato desigual a una persona o colectividad por diversos motivos"* (c. 76°).

82. Por su parte, la Sentencia N°85/2009, vinculó dicho concepto a los costos como: "*para determinar si ANSM efectuó cobros arbitrariamente discriminatorios a Constructora Independencia, se calculará, para cada uno de los contratos objeto de la demanda, el exceso pagado por Constructora Independencia respecto de los costos no cubiertos por tarifas a público* (...) *En síntesis, si en un proyecto determinado el cobro que ANSM efectuó a Constructora Independencia es superior a los costos no cubiertos por las tarifas a usuarios, entonces la diferencia entre éstos no tiene otra justificación que el abuso de su posición dominante" (c. 127°).* Algo similar hizo la Sentencia N°90/2009 definió que una discriminación no es arbitraria en caso que "*se funde en circunstancias generales, uniformes y objetivas, o basadas en condiciones justificables en razón de sus costos, y que sean aplicables a todo el que se encuentre en las mismas condiciones*" (Resuelvo II N°3).

83. Fuera de estos criterios generales, Transbank no ha quedado sujeta a ninguna otra obligación en materia tarifaria. En particular, ni la Sentencia Nº29/2005 ni el Avenimiento obligaron a establecer un modo determinado de tarificación. Por el contrario, la Sentencia Nº29/2005, junto con establecer que pueden existir diferenciaciones, indica, a título meramente ejemplar, que una firma que presenta economías de escala podría tarificar sobre la base de la llamada Regla de Ramsey o bien a través de tarifas en dos partes. Como se verá en la sección 4, estas diferenciaciones se dan efectivamente en el PAR y es Transbank quien ha intentado justificarlas señalando que responde a la aplicación de la Regla de Ramsey.

3.3 El presente proceso no pretende una revisión del Avenimiento ni de la Sentencia Nº29/2005, sino revisar el apego del PAR a lo mandatado en dichos instrumentos jurídicos

84. Según ha sido señalado al describir el objeto del proceso y en la sección precedente, la consulta planteada por Cruz Verde no versa sobre ningún aspecto esencial establecido en el Avenimiento o en la Sentencia Nº29/2005, sino sólo está destinada a revisar cuán correcta ha sido la aplicación de los criterios impuestos en dichos instrumentos por parte de Transbank.

85. Por lo anterior, incluso en el evento de que el PAR haya sido impuesto en virtud de un acto jurisdiccional que produzca cosa juzgada, no existen impedimentos jurídicos para que pueda ser modificado a través del ejercicio de la potestad consultiva del Tribunal. Ello se sostiene al menos en dos razones.

86. Primero, porque la naturaleza contenciosa o no contenciosa del procedimiento de modificación de medidas impuestas por el Tribunal no depende de la existencia de una controversia o de la persecución de la responsabilidad de un agente económico en el procedimiento anterior, sino en el actual. La falta de pretensiones contradictorias que impliquen dicha búsqueda en el segundo procedimiento exige necesariamente una tramitación no contenciosa. En sentido inverso y siguiendo la misma lógica, no existirían impedimentos jurídicos para tramitar de modo contencioso la modificación de una medida que fue impuesta en virtud de un procedimiento consultivo, en el evento que se busque la responsabilidad de un agente económico y surja la necesidad de revisar o modificar dicha medida.

87. Segundo, porque lo relevante en la cosa juzgada en los procesos de libre competencia de interés público no son las partes, sino los hechos, de modo que sólo se vería infringida ante una revisión de los mismos hechos. Por tanto, la cosa juzgada no se vería afectada ante la revisión contenciosa o no contenciosa de nuevos hechos que involucren a las mismas partes, y la exigencia de que estas gocen de las garantías del debido proceso en el nuevo procedimiento de revisión no se funda en el efecto de cosa juzgada de la sentencia anterior, sino en la necesidad de oír a todos los interesados que podrían verse afectados por la nueva medida (cuestión garantizada en el procedimiento consultivo, según se ha visto).

88. En relación a esto mismo, y para efectos de dar mayor certeza a los agentes del mercado respecto de los criterios procedimentales que sigue este Tribunal, resulta pertinente señalar que, dado que el TDLC tiene como una de sus misiones defender el interés público en libre competencia mediante actos regulatorios o de policía bajo una perspectiva estrictamente funcional o finalista, para distinguirlos de su naturaleza orgánica y procedimental, sus potestades sólo pueden tener por objeto la protección del interés público de modo prospectivo, esto es, ante una lesión presente o futura del mismo. Por esto es que sus poderes son calificados únicamente como preventivos, correctivos, prohibitivos y disuasivos pues, a diferencia de aquellos punitivos, penales o represivos –de carácter retrospectivo–, estos se despliegan sobre atentados presentes o riesgos de atentados futuros. Lo anterior rige incluso respecto de hechos pasados, ante los cuales el Tribunal reacciona únicamente para evitar riesgos similares en el futuro por parte del hechor o terceros. Confirman este aserto los tiempos verbales utilizados por el D.L. N°211 para referirse a la afectación de la libre competencia, formulados siempre en tiempo presente: "impida, restrinja o entorpezca" o "que tienda a producir dichos efectos" (art. 3.), "constituir infracciones" (art. 18 N°1) y "hechos, actos, o contratos existentes o por celebrarse" (art. 18 N°2).

89. La afirmación anterior es relevante para la vigencia de las decisiones del Tribunal en el tiempo, porque las medidas impuestas en virtud de potestades regulatorias y de policía son de carácter constitutivo en favor del bien común y, por tanto, se rigen por el principio *rebus sic stantibus*, que permite la mutabilidad de las medidas por cambio de circunstancias para favorecer su eficacia presente y futura (Cfr. Sentencia N°147/2015, c.105°). En consecuencia, este Tribunal siem-

pre puede alterar las medidas impuestas con prescindencia del procedimiento en que hayan sido fijadas. La posibilidad de modificar las medidas no depende, entonces, del procedimiento en que hayan sido adoptadas sino de su vinculación inherente a las circunstancias vigentes al momento de su adopción. Si tales circunstancias o riesgos cambian, las medidas pueden ser modificadas para mantener el resguardo presente y futuro del interés público regulatorio.

90. De lo anterior se desprende que el objeto del proceso de modificación o extinción de una medida puede ser diferente al del proceso original que motivó su dictación, porque el elemento fáctico o circunstancial de la causa de pedir es actual y no pasado. Por esta razón, el nuevo acto constitutivo que remueve el estado de cosas creado por la medida anterior no infringe la cosa juzgada de la sentencia ni la inmutabilidad del acto administrativo que la haya impuesto. La decisión contenida en estos actos sobre las circunstancias pasadas permanece inalterable. Tampoco contraviene el principio *non bis in ídem*, pues las circunstancias de hecho no serían las mismas.

91. Sin perjuicio de lo anterior, dado que el cambio de circunstancias se produce necesariamente antes de la imposición de la nueva medida, principios de seguridad jurídica impiden que esta opere con efecto retroactivo. En efecto, el artículo 32 del D.L. N°211, aplicable a todas las decisiones del Tribunal, jurisdiccionales y administrativas, establece la vigencia *ex nunc* de la nueva decisión, esto es, sólo desde "que se notifique o publique". Un criterio similar ha sido adoptado por la Unión Europea (*Comunicación de la Comisión relativa a las soluciones admisibles con arreglo al Reglamento (CE) N°139/2004 del Consejo y al Reglamento (CE) N°802/2004 de la Comisión*, 2008, N°76). De esta forma se respeta el principio de confianza legítima respecto de los actos previos del tribunal, porque los agentes económicos podrán ejecutar o celebrar sus actos o contratos con la certeza de que serán conformes a la libre competencia, a pesar de un cambio de circunstancias, mientras no se adopte una nueva medida constitutiva.

4. La revisión del PAR

92. Habiendo establecido la necesidad y la posibilidad de revisar el PAR, corresponde ahora proceder a su examen. Para ello, primero mostramos que, en los

hechos, el PAR permite a Transbank diferenciar (sección 4.1) y que la justificación dada por dicha firma para ello no es compatible con los hechos y la forma en que el PAR se encuentra estructurado (sección 4.2). Finalmente, indicamos los criterios mínimos que, a nuestro entender, debiese cumplir el PAR para apegarse a las obligaciones que le fueron impuestas (sección 4.3).

4.1 El PAR permite que Transbank cobre precios discriminatorios

93. Como se ha mencionado (sección 1.2), en ambos tipos de tarjetas Transbank cobra tarifas diferenciadas al comercio adquiriente, tanto por volumen de cada transacción como por rubro o actividad económica, sujetas a un *merchant discounts* máximo por cada tipo de tarjeta. Con todo, en los hechos, estos máximos son utilizados en la gran mayoría de los comercios (especialmente en transacciones con tarjetas de crédito). Aun más, los *merchant discounts* efectivamente cobrados a los comercios son superiores al *merchant discount* promedio en aproximadamente un 90% de los casos, considerando ambos tipos de tarjetas. Esto se muestra en los cuadros siguientes.

94. En el Cuadro N°3 se observa que aproximadamente un 90% de los comercios afiliados pagan prácticamente el *merchant discount* máximo para transacciones con tarjetas de crédito; mientras que bajo el *merchant discount* promedio, que es de 1,5%, sólo se encontraría entre el 1% y el 7% de los comercios afiliados en 2016. Por tanto, se puede concluir que son muy pocos comercios que pagan los *merchant discounts* más bajos, los cuales se caracterizan por transacciones de mayor volumen y monto.

CUADRO N°3

DISTRIBUCIÓN DE COMERCIOS AFILIADOS AL PAR POR RANGO DE MERCHANT DISCOUNT, PARA TARJETA DE CRÉDITO, ENTRE LOS AÑOS 2013 Y 2016

RANGO DE TARIFAS [%-%]	AÑO/TARIFA MÁXIMA			
	2013 / 2,95%	2014 / 2,95%	2015 / 2,95%	2016 / 2,95%
2,9-2,95	[85 – 95] %	[85 – 95]%	[85 – 95]%	[85 – 95]%
2,6-2,9	[1 – 5] %	[1 – 5]%	[1 – 5]%	[1 – 5]%
2-2,6	[1 – 5]%	[1 – 5]%	[1 – 5]%	[1 – 5]%
1,5-2	[0 – 2]%	[0 – 2]%	[0 – 2]%	[0 – 2]%
1-1,5	[1 – 5]%	[0 – 2]%	[0 – 2]%	[0 – 2]%
0-1	[1 – 5]%	[1 – 5]%	[1 – 5]%	[1 – 5]%

Fuente: Aporte de Antecedentes FNE, fojas 679.

95. Igual situación de *merchant discounts* discriminatorios se aprecia en el Cuadro N°4 para las transacciones con tarjetas de débito, aunque, en este caso, las diferentes tarifas cobradas al comercio están más repartidas. No obstante, al año 2016 sólo un rango de entre 0% y 5% del comercio afiliado pagaba por debajo del *merchant discount* promedio de transacciones con tarjeta de débito (que es de 0,9%), lo que necesariamente evidencia que el PAR favorece fuertemente a los comercios que poseen un mayor número de transacciones y monto en cada una de ellas.

CUADRO N°4
DISTRIBUCIÓN DE COMERCIOS AFILIADOS AL PAR POR RANGO DE MERCHANT DISCOUNT, PARA TARJETA DE CRÉDITO, ENTRE LOS AÑOS 2013 Y 2016

RANGO DE TARIFAS [%-%]	AÑO/TARIFA MÁXIMA			
	2013 / 1,95%	2014 / 1,79%	2015 / 1,79%	2016 / 1,61%
1,9-1,95	[30-60] %	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%
1,75-1,9	[0-5]%	[30-60]%	[30-60]%	[0-5]%
1,55-1,75	[5-30] %	[5-30]%	[5-30]%	[30-60]%
1,3-1,55	[5-30]%	[5-30]%	[5-30]%	[5-30]%
1-1,3	[5-30]%	[5-30]%	[5-30]%	[5-30]%
0,6-1	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%
0-0,6	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%

Fuente: Aporte de Antecedentes FNE, fojas 679.

96. Asimismo, esta conclusión se ve refrendada por la información entregada por SMU a fojas 272, la que reproducimos como Cuadro N°5. En efecto, allí se observa que, para las transacciones con tarjetas de débito, Transbank cargó en 2016 un *merchant discount* que no sólo dependía del monto de cada transacción, sino también del número de transacciones que el respectivo comercio realizaba mensualmente. Asimismo, se observa que el *merchant discount* cobrado, al mezclar ambas variables, no sigue un patrón claro. Por ejemplo, para transacciones con tarjeta de débito de montos muy bajos (bajo 0,3 UF) o muy altos (sobre 1,5 UF), no resulta ser tan relevante el número de transacciones a efectos del *merchant discount* cobrado. En cambio, para transacciones de monto intermedio (entre 0,3 y 1,5 UF) el *merchant discount* pagado por comercios con bajo número de transacciones es entre dos a tres veces el que paga un comercio con un elevado número de transacciones mensuales.

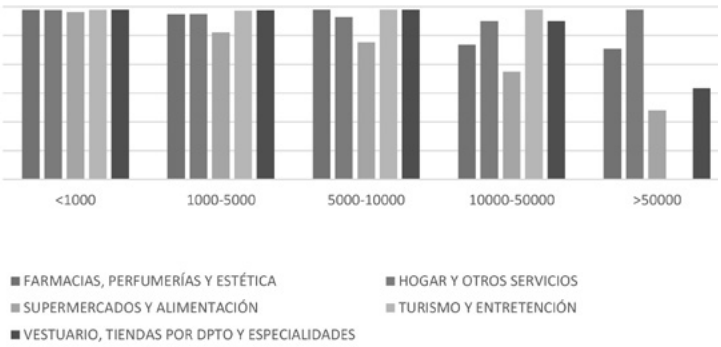
CUADRO N°5
MERCHANT DISCOUNT COBRADO A SUPERMERCADOS,
PARA TARJETA DE DÉBITO, EN EL AÑO 2016

Número de Transacciones Promedio mensual		Vale Promedio UF/Transacción Hasta 0.20	Más de 0.20 hasta 0.30	Más de 0.30 hasta 0.40	Más de 0.40 hasta 0.50	Más de 0.50 hasta 0.60	Más de 0.60 hasta 0.70	Más de 0.70 hasta 0.80	Más de 0.80 hasta 0.90	Más de 0.90 hasta 1.00	Más de 1.00 hasta 1.25	Más de 1.25 hasta 1.50	Más de 1.50 hasta 2.00	Más de 2.00
Desde	Hasta													
Más de 226130	282663	1.49	1.49	1.49	1.33	1.21	1.13	1.07	1.03	0.99	0.89	0.78	0.65	0.54
Más de 282663	353329	1.49	1.49	1.46	1.29	1.17	1.09	1.03	0.99	0.95	0.86	0.75	0.63	0.52
Más de 353329	441661	1.49	1.49	1.41	1.24	1.13	1.05	0.99	0.95	0.92	0.83	0.73	0.61	0.50
Más de 441661	552076	1.49	1.49	1.36	1.19	1.08	1.01	0.96	0.92	0.88	0.80	0.70	0.58	0.50
Más de 552076	690096	1.49	1.49	1.30	1.14	1.04	0.97	0.92	0.88	0.85	0.77	0.67	0.56	0.50
Más de 690096	862619	1.49	1.49	1.25	1.09	1.00	0.93	0.88	0.84	0.81	0.73	0.64	0.54	0.50
Más de 862619	948881	1.49	1.45	1.19	1.05	0.95	0.89	0.84	0.80	0.78	0.70	0.61	0.51	0.50
Más de 948881	1043769	1.49	1.37	1.13	0.99	0.90	0.84	0.79	0.76	0.73	0.66	0.58	0.50	0.50
Más de 1043769	1148146	1.49	1.29	1.06	0.93	0.85	0.79	0.75	0.72	0.69	0.62	0.55	0.50	0.50
Más de 1148146	1262961	1.49	1.21	0.99	0.87	0.79	0.74	0.70	0.67	0.65	0.59	0.51	0.50	0.50
Más de 1262961	1389257	1.49	1.13	0.93	0.81	0.74	0.69	0.65	0.63	0.60	0.55	0.50	0.50	0.50
Más de 1389257	1528183	1.49	1.06	0.86	0.76	0.69	0.64	0.61	0.58	0.56	0.51	0.50	0.50	0.50

Fuente: Aporte de antecedentes SMU, fojas 272.

97. Esta fuerte diferenciación en los *merchant discounts* cobrados al comercio es distinta además por categoría, entendiendo como tal el giro principal que Transbank asignaba a cada comercio. En efecto, aunque el Gráfico N°8 muestra que para volúmenes de venta inferiores a mil UF no hay diferencias en los *merchant discounts* por categoría, estos últimos sí difieren en comercios con volúmenes de venta mayores a las diez mil UF, siendo la diferencia muy grande para comercios con ventas mayores a las 50 mil UF.

GRÁFICO N°8
MERCHANT DISCOUNT PROMEDIO SEGÚN VOLUMEN DE VENTAS, COBRADO A COMERCIOS CON VALE PROMEDIO ENTRE 0 Y 1,5 UF, PARA TARJETA DE CRÉDITO, AÑO 2016



Nota: Considera comercios con ticket promedio entre 0 y 1,5 UF.
Fuente: Aporte de Antecedentes FNE, fojas 679.

4.2 En los hechos, Transbank no utiliza la "regla de Ramsey"

98. Tal como se ha indicado (24.8), Transbank sostiene que el fundamento del PAR y sus diferenciaciones (esto es, las clasificaciones y el sistema de descuentos) se encontraría en la Regla de Ramsey. Resulta necesario, entonces, determinar si esta justificación es efectiva y, de serlo, si ella es adecuada desde la perspectiva de la competencia para justificar las diferencias establecidas en la sección anterior.

99. La Regla de Ramsey, aunque dista de ser eficiente, constituye una de las opciones regulatorias para tarificar industrias con características monopólicas cuando hay que asignar costos fijos a diferentes servicios y se opta por cobrar un mismo precio por cada unidad vendida, el que se conoce como precio unitario constante o precio lineal (véase Joskow, Paul, "Regulation of Natural Monopoly", en A. M. Polinsky y S. Shavell eds., *The Handbook of Law and Economics*, Vol. 2, capítulo 16, sección 6.1, Elsevier, North Holland, 2007).

100. En términos simples y generales, considerando un monopolio que vende varios productos que comparten costos fijos o hundidos de producción y que es regulado con un precio lineal por una autoridad completamente informada de la demanda de sus productos y de los costos de producirlos, la tarificación que

minimiza la pérdida en eficiencia en asignación de recursos –cuando no es posible utilizar tarifas no lineales, como las tarifas en dos partes– es una que sigue la Regla de Ramsey. Esta regla establece que los precios unitarios deben cubrir exactamente los costos medios totales de la empresa, asignando los márgenes por producto necesarios para cubrir los costos fijos o hundidos que son comunes a toda la producción de manera inversamente proporcional a la elasticidad de demanda de cada producto.

101. En otras palabras, la Regla de Ramsey establece que el precio fijado para un determinado producto crece por sobre su costo marginal a medida que su demanda es más inelástica, ya que en productos con demandas más inelásticas un mayor precio no reduce en demasía la cantidad demandada de ese producto. Por el contrario, si la demanda de otro bien producido por el monopolio es muy elástica, la regla de Ramsey establece que el precio debe ser más cercano al costo marginal de producirlo, para evitar así que una diferencia mayor entre precio y costo genere una caída fuerte en la cantidad demandada de este producto.

102. Nuestro análisis muestra que la política tarifaria aplicada en el PAR discrimina por categoría y, contrario a lo argumentado por Transbank, no sigue una Regla de Ramsey. Lo anterior por cuanto: (i) no hay evidencia en autos de que las diferencias en *merchant discounts* por categorías se basen en dicha regla, en particular, no hay estimaciones de elasticidades de demanda que sustenten esta política; (ii) de basarse esta regla en elasticidades de demanda, éstas deben ser de los comercios adquirentes y no de los consumidores finales; (iii) la Regla de Ramsey no tiene relación con los descuentos por volumen, ya que esto último indica una regla de regulación sustituta a la de Ramsey; y (iv) los *merchant discounts* que siguen una Regla de Ramsey, de estar bien aplicados, son subóptimos y generan mayores distorsiones a la competencia que tarifas basadas en descuentos por volumen que no distinguen entre categorías. Estas razones son detalladas a continuación.

103. En primer lugar, no existen antecedentes en el expediente rol C N°16-04 (que dio lugar a la Sentencia N°29/2005), ni tampoco en estos autos, que den cuenta del criterio seguido por Transbank para crear cada categoría tarifaria, ni que expliquen las diferencias en los descuentos por volumen en cada una de dichas categorías y la existencia de topes máximos de descuento distintos entre catego-

rías. Dado esto, las diferencias en los *merchant discounts* por categoría podrían incluso llegar a ser atribuidas al poder de negociación relativo de dicha empresa respecto de cada comercio adquiriente más que a la aplicación de la Regla de Ramsey.

104. En efecto, Transbank no ha aportado antecedentes que demuestren que los precios o *merchant discounts* cobrados se ajustan a las elasticidades de demanda de los servicios que presta. Por el contrario, Transbank reconoce que la forma en que se ha implementado la tarificación de Ramsey ha sido por vía de descuentos por volumen, lo que no guarda relación con las elasticidades de demanda que son las que, como se explicó, determinan los precios Ramsey.

105. Más aún, dado que las tarifas son fijadas por la propia empresa y no por un regulador externo, no existe garantía que éstas minimicen la pérdida en asignación de recursos, que es el objetivo de la mencionada regla de Ramsey. Incluso suponiendo que las tarifas fijadas utilizando el PAR determinasen márgenes inversamente proporcionales a las elasticidades de demanda de cada uno de los productos que Transbank ofrece en el lado adquiriente, no existe en autos evidencia de que la empresa garantice que sus ingresos totales son exactamente iguales a sus costos totales, precisamente lo que se busca al proponer este tipo de regulación (Joskow, Paul, op. cit.). Muy por el contrario, la evidencia mostrada en la sección 2 indica que Transbank ha aumentado sustantivamente sus ganancias operacionales, sin mostrar que con ello esté financiando costos fijos de gran cuantía; además que, como fue señalado en la Proposición Normativa N°19/2017 "*la rentabilidad de 18% de Transbank puede al menos asumirse como comparable con las rentabilidades en una industria oligopólica como la observada internacionalmente en adquirencia*" (párrafo 450).

106. Por tanto, el mero hecho que Transbank cobre *merchant discounts* discriminatorios por categoría no es garantía que ellos se basen en la Regla de Ramsey, pudiendo incluso tratarse de tarifas diferenciadas que podría seguir un monopolio teórico que puede discriminar entre mercados. En efecto, las diferencias entre las tarifas de un monopolio regulado y uno que no lo es corresponden a la cuantía de los márgenes que ambos aplican en cada mercado, pero mantienen el mismo trato discriminatorio entre ellos.

107. En segundo lugar, cuando existen costos fijos que deben ser cargados a los clientes que atiende un monopolista y se obliga al cobro de tarifas lineales, la Regla de Ramsey establece que el margen unitario de un determinado producto debe, entre otros elementos, estar inversamente relacionado a la elasticidad de demanda. Sin embargo, es necesario clarificar de qué demanda se trata, si la de los consumidores finales (es decir, los clientes del comercio) o la demanda de cada comercio.

108. Ambas elasticidades -la del comercio por usar los servicios de Transbank o la de los clientes finales por el bien o servicio que adquieren a través del medio de pago- no tienen necesariamente que coincidir, pues ambas demandas enfrentan más o menos sustitutos dependiendo del sector, categoría o servicio que se trate. Esta divergencia de elasticidades se debe, en el fondo, a que por un lado las tecnologías con que diferentes comercios ofrecen sus servicios no son en general de proporciones fijas y, por otro lado, a que los comercios están muchas veces segmentados, atendiendo a consumidores con diferente nivel de uso de las tarjetas de crédito o débito en sus compras. Esto significa que la disposición a pagar por acceder al servicio de Transbank puede diferir incluso entre comercios que son rivales en la venta de sus servicios o productos.

109. Una Regla de Ramsey bien aplicada debiera utilizar las elasticidades de demanda de los comercios, que son los clientes directos de Transbank en adquirencia, y no las elasticidades por categoría o actividad económica, relacionadas a la demanda de los clientes finales por los bienes y servicios que dichos comercios les venden.

110. En tercer lugar, la política tarifaria de Transbank no sólo discrimina por categoría o actividad económica, sino que además lo hace por volumen, ticket promedio y número de transacciones. A partir de esta constatación, Transbank afirma a fojas 409 que *"la forma en que se ha implementado la tarificación de Ramsey, por su parte, ha sido por vía de descuentos por volumen"*. Tal afirmación carece de sentido económico, ya que, como hemos indicado, la Regla de Ramsey debe basarse en las elasticidades precio de las demandas de los comercios por el uso de dicho sistema de pagos. Por el contrario, los descuentos por volumen podrían tener alguna justificación por el lado de las economías de escala existentes en

operación y procesamiento, pero estas economías tampoco guardan relación con el rubro o categoría en el cual ocurren las transacciones.

111. Finalmente, la tarificación de Ramsey y las tarifas no lineales, que incluye a las tarifas en dos partes (los descuentos por volumen generan una tarifa no lineal) son mecanismos sustitutos de tarificación y no complementarios, siendo más eficientes las tarifas no lineales que la Regla de Ramsey (véase Joskow, Paul, *op. cit.*, secciones 6.2 y 6.3). Por ello, si es posible aplicar descuentos a los *merchant discounts* basados en las economías de escala en la operación y el procesamiento, entonces no se justifica aplicar además *merchant discounts* discriminatorios por categoría de acuerdo a la Regla de Ramsey.

112. Más aún, no sólo los *merchant discounts* que surgen de la sola aplicación de la Regla de Ramsey son subóptimos comparados a aquellos que consideren descuentos por número de transacciones, sino que además, tratándose de tarifas diferentes cobradas a comercios competidores, se podrían generar diferencias de costos entre estos, afectando así la competencia en los mismos mercados relevantes a clientes finales. Todo esto permite cuestionar la utilización de la regla de Ramsey como la herramienta más adecuada para distribuir los costos fijos de Transbank al atender a los comercios adquirientes.

113. En efecto, como se ha mostrado (por ejemplo, en el Cuadro N°5), actualmente Transbank cobra tarifas discriminatorias no sólo en razón del valor de la venta promedio o el número de transacciones, sino que además discrimina entre lo que cobra como *merchant discount* por un mismo producto en categorías diferentes del comercio, por ejemplo, en supermercados *versus* farmacias u otros comercios del retail. Sólo a modo ejemplar, el informe de fojas 890 muestra que si a Cruz Verde se le cobrara el *merchant discount* aplicando la tabla correspondiente a la categoría supermercados, pagaría casi un punto porcentual menos que lo que actualmente paga si el pago se realizara con tarjeta de crédito. Esta discriminación impacta en el margen la competencia en los productos comunes que comercializan farmacias y supermercados, ya que una vez cubiertos los costos fijos y la rentabilidad del 18% de Transbank, la diferencia es traspasada a los emisores. En otras palabras, tratándose de ingresos diferentes por canal de comercialización, los emisores perciben diferentes tasas de intercambio implícita, lo que no tiene

justificación basada en los costos de los emisores ni en las elasticidades de demanda de los tarjetahabientes. Esta diferencia genera efectos indeseados desde el punto de vista de la competencia en todos aquellos mercados que transan un mismo producto, favoreciendo la posición competitiva de unos (supermercados) en desmedro de otros (farmacias).

114. En definitiva, de acuerdo con expuesto, es posible concluir que, en los hechos, la forma en que el PAR aplica los criterios establecidos en el Avenimiento no está basada en la Regla de Ramsey, como sostiene Transbank, y favorece a algunos comercios adquirientes en desmedro de otros en sus respectivos mercados.

4.3 Obligación de modificar el PAR y directrices a seguir

115. Atendido que el PAR permite diferenciaciones que no cumplen a cabalidad con los criterios acordados en el Avenimiento, es necesario que aquel sea modificado de manera sustancial. Para estos efectos, a continuación se indican los lineamientos que deberán seguirse al momento de diseñar el nuevo Plan de Autorregulación.

116. En primer término, el nuevo PAR debe satisfacer el estándar definido en el Avenimiento, según el cual los *merchant discounts* cobrados deben ser públicos, de carácter general, objetivos y carentes de discriminaciones arbitrarias.

117. Enseguida, los *merchant discounts* deben considerar, por una parte, la existencia de economías de escala presentes en el procesamiento y en la operación del sistema y, por otra parte, las externalidades de red y de uso que presenta la industria de medios de pagos con tarjetas, por tratarse de un mercado de dos lados (a este respecto véanse las recientes sentencias de la Corte Europea de Justicia [Sainsburys v MasterCard; AAM v MasterCard; Sainsbury's v Visa. Case N°s: C3/2016/4250, A3/2017/0889, A3/2017/0888, A3/2017/0890 y A3/2017/3493] y la Corte Suprema de Estados Unidos [Ohio Et Al. *V.* American Express Co. Et Al. N°16–1454, 25 de junio de 2018]).

118. La existencia de economías de escala (o ahorro de costos medios) derivan principalmente de la existencia de una red y de costos fijos indivisibles. Estas eco-

nomías están presentes sobre todo en operación y procesamiento (incluyendo el procesamiento adquirente), tal como lo reconoce el informe económico de fojas 435. En efecto, dicho informe estima en 42,4% el ahorro en costo medio que logra una empresa como Transbank, que pasa de servir el 30% al 100% del mercado.

119. Por su parte, la existencia de externalidades de red (esto es, los beneficios derivados del hecho que un mayor número de usuarios utilice la red) aumenta el valor que tiene el uso de dicha red para el resto de los usuarios e incentiva la generación de servicios complementarios que también benefician a todos los usuarios. Al ser un mercado de dos lados, este efecto es aún mayor. En concreto, el hecho que se pague con tarjeta no solo es beneficioso para el resto de los tarjetahabientes, sino también para los comercios, para quienes será más valioso el servicio y estarán, por tanto, más dispuestos a aceptar pagos con tarjeta. Esto, a su vez, aumenta el atractivo de usar las tarjetas por parte de los tarjetahabientes.

120. Cualquier propuesta de autorregulación que se implemente debe considerar cómo incorporar ambos efectos y no sólo uno de ellos. Como indica el informe económico de fojas 879: "*en la literatura académica de mercados en dos lados, existe un consenso que este tipo de regulación [fundado sobre la lógica solo de costos] no tiene fundamentos económicos. La extrapolación de esquemas regulatorios fundados en la teoría económica de mercados de un lado simplemente no se traslada al caso de mercados en dos lados.*" El informe económico de fojas 1131 también reconoce la importancia de considerar ambos efectos: "*A lo anterior se suma que, como se ha discutido latamente en la literatura, las externalidades que caracterizarían a los mercados de dos puntas también justifican desligar los merchant discounts de los costos. En efecto, las externalidades implican que el costo causado por un lado del mercado se debe ajustar por la externalidad que le causa al otro lado*." (fojas 1136).

121. Atendido todo lo anterior, el nuevo PAR deberá, como mínimo, cumplir con los lineamientos que se exponen a continuación:

a) No debe discriminar por categorías ni por rubros: Atendido que, como hemos señalado, la discriminación por categorías o rubros no ha sido justificada en esta sede, ni en el actual procedimiento ni en otro previo,

y dado que ella presenta múltiples problemas cuya solución es compleja, el nuevo PAR no deberá contener *merchant discounts* diferenciados por estos conceptos.

b) Sólo podrá establecer descuentos en el *merchant discount* basados en el número de transacciones con tarjeta de cada comercio: Debido a la existencia de algunas economías escala (en particular en procesamiento), según se ha constatado en el párrafo 83, se permitirán los descuentos en el *merchant discounts* basados en el número de transacciones con tarjeta efectuadas en cada comercio, variable que en la actualidad se considera para las tarjetas de débito. Una política de este tipo permite financiar los costos fijos y hundidos de Transbank en el procesamiento y aprovechar las economías de escala existentes. Por el contrario, no será posible aplicar descuentos basados en las ventas totales transadas, tal y como actualmente se aplica en tarjetas de crédito, ya que dicha variable no se relaciona con las economías de escala presentes en el lado adquirente de la industria de medios de pago con tarjetas.

c) Los *merchant discounts* podrán considerar descuentos por el valor promedio de la venta con tarjeta de cada comercio: Atendido que esta industria presenta externalidades de red y de uso, es aconsejable que los *merchant discounts* puedan tener descuentos por el valor promedio de la venta con tarjeta. Los beneficios de permitir descuentos por monto promedio de venta con tarjeta dicen relación con la necesidad de atraer a esta industria precisamente a los comercios con mayores montos por cada venta, ya que esto hace más atractivas a las tarjetas para los tarjetahabientes y, a su vez, incentiva la afiliación de más comercios (lo que refuerza el efecto anterior).

d) Los descuentos aplicados a los *merchant discounts* deben ser marginales: Para garantizar que lo expresado en los criterios anteriores sea siempre cierto, los descuentos aplicados a los *merchant discounts* deben ser marginales, tanto por el número de transacciones como por el monto de la venta promedio del comercio. Esto significa que si un comercio cae en cierto tramo de número de transacciones, pagará el *merchant discount* sin descuento por el número de transacciones equivalentes al límite superior del primer tramo; luego pagará un *merchant*

discount con el primer descuento por el número de transacciones equivalentes al límite superior del segundo tramo; y así sucesivamente, hasta llegar al tramo en que cae este comercio. Igual lógica marginal de descuentos de los *merchant discounts* debiera aplicar para los descuentos por tramos de monto de venta promedio de un determinado comercio.

En relación con este criterio, se debe notar que los descuentos marginales por tramos tienen la ventaja de evitar saltos discretos en los *merchant discounts* de un comercio que esté en el límite de un nuevo tramo, produciendo sólo asimetrías leves con otros comercios similares en términos de número de transacciones o de valor promedio de cada venta. Por ejemplo, un comercio más grande pagará el mismo *merchant discount* que un rival más pequeño por las mismas transacciones que genera este último, obteniendo descuentos adicionales sólo por las transacciones extras que es capaz de generar gracias a su mayor tamaño.

Por último, este criterio de determinar los descuentos al *merchant discount* de manera marginal evita que sean usados para eventualmente impedir o trabar la potencial entrada de empresas rivales de Transbank. En efecto, el hecho de aplicar descuentos promedio hace más difícil que un nuevo entrante desafíe al incumbente, por cuanto tendría que entrar con *merchant discounts* competitivos y esto es difícil si entra a una escala menor.

e) Se debe definir qué se entiende por número de transacciones y monto (o valor) de la venta promedio de un determinado comercio: el PAR deberá ser explícito en estas definiciones, las que además deberán ser de aplicación general a todos los comercios afiliados.

f) La tabla única de doble entrada con los *merchant discounts* aplicables a tarjetas de crédito puede aplicar un descuento, porcentual al valor de la venta, cuando se trate de una transacción con tarjeta de débito: Tal como es explicado tanto por Transbank, a fojas 585 y siguientes, como por el informe de fojas 890 y siguientes, existen costos diferentes en las operaciones de las tarjetas de crédito y de débito, principalmente asociados al mayor nivel de seguridad que tienen las primeras. Atendido esto, se permitirá que, en las transacciones con tarjeta de débito,

se utilice la tabla única de doble entrada con los *merchant discounts* aplicables a tarjetas de crédito menos un descuento, medido porcentualmente respecto del valor de la venta.

g) Ningún *merchant discount* en tarjetas podrá ser superior al mayor *merchant discount* cobrado actualmente a transacciones con el respectivo tipo de tarjeta: Las contribuciones teóricas recientes de Wright (2012) y Wright y Edelman (2015) (véase foja 868) muestran que las plataformas tienen incentivos para inducir un sobreuso de las tarjetas como medio de pago, lo cual se logra mediante *merchant discounts* más altos y la entrega de beneficios a los consumidores por el uso de sus tarjetas. Conforme a ello, y atendido que los *merchant discounts* cobrados por Transbank en la actualidad, tanto a transacciones con tarjetas de crédito como aquellos cobrados con tarjetas de débito, están por debajo del límite máximo determinado en el Avenimiento, en el nuevo PAR ningún *merchant discount* en tarjetas de crédito podrá ser superior al mayor *merchant discount* cobrado actualmente a transacciones con este tipo de tarjeta y, de igual modo, no se podrá cobrar un *merchant discount* superior al mayor *merchant discount* cobrado en la actualidad para tarjetas de este tipo.

122. Finalmente, Transbank deberá presentar el nuevo PAR ante la FNE en un plazo de tres meses desde que esta resolución se encuentre firme.

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:

Por las razones antes expuestas, se declara que el Plan de Autorregulación actual de Transbank no cumple con establecer *merchant discounts* públicos, objetivos, de general aplicación y no discriminatorios y, por tanto, no es compatible con la normativa de libre competencia.

Por lo anterior, Transbank deberá proponer un nuevo Plan de Autorregulación, que deberá ser presentado ante la Fiscalía Nacional Económica en un plazo de tres meses desde que esta resolución se encuentre firme.

El nuevo PAR deberá, como mínimo, cumplir con los criterios que se expusieron en la sección 4.3 de la parte considerativa de esta resolución, en particular en el párrafo 155, los que pueden ser resumidos del modo que sigue:

a) No debe discriminar por categorías ni por rubros;
b) Sólo podrá establecer descuentos en el *merchant discount* basados en el número de transacciones con tarjeta de cada comercio;
c) Los *merchant discounts* podrán aplicar descuentos por el valor promedio de la venta con tarjeta del comercio;
d) Los descuentos aplicados a los *merchant discounts* deben ser marginales;
e) Se debe definir qué se entiende por número de transacciones y monto (o valor) de la venta promedio de un determinado comercio;
f) La tabla única de doble entrada con los *merchant discounts* aplicables a tarjetas de crédito puede aplicar un descuento, porcentual al valor de la venta, cuando se trate de una transacción con tarjeta de débito; y
g) Ningún *merchant discount* en tarjetas podrá ser superior al mayor *merchant discount* cobrado actualmente a transacciones con el respectivo tipo de tarjeta.

Acordada con el **voto en contra** del Ministro señor Jaime Arancibia Mattar, quien estuvo por rechazar la consulta presentada por Cruz Verde en atención a que contiene una pretensión de naturaleza litigiosa respecto de un tercero, Transbank, que sólo pudo haber sido resuelta en el fondo en virtud de un procedimiento contencioso:

1) A juicio de este disidente, y conforme a consideraciones que tuvo oportunidad de desarrollar con mayor extensión en su prevención de la Resolución de este Tribunal de 18 de diciembre de 2017 en rol NC N° 443-17, el carácter no contencioso de un proceso se funda únicamente en la inexistencia de una pretensión litigiosa, entendiendo por tal aquélla cuya satisfacción exige afectar la posición jurídica de un ter-

cero que no ha manifestado su conformidad con la misma y que, por tanto, adquiere la calidad de "adversario", a menos que se allane. Por esta razón, los procesalistas clásicos conciben la acción simplemente como "el poder frente al adversario" (Chiovenda, Giuseppe, La acción en el sistema de los derechos, Edeval, 1992, p. 36), de modo que cualquier pretensión que tenga por objeto la tutela de un interés mediante la afectación directa de un interés ajeno y desprevenido es de carácter contencioso y, por tanto, debe tramitarse conforme al procedimiento correspondiente a su naturaleza.

2) En el caso de marras, dado que la solicitud presentada por Cruz Verde tiene por objeto la tutela de la libre competencia mediante la imposición de condiciones a los criterios de *merchant discount* de un tercero (Transbank) que no concurre a la solicitud, el asunto es de naturaleza contenciosa porque la satisfacción de dicha pretensión exige afectar intereses ajenos sin su consentimiento. Por razones de debido proceso, semejante pretensión debe ser tramitada como litigio (Cfr. Sentencia de la Excma. Corte Suprema, rol Nº 21.791-2014, c. 7º y 8º);

3) En virtud de estas consideraciones, la interposición de una consulta como la de autos que tiene por objeto, más allá del lenguaje y formas utilizadas, la imposición de medidas correctivas respecto de una empresa que no figura entre los solicitantes envuelve una pretensión de afectación de los intereses de un tercero que hace que el asunto sea, a todas luces, contencioso y debió haberse tramitado conforme al procedimiento ad hoc dispuesto en los artículos 19 al 29 del D.L. N°211.

4) Cabe precisar, adicionalmente, que la pretensión deducida por Cruz Verde es de naturaleza contenciosa incluso aunque no contenga una imputación de responsabilidad y petición de sanciones a Transbank por la fijación y aplicación de los criterios de *merchant discount*. Los procesos contenciosos en libre competencia pueden tener por objeto: a) el simple cese o prevención de los efectos de actos anticompetitivos actuales y futuros de un tercero (v. gr. conductas, actos licitatorios, contratos, planes de autorregulación, etc.), y su eventual modificación

a través de medidas constitutivas; y/o b) la sanción de los sujetos responsables de tales actos por culpa infraccional. El procedimiento actual sólo tiene por objeto el primer tipo de pretensión, es decir, la imposición de condiciones para corregir la aplicación de los criterios de Transbank que Cruz Verde ha estimado anticompetitiva en sus escritos y alegatos. Desde el momento mismo en que dicha pretensión correctiva se dirige en contra de un tercero que no concurre favorablemente a la solicitud, el asunto es necesariamente contencioso.

5) En consecuencia, dado que la pretensión litigiosa presentada en este caso fue tramitada conforme a un procedimiento no contencioso debiendo ser contencioso, se ha configurado una falta de un presupuesto procesal conocido como "adecuación del procedimiento a la pretensión objeto del proceso" que impide un pronunciamiento válido sobre el fondo del asunto deducido y que puede ser controlado igualmente en la resolución definitiva del asunto sometido al conocimiento del Tribunal, máxime cuando a este Ministro disidente no le correspondió pronunciarse en el trámite de admisibilidad del mismo.

Notifíquese personalmente o por cédula a la consultante y a los aportantes de antecedentes. Archívese en su oportunidad.
Rol NC N°435-16

54 / 2019

TDLC

Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

RESOLUCIÓN N° 54/2019

(Causa Rol NC N° 434-16)

"Consulta de Asociación Chilena de Empresas de Turismo A.G.
sobre operación de concentración LATAM Airlines Group,
American Airlines Inc. y otras"

Fecha dictación: 31 de octubre de 2018.

Ministros que concurren al acuerdo: 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. Con prevención de la Ministra Domper y voto en contra del Ministro Arancibia.

Consultante: Asociación Chilena de Empresas de Turismo A.G. ("Achet").

Aportantes de Antecedentes: American Airlines, Inc. Agencia en Chile; LATAM Airlines Group S.A.; Iberia Líneas Aéreas de España S.A., Operadora Sociedad Unipersonal; British Airways PLC; Fiscalía Nacional Económica; Corporación Nacional de Consumidores y Usuarios de Chile, Asociación de Consumidores; Lan Cargo S.A.; Empresa de Correos de Chile; Cámara Chilena Norteamericana de Comercio A.G.; Asociación Gremial de la Industria del Salmón de Chile A.G.; Hernán Passalacqua; Asociación Gremial de Empresarios Hoteleros de Chile; ChileSertur A.G.; Dirección General de Aeronáutica Civil; International Air Transportation Association; Servicio Nacional de Consumidor; Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones; Junta Aeronáutica Civil; y Servicio Nacional de Turismo.

Resumen de la consulta: El 5 de agosto de 2016, Achet solicitó la revisión y absoluto rechazo de los acuerdos comerciales "*Joint Business Agreements*" ("JBA") para el servicio de transporte aéreo de pasajeros y carga a ser ejecutados por LATAM y American, para vuelos entre América del Sur, Estados Unidos y Canadá, por una parte, y por LATAM, Iberia y British Airways para vuelos entre América del Sur y Europa, por la otra. La Consultante indica que la ejecución de los JBA causará graves perjuicios para la

competencia, afectando seriamente el mercado de turismo en Chile, a las agencias de viajes, los operadores turísticos y los consumidores.

Resolución del Tribunal: El Tribunal resolvió aprobar, con medidas de mitigación, los JBA celebrados entre, LATAM y American para sus vuelos entre América del Sur, Estados Unidos y Canadá; y entre LATAM e Iberia y British Airways para los vuelos entre América del Sur y Europa.

Las medidas de mitigación impuestas a las partes consisten en: (i) establecer una fórmula de reparto de ingresos en los JBA consultados; (ii) mantener la capacidad ofrecida en las rutas directas Santiago-Miami y Santiago-Madrid; (iii) aumentar la capacidad ofrecida en las rutas Norteamérica y Europa; (iv) no cobrar precios implícitos negativos en rutas indirectas que tengan como tramo troncal los vuelos Santiago-Miami y Santiago-Madrid; (v) ofrecer acuerdos de programa de pasajero frecuente a nuevos entrantes en las rutas directas Santiago-Miami y Santiago-Madrid; (vi) ofrecer acuerdos de combinación de tarifas a nuevos entrantes en las rutas directas Santiago-Miami y Santiago-Madrid; (vii) ofrecer acuerdos de prorrateo especial a nuevos entrantes en las rutas directas Santiago-Miami y Santiago-Madrid; (viii) designar a un consultor para la fiscalización de estas condiciones; y (ix) consultar a este Tribunal seis meses antes de que cualquiera de los acuerdos cumpla 5 años de vigencia. Las medidas (i) a (viii) corresponden sólo al transporte aéreo de pasajeros.

Recursos: Reclamación pendiente ante la Excma. Corte Suprema (Rol N° 31.502-18)

Temas que trata: operaciones de concentración; mitigaciones; eficiencias; riesgos de competencia.

RESOLUCIÓN N° 54/2018

Santiago, treinta y uno de octubre de dos mil dieciocho.

PROCEDIMIENTO: No Contencioso.
ROL: NC N° 434-16
CONSULTANTE: Asociación Chilena de Empresas de Turismo A.G. ("Achet" o la "Consultante").
OBJETO: Que este Tribunal revise y rechace los acuerdos comerciales o "Joint Business Agreements" que se pretende implementar para el servicio de transporte aéreo de pasajeros y carga entre, por una parte, LATAM Airlines Group S.A. y American Airlines, Inc. Agencia Chile, relativo a vuelos entre América del Sur y Estados Unidos y Canadá; y, por otra, entre LATAM Airlines Group S.A. e Iberia Líneas Aéreas de España S.A., Operadora Sociedad Unipersonal y British Airways PLC, relativo a vuelos entre América del Sur y Europa.

I. PARTE EXPOSITIVA

A. GLOSARIO

Acuerdo de alianza (Alliance Agreement): corresponde a un acuerdo suscrito entre dos o más aerolíneas, para la cooperación y coordinación en sus operaciones, que puede incluir el uso conjunto de activos y actividades comerciales comunes.

Acuerdo Interlínea (Interline Agreement): corresponde a un acuerdo suscrito entre dos o más aerolíneas, que les permite comprar asientos en vuelos de la contraparte para rutas no cubiertas por la red de la primera, con el fin de ofrecer a sus clientes tal punto como destino.

Acuerdo de Prorrateo Directo (Straight Prorate Agreement): corresponde a un acuerdo por el que dos o más aerolíneas establecen un sistema de distribución de ingresos por venta de pasajes en vuelos interlínea o con código compartido, con una proporción fija según la distancia relativa de cada vuelo y comisiones.

Acuerdo de Prorrateo Especial (Special Prorate Agreement y Cargo Special Prorate Agreement): corresponde a un acuerdo por el que dos o más aerolíneas establecen un sistema de distribución de ingresos por venta de pasajes (o carga) en vuelos interlínea o con código compartido, en condiciones diferentes a las de un Acuerdo de Prorrateo Directo. Generalmente se establece un monto fijo por pasajero (o tonelada) o un porcentaje de la tarifa, para cada categoría tarifaria equivalente, con o sin comisiones adicionales.

Antitrust Immunity ("ATI"): exención del cumplimiento de ciertas normas de libre competencia otorgado por el Departamento de Transporte de Estados Unidos de América. En particular, se permite que aerolíneas independientes, coordinen variables competitivas como precios y frecuencias.

ASK: corresponde a las siglas en inglés para el número total de kilómetros-asientos disponibles en un vuelo o ruta (*Available Seat Kilometres*). Se obtiene multiplicando la cantidad de asientos disponibles en cada vuelo por la distancia en kilómetros volada por el mismo.

ATK: corresponde a las siglas en inglés para el número total de kilómetros-toneladas disponibles en un vuelo o ruta (*Available Tonne Kilometres*). Se obtiene multiplicando la cantidad de toneladas de carga disponible en cada vuelo por la distancia en kilómetros volada por el mismo.

Behind & Beyond: vuelos en conexión, anterior (*behind*) o posterior (*beyond*) al tramo de largo radio que se toma para que el pasajero alcance su destino final. La FNE se refiere a *behind* para aquellos vuelos realizados dentro de Sudamérica y beyond para aquellos realizados dentro de Europa o Estados Unidos de América ("Estados Unidos"), según sea el caso.

Código compartido: corresponde a los contratos en que dos líneas aéreas acuerdan unificar dos vuelos entre un par Origen-Destino en un único avión operado por alguna de las dos compañías. Así, el vuelo tiene códigos de ambas compañías.

Costo unitario o CASK: es el costo por ASK, esto es: costo operacional/ASK.

DOT: Departamento de Transporte de Estados Unidos de América. Entidad que otorga los *antitrust immunity* en dicho país.

Frecuencias restringidas (o frecuencias): corresponde al número de vuelos *round trip* diarios permitidos entre dos países, para empresas con bandera de las respectivas naciones. Generalmente se determinan por tipo de libertad aérea.

HHI: en español IHH (Índice Herfindhal Hirschman) es un índice utilizado para medir la concentración en un mercado. Se calcula de acuerdo a la siguiente fórmula:

$$HHI = \sum_{i=1}^{N} s_i^2$$

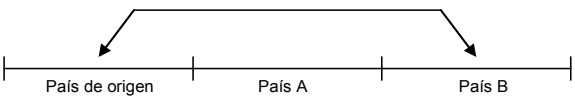
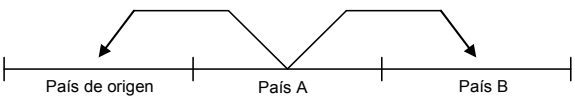
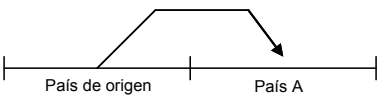
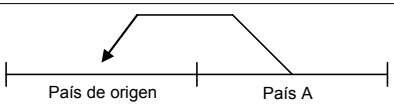
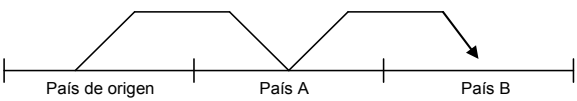
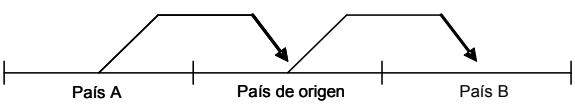
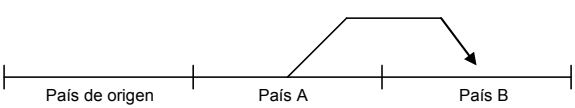
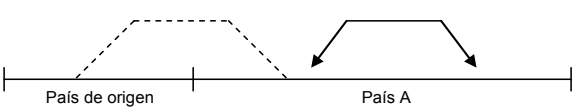
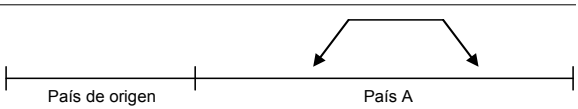
Donde s es la participación de mercado de cada empresa i y N es el número de empresas en el mercado.

Hub: corresponde a un aeropuerto que una aerolínea utiliza como punto de concentración de pasajeros que proceden de diversos orígenes para re direccionarlos a su destino final, como parte de un modelo *hub and spoke*.

Hub and spoke: corresponde a un sistema de conexiones entre los distintos puntos que sirve una red de cobertura de una aerolínea en el cual éstas se organizan como rayos de una rueda (*spokes*) alrededor de un núcleo (*hub*) que sirve como acumulador de pasajeros, con el fin de reunir la densidad crítica para hacer rentables las conexiones a destino.

Libertades aéreas o derechos de tráfico aéreo: corresponde a las distintas configuraciones de vuelos que pueden realizarse entre dos países, desde condiciones más restrictivas (primera libertad) hasta las más amplias (novena libertad), según se detalla en el siguiente cuadro.

DERECHOS DE LIBERTADES AÉREAS

PRIMERA LIBERTAD *Sobrevolar un país en una ruta hacia otro*	
SEGUNDA LIBERTAD *Hacer una escala* técnica en otro país	
TERCERA LIBERTAD Transportar carga y pasajeros desde el país de origen a otro país	
CUARTA LIBERTAD Transportar desde otro país carga y pasajeros al país de origen	
QUINTA LIBERTAD Transportar carga y pasajeros entre dos países mediante una compañía aérea de un tercer país, en ruta con origen/destino en su país de origen	
SEXTA LIBERTAD Transportar carga y pasajeros entre dos países mediante una compañía aérea de un tercer país, en ruta que incluya una escala en su país de origen	
SÉPTIMA LIBERTAD Transportar carga y pasajeros entre dos países mediante una compañía aérea de un tercer país en una ruta sin enlace con su país de origen	
OCTAVA LIBERTAD O CABOTAJE Transportar carga y pasajeros dentro de un país mediante una compañía aérea de otro país en ruta con origen/destino en su país de origen	
TOTALMENTE NACIONALES Transportar carga y pasajeros dentro de un país extranjero sin conexión con el país de origen	

Fuente: Adaptado del Informe sobre Comercio Mundial 2005.

Meta-neutralidad: acuerdos que suponen que las partes compartes ingresos y donde existe un tratamiento neutral respecto de cuál aeronave (metal) se emplea para un determinado vuelo.

RPK: corresponde a las siglas en inglés para el número total de kilómetros-pasajeros que efectivamente realizan un vuelo o ruta (*Revenue Passenger Kilometres*). Se obtiene multiplicando la cantidad de pasajeros que realizan cada vuelo por la distancia en kilómetros volada por el mismo.

RTK: medición de la demanda en la industria de transporte aéreo de carga (*Revenue Tonne Kilometre*).

Slots: derechos de una aerolínea para despegar o aterrizar en un horario determinado (Sentencia N° 81 TDLC).

Spoke: corresponde a un aeropuerto que es origen o destino de los vuelos de una aerolínea, pero que no funciona como *hub*.

B. Glosario de informes y estudios económicos

B.1 Informes económicos

Nombre Informe, Autores	Abreviación TDLC	Parte	Fecha	Fojas
Economic Analysis of the benefits and costs of the proposed American Airlines-LATAM Joint Business Agreement, Compass Lexecon	Compass 1	American	16-05-2016	370 (Expediente FNE)
Presentación al TLDC en nombre de AA y LATAM, Compass Lexecon	Compass 2	American	02-05-2017	2805
Presentación al TDLC en nombre de AA y LATAM, Compass Lexecon	Compass 3	American	26-05-2017	3389
Airline Cooperation and International travel, Analyses of the impact of Antitrust Immunity and Joint Venture on fares and traffic, R. Calzaretta, Y. Eilat y M. Israel	Estudio Mundial Compass	American	22-02-2017	2199
IAG/LATAM JBA: Prospective Economic Assessment, RBB Economics	RBB 1	IAG	03-04-2016	370 (Expediente FNE)
Notas a las observaciones de la FNE sobre cálculos de eficiencia de RBB, RBB Economics	RBB 2	IAG		2832

Response to Basso-Gillen-Ross paper, RBB Economics	RBB 3	IAG	26-05-2017	3399
Efectos en la competencia del Joint Business Agreement entre American Airlines/IAG y LATAM Airlines Group S.A. para la provisión de servicios de transporte aéreo entre América del Sur y Norteamérica/Europa, Butelmann Consultores	Butelmann 1	Partes	31-08-2016	1175 y 1645
Respecto de los comentarios de la Fiscalía Nacional Económica a los informes de Compass Lexecon y RBB Economics relativos a los JBA entre LATAM y American Airlines, y entre LATAM e IAG, Butelmann Consultores	Butelmann 2	Partes	02-05-2017	3005
Respecto de los informes presentados por ACHET y la Fiscalía Nacional Económica relativos a los JBA entre LATAM y American Airlines, y entre LATAM e IAG, Butelmann Consultores	Butelmann 3	Partes	26-05-2017	3433
Minuta Técnica: Comentarios al informe "*Airline Cooperation and International travel, Analyses of the impact of Antitrust Immunity and Joint Venture on fares and traffic*", G. Palmucci, R. Giraudo y W. Núñez	Minuta Técnica	FNE	30-05-2017	3470
Efectos Competitivos y Anticompetitivos de los Metal Neutral Joint Venture Propuestos de LATAM con American Airlines e IAG, L. Basso, D. Gillen y T. Ross	BGR	FNE	26-04-2016	2660
Comentarios sobre los informes y escritos presentados por las partes, G. Bitran	Bitran	Achet	04-2017	2679
Análisis de los acuerdos de LATAM con American Airlines y con British Airways e Iberia y sus efectos en la competencia, F&K Consultores	FK	Achet	01-2017	2798

B.2 Estudios económicos

Estudio económico	Abreviación TDLC
Brueckner, Jan K., Lee, Darin, y Ethan S. Singer, "Alliances, codesharing, antitrust immunity, and international airfares: do previous patterns persist?", *Journal of Competition Law and Economics*, vol. 7 (3), 2011, pp. 573-602	BLS (2011)
Brueckner, Jan K., Lee, Darin y Ethan S. Singer. "Airline competition and domestic US airfares: A comprehensive reappraisal", *Economics of Transportation*, vol 2 (1), 2013, pp. 1-17.	BLS (2013)
Gillespie, William y Oliver, M. Richard. "Antitrust immunity grants to joint venture agreements: evidence from international airline alliances", *Antitrust L J*, vol 78, 2012, p. 443.	Gillespie y Richard (2012)
Berry, Steven y Panle, Jia., "Tracing the woes: An empirical analysis of the airline industry." *American Economic Journal: Microeconomics*, vol. 2 (3), 2010, pp. 1-43.	Berry y Jia (2010)
Gillen, D. W., Morrison, W. G, y Stewart, C. Air travel demand elasticities: concepts, issues and measurement, report for Department of Finance., 2008.	Gillen (2008)
Whalen, W. Tom., "A panel data analysis of code-sharing, antitrust immunity, and open skies treaties in international aviation markets", *Review of Industrial Organization*, vol. 30 (1), 2007, pp. 39-61.	Whalen (2007)
Brueckner, Jan K., "International airfares in the age of alliances: The effects of codesharing and antitrust immunity." *Review of Economics and Statistics,* vol. 85 (1), 2003, pp. 105-118.	Brueckner (2003)
Brueckner, Jan K., y Spiller, Pablo T, "Economies of traffic density in the deregulated airline industry." *The Journal of Law and Economics*, vol. 37 (2), 1994, pp. 379-415.	Brueckner y Spiller (1994)

II. PARTE CONSIDERATIVA

A. Objeto de la consulta

1. De acuerdo con lo solicitado en la consulta formulada a fojas 204 y siguientes por Achet, y la facultad establecida en el artículo 18 N° 2 del D.L. N° 211, corresponde a este Tribunal pronunciarse acerca de si los *Joint Business Agreements* (en adelante, indistintamente "JBA consultados", "acuerdos consultados" u "Operaciones",) celebrados entre LATAM y American, por una parte ("JBA Norteamérica"),

y LATAM e IAG, por otra ("JBA Europa"), se ajustan a las normas que protegen la libre competencia.

2. Los contratos celebrados en el marco del JBA Norteamérica fueron acompañados a fojas 341 y consisten en cinco documentos cuya fecha de suscripción es el 14 de enero de 2016, a saber:

i) *Alliance Coordination Agreement*, entre American, LATAM, TAM Linhas Aereas S.A., LAN Perú S.A., Transportes Aéreos del Mercosur S.A. y Aerovías de Integración Regional, Aires S.A.;
ii) *Trans-American Framework Joint Business*, entre las partes indicadas en (a);
iii) *Alliance Agreement*, entre American y LATAM;
iv) *North-America – Chile Joint Business Agreement*, entre American, LATAM, TAM Linhas Aereas S.A. y LAN Perú S.A.; y
v) *Alliance Settlement Agreement*, entre las partes indicadas en (a).

3. Por su parte, los contratos celebrados en el marco del JBA Europa fueron acompañados a fojas 330 por IAG y consisten en dos documentos cuya fecha de suscripción es el 14 de enero de 2016, a saber:

i) *Framework Joint Business Agreement*, entre LATAM Airlines Group S.A., TAM Linhas Aéreas S.A., LAN Perú S.A., LAN Argentinas S.A., Aerovías de Integración Regional, Aires S.A., Aerolane, Líneas Aéreas Nacionales del Ecuador S.A., Iberia Líneas Aéreas de España, S.A., Operadora Sociedad Unipersonal y British Airways PLC.; y
ii) *Country Joint Business Agreement Chile and the European Union*, entre LATAM Airlines Group S.A., British Airways PLC e Iberia Líneas Aéreas de España S.A., Operadora Sociedad Unipersonal.

4. Finalmente, con respecto al transporte aéreo de carga, Lan Cargo acompañó a fojas 1035 los memorándum de entendimiento entre las Partes, donde se muestra su intención de alcanzar un acuerdo de cooperación, a saber:

a) *Memorandum of Understanding*, entre IAG Cargo Limited y LATAM Airlines Group, con fecha de 18 de octubre de 2016.

b) *Memorandum of Understanding,* entre American Airlines Group y LATAM Airlines Group, con fecha 1 de noviembre de 2016.

5. De conformidad con lo señalado por LATAM a fojas 1175, las Operaciones consisten en acuerdos bilaterales relativos al transporte aéreo de pasajeros y de carga, en los ámbitos geográficos indicados en la sección F.2.3. de la parte expositiva. En cuanto al nivel de cooperación entre las Partes, los JBA consultados, según lo expuesto por las Partes (LATAM a fojas 1175, American a fojas 958 e IAG a fojas 1645), se rigen por el principio de meta-neutralidad, vale decir, las aerolíneas serían indiferentes respecto de quien vende los pasajes aéreos y quien presta el servicio de transporte. Sin perjuicio de lo anterior, según señala LATAM, los acuerdos consultados no producen cambios en la propiedad de las aerolíneas y no comprenden la transferencia de activos.

6. En virtud de los JBA consultados las Partes coordinarán precios, capacidad e itinerarios de sus vuelos y repartirán entre sí los ingresos obtenidos del transporte de pasajeros, lo que les permitiría alinear sus incentivos (fojas 1181 vta.).

7. Respecto a la repartición de ingresos, los dos contratos celebrados en el marco del JBA Europa hacen alusión a una "*revenue sharing formula*" (v.gr. cláusula 2.2.2. *Country Joint Business Agreement* y en cláusula 2.3. del *Framework Joint Business Agreement*), pero no se indica cuál sería dicha fórmula de reparto de ingresos entre LATAM e IAG. En ese contexto, a fojas 4451, se ordenó a LATAM que diera cuenta de dicha fórmula, información que acompañó a fojas 4456, indicando que existen simulaciones que fueron agregadas en el proceso de investigación efectuado por la FNE, pero que la fórmula aún no ha sido definida.

8. En lo que respecta a la fórmula de reparto de ingresos en el JBA Norteamérica, American explica en su aporte de antecedentes que junto con LATAM agregarán en un *pool* la totalidad de los ingresos generados en las rutas troncales en las rutas comprendidas en este JBA. Dicho *pool* será repartido entre las Partes en función de la capacidad que cada aerolínea opera en las mencionadas rutas (fojas 971). Con respecto a los ingresos obtenidos por tramos *behind and beyond*, el Anexo 1 del *Alliance Settlement Agreement* indica un porcentaje de repartición de ingresos.

9. Por tanto, atendido que en el JBA Europa aún no se define la fórmula de reparto de ingresos (fojas 1655 vta.), se asumirá que se realiza de la misma forma que para el JBA Norteamérica, expuesta en el párrafo anterior. Este supuesto, como se verá, es relevante para el análisis de los efectos esperados de los acuerdos consultados en la competencia de los mercados afectados por estos, especialmente para analizar los beneficios que derivarían de la eliminación de la doble marginalización. Dada esta relevancia, se impondrá como condición en la aprobación del acuerdo el cumplimiento de este supuesto.

10. Según exponen las Partes (fojas 1655 y 1185) y de acuerdo con lo dispuesto en las cláusulas 1.3 y 2.3 del *Framework Joint Business Agreement* y la cláusula 9 del *Country Joint Business Agreement*, el perfeccionamiento del JBA Europa depende del cumplimiento de dos condiciones (i) obtener la autorización de las autoridades competentes; y (ii) una vez obtenidas dichas autorizaciones, suscribir un *Revenue Sharing Agreement,* que según señaló LATAM a fojas 4456, se celebrará en un plazo de seis meses a contar del cumplimiento de la primera condición. Por su parte, el perfeccionamiento del JBA Norteamérica depende únicamente de obtener la autorización de las autoridades competentes (cláusula 7 del *Trans American Framework Joint Business Agreement*).

11. La estructura y metodología que se utilizará para el análisis de esta consulta es la siguiente. En las dos primeras secciones (B y C) se describen las empresas que suscriben los acuerdos y las principales características de la industria aérea. A continuación, en la sección D se definen tres mercados relevantes afectados por las operaciones consultadas. En las secciones E y F se estudia el nivel de concentración y las condiciones de entrada en los mercados definidos en la sección anterior. Con posterioridad, en la sección G se analizan los efectos que producirán en la competencia los acuerdos, esto es, los riesgos y eficiencias que derivan de las Operaciones, los que son luego cuantificados en la sección H. Finalmente, en la sección I se exponen las medidas de mitigación.

12. Como cuestión previa al análisis, resulta relevante advertir que ninguno de los acuerdos JBA consultados configuran operaciones de concentración, aunque puedan llegar a tener efectos similares a ellas (véase figura N° 1). En este caso, como en otros *joint ventures*, no sólo las empresas continuarán siendo indepen-

dientes, sino que los acuerdos son esencialmente reversibles con relativa facilidad. Esto implica, entre otras consecuencias, que existirán importantes intercambios de información entre competidores y que muchas de las sinergias propias de las fusiones no serán alcanzadas. Al mismo tiempo, sin embargo, todo el ámbito que queda fuera del acuerdo no debiera conllevar una reducción de *output*, sino que incluso podría expandirlo al tratarse de firmas que, al menos desde el punto de vista teórico, debiesen mantener algún grado de competencia en el desarrollo de sus respectivos negocios.

13. Lo anterior implica que aun cuando en términos generales los acuerdos entre competidores son mirados con sospecha por el derecho de la competencia, siendo fuerte la presunción en su contra, ellos no siempre son dañinos. En efecto, tales acuerdos bien pueden permitir a un grupo de firmas llevar a cabo actividades de forma más eficiente, sea por la escala alcanzada; por la reducción en costos informacionales, de transacción, de *marketing* (a través de la integración de promoción y avisaje) u otros; o por eliminar problemas tales como el *free riding*, por ejemplo. Más aún, algunos *joint ventures* son valiosos en la medida que crean nuevos mercados más extendidos que los existentes. Por ello, su propósito puede ser legítimo y socialmente deseable.

14. La cuestión radica en establecer de manera clara si un acuerdo produce o facilita comportamientos colusivos, de modo de poder establecer la eventual aplicación de la regla *per se* establecida en la letra a) del inciso 2º del artículo 3º del D.L. 211. Esta es, por cierto, tanto una cuestión de hecho como de derecho.

15. En lo que respecta a esta última, las especiales características de los acuerdos JBA consultados, no presentes en la experiencia habitual de las autoridades de competencia, vuelven imposible derivar conclusiones claras a su respecto, debiendo entonces quedar sometidos a un análisis de fondo que permita a las Partes mostrar sus efectos en el mercado y probar que los acuerdos son, en balance, pro competitivos.

16. En lo que respecta a los hechos, el análisis recae en establecer los riesgos y beneficios asociados a los acuerdos y determinar si estos últimos son superiores a los primeros. Este es ciertamente un análisis estructural similar al realizado du-

rante un control de concentraciones, particularmente en casos como el presente, donde los acuerdos permiten a las partes coordinar precios y, al mismo tiempo, tienen el potencial de producir eficiencias sustanciales. Sin embargo, dado que se trata de acuerdos entre competidores, no es correcto acudir a estándares jurídicos relacionados específicamente con dicho control, tales como el estándar sustantivo aplicable, la relevancia de las condiciones de eficiencia bajo ese estándar o las consecuencias para la valoración de la prueba y la distribución de la carga de la misma, como lo hace el informe acompañado por las partes a fojas 2289. Por el contrario, atendidas tanto la complejidad de los acuerdos como el hecho que posean un gran potencial dañino, y que las posibilidades de comprobar los beneficios se vean disminuidas por las asimetrías de información existentes, la medición de riesgos y beneficios debe ser particularmente cuidadosa.

17. Asimismo, el hecho que no se trate de una fusión acarrea otras dos consecuencias. Primero, implica necesariamente que son las Partes quienes tienen la carga de demostrar que el *joint venture* no posee restricciones indebidas a la competencia que deban ser remediadas. Segundo, importa una marcada inclinación a someter una eventual autorización a una limitación de carácter temporal, con el fin de reevaluar los efectos de los acuerdos y las medidas de mitigación que puedan haber sido impuestas.

B. Breve descripción de las empresas que suscriben los Acuerdos de Colaboración

18. LATAM Airlines Group es un grupo de aerolíneas que surgió como resultado de la fusión entre LAN y TAM en el año 2012 (fojas 1183). Es un *holding* que comprende múltiples subsidiarias que operan como aerolíneas en Latinoamérica y empresas de transporte de carga. LATAM es una sociedad anónima abierta, miembro de la alianza Oneworld y opera vuelos nacionales o domésticos en Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador y Perú. Sus principales *hubs* a nivel regional se encuentran en los aeropuertos de Santiago, Sao Paulo y Lima y ofrece vuelos a 307 destinos en 24 países (Memoria LATAM, 2017, disponible en: http://memoria2017.marketinglatam.net/es/, visitado el 13.09.2018).

19. American es una empresa estadounidense de transporte aéreo de pasajeros y de carga, perteneciente al holding American Airlines Group Inc. Es una de

las compañías que fundó la alianza Oneworld. Tiene *hubs* en los aeropuertos de Charlotte, Chicago O´Hare, Dallas/Fort Worth, Los Ángeles, Miami, New York La Guardia/JFK, Filadelfia, Phoenix y Washington, D.C. Reagan National. A su vez, ofrece vuelos a 350 destinos aproximadamente, en más de 50 países (fojas 964 vta. y 1857).

20. British Airways es una empresa británica de transporte aéreo de pasajeros y de carga. También pertenece a la alianza Oneworld. Tiene *hubs* en los aeropuertos de Heathrow, Gatwick y London City, y ofrece vuelos a aproximadamente 400 destinos (fojas 1763).

21. Iberia, en tanto, es una empresa española de transporte aéreo de pasajeros y de carga. También forma parte de la alianza Oneworld y su *hub* se ubica en el Aeropuerto Adolfo Suárez Madrid-Barajas. Junto a su relacionada Iberia Express, atiende, entre otros, el mercado español, europeo y americano, ofreciendo 119 destinos en 43 países y 268 destinos en 53 países en código compartido con terceras compañías (fojas 1763).

22. Como se señaló en la parte expositiva, British Airways e Iberia forman parte del Grupo IAG, cuya matriz, International Consolidated Airlines Group, S.A., es una empresa domiciliada en Madrid.

C. Características de la Industria (Industria de Redes)

23. De acuerdo con la literatura económica (por ejemplo, Agostini, Claudio, "El mercado de transporte aéreo: Lecciones de política de una revisión de la literatura", *Journal of Transport Literature*, vol. 6(3), 2012, pp. 239-277; y Shy, Oz. *The economics of network industries*. Cambridge University Press, 2001), la industria de transporte aéreo, tanto de pasajeros como de carga, es una industria de redes, compuesta por las rutas que permiten transportar un pasajero desde una ciudad de origen a una ciudad de destino. Por esta razón y antes de definir los mercados relevantes en que incidirían los JBA consultados, es necesario analizar los elementos inherentes de este tipo de industria, pues su estructura es más compleja que la enumeración de cada uno de los tramos que son cubiertos por las aerolíneas.

24. Como los servicios provistos por empresas de transporte -en este caso aéreo- consisten en el traslado de pasajeros y de carga de un lugar a otro, existen economías de ámbito en la producción de los servicios vendidos, en el sentido que es menos costoso producir diversos productos (tramos de transporte) conjuntamente, como una red, que hacerlo por separado. Por esto, la creación de redes de rutas es esencial.

25. Para ello, las aerolíneas han ido desarrollando modelos de negocios que han producido variaciones en la arquitectura de las redes y rutas que operan. A partir de la desregulación del mercado de transporte aéreo de pasajeros en Estados Unidos, en 1978, las aerolíneas *full-service carriers* que prestan servicios de larga distancia –como es el caso de las Partes– empezaron a desarrollar el modelo *hub and spoke* (ver glosario) (V.gr. Cook and Goodwin, 2008; OECD, 2014, p.8).

26. El modelo *hub and spoke* les permite a las aerolíneas aprovechar las economías de densidad y de ámbito que se generan en sus redes. En efecto, tal como se describe en el aporte de antecedentes de la FNE (fojas 1764), la circunstancia de que estemos en presencia de una industria de redes con economías de ámbito y de densidad significativas, ha llevado a la formación de este modelo que busca agrupar la mayor cantidad de pasajeros en un aeropuerto base –*hub*– en el cual se pueden abordar numerosos vuelos de conexión –*spokes*–. Esto permite aumentar la eficiencia y competitividad de una red, ya que el costo de ofrecer el servicio de transporte de pasajeros de manera directa (sin concentrar pasajeros provenientes de distintas ciudades de origen en un *hub*) es más alto que el que resulta de hacerlo concentrando pasajeros en un punto, pues en el primer caso no se incrementa el factor de uso o de carga de cada vuelo.

27. Las economías de densidad en el tráfico aéreo surgen de los ahorros en costos medios generados cuando una aerolínea aumenta sus frecuencias o el número de los asientos en los vuelos que ya ofrece, sin que existan modificaciones en el factor de carga, la distancia volada promedio o el número de aeropuertos servidos, manteniendo constante la escala de producción o el tamaño de la red. Así, el costo marginal de transportar un pasajero adicional en un tramo *hub to hub* directo disminuye cuando el tráfico de la ruta aumenta.

28. Por su parte, las economías de ámbito, como se anticipó, son ahorros de costos derivados de la producción conjunta de dos bienes o servicios que utilizan un mismo insumo de producción. En el caso de la industria aérea se presentan estas economías si dos viajes con conexión tienen el primer tramo común y el segundo distinto, es decir, si teniendo destinos diferentes, el avión utilizado en el primer tramo es un insumo común.

29. También existen en esta industria externalidades o efectos de red, ya que el valor que tiene el uso de una determinada red para un pasajero aumenta a medida que más aerolíneas se suman a ella, incrementando así la cobertura de la alianza. En efecto, los consumidores no solamente consideran el precio y la calidad del servicio que una aerolínea ofrece en una determinada ruta (par origen-destino, en adelante, "OєD"), sino también la amplitud de la red que tenga una alianza, porque con ello tienen más destinos para canjear sus premios o puntos, de modo que pueden cambiar vuelos con mayor facilidad.

30. Finalmente, las economías de escala presentes en esta industria se producen cuando aumenta el tamaño de la red o la provisión del servicio de transporte, ya sea porque se agregan vuelos a destinos que antes no se servían, se incrementa la distancia promedio volada o se aumenta el factor de carga.

31. En este mismo orden de ideas, para aprovechar las economías de densidad, ámbito y escala propias de esta industria, y también para sortear restricciones regulatorias, tales como las exigencias de nacionalidad de los propietarios de las aerolíneas en algunos países, estas últimas han suscrito acuerdos de cooperación bilateral y multilateral. Tal como se expuso en el párrafo 68 de la Resolución N°37/2011 ("Resolución 37"), el grado e intensidad de cooperación entre aerolíneas, como consecuencia de estos acuerdos, varía según el nivel de integración y cooperación que se estipule. En concreto, la figura que se inserta a continuación ilustra los principales tipos de acuerdos entre aerolíneas:

FIGURA N° 1

Fuente: *"Transatlantic Airline Alliances: Competitive Issues and Regulatory Approaches"*, European Commission y US DOT, noviembre de 2010.

32. Como se observa, existen distintos grados de cooperación entre aerolíneas. En primer término están los acuerdos interlínea, que consisten en la compra de asientos por parte de una aerolínea en el vuelo de otra para ofrecerlo a sus clientes. Luego, los acuerdos de programa de pasajero frecuente ("PPF") y acceso a salones buscan complementar esfuerzos de marketing entre dos o más aerolíneas. En tercer lugar, en los acuerdos de código compartidos las aerolíneas comercializan como propio, bajo un código distinto, el vuelo de otra, a cambio de un pago por asiento vendido menor que en el caso de un acuerdo interlínea. Además, este tipo de acuerdos generalmente incluye el uso conjunto de instalaciones en el aeropuerto, como también acuerdos de PPF. Enseguida, los acuerdos de coordinación directa pueden comprender decisiones conjuntas con respecto a precios, rutas, horarios o infraestructura. Por último, están los MNJV (*Joint Ventures* con Neutralidad Metal), como los que son objeto de la consulta de autos, los que, además de incluir coordinación de variables competitivas, como horarios, frecuencias y precios, incorporan la distribución común de ingresos o utilidades entre aerolíneas.

33. Tal como se señaló en la Resolución 37, a partir de los acuerdos descritos han surgido las alianzas mundiales, a las que han adherido aerolíneas de distintos tamaños y áreas geográficas. Las aerolíneas que pertenecen a una misma alianza cooperan para mejorar y coordinar sus rutas, itinerarios, programas de pasajeros frecuentes y marketing, entre otras. La transición desde aerolíneas independientes a la formación de un número reducido de alianzas ha llevado a una mayor

concentración en la industria y a un equilibrio asimétrico en relación a aerolíneas que no pertenecen a alguna de las alianzas, tal como se explicó en la citada Resolución 37 (párrafo 53).

34. A fines de la década de los '90, la cooperación a nivel multilateral aumentó y la industria se consolidó en torno a tres alianzas globales: Oneworld, Star Alliance y SkyTeam, las que agrupan un número importante de aerolíneas.

35. Son miembros de Oneworld 15 aerolíneas que operan en 152 países y ofrecen 994 destinos. Entre sus miembros se encuentran American Airlines (con *hubs* en Dallas, New York, St. Louis, San Juan, Miami y Chicago), British Airlines (con *hub* en Londres), Iberia (con *hub* en Madrid) y LATAM (con *hubs* en Santiago, Sao Paulo, Buenos Aires, Bogotá, Lima, Quito y Guayaquil).

36. Son miembros de Star Alliance 27 aerolíneas que operan en 193 países y ofrecen 1.269 destinos. Entre las aerolíneas de esta alianza se encuentran Air Canada (con *hubs* en Calgary, Montreal, Toronto y Vancouver), Avianca (con *hubs* en Bogotá, San Salvador y Lima), Copa Airlines (con *hub* en Ciudad de Panamá), Lufthansa (con *hubs* en Frankfurt y Zúrich) y United Airlines (con *hubs* en Chicago, Cleveland, Denver, Guam, Houston, Los Ángeles, Newark, San Francisco, Tokio y Washington, D.C.).

37. Son miembros de SkyTeam 20 aerolíneas que operan en 178 países y ofrecen 1.064 destinos. Entre las aerolíneas de SkyTeam se encuentran Air France (con *hub* en Paris), KLM (con *hub* en Ámsterdam), Alitalia (con *hub* en Roma), Air Europa (con *hub* en Madrid), Aerolíneas Argentinas (con *hub* en Buenos Aires), Delta (con *hubs* en Minneapolis, Detroit, Memphis, Tokio, Ámsterdam, Cincinnati, Atlanta, Nueva York y Salt Lake City) y Aeroméxico (con *hubs* en Ciudad de México y Monterrey).

38. En el mapa que se inserta a continuación se puede observar la presencia de las distintas alianzas en el mundo. Los indicadores celestes indican los *hub*s de las distintas aerolíneas de SkyTeam, los blancos muestran los de Star Alliance y los morados los de Oneworld:

Fuente: https://www.frugalhack.me/2015/02/06/map-airline-hubs-alliance/ (Visitado 04-10-2018)

39. En el último tiempo, distintas aerolíneas que pertenecen a una misma alianza han celebrado *joint ventures*, como los de la consulta de autos, alguno de los cuales han sido aprobados por el DOT, de acuerdo con la información que se describe a continuación:

SkyTeam	Delta –Aeroméxico, 20 de abril de 2017, con reasignación de *slots* (expira en 5 años) Delta –Virgin Atlantic - Air France/KLM – Alitalia, 23 septiembre de 2013. Delta – Virgin Blue Group, 10 de junio de 2011, con compromisos de capacidad. Delta – Northwest - Air France/KLM – Alitalia – Czech Airlines, 22 de mayo de 2008. Delta – Korean Air Lines Air France/KLM – Alitalia – Czech Airlines, 27 de junio de 2002.
Star Alliance	United con All Nippon Airways (ANA, Japón), el 10 de noviembre de 2010. United – Brussels– Lufthansa – Air Canada – SAS – Austrian – BMI – LOT – Swiss – TAP, 10 de julio de 2009 con ciertos carve outs. United – Asiana Airlines (Corea del Sur), 14 de mayo de 2003 United – bmi – Austrian – Lufthansa – SAS, 30 de marzo de 2008. United – Copa, 3 de mayo de 2001. United – Austrian – Lufthansa – SAS, 26 de enero de 2001 United – Air New Zealand, 3 de abril de 2001 United – Air Canada, 19 de septiembre de 1997 para mercados de transbordo solamente, se amplía a inmunidad global el 16 de febrero de 2007 con ciertos *carve outs*. United – Lufthansa, 20 de mayo de 1996, con ciertos *carve outs*.
Oneworld	American – Qantas, 9 de noviembre de 2011. American – Japan Airlines, 10 de noviembre de 2010. American – British Airways - Iberia – Finnair – Royal Jordanian (Oneworld Transatlantic Case), 20 de julio de 2010. American – LAN – LAN Perú, 13 de octubre de 2005 con *carve outs* en Lima-Miami y Santiago-Miami.

40. Dicho todo lo anterior, en el transporte aéreo de pasajeros las Partes han celebrado distintos acuerdos de cooperación, los que incluyen, además de pertenecer a la alianza Oneworld, acuerdos interlínea, PPF y de acceso a salones y acuerdos de código compartido. En particular, entre tales acuerdos, American y LATAM celebraron un contrato denominado *Alliance Agreement*, en virtud del cual dichas aerolíneas buscaban coordinar actividades comerciales como precios, horarios, frecuencia, marketing, entre otras, a través de la celebración de acuerdos de código compartido en rutas entre Chile y Estados Unidos (DOT-OST-1997-3285, *American-LAN Chile*, Final Order 1999-9-9). Este acuerdo cuenta con un ATI otorgado por el DOT el 13 de septiembre del año 1999 y está vigente en la actualidad, aunque no ha sido aprobado por autoridades de competencia chilena. Con todo, la aprobación del DOT incluye una medida de *carve-out* que deja fuera de la exención la ruta Miami-Santiago cuando el punto de venta está en Estados Unidos, junto con otras condiciones (fojas 965 vta. y 1880).

41. En el transporte aéreo de carga, las aerolíneas cooperan a través de acuerdos interlínea. American explica que la celebración de acuerdos de código compartido en esta industria "*simplemente no existe*" (fojas 1010 vta.) y la FNE agrega que "*las alianzas globales carecen de la relevancia que tienen en el mercado de transporte de pasajeros*" (fojas 1844). A fojas 1040 Lan Cargo menciona ejemplos de distintos acuerdos de cooperación así como operaciones de concentración aprobados por distintas autoridades de competencia:

i. Cathay Pacific y Air China (2010): Integración en transporte aéreo de carga autorizada por Comisión Europea.
ii. Lufthansa y All Nippon Airways (2016): profundización de *joint venture* vigente desde el año 2012.
iii. United y All Nippon Airways (2015): *joint venture* en carga obtiene ATI por parte de la autoridad japonesa.
iv. Cargolux y Oman Air (2015): firman acuerdo *joint venture*.
v. Lufthansa y Singapore Airline (2016): anuncian *joint venture* de carga.
vi. Atlas y Southern Air (2016): completan una fusión.

42. En suma, la industria aérea presenta las características propias de las industrias de redes, lo que será tomado en especial consideración tanto al analizar los

mercados relevantes en los que incide la presente consulta como los efectos de las Operaciones. Esta conclusión es compartida por la Consultante, las Partes (American y LATAM) y la FNE.

43. Una vez descritas las principales características de la industria aérea, tanto desde el punto de vista regulatorio como su modelo de negocios, a continuación se definirán los mercados relevantes en que inciden las operaciones o acuerdos consultados.

D. Mercados Relevantes

44. Tal como exponen la Consultante, las Partes, la FNE y los intervinientes que aportaron antecedentes en este procedimiento, el principal mercado afectado por los JBA consultados es el transporte aéreo de pasajeros y, en menor medida, el de carga. Junto con lo anterior, Achet y la FNE señalan que también podría verse afectado el mercado de las agencias de viaje, como un mercado conexo en el que eventualmente las operaciones consultadas también podría tener efectos.

45. Como se anticipó, los efectos de red que se presentan en esta industria afectan las definiciones de los mercados relevantes asociados a los servicios de transporte aéreo de pasajeros, los que tradicionalmente sólo consideraban los pares O∂D. Lo anterior, por cuanto los actores toman en cuenta distintas variables para la toma de decisiones. Por el lado de la oferta, las aerolíneas buscan construir una red de destinos a través de la conexión de distintos tramos. Por el lado de la demanda, los consumidores buscan la mejor forma de llegar al destino deseado, tomando en cuenta el precio cobrado y la calidad del viaje, lo que depende principalmente del tiempo y número de vuelos que lleve a terminar ese viaje.

46. En consecuencia, para incorporar los efectos de red al análisis, se revisará el nivel de competencia no solamente entre los pares ciudad-ciudad, sino también país-país, país-continente y a nivel de alianzas. Esta metodología de análisis es la misma que utilizaron Achet (fojas 237), la FNE (fojas 1785 y siguientes, y 1871 y siguientes), American (fojas 970 vta. y siguientes), LATAM (fojas 1200 y siguientes) e IAG (fojas 1664 vta. y siguientes).

D.1 Transporte aéreo de pasajeros

47. Tal como se expuso en la Resolución 37, para el análisis del mercado relevante del transporte aéreo de pasajeros se debe diferenciar entre los pasajeros sensibles al tiempo –*premium*– de los sensibles al precio –*no premium*–. Al efecto, en dicha resolución se indicó que los efectos de red inciden en mayor magnitud en "*el segmento de consumidores que son más sensibles al tiempo, en el que predominan viajeros de negocios que suelen requerir muchas veces coordinar varios destinos, incluso en un mismo viaje, y contar con flexibilidad para cambiar sus horarios de viaje. Así, respecto de estos últimos, la densidad de la red –esto es, la cantidad de vuelos diarios en cada ruta y sus respectivas conexiones- ofrece ventajas que serán difícilmente replicables por aerolíneas con redes de menor densidad. Es decir, la densidad de la red en oferta juega un rol preponderante como medida de calidad de servicio en esta industria*" (párrafo 51).

48. Por otro lado, este análisis debe considerar principalmente el mercado chileno, es decir, aquellos pasajeros que inician sus viajes en ciudades de Chile, porque en este país se producirán los efectos de las operaciones consultadas. Este criterio también ha sido utilizado en otras jurisdicciones. Por ejemplo, en la consulta del *joint venture* entre las aerolíneas Lufthansa y Singapore Airlines, formulada a la autoridad de competencia de Singapur, esta última aplicó medidas de mitigación dirigidas directamente a pasajeros que inician su viaje en la ciudad de Singapur, en los vuelos directos que ambas aerolíneas operan (destinos Frankfurt y Zúrich).

49. Establecido todo lo anterior, para analizar los efectos de los acuerdos consultados, se revisarán las condiciones de competencia de cada acuerdo, en los siguientes niveles:

a) Ruta Norteamérica:
   i. Chile-Norteamérica
   ii. Chile-zonas de Estados unidos
   iii. Chile-ciudades de Norteamérica

b) Ruta Europa
   i. Chile-Europa
   ii. Chile-países de Europa
   iii. Chile-ciudades de Europa

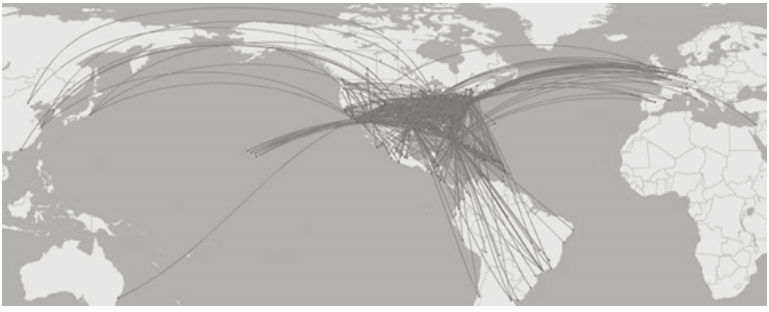
50. Cabe destacar que para el caso de Norteamérica, atendida la extensión de Estados Unidos y la densidad de viajes desde Chile a ese país, se entenderán como distintos países las zonas relevantes de ese país. Lo anterior por cuanto el análisis de nivel país se funda en que los países se entienden como puntos de entrada a zonas de un continente o de una macro zona, por lo que dentro de una zona de Estados Unidos pueden existir puntos de entrada sustitutos. Por ejemplo, en el caso que un pasajero esté interesado en visitar la costa suroeste de Estados Unidos, es razonable considerar que sólo son alternativas para iniciar dicho viaje las ciudades ubicadas en dicha zona, como San Francisco y Los Ángeles, y no ciudades de otras zonas, como por ejemplo, Nueva York.

51. En la actualidad, LATAM y American ofrecen múltiples destinos entre Chile y Norteamérica. Por su parte, LATAM e IAG ofrecen también una amplia variedad de destinos entre Chile y Europa, según se muestra en las siguientes figuras:

FIGURA N° 2: RUTAS OPERADAS POR LATAM

Fuente: Aporte de antecedentes American, fojas 966

FIGURA N° 3: RUTAS OPERADAS POR AMERICAN



Fuente: Aporte de antecedentes American, fojas 966.

FIGURA N° 4: RUTAS OPERADAS POR IBERIA

Fuente: Aporte de antecedentes IAG, fojas 1195.

FIGURA N° 5: RUTAS OPERADAS POR BRITISH AIRWAYS

Fuente: Aporte de antecedentes IAG, fojas 1195 vta.

D.2 Transporte Aéreo de Carga

52. En lo que respecta al mercado relevante del transporte aéreo de carga, de acuerdo con lo señalado por Lan Cargo a fojas 1038 vta. y por la FNE a fojas 1843, se pueden diferenciar los siguientes tipos de transporte:

i. Aerolíneas de pasajeros que transportan carga al interior de sus aviones (como las Partes, Air France/KLM, Alitalia o Avianca);
ii. Operadores que utilizan exclusivamente aviones de carga (como Martinair o Centurion);

iii. Aerolíneas que transportan carga dentro de aviones de pasajeros y de aviones exclusivos de carga (como Lufthansa o Cathay Pacific); y
iv. Operadores que se especializan en transporte de pequeños paquetes y *courier* –conocidos como integradores –, con grandes redes a nivel mundial y aviones propios, los que también pueden transportar carga general, aunque generalmente no sea el foco de su negocio (como DHL, FedEx o UPS).

53. De acuerdo con Lan Cargo, estos distintos tipos de oferentes de servicios de transporte de carga aérea competirían para satisfacer la misma demanda, es decir, serían sustitutos entre sí (fojas 1039). Además, señala que habrían distintos tipos de actores en el transporte internacional de carga que compiten para satisfacer la misma demanda.

54. En lo que se refiere a la existencia de sustitutos, las Partes además sostienen que un aspecto importante del transporte aéreo internacional de carga es que su demanda muestra una baja sensibilidad al tiempo, por lo que el transporte marítimo representa una alternativa competitiva (fojas 1040). Asimismo, señalan que la mayoría de las exportaciones e importaciones mundiales, como también las de nuestro país, son realizadas a través de este tipo de transporte (fojas 1040 vta.). Para estos efectos, citan información del Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones, de acuerdo con la cual, en el año 2013, un 96,4% de las exportaciones y un 92,5% de las importaciones de Chile se realizaban a través de este medio (fojas 1041 vta.).

55. En la misma línea, las Partes observan una pérdida de competitividad relativa del transporte aéreo de carga con respecto a otros tipos de transporte, especialmente marítimo, pasando de representar un 3% de la carga internacional en el año 2000 a un 1,7% en el año 2013 (fojas 1042). Por último, Lan Cargo expone que avances tecnológicos, como mejoras en la cadena de frio, han mejorado la posición del transporte marítimo (fojas 1043).

56. Por su lado, la FNE argumenta que en el caso del transporte de carga desde y hacia Europa y Norteamérica, y, en general, en rutas de larga distancia, no se pueden considerar otros medios de transporte como sustitutos del transporte

aéreo (fojas 1840 y 1909). Basa su conclusión en encuestas realizadas a agentes de carga y clientes de las Partes, las que arrojan que un 48% de los clientes decidieron no cotizar otros medios de transporte de carga debido a las diferencias significativas del tiempo de traslado. Señala, por ejemplo, que el transporte marítimo a Europa demora a lo menos 25 días en completar el traslado y 21 días hasta Norteamérica. Agrega, que dados los precios y tiempos de tránsito, "*el transporte aéreo suele requerirse sólo en casos en que la carga deba arribar prontamente a destino*" (fojas 1841 y 1910).

57. En cuanto a los consumidores que utilizan los servicios de transporte aéreo de carga, Lan Cargo, sostiene que una característica relevante de la industria es que quienes utilizan estos servicios serían grandes empresas globales de carga, como DHL, TMT, entre otras, lo que limitaría cualquier eventual abuso de poder de mercado (fojas 1047 vta.). Indica que es usual que intermediarios de gran tamaño como los consolidadores de carga (*forwarders* o *brokers*) y grandes clientes como Amazon (*shippers*), contraten los servicios de transporte aéreo y otros servicios requeridos por el cliente. También señala que existen proveedores de servicios "puerta a puerta" (*express*), que integran distintos medios de transporte (aéreo, marítimo y terrestre) para ofrecer servicios a clientes finales (fojas 1039).

58. American explica que los clientes finales en general contratan *freight forwarders*, quienes negocian en su representación y agrupan sus cargas, los que obtendrían un poder de negociación significativo frente a proveedores de servicio de transporte, con lo que se podrían evitar eventuales discriminaciones de precios en desmedro de clientes individuales (fojas 1011).

59. Con respecto a la definición del mercado relevante en el transporte aéreo de carga, Lan Cargo indica que la jurisprudencia de la Comisión Europea señala que no es correcto definirlo por par OϽD en el caso del transporte aéreo de carga, ya que este tipo de transporte no es sensible al tiempo, es usualmente transportada intermodalmente y los servicios directos e indirectos son sustitutos perfectos. Además, se considera que este mercado es de naturaleza unidireccional, atendidas las diferencias de demanda en cada extremo del mercado (fojas 1047 vta.), con lo cual coincide la FNE (fojas 1842).

60. En cuanto al mercado relevante geográfico, Lan Cargo explica que la amplitud en los extremos de las rutas dependerá de las posibilidades de transporte intermodal en la misma y que las posibilidades son las siguientes para cada ruta. Por su parte, la FNE señala que se debe considerar como mercado relevante geográfico el transporte de carga aérea entre Chile y Europa, y viceversa, atendido que no se pueden considerar sustitutos del aeropuerto de Santiago otros en los países vecinos, "*principalmente por la lejanía de las principales zonas productivas de Chile*" (fojas 1843).

61. Una vez expuestos los principales antecedentes allegados al proceso, es posible concluir que el transporte aéreo de carga difiere del de pasajeros en su definición de mercado relevante y no es apropiado el enfoque de pares OƏD, dada la baja sensibilidad al tiempo de los consumidores, por la naturaleza intermodal de este transporte y por las diferencias de demanda en cada extremo de las rutas. Esto último, implica que los mercados deben ser diferenciados según la dirección del transporte, lo que se refieren las partes como naturaleza unidireccional de este mercado.

62. En cuanto a la dimensión geográfica, hay una distinción entre los distintos extremos. Tal como lo ha reconocido la Comisión Europea (COMP/M.5747 IBERIA/ BRITISH AIRWAYS, [2010], p. [10]), la amplitud de cada extremo dependerá de la interconexión entre los distintos países de dichos extremos. En el caso de Europa y Norteamérica, existe infraestructura desarrollada que permite que carga que llegue a distintos aeropuertos de estas zonas luego sea transportada fácilmente a otra. Sin embargo, en Sudamérica no se presenta la misma situación, ya que entre los distintos países no existe una red de conexión a través de otros medios de transporte como si es el caso entre los países de Europa y los estados de Estados Unidos y Canadá.

63. Por todo lo anterior, para analizar los efectos de los acuerdos consultados en este mercado, se revisarán las condiciones de competencia de cada acuerdo, en los siguientes niveles:

a) Ruta Europa:

i. Chile-Europa
ii. Europa-Chile

b) Ruta Norteamérica

i. Chile-Norteamérica

ii. Norteamérica-Chile

D.3 Mercado conexo: Agencias de viajes

64. Si bien es cierto que el transporte aéreo de pasajeros es el principal mercado afectado por la operación consultada, Achet y la FNE señalaron que los JBA consultados también podrían producir efectos en la industria del turismo y, por ende, en el mercado en el que participan las agencias de viajes, razón por la cual, en opinión de estos intervinientes, se deberían revisar no solamente los viajes iniciados desde Chile sino también aquellos que lo tienen como destino final.

65. Así, de acuerdo con Achet, el servicio entregado por las agencias de viaje consiste en "*asesorar a los clientes finales prestando su apoyo en la planificación, búsqueda, selección, cotización y reserva de pasajes*" (fojas 217). De este modo, la agencia actúa de intermediario o distribuidor entre el cliente y la aerolínea al prestar los servicios de reserva y venta de pasajes aéreos. Explica la Consultante que "[*p*]*ara prestar dicho servicio, las agencias de viajes acceden a alguno de los sistemas de distribución global en los cuales las líneas aéreas publican la disponibilidad de asientos y sus precios correlativos*" (fojas 218).

66. Por su parte, la FNE expone que "[*l*]*os proveedores de los servicios comercializados por las agencias pagan usualmente una comisión de distribución*" y que "*dependiendo de los factores de ocupación de los aviones y de las condiciones de competencia de las distintas rutas, es habitual el pago de sobrecomisiones u otro tipo de incentivos para estimular la venta de pasaje*" (fojas 1823 y siguiente)

67. Por otra parte, las aerolíneas, además de ser proveedoras directas en este mercado, están integradas verticalmente con agencias de viaje propias, como es el caso de LATAM con su agencia LATAM Travel y LATAM.com.

68. Sin perjuicio de que las observaciones planteadas por Achet y la FNE en esta materia son atendibles, no se acompañaron antecedentes suficientes para incluir este mercado en el análisis que se efectúa en la siguiente sección. Con todo, si se realizará un análisis de los efectos que se podrían producir en él en la sección G.3.

E. Nivel de concentración de los mercados relevantes

69. En esta sección se analizan los niveles de concentración que se presentan en los mercados de transporte aéreo de pasajeros y carga, de acuerdo con los criterios expuestos en la sección anterior.

E.1 Transporte aéreo de pasajeros

70. Como se señaló, la revisión de la participación de las Partes en este mercado se realiza sobre la base de los distintos niveles de competencia (continente, país, ciudad) para cada ruta.

E.1.1 Ruta Norteamérica

i. Primer nivel: Chile-Norteamérica

71. Como se observa en la tabla N° 1, la alianza Oneworld concentra, a junio 2017, un 58,6% de los pasajeros transportados entre Chile y Norteamérica, siendo LATAM y American las únicas dos aerolíneas de esta alianza en operar esta ruta. Le sigue la alianza Star Alliance con un 22,5% y luego la alianza SkyTeam con un 18,8%.

TABLA N° 1: PARTICIPACIÓN DE MERCADO CHILE-NORTEAMÉRICA, MEDIDO EN NÚMERO DE PASAJEROS, POR AEROLÍNEA

Aerolínea	Alianza	2013	2014	2015	2016	2017 (hasta junio)
LATAM	Oneworld	36,5%	34,2%	31,2%	34,6%	36,6%
AMERICAN	Oneworld	29,7%	28,2%	24,6%	22,2%	22%
Aeroméxico	SkyTeam	15,4%	14,5%	12,1%	11,8%	11%
AVIANCA	Star Alliance	1,1%	1,4%	10,9%	10,9%	8,2%
Delta Airlines	SkyTeam	0,6%	3,4%	4,9%	8,2%	7,4%
United Airlines	Star Alliance	0,6%	1,5%	3,1%	3,9%	7,4%
COPA	Star Alliance	5,5%	7,2%	6,1%	6,7%	5,5%
Air Canadá	Star Alliance	8,7%	7,3%	6,3%	1%	1,4%
Aerolíneas Argentinas	SkyTeam	0,3%	2%	0,7%	0,5%	0,4%
Otras	-	1,5%	0,3%	0%	0%	0,1%
Total Oneworld		66,2%	62,4%	55,8%	56,9%	58,6%
Total Star Alliance		15,9%	19,3%	28,3%	26,8%	22,5%
Total SkyTeam		16,3%	18%	15,9%	16,3%	18,8%

Fuente: Elaboración propia en base a información entregada por las partes.

72. La evolución de la participación por alianza muestra que la de Oneworld se ha reducido desde 2013, lo que coincide con un alza en la participación de mercado de Star Alliance. La participación de SkyTeam es bastante más estable, con una leve alza en 2017.

73. Al estimar los HHI para cada año, separando por tipo de vuelo, Se observa que los vuelos directos presentan índices de concentración significativamente mayores que los vuelos indirectos. Esta brecha ha aumentado en el tiempo según se aprecia en la siguiente tabla.

TABLA N° 2: HHI POR TIPO DE VUELO EN EL TIEMPO

Tipo de vuelo	2013	2014	2015	2016	2017
Directo	4.156	4.036	3.847	4.584	4.805
Indirecto	2.226	1.930	1.599	1.571	1.556
Total	2.562	2.299	1.955	2.081	2.154

Fuente: Elaboración propia en base a información entregada por las partes.

74. La concentración en el mercado, medido para esta ruta a nivel de continente, muestra un HHI de 2.154 puntos en 2017. De producirse la operación, este índice aumentaría a 3.763 puntos, es decir, habría un alza en 1.609 puntos. Para el caso de los vuelos directos, el índice aumentaría desde 4.805 a 8.162 puntos (representando un alza de 3.357 puntos) y para vuelos indirectos, el HHI pasaría de 1.556 a 2.502 puntos (un alza de 946 puntos).

ii. Segundo nivel: Chile-Zonas de Estados Unidos

75. Como se explicó, para una correcta evaluación de este mercado y atendido que, debido al tamaño de su territorio, distintas rutas no se pueden entender como sustitutas entre sí, se ha dividido Estados Unidos en cuatro zonas: Norte (Colorado, Dakota del Norte, Dakota del Sur, Idaho, Illinois, Indiana, Kansas, Kentucky, Michigan, Minnesota, Missouri, Montana, Nebraska, Ohio, Utah, Wisconsin y Wyoming), Sur (Alabama, Arkansas, Carolina del Norte, Carolina del Sur, Florida, Georgia, Luisiana, Mississippi, Nuevo México, Oklahoma, Tennessee y Texas), Este (Connecticut, Delaware, Distrito de Columbia, Maine, Maryland, Massachusetts, Nueva Hampshire, Nueva Jersey, Nueva York, Pennsylvania, Rhode Island, Vermont, Virginia y West Virginia) y Oeste (Arizona, California, Nevada, Oregón y Washington). A continuación, se muestra la distribución de pasajeros a dichas zonas para 2016, tanto a nivel agregado (Tabla N° 3) como por aerolínea (Tabla N° 4):

TABLA N° 3: PASAJEROS DESDE CHILE CON DESTINO A ZONAS DE EEUU, AÑO 2016.

Zona EEUU	Número de pasajeros	Porcentaje del total
Este	127.224	26,1%
Norte	42.924	8,8%
Oeste	89.996	18,5%
Sur	227.288	46,6%
Total	487.432	

Fuente: Elaboración propia en base a información entregada por las partes.

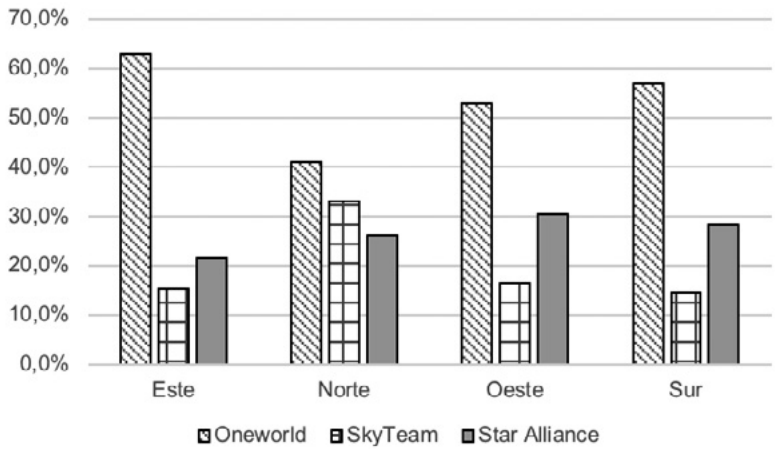
TABLA N° 4: PARTICIPACIÓN DE MERCADO CHILE-ZONAS DE ESTADOS UNIDOS, MEDIDO EN NÚMERO DE PASAJEROS, POR AEROLÍNEA (2016)

Aerolínea	Alianza	Este	Norte	Oeste	Sur
LATAM	Oneworld	49,2%	11,9%	31,0%	34,0%
American	Oneworld	15,0%	29,5%	23,2%	23,7%
Delta	SkyTeam	11,5%	30,8%	8,4%	9,3%
United	Star Alliance	7,4%	18,6%	16,8%	9,0%
Avianca	Star Alliance	4,9%	0,5%	4,6%	12,9%
Copa	Star Alliance	7,1%	4,3%	7,0%	6,5%
Aeroméxico	SkyTeam	2,4%	1,6%	7,2%	3,9%
Air Canadá	Star Alliance	1,5%	2,9%	1,6%	0,3%
Aerolíneas Argentinas	SkyTeam	0,8%	0,0%	0,0%	0,5%
Otras		0,1%	0,0%	0,0%	0,0%
HHI actual		2.920	2.333	1.981	2.106
HHI con JBA		4.399	3.033	3.422	3.715
Cambio		1.479	700	1.441	1.609

Fuente: Elaboración propia en base a información entregada por las partes.

76. En dicha tabla se observa que estos mercados, medidos por las zonas de Estados Unidos previamente definidas, son moderadamente concentrados (Norte, Sur y Oeste) y altamente concentrados (Este), al tener HHI que van desde 1.981 a 2.920. La alianza Oneworld concentra el mayor número de pasajeros transportados a todas las zonas, superando el 50% en tres de ellas. A la zona Este, LATAM y American trasladan un 64% de los pasajeros y se observa, además, un nivel de competencia menor. En las zonas Sur y Oeste, Star Alliance es importante al concentrar un 30% de los pasajeros transportados. Por último, la zona Norte, aunque presente un HHI más elevado que las zonas Sur y Oeste, parece ser la más competitiva, al menos en términos de que los pasajeros transportados por las distintas alianzas es más homogéneo. Esto último es más fácil de apreciar en el siguiente gráfico.

GRÁFICO N° 1: PARTICIPACIÓN DE MERCADO CHILE-ZONAS DE ESTADOS UNIDOS, MEDIDA EN NÚMERO DE PASAJEROS, POR ALIANZA (2016)



Fuente: Elaboración propia en base a información entregada por las partes.

iii. Tercer nivel: Chile-ciudades de Norteamérica

77. Finalmente, en un tercer nivel, se analiza cómo es el flujo de pasajeros desde Chile hacia Estados Unidos por ciudad y qué alianzas prestan dicho servicio de transporte. La tabla N° 5 muestra que un 28% de los pasajeros que viajaron a Norteamérica durante 2016 tenían la ciudad de Miami como destino final. La segunda ciudad más visitada durante ese año por los chilenos fue Nueva York como destino final.

TABLA N° 5: PASAJEROS CON ORIGEN EN CIUDADES DE CHILE Y DESTINO EN CIUDADES DE NORTEAMÉRICA (2016)

Ciudad	Zona	Número de pasajeros	Porcentaje del total	Vuelo directo? (Si/No)
Miami	Sur	135.039	28,0%	Si
Nueva York	Este	83.900	17,4%	SI
Los Ángeles	Oeste	37.682	7,8%	Si
Orlando	Sur	32.216	6,7%	No
San Francisco	Oeste	19.452	4,0%	No
Houston	Sur	13.299	2,8%	SI
Atlanta	Sur	11.051	2,3%	Si
Chicago	Norte	11.979	2,5%	No
Dallas	Sur	10.368	2,2%	Si
Boston	Este	10.419	2,2%	No
Washington D.C.	Este	19.288	4,0%	No
Las Vegas	Oeste	8.732	1,8%	No
Otras	-	88.034	18,3%	-
Total	-	481..459		-

Fuente: Elaboración propia en base a información entregada por las partes.

78. Al desagregar esta información por aerolínea, se observa en la tabla N° 6 que LATAM transportó durante el 2016 a un 45,9% de los pasajeros que fueron a Miami como destino final, en tanto que American transportó un 4,1% de ellos, es decir, ambas aerolíneas pertenecientes a la alianza Oneworld transportaron un 70% de los pasajeros a dicha ciudad. Star Alliance, por su parte, transportó un 24% de los pasajeros que viajaron a Miami (mediante las aerolíneas United, Avianca, y Copa). La alianza Oneworld también concentra la mayor cantidad de pasajeros transportados a Nueva York, con un 70%. Ello se explica principalmente porque LATAM tiene el único vuelo directo a dicha ciudad. Lo mismo sucede con Oneworld en Dallas, donde American tiene el único vuelo a esa ciudad, uno de sus principales *hub* y concentra el 87% de los pasajeros transportados. Por su parte, Star Alliance concentra el 82% de los pasajeros transportados a Houston, ciudad con el único vuelo directo de United Airlines y dónde esta aerolínea tiene un *hub*. Finalmente, Delta tiene su *hub* en Atlanta y gracias al único vuelo directo a dicha ciudad desde Santiago transporta el 86% de los pasajeros.

TABLA N° 6: PARTICIPACIÓN DE MERCADO CHILE-CIUDAD DE ESTADOS UNIDOS, MEDIDO EN NÚMERO DE PASAJEROS, POR AEROLÍNEA. AÑO 2016.

Aerolínea	LATAM	American	Delta	United	Avianca	Copa	Aero México	Air Canadá	Aerolíneas Argentinas
Alianza	Oneworld	Oneworld	SkyTeam	Star Alliance	Star Alliance	Star Alliance	SkyTeam	Star Alliance	SkyTeam
Miami	45,9%	24,1%	1,6%	1,5%	16,1%	6,2%	3,6%	0,0%	1,0%
Nueva York	62,3%	9,0%	6,9%	5,9%	4,7%	5,5%	3,4%	0,0%	1,4%
Los Ángeles	49,5%	12,1%	4,3%	9,5%	7,1%	8,1%	8,7%	0,0%	0,0%
Orlando	22,2%	17,6%	9,6%	11,3%	14,7%	17,6%	6,9%	0,0%	0,0%
San Francisco	16,0%	24,7%	6,6%	22,8%	6,9%	9,8%	10,4%	0,0%	0,0%
Houston	4,6%	5,6%	2,2%	77,3%	0,7%	1,4%	7,8%	0,0%	0,0%
Atlanta	7,6%	5,4%	82,5%	2,2%	0,1%	0,2%	0,0%	0,0%	0,0%
Chicago	17,6%	29,3%	11,4%	21,2%	0,9%	11,8%	4,4%	0,0%	0,0%
Dallas	5,2%	85,0%	2,4%	2,0%	0,6%	0,2%	3,5%	0,0%	0,0%
Boston	24,1%	29,6%	21,0%	11,9%	0,2%	7,3%	1,0%	0,0%	0,0%
Washington	21,3%	23,6%	11,2%	11,5%	10,9%	20,3%	0,5%	0,0%	0,0%
Las Vegas	15,8%	26,5%	10,2%	24,3%	0,1%	10,0%	12,2%	0,0%	0,0%
Otras	13,0%	32,1%	30,3%	17,1%	3,1%	1,5%	0,5%	0,0%	0,0%

Fuente: Elaboración propia en base a información entregada por las partes.

TABLA N° 7: ÍNDICES DE CONCENTRACIÓN POR RUTA CHILE-CIUDAD DE ESTADOS UNIDOS. AÑO 2016.

Ciudad	HHI pre	HHI post	Cambio
Miami	3.005	5.219	2.214
Nueva York	4.108	5.229	1.121
Los Ángeles	2.898	4.095	1.197
Orlando	1.597	2.379	782
San Francisco	1.684	2.474	791
Houston	6.099	6.151	52
Atlanta	6.902	6.983	82
Chicago	1.907	2.938	1.031
Dallas	7.279	8.171	892
Boston	2.091	3.514	1.423
Washington	1.800	2.804	1.004
Las Vegas	1.897	2.738	840
Otras	2.422	3.259	837

Fuente: Elaboración propia en base a información entregada por las partes.

TABLA N° 8: CIUDADES CON VUELO DIRECTO DESDE SANTIAGO Y PROPORCIÓN POR TIPO DE VUELO, AÑO 2016.

Ciudad	Directo	Indirecto	Aerolíneas con vuelo directo
Miami	60,7%	39,3%	American y LATAM
Nueva York	47,3%	52,7%	LATAM
Los Ángeles	5,5%	94,5%	LATAM
Houston	69,5%	30,5%	United
Atlanta	78,8%	21,2%	Delta
Dallas	73,1%	26,9%	American

Fuente: Elaboración propia en base a información entregada por las partes.

79. Como era de esperar y se puede observar en la tabla N° 7, el aumento de concentración es más preocupante en el caso de Miami, donde el cambio en el HHI es de 2214 puntos. Los otros destinos en que las Partes operan vuelos directos, como Nueva York y los Ángeles, también presentan altos cambios en concentración. Por otro lado, de la tabla N° 8 se desprende la importante proporción de pasajeros que utilizan el vuelo Santiago-Miami para realizar viajes directos, lo que es relevante dado que los únicos oferentes de dicho vuelo son LATAM y American. A continuación se analiza en detalle la concentración de dicho par O&D.

iv. Concentración par Santiago-Miami

80. Dado que el JBA entre LATAM y American impactará principalmente en la ruta Santiago-Miami, donde hoy existe superposición de vuelos directos entre ambas aerolíneas, en la siguiente tabla se presenta la evolución de la participación de mercado de las distintas aerolíneas que vuelan en dicha ruta, de forma directa o indirecta, desde el año 2013.

TABLA N° 9: PARTICIPACIÓN MERCADO SANTIAGO-MIAMI, POR AEROLÍNEA (EN PORCENTAJE)

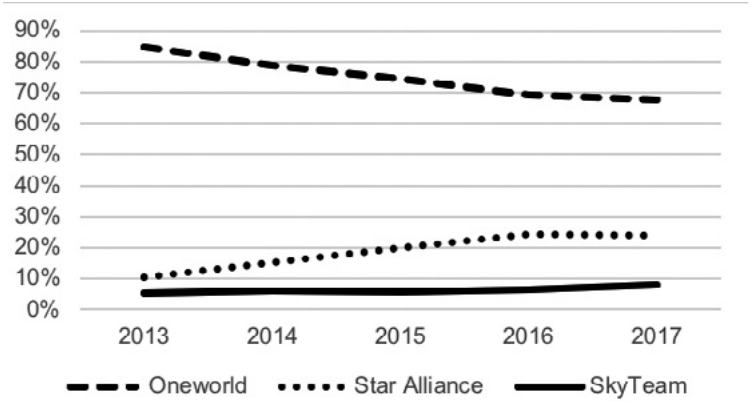
		2013			2014			2015			2016			2017 (hasta junio)		
Aerolínea	**Alianza**	**D**	**I**	**Total**	**D**	**I**	**Total**	**D**	**I**	**Total**	**D**	**I**	**Total**	**D**	**I**	**Total**
LATAM	**Oneworld**	**58,7**	**36,3**	**52,5**	**58**	**28,3**	**48,4**	**60,9**	**23,1**	**47,7**	**61,8**	**17,1**	**45,0**	**59,3**	**19,1**	**43,1**
AMERICAN	**Oneworld**	**41,3**	**7,9**	**32,1**	**42**	**6,6**	**30,5**	**39,1**	**3,2**	**26,6**	**38,2**	**1,4**	**24,3**	**40,7**	**1,3**	**24,8**
Delta Air Lines	SkyTeam		12,7	3,5		4,1	1,3		3,8	1,3		4,3	1,6		5,1	2,1
United Airlines	Star Alliance		0	0		0,1	0		4,1	1,4		3,9	1,5		7,7	3,1
AVIANCA	Star Alliance		23,1	6,4%		24,9	8,1		34,4	12		43,7	16,5		40,5	16,4
Aeromexico	SkyTeam		1,3	0,4		3,4	1,1		9,6	3,3		9,9	3,7		13,8	5,6
COPA	Star Alliance		14,2	3,9		21,3	6,9		18,9	6,6		16,8	6,3		11,3	4,6
Air Canada	Star Alliance		0	0		0,0	0		0	0		0,1	0		0,2	0,1
Aerolíneas Argentinas	SkyTeam		4,5	1,2		11,3	3,6		2,9	1		2,7	1		1,0	0,4
HHI actual		5.149	2.297	3.858	5.128	2.074	3.401	5.238	2.214	3.190	5.278	2.629	2.945	5.173	2.410	2.801
HHI con JBA		10.000	2.868	7.232	10.000	2.446	6.356	10.000	2.363	5.731	10.000	2.677	5.134	10.000	2.460	4.935
Cambio HHI		4.851	571	3.374	4.872	372	2.955	4.762	149	2.541	4.722	48	2.189	4.827	50	2.134
Total Oneworld		100	44,2	84,6	100	34,9	78,9	100	26,3	74,4	100	18,5	69,3	100	20,4	67,8
Total Star Alliance		0	37,3	10,3	0	46,4	15,0	0	57,4	20,0	0	64,6	24,3	0	59,6	24,1
Total SkyTeam		0	18,5	5,1	0	18,8	6,1	0	16,3	5,7	0	16,9	6,4	0	19,9	8,0

Fuente: Elaboración propia en base a información entregada por las partes.

(D=Directo, I=Indirecto)

81. Como se observa, Oneworld es la única alianza que tiene vuelos directos en el tramo Santiago-Miami. Sin embargo, en los vuelos totales ha disminuido su participación (medida en base al número de pasajeros transportados), principalmente porque Star Alliance ha aumentado su participación de mercado en los vuelos indirectos de forma significativa (de un 10% en 2013, a un 24% en junio del 2017). El gráfico N° 2 muestra de manera más clara esta evolución en las participaciones en la ruta Santiago-Miami.

GRÁFICO N° 2: PARTICIPACIÓN TOTAL POR ALIANZA EN EL MERCADO SANTIAGO-MIAMI



Fuente: Elaboración propia en base a información entregada por las partes.

82. Finalmente, como se puede observar en la siguiente tabla, un porcentaje importante de los pasajeros que viajan en el vuelo troncal entre Santiago y Miami, se quedan en ese destino, y solo un poco más de un quinto de los pasajeros utiliza dicho vuelo para continuar su viaje a otro destino.

TABLA N° 10: DISTRIBUCIÓN DE PASAJEROS QUE USAN EL TRONCAL SCL-MIA, 2016

Tipo de viaje	American	LATAM	Total
Directos a Miami	31.306	50.641	81.947
Proporción del total troncal	67%	83%	76%
Indirectos que contienen troncal SCL-MIA	15.730	10.679	26.409
Proporción del total troncal	33%	17%	24%
Total troncal SCL-MIA	47.036	61.320	108.356

Fuente: Elaboración propia en base a información entregada por las partes.

83. De lo expuesto en esta sección, se desprende que los mercados en donde incide el acuerdo consultado presentan niveles de alta concentración, en particular a nivel de continente (Estados Unidos completo), macro zonas y en la ruta Santiago-Miami. Respecto de esta ciudad, dicha concentración es menor en los vuelos indirectos, ya que este tipo de vuelos se pueden completar a través de distintas combinaciones de ciudades, lo que entrega una mayor flexibilidad a las aerolíneas para entregar este servicio y hay más competencia entre alianzas.

E.1.2 Ruta Europa

i. Primer nivel: Chile-Europa

84. Tal como se observa en la tabla siguiente, en el transporte de pasajeros desde Chile a Europa, la alianza Oneworld concentra el 55,6% de los pasajeros transportados. La alianza SkyTeam por su parte transportó a junio 2017 un 37,6% de los pasajeros. Destaca que Alitalia en tan solo un año y medio luego de comenzar a operar vuelos directos en la ruta Santiago-Roma ha alcanzado un 14,5% de participación de mercado.

TABLA N° 11: PARTICIPACIÓN DE MERCADO CHILE-EUROPA, MEDIDO EN NÚMERO DE PASAJEROS, POR AEROLÍNEA

Aerolíneas	Alianza	2013	2014	2015	2016	2017 (jun)
IAG	**Oneworld**	**31,1%**	**29,2%**	**30,2%**	**27,9%**	**31,8%**
LATAM	**Oneworld**	**27,9%**	**26,8%**	**28,2%**	**31,9%**	**23,8%**
Air France-KLM	SkyTeam	24,9%	26,6%	26,7%	22,3%	21,5%
Alitalia	SkyTeam	0,7%	0,7%	0,6%	10,4%	14,5%
Lufthansa	Star Alliance	3,1%	2,3%	2,5%	1,3%	0,9%
Avianca	Star Alliance	1,4%	1,1%	2,2%	1,6%	2,8%
Aerolíneas Argentinas	SkyTeam	4,2%	5,9%	2,0%	1,0%	1,6%
Air Europa	SkyTeam	1,0%	3,4%	2,0%	0,7%	0,0%
Otras	-	5,6%	4,2%	5,4%	2,8%	3,1%
				HHI actual		2.264
				HHI con JBA		3.777
				Cambio		1.514
Total Oneworld		**59,1%**	**56,0%**	**58,4%**	**59,8%**	**55,6%**
Total SkyTeam		30,8%	36,6%	31,3%	34,4%	37,6%
Total Star Alliance		4,5%	3,4%	4,7%	3,0%	3,7%

Fuente: Elaboración propia en base a información entregada por las partes.

85. Dicha tabla muestra que Star Alliance es un competidor poco relevante en los viajes a Europa, debido principalmente a que ninguna de sus aerolíneas opera vuelos directos a dicho continente desde nuestro país. SkyTeam es una alianza más competitiva al operar vuelos directos con Air France-KLM y desde 2016 con Alitalia, pero aun con menos de 40% de este mercado entre sus dos aerolíneas. La participación de Oneworld (LATAM e IAG) se ha mantenido en esta ruta entre un 56% y un 59%.

86. En la siguiente tabla se observa que los vuelos directos presentan índices de concentración mayores que los vuelos indirectos, los que se han reducido levemente desde 2013. Con todo, este mercado sigue siendo altamente concentrado, de acuerdo con la Guía de Operaciones de Concentración de la FNE, si se consideran sólo los vuelos directos, ya que el HHI pertinente supera el valor de 2.500 en cada uno de los cinco años previos; y este mercado es medianamente concentrado al considerar todos los vuelos, de acuerdo nuevamente con la Guía de Operaciones de Concentración de la FNE.

TABLA N° 12: EVOLUCIÓN DEL HHI POR TIPO DE VUELO

Tipo de vuelo	Año				
	2013	2014	2015	2016	2017
Directo	3.432	3.404	3.400	2.971	2.865
Indirecto	2.243	2.212	2.314	2.141	1.981
Total	2.445	2.394	2.482	2.408	2.254

Fuente: Elaboración propia en base a información entregada por las Partes.

87. De materializarse la operación, esta ruta pasaría a concentrarse aún más, al subir su HHI desde 2.264 a 3.777 puntos considerando las cifras de 2016. Para el caso de los vuelos directos, los niveles de concentración aumentarían más aún, desde 2.865 a 4.868 puntos. Incluso, el aumento del HHI producto del JBA Europa en los vuelos indirectos sería muy fuerte, ya que subiría el HHI desde 1.981 a 3.235 puntos.

ii. Segundo nivel: Chile-Países de Europa

88. En la tabla N° 13 se presenta el número de pasajeros que viajó en 2016 desde Chile a diez países de Europa, en donde están localizadas las diez ciudades con más tráfico desde nuestro país hacia dicho continente, representando alrededor de un 70 % del total de pasajeros chilenos hacia Europa en ese año. Como se ob-

serva, el principal punto de entrada a Europa es España, que concentró un 40% de los pasajeros en 2016.

TABLA N° 13: PASAJEROS DESDE CHILE CON DESTINO UE, AÑO 2016

País	Número de pasajeros	Porcentaje del total
España	165.119	39,7%
Alemania	54.253	13,0%
Francia	50.849	12,2%
Italia	46.016	11,1%
Inglaterra	39.207	9,4%
Holanda	17.536	4,2%
Suecia	13.602	3,3%
Suiza	12.052	2,9%
Bélgica	10.365	2,5%
Dinamarca	7.216	1,7%
Total	416.215	

Fuente: Elaboración propia en base a información entregada por las Partes.

89. En la tabla N° 14, se observa que la alianza Oneworld transportó un 60% de los pasajeros que viajaron a los diez países europeos mencionados desde Chile durante el 2016, cifra cercana al 56% que resulta de lo señalado en la tabla N° 11 para los pasajeros a todo ese continente, y la alianza SkyTeam que transportó un 35% de los pasajeros a los diez países de Europa mencionados.

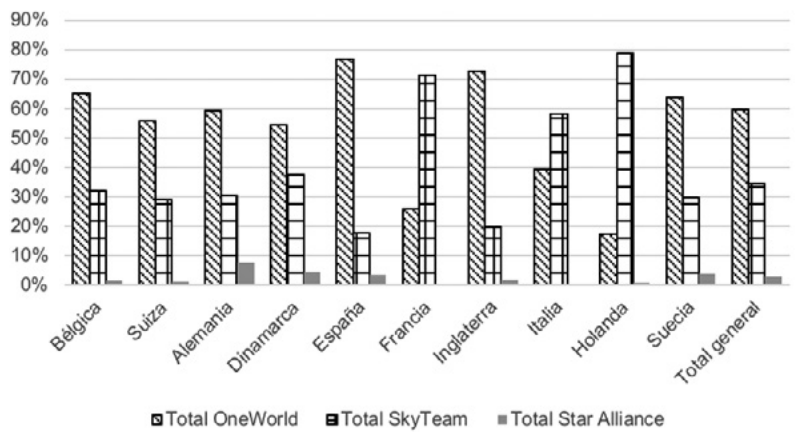
TABLA N° 14: PARTICIPACIÓN DE MERCADO CHILE-PAÍSES DE EUROPA, MEDIDO EN NÚMERO DE PASAJEROS, POR AEROLÍNEA (2016)

Aerolínea	Alianza	Bélgica	Suiza	Alemania	Dinamarca	España	Francia	Inglaterra	Italia	Holanda	Suecia	Total general
IAG	Oneworld	34,2%	29,5%	17,2%	31,7%	39,4%	8,4%	31,2%	17,0%	9,4%	36,4%	27.6%
LATAM	Oneworld	30,1%	25,5%	42,5%	21,9%	39,4%	18,5%	30,4%	23,7%	7,9%	23,3%	31.9%
Air France-KLM	SkyTeam	23,0%	23,5%	18,7%	34,3%	7,5%	62,6%	16,2%	18,0%	70,3%	28,5%	22.3%
Alitalia	SkyTeam	6,7%	5,6%	10,8%	3,0%	6,8%	7,7%	4,6%	38,5%	7,4%	0,2%	10.4%
Avianca	Star Alliance	0,1%	0,1%	0,1%	0,1%	3,6%	0,0%	1,8%	0,0%	0,1%	0,0%	1.6%
Lufthansa	Star Alliance	1,2%	1,0%	7,5%	4,6%	0,0%	0,1%	0,1%	0,3%	0,7%	3,7%	1.3%
Aerolíneas Argentinas	SkyTeam	0,4%	0,3%	0,2%	1,8%	0,0%	0,2%	10,7%	0,2%	0,3%	5,1%	1.3%
Air Europa	SkyTeam	3,0%	0,4%	0,4%	0,0%	1,1%	0,2%	0,3%	0,3%	1,2%	0,0%	0.7%
Otros		1,4%	14,2%	2,5%	2,6%	2,0%	2,2%	4,8%	2,0%	2,8%	2,9%	2.8%
HHI actual		2694	2663	2305	2634	2702	3229	4401	2322	2661	5159	2399
HHI con JBA		4807	4725	3809	4099	4091	6337	4713	4221	3467	5307	4158
Cambio		2113	2062	1504	1465	1389	3108	312	1899	806	148	1759
Total Oneworld		64.4%	55,0%	59,8%	53,6%	78,8%	26,9%	61,6%	40,7%	17,3%	59,7%	59,5%
Total SkyTeam		33.0%	29,7%	30,1%	39,1%	15,5%	70,7%	31,7%	57,0%	79,2%	33,7%	34,8%
Total Star Alliance		1.3%	1,1%	7,6%	4,6%	3,7%	0,1%	1,9%	0,3%	0,7%	3,7%	3,0%

Fuente: Elaboración propia en base a información entregada por las Partes.

90. Como se observa en el gráfico N° 3, las participaciones durante 2016 de las alianzas que tienen aerolíneas que ofrecen vuelos directos en la ruta Chile-Europa son más fuertes en aquellos países donde tienen respectivos *hubs*. En efecto, la alianza Oneworld concentra el 72,8% de los pasajeros transportados a Inglaterra, donde British Airways tiene su *hub*, y un 76,8% de los pasajeros transportados a España, donde Iberia tiene su *hub*. SkyTeam, por su parte, concentra la mayor cantidad de que viaja a Francia, Holanda e Italia, a través de sus socias Air France/KLM y Alitalia, respectivamente, porque en ciudades de dichos países tienen sus respectivos *hubs*.

GRÁFICO N° 3: PARTICIPACIÓN DE MERCADO CHILE-PAÍSES DE EUROPA, MEDIDA EN NÚMERO DE PASAJEROS, POR ALIANZA (2016)



Fuente: Elaboración propia en base a información entregada por las Partes.

iii. Tercer nivel: Chile-ciudades de Europa

91. En la tabla N° 15 se muestra el total de pasajeros que viajó desde Chile a las ciudades con mayor destino en Europa durante el año 2016, las que como se dijo totalizan alrededor de un 70% de los pasajeros en dicho año. Tal como se observa, un 30,3% de los pasajeros que viajaron a Europa, lo hicieron a Madrid, muy por sobre París, Londres y Barcelona que sólo en conjunto alcanzan la participación de la capital española.

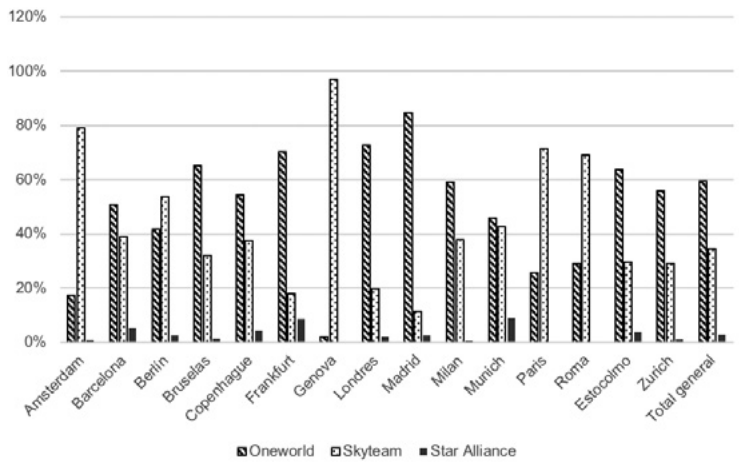
TABLA N° 15: PASAJEROS CON DESTINOS EN CIUDADES DE EUROPA (2016)

Ciudad	Total pasajeros	Porcentaje	Vuelo directo (Si/No)
Madrid	126.397	30,3%	Si
París	50.846	12,2%	Si
Londres	39.205	9,4%	No
Barcelona	38.722	9,3%	No
Frankfurt	31.171	7,5%	Si
Roma	27.680	6,7%	Si
Ámsterdam	17.536	4,2%	Si
Milán	17.138	4,1%	Si
Estocolmo	13.602	3,3%	No
Múnich	12.080	2,9%	No
Zúrich	12.052	2,9%	No
Berlín	11.002	2,6%	No
Bruselas	10.365	2,5%	No
Copenhague	7.216	1,7%	No
Ginebra	1.198	0,3%	No
Total	416.210		

Fuente: Elaboración propia en base a información entregada por las Partes.

92. En cuanto a las participaciones por ciudad para las tres alianzas, al igual que lo observado cuando el destino es por país, sólo las dos alianzas que disponen de vuelos directos son importantes, incluso en ciudades sin vuelos directos. Es así como el gráfico siguiente muestra que Oneworld supera el 50% de los pasajeros transportados en 2016 en nueve de las 15 ciudades con más tráfico hacia Europa, siendo SkyTeam la que mueve a más del 50% de pasajeros en otras cinco de estas 15 ciudades. Sólo no hay una alianza dominante en los viajes a Múnich, detentando cada una alrededor de un 45% del mercado.

GRÁFICO N° 4: PARTICIPACIÓN DE MERCADO CHILE- CIUDAD DE EUROPA, MEDIDA EN NÚMERO DE PASAJEROS, POR ALIANZA (2016)



Fuente: Elaboración propia en base a información entregada por las Partes.

93. La importancia de los vuelos directos es fundamental para determinar la participación de mercado de las alianzas, incluso más allá de las ciudades a las que sirven de manera directa. Por ello, en la tabla N° 16 se separan estas participaciones de mercado en aquellas ciudades que tenían vuelos directos desde Santiago en 2016. Cabe destacar que en el año 2017 British Airways comenzó a operar el tramo directo Santiago-Londres. Por el contrario, a pesar de que los datos muestran vuelos directos ofrecidos por LATAM desde Santiago a Frankfurt y Milán, y por KLM desde Santiago a Ámsterdam, no se cuenta con información que estas aerolíneas operen dichos tramos de manera directa.

TABLA N° 16: CIUDADES CON VUELO DIRECTO DESDE SANTIAGO Y PROPORCIÓN POR TIPO DE VUELO, AÑO 2016.

Ciudad	Directo	Indirecto	Aerolíneas con vuelo directo
Madrid	72%	28%	LATAM e IAG
Paris	58%	42%	Air France
Frankfurt	22%	78%	LATAM
Roma	43%	57%	Alitalia
Ámsterdam	42%	58%	KLM
Milán	13%	87%	LATAM

Fuente: Elaboración propia en base a información entregada por las Partes.

94. Si consideramos sólo como vuelos directos los reportados para Madrid, París y Roma, por las razones señaladas, se aprecia que la importancia de estos es alta. En particular los vuelos directos de LATAM e Iberia a Madrid, en donde el 72% de los pasajeros con dicho destino utilizan los servicios directos de estas dos aerolíneas, siendo servidas por ambas incluso una parte importante de los pasajeros que toman vuelos indirectos a dicho destino, como vemos a continuación.

iv. Concentración Santiago-Madrid

95. Dado que el JBA entre IAG y LATAM impactará principalmente en la ruta Santiago-Madrid, donde hoy existe superposición de ambas aerolíneas con vuelos directos, en la tabla N° 17 se presenta la evolución de la participación de mercado de las distintas aerolíneas que vuelan el tramo Santiago-Madrid, directa o indirectamente, desde 2013. Como se observa, y ya lo hemos mencionado, sólo la alianza Oneworld vuela directamente desde Santiago a Madrid. No obstante, la alianza SkyTeam ha aumentado su participación en vuelos indirectos a partir del año 2015, principalmente por la entrada de Alitalia a operar vuelos directos desde Santiago a Roma.

TABLA N° 17: PARTICIPACIÓN MERCADO SANTIAGO-MADRID, POR AEROLÍNEA (EN PORCENTAJE)

	2013			2014			2015			2016			2017		
Aerolínea	**D**	**I**	**Total**	**D**	**I**	**Total**	**D**	**I**	**Total**	**D**	**I**	**Total**	**D**	**I**	**Total**
IAG	61	11,7	45,1	59,7	6,5	40,4	57,6	18,6	44,7	48,3	15,4	40,4	51,2	12,1	39,8
LATAM	39	30,9	36,4	39,8	20,1	32,7	42,4	21,2	35,4	51,7	17,9	43,6	48	7,8	36,3
Air France-KLM	0	10	3,2	0	11,0	4,0	0	9,8	3,2	0	17,4	4,2	0,	15,4	4,5
Alitalia	0	0,1	0	0	0,2	0,1	0	0,1	0	0	18,3	4,4%	0	25,6	7,5
Avianca	0	10,4	3,4	0	8,8	3,2	0	17,2	5,7	0	13	3,1%	0	24	7,0
Aerolíneas Argentinas	0	22,8	7,3	0	29,0	10,5	0	10,2	3,4	0	6,6	1,6%	0	11,3	3,3
Air Europa	0	7,7	2,5	0,5	20,4	7,7	0	11,3	3,7	0	5,5	1,3%	0	0,1	0
Otros	0	6,3	2	0	4,0	1,5	0	11,7	3,8	0	5,9	1,4%	0,8	3,9	1,7
Oneworld	100	42,7	81,5	99,5	26,7	73,1	100	39,7	80,2	100	33,3	84	99,2	19,8	76,1
SkyTeam	0	40,6	13,1	0,5	60,6	22,3	0	31,4	10,3	0	47,8	11,5	0	52,3	15,3
Star Alliance	0	10,4	3,4	0	8,8	3,2	0	17,2	5,7	0	13	3,1	0	24	7

Fuente: Elaboración propia en base a información entregada por las partes.

(D=Directo, I=Indirecto)

96. Considerando los vuelos directos e indirectos, la alianza Oneworld ha mantenido su participación total en el tramo Santiago-Madrid en alrededor de un 80%, sólo cayendo bajo este valor en 2017, a un 76%. En lo que respecta a vuelos directos, la concentración es total, dado que la alianza Oneworld concentra el 100%, a través de LATAM e Iberia.

97. En cuanto a cómo se distribuyen los pasajeros que usan el vuelo directo Santiago-Madrid, la siguiente tabla muestra que el 43% de Iberia y el 59% de LATAM tiene como destino final Madrid, mientras que su respectivo complemento muestra a los pasajeros que utilizan este vuelo como troncal para terminar su viaje en otro destino.

TABLA N° 18: DISTRIBUCIÓN DE PASAJEROS QUE USAN EL TRONCAL SCL-MAD, 2016

Tipo de viaje	IAG	LATAM	Total
Directos a Madrid	44.108	47.283	91.391
Proporción del total troncal	43%	59%	
Indirectos que contienen troncal SCL-MAD	59.232	32.321	91.553
Proporción del total troncal	57%	41%	
Total troncal Santiago-Madrid	103.340	79.604	182.944

Fuente: Elaboración propia en base a información entregada por las partes.

98. En suma, al igual que en el caso de la Ruta Norteamérica, en algunos de los mercados de las rutas de Europa también existen niveles de concentración altos. Del mismo modo, al analizar el grado de concentración por par O&D, esto es, ciudad-ciudad, también se observa la importancia que tiene el *hub* de la respectiva aerolínea en alguna de esas ciudades (Madrid en el caso de Iberia, París en el caso de Air France, Ámsterdam en el caso de KLM, Roma en el caso de Alitalia y Londres en el caso de British Airways), sobre todo en los vuelos directos. En relación con los vuelos indirectos, se puede apreciar una concentración menor porque, como se anticipó, esta clase de vuelos se pueden completar a través de distintas combinaciones, lo que otorga una mayor flexibilidad a las aerolíneas para entregar este servicio.

E.2 Transporte aéreo de carga

99. Tal como se señaló en los párrafos 61 y siguientes, para medir los niveles de concentración en el mercado de transporte aéreo de carga se considerará la na-

turaleza unidireccional de las distintas rutas de transporte y el criterio de la Comisión Europea para definir la amplitud geográfica de los extremos de cada Ruta.

100. Los principales aportantes de antecedentes en esta materia –Lan Cargo y la FNE– a pesar de usar el criterio expuesto en el párrafo anterior, difieren sustancialmente en cuanto a las cuotas de mercado de los actores que participan en los mercados unidireccionales que se analizan. Lo anterior, por cuanto la FNE realiza sus estimaciones a partir de información entregada directamente por las Partes y terceros, la que está disponible solo para exportaciones (fojas 2101), vale decir, considerando la dirección desde Chile hacia Norteamérica o hacia Europa. Sin embargo, al calcular las participaciones de mercado, no explica de qué manera procesó esta información para determinarlas. Además, pese a que en el anexo de su aporte de antecedentes presenta estimaciones de participaciones con fuentes de información alternativas (como bases de datos de la JAC, la consultora Seabury y un sistema de facturación creado por la IATA, llamada "*Cargo Account Settlement System*"), dichas estimaciones no fueron las que finalmente presentó en su aporte de antecedentes (fojas 2102 y siguientes y fojas 2106 y siguientes).

101. En cambio, Lan Cargo utilizó como antecedentes para realizar sus estimaciones de participaciones de mercado la información de terceros dedicados al procesamiento de datos en esta materia, como las fuentes de Diio y Seabury.

102. De la comparación de ambos cálculos, se puede observar que en aquellos efectuados por la FNE hay menos competidores que en aquellos realizados por las Partes, lo que podría deberse al hecho que la primera no pudo obtener toda la información del mercado durante su investigación según se explicó. Además de lo anterior, Lan Cargo y la FNE utilizan criterios distintos para medir las participaciones de mercado. Mientras la primera mide las cuotas de mercado en base a la capacidad disponible que tienen los transportadores aéreos de carga, en términos de peso, la segunda lo hace en base a la carga efectivamente transportada.

103. Teniendo presente lo anterior, a continuación se muestran los resultados obtenidos por Lan Cargo y la FNE.

104. Con respecto a la Ruta Norteamérica, a fojas 1056 vta. Lan Cargo expone que en el año 2015 las participaciones en capacidad de LATAM y American agregadas

en la ruta Chile-Norteamérica, fue de un 41%. En cambio, la FNE, para el mismo año, calcula que esta participación está entre un 60 y un 70%, siendo esta en mayor parte de LATAM, ya que American tendría menos de un 10% (fojas 1914). Dichas diferencias se explican, como se anticipó, porque en los cálculos de la FNE faltan competidores que sí se presentan en los cálculos de Lan Cargo, como Martinair y otros, que suman un 6%.

105. En cuanto a la Ruta Europa, Lan Cargo, a fojas 1052 vta., muestra que, en el año 2015, la suma de las participaciones de LATAM e IAG fue de un 46,5% para el caso de Chile a Europa y un 40,2% en la dirección contraria. Por su parte, la FNE asegura que esta participación en el caso Chile a Europa, está entre un 70 y 80% (fojas 1845). Al igual que el caso de la ruta a Norteamérica, dichas diferencias se explican porque en los cálculos de la FNE faltan competidores que si se presentan en los cálculos de Lan Cargo, como Centurion Air Cargo y Cargolux, que suman alrededor de un 17% en cada dirección.

106. Atendidas las prevenciones metodológicas realizadas sobre los cálculos expuestos por la FNE, resulta razonable concluir que las participaciones de mercado de las Partes debieran ser menores a las presentadas por la primera, pero no se cuenta con información suficiente para conocer con certeza la magnitud. En cualquier caso, las participaciones de mercado que señala Lan Cargo son mayores al 40% para los miembros de los Acuerdos en ambas rutas. En consecuencia, no se descartará inicialmente el poder de mercado de las Partes en la industria de transporte aéreo de carga, aunque todo indica que, de existir, tal poder de mercado es menor al de transporte de pasajeros, en particular en los vuelos directos Santiago-Miami y Santiago-Madrid.

F. Condiciones de entrada

107. Atendido los niveles de concentración existentes, especialmente en las rutas directas Santiago-Miami y Santiago-Madrid (en adelante "rutas monopolizadas"), a continuación se analizan las condiciones de entrada de la industria aérea. En particular, se revisa si los potenciales competidores en los diferentes mercados concernidos en esta consulta pueden ingresar de manera probable, oportuna y suficiente.

108. Tal como se señaló en la Resolución 37 y en el aporte de antecedentes de la FNE, los mercados relevantes afectados por las operaciones consultadas presentan condiciones que dificultan su entrada. En especial, las principales barreras que es posible identificar emanan del hecho que la industria aérea es una industria de redes, en la que el uso de los aeropuertos como *hub* puede limitar la entrada de nuevos competidores, todo lo cual fue analizado en la sección C de esta resolución. En efecto, de acuerdo con lo expuesto en la citada resolución "*aún en el caso hipotético de que no existiera ninguna barrera a la entrada para que una aerolínea en particular pueda servir una ruta en la que los precios vigentes están generando rentas sobrenormales, es posible que esa aerolínea decida no desafiar el poder de mercado de las incumbentes sencillamente porque la ruta se encuentra lejos de su hub y porque no hay retroalimentación suficiente entre los tráficos que puede generar esa ruta y el resto de las rutas que sirve. Es decir, el sólo hecho de que ésta sea una industria de redes, limita el número de aerolíneas interesadas en proveer servicio en una ruta determinada*" (párrafo 102).

109. Teniendo presente lo expuesto, a continuación se explican las siguientes barreras de entrada: (i) el acceso a la infraestructura aeroportuaria, principalmente la disponibilidad de *slots*; (ii) el uso del aeropuerto como *hub* o base de una aerolínea y los comportamientos estratégicos que de ello derivan; (iii) los derechos de tráfico aéreo; y (iv) los programas de viajero frecuente.

F.1 Acceso a la infraestructura aeroportuaria y disponibilidad de slots

110. Como se señala en el glosario, los *slots* son derechos de una aerolínea para despegar o aterrizar en un horario determinado. Se trata, en consecuencia, de un insumo para dar el servicio de transporte aéreo en un determinado par OϴD. Tal como se afirma en los informes acompañados a fojas 1175 y 1645, el acceso a *slots* en los aeropuertos del par OϴD es esencial para entrar a servir una determinada ruta.

111. La asignación de *slots* ha tenido un carácter más bien histórico y, por tanto, las aerolíneas que originalmente han servido una determinada ruta han sido las primeras en instalar su *hub* en ese lugar, lo que les ha permitido obtener una mayor disponibilidad de *slots*. Esto ha permitido que puedan ofrecer una mayor cantidad de vuelos, "*lo que, potenciado con los programas de viajero frecuente, publicidad y*

acuerdos con los agentes locales de viaje, le permitiría tener un poder de mercado difícil de desafiar. Lo anterior además la hace más atractiva para ser incluida en las alianzas globales, lo que a su vez potencia su atractivo para los clientes y, por otro lado, también reduce la posibilidad de construir redes a través de alianzas para otras empresas que aspiran a entrar al mercado" (Resolución 37, párrafo 94).

112. Por otra parte, este insumo es más escaso a medida que aumenta la congestión o el nivel de saturación del aeropuerto respectivo. De acuerdo con la información acompañada a fojas 1152 y 1275, la IATA distingue tres niveles de congestión o saturación: (i) el nivel 1, que se caracteriza porque la infraestructura del aeropuerto es capaz de satisfacer la demanda de vuelos y de usuarios todo el tiempo; (ii) el nivel 2, que agrupa aquellos aeropuertos que presentan congestión potencial en algunas horas del día, semanas o estaciones del año, pero es posible gestionar dicha escasez mediante medidas aplicadas por la autoridad aeroportuaria respectiva; y (iii) el nivel 3, en el que la capacidad del aeropuerto es insuficiente para satisfacer la demanda por vuelos todo el tiempo y es muy difícil expandir su infraestructura en el corto plazo.

113. En cuanto a los aeropuertos en los cuales actualmente se ofrecen vuelos directos desde y hacia Chile, el aeropuerto Arturo Merino Benítez de Santiago está clasificado en el nivel 1 y además existe un proyecto de expansión que podría duplicar la capacidad existente al 2020 (fojas 1152 y 1275). Por lo anterior, el nivel de congestión de este aeropuerto no debiera afectar significativamente la disponibilidad de *slots*, sin perjuicio de que, como se señaló, la mayor disponibilidad de éstos por parte del incumbente, en este caso LATAM, es un factor que podría restringir la entrada de nuevos competidores.

114. En el caso de los aeropuertos de Europa en los que existe un vuelo directo a Santiago, la situación de congestión es la siguiente:

Aeropuerto	Nivel congestión IATA	O&D	Aerolíneas con vuelo directo
Madrid Barajas	3	Santiago-Madrid	Iberia y LATAM
Charles De Gaulle	3	Santiago-París	Air France
Fiumicino	3	Santiago-Roma	Alitalia
Heathrow	3	Santiago-Londres	British Airways

Fuente: https://www.iata.org/policy/slots/Documents/wsg-annex-11.6.xlsx (Última visita 04-10-2018)

115. Como se puede apreciar, todos los aeropuertos que sirven de *hubs* a las líneas aéreas que vuelan directamente a Santiago están congestionados y, por consiguiente, el número de *slots* disponible es menor, lo que dificulta la entrada de nuevos operadores.

116. En cambio, en el caso de los aeropuertos de Norteamérica, los niveles de congestión son bajos, salvo los aeropuertos JFK de Nueva York, Estados Unidos, y Toronto en Canadá, por lo que la entrada a alguno de los otros aeropuertos que sirven de *hubs* a líneas aéreas que tienen vuelos directos a Santiago es más probable. A continuación se detallan estos niveles de congestión en la siguiente tabla:

Aeropuerto	Nivel congestión IATA	O&D	Aerolíneas con vuelo directo
Miami	1	Santiago-Miami	LATAM y American
Hartsfield-Jackson	1	Santiago-Atlanta	Delta
Dallas-Fort Worth	1	Santiago-Dallas	American
George Bush	1	Santiago-Houston	United
John F. Kennedy	3	Santiago-Nueva York	LATAM
Los Ángeles	2	Santiago-Los Ángeles	LATAM
Toronto	3	Santiago-Toronto	Air Canadá

Fuente: https://www.iata.org/policy/slots/Documents/wsg-annex-11.6.xlsx (Última visita 04-10-2018)

117. Por su parte, también resulta necesario analizar los niveles de congestión de los aeropuertos de Guarulhos en Sao Pablo, Brasil, y Jorge Chávez en Lima, Perú, porque a través de ellos se pueden realizar viajes a Europa y Estados Unidos con una parada. Guarulhos está clasificado en el nivel 3, y Jorge Chávez está clasificado en nivel 1.

118. Por último, junto con la disponibilidad de *slots*, los niveles de congestión de los aeropuertos citados anteriormente también podrían obstaculizar la entrada de nuevos operadores por las dificultades para acceder a servicios de infraestructura, como las puertas de embarque y desembarque, las mangas y los mesones de atención, entre otros.

119. En suma, el acceso a la infraestructura aeroportuaria y la disponibilidad de *slots* en los aeropuertos anteriormente descritos dificulta la entrada de nuevos competidores, ya sea por los niveles de congestión que se presentan en algunos

de ellos, como por las ventajas que tienen las Partes que los utilizan como *hub,* las que además inciden en una serie de variables, como se indica a continuación.

F.2 El uso de un aeropuerto como hub y los comportamientos estratégicos que de ello derivan.

120. Como se señaló en la Resolución 37, el contar con un *hub* permite a una aerolínea concentrar demanda y con ello reducir los costos, ya que es posible aprovechar las economías de densidad propias de esta industria y mejorar el factor de carga de los aviones. Lo anterior puede producir situaciones y comportamientos que afectarían la entrada de nuevos competidores, tal como se explica a continuación:

i. En primer lugar, una aerolínea que tiene su *hub* en un determinado aeropuerto podría disponer de las mangas y negar el acceso a ellas a otras aerolíneas o tener un trato preferencial con los proveedores o estar integrada verticalmente con ellos.
ii. En segundo lugar, permite a la aerolínea incumbente alcanzar ventajas comerciales, como un mayor impacto de sus gastos en publicidad, dado que es más conocida en el área geográfica donde está ubicado su *hub.*
iii. En tercer lugar, como se verá, la existencia de un *hub* para una aerolínea aumenta el valor que tiene su programa de viajero frecuente para los residentes de esa área y además le puede permitir pactar mejores condiciones de comercialización con las agencias de viajes, entre otras ventajas comerciales.
iv. Por último, las aerolíneas que cuenta con aeropuerto como *hub* y gozan de poder de mercado, podrían reducir los precios, aumentar o disminuir las frecuencias de sus vuelos, otorgar mayores premios (como puntos o millas a acumular) para los pasajeros, entre otras conductas, todo lo cual les conferiría una reputación de competidor agresivo que naturalmente inhibe el ingreso de firmas rivales.

121. En suma, las aerolíneas que han desarrollado su modelo de negocios en base a los *hub and spoke*, pueden adoptar decisiones estratégicas para impedir la entrada de nuevos competidores. Tal como se señala la citada Resolución 37 "*ante la entrada de un nuevo competidor, la línea aérea incumbente puede, en primer*

lugar, reducir los precios sin que éstos queden bajo el costo, ya que el costo marginal de un pasajero es mínimo, mientras tenga espacio para incrementar el factor de ocupación. Así, si la demanda a disputar es pequeña con respecto al número de vuelos del incumbente, éste podría reducir la demanda residual disponible para el entrante, el que, en ese caso, no podría sustentar su operación, debiendo abandonar la ruta. Lo anterior se debe a la estructura de costos particular de esta industria, en que existe un importante costo fijo de operar el vuelo y un muy bajo costo de aumentar el número de viajeros en cada vuelo. En segundo lugar, la aerolínea incumbente también puede aumentar los puntos ganados para sus pasajeros en la ruta donde hubo entrada o, lo que tiene efectos similares, aumentar los incentivos a las agencias de viaje. Lo anterior, gracias a la característica de la demanda en esta industria en el sentido que, en cada decisión de consumo, se puede tener en consideración a la oferta total de la aerolínea, debido a los kilómetros gratis que se acumulan en cada vuelo" (párrafo 105).

F.3 Acceso a derechos de tráfico aéreo.

122. De acuerdo con la información proporcionada por la Junta de Aeronáutica Civil, mediante Oficio Ord. N° 555 de 17 de octubre de 2016, que rola a fojas 771 ("Oficio JAC"), la política aerocomercial chilena es de cielos abiertos y se encuentra regulada en el D.L. N° 2564 de 1979, que contiene normas sobre aviación comercial. Asimismo, señala que la política aerocomercial chilena se rige por los principios de reciprocidad entre países; el libre acceso a los mercados; la libertad de precios; la mínima intervención de la autoridad; y la liberalización de la propiedad y control de las aerolíneas.

123. Dicha política aerocomercial se desarrolla a través de acuerdos bilaterales y multilaterales que se negocian entre la autoridad aeronáutica chilena, en representación del Estado de Chile, y otros Estados. Estos acuerdos, según señala el Oficio JAC, tienen como objetivo alcanzar la mayor apertura posible de derechos de tráfico aéreo o libertades aéreas (*ver glosario*).

124. Así, cada acuerdo da lugar a derechos de tráfico aéreo que, en el caso de Chile, sólo pueden asignarse a empresas u operadores chilenos y, en el caso del otro país, sólo pueden otorgarse a las empresas que ese Estado designe.

125. Bajo esa lógica, algunos acuerdos internacionales contemplan derechos de tráfico aéreo con limitaciones que pueden consistir en frecuencias restringidas o número limitado de vuelos. En ese caso, según indica el Oficio JAC, cada país asigna el número de vuelos disponible entre sus aerolíneas nacionales interesadas. En el caso de Chile, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 3° del D.L. N° 2564, si en virtud de los acuerdos internacionales o como resultado de la aplicación del principio de reciprocidad, se dispone de un número inferior de frecuencias internacionales en una ruta determinada que operadores nacionales interesados, dichas frecuencias se asignarán mediante una licitación pública. El artículo 1° del D.S. N° 102 de 1981, en concordancia con lo anterior, señala que una frecuencia internacional se asignará a través de una licitación pública cuando existan dos o más operadores nacionales interesados en operarla.

126. En base a las consideraciones anteriores, a continuación, se examinarán los derechos de tráfico en los países comprendidos en el ámbito geográfico de los JBA consultados.

127. En primer término, los antecedentes aportados por el Oficio JAC dan cuenta que Chile ha acordado con Estados Unidos un régimen de cielos abiertos de la 3ª, 4ª, 5ª, 6ª y 7ª libertad, esta última para transporte aéreo de carga, lo que se traduce en la ausencia de limitaciones en el número de vuelos. En particular, la JAC señala que las líneas aéreas designadas por cada país pueden operar sin limitación geográfica, con cualquier tipo de aeronave y sin limitación de frecuencias semanales, ya sea en el servicio de pasajeros, carga o correo. Ello implica que cualquier aerolínea chilena, en tanto dé cumplimiento a las exigencias legales y técnicas, estará habilitada para operar a Estados Unidos sin requerir una licitación o autorización de la autoridad competente.

128. En relación con Canadá, la JAC señala que Chile ha acordado un régimen de cielos abiertos de 3ª y 4ª libertad, sin limitaciones en el número de vuelos, de frecuencias o aerolíneas. Adicionalmente, indica que existen 14 vuelos a la semana en 5ª y 6ª libertad. Actualmente, según la información disponible, LATAM es titular solo de cinco de esas 14 frecuencias, por lo que existen aún nueve disponibles.

129. Por tanto, en atención a lo antes expuesto, en relación con la ruta Chile-Norteamérica, se concuerda con lo expuesto por la FNE a fojas 1874, vale decir, si bien

existen ciertas restricciones, no hay barreras regulatorias en la ruta Chile-Estados Unidos y, en el caso de Canadá, ellas no serían relevantes para el análisis de los JBA consultados.

130. En segundo término, en cuanto a la ruta Chile–Europa, el Oficio JAC muestra que el escenario de libertades aéreas es disímil respecto de los distintos países que componen la Unión Europea, por lo que el nivel de apertura de cada ruta debe evaluarse caso a caso. De esta manera, a continuación se inserta un cuadro que muestra las libertades aéreas vigentes con cada país y la disponibilidad de frecuencias, según dispone el Oficio JAC:

PAÍS	DERECHOS DE TRÁFICO	FRECUENCIAS DISPONIBLES
Alemania	10 vuelos por semana, incluyendo vuelos de pasajeros y vuelos cargueros	Aerolíneas chilenas: No hay disponibilidad porque LATAM Airlines Group opera 10 vuelos semanales (7 vuelos de pasajeros en la ruta Santiago-Madrid-Frankfurt y cargueros). Aerolíneas alemanas: 10 vuelos por semana disponibles.
Bélgica	Cielos abiertos	Ilimitada
Dinamarca	Cielos abiertos	Ilimitada
España	Cielos abiertos	Ilimitada
Finlandia	Cielos abiertos	Ilimitada
Francia	7 vuelos por semana	Aerolíneas chilenas: No hay disponibilidad porque LATAM Airlines Group opera 7 vuelos semanales en código compartido con Iberia. Aerolíneas francesas: No hay disponibilidad porque Air France opera los 7 vuelos semanales en la ruta Santiago-París.
Holanda	Cielos abiertos	Ilimitada
Islandia	Cielos abiertos	Ilimitada
Italia	Cielos abiertos	Ilimitada
Luxemburgo	Cielos abiertos	Ilimitada
Noruega	Cielos abiertos	Ilimitada
Reino Unido	Cielos abiertos	Ilimitada
Federación Rusa	Cielos abiertos	Ilimitada
Suecia	Cielos abiertos	Ilimitada
Suiza	Cielos abiertos	Ilimitada

Fuente: Oficio JAC, fojas 778

131. Como se puede observar, en el caso de España, las frecuencias disponibles son ilimitadas. Al efecto, el Oficio JAC señala que Chile ha acordado con España un régimen de cielos abiertos de 3ª y 4ª libertad sin limitaciones en el número de vuelos o aerolíneas. Respecto de la 5ª libertad, si bien el Oficio JAC no se pronuncia en particular, la FNE (fojas 1790) señala que existen limitaciones a las frecuencias en España. En concreto, según da cuenta el sitio web de la JAC al que se remite el Oficio JAC (http://www.jac.gob.cl/wp-content/uploads/2014/10/Informe-Uso-de-Frecuencias-Restringidas-ene-ago-2018.pdf, visitado el 5 de agosto de 2018), se acordaron 19 vuelos con España con derechos de 5ª libertad a Chile. LATAM tiene la titularidad de 14 frecuencias y SKY Airlines de tres, quedando por tanto dos frecuencias disponibles para aerolíneas chilenas. Por su parte, en España restan 17 frecuencias disponibles. Por consiguiente, tal como sostiene la FNE, las restricciones de frecuencias en España no importan una barrera a la entrada y terceros pueden ingresar a este mercado.

132. Respecto de Alemania, si bien se observa en el cuadro que existen frecuencias restringidas y que LATAM opera los 10 vuelos semanales permitidos, las aerolíneas alemanas tienen 10 vuelos semanales disponibles. En consecuencia, no constituye una barrera a la entrada relevante para la evaluación de las Operaciones.

133. En relación con Francia, como se puede apreciar en el cuadro, existen una restricción de siete vuelos por semana y no habría disponibilidad de frecuencias por cuanto LATAM opera los siete vuelos disponibles para aerolíneas chilenas a través de un código compartido con Iberia y, por su parte, Air France-KLM opera los siete vuelos semanales. Ello implica que en esta ruta existiría una barrera regulatoria tanto para la entrada de nuevos actores como para la expansión de los incumbentes, incluyendo el principal competidor de las Partes en esta ruta (Air France-KLM). En este sentido, se concuerda con la conclusión de la FNE al respecto.

134. Por último, en lo concerniente al transporte aéreo de carga, el acuerdo entre Chile y Estados Unidos comprende la 7ª libertad para carga por lo que las aerolíneas pueden operar sin restricciones en estos países. Respecto de Canadá se tienen por replicadas las conclusiones relativas al transporte aéreo de pasajeros, indicadas en el párrafo 128. Respecto de la ruta Chile – Europa, Lan Cargo expone que no existen restricciones de derechos de tráfico (fojas 1045 vta.).

F.4 Los programas de viajero frecuente y fidelización

135. Los programas de viajero frecuente y, en general, los programas de fidelización de clientes o de reconocimiento de marca, pueden ser una barrera a la entrada por los costos de salida que tienen para sus clientes. Este efecto de fidelización es mayor para los residentes de la ciudad donde se ubica el *hub* de una aerolínea, por cuanto éstos preferirán los PPF de ella atendida la mayor cantidad de destinos que ésta puede ofrecer para viajar desde la ciudad donde viven dichos pasajeros (fojas 3361).

136. Si bien es cierto que los efectos de los PPF se han mitigado por los acuerdos de cooperación entre aerolíneas que pertenecen a una misma alianza que han permitido que los clientes intercambien millas entre ellas, sin perderlas por el hecho de migrar o transferir las millas a otra aerolínea que no tiene su *hub* en la ciudad de los residentes, los PPF continúan siendo una barrera importante a la entrada del mercado aéreo.

137. De todo lo descrito anteriormente, es posible concluir que en la industria aérea existen barreras a la entrada, principalmente por razones estructurales del mercado, al ser una industria de redes. Dentro de dichas barreras, las más relevantes son la escasez de *slots* y el contar con un aeropuerto como *hub*, con las consecuencias que de ello derivan, en particular la posibilidad de que se produzcan comportamientos estratégicos de las incumbentes que inhiban la entrada de competidores. Lo anterior es especialmente relevante en el transporte de pasajeros a través de rutas sin escalas, como Santiago-Madrid y Santiago-Miami, ya que en esos casos la presencia de las aerolíneas en sus *hubs* es sustancial y deja un reducido espacio para la entrada de un competidor. Por consiguiente, entre las medidas de mitigación indicadas en la sección I se han establecido algunas destinadas a fomentar la entrada de nuevos competidores.

138. En el caso de transporte aéreo de carga, las barreras de entrada descritas tienen menor relevancia, atendida la mayor flexibilidad en términos de tiempo que presenta este tipo de transporte en comparación al de pasajeros, lo que permite a las aerolíneas completar sus viajes en horarios diversos y a través de más conexiones, ya que existe mayor sustitución entre distintos puntos de conexión. Por esto, no se ha estimado necesario adoptar medidas de mitigación en este caso.

G. Efectos de los acuerdos consultados

139. En esta sección se analizan los efectos que producirán en la competencia los acuerdos consultados, esto es, los riesgos y eficiencias que podrían generarse en los tres mercados relevantes definidos en la Sección E de esta resolución.

140. Los riesgos examinados se agrupan en tres categorías: (i) unilaterales explotativos, esto es, la posibilidad de que las Partes adquieran un poder de mercado tal que les permita subir sus precios, reducir la cantidad producida o disminuir la calidad o variedad de los productos o servicios que ofrecen, u otras variables competitivas, afectando con ello a los consumidores finales; (ii) unilaterales exclusorios cuando producto de la operación las partes tienen la capacidad y los incentivos para excluir competidores; y (iii) de coordinación, vale decir, la mayor probabilidad de que la operación facilite la ejecución de conductas coordinadas e intercambio de información.

141. En relación con las eficiencias, sólo se considerarán aquellas que sean verificables, tanto en su probabilidad de ocurrencia como en su magnitud, e inherentes a los Acuerdos de Colaboración, es decir, que las Operaciones sean indispensables para lograr estas mejoras de eficiencias y que no existan mecanismos menos restrictivos para alcanzarlas. Posteriormente, se analizará si existen incentivos para que las Partes traspasen dichas eficiencias a consumidores y si éstas son aptas para compensar los efectos del mayor poder de mercado obtenido por las Partes con las Operaciones.

142. Para realizar estos análisis se exponen las posiciones de los intervinientes en esta materia ya señaladas en la parte expositiva, pero esta vez con un mayor detalle; se describen las principales conclusiones de los informes acompañados por las Partes, la FNE y otros intervinientes; y, por último, en base a todos esos antecedentes, se indican las conclusiones del Tribunal.

G.1 Efectos en el Transporte aéreo de pasajeros

G.1.1 Riesgos

i. Riesgos unilaterales explotativos

143. Un primer grupo de riesgos se relaciona con las probables alzas de precios producto del mayor poder de mercado que alcanzarían las Partes al celebrar los acuerdos consultados.

144. Las Partes señalan en sus respectivos aportes de antecedentes que los riesgos unilaterales explotativos se restringirían al transporte de pasajeros que tiene como O&D las rutas Santiago–Madrid y Santiago-Miami, trayectos en los cuales quienes viajan a dichas ciudades serían una minoría frente a aquellos que utilizan dichos tramos para conectar a otros destinos en Europa o Estados Unidos y Canadá. Además, los pasajeros que utilizan dichos tramos para conectar a otros destinos en Europa o Estados Unidos y Canadá, tendrían a su disposición alternativas competitivas.

145. Para fundar sus conclusiones, las Partes acompañaron informes económicos que, si bien reconocen la existencia de riesgos unilaterales explotativos en dichas rutas, difieren en las conclusiones respecto de su magnitud y alcance dependiendo de los tipos de pasajeros involucrados. En cualquier caso, señalan que los beneficios o eficiencias que generarían los JBA consultados superarían los riesgos en forma significativa. A continuación se describen las principales conclusiones de estos informes.

i. En el informe Compass 1 se concluye que el otorgamiento de un *antitrust immunity* ("ATI") no produciría efectos significativos en los precios de los vuelos directos en rutas con menos de cuatro competidores por el (página 35 del informe). Para esto, en el informe se usan las estimaciones del trabajo de BLS (2013), con el objeto de cuantificar el potencial efecto negativo de la monopolización de las rutas donde existe traslape y compararlo con las eficiencias encontradas. De acuerdo con las estimaciones de BLS (2013), un segundo operador en una ruta determinada produciría disminuciones de precios desde un 0,4 a un 5,3%. En el informe Compass 1 se aplican estas estimaciones a las 10 rutas directas servidas el año 2015 por American y LATAM entre aeropuertos ubicados en Estados Unidos y Latinoamérica, consideran-

do las siguientes alzas de tarifa como consecuencia de la aprobación de este JBA: (i) un 5%, para aquellas rutas servidas solo por estas dos aerolíneas; (ii) un 3% para aquellas rutas servidas por tres aerolíneas (American, LATAM y otra); y (iii) un 1% para aquellas rutas servidas por 4 operadores (American, LATAM y dos aerolíneas adicionales). Como resultado de este ejercicio, la operación costaría a los consumidores [30-35] millones de dólares adicionales, cifra inferior a las eficiencias que conllevaría el JBA Norteamérica de acuerdo a las estimaciones del mismo informe (página 35).

ii. En el informe Butelmann 1 se indica, respecto de los pasajeros sensibles al tiempo, que "[…] *el JBA podría eventualmente aumentar los precios de los pasajes en este tramo o disminuir las frecuencias de los vuelos, abusando de esta forma del eventual poder de mercado que podría alcanzar*" (página 24) y que además "*el ingreso de competidores en el tramo* […] *sin escalas no es altamente probable, al menos en el corto plazo*". No obstante, en este informe se aconseja analizar la competencia entre alianzas y no sólo en una determinada ruta O&D, concluyendo que dicha competencia es bastante más intensa que aquella que se presenta en las rutas monopolizadas. Adicionalmente, en el informe se sostiene que existirían medidas de mitigación específicas para dichas rutas que fomentarían la competencia y, por tanto, contrarrestarían los riesgos (página 29).

iii. En el Estudio Mundial Compass se sostiene que la posibilidad teórica de cobrar precios más altos como consecuencia de un ATI o de algún acuerdo de colaboración como los de autos, se contrarrestaría con las significativas eficiencias derivarían de los incentivos a la expansión de la capacidad *ex post* en rutas de tamaño importante, lo que disminuiría la presión al alza sobre dichos precios, ya que "*el aumento del tránsito desde rutas alimentadoras podría atraer más competidores y mucha más frecuencia de salidas y, como consecuencia, podría producir reducciones de tarifas*" (página 33, traducción). En particular, en este estudio se realiza una cuantificación de los efectos en los precios de la actuación conjunta de aerolíneas. Para ello, utiliza una base de datos del DOT que contiene observaciones de itinerarios de viajes de pasajeros entre Estados Unidos y el resto del mundo entre los años

1998 y 2015 (página 15, traducción). El modelo de regresión de este análisis serviría para estimar "*los cambios en tarifas de vuelos sin escalas luego de que una ruta cambia de una situación en la que todas las aerolíneas son independientes a una situación en la que dos o más aerolíneas cuentan con ATI o son parte de una empresa conjunta, o viceversa, y, así, se controla la cantidad de aerolíneas que ofrecen una ruta de tales características*" (páginas 33 y 34, traducción). Los resultados de esta estimación se muestran en el figura 11 (página 34, traducción) y dan cuenta que, luego celebrado un ATI, no existe un efecto significativo en los precios producto de una actuación conjunta de aerolíneas en una ruta, lo que sería aplicable a las Operaciones. Sin embargo, en el mismo estudio se sugiere que si una segunda aerolínea compite en una ruta, los precios disminuirían en un 4,63% (página 34, traducción).

146. Tanto Achet como la FNE indicaron que existen riesgos unilaterales explotativos significativos derivados de las Operaciones. La primera expuso en su consulta que "*LATAM y sus asociados tendrán todo tipo de incentivos para aumentar los precios por sobre los niveles normales de competencia, por la simple razón de que en el mercado chileno ésta se verá reducida a niveles ínfimos*" (fojas 266). La FNE, por su parte, concuerda con lo expuesto por Achet, en el sentido que los JBA consultados otorgarían un fuerte incentivo al alza de precios o a la realización de otras prácticas que conllevarían el ejercicio de poder de mercado en los OϽD de mayor tamaño en la geografía del acuerdo, esto es, Santiago-Madrid y Santiago-Miami (fojas 1809 y 1887).

147. Al igual que las Partes, la FNE acompañó informes económicos que respaldan su posición, cuyas conclusiones se describen a continuación.

i. En BGR se señala que si "*las aerolíneas cooperasen en lugar de competir en lo que respecta a las variables estratégicas como el precio, los pasajeros non stop se verán perjudicados por la disminución de competencia"* y, por tanto, los precios aumentarían, lo que redundaría a su vez en una reducción del tráfico aéreo (página 25). Además, se indica que si bien en el informe Compass 1 se concluye que el otorgamiento de un ATI no produce efectos significativos en los precios de vuelos di-

rectas, en el mismo se admite que "*la salida de un competidor en una ruta duopólica conllevaría un incremento de precios del 5% del (ahora) monopolio*" (página 30).

ii. En la Minuta Técnica FNE se analiza la metodología utilizada en el Estudio Mundial Compass, concluyendo que sus estimaciones no son robustas. Así, respecto de las estimaciones de precios de pasajes directos en rutas monopolizadas, identifican tres problemas.

a) Se crítica, en primer término, que en el Estudio Mundial Compass se asuma que la entrada en vigencia de este tipo de acuerdos tiene siempre el mismo efecto, independiente del número de competidores en la ruta. A juicio de la FNE, los efectos dependerán de la estructura del mercado existiendo mayores riesgos cuando previamente sólo hay dos competidores independientes, como es el caso de las rutas monopolizadas. Para demostrar lo anterior, se realizan las mismas regresiones presentadas en el Estudio Mundial Compass, incorporando controles e interacciones con variables que miden la concentración en el mercado. Como resultado de dicho análisis, se obtiene una correlación positiva y significativa en los precios de los pasajes directos de un alza de aproximadamente un 3,5% (fojas 3460 y siguiente).

b) En segundo lugar, existirían limitaciones en la base de datos utilizada en el Estudio Mundial Compass, porque la muestra sólo representa un 10% de los pasajes vendidos y, además, solo considera aerolíneas estadounidenses (fojas 3462).

c) Por último, se cuestiona que los errores en el modelo de regresión sean agrupados en *clusters*, ya que implica asumir que no existe correlación entre distintas rutas, lo que sería contradictorio en este caso particular por ser una industria de redes, siendo esperable que cambios en una ruta tengan efectos en otras, correlacionado así los errores de los distintos grupos o *clusters* (fojas 3462).

148. Con posterioridad, las Partes acompañaron un nuevo informe (Butelmann 2), en el que se realizaron ciertos ajustes a las estimaciones presentadas en el Estudio Mundial Compass, siguiendo la Minuta Técnica FNE, concluyendo que no exis-

tiría evidencia que dé cuenta que los JBA consultados puedan generar aumentos de precios en los pasajes de vuelos directos (fojas 2997). Los ajustes realizados en Butelmann 2 son los siguientes:

i. En primer lugar, se emplearon supuestos más restrictivos o conservadores de los efectos que pueden esperarse de los JBA consultados en precios sobre las rutas directas, en las que están implicadas aerolíneas de Oneworld (fojas 2985 y siguientes). Dichos cambios se dividieron en modificaciones en la muestra y en algunas variables.
ii. Luego, en cuanto a las modificaciones en la muestra, para el análisis de las rutas en conexión y para los vuelos directos, se excluyeron las rutas con aeropuertos localizados en África, América Central y el Caribe. De la misma forma, para los vuelos directos, se eliminaron los datos correspondientes a rutas con una densidad significativamente inferior a la que presentan las rutas Santiago-Miami y Santiago-Madrid, ambas con densidad media (fojas 2986).
iii. En relación con las modificaciones en ciertas variables, se dividieron los JBA entre aquellos que comparten ingresos y los que comparten beneficios. Estos cambios se realizaron con el objeto de precisar la cuantificación de los efectos, aplicando las características propias de un JBA consultados que comparte ingresos y no beneficios, como es el caso de los Acuerdos de Colaboración (fojas 2987).

149. Analizada la información recientemente descrita, es posible concluir que en el presente caso existen incentivos para que las respectivas empresas involucradas aumenten los precios en los vuelos directos Santiago-Miami y Santiago-Madrid, debido a la disminución de la presión competitiva en ambos tramos.

150. En efecto, ante un aumento en los precios de los pasajes por una de las aerolíneas que ofrece ese tramo, aumentará la demanda de la otra aerolínea que también lo ofrece y, dado que ambas pertenecen al mismo JBA con neutralidad de metal en el que comparten ingresos, verán aumentada su demanda en conjunto, volviendo de este modo rentable alzas en los precios.

151. El hecho que este riesgo podría presentarse principalmente en las rutas sin paradas Santiago-Madrid, actualmente servida por LATAM e Iberia, y Santia-

go-Miami, servida por American y LATAM, se debe a que los viajes con paradas no son sustitutos eficaces por lo siguiente:

i. Los precios de los vuelos directos son mayores que los indirectos en los mismos pares O&D, lo que se puede observar de los datos entregados por las parte, descritos en la parte expositiva; y
ii. El modelo *Quality Service Index* ("QSI"), entrega un puntaje a cada vuelo en función de sus atributos y en base a esto las aerolíneas estiman la cantidad de pasajeros que elegirán sus viajes. Este modelo entrega puntajes significativamente mayores cuando el vuelo no tiene paradas y, además, a los vuelos indirectos se les resta puntaje cuando hay un vuelo directo con horario similar, todo lo cual evidencia que los pasajeros muestran preferencias superiores por los vuelos directos.

152. Lo anterior se aplica especialmente en el caso de los pasajeros sensibles al tiempo, para quienes los vuelos con paradas no son sustitutos, pero también, aunque en menor medida, a aquellos sensibles al precio, dependiendo del tiempo que demore la conexión.

153. En cuanto a la magnitud de este efecto, las Partes presentan distintos estudios que muestran que el efecto de la monopolización de estas rutas sería nulo. Sin embargo, este resultado no es consistente por tres razones:

i. En el Estudio Mundial Compass se muestran disminuciones de precios estadísticamente significativas por aumentos en el número de competidores. Esto es contradictorio con asegurar que el efecto del JBA que analiza este informe es nulo en los precios, como hace dicho estudio, porque si aumentar los competidores tiene efecto en los precios, es esperable que la reducción de estos tenga el efecto contrario.
ii. Tanto en el Estudio Mundial Compass como en Butelmann 2, se estima el efecto de los JBA en precios, identificando distintas rutas en las cuales existe este tipo de acuerdo. Sin embargo, no se considera el número de competidores existentes en cada una de ellas, lo que afecta su magnitud. Esto es importante para el análisis del presente caso porque se trata de rutas en que, de celebrarse el acuerdo, pasaría de haber dos

competidores a uno, debiendo el efecto en precios ser mayor dado el poder de mercado obtenido en ellas.

iii. Por último, en Butelmann 2 también se estima el efecto de un JBA en rutas directas cuando las aerolíneas que celebran el acuerdo son parte de la alianza Oneworld y además tienen elevadas participaciones de mercado en conjunto (sobre un 70%), de manera similar al caso de autos. En esta estimación se obtienen aumentos de precios de un 7% en rutas directas, aunque con una menor significancia estadística (10%). De acuerdo con el informe, cuando se excluyen las rutas menos densas de la muestra este efecto desaparece. Sin embargo, en el mismo informe (fojas 2979) las rutas que incluyen Santiago de Chile son consideradas de densidad media, por lo que excluir rutas menos densas sería incorrecto para obtener un efecto promedio más aplicable al presente caso.

154. Por todo lo anterior, el riesgo de aumento de precios en rutas directas monopolizadas existe y su magnitud es positiva. La cuantificación se realiza en la sección H.

ii. Riesgos unilaterales exclusorios

155. Los acuerdos consultados también generan riesgos unilaterales exclusorios, especialmente porque las empresas aéreas involucradas ofrecen bienes complementarios a un mismo grupo de clientes y tienen incentivos para aprovechar sus menores costos por economías de escala, de densidad o de ámbito, con el objeto de disminuir el precio de uno de dichos bienes y con ello excluir competidores. En efecto, algunos tramos de las redes que utilizan las aerolíneas son complementarios y el acceso a ellos es indispensable para que otras aerolíneas puedan ofrecer sus itinerarios.

156. Tanto Achet como la FNE sostienen que las Operaciones generarían esta clase de riesgos. La primera indica que se creará una estructura exclusoria como "*consecuencia inevitable de esta clase de externalidades de red*" (fojas 265), imposibles de replicar por los competidores. Además, argumenta que las Partes podrían "[r]*educir los precios sin que estos queden bajo costo*" permitiéndoles "*reducir la demanda residual disponible para el resto de las aerolíneas*" (fojas 262),

"*mantener guerras de precio con sus competidores*" y "*vender pasajes bajo costo en aquellas rutas donde tenga mayor competencia*" (fojas 263).

157. La FNE, por su parte, argumenta que las Operaciones aumentarían "*la posibilidad de* [las Partes de] *negar o encarecer el acceso a sus redes, empeorando la posición competitiva de sus rivales regionales*", a través de "*negar o empeorar el acceso a ciertos destinos desde los hubs en conexión con los que operaran*" o de "*la disminución de las posibilidades de conexión*", lo que "*vuelve menos rentable la operación de las otras aerolíneas*" (fojas 1820). Adicionalmente, advierte que las Partes podrían erigir barreras estratégicas a la entrada de competidores, porque su aumento de participación de mercado les *"permite la adopción de estrategias como copar las frecuencias en las franjas horarias en las que pretenden ingresar otras aerolíneas, disminuir las tarifas en esas franjas o bien focalizar estrategias de fidelización en rutas específicas, con el fin de debilitar a los potenciales rivales o disuadir su entrada*" y que al aumentar el nivel de coordinación entre las Partes aumentaría "*la probabilidad de que una estrategia exclusoria resulte rentable*" (fojas 1822).

158. En sentido contrario, las Partes aseguran que no existiría una estructura exclusoria producto de las externalidades de red (como sostiene Achet), debido a que los mercados afectados por los Acuerdos de Colaboración cuentan "*con la presencia de las tres alianzas globales, y que cada una de ellas compite en dicho ámbito geográfico en virtud de sus redes*" (fojas 1695 vta.). Al igual que respecto de los riesgos, acompañan para estos efectos informes económicos que avalan sus aseveraciones, cuyas principales conclusiones se describen a continuación.

i. En el Estudio Mundial Compass se evalúan los efectos que han tenido este tipo de acuerdos en el número de competidores en rutas directas, distinguiendo entre acuerdos con y sin un ATI. Los resultados arrojan que de 164 rutas analizadas en las que competidores celebraron un acuerdo al cual se le otorgó un ATI, 33 experimentaron un aumento de competidores en el siguiente año, mientras que sólo 14 rutas sufrieron una disminución y 117 mantuvieron su número de competidores constante. Para el caso de las rutas en las que competidores celebraron acuerdos que no cuentan con un ATI, de un total de 162 rutas analiza-

das 46 vieron aumentado su número de competidores, 25 disminuyeron y en 91 se mantuvieron constantes. Los resultados son similares después de dos años de la implementación de los acuerdos. Así, concluyen que tanto la implementación de acuerdos a los cuales les fue otorgado un ATI como aquellos que no recibieron dicha inmunidad tienden a aumentar el número de competidores en una ruta directa (página 38).

ii. En el informe Butelmann 2 se analizan las recientes entradas a las rutas afectadas por los JBA consultados. Para el caso de la Ruta Norteamérica, se señala que la aprobación JBA entre Delta y Aeroméxico (alianza SkyTeam) por el DOT, fortaleció la posición de estas aerolíneas en las rutas que conectan Estados Unidos y México. Por otro lado, United (alianza Star Alliance), que hoy ofrece vuelos directos entre Santiago y su *hub* Houston, desde el cual ofrece distintas conexiones, habría anunciado interés en expandir su negocio en América Latina. En el caso de la Ruta Europa, el informe relata que además de la reciente entrada de Alitalia en la ruta Santiago-Roma, se esperaría la entrada de Plus Ultra Líneas Aéreas, Air Europa y Norwegian Airlines (fojas 2999 y siguientes).

159. En relación con lo expuesto en Butelmann 2, se debe tener presente que si bien Plus Ultra señaló a fojas 4349 que estuvo operando en la ruta Santiago-Madrid, en la actualidad ha dejado de hacerlo, de acuerdo con la información contenida en su sitio web (https://plusultra.com/, visitado el 4 de octubre de 2018). Con respecto a Air Europa, en las base de datos disponibles se puede apreciar que esta aerolínea está realizando rutas desde Santiago a Madrid, Barcelona, Bruselas, entre otros, pero hasta junio de 2017 solo había transportado 43 pasajeros (datos MIDT de IAG acompañados en respuesta a oficio N° 43, a fojas 4182). Por último, en cuanto a Norwegian Airlines, esta no aportó antecedentes sobre su entrada a rutas que incluyen orígenes o destino en nuestro país.

160. En relación con las conclusiones del Estudio Mundial Compass, los datos muestran que, en el caso de los acuerdos a los cuales se les ha conferido un ATI, en un 20% de las rutas aumenta el número de competidores, mientras que este porcentaje es de un 28% en el caso de las rutas con acuerdos que no tienen inmunidad. Asimismo, respecto de los acuerdos a los cuales se les ha conferido un ATI en un 9% de las rutas disminuye el número de competidores, mientras que este

porcentaje sube a un 15% en el caso de las rutas con acuerdos que no tienen inmunidad. Por consiguiente, la principal conclusión de estos datos es que las rutas que no muestran cambios en el número de sus competidores es superior al 50%.

161. Por tanto, no es posible descartar los riesgos exclusorios identificados por Achet y la FNE, considerando especialmente lo indicado en la sección F, en relación con el uso de un aeropuerto como *hub* y los comportamientos estratégicos que de ello derivan.

162. Adicionalmente, las Partes podrían tener incentivos a establecer subsidios cruzados o cobrar precios negativos en algunos tramos de los viajes, para trasladar poder de mercado desde las rutas monopolizadas a otras que utilicen estas últimas como insumo, en las cuales enfrentan un mayor nivel de competencia. Por ejemplo, en el par O&D Santiago-Chicago, con conexión en Miami, las Partes podrían cobrar un precio menor que en el par O&D Santiago-Miami, lo que implicaría en el primer caso un precio implícito negativo del tramo Miami-Chicago.

iii. Riesgos de coordinación.

163. Finalmente, en relación con la mayor probabilidad de que, producto de los acuerdos consultados, se facilite la coordinación entre las Partes y otras aerolíneas, ninguno de los intervinientes de autos mencionaron la existencia de estos riesgos en el mercado de transporte aéreo de pasajeros.

G.1.2 Eficiencias

164. A continuación se examinan las potenciales eficiencias que las Operaciones crearían y si ellas permiten contrarrestar los riesgos anticompetitivos descritos en la sección anterior. Para estos efectos, como se anticipó en el párrafo 141, sólo se considerarán aquellas eficiencias que sean verificables e inherentes a las Operaciones, y que puedan ser traspasadas a los consumidores.

165. Las Partes identifican las siguientes eficiencias que se producirían de materializarse los acuerdos consultados: (i) la eliminación de la doble marginalización en viajes con tramos operados actualmente por distintas aerolíneas; (ii) mejoras

de calidad en el servicio ofrecido, consistentes en el aumento de las posibilidades de conexiones y menores tiempos de espera, entre otras; (iii) el aumento del tráfico de pasajeros y la estimulación de la demanda por servicios aéreos; y (iv) sinergias que se traducirían en ahorros de costos.

i. Eliminación de la doble marginalización

166. En la industria aérea, la doble marginalización se produce en los viajes con dos o más tramos operados por distintas aerolíneas, en los que cada una de ellas obtiene un margen positivo en su respectivo tramo, es decir, cada aerolínea decide los precios del tramo que le corresponde maximizando sus utilidades, sin considerar el efecto que tiene dicho precio en los tramos ofrecidos por las otras empresas. Así, la suma de los precios de todos los tramos es más alta que el precio que habría cobrado una sola aerolínea ofreciendo el viaje completo, lo que redunda en una menor demanda de asientos. Si una sola aerolínea determinara el precio del viaje completo va a tener en consideración la reducción de la demanda en todos los tramos producto de un alza en el precio.

167. De acuerdo con lo expuesto, dado que los acuerdos consultados implican que las Partes decidirán en conjunto los precios de los viajes con dos o más tramos operados por ellas en donde tienen poder de mercado, dichos precios deberían ser menores, porque se obtendrá un sólo margen. De esta manera, las Partes señalan que atendido que el nivel de coordinación entre ellas aumentará producto de los acuerdos consultados, las tarifas en rutas internacionales de conexión que ofrecen debiesen ser menores que aquellas que se presentan en un escenario con acuerdos de códigos compartidos o acuerdos interlínea (American a fojas 987 vta., LATAM a fojas 1232 vta. e IAG a fojas 1687).

168. La FNE, sin embargo, advierte que aunque teóricamente las Operaciones son aptas para reducir las tarifas por la eliminación de la doble marginalización, esta reducción sólo se produciría en los viajes con conexión en que los tramos son operados por distintas aerolíneas ("multiaerolínea"). En cambio, cuando los viajes se completan con vuelos operados por una aerolínea ("online") no generan, naturalmente, dicho efecto. Lo anterior, es reconocido en el informe Compass 2, acompa-

ñado por American, en el que solo se considera al analizar la doble marginalización, a los pasajeros multiaerolínea (fojas 3492 vta., página 26 de la traducción).

169. La FNE también señala que la eliminación de la doble marginalización no sería del todo verificable ni inherente a las Operaciones, indicando que "*[…] otras formas contractuales menos restrictivas de la competencia pueden utilizarse para lograr el mismo efecto, por ejemplo, las tarifas de dos partes o el establecimiento de cantidades mínimas*" (fojas 1829 y 1900).

170. En Compass 2, en cambio, se sostiene que la eliminación de la doble marginalización es inherente a las Operaciones por dos razones: "[e]*n primer lugar, no es claro que ninguna otra forma de contrato pueda, en la práctica, hacerse cargo del incentivo de cada aerolínea para favorecer su propio metal. No hemos observado que las aerolíneas usen otras formas de contrato en la práctica. Por consiguiente, si no existe un MNJV, el alcance de los códigos compartidos puede permanecer debajo de los niveles óptimos. En segundo lugar, la evidencia empírica —particularmente los resultados del Estudio Mundial— sugiere que los MNJV cobran tarifas más bajas que las alianzas (con o sin ATI), lo cual indica que las otras formas de contrato —en la medida en que se han utilizado— no han podido replicar los ahorros de la fijación de precios generados por un MNJV*" (fojas 3496, página 36 de la traducción).

171. En el mismo sentido, en el informe RBB 2 se indica que si bien acuerdos menos restrictivos como los de códigos compartidos reducen el problema del doble margen, no lo hacen completamente ya que, al "*no compartir el metal*", cada aerolínea prefiere que los pasajeros viajen en su avión y no en el de la otra aerolínea, porque la mayor parte del ingreso de cada tramo se lo adjudica la aerolínea que opera el servicio en esa ruta (fojas 2825).

172. En lo que respecta a la magnitud del efecto de la eliminación de la doble marginalización en los precios para los pasajeros multiaerolínea, en Compass 1 se calculan los beneficios derivados de esta eficiencia en base a los resultados de BLS (2011), donde se estima que los acuerdos entre aerolíneas que han obtenido un ATI reducen las tarifas, en promedio, en un 4,9%. En el informe se indica que es probable que este resultado sea una subestimación, porque no se distingue entre

acuerdos de neutralidad de metales y aquellos que no la tienen, explicando que los primeros producirían mayores disminuciones en los precios porque son más similares al caso de vuelos consecutivos operados por la misma aerolínea (conexión *online*), en los que no se presenta el problema de doble marginalización; mientras que en los acuerdos con un ATI sin neutralidad de metales permanece en algún grado este problema (página 18). En particular, para el Ruta Norteamérica, en Compass 1 se menciona que la operación consultada se traduciría en beneficios para los pasajeros en dicha ruta ascendentes a $[70-80] millones de dólares (página 2), de los cuales $ [10-15] millones de dólares corresponden a consumidores chilenos (página 23).

173. De forma similar, en RBB 1 se utilizan las estimaciones de BLS (2011) y Whalen (2007), que calculan reducciones en los precios de un 7,6% y 16%, respectivamente, cuando una ruta pasa de un código compartido a un JBA con neutralidad de metal (página 21). En RBB 1 se estima que, para la Ruta Europa, el beneficio para pasajeros chilenos sería entre [1-5] y [5-10] millones de euros (página 2).

174. Asimismo, en el Estudio Mundial Compass se examina el impacto sobre las tarifas producto de los grados de cooperación entre aerolíneas que ofrecen un determinado itinerario total de conexión. Su modelo de regresión compara, para los mismos pares O&D, las tarifas de conexión que ofrecen aerolíneas que forman parte de alianzas, que tienen un ATI o un *Joint Venture* (entre los cuales se encuentran los JBA consultados), por una parte, con aquellas que ofrecen aerolíneas que tienen acuerdos interlíneas o de código compartido simple (página 20, traducción), por otra. Las cuantificaciones realizadas en este estudio concluyen que los JBA conllevarían una reducción de las tarifas de un 8 % (página 23, traducción).

175. En la Minuta Técnica FNE se cuestiona la robustez de los resultados del Estudio Mundial Compass por las siguientes razones:

i. En primer lugar, el efecto estimado de la reducción de tarifas disminuiría en el tiempo, pues "[d]*ado que enfrentamos múltiples tratamientos en el tiempo (nuevas alianzas, ATI y JV) que afectan la industria aeronáutica, uno puede dividir la información disponible en subperíodos y estimar el modelo propuesto con el objeto de verificar la robustez de*

los resultados obtenidos" (fojas 3447). Así, "*a lo largo de los años, las aerolíneas que no forman parte de alianzas, ATI o JV han ido reduciendo paulatinamente el problema de la doble marginalización mediante otros mecanismos, como por ejemplo, la negociación de mejores acuerdos de repartición de ingresos*" (fojas 3449).

ii. En segundo lugar, el coeficiente estimado para la variable JV estaría sesgado, ya que no puede ser mayor el coeficiente *online*. De esta manera, "[e]*ste resultado es inconsistente con la hipótesis de que dicho coeficiente está capturando solamente el efecto de un aumento de cooperación en vuelos en conexión*", lo que tendría como "*explicación más plausible de los resultados observados es que existen variables omitidas*" (fojas 3450).

iii. En tercer lugar, el supuesto de tendencias paralelas entre los grupos control y los grupos de rutas afectadas por un JV o ATI no se cumpliría (fojas 3453), faltaría "*un conjunto de variables que permitan controlar de manera correcta las diferencias invariantes en el tiempo entre aerolíneas*" (fojas 3455) y existirían sesgos en la selección de la muestra, ya que es "*posible observar que el 25% de los itinerarios aparecen menos de 4 veces en la muestra*" (fojas 3456). Luego de estimar nuevamente el modelo del Estudio Mundial Compass, en la minuta se concluye que "[a] *medida que se toma una muestra más balanceada, el coeficiente estimado para la variable JV disminuye, acercándose a cero. Por su parte, el valor de los estimadores de interés en el modelo que controla por efectos fijos por itinerario (Tabla 5) muestra un comportamiento más estable entre muestras*" (fojas 3457).

iv. Por último, los resultados del Estudio Mundial Compass no tendrían una interpretación de causalidad, sino que se trataría más bien de simples correlaciones condicionales (fojas 3451).

176. En el informe BGR se revisa el trabajo BLS (2011), utilizado tanto por Compass1 y RBB 1, y se realizan clasificaciones más específicas de los pasajeros, concluyendo que la reducción en precios es menor a aquella expuesta en los informes encargados por las Partes, por las siguientes razones:

i. Faltarían precisiones en la exposición de los resultados de BLS (2011), ya que las Partes citan reducciones de un 4,9 % en los precios de las tarifas aéreas en aquellos casos en que las empresas pasan de una relación de códigos compartidos a un ATI, pero dichas reducciones sólo alcanzarían un 2,3% si se utiliza una muestra acotada a las rutas transatlánticas y pasajeros que vuelan en clase económica (página 27).

ii. En relación con la cuantificación de los efectos realizada por el Estudio Mundial Compass, en BGR se argumenta que dado que el nivel actual de cooperación entre las Partes puede corresponder a un acuerdo de código compartido, lo que ya supone cierto nivel de cooperación, se estaría sobreestimando la reducción en precios derivada de la eliminación de la doble marginalización. Lo anterior porque "[*m*]*overse de solo una alianza, entendida como interlineal, a un Metal Neutral JV, disminuiría las tarifas en 3,6%. Nótese que, dado que la relación interlineal en una alianza es una forma menos profunda de colaboración que la relación de codeshare, lo que el informe de Compass Lexecon muestra es que la disminución de tarifas que sería obtenida por pasar de codeshare a metal neutral es probablemente inferior a 3,6%*" (página 28 y siguiente).

iii. En cuanto a los beneficios derivados de los acuerdos consultados, en los informes presentados por las Partes se realizan ajustes a los cálculos de beneficios derivados de la eliminación de la doble marginalización, considerando a todos los pasajeros en conexión y tomando como escenario base un acuerdo interlínea, sin perjuicio de que incluso podría existir un acuerdo de código compartido. Así, en cuanto al informe Compass 1, las eficiencias por la eliminación de la doble marginalización se deberían calcular contabilizando solo pasajeros multiaerolínea y utilizando un valor medio de los coeficientes estimados en BLS (2011), el que establecen como 3,5%. El resultado sería una reducción de US$1,01 millones, en comparación a los US$10,5 millones calculados por Compass (página 38). Por otro lado, en los cálculos de RBB 1 los beneficios para los pasajeros en conexión estarían "*largamente sobreestimados, desde seis a nueve veces*" (página 40), ya que suponen reducciones de un 7,6% en los precios y también asignan los beneficios a todos los pasajeros en conexión (página 40).

177. Por otra parte, en el informe Butelmann 2 también se realizan ajustes a las estimaciones del Estudio Mundial Compass, tanto para extrapolar los resultados a las Operaciones, como para responder a las críticas realizadas en el informe BGR. Entre los principales ajustes, se restringe el periodo de tiempo y el ámbito geográfico de la muestra y se incorporan variables como el tráfico de la aerolínea y la diferenciación entre JBA con repartición de ingreso y aquellos que comparten beneficios (fojas 2975 y siguiente). El resultado de las estimaciones realizadas es que los JBA con repartición de ingresos (como los que son objeto de esta consulta) conllevarían una reducción de las tarifas de un 5,5%, vale decir, menor a la calculada en el Estudio Mundial Compass, que la fijaba entre un 6 % y un 8,8% (fojas 2979).

178. También en el estudio Compass 2 se realizan nuevas estimaciones de beneficios. Así, para la Ruta Norteamérica, considerando esta vez sólo pasajeros multiaerolínea, como sugiere la FNE, los resultados específicos para la alianza Oneworld arrojan una reducción de tarifas de 11,99% para pasajeros en conexión cuando aerolíneas cambian desde un ATI a un JBA con neutralidad de metal, lo que se traduciría en beneficios para pasajeros chilenos del orden de $4 millones de dólares (fojas 3492, página 27 de la traducción). Realizando el mismo ejercicio, pero esta vez para todas las alianzas, las tarifas se reducirían en un 2,36%, lo que se traduciría en beneficios para pasajeros chilenos del orden de 800.000 dólares (fojas 3493, página 29 de la traducción). En suma, los beneficios de cambiar de un ATI a un JBA con neutralidad de metal para los pasajeros que vuelan considerando a Chile como origen o destino de sus viajes, serían entre 800 mil y 4 millones de dólares, de acuerdo a este estudio.

179. En el caso de la Ruta Europa, si bien las Partes acompañan un nuevo informe (RBB 2) en el que se responde a las críticas de la FNE, en él no se realizan nuevos cálculos de los beneficios esperados, por cuanto (i) el principio económico que subyace respecto de una reducción tarifaria sobre rutas interlineales, derivado de la integración de dos operadores, sería el mismo, independientemente del operador o del país en cuestión (fojas 2822); y (ii) se habría utilizado la misma metodología seguida por la Comisión Europea en el caso de rutas del Atlántico Norte de Oneworld, la que se aplicaría en la especie (fojas 2824).

180. De la revisión de los antecedentes acompañados en el proceso, es posible concluir que la disminución de precios como consecuencia de la eliminación de la doble marginalización es efectivamente una de las principales eficiencias derivadas de las Operaciones. Sin embargo, la cuantificación de este efecto se debe realizar considerando solamente los pasajeros efectivamente beneficiados, esto es, los pasajeros en conexión multiaerolínea, y tomando como escenario base los acuerdos de código compartido y de interlínea que hoy existen entre las aerolíneas.

181. Por su lado, resulta relevante recordar el supuesto realizado en el párrafo 9, esto es, que debido a que en el JBA Europa aún no se define la fórmula de reparto de ingresos (fojas 1655 vta.), se asume que se realizará de la misma forma que para el JBA Norteamérica. Lo anterior por cuanto si no se comparte la totalidad de los ingresos de los tramos troncales, la alineación de incentivos para fijar precios de forma más eficiente entre las empresas se vería comprometida y la eliminación del doble margen no sería efectiva.

182. En lo que respecta a la magnitud de los efectos por eliminación de la doble marginalización, ella depende de una serie de factores, siendo los más importantes el poder de mercado que cada aerolínea detente en las rutas multiaerolínea y de la posibilidad que éstas utilicen algún mecanismo de control vertical sin necesidad de estar integrada. No existiendo en autos antecedentes de esto último, el problema de doble margen surge a partir del poder de mercado que tiene cada aerolínea de forma previa al acuerdo, que le permite obtener un margen positivo en cada tramo complementario ofrecido. Por tanto, el efecto de la eliminación de doble marginalización variará entre distintas rutas. Los estudios empíricos que miden este efecto en los precios se realizan sobre diferentes rutas con diverso poder de mercado, previo a los respectivos acuerdos similares al consultado, por lo que las estimaciones de los beneficios por eliminación de la doble marginalización son un promedio de dicho efecto en los diferentes mercados.

183. En el caso concreto, la evaluación de la magnitud de este efecto requiere determinar la validez de las estimaciones presentadas en autos. Así, no se considerarán los resultados entregados en Compass 2, donde se calcula que el acuerdo disminuiría los precios de los pasajeros multiaerolínea en un 11,99% porque, tal como se puede ver en su Apéndice B, al incorporar variables que indican concen-

tración (interacciones con HHI), dicha estimación disminuye considerablemente. En cambio, son más representativas las estimaciones realizadas en Butelmann 2, en que realizan ajustes a las variables y bases de datos razonables y encuentran disminuciones de un 5,5%.

184. Asimismo, en razón de las prevenciones metodológicas de la FNE, se utilizará el trabajo de BLS (2011), ya que realiza estimaciones con mayor nivel de diferenciación entre los distintos tipos de cooperación. En efecto, dicho trabajo estima que un ATI tiene como efecto promedio en los precios en conexión un 4,9% en comparación a precios en rutas con código compartido y un 3,6% adicional para rutas regidas por acuerdos interlínea.

185. Este resultado es cuestionado en BGR, donde se argumenta que dicha estimación disminuye cuando se consideran sólo pasajeros de clase económica y rutas transatlánticas. Sin embargo, en la cuantificación de efectos que se realizará en la sección H, se considerarán pasajeros de las distintas clases tarifarias. Además, en BLS (2011) se explica que la muestra mundial no considera Canadá, México y el Caribe por ser destinos muy cercanos a Estados Unidos. Por todo lo anterior, es adecuado utilizar las estimaciones realizadas en base a dicha muestra para el análisis de los acuerdos consultados.

ii. Mejoras en calidad

186. En segundo término, las Partes indican que los JBA consultados producirán importantes mejoras en calidad, consistentes en la combinación y optimización de sus redes complementarias, lo que redundaría en una red con una conectividad significativamente mejor y nuevas conexiones.

187. Tanto en Compass 1 y 2 como IAG, en su aporte de antecedentes, utilizan una metodología similar para el cálculo de los beneficios derivados de mejoras en la calidad de servicio, basándose en el modelo QSI. Este modelo es utilizado por las aerolíneas como base para realizar proyecciones sobre el número de pasajeros que viajarán en determinadas rutas y, con ello, tomar decisiones estratégicas como itinerarios de vuelos y aerolíneas, planificación de la red de destinos y adquisición de aviones, entre otras decisiones (fojas 3481 vta., página 4 de la traducción).

188. De los antecedentes entregados por American a fojas 4596, se desprende que el modelo QSI consiste en la estimación del número de pasajeros que decidirán viajar en cada itinerario operado por cada aerolínea, dependiendo de los atributos de dichos viajes. Utilizando información histórica y estimaciones de demanda, el modelo otorga un puntaje a cada atributo, como el tipo de servicio, el tipo de avión, tiempo de espera en caso de conexión, horario, entre otros. Con este puntaje, el modelo entrega el número de pasajeros que viajaría en cada ruta. Así, las aerolíneas pueden cambiar en el modelo distintos atributos producto del acuerdo consultado y calcular los nuevos puntajes de los viajes ofrecidos por las Partes para proyectar el número de pasajeros en dichos viajes.

189. En Compass 1 se realizan proyecciones de los valores que arrojarían los distintos atributos que contiene el modelo QSI una vez que el JBA Norteamérica se materialice (página 5), partiendo de la base que el JBA consultado aumentaría el número de rutas bajo códigos compartidos entre American y LATAM. De este modo, sólo por este efecto (sin considerar otros como cambios en los itinerarios, frecuencias de vuelo o en el tráfico total en cada ruta), el JBA atraería a [150.000-200.000] nuevos pasajeros. Una vez estimado este aumento de pasajeros, se utilizan los resultados del trabajo Berry y Jia (2010), que estiman la elasticidad precio de la demanda de pasajeros, diferenciando por tarifa alta y baja, utilizando datos de viajes dentro de Estados Unidos. Con esta elasticidad, Compass calcula el cambio de precio que provocaría el aumento de pasajeros asociado al aumento de calidad, para finalmente multiplicarlo por la cantidad de pasajeros y obtener así un beneficio de [120-130] millones de dólares para todos los pasajeros de American y LATAM en las rutas afectadas, de los cuales [10-15] millones corresponderían a rutas desde o hacia Chile (páginas 12 a 14).

190. IAG, en su aporte de antecedentes, indica que utiliza el modelo QSI, pero no entrega información detallada sobre cómo cuantificar las mejoras en calidad, ya que, a diferencia de Compass 1, no indica la elasticidad utilizada (se limita a explicar que utilizan la "fórmula de elasticidad"), ni precisa la forma en que calcula los beneficios, sino que se limita a exponer que el aumento de pasajeros producto de mejoras en calidad por el acuerdo consultado es equivalente a una reducción en tarifas de un 2,6%. Luego, entrega una cuantificación de beneficios para pasajeros producto de dicha reducción de [1-5] millones de euros para las rutas de Chile (fojas 1691 vta.).

191. La FNE, por su parte, admite que esta eficiencia es plausible desde una perspectiva teórica, pero argumenta que la metodología empleada para su cuantificación puede ser problemática (fojas 1834 y 1903), todo lo cual se desarrolla en el informe BGR y cuyos principales argumentos se describen a continuación.

i. En primer lugar, no sería claro que se requiera un acuerdo de cooperación como los consultados para generar los beneficios expuestos, toda vez que ellos ya podrían obtenerse de las alianzas pactadas actualmente, por ejemplo, aumentando los vuelos con códigos compartidos, por lo que estos beneficios no serían inherentes a las Operaciones.
ii. En segundo lugar, no habría suficiente información para replicar los cálculos realizados por las Partes, por lo que las eficiencias no serían verificables.
iii. Por último, no sería correcto traducir un eventual aumento en calidad en beneficios y agregarlos de forma separada porque los aumentos en la calidad y cambios en precios interactuarían de una forma más compleja (página 35). Esto último, por cuanto un aumento en la calidad del servicio aumentará la disposición a pagar de los pasajeros y ello generará una presión al alza en los precios, disminuyendo así los beneficios netos de los pasajeros (página 36).

192. En respuesta a lo expuesto en el informe BGR, en Compass 2 se indica que los beneficios derivados de mejoras de calidad son inherentes a los JBA consultados y se pueden verificar, todo ello por las siguientes consideraciones:

i. En cuanto al carácter inherente de esta eficiencia, se sostiene que, si bien un incremento de los códigos compartidos constituiría una fuente importante de beneficios, éstos no pueden ser implementados sin un aumento en la coordinación. Así, de no existir un JBA, cada aerolínea prefiere colocar a los pasajeros en su propio vuelo, especialmente en vuelos de larga distancia, lo que reduce el incentivo de cada una de ellas para ofrecer códigos compartidos en las rutas de conexión. Esto también habría sido reconocido por el DOT, quien actualmente exigiría la neutralidad de metal para aprobar cualquier *joint business* (fojas 3485 vta. y 3486, página 14 y 15 de la traducción). Funda sus conclusiones en casos

similares como el acuerdo entre Delta y Air France en el año 2002 (el que se implementó a partir del 2008) y entre American con IAG en el año 2010 (fojas 3486 y siguientes, páginas 15 a 17 de la traducción), y literatura económica como el trabajo de Brueckner (2003) en el que se mostraría que en alianzas sin ATI un 27,7% de sus itinerarios son con código compartido, en tanto que con ATI este porcentaje sube a un 63%.

ii. En relación con la verificación de los beneficios, se afirma que es posible replicar los resultados del modelo QSI, reconociendo, sin embargo, que dicho modelo es de alta complejidad y es de propiedad exclusiva de American (fojas 3484 vta., página 11 de la traducción), lo que, en todo caso, no le restaría validez a las afirmaciones allí contenidas ya que "*las aerolíneas habitualmente se basan en predicciones de los modelos QSI para tomar decisiones en el curso ordinario de sus actividades comerciales y los reguladores que evalúan las fusiones y alianzas se basan en modelos QSI para predecir las mismas mejoras de calidad*" y que "[e]*sta dependencia de las aerolíneas y los reguladores de las predicciones de los modelos QSI indica que esas predicciones son lo suficientemente confiables*" (fojas 3485, página 13 de la traducción).

193. En relación con la eventual presión al alza en los precios que producirían las mejoras en calidad, según se expone en el informe BGR citado en el párrafo 191, en el informe Compass 3 se explica que "[d]*ebido a que el precio no está incorporado explícitamente en el modelo QSI de AA, al punto que itinerarios de mejor calidad tienen precios más altos en promedio, el efecto de un precio más alto ya está reflejado en las predicciones del modelo QSI. Así, en la medida que itinerarios de mayor calidad generan mayor participación, este efecto es neto del hecho que los itinerarios de mayor calidad también pueden tener precios más altos. Esto es, en el impacto estimado de la mejor calidad de servicio ya se ha deducido cualquier incremento de precio asociado y, de este modo, se mide el valor de la mayor calidad para los consumidores por sobre el aumento del precio*" (fojas 3388 bis 14).

194. Por último, en el informe RBB 3 también se da una explicación a una eventual presión al alza en los precios, argumentando que un eventual aumento de los mismos, por incrementos en la disposición a pagar, no dañaría a los pasajeros, sino que los dejaría a lo menos igual que antes, ya que estarían pagando más, pero por un servicio de mejor calidad (fojas 3395, traducción libre).

195. De la revisión de los argumentos expuestos por los intervinientes sobre las eventuales mejoras en calidad de servicio producto de los JBA consultados, es posible concluir lo siguiente:

i. A pesar de que se cuenta con información del modelo QSI, existen supuestos de dicho modelo que no son posibles de revisar. En particular, tal como lo expuso la FNE y en BGR, no es posible examinar cómo el modelo realiza las proyecciones de aumentos de pasajeros producto del acuerdo consultado, lo que dificulta la verificación de estas eficiencias.
ii. En segundo lugar, como también se expuso en BGR, es posible que estas mejoras en calidad se traduzcan en una mayor disposición a pagar por parte de los pasajeros, lo que presionaría al alza la demanda, y que las aerolíneas respondan a esto con aumentos de precios. En este caso, los beneficios por mejoras en calidad podrían llegar a ser incluso nulos, como se reconoce en RBB 3.

iii. Aumento de tráfico

196. La tercera eficiencia que supuestamente produciría el acuerdo es el aumento de tráfico. Las Partes sostienen que debido a las disminuciones de precio derivadas de la eliminación de la doble marginalización y a las mejoras en calidad de servicio, se debiera producir una importante estimulación de la demanda por viajes en las rutas comprendidas en los JBA consultados (fojas 988 vta., 1240 y 1689 vta.).

197. Al igual que en los dos primeros beneficios, en los informes Compass 1 y Compass 2 se cuantifican los aumentos de tráfico, basándose en las estimaciones de los trabajos de Whalen (2007) y Gillen (2008) del modo que se explica a continuación:

i. El trabajo de Whalen (2007) calcula el efecto que tienen los acuerdos con ATI en los precios y en el tráfico total de pasajeros, lo que se utiliza en ambos informes Compass para obtener una elasticidad de la demanda de 2,68 (fojas 3497 vta., página 40 de la traducción). Luego, la multiplican por la disminución de precios estimada para los vuelos en conexión en la Ruta Norteamérica (11,99%) y por la proporción de pasajeros que corresponden a las rutas que comprenden Chile (7,4%),

con lo que se obtiene un aumento de 13.400 pasajeros (fojas 3497 vta., página 36 de la traducción).

ii. El trabajo de Gillen (2008) estima la elasticidad de la demanda para viajes internacionales de larga distancia de 0,79. En los informes de Compass se ajusta dicha elasticidad para incorporar efectos de mejoras en calidad. Con esto, se estima que el acuerdo aumentará el tráfico de conexión entre Estados Unidos y Chile en 7.800 pasajeros por año (fojas 3499, página 39 de la traducción).

198. En el Estudio Mundial Compass también se presentan estimaciones de los efectos de los JBA sobre el tráfico de pasajeros, para lo cual se ocupan los mismos datos utilizados para calcular los beneficios que derivarían de la eliminación de la doble marginalización. Así, en este informe se concluye que "*el tráfico de los segmentos de los miembros de una empresa conjunta o con ATI produce un aumento importante luego de eventos relacionados con la sociedad.* [...] *Este aumento del tránsito es mayor en el período de dos años que en el período de un año, lo que indica que todos los beneficios de la cooperación llevan tiempo en concretarse*" (página 31, traducción).

199. La FNE, por su parte, cuestiona la magnitud e inherencia de este beneficio, por las mismas razones esgrimidas a propósito de la eliminación de la doble marginalización y del aumento de calidad (fojas 1905). Su conclusión se funda en lo expuesto en el informe BGR, en el que se señala que los resultados del trabajo de Gillespie y Richards (2012) –que estima los efectos de acuerdos con ATI en variables competitivas– no respaldarían esta eficiencia, porque los datos relativos al tráfico de pasajeros muestran que las aerolíneas que son parte de un acuerdo ATI no aumentan los servicios de vuelos directos en rutas trasatlánticas *hub to hub* afectadas por el ATI. Así, en BGR se señala que el número de asientos que la alianza Oneworld ofreció en vuelos transatlánticos directos en las rutas *hub* to *hub* que recibieron inmunidad durante el periodo aumentó un 2%, mientras que el número de asientos de otras rutas operadas por la misma alianza, que no recibieron dicha inmunidad, se incrementó en un 3%, lo que demostraría que la expansión de capacidad no puede ser atribuida, al menos, a la coordinación de precios posibilitada por un ATI (página 32).

200. Por último, en Butelmann 2 se realiza una estimación econométrica del efecto que tienen los JBA sobre el tráfico de pasajeros, señalando en un principio que podría tener un efecto ambiguo pero que, en todo caso, a nivel agregado el impacto es positivo. Lo anterior por las siguientes razones:

i. Se reconoce que efectivamente los acuerdos consultados podrían tener un efecto negativo "*por una menor intensidad de la competencia en cantidades",* pero también uno positivo "*por el mayor número de pasajeros en conexión, debido a la reducción de la doble marginalización asociada al JBA, y también por el aumento en calidad que supondría el mayor número de frecuencias y alternativas de horario disponibles, tanto en vuelos non-stop (por mayor disponibilidad, dado que post-JBA cada aerolínea ofrecerá vuelos en ambos metales) como en vuelos en conexión (por menores tiempos de espera, dada la neutralidad del metal)*" (fojas 2992).
ii. Los resultados demostrarían "*un significativo aumento del tráfico en las rutas afectadas por el JBA que pasan a tener una presencia mayoritaria de aerolíneas integradas en* Oneworld. *El incremento del tráfico es del 16% si no aplicamos un procedimiento de matching, y del 23% cuando controlamos por las diferencias de tráfico antes de que la mayoría de los JBA entraran en vigor*" (fojas 2997).
iii. El mayor tráfico se podría explicar por alguna de las siguientes razones: (i) la ausencia de efectos en precios en rutas con vuelos directos; (ii) un aumento en el número de viajeros en conexión que superaría a la eventual disminución -de existir- de viajeros cuyo destino final coincide con aquel de los vuelos directos; (iii) los viajeros cuyo destino final es el mismo de los vuelos directos tendrían una demanda más inelástica al precio que los viajeros en conexión; o (iv) que tanto los viajeros que tienen como destino final el mismo que el vuelo directo como los viajeros en conexión aumenten, debido a un aumento de calidad -en ambos tipos de vuelos- como consecuencia de los JBA, compensando de este modo algún eventual aumento en precios en rutas con vuelos directos (fojas 2997 y 2998).

201. Atendido todo lo anterior y considerando que los intervinientes muestran opiniones divergentes con respecto al potencial aumento de tráfico producto de los

acuerdos consultados, es posible concluir que el aumento de tráfico solo sería producto de disminuciones de precios para pasajeros en conexión multiaerolínea.

iv. Sinergias en costos

202. Las Partes aseguran que los acuerdos consultados generarán sinergias en costos que beneficiarán a los consumidores producto de la integración de la operación en las rutas incluidas. En sus respectivos aportes de antecedentes (LATAM a fojas 1237 vta. y 1238, American a fojas 993 e IAG a fojas 1692), exponen que las principales sinergias se producirán por un uso más eficiente de la flota, lo que reducirá los costos operacionales al permitir una optimización de los horarios de vuelo; la compra conjunta de los suministros y servicios; los servicios de venta; y los menores gastos de marketing. Asimismo, señalan que existirían sinergias derivadas de la utilización conjunta de la capacidad de los miembros del acuerdo, en término de aviones y número de vuelos, lo que conllevará a un menor gasto por compensación a pasajeros que se ven afectados por problemas comerciales u operacionales.

203. Los informes acompañados por las Partes se hacen cargo también de estas eficiencias. En RBB 1 se explica que producto del aumento de tráfico de pasajeros que causarían los JBA consultados, los costos marginales de las aerolíneas disminuirán por economías de densidad de tráfico. Se afirma que este ahorro será traspasado a consumidores, aunque sin argumentar cómo eso sería efectivo. En RBB 1 se utilizan los resultados del trabajo de Brueckner y Spiller (1994), en el que se estima la elasticidad del costo respecto a densidad de tráfico, a través de un modelo estructural utilizando datos del DOT. Los resultados van desde -0,40 a -0,35. En RBB 1, se utiliza un promedio de dichos resultados para estimar los beneficios por densidad de tráfico, calculando beneficios para las rutas que conectan Chile y Europa de [500.000-900.000] euros para pasajeros *premium* y [800.000-1.500.000] euros para pasajeros no *premium* (página 27 a 31).

204. Por su parte, con el objetivo de identificar y medir las sinergias mencionadas, LATAM e IAG además acompañaron a fojas 1175 y 1645 dos informes económicos elaborados por Deloitte Advisory Ltd., uno para cada ruta (conjuntamente "Informes Deloitte"), cuyas conclusiones arrojan los siguientes resultados:

i. En cuanto a la optimización en el uso de la flota, explican que "*el acuerdo JBA incentivará a los socios a buscar una optimización en el uso de la flota actual lo que se traducirá en una mayor utilización de activos y por ende en una mayor eficiencia de operación*" (página 27). En otras palabras, en conjunto utilizarán menos aviones para atender la misma capacidad de pasajeros. Para el caso de la Ruta Norteamérica, estiman que existe la posibilidad de optimizar la utilización de la flota entre [1-4] y [4-7] aviones, lo que se traduce en ahorros en costos entre US$ [23-26] y [33-36] millones. Para la Ruta Europa, estiman una reducción de [0-1] a [1-2] aviones, lo que implica un ahorro en costos de US$ [5-7] a [8-10] millones.

ii. En lo que concierne a la compra conjunta de suministros y servicios, el informe considera el costo de alojamiento (pilotos y tripulación), *handling* (gastos del aeropuerto como *counters* y otros), *ground handling* (gastos en pista), *catering* y combustible, en los siguientes términos:

   a) El monto del ahorro en costos de alojamiento, tomando el menor de los precios que paga cada compañía en las ciudades comprendidas en el acuerdo, alcanzaría a los US$ [5-10] millones en la ruta Norteamérica y US$ [1-5] millones para la ruta Europa.
   b) En cuanto a *ground handling y handling*, estiman potenciales eficiencias de productividad entre un [1-4] y [5-8] %, lo que implicaría ahorros por este concepto entre US$ [3-5] y [5-7] millones en la ruta Norteamérica y entre US$ [0,7-1,1] y [1,5-1,8] millones para la Ruta Europa.
   c) Respecto a la compra conjunta de *catering*, el informe estima una reducción de costos entre un [3-6] y [9-12] %. Para la Ruta Norteamérica, esto significa entre US$ [3-4] y [6-7] millones y para la Ruta Europa, entre US$ [1-2] y [3-4] millones.
   d) Finalmente, sobre la compra conjunta de combustible, el informe señala que "[e]*l JBA podrá permitir a las aerolíneas el acceso al abastecimiento de combustible al mejor precio que enfrentan las partes*" (página 30). Para la estimación de esta sinergia, identifican los tramos en los cuales se presenta un potencial ahorro en costos y obtienen un rango entre US$ [1-4] y US$ [5-8] millones para la Ruta Norteamérica y entre US$ [1-2] y [3-4] millones para la Ruta Europa.

iii. Con respecto a los servicios de venta, explican que las aerolíneas venden sus pasajes a través de los canales directo e indirecto, debiendo pagar en este último una comisión al sistema de distribución global ("GDS"). Así, los JBA consultados permitirían una reducción en el costo de servicios de venta, por un lado, por un incremento esperado en la venta directa, que estiman en un [4-8] %, y, por otro lado, por una disminución en el costo de GDS, que estiman que afectaría a un [20-30] % de las ventas de los socios. De esta manera, tomando en consideración ambos efectos, los ahorros para la Ruta Norteamérica por este concepto serían entre US$ [3-4] y US$ [4-5] millones y para la Ruta Europa entre US$ [1,7-2,1] y [2,1-2,5] millones. Además de lo anterior, en estos informes se estima una disminución entre [3-6] y [9-12]% de costos derivado de un uso más eficiente de las fuerzas de ventas, lo que se traduciría en un ahorro entre US$ [3-4] y US$ [5-6] millones para la Ruta Norteamérica y entre US$[4-5] y [7-8] millones para la Ruta Europa.

iv. En relación con los gastos de marketing, los autores estiman una reducción en dichos gastos entre [5-20] y [30-45] %, lo que implicaría un ahorro para la Ruta Norteamérica entre US$ [0,5-2] y [4-5] millones y para la Ruta Europa entre US$ [0,5-2] y [3-4] millones.

v. Finalmente, sobre el ahorro en otros costos, el informe indica que al implementarse las Operaciones las aerolíneas rebajarían los costos de compensación a pasajeros que se ven afectados por problemas comerciales u operacionales, ya que dichos pasajeros podrían ser embarcados en aviones de los socios. El informe considera que esto significaría reducciones entre un [3-6] y [9-12] % en este gasto, lo que resultaría en ahorros para la Ruta Norteamérica entre US$ [0,2-0,5] y [0,7-1] millones y para la Ruta Europa entre US$ [0,2-0,5] y [0,6-1] millones.

205. Ninguno de los antecedentes aportados por las Partes explican cómo estos potenciales ahorros en costos serían traspasados a los consumidores, requisito esencial para considerar estas potenciales eficiencias en la evaluación del acuerdo consultado.

206. Con respecto a estas eficiencias, en BGR se destaca que para el aprovechamiento de economías de densidad es necesario el aumento de tráfico, lo que

dependería del efecto neto en el tráfico de los aumentos de precios en las rutas monopolizadas y la disminución de precios en rutas multiaerolínea. Si este resultado es positivo, podrían existir los ahorros adicionales derivados de economías de densidad. Por otro lado, con respecto a las eficiencias descritas en los Informes Deloitte, en BGR se cuestiona si es necesario celebrar acuerdos como el consultado, cuestión que no ha sido probada por las Partes (página 32).

207. Sin perjuicio de lo anterior, las eficiencias en costos que probablemente signifiquen disminuciones de precios en el corto plazo son aquellas que reducen los costos variables o marginales, por lo que sólo podrían considerarse los ahorros en gastos de compra conjunta de *catering* y combustible, además de las reducciones de comisiones en el canal de venta indirecto.

208. Adicionalmente, las cuantificaciones señaladas se realizan para todas las rutas comprendidas en los acuerdos consultados, por lo que no se puede distinguir la proporción de los beneficios estimados que corresponden a rutas que comprenden a Chile, que es lo relevante para la presente consulta.

G.2 Efectos en el transporte aéreo de carga

209. En la información aportada en el expediente, no existen suficientes antecedentes sobre los riesgos que las Operaciones generarían para el transporte aéreo de carga, especialmente en lo que se refiere a los riesgos unilaterales explotativos y exclusorios.

210. Las Partes afirman que los JBA consultados no generan ningún riesgo en este mercado, ya que existirían variados y relevantes servicios sustitutos que compiten con los servicios ofrecidos por las aerolíneas, los cuales ejercerían presión competitiva; no sería posible segmentar los mercados de transporte aéreo de carga por tipo de mercancía; y no existirían barreras a la entrada para ofrecer estos servicios.

211. Por otro lado, la FNE y Salmon Chile señalan, en términos similares, que atendidas las elevadas participaciones de mercado de las Partes, la existencia de barreras a la entrada y su cercanía competitiva, las Operaciones generarán riesgos para la competencia, ya que contarían con los incentivos y la habilidad para realizar alzas de precios (fojas 1847 y 932, respectivamente). Adicionalmente, la FNE

señala que podrían existir riesgos de coordinación, fundada en los antecedentes de conductas colusorias en esta industria. Afirma, además, que dada la importancia de la carga transportada en aviones de pasajeros, lo que se resuelva a este respecto debería incidir de manera directa en la evaluación competitiva del mercado de transporte aéreo de carga.

212. En cuanto a las eficiencias que podrían generar los acuerdos consultados en este mercado, en el informe RBB 1 se calculan los beneficios de la eliminación de la doble marginalización y ahorros en costos por economías de densidad, siguiendo la misma metodología empleada para el caso del transporte aéreo de pasajeros. De este modo, se estima que en la Ruta Europa se producirían beneficios entre [40-80] millones de euros para los nueve países de Sudamérica que forman parte de las rutas cubiertas por el JBA Europa, considerando la carga transportada en ambas direcciones. Para el caso particular de Chile, estos beneficios serían entre [5-15] millones de euros (página 36). En cuanto a la Ruta Norteamérica, no se han cuantificado beneficios, pero sí se indica que se producirían eficiencias de igual naturaleza que en la Ruta Europa (fojas 1058 vta.).

213. Con respecto a las estimaciones anteriores, la FNE señala que se remite a sus consideraciones sobre la inherencia y magnitud de las eficiencias derivadas de la eliminación de la doble marginalización y reducción de costos en el caso de transporte de pasajeros. Sin perjuicio de ello, sostiene que es poco razonable utilizar las mismas estimaciones de reducción de precios que en el mercado de pasajeros, atendidas las diferencias en elasticidades entre el transporte de pasajeros y de carga (fojas 1849). Por último, no se refiere a eficiencias en la Ruta Norteamérica debido a que "*no ha tenido a la vista antecedentes que permitan evaluarlas*" (fojas 1917).

214. Atendido lo anterior, tal como se indicó en los párrafos 106 y 138, los índices de concentración en el mercado de transporte aéreo de carga son más bajos y las barreras de entrada tienen una menor relevancia atendida la mayor flexibilidad de tiempo en comparación al mercado de transporte aéreo de pasajeros. Además, los clientes tienen un mayor poder de negociación con las líneas aéreas lo que podría compensar el ejercicio de un eventual poder de mercado de aquellas. Por lo anterior, estos acuerdos generarían menores riesgos que los expuestos

para el caso del transporte aéreo de pasajeros y, por tanto, no es necesario adoptar medidas para su aprobación.

G.3 Efectos en los Mercados conexos

215. Achet sostiene que las Operaciones también generarían riesgos unilaterales exclusorios en mercados conexos aguas abajo, específicamente, en el de agencias de viajes. La razón es que las Partes aumentarían su poder de negociación, por lo que sería esperable que reduzcan las remuneraciones y servicios de las agencias (fojas 260). Asimismo, argumenta que con los acuerdos consultados aumentarían los incentivos para que las aerolíneas favorezcan a sus agencias de viaje relacionadas (como LATAM con LATAM Travels, por ejemplo) perjudicando a los competidores del mercado de agencias de viaje, lo que además ya estaría ocurriendo (fojas 261).

216. En el informe de FK Consultores, presentado por la Consultante, se concluye lo mismo, señalándose incluso que las Partes podrían incurrir en una conducta constitutiva de estrangulamiento de márgenes. En concreto, indican que "*un JBA que reduzca el nivel de competencia en las rutas relevantes, disminuye la posibilidad de sustituir entre pasajes de diferentes aerolíneas, con lo que las agencias podrían verse obligadas a aceptar una disminución en las comisiones que reciben por sus servicios. Esto podría significar la salida del mercado de algunas agencias*" (fojas 2770).

217. La FNE identifica riesgos anticompetitivos similares debido a la integración vertical del grupo LATAM. Sostiene que las Operaciones aumentarían su poder de mercado aguas arriba, lo que le permitiría extenderlo aguas abajo, a través de una negativa de contratar u otro cierre anticompetitivo vertical del mercado (fojas 1824).

218. LATAM señala que no se generarían los riesgos señalados por Achet, ya que "*la información disponible sobre la industria parece indicar que la posición de las agencias de viaje tradicionales dentro del canal indirecto en realidad se ha visto mermada por la intensa competencia de agencias web y meta buscadores*" y no por operaciones como la consultada (fojas 1246 vta.). Con respecto a la inte-

gración vertical que mantiene con LATAM Travels, asegura que es "*sumamente común en la industria*" y que "*las tarifas de pasajes aéreos que LATAM ofrece son las mismas para todas las agencias de viaje que participan en el mercado*", sin preferencia por su agencia asociada (fojas 1246). Finalmente, argumenta que "*las agencias de viajes también pueden alcanzar acuerdos con las demás aerolíneas que operan en Chile*" (fojas 1246 vta. y 1247).

219. American, en su aporte de antecedentes, explica que un eventual aumento del poder de negociación de las aerolíneas frente a las agencias de viajes no afectaría a estas últimas, ya que las aerolíneas seguirían utilizando los canales de venta que ocupan en la actualidad y que, además, este no sería un problema de competencia sino que Achet perseguiría exclusivamente la protección de sus intereses particulares (fojas 1020 vta.).

220. Por último, en Butelmann 3 se señala que "*no es posible atribuir causalidad entre concentración y una supuesta reducción de comisiones a agencias de viaje*" (fojas 3428) y que además, "*los eventuales riesgos de exclusión de proveedores de servicios de distribución son verticales o de segundo orden, por lo cual basta con hacerse cargo de los riesgos horizontales para, en principio, mitigar eventuales riesgos en la distribución de pasajes aéreos*" (fojas 3429).

221. De todo lo expuesto, no es posible descartar que podrían producirse los efectos que señalan Achet y la FNE en el mercado conexo de las agencias de viajes. Sin embargo, no se aportaron antecedentes que permitan cuantificarlos ni se ha señalado cómo dichos riesgos producirían un daño al proceso competitivo más allá de los efectos que puedan tener en un determinado competidor.

H. Cuantificación de riesgos y beneficios

222. En esta sección se cuantifican los riesgos y eficiencias esperadas que producen los JBA consultados. Para ello, además de utilizar los antecedentes disponibles en el expediente, se ofició a las Partes con el objeto de recabar la siguiente información:

i. Información sobre la oferta de vuelos de las Partes: horarios, frecuencias y duración de los vuelos contenidos en los itinerarios comprendidos en cada acuerdo.
ii. Información sobre precios: precio cobrado y cantidad de pasajeros por cada par O&D vendido por cada aerolínea, independiente de quien haya operado cada vuelo. La información se solicitó tanto para vuelos directos como indirectos, desagregada en clase tarifaria, medio de venta, por origen en Santiago o regiones y tramo (ida o vuelta).
iii. Información sobre cantidad de pasajeros: tipo de pasajeros en cada vuelo (directo, indirecto *online* e indirecto multiaerolínea).

223. Se debe tener presente que mientras American e IAG entregaron toda la información solicitada, LATAM no entregó información de precios de vuelos indirectos para el caso en que el operador del vuelo troncal fuera otra aerolínea, lo que puede sesgar las estimaciones de los beneficios. Por esta razón, para estimar los efectos de los acuerdos consultados se utilizaron adicionalmente las bases de datos entregadas por las Partes a la FNE, que constan en el expediente de esta última a fojas 370, y la base de datos MIDT más actualizada.

224. La base de datos entregada por las Partes a la FNE contiene información acerca del número de pasajes vendidos para vuelos en el año 2015, en rutas entre Chile y Estados Unidos, Canadá y Europa, distinguiendo entre vuelos directos e indirectos y, además, entre aquellos en que el vuelo troncal fue operado por alguna de las Partes o por otra aerolínea, en el caso que existieran acuerdos de códigos compartidos o interlínea. Por la forma cómo se solicitó la información, esta base de datos no debiera tener sesgos en términos de proporción de pasajeros. Su principal diferencia con la información aportada por las Partes en este proceso radica en que esta última corresponde a los años 2016 y 2017. Con todo, es razonable suponer que las proporciones de tipos de pasajeros no varían de forma significativa de un año a otro.

225. Por su parte, la base de datos MIDT contiene información del número de pasajeros para las Rutas Europa y Norteamérica, la que se obtiene a partir de los pasajes vendidos a través de agencias de viajes. A diferencia de la anterior, en este caso sí podría existir un sesgo en términos de proporción de tipos de pasa-

jeros, ya que es razonable esperar que las personas que realizan viajes a lugares menos conectados lo hagan a través de agencias de viajes. Además, estos viajes se realizan generalmente a través de conexiones multiaerolínea, por lo que este tipo de pasajeros (multiaerolínea) podría estar sobrerrepresentado. Sin embargo, dado que se trata de información proporcionada por un tercero ajeno a las Operaciones y es ampliamente ocupada tanto por las Partes como por la FNE y en otras jurisdicciones, la información contenida en esta base ha sido de todos modos utilizada al efectuar los cálculos.

226. Con esta información, se ha usado como base metodológica un escenario conservador para cada una de las rutas que presentan riesgos para la competencia, esto es, Santiago-Miami y Santiago-Madrid. Como se verá en la sección H.1., este escenario contiene, por una parte, estimaciones de los riesgos por alzas de precios y, por otra, estimaciones de las eficiencias esperadas por la eliminación de doble marginalización y el aumento de tráfico para vuelos multiaerolínea. Estos riesgos y eficiencias representan, en conjunto, los "efectos directos" de los JBA consultados.

227. En lo que respecta a las eficiencias relacionadas con calidad y costos, que en conjunto, corresponden a los "efectos indirectos" de las Operaciones, cabe señalar que la exposición y estimación de éstas efectuadas por las Partes es incompleta y cuestionable en su magnitud y, como se expuso en la sección anterior, no se demostró cómo se traspasarían a los consumidores. Por esta razón, como se verá en la sección H.2., si bien estos efectos fueron analizados y recalculados, no fueron incorporados en la cuantificación final. Con todo, dadas las características de los acuerdos consultados, es razonable esperar que estos efectos indirectos se materialicen en alguna medida y beneficien en algún grado a los consumidores, por lo que se han tenido presentes en la ponderación y en el establecimiento de las medidas de mitigación.

I.1 Estimación de efectos directos

228. Para la estimación de los efectos directos, en primer lugar, fueron unificados los datos entregados por cada Parte. Luego, se identificaron los viajes comprendidos dentro de los JBA consultados y se distinguieron los vuelos indirectos *online* y multiaerolínea, ya que los beneficiados con los acuerdos son solamente estos

últimos, según se explicó en el párrafo 180. Además, se actualizaron los precios según la inflación de Estados Unidos, pues están expresados en dólares de dicho país, y se separaron los viajes según su origen real, es decir, especificando el lugar donde los pasajeros inician efectivamente su viaje. Esto último se debe a que el énfasis en la estimación de los riesgos y beneficios está puesto en los consumidores chilenos que viajan utilizando estas rutas. Con esta información se elaboró una base de datos propia ("Base TDLC").

229. Con las tres bases de datos mencionadas (TDLC, FNE y MIDT) se estimaron los efectos directos, cuantificados en dólares, restringiendo el origen a las ciudades de Chile.

230. Para el cálculo se usaron los resultados de Gillespie y Richard (2012), quienes encuentran aumentos de un 4,7% en los precios al disminuir un competidor en rutas directas. Además, sus resultados indican que agregar un competidor que tiene un acuerdo con ATI con otro que ya está operando en la ruta no tiene efecto en los precios, lo que muestra que otorgar un ATI es equivalente a la reducir un competidor, ya que en este caso las aerolíneas actúan como una sola en la ruta y no compiten entre sí. Esto es consistente con lo expuesto en el Estudio Mundial Compass, donde se estima que agregar un segundo competidor en una ruta monopolizada disminuye los precios en un 4,63%. La estimación de Gillespie y Richard (2012) también es cercana a BLS (2013), que encuentra aumentos en los precios de un 5% cuando se reduce un competidor en una ruta y menor a lo estimado en Butelmann 2 para rutas concentradas de la alianza Oneworld (7%).

231. Con esa información, se estimaron los riesgos para cada ruta, tomando en cuenta la cantidad y precios de los vuelos directos entre Santiago-Miami, para el caso del acuerdo entre LATAM y American, y Santiago-Madrid, para el caso de LATAM e IAG, y se asignó el porcentaje de aumento de precios utilizando la siguiente ecuación:

$$Riesgo = p * q * 4{,}7\%$$

donde p corresponde al precio promedio y q a la cantidad de pasajeros en cada caso.

232. Enseguida, tal como se explicó en la sección G.1.2. i, para pasajeros de viajes en conexión multiaerolínea se consideraron, por eliminación de la doble margi-

nalización, disminuciones de precios de un 5%. Esto es consistente tanto con el trabajo de BLS (2011), citado por las Partes y por la FNE, que estima para este efecto disminuciones de un 4,9%, como con Butelmann 2, en el que se estiman reducciones de un 5,5% para el mismo efecto. Cabe destacar que mientras BLS (2011) estima los efectos de otorgar un ATI, en Butelmann 2 se realiza un ejercicio similar, pero estudiando los efectos de *joint ventures*, como los consultados, que implican niveles de cooperación superiores, por lo que las disminuciones de precios también deberían ser mayores. Sin embargo, dado que se ha supuesto un escenario conservador, se ha utilizado el mencionado 5%.

233. La estimación de disminución de precios por la eliminación de la doble marginalización se realizó sobre la base de un escenario en el que los pasajeros vuelan en las rutas con acuerdos de código compartido. No obstante, se debe considerar que esto no representa a la totalidad de los pasajeros, ya que sólo una parte de ellos vuelan bajo este tipo de acuerdo. Por tanto, una estimación correcta debiera incorporar los efectos de pasar de un acuerdo interlínea, que corresponde a la mayoría de los pasajeros, a un acuerdo como el consultado.

234. Sin embargo, en el proceso no se cuenta con información específica del porcentaje de pasajeros que viaja en virtud de un acuerdo de códigos compartidos o de acuerdos interlínea entre las partes de cada uno de los JBA consultados. Sólo se cuenta con información de American y LATAM relativa al porcentaje de pasajeros que viaja en virtud de acuerdos de códigos compartidos, pero calculada sobre el total de vuelos indirectos de ambas aerolíneas (no sólo multiaerolínea), lo que corresponde a un 18,5% (página 22, Compass 1). De modo similar, no se cuenta con información específica sobre el nivel de códigos compartidos entre IAG y LATAM, pero de la revisión de la información aportada por las Partes a la FNE es posible concluir que el porcentaje de pasajeros que vuela con códigos compartidos entre estas aerolíneas es similar al caso anterior.

235. Con el objeto de obtener información acerca del número de pasajeros multiaerolínea que pasarán a viajar bajo acuerdos de código compartido luego de la materialización del JBA Norteamérica, se ofició a American para que entregara estimaciones relativas a eventuales aumentos de viajes con dichos códigos. American, sin embargo, sólo acompañó antecedentes de otros acuerdos similares y

sus efectos en esta materia, porque –sostuvo- no tenía disponible la información solicitada. Así, señaló que luego de un acuerdo similar al JBA Norteamérica celebrado entre ella e IAG para rutas transatlánticas, pasaron de tener un 6,2% de vuelos con códigos compartidos a un 87,5% sobre el total de viajes de ambas aerolíneas, no sólo de vuelos multiaerolínea. Asimismo, American se refirió al acuerdo entre Delta y Air France, en el que dicho porcentaje varió de un 20,7% a un 59%.

236. Atendido que el acuerdo entre American e IAG, mencionado en el párrafo anterior, se celebró entre dos Partes de esta consulta, se ha utilizado, sin considerar el escenario conservador, un criterio similar, esto es, suponer que el porcentaje actual de los vuelos con códigos compartidos (18,5%, según se indicó en el párrafo 234), aumentaría a un 87,5% después de materializados los JBA consultados. Esto significa que un 69% (87,5% menos 18,5%) de los pasajeros pasarían de un acuerdo interlínea a uno de códigos compartidos, producto de los acuerdos consultados. Asimismo, se estimó que la misma alza se debería producir en el caso particular de los vuelos multiaerolínea.

237. Para los pasajeros que pasarán de viajar en tramos con acuerdo interlínea a tramos con JBA, se ha estimado que sus tarifas disminuirán un 3,6% adicional al 5% señalado en el párrafo 184, siguiendo también lo estimado en BLS (2011). Es decir, los pasajeros que actualmente vuelan con acuerdo interlínea y producto de los acuerdos consultados pasarían a código compartido, pagarían un 8,6% menos que en la situación actual. Esto se traduce en la siguiente fórmula de cálculo para la eficiencia directa por menor precio en vuelos con conexión:

$$\textit{Eficiencia directa, menor precio, conexión} = p * q * (5\% + 69\% * 8{,}6\%)$$

238. Para la cuantificación se ha considerado un aumento de un 8% en el tráfico de pasajeros en conexión. Lo anterior porque la última estimación de aumento de tráfico entregada por las Partes (Butelmann 2) es cuestionable ya que, a diferencia de las estimaciones de otros efectos (como precios directos e indirectos), presenta en este caso resultados inconsistentes. En efecto, la variable que representa rutas con ATI tiene un efecto negativo (fojas 2998), lo que implica que los aumentos de tráfico producto de las Operaciones debieran ser menores que aquellos propuestos en dicho informe.

239. Los resultados de las estimaciones de los efectos directos se muestran en el siguiente cuadro:

	Norteamérica						
	Eficiencias Directas *			Riesgos *			**Riesgo/ Beneficio**
Estimación	American	LATAM	Total	American	LATAM	**Total**	
Base TDLC	$83,040	$583,425	$666,465	$728,666	$2,081,360	$2,810,026	2,82
Datos FNE	$124,294	$873,270	$997,564	$728,666	$2,081,360	$2,810,026	2,51
Datos MIDT	$201,374	$1,444,665	$1,646,039	$781,822	$3,342,355	$4,124,176	0,51

	Europa						
	Eficiencias Directas *			Riesgos *			**Riesgo/ Beneficio**
Estimación	IAG	LATAM	Total	IAG	LATAM	**Total**	
Base TDLC	$ 240.843	$ 931.458	$ 1.172.302	$ 902.607	$ 1.847.821	$ 2.750.427	2,35
Datos FNE	$ 1.483.794	$ 3.008.815	$ 4.492.610	$ 804.870	$ 2.171.990	$ 2.976.859	0,66
Datos MIDT	$ 357.295	$ 1.219.138	$ 1.576.433	$ 190.135	$ 353.287	$ 543.422	0,34

*Resultados en dólares, ajustado a Septiembre de 2018.

Fuente: Estimaciones propias.

240. En la tabla anterior, en la fila correspondiente a la Base TDLC, se puede observar que los riesgos de cada JBA consultado son considerablemente mayores que sus eficiencias directas. En efecto, para el caso de la Ruta Norteamérica los riesgos son entre dos y tres veces mayores a sus eficiencias directas, mientras que para la Ruta Europa esta razón es superior a dos.

I.2 Efectos indirectos

241. De acuerdo con lo indicado por las Partes, los JBA consultados producirán mejoras significativas en la calidad del servicio, estimando que, sólo por este concepto, las eficiencias serán muy superiores a los riesgos que podrían generarse, sobre todo para la Ruta Norteamérica. Para fundamentar estos beneficios, las Partes se remiten a los cálculos que sobre esta materia se realizan en los informes Compass.

242. A continuación se muestra el análisis y evaluación de dichos cálculos, usando la Base TDLC, para lo cual se han considerado las prevenciones metodológicas que a este respecto formuló la FNE y el informe BGR.

243. En primer lugar, para el análisis de los beneficios por mejoras en calidad en la Ruta Norteamérica, se han utilizado dos bases de datos entregadas por American. Una contiene los datos actuales del modelo QSI, mientras que la segunda contiene la misma información, pero incorporando proyecciones de los efectos del JBA propuesto. Las bases contienen:

i. Los datos que alimentan el modelo, coeficientes empleados y explicación de la metodología utilizada;
ii. Información relativa a las proyecciones de códigos compartidos producto del acuerdo y al aumento en la cantidad de vuelos *behind and beyond* en las rutas comprendidas en el acuerdo; y
iii. La última estimación de la demanda para cada par O&D.

244. Enseguida, se aplicó la misma metodología presentada por las Partes, desagregando los resultados por pares O&D y por tipo de vuelo. Lo anterior, con el fin de analizar en detalle los resultados en la calidad producto del acuerdo propuesto, para cada tipo de consumidor.

245. Para estos efectos, se utilizaron las proyecciones que realizó American sobre ciertas características de itinerarios elaborados como consecuencia de la celebración del JBA Norteamérica. Además, de las estimaciones realizadas en los informes Compass se pudo obtener la metodología específica que utilizaron para cuantificar los beneficios derivados de las mejoras en calidad, la que no se replica haber sido declarada confidencial a fojas 445.

246. Con ambas bases de datos acompañadas se calculó el cambio proyectado por American en el número de pasajeros transportados por las aerolíneas producto del JBA propuesto, desagregado por viajes directos e indirectos. Este cálculo corresponde al mismo efectuado en los informes Compass 1 y 2, lo que fue verificado con los códigos de programación que fueron acompañados a dichos informes.

247. Con estos supuestos, se estimó que, producto del JBA entre American y LATAM, los pasajeros con origen real en Chile a diferentes ciudades de Estados Unidos aumentarían en promedio un 5%. Además, se estimó una reducción de pasajeros en las rutas directas a Norteamérica en un 2%.

248. Se puede inferir que la disminución de pasajeros en vuelos directos corresponde a un desvío hacia viajes indirectos, por los aumentos en calidad de estos últimos. Esto implica que a estos pasajeros no se les debe imputar beneficios por mejoras en calidad, ya que estarían dispuestos a cambiarse a un vuelo indirecto, lo que puede razonablemente ser considerada más bien una reducción de la misma. Dado esto, los beneficios efectivos por cambios en calidad se deben calcular descontando los pasajeros dispuestos a cambiar un tipo de viaje por otro.

249. Aplicando la misma ecuación propuesta en los informes Compass a la información pertinente a Chile, se obtuvo el beneficio potencial derivado de las mejoras en calidad producto del JBA entre American y LATAM, el que asciende a US$ 2.843.795. Este valor es sustancialmente menor al propuesto por Compass (US$ 15.000.000), debido a los ajustes realizados en el origen real de los pasajeros y en el traspaso de pasajeros directos hacia vuelos indirectos.

250. En segundo término, en lo que respecta ahora a la Ruta Europa, a fojas 1691 IAG también acompañó un análisis de calidad a través del modelo QSI, pero de menor profundidad que aquellos presentados por American.

251. Considerando los mismos supuestos que hace American para sus cálculos, además de suponer que la proporción de pasajeros por clase es la misma para las rutas a Europa y a Norteamérica y que los pasajeros directos disminuyen (tal como se explicó para esta última ruta), se ha estimado un beneficio por mejoras en calidad para la Ruta Europa producto del JBA consultado ascendente a US$ 1.448.879.

252. No obstante el análisis expuesto en los párrafos precedentes, tal como se adelantó, no fueron sumadas las cuantificaciones de las eficiencias por mejoras en calidad a las eficiencias directas antes cuantificadas, por las siguientes razones:

i. A pesar de que se cuenta con información del modelo QSI que permite replicar, con ajustes, los cálculos realizados por las Partes, existen supuestos claves de dicho modelo que no son susceptibles de revisión. En particular, tal como expusieron la FNE y BGR, no es posible revisar cómo el modelo realiza las proyecciones de aumentos de pasajeros producto del acuerdo consultado, lo que imposibilita verificar estas eficiencias; y

ii. Como se expuso en el párrafo 195, es posible que las mejoras en calidad se traduzcan en una mayor disposición a pagar por parte de los pasajeros, lo que presionaría al alza la demanda, produciendo que las aerolíneas respondan con aumentos de precios. En este caso, los beneficios por mejoras en calidad podrían llegar a ser hasta nulos, como se reconoce en RBB 3.

253. En seguida, en cuanto a las sinergias en costos, tal como se explicó en los párrafos 205 y siguiente, sólo se han tomado en cuenta los ahorros en costos producto de las Operaciones que sean traspasables a consumidores y que correspondan a pasajeros que viajen en rutas que comprendan ciudades de Chile.

254. Estos ahorros en costos son cuantificados por las Partes para la Ruta Norteamérica entre US$ 7 y 10 millones, sin considerar los ahorros en gastos de combustible; cálculo en el que se incluye a Chile, Perú, Brasil, Uruguay, Colombia y Paraguay. Los beneficios para los consumidores chilenos del ahorro de costos calculado dependerán del porcentaje de viajes que tengan como origen o destino ciudades de nuestro país, además de la tasa de traspaso de los menores costos a los consumidores. Sin embargo, no existen antecedentes suficientes en autos para efectuar supuestos a este respecto.

255. A su vez, las estimaciones de ahorro de costos producto del JBA Europa, hechas por las Partes para Chile, Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, Paraguay, Perú y Uruguay, suman entre US$ 4 y 6 millones, sin considerar los menores gastos en combustibles. Caben aquí las mismas prevenciones efectuadas en el párrafo anterior.

256. En suma, los cálculos de sinergias se han realizado para todas las rutas comprendidas en los acuerdos consultados, sin distinguir aquellas rutas que tienen ciudades de Chile como origen o destino. Asimismo, se asume, sin antecedentes, que el 100% de los menores costos que se producirían por estos conceptos se traspasarían a los consumidores en forma de menores precios. Por todo esto, y al igual que en el caso de las eficiencias por mejoras en la calidad, los cálculos de ahorros de costos son imposibles de verificar y, por tanto, no deben ser agregados a los efectos directos antes cuantificadas.

I. Medidas de mitigación

257. Como se ha mostrado cuantitativamente en la sección anterior, bajo los supuestos con los que se ha efectuado el análisis y con las restricciones informacionales propias del proceso, se ha llegado a la conclusión que los riesgos que derivan de los acuerdos consultados superan a sus beneficios. Por esto, corresponde establecer medidas de mitigación para atenuar la entidad, magnitud y extensión de los mismos.

258. En concreto, el objetivo de las medidas de mitigación que se imponen a las Partes tienen por finalidad central restaurar, en la mayor medida posible, las condiciones de competencia previas a la materialización de los JBA consultados, fomentando, por un parte, la entrada de nuevos competidores (especialmente en las rutas Santiago-Miami y Santiago-Madrid) y, por otra, impedir que el poder de mercado que adquirirán las Partes en dichas rutas pueda traducirse en conductas explotativas, particularmente, alzas de precios y disminuciones en la calidad de los servicios ofrecidos.

259. Siguiendo los criterios habituales en la materia, las medidas o condiciones que se imponen son: (i) proporcionales, esto es, responder de manera equitativa y razonable a los riesgos que pretenden enervar; (ii) materialmente posibles de aplicar y ejecutar; (iii) eficaces, en tanto su aplicación implica un contrapeso o contención respecto de los riesgos detectados; y, (iv) susceptibles de fiscalización y monitoreo independiente y efectivo.

260. A fojas 3071 y 3097, las Partes acompañaron sus propias propuestas de medidas de mitigación, que se resumen a continuación:

i. mantención de una capacidad mínima entre Santiago-Madrid y Santiago-Miami;
ii. aumento de capacidad entre Chile-Europa y Chile-Estados Unidos y Canadá;
iii. ofrecer la posibilidad de participar en su programa de pasajero frecuente ("PPF") a aerolíneas que comiencen a operar ruta Santiago-Madrid y Santiago-Miami en vuelo directo;

iv. ofrecer acuerdos de combinación de tarifas;
v. ofrecer acuerdos de prorrateo especial;
vi. designar un consultor independiente que supervisará cumplimiento de los compromisos; y
vii. Obligación de consultar las Operaciones en un plazo de siete años.

261. Las medidas adoptadas en esta resolución tienen como base estas propuestas, pero no se identifica plenamente con las, sino que han sido desarrolladas considerando de manera específica las particularidades identificadas durante el análisis.

262. Como se señaló en el párrafo 143, un primer riesgo identificado es un aumento de precios en las rutas monopolizadas, esto es, viajes directos en las rutas Santiago-Miami y Santiago-Madrid. Para mitigarlo, las Partes ofrecieron mantener su capacidad actual en dichas rutas, con el objeto de impedir la disminución de la oferta de asientos y por consiguiente, el aumento de los precios. Sin embargo, en la forma que fue ofrecida, la medida es insuficiente, pues lo relevante es que no disminuya la oferta de vuelos *directos* en las rutas monopolizadas. Ello podría ocurrir si las Partes ofrecen los vuelos en dichas rutas prioritariamente para completar vuelos en conexión. Por esto, la medida propuesta por las Partes debe ser complementada con la mantención de la proporción actual de pasajeros que viajan de forma directa en los tramos Santiago-Miami y Santiago-Madrid.

263. También para mitigar el riesgo de aumento de precios, las Partes han ofrecido aumentar la capacidad de asientos para las rutas Europa y Norteamérica. Esto incluye la oferta de un nuevo servicio sin escalas en la Ruta Norteamérica, con destino diferente a los ya operados por ellas (Miami, Dallas, Nueva York o Los Ángeles). Esta medida complementa la anterior, ya que como existe un crecimiento histórico de tráfico, la simple mantención de capacidad resulta insuficiente para garantizar que dicho crecimiento no se vea perjudicado producto del aumento de poder de mercado de las Partes en las rutas monopolizadas. Para el caso de la Ruta Europa, se ofrece un crecimiento en tres años de un 24,4% respecto de lo ofertado en el año 2016, lo que corresponde a un 7,4% al año, el que es mayor al crecimiento histórico del tráfico total en dicha ruta. Por su parte, para la Ruta Norteamérica, se ofrece un crecimiento en tres años de un 19% respecto de lo ofertado en el año 2016, lo que corresponde a un crecimiento anual de un

6%, el que en este caso es menor al crecimiento histórico del tráfico total en dicha ruta. Considerando estas propuestas, se ha fijado un crecimiento de un 20% para ambas rutas, en un plazo de tres años contado en la forma que se detalla en la segunda medida. Asimismo, con el objeto de evitar alzas de precios en las rutas monopolizadas, se ha fijado un crecimiento similar a aquel entre los años 2015 y 2018 para la ruta Santiago-Miami y Santiago-Madrid, en un plazo de tres años, también contado en la forma que se detalla en la señalada medida.

264. En segundo término, tal como se explicó en la sección G.1.2.ii, también se identificaron riesgos unilaterales exclusorios. Para mitigarlos, las Partes propusieron establecer la obligación de ofrecer acuerdos de PPF, combinación de tarifas y prorrateo especial a aquellas aerolíneas que comiencen a operar las rutas monopolizadas, bajo ciertas condiciones estándar en la industria. Estas medidas son efectivas para incentivar la entrada de competidores a las rutas, ya que atenúan algunas de las barreras a la entrada mencionadas en la sección F. En específico:

i. Si un entrante suscribe un acuerdo de PPF con alguna de las Partes, sus pasajeros podrán acumular puntos en el programa de pasajero frecuente de estas últimas. Asimismo, el pasajero que pertenece al PPF de alguna de las Partes no dejará de acumular puntos en dicho programa por volar con el nuevo competidor;
ii. Los acuerdos de combinación de tarifas permiten a las aerolíneas que operan un tramo troncal ofrecer a otra que opere el mismo tramo asientos en su vuelo. En este caso, las Partes deberán ofrecer a un entrante al tramo troncal Santiago-Miami o Santiago-Madrid, asientos en sus vuelos los días en que éste no opere el respectivo tramo, de modo que pueda ofrecer mayor flexibilidad de alternativas a sus consumidores; y
iii. Los acuerdos de prorrateo especial permiten que una aerolínea acceda a los vuelos *behind* o *beyond* de otra. En este caso, un entrante en las rutas monopolizadas podrá acceder a vuelos en conexión desde Santiago ofrecidos por LATAM, desde Miami ofrecidos por American y desde Madrid ofrecidos por IAG, aumentando así su oferta de destinos.

265. Junto con lo anterior, también para mitigar los riesgos de exclusión, se prohibirá el cobro de precios implícitos negativos en vuelos indirectos que contengan

como tramo troncal los vuelos Santiago-Miami y Santiago-Madrid. Es decir, el precio cobrado por el viaje directo entre Santiago y Miami o Madrid no podrá ser mayor a aquel cobrado por un viaje indirecto que contenga a dicho vuelo como tramo troncal.

266. Finalmente, para facilitar la fiscalización de las Operaciones y el cumplimiento de las medidas impuestas, las Partes deberán designar un consultor aprobado por la FNE y consultar la renovación de la vigencia de los acuerdos al cabo de cinco años.

267. Junto con estas medidas destinadas a mitigar los riesgos identificados derivados de la Operación, es necesario además imponer una forma específica de reparto de ingresos, atendido que los cálculos efectuados y las consiguientes medidas de mitigación se basan en ella, tal como se señaló en el párrafo 9. La forma de reparto impuesta está basada en lo señalado por las Partes respecto del JBA Norteamérica.

PRIMERA MEDIDA: Fórmula de reparto de ingresos en los JBA consultados

268. La fórmula de reparto de ingresos entre LATAM e IAG incluida en el JBA Europa, y entre LATAM y American incluida en el JBA Norteamérica, deberá estar basada en la agregación en un *pool* de la totalidad de los ingresos generados en los vuelos troncales en las rutas comprendidas en los respectivos JBA. Dicho *pool* deberá ser repartido entre las Partes de cada JBA consultado en función de la capacidad con que cada una de ellas opera en las mencionadas rutas.

SEGUNDA MEDIDA: Compromiso de capacidad mínima de pasajeros en vuelos directos

269. Durante el periodo de vigencia de los JBA consultados, las Partes deberán mantener, anualmente, en los vuelos directos en las rutas Santiago-Miami y Santiago-Madrid, al menos la oferta de asientos vendidos durante el año 2018 en cada una de esas rutas. Además, deberán al menos mantener en dichos vuelos la proporción de pasajeros que durante el año 2018 tuvieron como destino final Miami y Madrid, respectivamente.

270. Esta medida:

a) Quedará sin efecto si se produce la entrada de un nuevo operador a dichas rutas directas, o de uno existente que no se encuentre operando en ellas, que no pertenezca a la alianza Oneworld y no forme parte de los grupos empresariales de alguna de las Partes. La medida volverá a aplicarse en caso que dicho entrante deje de operar en la ruta respectiva;
b) Se podrá suspender hasta por 90 días en caso de fuerza mayor, lo que deberá ser calificado por la FNE previa notificación por las Partes del evento constitutivo de aquella; y
c) Se podrá suspender en caso de recesión económica en Chile, Europa o Norteamérica, según corresponda atendida la ruta de que se trate. Se entenderá que existe recesión cuando el Producto Interno Bruto ("PIB") nominal disminuya por dos o más trimestres consecutivos, de acuerdo con los índices del Instituto Nacional de Estadísticas para Chile, el Eurostat para Europa y el US Department of Commerce Bureau of Economic Analysis para Estados Unidos. La suspensión de la medida deberá ser notificada a la FNE y podrá extenderse hasta por 90 días luego del cese de la recesión.

TERCERA MEDIDA: Compromiso de aumento de capacidad de pasajeros en vuelos a Europa y EEUU/Canadá.

271. Las Partes deberán aumentar la cantidad de asientos vendidos en los vuelos Chile-Europa y Chile-Norteamérica en al menos un 20% de lo ofertado para cada uno de esos vuelos, respectivamente, durante el año 2018. Asimismo, las Partes deberán aumentar la cantidad de asientos vendidos en los vuelos directos Santiago-Miami y Santiago-Madrid en al menos su crecimiento entre los años 2015 y 2018.

272. Estas medidas:

a) Deberán ser cumplidas en un plazo de tres años contado desde la fecha de implementación del respectivo JBA. La capacidad alcanzada se deberá mantener al menos hasta la siguiente revisión de los JBA consultados;
b) Quedará sin efecto si se produce la entrada de un nuevo operador a la ruta Santiago-Miami o Santiago-Madrid, según sea el caso, o de uno existente que no se encuentre operando en ellas, que no pertenezca a

la alianza Oneworld y no forme parte de los grupos empresariales de alguna de las Partes. La medida volverá a aplicarse en caso que dicho entrante deje de operar en la ruta correspondiente;

c) Se podrá suspender hasta por 90 días en caso de fuerza mayor, lo que deberá ser calificado por la FNE previa notificación por las Partes del evento constitutivo de aquella; y

d) Se podrá suspender en caso de recesión económica en Chile, Europa o Norteamérica, según corresponda atendida la ruta de que se trate. Se entenderá que existe recesión cuando el PIB nominal disminuya por dos o más trimestres consecutivos, de acuerdo con los índices del Instituto Nacional de Estadísticas para Chile, el Eurostat para Europa y el US Department of Commerce Bureau of Economic Analysis para Estados Unidos. La suspensión de la medida deberá ser notificada a la FNE y podrá extenderse hasta por 90 días luego del cese de la recesión.

CUARTA MEDIDA: Limites a precios implícitos negativos

273. Las Partes no podrán cobrar por sus vuelos indirectos precios menores que aquellos que cobran por sus vuelos directos Santiago-Miami y Santiago-Madrid, cuando estos últimos sean utilizados como insumo para los primeros.

QUINTA MEDIDA: Acuerdos de programas de pasajero frecuente

274. Las Partes deberán celebrar un acuerdo de pasajero frecuente con las aerolíneas que los soliciten y que comiencen a operar en las rutas Santiago-Miami y Santiago-Madrid, sin escalas, siempre que no pertenezcan a las alianzas Oneworld, SkyTeam y Star Alliance, ni estén relacionadas con las Partes o sus grupos empresariales.

275. El acuerdo de pasajero frecuente deberá contener las mismas condiciones de aquellos que las Partes hayan celebrado con otras aerolíneas de la alianza Oneworld que no sean miembros de los JBA consultados, especialmente en lo que se refiere a acumulación y canje de millas.

276. Esta medida terminará en el evento que el entrante deje de operar servicios sin escalas en las rutas Santiago-Miami o Santiago-Madrid, según corresponda.

SEXTA MEDIDA: Acuerdos de combinación de tarifas

277. Las Partes deberán celebrar un acuerdo que posibilite la combinación de tarifas con las aerolíneas que lo soliciten y que comiencen a operar las rutas Santiago-Miami y Santiago-Madrid, sin escalas.

278. Esta medida estará sujeta a las siguientes condiciones y modalidades:

i. Los vuelos sin escala operados por las Partes sólo estarán disponibles para el nuevo operador aquellos días de la semana en que este último no opere un vuelo en las mencionadas rutas;
ii. El nuevo operador deberá satisfacer los requerimientos técnicos exigidos por las Partes a otros miembros de la alianza Oneworld con quienes tienen acuerdos combinación de tarifas; y
iii. La combinación de tarifas se deberá ofrecer sobre la base de las tarifas publicadas por las Partes. Cuando la tarifa publicada corresponda a vuelos de ida y vuelta, la base estará compuesta por la mitad de la tarifa de ida y vuelta ofrecida por la Parte correspondiente más la mitad de la tarifa de ida y vuelta ofrecida por el nuevo operador.

279. Esta medida terminará en el evento que el entrante deje de operar servicios sin escalas en las rutas Santiago-Miami o Santiago-Madrid, según corresponda.

SÉPTIMA MEDIDA: Acuerdos de prorrateo especial

280. Las Partes deberán celebrar un acuerdo de prorrateo especial con aerolíneas que lo soliciten y que comiencen a operar las rutas Santiago-Miami y Santiago-Madrid, para los tramos behind o beyond que no son cubiertos por las solicitantes.

281. Esta medida estará sujeta a las siguientes condiciones y modalidades:

a) Deberá celebrarse en términos que sean al menos equivalentes a los términos acordados por las Partes bajo un acuerdo de prorrateo especial existente con cualquier otra aerolínea para la misma ruta y clase tarifaria.
b) El precio cobrado al nuevo competidor por el tramo behind o beyond no debe ser mayor a su precio implícito, esto es, a la diferencia entre el

precio cobrado por las Partes a sus consumidores por el vuelo directo y el precio del vuelo indirecto que incluye ambos tramos; y

c) El nuevo entrante podrá seleccionar hasta un máximo de:
   i. 6 rutas behind/beyond desde Santiago operadas por LATAM
   ii. 15 rutas behind/beyond desde Miami operadas por American
   iii. 15 rutas behind/beyond desde Madrid operadas por IAG
d) No se aplicará a las aerolíneas que operan en las rutas Santiago-Madrid y Santiago-Miami que tengan como hubs aeropuertos en alguna de esas tres ciudades.

OCTAVA MEDIDA: Consultor

282. Las Partes deberán designar, a su costo, un Consultor con experiencia y conocimiento de la industria, el que deberá ser aprobado por la FNE. Dicho consultor fiscalizará el cumplimiento de las medidas de mitigación impuestas en esta resolución.

283. Esta medida estará sujeta a las siguientes condiciones y modalidades:

i. El Consultor deberá ser independiente de las Partes y de cualquier otra compañía que forme parte de sus respectivos grupos empresariales. Adicionalmente deberá estar libre de conflictos de interés y no puede haber tenido relación alguna, directa o indirecta, laboral, de consultoría o de otro tipo con algunas de las Partes durante los últimos tres años. Tampoco podrá tener alguna de las relaciones descritas durante los tres años siguientes al término de sus funciones;
ii. En el plazo de diez días contado desde que se implemente cualquiera de los JBA consultados, las Partes deberán presentar a la FNE para su aprobación los nombres de al menos tres personas o entidades que ellas consideren adecuadas para cumplir el rol de Consultor. La propuesta deberá contener información suficiente para que la FNE pueda verificar que las personas o entidades propuestas cumplan con los requisitos previamente descritos. La FNE deberá designar al Consultor dentro de los diez días siguientes a la recepción de la propuesta de las Partes; y
iii. Las Partes estarán obligadas a entregar al Consultor, en la forma y oportunidad que éste les señale, la información necesaria para el

cumplimiento de sus funciones. Esto incluye acceso irrestricto, total, permanente y continuo, tanto fuera como dentro de Chile, a sus bases de datos, sistemas, contabilidad y contratos; a su documentación corporativa, legal, operacional, financiera, contable y tributaria; y a sus instalaciones, oficinas, centros de procesamiento de datos o de llamadas, servidores e inmuebles. Todas las comunicaciones escritas intercambiadas recíprocamente entre el Consultor y las Partes, deberán ser remitidas con copia a la FNE.

iv. Si el Consultor, durante la vigencia de su contrato, cesare por cualquier causa en el ejercicio de sus deberes o incumpliere gravemente con los mismos, las Partes, previa indicación en tal sentido por parte de la FNE, deberá terminar anticipadamente el contrato con él y efectuar una nueva preselección de candidatos, en los términos, plazos y condiciones establecidos en los numerales precedentes. En este caso, podrá requerirse al Consultor que continúe en sus funciones hasta que su sucesor haya sido designado y haya recibido a su entera satisfacción toda la información relevante de parte del primero.

NOVENA MEDIDA: Plazo de aprobación y obligación de consulta

284. Los JBA consultados se aprueban por un periodo de cinco años contados desde que la presente resolución quede firme o ejecutoriada.

285. Hasta seis meses antes del plazo antes señalado, las Partes deberán consultar a este Tribunal su renovación. En el evento que el Tribunal dicte su resolución con posterioridad al vencimiento del plazo de cinco años, los acuerdos continuarán vigentes hasta que la respectiva resolución quede firme o ejecutoriada.

286. La implementación de los JBA consultados deberá ser notificada a la FNE con al menos treinta días de anticipación.

III. PARTE RESOLUTIVA

De conformidad con los antecedentes que obran en autos y teniendo presente lo dispuesto en los artículos 1°, 2°, 3°, 18 y 31 del Decreto Ley N° 211,

SE RESUELVE:

Declarar que los *Joint Business Agreements* celebrados entre LATAM y American, por una parte, y LATAM e IAG, por otra, se ajustan a las normas del Decreto Ley N° 211, siempre que cumplan de manera íntegra con todas y cada una de las medidas señaladas en las sección I de esta resolución en la forma que se detalla en dicha sección. Esas medidas son, en resumen, las siguientes:

1) Establecer una fórmula de reparto de ingresos en los JBA consultados;
2) Mantener la capacidad ofrecida en las rutas directas Santiago-Miami y Santiago-Madrid;
3) Aumentar la capacidad ofrecida en las Rutas Norteamérica y Europa;
4) No cobrar precios implícitos negativos en rutas indirectas que tengan como tramo troncal los vuelos Santiago-Miami y Santiago-Madrid;
5) Ofrecer acuerdos de programa de pasajero frecuente a nuevos entrantes en las rutas directas Santiago-Miami y Santiago-Madrid;
6) Ofrecer acuerdos de combinación de tarifas a nuevos entrantes en las rutas directas Santiago-Miami y Santiago-Madrid;
7) Ofrecer acuerdos de prorrateo especial a nuevos entrantes en las rutas directas Santiago-Miami y Santiago-Madrid;
8) Designar a un Consultor para la fiscalización de estas condiciones; y
9) Consultar a este Tribunal seis meses antes de que cualquiera de los acuerdos cumpla 5 años de vigencia.

Se previene que la Ministra Sra. María de la Luz Domper, no obstante concurrir al voto de mayoría, estuvo por no incluir el párrafo 14. Lo anterior por cuanto, a su juicio, la letra a) del inciso segundo del artículo 3º del D.L. 211, no establece una regla per se en materia de colusión. Ello debido a que el inciso primero del artículo tercero establece que: "El que ejecute o celebre, individual o colectivamente cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos, será sancionado con las medidas señaladas en el artículo 26 de la presente ley… ". De esta forma para sancionar las conductas a las que hace mención el artículo tercero, es necesario probar que éstas impiden, restringen o entorpecen la libre competencia o tienden a ello. Asimismo, si bien comparte la octava medida estima que el Consultor independiente establecido en ella no debe ser aprobado por la FNE, por cuán-

to la ley no la faculta expresamente para ello. Por último, estuvo por señalar que eventuales conductas anticompetitivas que puedan estar cometiendo las Partes en el mercado de agencias de viajes, como estrangulamiento de márgenes, negativa de venta u otras, no son objeto de este proceso y su conocimiento deberá ser materia de un eventual procedimiento contencioso y no en ocasión de una consulta como la de autos, razón por la cual no se pronunciará a este respecto en esta oportunidad.

Acordada con el **voto en contra** del señor Jaime Arancibia Mattar, quien estuvo por rechazar la consulta presentada por Achet en atención a que contiene una pretensión de naturaleza litigiosa respecto de terceros, LATAM, American, Iberia y British Airways, que sólo pudo haber sido resuelta en el fondo en virtud de un procedimiento contencioso:

1) A juicio de este disidente, y conforme a consideraciones que tuvo oportunidad de desarrollar con mayor extensión en su prevención de la Resolución de este Tribunal de 18 de diciembre de 2017 en rol NC Nº 443-17, y en su voto en contra de la Resolución N° 53 de cinco de septiembre de 2018 en procedimiento NC N°435-16, el carácter no contencioso de un proceso se funda únicamente en la inexistencia de una pretensión litigiosa, entendiendo por tal aquélla cuya satisfacción exige afectar la posición jurídica de un tercero que no ha manifestado su conformidad con la misma y que, por tanto, adquiere la calidad de "adversario", a menos que se allane. Por esta razón, los procesalistas clásicos conciben la acción simplemente como "el poder frente al adversario" (Chiovenda, Giuseppe, La acción en el sistema de los derechos, Edeval, 1992, p. 36), de modo que cualquier pretensión que tenga por objeto la tutela de un interés mediante la afectación directa de un interés ajeno y desprevenido es de carácter contencioso y, por tanto, debe tramitarse conforme al procedimiento correspondiente a su naturaleza.

2) En el presente caso, dado que la solicitud presentada por Achet tiene por objeto la tutela de la libre competencia mediante el rechazo de un JBA de líneas aéreas que no concurren a la solicitud, el asunto es de naturaleza contenciosa porque la satisfacción de dicha pretensión exige afectar intereses ajenos sin su consentimiento. Por razones de

debido proceso, semejante pretensión debe ser tramitada como litigio (Cfr. Sentencia de la Excma. Corte Suprema, rol Nº 21.791-2014, c. 7º y 8º);

3) En virtud de estas consideraciones, la interposición de una consulta como la de autos, que tiene por objeto la prohibición de un acuerdo respecto de empresas que no figuran entre las solicitantes, envuelve una pretensión de afectación de los intereses de terceros que hace que el asunto sea, a todas luces, contencioso y que deba tramitarse conforme al procedimiento ad hoc dispuesto en los artículos 19 al 29 del D.L. N°211. El carácter contencioso de la solicitud salta a la vista en la primera página del escrito, cuando Achet pide respecto del JBA su "absoluto rechazo, ya que su materialización causará graves perjuicios para la competencia, afectando seriamente al mercado del turismo en nuestro país, a las agencias de viajes, a los operadores turísticos y a los consumidores". Semejante tenor y petición de impedir actos de terceros por infringir gravemente el D.L. 211 es claramente contenciosa y merece una tramitación como tal.

4) Cabe precisar, adicionalmente, que la pretensión deducida por Achet es de naturaleza contenciosa incluso aunque no contenga una imputación de responsabilidad o petición de sanciones a las aerolíneas que forman parte del JBA. Los procesos contenciosos en libre competencia pueden tener por objeto: a) el simple cese o prevención de los efectos de actos anticompetitivos actuales y futuros de un tercero (v. gr. conductas, actos licitatorios, contratos, planes de autorregulación, etc.), y su eventual modificación a través de medidas constitutivas; y/o b) la sanción de los sujetos responsables de tales actos por culpa infraccional. El procedimiento actual sólo tiene por objeto el primer tipo de pretensión, es decir, impedir o prevenir un acuerdo comercial que se estima anticompetitivo. Desde el momento mismo en que dicha pretensión se dirige en contra de un tercero que no concurre favorablemente a la solicitud, el asunto es necesariamente contencioso.

5) Por la misma razón, el asunto es de naturaleza contenciosa incluso aunque la pretensión se refiera a un hecho futuro. Cabe aclarar que se

trata de una pretensión y controversia *actual* respecto de un hecho futuro. El carácter contencioso del proceso no depende del momento en que ocurra el hecho acusado sino de la existencia en tiempo presente de una pretensión de afectación de intereses ajenos no compartida ni aceptada por los titulares de éstos. Sostener lo contrario significaría tramitar mediante un procedimiento no contencioso ante los tribunales de justicia cualquier pretensión cautelar, precautoria o innovativa respecto de hechos futuros de terceros que sean riesgosos o amenazantes, lo que ciertamente es contrario a la lógica del proceso civil, que no duda en calificar y tratar tales pretensiones como contenciosas, normalmente de tratamiento incidental ("sabemos que incidente es toda *controversia* accesoria sobre la cual debe recaer un procedimiento del tribunal", Salas Vivaldi, Julio, *Los incidentes*, Editorial Jurídica de Chile, 7ed., 2012, p. 45. El destacado es nuestro).

6) En consecuencia, dado que la pretensión litigiosa presentada en este caso fue tramitada conforme a un procedimiento no contencioso debiendo ser contencioso, se ha configurado una falta de un presupuesto procesal conocido como "adecuación del procedimiento a la pretensión objeto del proceso" que impide un pronunciamiento válido sobre el fondo del asunto deducido y que puede ser controlado igualmente en la resolución definitiva del asunto sometido al conocimiento del Tribunal, máxime cuando a este Ministro disidente no le correspondió pronunciarse en el trámite de admisibilidad del mismo.

Notifíquese personalmente o por cédula a todos los intervinientes y archívese, en su oportunidad.
Rol NC N° 434-16

55 / 2019

TDLC
Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

RESOLUCIÓN N° 55/2019

(Causa Rol NC N° 447-18)

"Consulta de Iberoamericana Radio Chile S.A. y otros
sobre la participación en concursos públicos
para la renovación de concesiones de radiodifusión"

Fecha dictación: 7 de febrero de 2019.

Ministros que concurren al acuerdo: Sr. Enrique Vergara Vial, Presidente, Sra. Daniela Gorab Sabat, Sra. María de la Luz Domper Rodríguez, Sr. Jorge Hermann Anguita y Sr. Nicolás Rojas Covarrubias.

Consultantes: Iberoamericana Radio Chile S.A., Blaya y Vega S.A., Compañía de Radios S.A., Radiodifusión Iberoamerican Chile S.A. y Publicitaria y Difusora del Norte Ltda.

Aportantes de Antecedentes: Subsecretaría de Telecomunicaciones del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones y la Fiscalía Nacional Económica.

Resumen de la consulta: En cumplimiento a lo indicado en la condición segunda de la Resolución N° 20/2007, las consultantes solicitaron una autorización para participar en los concursos públicos para la renovación de 12 concesiones de radiodifusión sonara cuyo plazo expira en 2019, en distintas localidades.

Mercado relevante del producto definido por el TDLC: El mercado relevante del producto es un mercado de dos lados que considera, por una parte, las emisiones radiofónicas en frecuencia modulada (FM) y, por otra, la venta y difusión de espacios de publicidad en radios de esa frecuencia, sin incluir otros medios de comunicación o plataformas.

Resolución del Tribunal: El Tribunal resolvió autorizar la participación de las consultantes en sus respectivos concursos públicos de renovación de concesiones de radiodifusión, teniendo en consideración que: (i) la presencia de conglomerados multimedia con presencia en televisión o en diarios, la movilidad en las cifras de audiencia y de inversión publicitaria, los cambios de control de radioemisoras, y el poder de contrapeso ejercido por las agencias de medios, configuraban un escenario que permitía al TDLC formarse la convicción que existía una baja posibilidad de que se pudieran ejecutar prácticas abusivas en el mercado, considerado a nivel nacional; (ii) no había evidencia aportada al proceso que diera cuenta de la materialización de los riesgos para la libre competencia identificados en la Resolución N° 20/2007; y (iii) que atendido que la operación que dio origen a dicha resolución tuvo lugar hace más de 12 años, era esperable que las eficiencias inherentes a la misma ya se hubieran materializado.

Recursos: Sin recursos pendientes.

Temas que trata: cumplimiento de condiciones establecidas en Resoluciones del Tribunal; eficiencias; riesgos de competencia; mercado de dos lados.

RESOLUCIÓN Nº 55/2019

Santiago, siete de febrero dos mil diecinueve.

PROCEDIMIENTO: No contencioso
ROL: NC N° 447-18
SOLICITANTES: Iberoamericana Radio Chile S.A. y otros
OBJETO: Consulta de Iberoamericana Radio Chile S.A. y otros sobre participación en concursos públicos para la renovación de concesiones de radiodifusión.

I) PARTE CONSIDERATIVA

D. OBJETO DE LA CONSULTA.

30. En la Resolución Nº 20/2007 se aprobó, bajo ciertas condiciones, la operación de concentración entre GLR Chile Limitada ("GLR") e Iberoamericana Radio Chile S.A. ("IARC"). En particular, la referida resolución estableció, como condición segunda, respecto de GLR, lo siguiente: "2.- La consultante y sus filiales [GLR], coligadas o relacionadas que sean titulares de concesiones de radiodifusión, o tengan derechos de uso, o el control por cualquier vía, directa o indirecta, de la propiedad o de relaciones contractuales sobre éstas, deberán consultar a este Tribunal, sobre la base de antecedentes suficientes, en los términos de los artículos 18 Nº 2 y 31 del D.L. Nº 211, respecto de su participación en los concursos públicos para la renovación de dichas concesiones".

31. Con anterioridad a la presentación que da origen a esta resolución, GLR y sus relacionadas consultaron su participación en los concursos públicos de renovación de concesiones de radiodifusión sonora que expiraron los años 2010, 2011, 2012, 2013 y 2014. Este Tribunal resolvió favorablemente esas presentaciones mediante las Resoluciones Nº 29/2009, de 28 de marzo de 2009; Nº 32/2010, de 15 de junio de 2010; Nº 36/2011, de 10 de agosto de 2011; Nº 40/2012, de 12 de julio de 2012; y Nº 44/2013, de 12 de julio de 2013.

32. En ese contexto, dando cumplimiento a lo indicado en la referida condición segunda de la Resolución Nº 20/2007, las Consultantes solicitan, en esta oportunidad, que se les autorice a participar en los concursos públicos para la renovación

de doce concesiones de radiodifusión sonora cuyo plazo expira en 2019, a saber, las concesiones en las localidades de Arica (dos), Calama (dos), Copiapó (dos), Ovalle (una), Llolleo (una), Los Ángeles (una), Osorno (una), Puerto Montt (una) y Punta Arenas (una), como se muestra en la siguiente tabla.

TABLA N° 1 CONCESIONES SUJETAS A RENOVACIÓN

N°	Señal distintiva	Localidad	Fecha de vencimiento	Concesionario actual	Radio
1	XQA-210	Arica	22-04-2019	Blaya y Vega S.A.	Pudahuel
2	XQA-208	Arica	17-05-2019	IARC	FM DOS
3	XQA-212	Calama	24-10-2019	Blaya y Vega S.A.	Pudahuel
4	XQA-215	Calama	17-06-2019	Publinort	Activa
5	XQA-219	Copiapó	21-12-2019	Compañía de Radios	Rock&Pop
6	XQA-224	Copiapó	20-10-2019	El Litoral	Pudahuel
7	XQA-227	Ovalle	10-12-2019	Publinort	Activa
8	XQB-147	Llolleo	21-06-2019	Publinort	Activa
9	XQC-209	Los Ángeles	21-06-2019	Publinort	Los 40
10	XQD-186	Osorno	24-10-2019	IARC	Rock&Pop
11	XQD-190	Puerto Montt	25-10-2019	Blaya y Vega S.A.	Pudahuel
12	XQD-197	Punta Arenas	21-10-2019	IARC	Los 40

Fuente: Solicitud de las Consultantes (fojas 359), página 4.

E. ASPECTOS QUE ABORDARÁ LA PRESENTE RESOLUCIÓN.

33. En la Resolución Nº 20/2007 se señaló que "teniendo presente, sin embargo, que la renovación extiende el plazo de vigencia de la concesión por otros 25 años, este Tribunal estima necesario imponer condiciones específicas a la operación, como se señala en lo resolutivo, respecto de la participación de la empresa fusionada en los concursos públicos de renovación de sus concesiones (…) con el objeto de que la consultante acredite fundadamente que ha logrado las eficiencias que estima generará la operación, en el sentido analizado en esta resolución, y que no se han producido los efectos contrarios a la competencia que estos sentenciadores asimismo han identificado como riesgos originados por la operación consultada" (párrafo 79).

34. Por consiguiente, el análisis sobre la procedencia de autorizar la participaciónde las Consultantes en los concursos públicos antes indicados solo debe tener en consideración las dos materias señaladas en el párrafo precedente.

35. Para efectos de realizar este examen, se pondrá especial atención a lo dispuesto en las Resoluciones Nº 20/2007, Nº 29/2009, Nº 32/2010, Nº 36/2011, Nº 40/2012, yNº 44/2013, y a los nuevos antecedentes aportados por los intervinientes, considerando que han transcurrido cinco años desde el último pronunciamiento en la materia.

F. MARCO JURÍDICO APLICABLE.

i. Efectos para la libre competencia de la existencia y aplicación de ciertas normas contenidas en la LGT y en la Ley de Prensa: pluralismo informativo.

36. Tal como ha sido señalado anteriormente, de acuerdo con la Ley General de Telecomunicaciones, Nº 18.168, de 1982 (LGT), para desarrollar la actividad de radiodifusión debe contarse con una concesión de radiodifusión. Estas concesiones, limitadas en su número por razones técnicas, son asignadas por un decreto supremo del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, por un plazo de 25 años. Hoy en día, las concesiones en las zonas más densamente pobladas y atractivas están asignadas en su totalidad, pero pueden adquirirse por vía de transferencias, cesión, arrendamiento u otorgamiento de derechos de uso, a cualquier título; en este último caso, con autorización previa de la Subtel e informe previo de la FNE.

37. Tras las modificaciones introducidas en 2009 por la Ley Nº 20.361 al artículo 38 de la Ley Nº 19.733, de Libertad de Opinión e Información, la función de elaborar un informe previo sobre los hechos o actos relativos a la modificación de la propiedad de medios de comunicación sujetos al sistema de concesiones, se radicó en la Fiscalía Nacional Económica, al mismo tiempo que el objeto de ese informe pasó a limitarse al "efecto sobre la competencia" del hecho o acto particular.

38. En consecuencia, tal como se señaló en la Resolución Nº 44/2013, párrafo 57, es posible concluir que se eliminó el mandato para que las autoridades de libre competencia velasen directamente por el pluralismo informativo requerido para garantizar las libertades de opinión e información.

39. Adicionalmente, a juicio de este Tribunal, y como también fuera referido en la Resolución Nº 44/2013, las preferencias que contempla la ley para los incum-

bentes desincentivan la participación de terceros en los concursos para la renovación de concesiones de radiodifusión. Ello explica que, tal como se analiza más adelante, dichos concursos no hayan permitido, en los hechos, el ingreso de nuevos actores al mercado y que, por el contrario, el nivel de concentración sea mayor en la medida que, manteniéndose estas preferencias, se efectúen transferencias o se constituyan otros derechos de uso a favor de los incumbentes, especialmente en zonas donde no existan concesiones disponibles, como ocurre en las localidades de Santiago y Osorno que se analizan en la presente resolución.

ii. Derechos de las Consultantes y límites a la acción de este Tribunal.

40. Las Consultantes sostienen que el derecho preferente que les otorga la LGT para adjudicarse las concesiones sujetas a un concurso público para su renovación está incorporado a su patrimonio, por lo que cualquier limitación que quisiera imponérseles requeriría de una causa legal, la cual no podría ser sino la comprobación de una infracción a la libre competencia.

41. Tal como ha sido reiteradamente señalado por este Tribunal, aun si se considerase que se está en presencia de un derecho adquirido, la Constitución Política de la República permite regular o limitar el ejercicio de los derechos incorporados en el patrimonio de las personas. En particular, el numeral 21 del artículo 19 de la Constitución establece el derecho de las personas a desarrollar una actividad económica, pero sujeta a las normas legales que la regulan, dentro de las cuales está el D.L. Nº 211 y sus modificaciones. Y precisamente el D.L. Nº 211, en su artículo 18 Nº 2, otorga a este Tribunal la potestad de fijar condiciones para la aprobación de hechos o actos que han sido sometidos a su conocimiento bajo el procedimiento de consulta, tal como ocurrió respecto de la Operación Aprobada.

42. A mayor abundamiento, para acreditar judicialmente la existencia de una infracción a la libre competencia, debe seguirse el procedimiento contencioso establecido por el D.L. Nº 211, que tiene por finalidad la determinación de la existencia de esas infracciones. El procedimiento no contencioso de autos, que fuera mandatado por la Resolución Nº 20/2007 en su condición segunda, para eventualmente autorizar la participación de las Consultantes en el procedimiento de renovación de las concesiones de radiodifusión sonora, no resulta apropiado para

ese efecto, ni está destinado a ello. El procedimiento no contencioso supone ponderar los eventuales riesgos para la libre competencia que pueden surgir de un determinado hecho, acto o contrato, y la posibilidad de su concreción futura, de conformidad a los antecedentes que tenga a su disposición, así como las potenciales eficiencias. Son precisamente esas circunstancias las que deben orientar y conducir la decisión de este Tribunal, considerando el marco normativo aplicable que, como se ha señalado precedentemente, otorga una fuerte preferencia a los incumbentes para la adjudicación de las concesiones.

G. ANÁLISIS DEL MERCADO RELEVANTE.

43. En las anteriores consultas realizadas como consecuencia de la condición segunda de la Resolución Nº 20/2007, este Tribunal ha considerado que el mercado relevante del producto corresponde a la venta y difusión de espacios de publicidad en radios de frecuencia modulada (FM), excluyéndose de éste las radios de amplitud modulada (AM), por no calificarse como sustitutos relevantes de las estaciones FM y por su baja participación en la audiencia radial total observada. Sin perjuicio de esa definición, atendido el tiempo transcurrido, se revisarán los elementos que inciden en la delimitación del mercado relevante del producto.

44. En la Resolución Nº 44/2013, se indicó que la audiencia de las radios AM había disminuido progresivamente, alcanzando un 2% del total de la audiencia radial, correspondiendo la diferencia a la radiodifusión FM. Esta tendencia se ha mantenido de conformidad a los antecedentes acompañados en estos autos.

45. Las Consultantes afirman que en la caracterización del mercado debe considerarse el impacto de nuevas tecnologías, como la digitalización de la radio, la cual permitiría mejorar la calidad de las transmisiones junto a un mejor aprovechamiento del espectro, incrementando el número de estaciones de radio (fojas 390-391). Con todo, no hay antecedentes en autos respecto de la implementación de esta tecnología en la radiodifusión nacional, los plazos para ello, o las definiciones de política regulatoria que pudieran adoptarse, todo lo cual tendría influencia significativa en la inclusión de dichas tecnologías en el mercado relevante.

46. Asimismo, las Consultantes hacen referencia a estudios sobre los servicios de *streaming* como competidores de las radios tradicionales en el mercado del avisaje publicitario (fojas 391), pero nuevamente no hay en el expediente información alguna que permita determinar cuál sería su impacto en el mercado relevante o respecto de GLR, más allá de una referencia al número de canciones reproducidas semanalmente. Por consiguiente, no es posible determinar su pertenencia al mercado relevante.

47. Por su parte, la FNE indica que las emisoras que transmiten exclusivamente por internet muestran un escaso desarrollo, por lo que cabría excluirlas del mercado relevante (fojas 1063) y tampoco aporta antecedentes respecto a sus niveles de audiencia o la inversión publicitaria que reciben.

48. Tal como señalan la FNE y las Consultantes, se concluye que el mercado relevante del producto es un mercado de dos lados que considera, por una parte, las emisiones radiofónicas en frecuencia modulada (FM) y, por otra, la venta y difusión de espacios de publicidad en radios de esa frecuencia, sin incluir otros medios de comunicación o plataformas.

49. En cuanto al mercado relevante geográfico, en algunas resoluciones anteriores, se distinguió entre un mercado geográfico nacional en que se incluyen las estaciones situadas en el Gran Santiago -por la habitual presencia de las cadenas nacionales en ese mercado- y un mercado geográfico local, relativo a las localidades específicas donde se realizarán los concursos públicos de renovación de concesiones de radiodifusión sonora.

50. En este caso, la consulta se refiere a nueve localidades, todas fuera del Gran Santiago, donde sólo respecto de Puerto Montt se cuenta con información particular relativa a los niveles de audiencia, de conformidad con lo indicado por las Consultantes y refrendado por la FNE, y donde sólo en cuatro (Calama, Los Ángeles, Osorno y Puerto Montt), GLR señala tener ingresos por venta de publicidad local.

51. Por lo anterior y tomando en consideración la escasa información disponible al respecto, en esta Resolución se analizará tanto el mercado nacional, como los mercados geográficos locales.

Mercado nacional

52. Para caracterizar el mercado a nivel nacional, se atenderá a la relevancia de las radioemisoras o grupos radiales para los clientes de este mercado de dos lados, esto es, los radioescuchas y los avisadores, utilizándose para ello tanto la información acompañada relativa a los niveles de audiencia, como aquella que se refiere a la inversión publicitaria.

53. En cuanto a los niveles de audiencia, la FNE ha señalado que, del total de radios que pertenecen a GLR, a diciembre de 2017, nueve de ellas se encuentran entre las 15 estaciones más escuchadas en el país, mientras que a nivel global su participación se ha mantenido relativamente estable entre 2016 y 2017, con tendencia a la baja, y mostrando una leve disminución respecto de los niveles observados en la Resolución Nº 44/2013.

54. A nivel general, la audiencia de los demás conglomerados radiales y multiplataforma no ha tenido variaciones sustanciales en los últimos tres años, sin perjuicio de un leve aumento de la audiencia de las radios que no pertenecen a ningún conglomerado.

55. En cuanto a la inversión publicitaria, aun cuando la información acompañada es incompleta, es posible extraer algunas conclusiones. La FNE confirma que GLR es, a 2017, el grupo que concentra la mayor parte de la inversión publicitaria en radios, en niveles consistentes con su audiencia nacional, sin perjuicio de haber sufrido una caída relevante en 2016, de la cual se recuperó parcialmente en 2017.

TABLA N° 2

PARTICIPACIÓN EN VENTAS DE ESPACIOS PUBLICITARIOS, POR GRUPO RADIAL

	2013	2014	2015	2016	2017
GLR	[40-50]%	[40-50]%	[40-50]%	[30-40]%	[30-40]%
Cooperativa	[10-20]%	[10-20]%	[10-20]%	[10-20]%	[10-20]%
Agricultura	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%	[5-10]%	[10-20]%
13 Radios	[5-10]%	[5-10]%	[5-10]%	[10-20]%	[10-20]%
Grupo Dial	[10-20]%	[10-20]%	[10-20]%	[10-20]%	[10-20]%
Grupo Bethia	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%
Bío-Bío	-	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%

Fuente: Minuta de intervención de las Consultantes en la Audiencia Pública (fojas 1469), página 24.

56. La información disponible da cuenta que durante el período 2013-2017, la inversión publicitaria muestra variaciones significativas en los distintos grupos, parte de las cuales se explican por cambios de control de ciertas emisoras entre grupos, junto al crecimiento que muestran las radios no adscritas a ningún conglomerado, lo que da cuenta de movilidad entre los distintos agentes. A su vez, la inversión publicitaria, medida en UF, muestra un crecimiento inferior al 5% en el período.

57. Sin perjuicio de lo anterior, la estructura de mercado no se ha modificado significativamente desde 2013, observándose -tal como se señaló en la Resolución Nº 44/2013- una razonable correspondencia entre el *rating* de las radios de GLR y su participación en la inversión publicitaria, por lo que no se aprecian signos de que ese grupo esté aprovechando su posición en el mercado para fortalecerse frente a sus competidores.

58. Asimismo, tal como se indicó en las Resoluciones Nº 40/2012 y Nº 44/2013, el surgimiento de conglomerados multiplataforma, que agrupan diversos medios de comunicación, pueden ejercer un contrapeso al poder de mercado de los grandes grupos radiales. Este efecto disciplinador se ve acentuado por la relevancia de los otros medios de comunicación en la inversión publicitaria total. En particular, los grupos Luksic y Bethia cuentan con canales de televisión abierta, mientras que Copesa-Dial y El Mercurio tienen participación en prensa escrita, ambos medios con una incidencia superior a las radios en la inversión publicitaria total. Por su parte, esos mismos grupos tienen presencia online, que es el segmento que muestra más crecimiento en inversión publicitaria en los últimos cinco años. El siguiente cuadro muestra la composición de los conglomerados multiplataforma en Chile.

TABLA N° 3

PRINCIPALES CONGLOMERADOS MULTIPLATAFORMA EN CHILE

Conglomerado	Señales Televisivas	Señales Radiales	Periódicos	TV Cable
Copesa-Dial	-	Duna, Disney, Zero, Beethoven	La Tercera, Pulso, La Cuarta, La Hora, Diario Concepción, Glamorama, Biut	-
Luksic-Canal 13 / Inversiones TV Ltda.	Canal 13	Play, Sonar, Oasis, 13 Radio	-	Canal 13 Cable, Rec TV.
Bethia	Mega, ETC	Candela FM, Infinita, Romántica, Tiempo, Carolina	-	Discovery Communications posee un 27,5% de Mega
El Mercurio	-	Digital, Positiva, Universo	El Mercurio, La Segunda, Las últimas Noticias, Diversos periódicos regionales	-
Mosciatti	Bío-Bío Televisión, Canal 9 Bío- Bío	Red Bío-Bío	-	Alianza informativa con el canal de noticias CNN Chile

Fuente: Solicitud de las Consultantes (fojas 359), página 23 y aporte de antecedentes de la FNE, (fojas 1052), página 10.

59. Desde la perspectiva del mercado nacional, también debe considerarse la incidencia de las agencias de medios. De acuerdo con la información contenida en el expediente, estas siguen concentrando alrededor de dos tercios del avisaje contratado en las radios, tal como se muestra en la Tabla N° 4. Junto con lo anterior, la información que obra en autos muestra que las radios representan un porcentaje menor de la inversión de las agencias de medios. Como se observa en la Tabla N° 5, las radios han representado del orden de un 8% de la inversión publicitaria en las distintas plataformas, considerando tanto trato directo como ventas a través de agencias de medios, en el período 2014 a 2017.

TABLA N° 4

VENTAS DE LA INDUSTRIA RADIAL A TRAVÉS DE AGENCIAS DE MEDIOS

Tipo de contratación	2013	2014	2015	2016	2017
Agencia de Medios	[60-70]%	[60-70]%	[60-70]%	[60-70]%	[60-70]%

Fuente: Minuta de intervención de las Consultantes en la Audiencia Pública (fojas 1469), página 29.

TABLA N° 5

PARTICIPACIÓN DE CADA PLATAFORMA EN INVERSIÓN PUBLICITARIA

Plataforma	2014	2015	2016	2017
TV Abierta	38,2%	37,4%	35,9%	35,4%
Diarios	26,1%	23,8%	22,2%	20,2%
Radios	8,3%	8,2%	8,4%	8,5%
Revistas	3,2%	2,5%	2,2%	1,9%
Outdoor	6,9%	7,4%	7,3%	7,5%
Cine	0,3%	0,4%	0,4%	0,4%
TV de pago	5,9%	6,6%	6,8%	6,4%
Online	11,1%	13,7%	16,8%	19,7%

Fuente: Aporte de antecedentes FNE (fojas 1052), páginas 4 y 5.

60. Por otra parte, el mercado de las agencias de medios muestra una alta concentración, lo que permite inferir que poseen un alto poder de negociación frente a conglomerados radiales como GLR, aunque no existen antecedentes en autos como para establecer fehacientemente su carácter disciplinador en la práctica. Finalmente, cabe señalar que la inversión publicitaria vía trato directo en radios se ha mantenido estable en los últimos cinco años.

61. Sobre la base de los antecedentes antes reseñados, si bien GLR tiene una alta participación de mercado, a significativa distancia del segundo grupo más relevante, tanto en *rating*, como en inversión publicitaria, la presencia de conglomerados multimedia con presencia en televisión o en diarios, la movilidad en las cifras de audiencia y de inversión publicitaria, los cambios de control de radioemisoras, y el poder de contrapeso ejercido por las agencias de medios, configuran un escenario que permite a este Tribunal formarse la convicción que existe una baja posibilidad de que GLR pueda ejecutar prácticas abusivas en el mercado, considerado a nivel nacional.

Mercado local (análisis por localidad)

62. A nivel local, como se señaló, no se cuenta con información detallada sobre los niveles de audiencia e inversión publicitaria. Respecto de la audiencia, según lo informado por las Consultantes y refrendado por la FNE, sólo se cuenta con información de audiencia para las radioemisoras de la ciudad de Puerto Montt, mientras que respecto de la inversión publicitaria, el expediente contiene información incompleta. Por lo mismo, se analizará la información existente sobre concesiones en cada una de las localidades relevantes.

63. De conformidad a la información de audiencia correspondiente a la localidad de Puerto Montt, se aprecia que GLR como grupo posee una posición desmejorada respecto a la que mantiene a nivel nacional, a lo que se agrega que ésta ha disminuido en forma leve, pero significativa, entre 2015 y 2017, con caídas considerables en segmentos específicos.

64. Más aun, en cuanto al posicionamiento de emisoras en particular, las radios pertenecientes a GLR muestran una participación inferior a la que muestran a nivel nacional. Como se indicó, si GLR controla nueve de las 15 radios más escuchadas a nivel nacional, en Puerto Montt ese número baja a siete, con solo una de ellas entre las cinco más escuchadas, a considerable distancia de la que ocupa el primer lugar.

65. En cuanto a inversión publicitaria, las radios pertenecientes a GLR sólo tuvieron ingresos por avisaje local en las localidades de Calama, Los Ángeles, Osorno y Puerto Montt, en cada caso por montos relativamente menores, que en conjunto representan menos del 1% de los ingresos por publicidad incluidos en el informe Megatime 2017, citado por la FNE y las Consultantes (fojas 1052 y 359, respectivamente). En las demás localidades objeto de consulta, GLR sólo opera con avisaje de carácter nacional, por lo que resultan aplicables las consideraciones efectuadas respecto del mercado nacional, sin perjuicio de la incidencia que tienen las emisoras que sí ofrecen avisaje a comercios locales.

66. Como señala la FNE, la participación de las Consultantes en el avisaje local es relativamente baja, con cifras que alcanzan a cerca de la mitad de la participación de GLR en el avisaje a nivel nacional, de modo que la cota superior estimada

por la FNE para cada una de las localidades consultadas no le permitiría ejecutar conductas abusivas.

67. Por último, en relación con el nivel de concentración de los mercados de radiodifusión en cada una de las localidades de acuerdo con las frecuencias en operación, conforme a la información disponible, las Consultantes tienen participaciones variables que van desde un 18,8% en Llolleo/San Antonio, donde operan 3 de las 16 frecuencias concesionadas, a un 34,6% en Copiapó, donde operan 9 de 26.

TABLA N° 6

NÚMERO DE CONCESIONES OPERADAS POR GRUPOS DE RADIODIFUSIÓN, POR LOCALIDAD, A 2018

	Arica	Calama	Copiapó	Ovalle	Llolleo y San Antonio	Los Ángeles	Osorno	Puerto Montt	Punta Arenas
GLR	10	6	9	6	3	5	8	7	9
Bethia	2	2	1	1	2	2	2	2	2
Biobío	1	1	1	1	1	2	2	2	1
CCC	1	1	1	1	1	0	1	1	1
El Mercurio	2	1	1	0	0	1	2	0	1
Canal 13	1	0	0	0	1	0	1	1	1
Copesa	0	0	0	0	0	0	0	1	0
Otras	16	18	13	13	8	5	10	7	12
Total	33	29	26	22	16	15	26	21	27
Participación GLR	**30%**	**21%**	**35%**	**27%**	**19%**	**33%**	**31%**	**33%**	**33%**

Fuente: Aporte de antecedentes FNE (fojas 1052), página 7.

68. Si bien ni las Consultantes ni la FNE han entregado información respecto de las frecuencias disponibles para otorgar nuevas concesiones, lo que impide realizar un cálculo *a priori*, las localidades consultadas muestran una alta variabilidad en el número de concesiones en operación, lo que permite estimar que en algunas de ellas sería posible el ingreso de nuevos actores.

Condiciones de ingreso al mercado

69. En relación con las condiciones de ingreso al mercado de venta y difusión de espacios de publicidad en radios FM, las barreras legales a la entrada que han sido reseñadas en resoluciones anteriores por este Tribunal se mantienen vigentes.

70. En particular, como señalara la Resolución Nº 40/2012, la regulación legal del proceso de renovación de concesiones de radiodifusión sonora otorga preferencia a los incumbentes, lo que limita la competencia por el acceso al espectro radioeléctrico necesario para esta actividad. De este modo, la principal forma en que pueden ingresar nuevos actores en las localidades donde no existen frecuencias disponibles, es mediante la adquisición u otra forma de cambio de control de una estación de radiodifusión perteneciente a un incumbente, en el mercado secundario. De acuerdo con la información disponible en el expediente, la Tabla N° 7 muestra las adquisiciones de radios entre 2007 y 2017.

TABLA N° 7
ADQUISICIONES DE RADIOS, ENTRE 2007 Y 2017

Año	Grupo comprador	Radio adquirida
2007	Bezanilla	Activa
2007	Copesa	Cariño, Club y Sintonía
2009	Canal 13	Sonar
2012	Bethia	95.3
2012	Canal 13	Oasis y Horizonte
2016	El Mercurio	Universo
2016	Bethia	Carolina
2017	Bethia	Infinita, Tiempo y Romántica
2017	Cámara Chilena de la Construcción	Frecuencia de Radio Paula

Fuente: Elaboración propia en base a la Solicitud de las Consultantes, página 39.

71. Asimismo, aun cuando no existen antecedentes suficientes en autos sobre el impacto de las nuevas tecnologías de difusión sonora, es esperable que la radiodifusión *online* y el surgimiento de servicios de *streaming* y plataformas de *podcast* permita el ingreso al mercado de nuevos competidores en el corto y mediano plazo, cuyo impacto en la competencia deberá ser revisado en consultas futuras.

I. MATERIALIZACIÓN DE LOS RIESGOS Y EFICIENCIAS DETECTADOS EN LA RESOLUCIÓN N° 20/2007

72. La Resolución Nº 20/2007 identificó varios riesgos para la competencia derivados de la Operación Aprobada, los cuales han sido estudiados en los distintos procesos que culminaron en la dictación de las Resoluciones Nº 29/2009, Nº 32/2010, Nº 36/2011,Nº 40/2012 y Nº 44/2013, y que se volverán a revisar a continuación.

73. Un primer aspecto abordado por la Resolución Nº 20/2007 fue el aumento de concentración en la inversión publicitaria, haciendo más atractivo para un anunciante publicitar sus productos o servicios en las radios de GLR respecto de sus competidores, por cuanto podía acceder a una masa crítica mayor, particularmente en la difusión de productos de consumo masivo. Ello podía aumentar el riesgo de comportamientos contrarios a la libre competencia por parte de la entidad fusionada, por medio de la fijación de precios abusivos y la adopción de prácticas excluyentes, como precios predatorios y ventas atadas.

74. Como se señaló, GLR concentra un porcentaje significativo de la audiencia e inversión publicitaria en las radios que operan a nivel nacional, pero no existe evidencia de que las Consultantes hayan incurrido en abusos de posición dominante, ya sea en la forma de precios excesivos, precios predatorios, ventas atadas u otras prácticas. Por su parte, la FNE señala que, a nivel nacional, no hay indicios de que GLR haya aumentado su participación de mercado en los últimos años, ni se registran denuncias contra la empresa por prácticas anticompetitivas.

75. A nivel local, si bien los datos son incompletos, los antecedentes aportados por la FNE dan cuenta que, aunque ha existido un aumento de precios relevante en los últimos tres años, las tarifas de avisaje local de GLR en Calama, Los Ángeles, Osorno y Puerto Montt, están en línea con aquellos cobrados por sus competidores.

76. Por lo tanto, no existe evidencia en autos que dé cuenta de la materialización de los riesgos para la libre competencia identificados en la Resolución Nº 20/2007.

77. Un segundo aspecto a considerar se refiere a la concretización de laseficiencias que derivarían de la operación de concentración aprobada mediante por Resolución Nº 20/2007. En su presentación, la FNE afirma que las Consultantes no han acreditado la materialización de las eficiencias señaladas por este Tribunal en la Resolución Nº 20/2007.

78. Si bien es efectivo que la información sobre esta materia aportada por las Consultantes se refiere a ahorros de costos derivados del mayor tamaño de la empresa fusionada y a otras partidas cuya valoración no es posible acreditar, cabe considerar que la operación fue aprobada hace más de 12 años, por lo que es esperable que las eficiencias inherentes a la misma ya se hayan materializado.

J. CONSIDERACIONES FINALES Y CONCLUSIONES

79. Del análisis precedente, este Tribunal concluye que no existen antecedentes en autos de entidad suficiente como para negar la autorización de renovación de las concesiones de radiodifusión sonora con que cuenta GLR en las ciudades de Arica, Calama, Copiapó, Ovalle, Llolleo, Los Ángeles, Osorno, Puerto Montt y Punta Arenas, respectivamente.

80. En efecto, no existe evidencia en autos que permita observar la materialización de los riesgos para la libre competencia identificados en la Resolución Nº 20/2007, ni tampoco es posible descartar la concretización de las eficiencias derivadas de la Operación Aprobada.

II. PARTE RESOLUTIVA

De conformidad con los antecedentes que obran en autos, teniendo presente lo dispuesto en los artículos 1°, 3°, 18 y 31 del Decreto Ley N° 211, 13 y siguientes de la Ley General de Telecomunicaciones, y 38 de la Ley Nº 19.733, de Libertad de Opinión e Información, respecto de la Consulta de fojas 359,

SE RESUELVE:

AUTORIZAR la participación de las Consultantes en los concursos públicos de renovación de sus concesiones de radiodifusión correspondientes a las ciudades de Arica, Calama, Copiapó, Ovalle, Llolleo, Los Ángeles, Osorno, Puerto Montt y Punta Arenas, cuyos plazos de vencimiento expiran en 2019.

Notifíquese personalmente o por cédula a todos los intervinientes y archívese, en su oportunidad.
Rol NC Nº 447-18

14 / 2019

TDLC

Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

INFORME N° 14/2019

(Causa Rol NC N° 440-17)

"Solicitud de Informe de EPA sobre modificación de restricción a la integración vertical relativa al frente de Atraque N° 2 del Puerto de Antofagasta"

Fecha dictación: 13 de febrero de 2019.

Ministros que concurren al acuerdo: Sr. Enrique Vergara Vial, Presidente, Sr. Javier Tapia Canales, Sr. Eduardo Saavedra Parra, Sra. Daniela Gorab Sabat y Sra. María de la Luz Domper Rodríguez. Prevención de los Ministros Saavedra y Tapia.

Consultante: Empresa Portuaria de Antofagasta ("EPA").

Aportantes de Antecedentes: Empresa Portuaria de Valparaíso, Empresa Portuaria Talcahuano San Vicente, Cámara Marítima y Portuaria de Chile A.G., Complejo Portuario Mejillones S.A., Corporación Nacional del Cobre de Chile, Comité Sistema de Empresas, SAAM Puertos S.A., Inversiones Portuarias Norte Grande S.A., Antofagasta Terminal Internacional S.A., Inversiones Punta de Rieles Limitada, Antofagasta Railway Company PLC, Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones y la Fiscalía Nacional Económica.

Resumen de la solicitud: EPA solicitó un informe al TDLC, respecto de la solicitud que a ella le formuló Antofagasta Terminal Internacional S.A. ("ATI") para que se modifique la restricción a la integración vertical que rige al concesionario del Frente de Atraque N° 2 del puerto de Antofagasta, a fin de que el conjunto de los usuarios relevantes pueda poseer un 65% del capital, del capital con derecho a voto o de los derechos a las utilidades de ATI. En subsidio, solicitó que el TDLC fije un umbral de participación mayor al actual que estime como el más conveniente desde el punto de vista de la promoción y defensa de la libre competencia, estableciendo, en su caso, las condiciones u obligaciones que debería cumplir ATI por acceder a tal nuevo margen de integración vertical.

Mercado relevante en el que incide el Informe: Provisión de servicios portuarios básicos ofrecidos en los frentes de atraque de puertos de uso público de la región de Antofagasta, que atiendan naves de tipo panamax, con posibilidad de expandirse a postpanamax, para cada uno de los tipos de carga, esto es, carga fraccionada, en contenedores y carga a granel sólida.

Resolución del Tribunal: El Tribunal resolvió aumentar el límite a la integración vertical entre el concesionario ATI y sus usuarios relevantes, desde un 40 a 65%, estableciendo que "el conjunto de usuarios relevantes no podrá poseer más de un 65% del capital, ni más del 65% del capital con derecho a voto, ni derechos por más del 65% en las utilidades de la sociedad concesionaria", rigiendo en todo lo demás, el Dictamen N° 1209/2002.

A su vez, señaló que, si bien la participación de mercado es una condición necesaria pero no suficiente para configurar una posición dominante y constituye solo un indicador de que un agente económico cuenta con tal posición, era poco probable que las cuotas de mercado que poseía ATI -siempre menores al 40%- pudieran dar lugar a dominancia; más aún cuando dichas participaciones de mercado habían disminuido consistentemente en el tiempo y existían otros actores con cuotas de mercado mayores. Por consiguiente, fue posible descartar que ATI contara con una posición dominante en el mercado relevante, sin necesidad de evaluar exhaustivamente otros elementos que permitieran ejercer presión competitiva eficaz, como la ausencia de barreras a la entrada, las posibilidades de expansión de competidores y el poder de contrapeso de los usuarios de los servicios portuarios que presta ATI. Atendido que ATI carecía de una posición de dominio, fue posible descartar los riesgos de apalancamiento o traspaso de un eventual poder de mercado desde ATI al mercado aguas arriba de transporte terrestre (discriminando en favor de algún usuario relevante, en este caso, FCAB) o al mercado aguas abajo.

Temas que trata: restricciones verticales; naturaleza de la resolución que modifica un dictamen; informes portuarios; posición de dominio; objeto del informe.

INFORME N° 14/2019

Santiago, trece de febrero de dos mil diecinueve.

PROCEDIMIENTO: No contencioso
ROL: NC N° 440-17
SOLICITANTE: Empresa Portuaria Antofagasta
OBJETO: Que este Tribunal informe respecto de la procedencia de modificar la regla de restricción a la integración vertical establecida en el Dictamen N° 1209/2002, que rige actualmente al Frente de Atraque N° 2 del puerto de Antofagasta, en los términos indicados en la solicitud formulada por la Empresa Portuaria Antofagasta.

I. PARTE CONSIDERATIVA

D. ANTECEDENTES QUE DAN ORIGEN A LA SOLICITUD DE AUTOS

19. El 13 de mayo de 2016, EPA presentó ante este Tribunal una solicitud de informe relativa a la petición formulada por ATI consistente en la modificación de las restricciones a la integración vertical que le rigen como concesionario del Frente de Atraque N° 2 del puerto de Antofagasta, dando inicio al procedimiento Rol NC N° 433-16. Posteriormente, el 16 de septiembre de 2016, la FNE formuló un requerimiento en contra de ATI, Punta de Rieles y SAAM, dando inicio al procedimiento contencioso Rol C N° 314-16. En su requerimiento, la FNE señaló que CSAV y FCAB eran compañías relacionadas a ATI que fueron (o son) sus usuarios relevantes y que, en conjunto, poseían el 65% de su capital accionario, a través de Punta de Rieles y SAAM, por lo que no habrían cumplido con la obligación de enajenar el exceso de participación accionaria que tienen en ATI, impuesta en el párrafo 3.5 N° 3 del Apartado XIII del Dictamen N° 1045/1998 y en los numerales 6 y 7 del Dictamen N° 1209/2002, de modo que, en su opinión, habrían infringido el artículo 3° inciso primero del D.L. N° 211.

20. Mediante resolución de fecha 5 de diciembre de 2016, a fojas 770 del procedimiento Rol NC N° 433-16, se resolvió sustituir el procedimiento no contencioso por uno contencioso y acumularlo al procedimiento Rol C N° 314-16. Atendido lo anterior, EPA decidió retirar su solicitud y señaló que, una vez terminado el proce-

dimiento contencioso iniciado por la FNE, analizaría los antecedentes y decidiría si reiteraría una solicitud análoga a aquella que dio origen al procedimiento Rol NC N° 433-16.

21. El 16 de agosto de 2017, a fojas 1227 del procedimiento Rol C N° 314-16, se aprobaron las bases de un acuerdo conciliatorio ("Conciliación" o "Acuerdo Conciliatorio") alcanzado por Punta de Rieles, SAAM, ATI y la FNE, que se orientaba a satisfacer las pretensiones de esta última en dicho procedimiento y precaver un eventual litigio entre las partes relativo al incumplimiento de las obligaciones que el acto de concesión portuaria impuso a ATI de conformidad con los Dictámenes N° 1045/1998 y N° 1209/2002. En dicha Conciliación, se estableció que ATI presentaría a EPA una solicitud para modificar el límite a la integración vertical vigente, dentro del plazo de diez días corridos desde que quedara firme la resolución que aprobó la referida Conciliación; solicitud que fue presentada el 21 de agosto de 2017, según da cuenta la carta dirigida por ATI a EPA, acompañada a este procedimiento en la presentación de fojas 45.

22. Atendido lo anterior, y en virtud de lo establecido en el artículo 18 N° 7 del D.L. N° 211, en relación con los artículos 14 y 23 de la Ley de Puertos, EPA presentó la Solicitud que dio lugar a este procedimiento no contencioso.

E. OBJETO DEL PROCEDIMIENTO

23. El objeto y alcance de este procedimiento no contencioso es únicamente determinar la procedencia de modificar la actual regla de restricción a la integración vertical establecida en el Dictamen N° 1209/2002, que rige actualmente al Frente de Atraque N° 2 del puerto de Antofagasta, en los términos señalados en la Solicitud. Bajo esa consideración, en el presente informe, este Tribunal no se pronunciará respecto a peticiones de naturaleza distinta que excedan dicho objeto y alcance, formuladas por los restantes aportantes de antecedentes.

24. En relación con el objeto de este procedimiento, en las siguientes secciones se explica (i) por qué la presente resolución consiste en un Informe, a diferencia de las resoluciones que dan término a los procedimientos de consulta; (ii) el origen y alcance de la regla de restricción a la integración vertical establecida en el Dicta-

men N° 1209/2002 que rige actualmente al Frente de Atraque N° 2 del puerto de Antofagasta, y (iii) por qué es pertinente y oportuno emitir este Informe.

a) La presente resolución de término tiene naturaleza de Informe

25. Como fue señalado anteriormente, este procedimiento no contencioso tiene su origen en una solicitud de informe presentada por EPA en virtud de lo establecido en el artículo 18 N° 7 del D.L. N° 211, en relación con los artículos 14 y 23 de la Ley de Puertos.

26. Por consiguiente, esta resolución de término reviste la naturaleza de un informe cuyo único objetivo es modificar parcialmente el Dictamen N° 1209/2002 que versa sobre el mismo objeto concesional, solo en aquella parte que se refiere a las reglas de integración vertical que se exponen en la siguiente sección, rigiendo en todo lo demás lo dispuesto en el referido dictamen.

27. Dicha potestad se ha ejercido en oportunidades anteriores; por ejemplo, en la dictación del Informe N° 8/2012, en el que este Tribunal se pronunció respecto de la solicitud formulada por la Empresa Portuaria Valparaíso ("EPV"), consistente en la eliminación o alzamiento de la restricción a la integración horizontal aplicable a la concesión del Frente de Atraque N° 2 del puerto de Valparaíso, previamente establecida en el Informe N° 5/2009, el cual, a su vez, fue emitido de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 14 y 23 de la Ley de Puertos.

28. A mayor abundamiento, a fin de diferenciar esta resolución de término de aquellas que culminan los procedimientos de consulta, cabe señalar que el artículo 18 número 2 del D.L. N° 211 otorga a este Tribunal la facultad de conocer, a solicitud de quienes sean parte o tengan interés legítimo en los hechos, actos o contratos existentes o por celebrarse, los asuntos de carácter no contencioso que puedan infringir las disposiciones de dicha ley; situación que no se produce en el procedimiento de autos atendido el tenor y objeto de la Solicitud y por tratarse del ejercicio de la potestad legal conferida en la Ley de Puertos.

b) Origen y alcance de la regla de restricción a la integración vertical establecida en el Dictamen N° 1209/2002 que rige al Frente de Atraque N° 2 del puerto de Antofagasta

29. Las Empresas Portuarias de Valparaíso, de San Antonio y de Talcahuano- San Vicente solicitaron a la H. CPC la emisión de un informe acerca de las condiciones de competencia que debían regir con motivo de la licitación de las concesiones portuarias de los frentes de atraque en los puertos de Valparaíso, San Antonio y San Vicente. Esta solicitud dio origen a un procedimiento que culminó con la dictación del Dictamen N° 1045/1998 que estableció restricciones estructurales a la integración vertical y horizontal del adjudicatario de las concesiones respectivas, así como otras condiciones para la prestación de servicios portuarios.

30. En este sentido, se establecieron normas relativas a: (i) la organización corporativa, objeto y financiamiento de los concesionarios, cuyo objetivo es alcanzar altos grados de transparencia en la provisión de los servicios portuarios y evitar subsidios cruzados; (ii) las condiciones para la prestación de los servicios portuarios, cuyo propósito era evitar discriminaciones arbitrarias o abusos de posición dominante en que pudiere incurrir el concesionario de un frente de atraque en la prestación de los servicios portuarios bajo el esquema monooperador; (iii) las limitaciones a las empresas que presenten un grado de integración vertical relevante con la actividad portuaria, cuyo propósito es asegurar la transparencia y evitar subsidios cruzados, promoviendo la existencia de intereses independientes suficientemente fuertes al interior de las sociedades concesionarias, de modo de propender al manejo de la concesión como un negocio independiente, que maximice su propio beneficio económico; y (iv) las limitaciones a las empresas que presenten algún grado de integración horizontal relevante con la actividad portuaria, cuyo propósito es propiciar la competitividad de los puertos permitiendo la participación minoritaria de un concesionario o del dueño un puerto privado en la sociedad concesionaria de un frente de atraque ubicado en la misma región en tanto la sociedad concesionaria tenga un controlador independiente.

31. Posteriormente, el 22 de abril de 2002, EPA solicitó a la H. CPC emitir un informe acerca de una serie de condiciones propuestas para la licitación de una concesión portuaria para la explotación del frente de atraque comprendido por los

sitios 3 a 7 del puerto de Antofagasta (Frente de Atraque N° 2). Este procedimiento culminó con la dictación del Dictamen N° 1209/2002, en el que se señaló que no se divisaban razones para cambiar los criterios ya establecidos en el Dictamen N° 1045/1998, indicando que todo lo resuelto en aquel dictamen debía extenderse al Frente de Atraque N° 2, con excepción de lo dispuesto en el numeral 8 del Dictamen N° 1045/1998. A fin de evitar dudas sobre la materia, en el Dictamen N° 1209/2002 se contemplaron reglas relativas a la integración horizontal y vertical.

32. Respecto a la integración vertical, se estableció la siguiente regla: "*el conjunto de usuarios relevantes no podrá poseer más de un 40% del capital, ni más del 40% del capital con derecho a voto, ni derechos por más del 40% en las utilidades de la sociedad concesionaria. Serán considerados como usuarios relevantes las personas que por sí o en conjunto con sus personas relacionadas, efectúen, contraten o intervengan bajo cualquier modalidad en el transporte de carga por vía marítima, sea como empresas navieras, exportadores, importadores, consignatarios, embarcadores, fletadores, portadoras, transportistas multimodales, agentes, corredores, forwarders, o a cualquier otro título o modalidad, (i) con más de un 15% del tonelaje de carga marítima movilizada en la región, o (ii) con más del 25% del tonelaje de carga marítima movilizado por medio del frente de atraque objeto de la concesión. Si un usuario (por sí o en conjunto con sus relacionadas) participare a varios títulos, será considerado usuario relevante si supera los porcentajes referidos en razón de su participación a cualesquiera títulos de la misma naturaleza. Los porcentajes a que se refiere este número se calcularán al 31 de marzo, 30 de junio, 30 de septiembre y 31 de diciembre respecto del período de 12 meses anterior a cada una de esas fechas y se informarán por la sociedad concesionaria a la Empresa Portuaria dentro de los 30 días siguientes. Para los efectos de los porcentajes máximos referidos en los números precedentes, al porcentaje de propiedad, voto o utilidades que tengan directamente en la sociedad concesionaria sus accionistas, se agregará la participación total que posean en la propiedad, voto o utilidades de la concesionaria sus personas relacionadas*".

33. Finalmente, en el Informe N° 11/2014, emitido por este Tribunal el 20 de marzo de 2014, respecto de las condiciones para la licitación pública del Frente de Atraque N° 1 del puerto de Antofagasta, se señaló que el concepto de usuario relevante contenido en la referida regla, comprendía (i) a las empresas navieras que, si bien

pueden tener una baja o nula participación en el mercado relevante definido en dicho Informe, controlaban una proporción significativa de la carga transportada a nivel nacional y (ii) a las empresas de transporte de carga terrestre, en especial los ferrocarriles, por cuanto éstas ya se encontraban incluidas en las categorías de "*fletadores, porteadores y operadores de transporte multimodal*" (Informe N° 11/2014, p. 62 y 63).

c) Pertinencia y oportunidad del informe solicitado

34. La emisión de los informes encomendados al Tribunal en virtud de disposiciones legales especiales se efectúa conforme al procedimiento previsto en el artículo 31 del D.L. N° 211. Tales informes son vinculantes para las autoridades que los solicitan y producen los efectos a que se refiere el artículo 32 del mismo cuerpo legal, que dispone que "[l]*os actos o contratos ejecutados o celebrados de acuerdo con las decisiones del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, o de acuerdo con las resoluciones de la Fiscalía Nacional Económica para el caso de las operaciones de concentración no acarrearán responsabilidad alguna en esta materia, sino en el caso que, posteriormente, y sobre la base de nuevos antecedentes, fueren calificados como contrarios a la libre competencia por el mismo Tribunal, y ello desde que se notifique o publique, en su caso, la resolución que haga tal calificación. En todo caso, ni los ministros que concurrieren a la decisión, ni el Fiscal Nacional Económico, según correspondiere, se entenderán inhabilitados para los nuevos pronunciamientos que eventualmente tuvieren lugar*".

35. Por consiguiente, lo resuelto en los informes es modificable en la medida que exista una variación de las condiciones de competencia consideradas en su emisión, lo que puede solicitarse por los sujetos obligados por estos.

36. Este carácter mutable o modificable de las conclusiones de los informes también ha sido reconocido en la literatura. Así, tal como señala Domingo Valdés Prieto, "[…] *las conclusiones que obtiene este Tribunal Antimonopólico, con motivo del ejercicio de esta potestad informativa, son mutables en función de las variaciones o cambios que experimenten los mercados relevantes y competidores objeto del respectivo análisis. Por ello, no cabe sostener forma alguna de cosa juzgada judicial o administrativa en relación con la actividad de esta potestad pública*

informativa" (Valdés Prieto, Domingo, Libre Competencia y Monopolio, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, p. 598).

37. Por su parte, el Dictamen N° 1209/2002 de la H. CPC que se emitió con motivo de la potestad conferida al Tribunal en virtud del actual artículo 18 N° 7 del D.L. N° 211, en aplicación de los artículos 14 y 23 de la Ley de Puertos, no solo extendió la aplicación de las reglas sobre integración horizontal y vertical previamente fijadas en el Dictamen N° 1045/1998 al concesionario del Frente de Atraque N° 2 del puerto de Antofagasta, sino que también le asignó un plazo de vigencia idéntico al de la concesión, revisable, a iniciativa del concesionario, al cabo de cinco años contados desde la fecha de la suscripción del contrato respectivo. Es decir, el Dictamen N° 1209/2002, además, estableció reglas específicas que rigen su propia modificación.

38. En efecto, la H. CPC dispuso que "[l]*as reglas de integración horizontal y vertical referidas precedentemente tendrán vigencia durante todo el plazo de la concesión. Con todo, luego de transcurrido el plazo consignado en el numeral 9 del Dictamen N° 1045, esto es, cinco años contados desde la suscripción de los contratos de concesión que se efectuaron en relación a los puertos de la Quinta y Octava Regiones, y a objeto de, en su momento, examinar la situación sobre integración de manera global, es decir, analizando lo ocurrido en la Segunda, Quinta y Octava Regiones, el concesionario que se adjudique la licitación a que llame la EPA, podrá requerir su modificación a la Empresa Portuaria de Antofagasta, la que sólo podrá proceder en este sentido, previo informe de la Comisión Preventiva Central o del organismo al que se hayan traspasado sus facultades*" (Dictamen N° 1209/2002, párrafo 8).

39. Así, atendido que el contrato de concesión de ATI fue suscrito el año 2003, por un plazo de veinte años, ha transcurrido con creces el plazo previsto en el Dictamen N° 1209/2002.

40. En dicho contexto, y en razón de los compromisos asumidos en el marco de la Conciliación, EPA ha solicitado nuevamente al Tribunal, en su calidad de sucesor legal del órgano que emitió el Dictamen N° 1209/2002, la elaboración de un nuevo informe sobre la pertinencia de la restricción a la integración vertical fijada en el

antedicho dictamen en razón de las actuales circunstancias de la operación portuaria. Por tanto, lo solicitado en autos, supone el ejercicio de la potestad legal conferida en la Ley de Puertos, sólo que aplicada a las circunstancias y condiciones de competencia actuales de operación portuaria.

41. De esta manera, en atención a lo dispuesto en el artículo 32 del D.L. N° 211 y a lo establecido en el Dictamen N° 1209/2002, corresponde analizar si las condiciones de competencia en el mercado relevante en que inciden estos autos han variado, para determinar la procedencia de la modificación solicitada a las actuales reglas de restricción a la integración vertical que rigen al concesionario del Frente de Atraque N° 2 del puerto de Antofagasta.

F. METODOLOGÍA DE ANÁLISIS

42. Para analizar la Solicitud consistente en aumentar el límite permitido a la integración vertical en el Frente de Atraque N° 2 del puerto de Antofagasta, operado por ATI, es necesario determinar si ello permite resguardar la libre competencia en la provisión de los servicios portuarios en el mercado relevante. Para estos efectos, en primer lugar, se examinarán cuáles serían los potenciales riesgos que conlleva la integración vertical antes indicada y cuáles serían las condiciones para que estos se materialicen.

43. En particular, la integración vertical entre ATI y los usuarios relevantes del Frente de Atraque N° 2 del puerto de Antofagasta, podría generar riesgos de conductas contrarias a la libre competencia, consistentes en que la primera, en la provisión de los servicios portuarios, despliegue alguna de las siguientes conductas en desmedro de empresas competidoras en los mercados aguas abajo o aguas arriba, en concreto a través del apalancamiento de su posición dominante hacia dichos mercados conexos en otro eslabón de la cadena de valor: (i) cierre anti- competitivo de mercado (de acceso a insumos o a clientes), (ii) discriminación de precios o empaquetamiento o (iii) actos de discriminación de calidad de servicio o sabotaje.

44. A este respecto, en el Dictamen N° 1209/2002 se señaló que los resguardos incorporados en las bases de licitación para la concesión portuaria del Frente de

Atraque N° 2 del puerto de Antofagasta, especialmente los referidos a la integración horizontal y vertical, están *"destinados a evitar discriminaciones arbitrarias o abusos de posición dominante en que eventualmente pudiere incurrir el concesionario de estos frentes de atraque"* (Dictamen N° 1209/2002, párrafo 4).

45. En el mismo sentido, el Informe N° 11/2014, cuyo objeto era establecer las reglas bajo las cuales debía licitarse el Frente de Atraque N° 1 del puerto de Antofagasta, indica que la integración vertical, bajo ciertas condiciones, puede crear o aumentar los incentivos para excluir a los competidores del concesionario portuario en mercados conexos. Plantea que en el caso particular de los puertos monooperados, los servicios portuarios básicos están regulados mediante las condiciones establecidas en las respectivas bases de licitación y, de tener posición dominante en el mercado portuario, tienen incentivos "*para excluir a competidores en otro segmento de la cadena de valor que no esté regulado, para lograr una posición de dominio en tal segmento y lograr las rentas monopólicas que no pudo alcanzar en virtud de dichas restricciones*" (Informe N° 11/2014, página 38). Así, el Informe reconoce que se podría "*expandir el poder monopólico del puerto excluyendo a competidores en dicho segmento a través de obstáculos en la calidad del servicio portuario o negativa de servicio*" (Informe N° 11/2014, página 38), en referencia a los riesgos de sabotaje que pueden darse cuando existe integración vertical, y concluye que "*es por tales razones que este Tribunal consistentemente ha limitado la integración vertical del puerto con sus usuarios relevantes*" (Informe N° 11/2014, página 38).

46. En línea con lo anterior, la FNE indica que "*dado que la integración vertical entre los servicios pertenecientes a distintos eslabones tiene carácter complementario, el alineamiento de incentivos entre ambos aumenta la probabilidad de que ATI quiera traspasar su poder de mercado al mercado relacionado, con tal de extraer todas las rentas de la estructura verticalmente integrada a través del segmento no regulado*" (FNE, foja 583).

47. De lo anterior se desprende que, para el análisis prospectivo que debe hacer este Tribunal con ocasión de este Informe, lo relevante es determinar si ATI tiene la capacidad y los incentivos de incurrir en las conductas anti-competitivas descritas con ocasión de la provisión de servicios portuarios.

48. Considerando lo anterior, las secciones I y J analizan, a continuación, las condiciones de competencia relevantes para determinar si éstas han variado desde el establecimiento de la regla de restricción a la integración vertical contenida en el Dictamen N° 1209/2002; en especial, si ATI tiene una posición dominante en el mercado relevante. En caso de que efectivamente se concluya que ATI tiene dicha posición, se analizará la posibilidad de que se materialicen los riesgos expuestos.

I. CONDICIONES DE COMPETENCIA EXISTENTES AL MOMENTO DE ESTABLECERSE LA REGLA DE RESTRICCIÓN A LA INTEGRACIÓN VERTICAL CONTENIDA EN EL DICTAMEN N° 1209/2002.

49. En el procedimiento Rol N° 202-02 sustanciado ante la H. CPC, queculminó con el Dictamen N° 1209/2002, se tuvieron en consideración una serie de antecedentes que permiten comprender, en términos generales, las condiciones de competencia existentes en el puerto de Antofagasta al momento de establecersela regla de restricción a la integración vertical contenida en dicho dictamen.

a) Mercado relevante

50. Si bien en el Dictamen N° 1209/2002 no se explicitó una definición de mercado relevante, de los antecedentes aportados por EPA en el procedimiento respectivo, se desprende que el mercado analizado corresponde al de servicios portuarios de transferencia de carga con ocasión de la licitación del Frente de Atraque N° 2 del puerto de Antofagasta (EPA, Rol N° 202-02 H. CPC, fojas 39 y 40).

51. A este respecto, EPA señaló en su solicitud que, para determinar los mercados relevantes en materia portuaria, debían considerarse factores geográficos y de capacidad, y factores de especialidad de los puertos. Los primeros, por cuanto la competitividad entre frentes de atraque estatales y entre éstos y los puertos privados está determinada, ante todo, por su ubicación geográfica y por el tipo de naves que pueden atender. Los segundos, debido a que no todos los puertos tienen capacidad para atender los mismos tipos de carga.

b) Partícipes del mercado

52. En la solicitud que motivó el Dictamen N° 1209/2002, se indicó que, en Chile, los puertos de uso público, estatales y privados, competían por transferir carga, y que esta situación no difería en la región de Antofagasta. Así, además del puerto estatal de Antofagasta, existían los puertos privados de uso público de Mejillones, Tocopilla y el Muelle Mecanizado Coloso.

53. Adicionalmente, se señaló que "*los servicios portuarios que ofrecen los frentes de atraque de los puertos estatales se caracterizan por ser prestados en condiciones de competencia, sea (i) entre puertos (tanto estatales como privados); y (ii), al interior del puerto, entre sus frentes de atraque*" (EPA, Rol N° 202-02 H. CPC, foja 42), lo que también fue reconocido en el Dictamen N° 1045/1998.

54. Teniendo en consideración lo anterior, fue posible determinar los principales competidores del puerto de Antofagasta hasta ese entonces. Así, EPA indicó que la competencia que enfrentaba el Frente de Atraque N° 2 se concentraba en el Frente de Atraque N° 1 del mismo puerto, con el cual competía en carga fraccionada y contenedores; y que, a partir del año 2003, competiría con el Complejo Portuario Mejillones ("CPM") por las cargas libres no contratadas por Codelco y, con el puerto de Tocopilla, luego de su proyecto de mejoramiento.

55. En particular, respecto a CPM, EPA explicó que éste sería un puerto de propiedad estatal, por ser filial de Codelco, cuya explotación había sido entregada en concesión por 30 años a un consorcio privado formado por la Constructora Belfi y Ultramar y, que "*la zona donde está emplazado el proyecto permitiría habilitar 25 o más sitios de atraque para naves post-Panamax, en un desarrollo por etapas*" (EPA, Rol N° 202-02 H. CPC, foja 64). Además, señaló que CPM iniciaría sus operaciones con dos sitios de 200 metros de longitud cada uno, para atender a naves con calado de 12,5 metros, eslora de 225 metros y manga de 30 metros.

56. En cuanto al puerto de Tocopilla, indicó que éste contaba con dos muelles, uno con calado de 14,3 metros y eslora de 250 metros, capaz de movilizar graneles, carga general y contenedores, y otro que centraba su operación en la movilización de nitratos.

57. Sin perjuicio de lo anterior, se indicó que, en la región de Antofagasta, el puerto de Antofagasta no había enfrentado mucha competencia porque los puertos existentes en la región eran de carácter especializado y atendían principalmente a sus empresas relacionadas. Además, los dos puertos privados de uso público de la región, Tocopilla y Mejillones, no competían significativamente en la transferencia de la carga general fraccionada y contenedorizada; por su parte, el puerto Caleta Coloso, estaba orientado exclusivamente a la atención del concentrado de cobre de la Compañía Minera Escondida.

c) Porcentajes de participación de mercado y su proyección

58. En lo que respecta a las participaciones de mercado, EPA indicó que, en el año 2000, los puertos privados (Mejillones, Tocopilla y Coloso) transfirieron el 8%, 31% y 24% respectivamente, de la carga total movilizada de comercio exterior de la región de Antofagasta, en tanto que el puerto de Antofagasta concentró el 45% de la carga general.

59. EPA señaló que, considerando todos los puertos de la región de Antofagasta, el Frente de Atraque N° 2 tuvo una participación del 80% en carga movilizada en contenedores y 45% en carga general, medidas en toneladas para el año 2000.

60. El Cuadro N° 1 muestra, a continuación, la relevancia del Frente de Atraque N° 2 del puerto de Antofagasta, al año 2000.

CUADRO N° 1
PARTICIPACIONES DE MERCADO EN CARGA DE COMERCIO EXTERIOR DE LOS PUERTOS DE USO PÚBLICO, EN LA REGIÓN DE ANTOFAGASTA, AL AÑO 2000

Terminal	Tipo de carga			Carga total
	Contenedores	Fraccionada	Granel Sólido	
Frente de Atraque N° 1 del puerto de Antofagasta	20%	27%	2%	13%
Frente de Atraque N° 2 del puerto de Antofagasta	80%	63%	13%	37%
Puerto Tocopilla	0%	9%	63%	38%
Puerto Mejillones	0%	0%	22%	12%

Fuente: Elaboración propia en base a información aportada por EPA en procedimiento Rol N° 202-02 sustanciado ante la H. CPC que culminó con la emisión del Dictamen N° 1209/2002.

61. Por otro lado, en ese entonces, EPA planteó que el escenario proyectado a 2020 cambiaría drásticamente dependiendo de las inversiones de mejoramiento que se realizasen en el puerto de Antofagasta. En este sentido, señaló que, de no mediar inversiones, el puerto podría movilizar el 18,6% de la carga total de la región de Antofagasta, siendo CPM el principal puerto de la región. En caso contrario, el puerto de Antofagasta podría movilizar el 59,5% de la carga de la región.

62. EPA señaló, asimismo, que las inversiones que se requerían para aumentar la competitividad del Frente de Atraque N° 2 podrían materializarse si se entregaba la concesión del mismo bajo un esquema monooperador. Para estos efectos, propuso varias reglas estructurales y conductuales, respecto de las que solicitó un informe a la H.CPC. En consideración a dichos antecedentes, se emitió el Dictamen N° 1209/2002, en el que se fijaron los límites a la integración vertical que son materia de autos, según fue mencionado *supra*.

J. CONDICIONES DE COMPETENCIA EXISTENTES AL MOMENTO DE LA SOLICITUD

63. Para el análisis de las condiciones de competencia existentes al momento de la Solicitud, no solo se considerará la información acompañada al proceso por los distintos aportantes de antecedentes, sino que también ciertas características de mercado identificadas en el Informe N° 11/2014, emitido por este Tribunal, respecto de las condiciones para la licitación pública del Frente de Atraque N° 1 del puerto de Antofagasta, colindante con el Frente de Atraque N° 2, en la medida que sean atingentes.

64. Lo anterior, por cuanto ambos frentes comparten una misma área de influencia geográfica y por las similitudes en sus modelos de concesión, en sus servicios y en las naves en que cada uno se enfoca. En efecto, en el referido informe se dispuso que "*ambos* [modelos de concesión] *están enfocados en la atención en el corto plazo de naves de tipo panamax o menores, ampliándose en el mediano o largo plazo, a naves de tipo postpanamax*" (Informe N° 11/2014, página 25).

65. Asimismo, atendido que en virtud de la resolución de fojas 56, se ordenó traer a la vista el expediente de la causa Rol C N° 314-16, se considerarán los antecedentes que obran en dichos autos.

a) Mercado relevante

66. En el Informe N°11/2014 se definió el mercado relevante del producto como "*el de los servicios portuarios básicos prestados en puertos de uso público, ya sean públicos o privados, que atiendan a naves de tipo panamax y puedan expandirse en un plazo razonable para la atención de naves de tipo postpanamax*" (Informe N° 11/2014, página 26).

67. Atendidas las características del Frente de Atraque N° 1, se incorporaron los frentes de atraque con capacidad para atender naves de tipo *panamax* y que tuvieran la posibilidad de expandirse en el mediano plazo para atender naves de tipo *postpanamax*. Asimismo, en el mencionado informe se sostuvo que se debe diferenciar, por tipo de carga, porque desde el punto de vista de la demanda no existe sustitución entre los servicios portuarios provistos a usuarios que transportan carga general y carga a granel y, dentro de la carga general, existe un limitado grado de sustitución entre la carga en contenedores y la carga fraccionada (ver informes N° 5/2009 y N° 6/2009), debido a la especialización requerida para la atención de cada una. De esta manera, para el análisis de las condiciones de competencia en este caso, el mercado relevante se segmentó según los distintos tipos de carga que transferiría el Frente de Atraque N° 1, esto es, carga fraccionada, en contenedores, graneles sólidos y graneles líquidos. Lo anterior, por cuanto se consideró que dentro de los servicios portuarios provistos para carga sólida a granel como para carga líquida a granel existía "*especialización de las infraestructuras requeridas para su transferencia y almacenamiento de acuerdo con el producto específico o subtipo de carga a granel de que se trate*" (Informe N° 11/2014, página 26).

68. Esta definición es mayormente compartida en este proceso por la Consultante (y su informe económico), la FNE, SAAM, ATI (y su informe económico), FCAB, el MTT y el SEP. A ello la FNE agrega que no se evidencian cambios estructurales que conlleven, en el largo plazo, a una situación diferente a lo ya analizado en dicho informe (FNE, foja 572).

69. En efecto, todos los intervinientes mencionados concuerdan en distinguir entre la carga en contenedores, la carga fraccionada y la carga a granel. Sin embargo, solamente ATI, el SEP y el Informe económico acompañado por EPA hacen refe-

rencia a la distinción entre graneles sólidos y líquidos mencionada en el Informe N° 11/2014. Cabe señalar que esta distinción, si bien fue desarrollada en dicho informe, no fue explícitamente incorporada en la definición de mercado relevante.

70. En este sentido, el Informe económico acompañado por EPA, considera que el mercado relevante se define como la provisión de servicios portuarios básicos ofrecidos en los frentes de atraque de puertos de uso público de la región de Antofagasta, para cada uno de los tipos de carga, esto es, carga fraccionada, en contenedores y graneles sólidos (Informe económico acompañado por EPA, página 6). Asimismo, el SEP estima que el segmento de carga a granel debe limitarse a graneles sólidos (SEP, foja 184).

71. ATI controvierte lo anterior, pues considera que en el mercado relevante del producto también debiese ser considerada la carga a granel líquida, ya que excluirlos "*no sólo iría contra la jurisprudencia constante del H. Tribunal en la materia sino que además sería incorrecto desde el punto de vista técnico y económico*" (ATI, foja 411). Plantea, además, que en el supuesto que la teoría del daño se base en que FCAB pueda apalancar su poder de mercado hacia ATI, el tipo de carga que moviliza el ferrocarril sería relevante. Señala al efecto que "*en el contexto de un análisis de integración vertical entre el FCAB y un operador portuario como ATI, lo relevante es también considerar el tipo de carga que el primero se encuentra en condiciones de transferir.* (...) *Y sucede que el FCAB transporta, dentro del total de su actividad, un porcentaje muy relevante de ácido sulfúrico que no puede ser transferido por ATI. Así, no considerar el ácido sulfúrico dentro del mercado relevante, sobre-representa esa supuesta capacidad de traspasar poder de mercado desde el transporte terrestre a la operación portuaria*" (ATI, foja 412).

72. Si bien la transferencia y almacenamiento de graneles sólidos y líquidos requiere de distinta infraestructura para su transferencia y almacenamiento y en ese entendido, se consideran como segmentos separados de carga, el análisis que debe realizar el Tribunal en esta oportunidad tiene relación con el mercado donde se desenvuelve ATI y no FCAB y en evaluar la capacidad e incentivos de ATI para apalancar una eventual posición dominante hacia mercados conexos a consecuencia de su integración vertical. Por tanto, en el mercado relevante deben incorporarse aquellos tipos de carga que moviliza el Frente de Atraque N° 2 del puerto de Antofagasta, lo cual no incluye graneles líquidos.

73. Sin perjuicio de lo anterior, atendida la escasa información disponible que desagregue la carga a granel en los subsegmentos de carga a granel sólida y líquida, el análisis de participaciones de mercado se realizará considerando el total de toneladas movilizadas en carga a granel, sin distinguir entre graneles sólidos y líquidos. Ahora bien, las conclusiones que arroja el análisis no varían sustancialmente si se excluye el transporte de graneles líquidos porque estos representan un porcentaje menor del volumen total de toneladas movilizadas en la región de Antofagasta, según datos aportados por la FNE. En particular, se menciona que en 2016 se transfirieron 9,2 millones de toneladas de graneles sólidos y 1,37 millones de toneladas de gráneles líquidos (FNE, foja 575). En consecuencia, la carga de granel líquido representa alrededor de un 13% del total de carga a granel movilizada en dicho período.

74. En lo que respecta al mercado relevante geográfico, al igual que en los informes N° 10/2014 y N° 11/2014, se estableció que la zona de influencia (también denominada *hinterland*) del puerto de Antofagasta correspondía, precisamente, a la región de Antofagasta. Esta definición se realizó considerando que las distancias relevantes son aquellas que existen entre los centros de consumo y los puertos, más que las distancias entre los puertos. En este sentido, se elaboró el Cuadro N° 2, que se reproduce a continuación, donde se observa una correlación significativa y positiva entre la región, que es origen o destino de la carga, y la elección del puerto por el que ésta se transporta, existiendo escasa o nula sustitución entre los servicios portuarios ofrecidos por los puertos de las regiones que componen la macro zona norte.

CUADRO N° 2
PARTICIPACIÓN PORCENTUAL POR ORIGEN/DESTINO DEL TOTAL DE CARGA NACIONAL MOVILIZADA POR LOS PUERTOS ESTATALES DE LA MACRO ZONA NORTE

Región de origen/destino	Puerto de salida/entrada		
	Arica	Iquique	Antofagasta
Arica y Parinacota	[95-100]%	[0-5]%	[0-5]%
Tarapacá	[0-5]%	[95-100]%	[0-5]%
Antofagasta	[0-5]%	[0-5]%	[95-100]%
Otras	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%

Fuente: Informe N° 11/2014, página 28.

75. En el mismo sentido, la Consultante, así como la FNE, Codelco, SAAM, ATI, FCAB y el MTT, plantean que debiese considerarse la región de Antofagasta como la dimensión geográfica del mercado relevante. CPM, por su parte, sostiene que debe considerarse toda la macrozona norte; es decir, plantea que a la región de Antofagasta deben sumarse las regiones de Arica y Parinacota y Tarapacá.

76. Esta controversia respecto al límite geográfico del mercado relevante ya se presentó con ocasión de la dictación del Informe N° 11/2014. En dicha oportunidad, se determinó que la extensión del mercado se limitaba a la región de Antofagasta por las razones señaladas en el párrafo 89. Se estima que estas razones justifican suficientemente que el mercado relevante geográfico se defina, en este caso, como la región de Antofagasta.

77. A mayor abundamiento, una definición como ésta, es decir, geográficamente acotada, genera un escenario conservador para analizar la posición competitiva de ATI en el mercado. Lo anterior, debido a que, bajo ese supuesto, su participación de mercado será mayor que aquella que se obtendría al incluir, geográficamente, toda la macrozona norte.

78. Considerando todo lo expuesto, se concluye que el mercado relevante en que incide el presente informe corresponde a la provisión de servicios portuarios básicos ofrecidos en los frentes de atraque de puertos de uso público de la región de Antofagasta, que atiendan naves de tipo *panamax* y con posibilidad de expandirse a *postpanamax,* para cada uno de los tipos de carga, esto es, carga fraccionada, en contenedores y carga a granel sólida.

b) Partícipes del mercado

79. Habiéndose definido el mercado relevante, se evaluarán las condiciones de competencia en cada uno de los segmentos de carga que se movilizan en el ámbito geográfico pertinente y, de este modo, se podrá dilucidar si ATI tiene una posición dominante de la que puede abusar.

80. En el Informe N° 11/2014, se consideró que, al año 2014, los frentes de atraque que formaban parte del mercado relevante eran (i) en el segmento de carga a gra-

nel: EPA (Frente de Atraque N° 1, puerto de Antofagasta), ATI (Frente de Atraque N° 2, puerto de Antofagasta), Puerto Mejillones, Electroandina y Terminal Graneles del Norte; (ii) en carga contenedorizada: EPA, ATI y Puerto Angamos; y (iii) en carga fraccionada: EPA, ATI y Puerto Angamos.

81. Además, se determinó que, para ser considerados como participantes del mercado relevante, los frentes de atraque debían permitir la atención de terceros, es decir, ser de uso público, ya fueran propiedad de empresas públicas o de empresas privadas.

82. Cabe señalar que, si bien el Frente de Atraque N° 1 es parte del mercado relevante, como no fue licitado, en la actualidad solo pueden recalar en él naves de tamaño menor o igual a *panamax*. Como se verá, ello implica que no ejerce una presión competitiva eficaz, salvo que se realizaran las inversiones necesarias para aumentar su competitividad. En consecuencia, si bien es un competidor actual en el mercado analizado, se trata de un actor de menor tamaño.

83. Dicho lo anterior, a continuación, se detallan las participaciones de mercado reportadas en el Informe N° 11/2014 para cada tipo de carga.

CUADRO N° 3

PARTICIPACIONES DE MERCADO EN CARGA DE CONTENEDORES, ENTRE 2010 Y 2012

Puerto o frente de atraque	2010	2011	2012
EPA	0,2%	0,0%	0,0%
ATI	58,0%	46,8%	46,2%
Puerto Angamos	42,0%	53,0%	51,6%
Puerto Mejillones	0,0%	0,1%	2,2%

Fuente: Informe N° 11/2014, página 31.

CUADRO N° 4

PARTICIPACIONES DE MERCADO EN CARGA FRACCIONADA, ENTRE 2010 Y 2012

Puerto o frente de atraque	2010	2011	2012
EPA	2,0%	1,9%	0,7%
ATI	40,5%	50,8%	29,4%
Puerto Angamos	44,8%	39,4%	44,4%
Puerto Mejillones	4,0%	1,3%	4,4%
Electroandina	10,8%	8,5%	21,9%

Fuente: Informe N° 11/2014, página 32.

CUADRO N° 5

PARTICIPACIONES DE MERCADO EN CARGA A GRANEL, ENTRE 2010 Y 2012

Puerto o frente de atraque	2010	2011	2012
EPAN	0,3%	0,5%	0,5%
ATI	7,5%	10,6%	6,5%
Puerto Angamos	0,7%	0,4%	4,5%
Puerto Mejillones	44,3%	47,6%	45,2%
Electroandina	47,5%	31,4%	32,6%
Terminal Graneles del Norte	0,0%	10,1%	11,2%

Fuente: Informe N° 11/2014, página 32.

84. En el procedimiento de autos, existe consenso en considerar como partícipes del mercado relevante a EPA, ATI, Angamos y Mejillones. Sin embargo, hay discrepancia en torno a la participación de Electroandina Tocopilla, TGN e Interacid. Este último, tampoco fue considerado como participante del mercado relevante en el Informe N° 11/2014.

85. En cuanto a la inclusión de Electroandina Tocopilla (del grupo Engie), si bien la FNE señala que pertenece al mercado relevante, enseguida indica que este terminal no es de uso público en la actualidad y que, por consiguiente, constituye únicamente un competidor potencial, de acuerdo con la respuesta al Ord. N° 2297-17 que dicha empresa le habría remitido a la FNE en la investigación correspondiente (FNE, foja 574). Por su parte, en el Informe económico acompañado por EPA, se señala que este puerto sólo moviliza "*insumos de la actividad generadora de energía de su propietario (Central Tocopilla) y no reporta servicios portuarios a otros usuarios*" (Informe económico acompañado por EPA, página 5). El informe económico acompañado por ATI, se pronuncia en el mismo sentido.

86. En contraposición con lo anterior y con el informe económico que ella misma aportó al procedimiento, ATI sostiene que Electroandina Tocopilla debiese incorporarse al mercado relevante, argumentando que el Informe N° 11/2014 así lo consideró y que el mismo terminal en su página web señala que "[t]*ambién está dentro de nuestro catálogo de productos y servicios la operación y explotación de nuestras instalaciones portuarias en Tocopilla y Mejillones, y la prestación de servicios como almacenista extraportuario*". (ATI, foja 391). En el mismo sentido, el MTT señala que "*existen cinco puertos de uso público que forman parte del mercado relevante: uno estatal, que es el puerto de Antofagasta y cuatro privados:*

Terminal Graneles de Antofagasta, Puerto Electroandina Tocopilla, Puerto Mejillones y Puerto Angamos" (MTT, foja 532).

87. Que, si bien el Informe N° 11/2014 consideró a Electroandina Tocopilla parte del mercado relevante al constatar que dicho terminal prestaba servicios de transporte de carga a terceros, dicha conclusión debe variar, por cuanto actualmente ya no presta estos servicios. Así, para efectos de este informe, no se considerará a este actor como partícipe del mercado relevante analizado.

88. En segundo lugar, en cuanto a la inclusión de TGN como participante del mercado relevante, la FNE es el único interviniente que plantea que dicho frente de atraque no generaría competencia efectiva en la región, por la carga que se desembarca en dicho puerto, la duración de los contratos y la naturaleza de la infraestructura existente. Sin embargo, dichos argumentos no son desarrollados suficientemente por este aportante como para desvirtuar que TGN forme parte del mercado relevante, circunstancia que, además, ha sido respaldada por los restantes intervinientes en este proceso, así como por el Informe económico acompañado por EPA y el Informe económico acompañado por ATI.

89. Por último, en cuanto a la inclusión de Interacid como participante del mercado relevante, no se aportó suficiente información sobre esta materia al procedimiento de autos. En efecto, ATI es el único interviniente que se refiere a la existencia de Interacid e indica que debiera ser considerado como parte del mercado relevante (i) por tratarse de un terminal portuario movilizador de graneles líquidos que a futuro contaría con la posibilidad de movilizar graneles sólidos, logrando economías de ámbito; y (ii) porque el ácido sulfúrico (producto movilizado por este terminal) constituye un porcentaje relevante de la carga transportada en la región de Antofagasta y un porcentaje aún mayor de la carga movilizada por FCAB. (ATI, foja 412).

90. Que, si bien en futuras oportunidades Interacid podría ser considerado como parte del mercado relevante, de los argumentos presentados por ATI no es posible concluir que este terminal preste servicios a terceros ajenos a sus relacionados y, por consiguiente, pueda ser considerado un puerto privado de uso público. Además, como se señaló en el párrafo 87, la carga a granel líquida no se considera

parte del mercado relevante. Por último, (i) la potencial participación de Interacid en el transporte de carga a granel sólida es, tal como lo señala ATI, potencial, y (ii) atendido que el análisis se centra en las conductas anticompetitivas en que podría incurrir ATI en la provisión de servicios portuarios, tampoco es relevante el porcentaje que representa el ácido sulfúrico respecto de la carga movilizada por FCAB. Por estas razones, Interacid no será considerado como participante del mercado relevante analizado.

91. Sin perjuicio de lo anterior, la inclusión de Interacid no hace variar las conclusiones del análisis de la posición competitiva de ATI porque éstos no compiten entre sí y, de no efectuarse la distinción entre gráneles sólidos y líquidos, con la exclusión de Incertacid se obtiene un escenario más conservador.

92. En ese contexto, si se compara la información actualmente disponible con lo señalado en el Informe N° 11/2014 (p. 29) en lo relativo a los frentes de atraque que forman parte del mercado relevante, se observa que estos no han variado sustancialmente, tal como se muestra en el Cuadro N° 6 a continuación.

CUADRO N° 6

FRENTES DE ATRAQUE QUE PARTICIPAN DEL MERCADO RELEVANTE

Puerto o Frente de atraque	Tipo de carga	Eslora máxima	Calado máximo	Posibilidad de expandirse a postpanamax
EPA	Contenedores, carga fraccionada y carga a granel sólida	200 m	9,1 m	Sí
ATI	Contenedores, carga fraccionada y carga a granel sólida	337 m	11,6 m	Sí
Angamos	Contenedores, carga fraccionada y carga a granel sólida	366 m	13,7 m	Sí
Mejillones	Contenedores, carga fraccionada y carga a granel sólida y líquida	230 m	14,5 m	Sí
TGN	Carga a granel sólida	250 m	14,4 m	Sí

Fuente: Elaboración propia.

c) Segmentos de cargas a considerar para efectos de calcular los porcentajes de participación de mercado

93. Con el objetivo de calcular las participaciones de mercado de cada uno de los terminales portuarios considerados en el mercado relevante analizado, es necesario, en primer lugar, definir qué tipo de cargas se considerarán en dicha medición.

94. Al respecto, IPNG (accionista minoritaria de Puerto Angamos, operadora del Terminal N° 1 del CPM) afirma que no se debiesen considerar en la medición graneles líquidos, carbón, azufre, clincker y ácido sulfúrico, ni los volúmenes de carga transferidos en los puertos privados en virtud de contratos que posibilitaron la construcción de los mismos. Es decir, a juicio de IPNG, solo se debería incluir en la medición de volúmenes de carga movilizados aquellos que ATI tiene la capacidad actual o potencial de transferir y, respecto de los terminales privados de uso público, aquellos que emanan de la demanda de servicios portuarios que se ofrecen públicamente a terceros. De lo contrario, sostiene que la participación de mercado de ATI sería subestimada. De esta manera, según IPNG, la participación de ATI ascendería al 40%, tal como muestra el cuadro a continuación.

CUADRO N° 7
PARTICIPACIONES DE MERCADO, SEGÚN IPNG, DEL TOTAL DE CARGA MOVILIZADA, ENTRE 2012 Y 2016

Puerto	2012	2013	2014	2015	2016 (enero a mayo)
EPA	1%	2%	0%	0%	0%
ATI	42%	47%	38%	31%	40%
Angamos	49%	43%	53%	61%	52%
Mejillones	8%	8%	8%	7%	8%
Electroandina	0%	0%	0%	0%	0%
TGN	0%	0%	0%	0%	0%

Fuente: Aporte de Antecedentes IPNG, página 3.

95. Respecto de la exclusión de aquellos volúmenes de carga asociados a contratos de largo plazo que otorgan exclusividad o preferencia a determinados clientes, ATI señala correctamente que "*asumir que el tipo de carga no transferida por ATI es simplemente irrelevante, supone sub-representar la capacidad (y el poder*

de mercado que de ello puede derivar) de los puertos ubicados en Mejillones que son administrados por un mismo operador, y que le permiten aprovechar esas economías de ámbito y de escala" (ATI, foja 411).

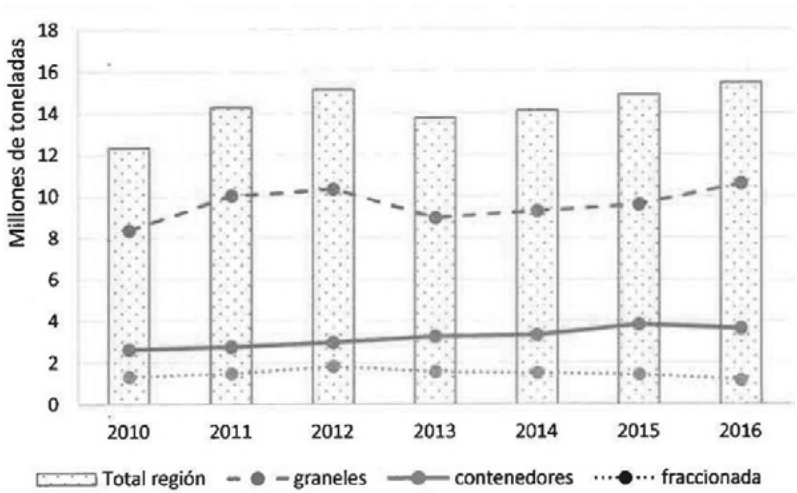
96. En relación con la exclusión del mercado relevante de aquellos productos que no son transferidos por ATI, en razón de lo señalado en el párrafo 87, el mercado relevante analizado en este informe se delimita considerando los tipos de cargas transportadas (contenedores, fraccionada y gráneles sólidos) y noseparando los productos que componen cada una de estas cargas (v.gr. carbón, azufre, clincker y ácido sulfúrico).

97. Que, conforme con lo señalado precedentemente, se concluye que para medir la carga movilizada en los distintos puertos que forman parte del mercado relevante, se debe considerar todo el volumen transportado por el conjunto de actores que pertenecen al mercado, sin hacer distinciones respecto de la naturaleza y duración de los contratos en virtud de los cuales se moviliza la carga ni respecto de los productos que componen cada una de las cargas transportadas. Solo de esta manera se podrá evaluar rigurosamente la competencia efectiva que enfrentaATI.

98. En cuanto a la importancia relativa de cada tipo de carga en relación con el total de carga movilizada en la región de Antofagasta, el Gráfico N° 1 elaborado por la FNE y el Cuadro N° 8 contenido en el Informe económico acompañado por EPA, que se insertan a continuación, muestran que la carga a granel representa el segmento de carga más relevante en la región de Antofagasta.

GRÁFICO N° 1

EVOLUCIÓN DE TONELADAS MOVILIZADAS



Fuente: FNE, anexo público, foja 563.

CUADRO Nº 8

EVOLUCIÓN DE TONELADAS MOVILIZADAS

Tipo de carga	2010	2011	2012	2013	2014	2015
Contenedores	2.935.078	3.056.227	3.240.782	3.238.762	3.318.953	3.831.680
	29%	22%	21%	22%	23%	26%
Fraccionada	1.485.857	1.608.917	1.666.967	1.550.866	1.508.463	1.482.286
	15%	12%	11%	11%	10%	10%
Graneles	5.821.595	9.113.989	10.167.855	9.730.825	9.655.569	9.162.360
	57%	66%	67%	67%	67%	63%

Nota: No incluye cabotaje.

Fuente: Informe económico acompañado por EPA (a fojas 295, Rol C N° 314-16), página 9.

d) Porcentajes de participación de mercado

99. Previo a analizar las participaciones en el mercado relevante objeto de este Informe, detalladas por tipo de carga, es útil tener una imagen general de los volúmenes de carga totales transferidos por los puertos emplazados en la región de Antofagasta que pertenecen al mercado relevante.

100. Al respecto, el Cuadro N° 9, elaborado en base a la información aportada en el Informe económico acompañado por EPA, muestra la evolución de las partici-

paciones de mercado en el total de carga movilizada por los puertos de uso público en la región. Como se aprecia, al año 2015, ATI transfirió tan solo el 15,4% del total de carga transportada, mientras que el grupo Ultramar/Belfi, con sus tres puertos, transfirió el 84,3% (Informe económico acompañado por EPA, página 8).

CUADRO Nº 9

PARTICIPACIONES DE MERCADO EN EL TOTAL DE CARGA TRANSPORTADA

Puerto (propietario)	Puerto o Frente de Atraque	Operador o concesionario	Ton agregado 2010	Ton agregado 2011	Ton agregado 2012	Ton agregado 2013	Ton agregado 2014	Ton agregado 2015
Puerto de Antofagasta (público)	Frente de Atraque N° 1 (Molo)	EPA	53.962	81.659	59.909	140.110	54.943	37.139
			0,5%	0,6%	0,4%	1,0%	0,4%	0,3%
	Frente de Atraque N° 2	ATI	2.674.107	3.051.428	2.536.774	2.861.752	2.416.860	2.232.383
			26,1%	22,1%	16,8%	19,7%	16,7%	15,4%
Complejo Portuario Mejillones (Codelco)	Puerto Angamos	Grupo Ultramar	2.238.236	2.592.704	3.007.968	2.660.217	3.359.040	4.447.242
			21,9%	18,8%	20,0%	18,3%	23,2%	30,7%
	Terminal Graneles del Norte (TGN)		63.408	917.354	1.465.781	1.336.701	1.394.702	1.498.848
			0,6%	6,7%	9,7%	9,2%	9,6%	10,4%
Puerto de Mejillones (Grupo Ultramar)	Puerto de Mejillones		5.212.816	7.135.988	8.005.173	7.521.672	7.257.441	6.260.715
			50,9%	51,8%	53,1%	51,8%	50,1%	43,2%
Total			10.242.529	13.779.133	15.075.605	14.520.452	14.482.986	14.476.327

Fuente: Informe económico acompañado por EPA, (a fojas 295, Rol C N° 314-16), página 8.

101. En los siguientes cuadros se distinguen las participaciones de mercado por tipo de carga (contenedores, fraccionada y granel) contenidos en el informe económico acompañado por ATI, en el informe acompañado por EPA, en el aporte de antecedentes de la FNE, así como las cifras del año 2012 que tuvo a la vista este Tribunal para emitir el Informe N° 11/2014.

102. En particular, se incluyen los datos informados por (i) la FNE, para el período 2010-2017, para todos los tipos de carga, (ii) EPA, para el período 2010-2015, para todos los tipos de carga, (iii) el Informe N° 11/2014, para el año 2012, para todos los tipos de carga, y (iv) ATI, para el período 2014-2017, para carga en contenedores y carga fraccionada.

CUADRO Nº 10

CARGA EN CONTENEDORES - PARTICIPACIONES DE MERCADO

	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017
EPA	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%
ATI	[50-60]%	[40-50]%	[40-50]%	[40-50]%	[30-40]%	[20-30]%	[30-40]%	[30-40]%
Angamos	[40-50]%	[45-57]%	[45-58]%	[45-55]%	[60-70]%	[70-80]%	[60-70]%	[65-75]%
Mejillones	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%

Fuente: Elaboración propia.

CUADRO N° 11

CARGA FRACCIONADA - PARTICIPACIONES DE MERCADO

	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017
EPA	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%
ATI	[34-45]%	[42-55]%	[25-35]%	[30-40]%	[25-44]%	[20-38]%	[15-33]%	[15-34]%
Angamos	[35-57]%	[30-53]%	[35-65]%	[55-65]%	[56-75]%	[55-80]%	[67-85]%	[66-80]%
Mejillones	[0-10]%	[0-5]%	[0-10]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-10]%	[0-5]%	[0-5]%

Nota 1: Las discrepancias en los datos para los años 2010 a 2012 pueden ser explicadas porque el Informe económico acompañado por EPA (a fojas 295, Rol C N° 314-16) no incorpora en sus mediciones a Tocopilla. En este sentido, las participaciones calculadas en dicho informe están sobrestimadas para el período en que Tocopilla sí era parte del mercado relevante.

Nota 2: Las discrepancias en los datos para los años 2014 a 2017 pueden ser explicadas porque el Informe económico acompañado por ATI (a fojas 822) agrupa a EPA y ATI en una misma cifra (según se reporta en las celdas correspondientes a ATI) y porque la base de datos utilizada subestima en un 20% la carga movilizada por el puerto de Antofagasta y en un 40% el total de carga movilizada, sobrestimando así la participación de ATI en el transporte de carga fraccionada.

Fuente: Elaboración propia.

CUADRO N° 12

CARGA A GRANEL - PARTICIPACIONES DE MERCADO

	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017
EPA	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%
ATI	[5-15]%	[5-15]%	[0-10]%	[5-15]%	[5-15]%	[5-15]%	[5-15]%	[5-15]%
Angamos	[0-5]%	[0-5]%	[0-10]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-10]%	[0-15]%	[5-15]%
TGN	[0-5]%	[5-15]%	[5-15]%	[10-20]%	[10-20]%	[10-20]%	[15-25]%	[20-30]%
Mejillones	[40-88]%	[45-78]%	[40-78]%	[45-77]%	[45-75]%	[45-68]%	[35-45]%	[35-45]%

Nota 1: No se consideran los datos reportados por el informe económico acompañado por ATI respecto de la carga a granel, por cuanto la fuente de la información no es precisa y no muestra las participaciones desagregadas por puerto.

Nota 2: Las discrepancias en los datos pueden ser explicadas porque (i) la FNE incluye a Tocopilla en sus cálculos hasta 2017, subestimando las participaciones de mercado de carga a granel desde que Tocopilla dejó de ser de uso público; y (ii) el Informe económico acompañado por EPA no incorpora en sus mediciones a Tocopilla en ningún período, por lo que sobrestima las participaciones de mercado para el período donde Tocopilla sí era parte del mercado relevante.

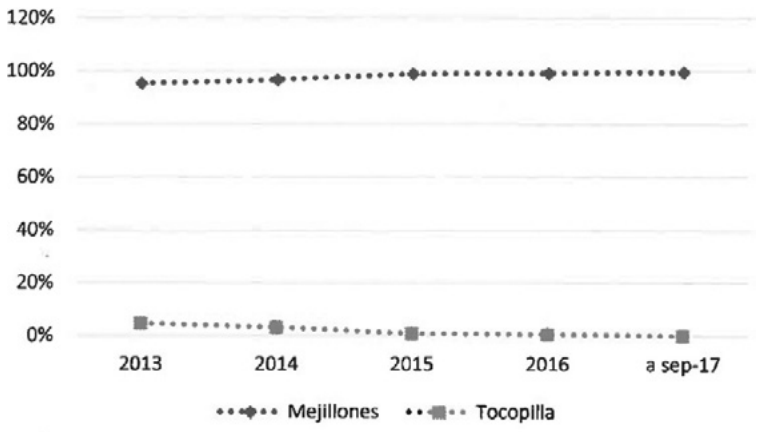
Fuente: Elaboración propia.

103. Considerando la información expuesta por los aportantes de antecedentes, puede apreciarse que ATI moviliza todos los tipos de carga excepto graneles líquidos y que, al año 2016, su participación de mercado no supera (i) el 40% en el segmento de carga contenedorizada, (ii) el 34% en el segmento de carga fraccionada y (iii) el 15% en el segmento de carga a granel.

104. Si bien no existe sustitución entre el transporte de carga a granel sólida y líquida, el Informe económico acompañado por EPA utilizó una base de datos que no permite hacer dicha distinción, razón por la cual en el Cuadro N° 12 precedente se optó por mostrar las participaciones de mercado para el total de la carga a granel. La única fuente de información que diferencia entre carga a granel, líquida y sólida, es aquella utilizada por la FNE, la cual se muestra en los siguientes gráficos.

GRÁFICO N° 2

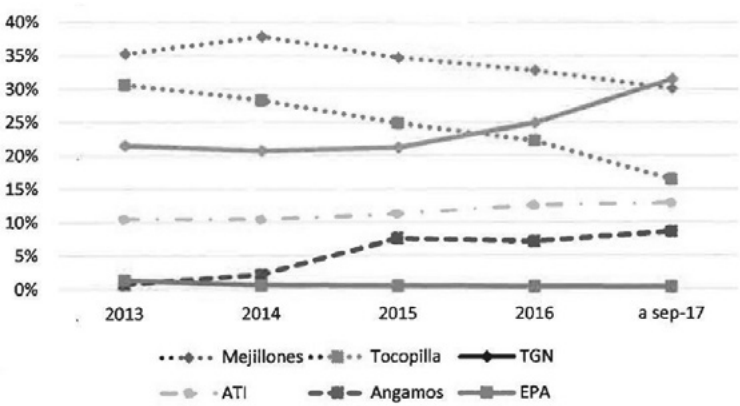
PARTICIPACIONES DE MERCADO, CARGA A GRANEL LÍQUIDA



Fuente: FNE, anexo público, foja 566.

GRÁFICO N° 3

PARTICIPACIONES DE MERCADO, CARGA A GRANEL SÓLIDA



Fuente: FNE, anexo público. foja 566.

105. Tal como muestran los gráficos antes expuestos, ATI no participa en el transporte de carga líquida a granel y, por lo tanto, si se midiera la participación de mercado de ATI en el subsegmento de graneles sólidos (y además se excluyera del mercado a Tocopilla, siendo ello coherente con su exclusión del mercado relevante), esta, de todas maneras, no superaría el 20%, siendo el puerto de Mejillones y TGN los mayores actores del segmento.

106. Así, la evidencia sobre la evolución del mercado en los últimos años expuesta precedentemente muestra que las condiciones de competencia actuales han variado respecto de aquellas que existían a la época en que se emitió el Dictamen N° 1209/2002.

107. En efecto, ATI ha experimentado una reducción drástica en su participación de mercado. En el año 2000, considerando todos los puertos de la región de Antofagasta, según lo expuesto por EPA, el Frente de Atraque N° 2 tenía una participación de mercado del 80% en carga movilizada en contenedores y 45% en carga general (EPA, N° 202-02 H.CPC, foja 61). Actualmente, si bien la posición competitiva de ATI varía según el tipo de carga específica de que se trate, su participación de mercado no supera el 40% en ninguno de los segmentos de carga movilizada en la región.

108. Por otra parte, los antecedentes dan cuenta que la participación de mercado de ATI ha disminuido progresivamente a través del tiempo y que en la actualidad es un actor de menor tamaño en comparación con otros puertos de uso público de la región. En especial, se observa que la participación de mercado de Puerto Angamos en carga en contenedores y fraccionada es alta, superando el 65%, y que TGN junto con Mejillones, ambos del grupo Ultramar, movilizan más del 55% del total de la carga a granel transportada por puertos de uso público en la región de Antofagasta.

109. De ese modo, si bien la participación de mercado es una condición necesaria pero no suficiente para configurar una posición dominante y constituye solo un indicador de que un agente económico cuenta con tal posición, es poco probable que las cuotas de mercado que posee ATI -siempre menores al 40%- puedan dar lugar a dominancia; más aun cuando dichas participaciones de mercado han disminuido consistentemente en el tiempo y existen otros actores con cuotas de mercado mayores. Por consiguiente, es posible descartar que ATI cuente con una posición dominante en el mercado relevante, sin necesidad de evaluar exhaustivamente otros elementos que permitan ejercer presión competitiva eficaz, como la ausencia de barreras a la entrada, las posibilidades de expansión de competidores y el poder de contrapeso de los usuarios de los servicios portuarios que presta ATI.

e) Implicancias relativas a los riesgos anticompetitivos derivados de la integración vertical

110. En consecuencia, atendido que ATI carece de una posición de dominio, es posible descartar los riesgos de apalancamiento o traspaso de un eventual poder de mercado desde ATI al mercado aguas arriba de transporte terrestre (discriminando en favor de algún usuario relevante, en este caso, FCAB) o al mercado aguas abajo.

111. Debe considerarse, a mayor abundamiento, que la regulación que rige sobre ATI y las obligaciones que emanan de la Conciliación mitigarían los riesgos que pueden derivar de una mayor integración vertical de ATI con sus usuarios relevantes, tal como señala la FNE (foja 583 y siguientes).

112. Primero, la densidad regulatoria que pesa sobre ATI es mayor que otros actores del mercado relevante –lo que el MTT refiere como asimetría regulatoria, según consta a fojas 526 y 537-. En efecto, ATI se encuentra sujeta a una regulación específica contenida en diversos cuerpos normativos, a saber, Ley de Puertos, Reglamento de Licitaciones D.S. N°104 de 1998 del Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones, Bases de Licitación, contrato suscrito entre ATI y EPA, Reglamento de uso de Frentes de Atraque (RUFA) de la Empresa Portuaria, Manual de los Servicios elaborado por el concesionario ATI, Manual verificador de indicadores, Dictamen N°1209/2002 e indirectamente en el Dictamen N°1045/1998 (MTT, foja 523).

113. Segundo, las obligaciones que asumió ATI y sus accionistas en el marco de la Conciliación son aptas para evitar que ésta incurra en conductas anti-competitivas como consecuencia de su integración vertical con usuarios relevantes, en particular, en discriminaciones en perjuicio de competidores de sus relacionadas en el mercado aguas arriba. Por ejemplo, la obligación de ATI de (i) replicar a terceros las tarifas ofrecidas a FCAB, que evitaría la configuración de potenciales empaquetamientos exclusorios y (ii) implementar un servicio de "*container express*" que permita a los exportadores agendar la entrega de contenedores en ATI, garantizando explícitamente estándares de servicio a los camiones.

114. Por lo anterior y, además, por las mismas razones señaladas en casos anteriores vistos por este Tribunal (Informe N° 6/2009, Informe N° 9/2012, Informe N° 10/2013 y el Informe N° 11/2014) y dadas las condiciones de competencia del mercado relevante definido en estos autos, se establecerá como límite un 65%, como porcentaje del capital que podrán poseer los usuarios relevantes.

115. Asimismo, y de forma consistente con lo expresado en el Informe N° 11/2014, este Tribunal considerará dentro del concepto de usuario relevante a las empresas de transporte de carga terrestre, en especial, los ferrocarriles. Ello, atendida la definición amplia de usuario relevante que comprende a dichas empresas al mencionar a los fletadores, porteadores y los operadores de transporte multimodal.

116. De este modo, la restricción a la integración vertical para este caso quedará como sigue: "*el conjunto de usuarios relevantes no podrá poseer más de un 65% del capital, ni más del 65% del capital con derecho a voto, ni derechos por más del 65% de las utilidades de la sociedad concesionaria*".

117. Finalmente, se han planteado en autos algunos cuestionamientos relativos a la integración vertical entre ATI y FCAB, planteando que FCAB tiene poder de mercado y que, por tanto, podría incurrir en conductas anti-competitivas en beneficio de ATI. En este sentido, CPM (foja 127) Codelco (foja 145 y siguientes) y la FNE (fojas 583 y 584), señalan que existe un riesgo de que FCAB discrimine en desmedro de los otros puertos de la región por cuanto este podría otorgar condiciones más favorables a ATI en su calidad de relacionada. Al efecto, es necesario aclarar que el análisis prospectivo de competencia, en este caso, se concentra en determinar en qué medida la integración vertical con ATI crea o aumenta los incentivos para que éste incurra en conductas anti-competitivas y no el eventual poder de mercado de FCAB.

118. A mayor abundamiento, las conclusiones antes expuestas, se refuerzan si se considera la estructura societaria de los operadores portuarios de los principales puertos de uso público de la región de Antofagasta, esto es Puerto Angamos, Mejillones y EPA, atendidas las relaciones de propiedad horizontal existentes entre ellos.

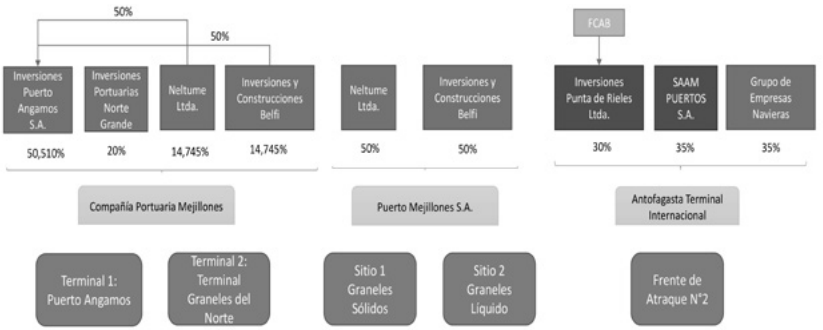
119. Como se señala en el Informe económico acompañado por EPA, además de los frentes de atraque del puerto de Antofagasta (operados por ATI y por EPA), existen otros tres terminales privados de uso público en el mercado relevante definido, todos relacionados horizontalmente entre sí y operados por el grupo Ultramar, según se describe a continuación.

120. El Complejo (o Compañía) Portuario de Mejillones (filial de Codelco) tiene los puertos de Angamos y Terminal Graneles del Norte (TGN). El primero operado por la Compañía Portuaria de Mejillones S.A., vinculada al grupo Ultramar y especializado en contenedores, graneles sólidos y carga fraccionada, al igual que ATI. TGN, por su parte, también está ligada al mismo grupo y está especializado en graneles sólidos principalmente carbón.

121. El puerto de Mejillones S.A., también controlado por el grupo Ultramar, está especializado en graneles líquidos y sólidos, como ácido sulfúrico, carbón, petcoke, caliza, zinc, plomo y azufre.

FIGURA N° 1

RELACIONES DE PROPIEDAD DE LOS PUERTOS QUE PARTICIPAN DEL MERCADO RELEVANTE



Fuente: Elaboración propia en base a los antecedentes aportados por el MTT, a fojas 522.

122. TGN es filial de Compañía Portuaria Mejillones S.A. (CPM) al igual que Puerto Angamos. El 50% de la propiedad de CPM es de Inversiones Puerto Angamos S.A. y el restante 50% se divide entre Inversiones Portuarias Norte Grande (20%), Inversiones Neltume Ltda. (14,75%) e Inversiones y Construcciones Belfi S.A. (14,75%).

123. Inversiones Puerto Angamos S.A., por su parte, es propiedad en un 50% de Inversiones Neltume (del grupo Ultramar) y el otro 50% es de Inversiones y Construcciones Belfi.

124. Puerto Mejillones, el tercer operador privado de uso público en la región, también pertenece en un 50% a Inversiones y Construcciones Belfi y el otro 50% a Neltume Ltda. (Ultramar).

CUADRO N° 13

ACCIONISTAS DE LOS PUERTOS PARTICIPANTES DEL MERCADO RELEVANTE

Puerto	Empresa	Propietario	Porcentaje	Grupo económico
Frente de Atraque N° 1 del Puerto de Antofagasta	EPA	Público	100%	-
Frente de Atraque N° 2 del Puerto de Antofagasta	ATI	Punta de rieles	30%	Luksic
		SAAM	35%	
		GEN	35%	Urenda
Terminal 1: Puerto Angamos	CPM	Inversiones Portuarias Norte Grande	20%	-
		Neltume Ltda.	40%	Ultramar
Terminal 2: Terminal Graneles del Norte		Inversiones y Construcciones Belfi	40%	
Sitio 1: Graneles Sólidos	Puerto Mejillones S.A.	Neltume Ltda.	50%	Ultramar
Sitio 1: Graneles Líquidos		Inversiones y Construcciones Belfi	50%	

Nota: Neltume Ltda. e Inversiones y Construcciones Belfi tienen el 14,745% de la propiedad de CPM y además tienen el 50,51% de las acciones de CPM por medio de Puerto Angamos S.A., empresa de la cual son propietarios en partes iguales.

Fuente: Elaboración propia en base a los antecedentes aportados por el MTT, a fojas 522.

125. Considerando las relaciones de propiedad mostradas en el Cuadro N° 13 y que las empresas Neltume Ltda. e Inversiones y Construcciones Belfi participan de manera conjunta en todos los proyectos de infraestructura portuaria, estas pueden considerarse como un único actor. En consecuencia, los tres operadores privados de uso público están relacionados horizontalmente entre sí a través de la propiedad que el grupo Ultramar mantiene en ellos. La integración horizontal de este grupo afecta principalmente las mediciones de participación de mercado en el segmento de carga a granel sólida. Como se aprecia en el siguiente cuadro, dicho grupo moviliza el 73% de la carga en contenedores, un 75% de la carga fraccionada y un 91% de la carga a granel.

CUADRO N° 14

PARTICIPACIONES DE MERCADO DE CADA GRUPO ECONÓMICO, POR TIPO DE CARGA

Tipo de Carga	Frente de Atraque	Año					
		2010	2011	2012	2013	2014	2015
Contenedores	EPA	0%	0%	0%	0%	0%	0%
	ATI	52%	43%	42%	48%	35%	27%
	Ultramar	48%	57%	58%	52%	65%	73%
	Angamos	48%	57%	58%	52%	65%	73%
	TGN	0%	0%	0%	0%	0%	0%
	Mejillones	0%	0%	0%	0%	0%	0%
Fraccionada	EPA	2%	2%	1%	3%	0%	0%
	ATI	34%	42%	31%	37%	31%	25%
	Ultramar	64%	56%	68%	61%	69%	75%
	Angamos	57%	53%	65%	60%	69%	74%
	TGN	0%	0%	0%	0%	0%	0%
	Mejillones	7%	3%	3%	0%	0%	1%
Granel	EPA	0%	1%	0%	1%	0%	0%
	ATI	11%	12%	7%	8%	8%	9%
	Ultramar	89%	88%	93%	91%	91%	91%
	Angamos	0%	0%	0%	1%	2%	6%
	TGN	1%	10%	14%	14%	14%	16%
	Mejillones	88%	78%	78%	77%	75%	68%

Nota: El Cuadro considera que los puertos de Angamos, TGN y Mejillones son controlados por el grupo Ultramar.

Fuente: Elaboración propia en base a Informe económico acompañado por EPA, (a fojas 295, Rol C N° 314-16).

II. PARTE RESOLUTIVA

126. De conformidad con lo expuesto, y teniendo presente lo dispuesto en los artículos 1°, 3°, 18° número 7, y 31° del Decreto Ley N° 211, 3°, 5°, 7°, 14°, 19°, 22°, 23° y 50° de la Ley N° 19.542, que Moderniza el Sector Portuario Estatal, 100° de la Ley N° 18.045 de Mercado de Valores, 3°, 4°, 5°, 6°, 7°, 8°, 9°, 12°, 13°, 14°, 19° y 20°

127. del D.S. N° 104 del 1998 del Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones, las demás normas legales y reglamentarias citadas y pertinentes,

SE RESUELVE:

Evacuar el Informe solicitado a fojas 45 por la Empresa Portuaria de Antofagasta y, en definitiva, modificar la regla de restricción a la integración vertical contenida en el Dictamen N° 1209/2002 que rige actualmente al Frente de Atraque N° 2 del puerto de Antofagasta, que dispone: "*el conjunto de usuarios relevantes no podrá poseer más de un 40% del capital, ni más del 40% del capital con derecho a voto, ni derechos por más del 40% en las utilidades de la sociedad concesionaria*"; estableciendo, en su lugar, que "*el conjunto de usuarios relevantes no podrá poseer más de un 65% del capital, ni más del 65% del capital con derecho a voto, ni derechos por más del 65% en las utilidades de la sociedad concesionaria*", rigiendo en todo lo demás, lo dispuesto en el referido dictamen.

Ajústense, dentro de 15 días hábiles, el contrato de concesión celebrado entre la Empresa Portuaria Antofagasta y Antofagasta Terminal Internacional S.A., actualmente vigente, el Manual de Vertificación de Indicadores del Frente de Atraque N°2 y cualquier otro acto o contrato que sea pertinente, a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto en el presente Informe.

Se **previene** que los ministros Sr. Eduardo Saavedra Parra y Sr. Javier Tapia Canales y estuvieron por considerar que la presentación de EPA que dio origen a este procedimiento es jurídicamente una consulta, y no una solicitud de informe, según se desarrolla a continuación:

1. Las facultades consultiva e informativa se encuentran establecidas en el artículo 18 del D.L. Nº 211: la primera, en el numeral 2; y la segunda, en el 7. El artículo 18 Nº 2 del D.L. Nº 211 indica que corresponde a este Tribunal *"2) Conocer, a solicitud de quienes sean parte o tengan interés legítimo en los hechos, actos o contratos existentes o por celebrarse distintos de las operaciones de concentración a las que se refiere el Título IV, o del Fiscal Nacional Económico, los asuntos de carácter no contencioso que puedan infringir las disposiciones de esta ley, para lo cual podrá fijar las condiciones que deberán ser cumplidas en tales hechos, actos o contratos"*.

2. La facultad de informar, por su parte, establecida en el artículo 18 Nº 7 del D.L. Nº 211, hace referencia específica a una serie de potestades no contenciosas dispuestas en otras leyes dispersas en el ordenamiento jurídico, principalmente referidas a los denominados "servicios públicos" (véase D. Valdés, Libre Competencia y Monopolio, Editorial Jurídica de Chile, 2006, pp. 596 y ss.); entre las que se encuentran los artículos 14 y 23 de la Ley N° 19.542 sobre Modernización del Sector Portuario Estatal ("Ley de Puertos"). Por consiguiente, sólo pueden ser considerados "informes" aquellos que el legislador ha dispuesto que lo sean, en cada una de esas leyes especiales.

3. EPA solicita en su petitorio, en esencia, alzar la restricción vertical impuesta en el Dictamen N° 1209/2002, o elevar el umbral de participación accionaria máxima de los usuarios relevantes en ATI. Como se observa, no se trata ésta de ninguna de las hipótesis establecidas en los artículos 14 y 23 de la Ley de Puertos, únicos casos que disponen cuándo una empresa portuaria estatal debe solicitar un informe de este Tribunal (en su calidad de continuador legal de la H. CPC, a la cual hacen referencia los mencionados artículos).

4. Asimismo, la solicitud que dio origen a la causa no contenciosa tampoco fue presentada en la oportunidad establecida en las mencionadas disposiciones de la Ley de Puertos, esto es, de manera previa a la materialización de la hipótesis respectiva. Se trata, en cambio, de una solicitud cuya fuente directa se encuentra en el acuerdo conciliatorio a que se alude en el párrafo 36 de la parte considerativa.

5. Lo que solicita EPA en su presentación, no es sino un pronunciamiento respecto de un hecho existente con miras al futuro, esto es, la modificación de la restricción a la integración vertical aplicable al concesionario del Frente de Atraque N° 2; es decir, precisamente el objeto de una consulta en los términos del artículo 18 Nº 2 del D.L. Nº 211.

6. En conclusión, la presentación de EPA en este procedimiento es jurídicamente una consulta, enmarcada en el artículo 18 N° 2 del D.L. Nº 211, y no un informe, enmarcado en el numeral 7 de la misma disposición.

7. Desde el punto de vista sustantivo, la principal diferencia entre una consulta y un informe radica en la forma de examinar la cuestión sometida a conocimiento de este Tribunal y, en particular, las posibles medidas que este Tribunal pueda disponer en cada caso. Mientras en un procedimiento iniciado por consulta es posible fijar de manera amplia las condiciones que deberán ser cumplidas en los hechos, actos o contratos consultados, una solicitud de informe se rige estrictamente por lo que disponga la ley especial de la cual deriva la solicitud.

8. En cualquier caso, el problema planteado en el caso concreto se limita al de una empresa portuaria integrada verticalmente, pero que carece de dominancia y que, aun cuando su participación de mercado pudiese llegar a ser alta en algún segmento, no se trata tampoco del actor de mayor tamaño relativo. Presentado de este modo, entonces, se trata de un problema que en sí mismo genera bajos riesgos de integración vertical, lo que justifica haber accedido al alza solicitada.

Notifíquese personalmente o por cédula a la Solicitante y a los aportantes de antecedentes. Archívese en su oportunidad.

Rol NC N° 440-17

WWW.TDLC.CL