

Santiago, veintinueve de octubre de dos mil quince.

Vistos:

En estos autos contenciosos rol N° 27.181-2014, Empresas Ariztía S.A., Asociación de Productores Avícolas de Chile A.G., Agrosuper S.A., Agrícola Don Pollo Limitada y la Fiscalía Nacional Económica, en adelante también Ariztía, APA, Agrosuper, Don Pollo y FNE, respectivamente, han interpuesto recursos de reclamación en contra de la sentencia dictada en los autos Rol N° N° 139/2014 el 25 de septiembre de 2014, por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en que se decidió lo que sigue:

- 1) Rechazar las excepciones opuestas por las entidades requeridas.
- 2) Acoger el requerimiento interpuesto por la FNE, declarando que las empresas acusadas, a través de la APA, se coludieron acordando limitar la producción de carne de pollo ofrecida al mercado nacional y asignándose cuotas en el mercado de producción y comercialización de ese producto, infringiendo con ello lo dispuesto por el artículo 3° letra a) del Decreto Ley N° 211, según el texto vigente luego de la modificación incorporada por la Ley N° 20.361, con costas.
- 3) Condenar a Agrícola Agrosuper S.A. -cuya continuadora legal es Agrosuper S.A.- y a Empresas Ariztía S.A., a cada

una, al pago de una multa de treinta mil Unidades Tributarias Anuales.

4) Condenar a Don Pollo al pago de una multa de doce mil Unidades Tributarias Anuales.

5) Ordenar la disolución de la Asociación de Productores Avícolas de Chile A.G.

6) Dispone además la sentencia que Agrícola Agrosuper S.A. -cuya continuadora legal es Agrosuper S.A.- y sus empresas relacionadas, deberá consultar, en forma previa a su materialización, cualesquiera operación de concentración en el mercado avícola en que quisieren participar.

EL REQUERIMIENTO.

El procedimiento de autos se inició por requerimiento formulado por la FNE en contra de Ariztía, Agrosuper, Don Pollo y la APA.

Se solicitó por la FNE declarar que las avícolas requeridas, que en conjunto concentran más del 92% de la producción nacional de pollo para el mercado interno y más del 93% de la comercialización de este producto en Chile, por sí y/o a través de personas relacionadas, han ejecutado y celebrado conductas constitutivas de infracción al artículo 3° letra a) del Decreto Ley N° 211 consistente en limitar su producción, controlando la cantidad producida y ofrecida al mercado nacional y asignarse cuotas en el

mercado de producción y comercialización de ese producto, por lo que en concreto pide:

- 1) Se ordene el cese inmediato de las prácticas ilícitas y se prohíba ejecutarlas en el futuro, ya sea directa o indirectamente, por sí o por medio de personas relacionadas bajo apercibimiento de ser consideradas como reincidentes;
- 2) Se imponga a Ariztía, Agrosuper y Don Pollo una multa de 30.000 Unidades Tributarias Anuales a cada una, o el monto que se estime corresponder;
- 3) Se imponga a la APA una multa de 20.000 Unidades Tributarias Anuales, o el monto que se estime corresponder;
- 4) Se ordene la disolución de dicha Asociación; y
- 5) Se condene a las entidades requeridas al pago de las costas de la causa.

La conducta imputada se hizo consistir en que las tres avícolas mencionadas, coordinadas por la APA, celebraron y ejecutaron un acuerdo entre competidores cuyo objeto fue limitar su propia producción de carne de pollo, controlar y monitorear la cantidad producida y ofrecida y asignarse cuotas en el mercado de producción y comercialización.

Los fundamentos del requerimiento fueron los siguientes:

1.- Las empresas productoras requeridas, en conjunto, concentran más del 92% de la producción de pollo destinada al mercado interno (período enero-octubre del 2010), y que a su vez la carne de pollo es la más consumida en Chile,

habiendo representado en el año 2010 el 39% del consumo total de carne.

La empresa líder es Agrosuper, con un 56% de participación en las ventas (medido en kilos) y es el principal productor de alimentos del país, con importante participación en los mercados de la carne de cerdo, pavo y salmón, operando también en el de las cecinas, huevos, vinos y aceites.

Ariztía tiene un 29% de participación en el mercado de que se trata y también participa en otros mercados alimenticios, como el de pavo, cecinas y huevos.

Don Pollo, tiene un 8% de participación en el mercado y, además, produce carne de cerdo, cecinas y huevos.

2.- Desde el año 1995 las empresas requeridas, con la coordinación de la APA, han efectuado anualmente una proyección de la demanda de consumo de pollo para el año siguiente en cuya virtud han determinado las toneladas de carne de pollo que deben producir y vender de manera conjunta en el mercado local. Dicha proyección se elabora generalmente en el último trimestre del año anterior con la información sobre precios y ventas entregadas por las empresas requeridas a la APA, entidad que proyecta distintos escenarios posibles del consumo de pollo para el año venidero, elaborados a partir de diversas variables que inciden en la determinación de la demanda, ello sin perjuicio de los ajustes que puedan efectuarse. El modelo

fue perfeccionado incorporando elementos para un análisis econométrico que considera, por ejemplo el IMACEC, las importaciones de pollo y el precio de la carne de pollo, vacuno y cerdo. Añade el requerimiento que los escenarios son discutidos por los altos ejecutivos de las empresas requeridas en las reuniones de Directorio de la APA, o en otras convocadas al efecto, en las que se selecciona uno de ellos. A partir de la estimación de la demanda proyectada -elegido que ha sido el escenario-, se restan las cantidades que se considera serán cubiertas por las importaciones y por otras empresas nacionales que no forman parte del cartel y determinan así la producción que destinarán al mercado nacional, la que se distribuye entre las empresas en razón de porcentajes que giran en torno al 61% para Agrosuper, 31% para Ariztía y 8% para Don Pollo. Luego, en función de esos porcentajes la APA proyecta la carga semanal de cada una, sin perjuicio de los ajustes que la misma entidad coordina durante el año, sea disminuyendo las cargas previamente establecidas, intensificando las exportaciones, aumentando los stocks de productos congelados o adoptando la medida de matanza de crías recién nacidas. Explica que desde el 2006 estas empresas no han excedido las cantidades proyectadas por la APA, limitando su producción y respetando las cuotas de mercado. En este contexto la FNE describe las proyecciones y ajustes

realizados para la producción de los años 2008, 2009, 2010 y 2011, todo lo cual da cuenta del acuerdo y sus particularidades ya indicadas, lo que ha sido refrendado con una declaración del Gerente General de Don Pollo.

3.- El precedente del actuar ilícito se encuentra en las iniciativas adoptadas por las requeridas desde 1994, época en la que además de determinar precios de referencia comunes se comprometieron a proporcionar todas las informaciones para llevar a efecto el acuerdo. Crearon además un órgano fiscalizador del pacto denominado "Comisión de Evaluación" integrado por tres personas designadas por los partícipes del cartel y un secretario ejecutivo, Juan Miguel Ovalle, en una primera época Director de la APA y actualmente su Presidente.

4.- El actuar colusivo con los años derivó en un acuerdo cuyo objeto fue la limitación de la producción y la asignación de cuotas para la producción y comercialización de carne de pollo. Se añade que antecedentes inequívocos de un acuerdo en estos términos ya se evidenciaban en el año 2000 en intercambios de información entre el Presidente de la APA y otros ejecutivos de esas empresas, actuar coordinado que no varió en años posteriores. Es así como las avícolas requeridas han logrado que sus participaciones en el mercado se mantengan estables en el tiempo, las que en promedio corresponden a 60,51% para Agrosuper, 30,52%

para Ariztía y 8,97% para Don Pollo. Del mismo modo han obtenido que su producción conjunta no difiera de las cantidades proyectadas, las que, según se dijo, son ajustadas por la APA durante el año.

En lo que concierne a las condiciones del mercado afectado, la FNE explica que la industria del pollo es la principal productora de carne en el país y adicionalmente es la carne más consumida en Chile, representando el año 2010, alrededor del 39% del consumo total de carne.

Como ya se señaló, las requeridas concentraron más del 92% de la producción nacional de pollo destinada al mercado interno, en el que sólo participan otras dos empresas: Codipra y Santa Rosa, cuyas producciones son pequeñas y orientadas a nichos específicos. A su vez aclara que la industria chilena del pollo se caracteriza por tener una integración vertical. En cuanto al mercado nacional, esta carne se comercializa a través de tres canales: el supermercadista, el canal tradicional o cobertura (carnicerías, almacenes de barrio, etc.) y canal industrial (clientes que fabrican sus propios productos u ofrecen sus servicios, como hoteles, empresas elaboradoras de cecinas, etc.)

5.- El mercado relevante en concepto de la FNE, correspondería a la producción, comercialización y distribución mayorista de carne de pollo fresca en el

territorio nacional, la que carece de sustitutos cercanos atendidas sus particulares características que la diferencian del resto de sus potenciales sustitutos. La sustitución con la carne de pollo importada es limitada, debido al formato de comercialización y a la necesidad de desarrollar un canal de distribución. El pollo importado se vende en formato congelado, mientras que la mayor parte de la producción comercializada internamente corresponde a pollo fresco, preferido por el consumidor nacional. Por otro lado, la falta de desarrollo de un canal de distribución también explica la baja penetración de las importaciones. En efecto, si se pretendiese algún grado de sustitución entre el producto importado y el nacional, un nuevo entrante debiese ser capaz de distribuir su producto a lo largo del país. En razón de lo anterior, la FNE da cuenta que la carne de pollo integra un mercado relevante separado de otras carnes, tal como por lo demás -según apunta- se ha resuelto por diversa jurisprudencia a nivel comparado.

6.- Agrega que lo anterior favorece más un mercado altamente concentrado. Durante los años noventa existían ocho empresas productoras de carne de pollo en el país, y es del caso que hoy sólo existen cinco. Esa disminución se produjo principalmente por diversas operaciones de concentración: Pollos King fue adquirida por Agrosuper en

el 2000, en tanto que Kútulas y La Cartuja, por Don Pollo en el 2001.

No obstante que la cartelización de las empresas mencionadas es anterior al proceso en que las importaciones han ido mostrando algunos grados de participación en el mercado, las acciones coordinadas por aquéllas todavía no encuentran en las importaciones un competidor, de modo que aún en la hipótesis de un análisis en el que se incluyan las importaciones de carne de pollo llevadas a cabo por terceros -los que representan el 12% de las ventas totales del mercado- las requeridas de todos modos mantienen el 82% del total de las ventas.

Tal concentración ha beneficiado al cartel, el que surge entonces en una industria con productos homogéneos, pocos actores, alta concentración, baja competencia por parte de los productos importados y condiciones de entrada desfavorables para otras empresas.

Se hace presente que las principales dificultades para el ingreso al mercado en referencia, se origina en el hecho de tratarse de economías a escala, tanto en la producción (integración vertical de las diversas etapas productivas), como en la distribución (mediante los canales ya aludidos), todo ello al margen de los costos asociados y tiempo necesario para dar cumplimiento a la normativa ambiental y

sanitaria que rige en la operación de las plantas de incubación, crianza y faena de animales.

En lo relativo al derecho aplicable, además de reiterar que la colusión es la conducta que mayor reproche merece del punto de vista de la libre competencia, esgrime que las requeridas han infringido lo dispuesto por el artículo 3 inciso primero, e inciso segundo letra a) del DL 211, textos de los que fluyen los elementos integradores de la conducta colusiva denunciada, a saber: a) confluencia de voluntades entre competidores; b) acuerdo que tiene por objeto restringir, afectar o eliminar la competencia en el mercado relevante afectado, o a lo menos que tienda a producir tales efectos, y c) que dicho acuerdo les confiera un poder de mercado suficiente para producir el resultado antes mencionado.

Precisa la FNE que el acuerdo que motiva el presente requerimiento se refiere a la limitación de la producción y a la asignación de cuotas de mercado, pacto que las requeridas han cumplido por la vía del intercambio coordinado de información sensible, estratégica y detallada, evidenciándose también la concreción de ambos objetivos centrales. Se destaca el poder de mercado que esta conducta ha conferido a las requeridas toda vez que controlan más de 92% de producción nacional de pollo, y más del 93% de su comercialización total en el país, lo que

demuestra el éxito del actuar colusivo. A los efectos de la sanción solicitada hace presente en lo medular, dos elementos de entre los que considera el DL 211, esto es, la gravedad de la conducta colusiva, de la que participa la figura establecida por representar la más grave violación a la libre competencia y porque en la especie ha incidido en un producto que integra la canasta básica en el consumo de la mayor parte de la población, y además, el elemento del beneficio económico obtenido. A este último respecto se esgrime que los beneficios obtenidos, a lo menos durante una década por las requeridas, exceden con creces la multa máxima que la legislación aplicable contempla.

En lo que toca a la APA, sujeta por ley al cumplimiento de las normas de libre competencia, se indica que desvió el objetivo central de su cometido, en el que es posible concebir que contemple cubrir oportunidades de encuentro para los agentes económicos que compiten entre sí, pero lo que en cambio ocurrió, es que sus máximos ejecutivos, entre otras gestiones, solicitaron, recibieron y entregaron información sensible que permitió el funcionamiento del cartel, a la vez que proyectó las cantidades a producir, monitoreando los resultados en base a los porcentajes de mercado previamente definidos con las empresas requeridas.

En estas condiciones, además de impetrar la imposición de una multa a la asociación gremial en referencia, solicita la FNE que la misma sea declarada disuelta.

A fojas 105 la APA contestó el requerimiento solicitando su rechazo, con costas, aludiendo en síntesis a los beneficios que ha reportado esta estructura para el sector avícola, y negando las imputaciones que se le han formulado sobre la base de sostener, en lo medular, que las proyecciones anuales y estadísticas entregadas no difieren del quehacer de otras entidades que cubren la misma función; que se recabó y entregó información que está disponible al público por otras vías, y que sólo ocasionalmente se entregó datos más sensibles, misma alegación de excepcionalidad que se sostiene a los efectos de explicar la estimación semanal de carga por empresa. Tales datos, según lo expresa, sólo fueron referenciales o estadísticos y no necesariamente han coincidido con los volúmenes de producción exhibidos por las empresas. Niega en consecuencia haber participado y/o monitoreado algún acuerdo colusivo como se asevera en el requerimiento. Discrepa también del concepto de mercado relevante que utiliza la FNE, el que resulta del todo restrictivo. Hace valer además la excepción de prescripción de la acción intentada, la que aparece fundada en antecedentes que datan desde el año 1994, lo que resulta por lo demás improcedente.

A fojas 164, 308 y 352, las empresas productivas requeridas, respectivamente, Agrosuper, Ariztía y Don Pollo contestan el requerimiento impetrado solicitando su rechazo, con costas. Ariztía opuso en forma previa la excepción de falta de legitimidad pasiva por no estar dedicada al rubro de que se ocupa el requerimiento no obstante que sí lo hace una empresa relacionada. Las tres entidades niegan haber acordado y participado en un acuerdo colusivo como el que se les atribuye, explicando la forma en cada una de ellas ha adoptado las decisiones relativas a la producción y comercialización de sus productos avícolas en forma independiente, sin afectar la competitividad. Si bien reconocen la labor desarrollada por la APA esgrimen que lo ha sido en términos del normal desempeño de su labor de asociación gremial y, en ese carácter, recabó de ellas y entregó información periódica, y entre otras, las proyecciones de consumo anual y, en determinadas circunstancias, estimó cargas semanales, pero sin que ello fuera en modo alguno vinculante para las empresas.

Añaden que las informaciones de que tomaron conocimiento por esa vía, que muy excepcionalmente estuvieron referidas a datos sensibles, sólo fueron recibidas en forma de estadísticas para su propio y personal uso lo que se demuestra con el hecho que no resultan mayormente coincidentes las proyecciones proporcionadas, con la

producción real de cada una de ellas para el periodo correspondiente. Reiteran que este quehacer en modo alguno estuvo relacionado con un ánimo colusivo, o de afectar la libre competencia, así como afirman también que APA se limitó a cumplir las funciones propias de su calidad de asociación gremial.

Discrepan las empresas del concepto de mercado irrelevante que la FNE entrega al formular el requerimiento, toda vez que erróneamente ha dejado de ponderar que el mercado del pollo considera en forma separada los distintos cortes o partes del mismo. Afirman que no pudo excluirse de este mercado relevante el producto congelado, ni el que en general es objeto de importación, así como tampoco pudo excluirse las otras carnes que se producen y comercializan en el mercado interno.

Agrosuper, Ariztía y Don Pollo, discrepan del régimen jurídico que en concepto de la FNE resultaría ser aplicable, esto es, el texto del DL 211 que rige con la modificación introducida por la ley N° 20.361.

En concepto de la primera empresa nombrada -Agrosuper-, debió aplicarse cada uno de los tres regímenes que cubren lo que la FNE considera el periodo colusivo, en tanto entiende que les han sido atribuidos convenciones o pactos anuales, con afán colusorio.

La defensa de Don Pollo considera que ha debido ser aplicable la ley más favorable a las entidades imputadas, al tiempo que Ariztía, previo a impetrar también la aplicación de la ley más favorable, ha esgrimido que debió darse preeminencia a lo que considera la norma particular por sobre la general, esto es, la figura descrita por la letra a) del artículo 3 del DL 211 -que sería especial- por sobre la regla genérica del inciso primero del mismo artículo. Las defensas de Agrosuper y Don Pollo, alegan la prescripción extintiva de la acción hecha valer, por el periodo anterior a la vigencia de la ley N° 20.361, esto es, el anterior al mes de octubre de 2009.

A fojas 422 se recibió la causa a prueba habiéndose producido la que consta en autos.

II. Sentencia Impugnada y sus Fundamentos.

A fojas 14.842, del Tomo XLI se dictó la sentencia N° 139/2014, de fecha 25 de septiembre de 2014, que decidió el conflicto en el sentido ya especificado.

En primer lugar, en el fundamento tercero del fallo se anuncia la estructura de los razonamientos para despejar lo concerniente al mercado relevante; luego, previo examen cronológico de los sucesos se expresa que se establecerán los hechos que se hallen acreditados para los efectos que interesan al conflicto, y en estas condiciones se emitirá pronunciamiento sobre el fondo del asunto.

En lo que concierne al mercado relevante, determina que aun cuando se considere que el pollo entero integra uno diferente de aquél de las piezas y cortes del mismo, o bien que, aunque en forma intertemporal otros tipos de carne puedan ser considerados sustitutos del pollo, o sea también que corresponda otorgar algún grado de relevancia a las importaciones de carne congelada, concluye que de cualquier modo, atendido el alto porcentaje de participación de las tres empresas requeridas, no inferior -con ninguna de las variables mencionadas- al 75 u 80% del mercado nacional de la carne, tales eventuales sustitutos no logran tener en el mercado un efecto disciplinador de importancia, y por ende, no influye en el poder de mercado que el acuerdo colusorio confiere a las requeridas.

A continuación, previo análisis de las pruebas aportadas, tanto por la FNE, como por las entidades requeridas, en los fundamentos 132, 149 y 214 se tuvo por establecida la existencia de un acuerdo colusorio entre Agrosuper, Ariztía y Don Pollo, coordinadas tales entidades por la APA, pacto que consistió en la limitación de la producción y asignación de cuotas para esa actividad de producción de carne de pollo destinada al mercado nacional.

Luego, el fallo considera desvirtuada la alegación, tanto de las productoras como de la APA, relativa al papel de mera información o elemento orientador de las proyecciones

anuales de consumo que entregaba la APA, apuntando en cambio a que este trabajo coordinado pretendía evitar el exceso de producción para así mantener o alcanzar determinados rangos de precios del producto, restringiendo o suprimiendo la competencia. Los ajustes de carga dispuestos, lograron verificarse en ocasiones por vía de matanza de crías recién nacidas, o mediante la modalidad de congelar el producto, y/o, por otros medios, como la exportación.

Entienden también desvirtuado los jueces el aserto de manejar e intercambiar las requeridas, a través de la APA información que es pública y disponible al mercado avícola por otras vías, con el hecho de explayarse las defensas en aquella información que sí es disponible, pero sin hacer referencia específica a la que es de carácter reservado, sensible, detallada y estratégica, relativa a producción semanal, stocks y producción futura, todo lo cual permitió monitorear el cumplimiento del acuerdo y detectar los desvíos al mismo. Sobre este punto el fallo determina que las empresas no evidenciaron desvíos importantes en relación a las sugerencias de APA.

En un análisis cronológico se precisó que existió un primer periodo, entre los años 1994 y 1995, en el que algunas empresas avícolas nacionales -incluyendo a las requeridas o sus antecesoras- alcanzaron acuerdos que recayeron sobre

diferentes variables competitivas, tales como precios de referencia obligatorios, diferenciales obligatorios de precio por zona, definición común de condiciones de comercialización, limitación de las herramientas de marketing, determinación de los clientes a los que era posible vender productos de segunda, o en condiciones mayoristas. Durante ese periodo las empresas partícipes habrían tenido libertad de producción. Desde este mismo punto de vista cronológico, en el fundamento N° 186 del fallo impugnado se estableció que el primer antecedente relativo a la determinación de cuota de producción de las Avícolas requeridas, se encuentra en los correos electrónicos que datan entre el 23 de junio y 24 de julio del año 2000.

Se estableció también que la situación experimentó algunas variaciones durante los años siguientes, pero dentro del marco del mismo acuerdo en constante desarrollo y ajuste en lo que concierne a la producción de carne de pollo destinada al mercado nacional y a la asignación de cuotas de producción.

Se añade que la APA elaboraba a fin de cada año proyecciones anuales de demanda de carne de pollo, obteniendo a partir de ello una proyección semanal de ventas por empresa para el año siguiente, datos que entregaba a las requeridas. Esta práctica se ejecutaba

desde fines de 1995 y, si bien pudo sufrir modificaciones con el objeto de ser perfeccionada, mantuvo el espíritu original conducente a obtener el crecimiento de las ventas. Este ejercicio se estima efectivamente constitutivo de una colusión, entendida como ya se indicó, como un acuerdo respecto de la cantidad a producir con miras a alcanzar determinados precios o rangos de precios, restringiendo o suprimiendo la competencia entre sus partícipes. En este contexto, crucial resultaba la participación de la APA recomendando ajustes de cargas futuras para enfrentar diversas contingencias. En otras oportunidades las requeridas recurrieron o consideraron recurrir a medios que les permitieran restringir la cantidad de carne de pollo que se encontraba en producción, estando conscientes que sus decisiones afectaban la libre competencia como lo revelan diversas medidas de sigilo que fueron adoptando, junto al rol conferido al honor en el cumplimiento de los acuerdos. Explica el fallo que las empresas requeridas enviaban información semanal a la APA consistente principalmente en las cargas, esto es, huevos cargados en incubadoras, producción (en kilos); en ventas, en unidades y kilos de pollo entero, pechugas, trutros y ADM (ave desmenuzada mecánicamente); de mermas, stock o inventario y de exportación de pollo entero, pechugas, pulpas y otros. Además enviaban información de ventas en valor con

periodicidad mensual. El tribunal señala que esa información es relevante, puesto que las cargas tienen correspondencia con la producción futura de cada empresa y, por lo tanto, no tiene carácter histórico; además, no se encuentra disponible en fuentes públicas ni es replicable, teniendo el carácter de estratégica, esto es, es entregada a las empresas con un nivel de desagregación más alto que el observado incluso en economías más desarrolladas que la chilena.

Establece el fallo que a nivel mensual y anual se observa una correlación importante entre las ventas de las empresas y las sugerencias de la APA. Destaca que es suficiente la evidencia de seguimiento a nivel mensual -no obstante que las sugerencias de carga se efectuaban a nivel semanal- correlación ésta que en el proceso no logró ser determinada. Ello carece sin embargo de relevancia toda vez que la misma APA reconoce que el modelo de estimación de demanda no puede ser evaluado por su desempeño semanal. Determina la sentencia impugnada que se aprecia una correlación entre las sugerencias de la APA y las ventas de las empresas, a lo menos a nivel mensual, lo que es consistente con el cartel acreditado (Considerando 268, 279, 280 y 281).

Se asienta también por los jueces, en el fundamento 226, que el acuerdo ya analizado, con las características

anotadas, tiene o posee la aptitud para conferir poder de mercado y para producir efectos contrarios a la libre competencia, y tal como ese tribunal ya lo ha determinado en otras sentencias que menciona, tal conclusión es suficiente para ser configurativo del ilícito acusado, con independencia de los resultados que de manera efectiva haya producido en él o los mercados afectados por la conducta colusiva, añadiendo en el motivo 227 y 228, que determinada esa aptitud suficiente, carecen de relevancia alegaciones como las formuladas por Ariztía en orden a haber reportado pérdidas y/o que otros, no hubieren presentado utilidades durante parte del periodo que se fijó como extensión del ilícito.

En cuanto al rol de la APA, determinó el fallo que la misma excedió el marco de sus funciones y facultades puramente gremiales al coordinar y monitorear el acuerdo colusivo, existiendo conciencia en las demás requeridas, de la ilicitud de este quehacer.

En cuanto a la alegación de falta de legitimación pasiva hecha valer por Empresas Ariztía S.A. el tribunal determina que esta entidad sí es legitimada pasiva en tanto es la sociedad que controla las operaciones del Grupo Ariztía en la industria avícola, lo que se corrobora con los correos electrónicos correspondientes en los que interviene su representante legal, circunstancias que permiten concluir

que la mencionada empresa sí participó en el acuerdo colusorio y en su implementación.

En relación a las alegaciones del fondo del asunto formuladas por las requeridas, la sentencia analiza en primer término lo relativo al iter de la conducta, la naturaleza de la infracción, y ley aplicable. Establece que la coordinación anticompetitiva se inició a lo menos en el año 1994 determinándose su término con los correos electrónicos de 22 y 24 de noviembre de 2010, en los que se cita a las avícolas denunciadas -excluyendo por ende a Santa Rosa- a una reunión del Comité de Estudios de la APA a fin de presentarles las estimaciones de demanda para el año 2011 (Considerandos 297, 298 y 299). Se expresa que la conducta ya asentada en los motivos que preceden corresponde a lo que se ha denominado en doctrina, una infracción permanente, en términos que -como ya se indicó-, a lo menos desde el año 1994 y hasta el 24 de noviembre de 2010 existió un único acuerdo anticompetitivo entre las avícolas concernidas que tuvo por objeto obtener utilidades mayores a las que se habrían logrado en un escenario competitivo (Considerandos 301, 303, 304, 305 y 306). Con esta conclusión se desestima la alegación de Agrosuper en cuanto a que se trataría de la imputación de acuerdos anuales o sucesivos.

Indica la sentencia que la determinación de la ley aplicable no se aprecia como un tema relevante en lo que respecta a la reprochabilidad de la conducta, pues ya sea que se trate de los artículos 1° y 2° letras a), c) y d) del Decreto Ley N° 211 original, el artículo 3° letra a) del Decreto Ley N° 211 intermedio, o el artículo 3° letra a) del Decreto Ley N° 211 actualmente vigente, la conducta imputada puede subsumirse íntegramente en cada uno de los ilícitos descritos por las citadas normas (motivo 309). En cambio -añade-, la determinación de la legislación aplicable sí es decisiva para establecer el régimen sancionatorio y, en particular, en cuanto al monto máximo de las multas que es posible imponer.

Concluye en definitiva que corresponde aplicar el texto del Decreto Ley N° 211 actualmente vigente y, para así decidir considera que parte de la ejecución de la conducta ilícita descrita ha tenido lugar en el periodo de vigencia de dicho texto legal, régimen jurídico que las infractoras han conocido, o que se presume que lo han hecho, razón por la que no se está en presencia de un problema de irretroactividad de la ley, ni de aplicación de ley más o menos desfavorable al o los infractores, pues las conductas han de ser juzgadas por el régimen legal vigente al tiempo de la ejecución del ilícito de que se trata.

Respecto de la excepción de prescripción hecha valer por las empresas requeridas Agrosuper y Don Pollo, por la APA, el fallo señala que resulta aplicable el plazo contemplado en el cuerpo legal actual, el que, para el evento de la colusión contempla uno de cinco años contados desde que cesa "la ejecución de la conducta", teniendo presente que de acuerdo al texto del artículo 20 del DL 211 para la colusión "el cómputo de la prescripción no se iniciará mientras se mantengan en el mercado los efectos imputables a la conducta objeto de la acción". Se estima entonces, que la conducta terminó de ejecutarse el 24 de noviembre de 2010 y las requeridas Agrosuper, Don Pollo y la APA fueron notificadas del requerimiento el 6 de diciembre de 2011, por lo que ha de entenderse que la interrupción de la prescripción operó en esa fecha, de manera que entre el cese de la conducta y el 6 de diciembre de 2011 transcurrió apenas un año y unos pocos días, de tal forma que a la notificación del requerimiento se hallaba vigente la acción y sin cumplir el plazo de prescripción (Considerandos 314 y 316).

En concordancia con lo anterior, y reiterando lo ya indicado el tribunal determina que el régimen sancionatorio aplicable es el contemplado en el Decreto Ley N° 211 actual, por corresponder a la ley que regía durante la comisión de la conducta punible (Fundamento 318).

En forma previa al análisis de la sanción a imponer el fallo, a partir del motivo 319, adiciona argumentos tendientes a establecer que la coordinación anticompetitiva fue más amplia que la descrita en los fundamentos que preceden como lo demuestran operaciones de concentración al adquirir Don Pollo la Avícola La Cartuja, no obstante que se trató de una adquisición conjunta de todas las requeridas; alude también al rotulado común que convinieron las empresas en relación con el porcentaje de marinado en los envases, a propósito de las modificaciones introducidas al Reglamento Sanitario por el DS 106 del Ministerio de Salud del año 2009, unido todo ello a la práctica de intercambio de listas de precios entre las empresas, citando finalmente el hecho de la colaboración, consistente en faenar pollos para Agrosuper que prestaron las otras dos avícolas requeridas con ocasión de un incendio que afectó a la primera en su planta faenadora, circunstancias todas las mencionadas con que el tribunal refuerza los argumentos desplegados en su decisión condenatoria.

Ahora bien, para los efectos de establecer las sanciones y determinar el monto de la multa la sentencia considera la gravedad propia de la conducta; la duración de la misma; el hecho que el acuerdo haya sido promovido, mantenido y monitoreado en el seno de una asociación gremial en la que participaban los más altos ejecutivos de las empresas

requeridas; teniendo en cuenta además el beneficio económico obtenido por las avícolas requeridas, como fruto del acuerdo anticompetitivo. En lo que se refiere a la gravedad de la conducta reitera lo resuelto en diversas oportunidades por la Corte Suprema en cuanto a calificar la colusión como el más grave atentado contra la libre competencia.

En lo que toca al beneficio económico el tribunal consigna que, del análisis del Informe aparejado por la FNE, en conjunto con sendos informes críticos del mismo acompañado por Agrosuper y Ariztía, es difícil suponer qué habría sucedido en el mercado en ausencia de colusión. Se refiere a la dificultad de crear un escenario contrafactual satisfactorio, dado que no resulta posible conocer con certeza de qué manera las empresas habrían competido en ausencia de colusión. No obstante lo anterior, si se utiliza como referencia la estimación del informe acompañado por la FNE, el sobreprecio promedio estimado por los autores sería de un 14% (entre los años 2008 y 2010), lo que, en términos de mayores precios cobrados, supera en muchas veces el máximo de la multa aplicable. Esgrime que en todo caso, basta con que el sobreprecio cobrado durante el período de duración de la colusión haya estado por sobre un 3% -escenario muy conservador- para que el beneficio económico obtenido por Agrosuper sea cercano a ocho veces

la multa máxima aplicable -que es de 30.000 UTA-; el de Ariztía cercano a cuatro veces esa multa; y que el de Don Pollo sea cercano a la multa máxima. Considera prudente observar, además, los niveles totales de ingresos en el último año de comisión de la conducta -año 2010- a fin de respetar el principio de proporcionalidad de las sanciones, por una parte, y evaluar la capacidad de pago de las mismas, por la otra. En la circunstancia de estimar como límite un 10% del volumen total de negocios de cada compañía en el último año, esto es, el 2010, la multa a aplicar a Don Pollo debería ser cercana a doce mil Unidades Tributarias Anuales, en cambio, en la situación de Agrosuper y Ariztía correspondería aplicarles la multa máxima (Fundamentos 347 a 357).

En lo que respecta a la APA el tribunal, considerando la extensión y gravedad de las conductas desarrolladas por esa asociación, concluye que a título de sanción, procede ordenar su disolución y que, en razón de ello, no se dispondrá la imposición de multa (Considerandos 360 y 361).

En contra de la sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia se dedujo recurso especial de reclamación por parte de Ariztía, la APA, Agrosuper, Don Pollo y la FNE (según su orden de presentación), habiéndose elevando los autos a esta Corte Suprema para su conocimiento y resolución.

Encontrándose la causa en estado, se trajeron los autos en relación.

CONSIDERANDO:

I-. En cuanto al Recurso de Reclamación deducido por Empresas Ariztía S.A.

Primero: Que Empresas Ariztía S.A., luego de expresar que solicita dejar sin efecto en todas sus partes la sentencia y se acoja la reclamación en los términos que expresa en el petitorio, reitera las alegaciones formuladas al contestar el requerimiento.

En primer lugar acusa en la reclamación que el fallo impugnado incurrió en extra petita en tanto tuvo por establecida una hipótesis propia de colusión, distinta a la imputada en el requerimiento.

Explica que la FNE atribuyó a su parte haber participado en un acuerdo colusivo, celebrado, ejecutado y monitoreado en el seno de la APA junto a las otras dos empresas avícolas requeridas, consistente en limitar la producción de pollo y asignarse cuotas de mercado para su producción y comercialización, y todo ello por el periodo de diez años hacia atrás contados desde el año 2011. Añade que en concordancia con el acuerdo imputado en el requerimiento se fijó los hechos a probar en la interlocutoria de prueba respectiva. Esgrime que no obstante lo anterior, el TDLC tuvo por acreditado un acuerdo desde los años 1994 o 1995,

el que tuvo por objeto, entre otras cosas, un pacto de precios sobre los productos avícolas.

Expresa que no se aviene a los términos de un debido proceso la falta de congruencia anotada así como tampoco resulta concordante con dicho principio el que el juzgador se haya hecho cargo y, resuelto en la sentencia alegaciones recién formuladas en un escrito de observaciones a la prueba presentado por la FNE el que se proveyó el día anterior al de la vista de la causa. Se le privó entonces de la oportunidad que la ley determina para su defensa, así como también para aportar las pruebas conducentes a ese fin.

Esgrime además Ariztía que en el fallo se han vulnerado las reglas de la sana crítica. Expresa que la vulneración se produce en tanto se tiene por acreditado el acuerdo colusorio sobre la base de conjeturas y considerando como ciertos, hechos que se reconoce imposibles de acreditar. En este contexto señala que no es posible pronunciarse en forma certera acerca de si la asimetría entre las empresas, y/o las importaciones, tienen la idoneidad para hacer viable un acuerdo colusorio como el imputado.

Reprocha la reclamación que el fallo considere, sin justificación suficiente, documentos que ni siquiera tienen autoría definida, dejando de observar normas mínimas en materia de prueba, concluyendo la defensa de este modo que

un análisis pormenorizado de las pruebas no permiten arribar a la convicción de haber existido un acuerdo colusivo, lo que esa parte niega. No obstante reconocerse que ciertos antecedentes dan cuenta de preocupaciones legítimas de APA y de las empresas, como ocurrió con los paros portuarios y otros hechos que constituyen sin embargo situaciones extraordinarias, tales deliberaciones fueron también empleadas por el TDLC para establecer las conductas que reprocha, pasando además por alto que existen periodos en que no hay documentos que acrediten algún acuerdo como el imputado pese a que la FNE tuvo acceso a toda la información.

Esta reclamación reprocha además al fallo que, no obstante anunciar que analizará los efectos del supuesto acuerdo colusivo, sin embargo, no lo hace y en parte alguna de sus fundamentos determina si esa convención afectó realmente los precios de los productos de carne de pollo, o si se limitó realmente la producción y oferta de carne por debajo del nivel esperado, en ausencia de ese eventual acuerdo. Por el contrario, explica que el fallo a partir del fundamento 227, bajo el supuesto de analizar los efectos del acuerdo, lo que hace es ir desechando las alegaciones y defensas hechas valer por las requeridas y ello en función de meras suposiciones o conjeturas. Es más, en el considerando 262 reconoce el tribunal que no le es posible

llevar a cabo un análisis que le permita acreditar económicamente la colusión atribuida, ni si la misma produjo o no efectos que se pretende, pero sin embargo, no duda en tenerla por probada concluyendo que "algún grado de monitoreo efectivamente tuvo lugar entre las Empresas Avícolas Requeridas". En similares términos, en el motivo 280 determina el tribunal que no se cuenta con evidencia inequívoca de haberse seguido por las avícolas las sugerencias de producción de la APA, "toda vez que ciertos detalles relativos a la operación del acuerdo en la práctica no fueron abordados por la evidencia aportada por la Fiscalía Nacional Económica".

Señala que, luego de detallar el fallo otros puntos oscuros acerca de esta materia, expresa que tal incertidumbre descrita impide desarrollar un modelo que explique con precisión el grado de seguimiento de las empresas avícolas, pero, a pesar de todo lo consignado, el TDLC tiene por acreditado el cartel con las características que describe, concluyendo que medió una correlación "importante" de las empresas con esas sugerencias, aseveración esta última que sólo fue sostenida en último momento por la FNE en base a un Informe de Metodología cuestionable, elaborado por un empleado dependiente del señor Fiscal Nacional Económico, que permitió aseverar que éste sería consistente con el cartel que ha sido acreditado en autos. Es decir, primero

tiene por acreditado el cartel y luego examina los antecedentes para determinar si son consistentes con las conclusiones previas, lo que vulnera los principios de las reglas sobre valoración de la prueba. En tal virtud, si económicamente no pudo demostrarse colusión ni que tal eventualidad, de existir, tuviera aptitud objetiva de producir efectos reales en el mercado, menos aún pudo ser posible que el tribunal procediera a cuantificar algún beneficio económico, como lo hizo para determinar el monto de las multas, lo que resulta del todo abusivo y desproporcionado.

En un nuevo grupo de reproches el reclamo en análisis, especifica como manifiestos y graves errores, contradicciones, y omisiones en que incurre el fallo, los siguientes:

- Desatiende la sentencia el constante y permanente aumento de la producción de carne de pollo y las razones que lo explican. Señala que su parte probó con documentos, informes técnicos y artículos de prensa, así como también con testigos que este aumento responde a la preferencia del consumidor, entre otras razones, por su bajo precio, lo que contradice la idea de un cartel que busca reducir tal producción.

- No se analizó las consecuencias que acarrea, para el mercado de la carne de pollo, el hecho que no existan barreras a la entrada, para la oferta a los consumidores.

Explica que no obstante discurrir el fallo -en base a conclusiones de informes que cita- (fundamento 39) en cuanto a que ni las empresas nacionales no APA, ni las importaciones, constituyen una amenaza para la viabilidad de un acuerdo colusorio, desaprovechó la sentencia esta oportunidad que era propicia para concluir que el mercado relevante en cuestión no presenta barreras de entrada que dificulten o impidan el ingreso de nuevos competidores, aseveración esta última que resultó acreditada con informes y otros documentos, e incluso con testigos.

- Desestimó erróneamente el efecto disciplinador del mercado de las importaciones.

Frente a la discusión planteada en orden a formar o no parte el pollo congelado importado, del mercado relevante que se considera afectado, desestimó la sentencia las pruebas que determinaban el efecto disciplinador de que se trata, así como también el rol que cumplen las importaciones cuando se trata de suplir la producción nacional como se evidenció a raíz del terremoto del año 2010.

- La sentencia no consideró el efecto disciplinador de los principales competidores de los productos elaborados por las empresas requeridas, con indiscutible poder de mercado.

Omitió el fallo el análisis de la incidencia de los supermercados (que representan el 50% de las compras), del canal industrial (12%), de las cadenas de carnicerías y otros (7%) y el canal HORECA (el 10%). Estos mismos agentes son los principales importadores de carne y están en condiciones de disciplinar el mercado, y son los que en definitiva determinan los precios.

- Se omite el análisis relativo a que las empresas requeridas no venden sus productos directamente al público y por lo tanto los precios al consumidor no dependen de las avícolas productoras. Expresa la reclamación que incurre en grave error el fallo al proclamar en el fundamento 348 que el acuerdo habría afectado "directamente a los consumidores", si como se ha dicho y establecido, prácticamente el 100% de la producción se vende a los intermediarios.
- Se prescindió evaluar la circunstancia relativa a que Agrosuper y Ariztía exportaron sus productos a los mercados más exigentes del mundo, como se

estableció en el proceso (EEUU y Europa), entre otros antecedentes, con los dichos del testigo Eduardo Santos y el Informe Morandé Echeverría. Este hecho acredita la buena calidad de los productos y altos estándares sanitarios, lo que contradice la existencia de un cartel, toda vez que conforme a la teoría económica lo esperable en una colusión de esa clase es que la calidad de los productos sea deficiente y haya poca innovación.

- No se hace cargo el fallo del hecho de haber operado Ariztía prácticamente al máximo de su capacidad instalada. Se adiciona en la reclamación que esta argumentación fue esgrimida y probada en el juicio. Sin embargo el fallo extrapoló a las demás productoras requeridas la situación de Agrosuper que es diametralmente distinta, para concluir sobre la base de un Informe Técnico, que la capacidad instalada ociosa de Agrosuper no es concluyente para determinar la viabilidad o no de un acuerdo colusorio.
- Omitió valorar el fallo los hechos alegados y probados que explican el comportamiento competitivo de Ariztía.

Hace presente que el comportamiento de su parte está determinado fundamentalmente por las siguientes variables: a) Agrosuper es el líder indiscutido del mercado y a las demás productoras no queda más que seguirlo; b) la carne de pollo es un producto esencialmente homogéneo o estándar, lo que dificulta cualquier estrategia competitiva diferenciadora; c) Ariztía se ha visto afectada por serias restricciones financieras que explican su comportamiento defensivo. Este último elemento es radicalmente descartado en el fundamento 229, restándole relevancia para desvirtuar un acuerdo anticompetitivo.

- No se ponderaron los antecedentes que dan cuenta de la vigorosa competencia y rivalidad existente entre las requeridas, en especial respecto de Ariztía.

Se obvió el examen de los esfuerzos realizados por su parte con miras a aumentar su participación en el mercado buscando una estrategia que le permitiera diferenciarse de sus competidores a partir del servicio ofrecido, al mismo tiempo que intentó reducir sus costos para aumentar su capacidad competitiva y con ello incrementar sus exiguas -y por años inexistentes- utilidades.

En otro acápite, la reclamación en estudio, sintetiza las principales conclusiones del fallo que se basan en consideraciones erróneas y sesgadas.

Expresa que la tarea de valorar la prueba no puede dar cabida a un sesgo en el análisis de los antecedentes para establecer los hechos que sirvieron sustento a la decisión.

- La conclusión del fundamento 198 es errada en cuanto asienta como medidas utilizadas en algunas ocasiones para ajustar la producción: la matanza de crías recién nacidas; la decisión de congelar productos faenados y la posibilidad de aumentar las exportaciones de carne de pollo.

Califica igualmente como errada la conclusión del fundamento 290 al expresar como principal preocupación de la APA y avícolas requeridas el evitar el exceso de oferta de carne de pollo con el fin de mantener el precio de dicho producto en el mercado nacional en niveles superiores a los que se habrían observado en ausencia de un acuerdo.

- Considera insólito que en el motivo 222 el tribunal reproche a las requeridas la intención de querer cumplir con la institucionalidad y las normas de libre competencia. Para arribar a esta conclusión la sentencia acude a notas personales que son anteriores al 9 de noviembre de 2009, esto es, pocas semanas después de la entrada en vigencia del nuevo texto del DL 211, razón por la que todos los actores del mercado manifiestan una legítima

preocupación por dar cumplimiento a la nueva normativa.

- Yerra el tribunal al concluir que las proyecciones de demanda de la APA constituyen actos anticompetitivos. Explica que el análisis sobre proyección de demanda per se, no es anticompetitivo; el problema es que el tribunal agrega el antecedente erróneo de llevarse a cabo el ejercicio, en conjunto con las avícolas y con miras a limitar la producción para el fin de incidir en el precio de la carne de pollo, actividad que se restringía a las tres avícolas requeridas y sin la participación de otras empresas que integraban también la APA, las que no eran consideradas, aserto este último que resultó también desvirtuado en el proceso con la declaración del Gerente General de la sociedad Agrícola Pollos Santa Rosa, quien reconoció que lo invitaban a las reuniones, pero no asistía por opción personal.

- Yerra también el tribunal al concluir sobre el nivel de seguimiento de las avícolas requeridas a las sugerencias de producción de la APA, omitiendo injustificadamente el Informe aparejado por Ariztía emanado de la Facultad de Ciencias Agronómicas de la Universidad de Chile (p. 13.864 y siguientes) y se limitó en su estudio a la revisión de los

indicadores de un Informe acompañado por Agrosuper. Si bien en el fundamento 269 el fallo hace referencia al Informe de Ariztía, se trata de una lectura parcial y sesgada, sin hacerse cargo de sus conclusiones ni entregar razones para desatender su contenido.

Es un error del fallo desligar el estado financiero de Ariztía en el proceso de establecer la efectividad de una hipótesis colusiva.

En el siguiente capítulo, la reclamación acusa vulneración de garantías constitucionales, así como a las reglas de valoración de la prueba y, finalmente, reprocha la decisión del fallo en relación a la alegación de falta de legitimación pasiva esgrimida.

1°) En cuanto a la vulneración de garantías constitucionales expresa que se infringió el derecho a un proceso racional y justo en tanto se cercenó su derecho a defensa consagrado en el artículo 19 N° 32 de la Constitución Política de la República, su derecho a probar, así como su derecho a una sentencia motivada y justa. Explica que los dos primeros aspectos se vulneraron al desligarse el fallo del ilícito contenido en el requerimiento, extendiendo el mismo a elementos como la fijación de precios, y/o la adquisición de la Avícola la Cartuja y la circunstancia relativa a la rotulación del

contenido de marinado en los envases, a cuyo respecto no estuvo en condiciones de defenderse al contestar el requerimiento, ni producir la prueba conducente a sus descargos. Del mismo modo careció del derecho, por lo antes expresado, a una sentencia motivada. En efecto, el fallo no justifica sus conclusiones, así como tampoco respetó el principio de congruencia que ha debido guardar con el Requerimiento de la FNE, particularmente en lo que concierne al período de inicio que se establece para el ilícito. Añade que el fallo basó sus conclusiones en derecho en función de una ley que no resultaba aplicable.

Hace presente que todo lo anterior traduce que no se ha brindado a Ariztía, ni se ha reconocido su derecho a una tutela judicial efectiva.

2°) En lo que respecta en particular a la vulneración de las reglas de la sana crítica, considera: a) en primer lugar la afectación de los principios de identidad y no contradicción en el análisis de estructura de mercado del fundamento trigésimo, en relación a la conclusión del motivo trigésimo noveno a los efectos de aseverar si las importaciones tienen idoneidad para hacer viable un acuerdo. Añade que se evidencia también esta afectación al considerar en el motivo cuadragésimo cuarto, la incidencia del tamaño de los principales compradores de carne en la viabilidad de acuerdo colusivo en relación a la conclusión

del fundamento 353 y 229; b) estima vulneradas también las máximas de la experiencia y el buen juicio, que obliga a realizar una labor de revisión y apreciación diligente, acuciosa e imparcial de los antecedentes del proceso, todo lo cual ha sido desatendido al referirse el fallo a la estimación de un supuesto sobreprecio. Es así como la sentencia tuvo por acreditado el sobreprecio omitiendo el hecho que ese tribunal descartó el Informe Gómez-Lobo y Lima, única prueba presentada por la FNE sobre este punto, al margen de haber ignorado otros informes y medios de prueba aportados por las requeridas; c) en tercer lugar, se denunció como infracción a la sana crítica la vulneración del principio de completitud de la sentencia, ello por no indicar las razones para alcanzar las conclusiones del modo que se ha hecho.

3°) En este capítulo se incluye también la impugnación relativa a la decisión sobre la falta de legitimidad pasiva hecha valer por Empresas Ariztía S.A. Explica que el rechazo de esta alegación surge básicamente de la errónea interpretación del tribunal respecto de la carta respuesta remitida por el Gerente General de Agrícola Ariztía Limitada a la FNE al requerir esta entidad esa información en la etapa de investigación. El deducir de allí que Empresas Ariztía S.A., es la empresa por medio de la cual el Grupo Ariztía controla sus operaciones en la industria

avícola, constituye un error, toda vez que de ese documento, cuanto de diagramas aparejados a ese medio, se aprecia que se trata de una Sociedad de Inversiones que opera como Holding del grupo Ariztía y que una de las sociedades subsidiarias es Empresas Ariztía Limitada, que es la que desarrolla el giro avícola a través de distintas sociedades. No por ser el Holding se le puede atribuir la incidencia y rol que se pretende, y así lo entendió la FNE durante la investigación Rol 1752-10, desconociéndose la razón del cambio de criterio. Además Empresas Ariztía S.A., ni siquiera es miembro de APA, y las únicas integrantes de esa asociación son Agrícola Ariztía Ltda. y Agrícola Tarapacá Ltda. que son subsidiarias de Empresas Ariztía Ltda. Añade que la conclusión del tribunal, de haber participado el Gerente General de Empresas Ariztía S.A., en diversos correos electrónicos, es producto de otro error puesto que la persona mencionada ejerció hasta noviembre de 2009 el cargo de Gerente General de Agrícola Ariztía Ltda., empresa operativa en el mercado de producción de pollo. Considera, por otra parte, arbitraria e injustificada la conclusión del motivo 294 de desestimar la alegación en análisis bajo el supuesto que basta con acreditar que ciertas decisiones sean adoptadas en el centro o núcleo de toma de decisiones del grupo empresarial para imputar responsabilidad a la matriz del mismo.

Asevera que al igual que la responsabilidad penal, la de naturaleza infraccional es personalísima.

En un nuevo capítulo, la reclamación en análisis acusa graves errores jurídicos que vulneran la Constitución y la ley, en la determinación de la ley aplicable para fijar las sanciones a las recurridas.

Explica que el tribunal extiende indebidamente la regla que ordena aplicar la ley vigente al momento de la comisión del hecho y aplica retroactivamente la ley más gravosa, de entre las que resultan posibles, vulnerando los principios de legalidad, pro reo y non bis in ídem, consagrados en el artículo 19 N° 3, incisos 7 y 8 de la Constitución Política de la República, y además, adscribiendo a la tesis minoritaria del Informe acompañado por la FNE, determina que en la especie se ha configurado una sola infracción permanente que se ha ejecutado en el periodo de vigencia de tres regímenes jurídicos, ilícito que decide sancionar con la ley vigente al momento de la consumación de las últimas conductas, que resulta ser la más gravosa.

Prescindiendo el fallo de los principios que limitan el poder punitivo del Estado, ya indicados, junto al de proporcionalidad, aplica una ley que no estaba vigente al momento de la celebración del acto, esto es, el actual DL 211, que contiene el régimen menos favorable para las requeridas. Precisa que esta conclusión no emana de la ley

sino de una interpretación del tribunal y contraviene no sólo los principios consagrados constitucionalmente sino también la doctrina y jurisprudencia mayoritaria. Mal utilizó el fallo el principio de aplicación intertemporal de la ley en materia penal toda vez que la única excepción a la irretroactividad está dada precisamente cuando se trata de una ley que resulta más favorable al infractor. En estas condiciones, ni de un estudio particularizado de las normas constitucionales, y/o de la ley penal, ni del estudio e interpretación sistemático de la normativa relativa al ius puniendi del Estado, resulta apropiado concluir que existe la posibilidad de aplicar retroactivamente la ley menos favorable al imputado o infractor, en el evento de una infracción permanente. Cita al efecto, del autor Enrique Cury, Derecho Penal. Parte General, pág. 234", la aseveración siguiente: "En los delitos continuados, permanentes y habituales, todos compuestos por una pluralidad de actos vinculados en unidad jurídica, debe aplicarse, por eso, la ley más favorable de entre las que hayan estado vigentes durante la realización de la serie". Explica que en similar sentido se ha pronunciado esta Corte Suprema en Ingreso Corte N° 2578-2012. Sostiene que resulta inaceptable que el fallo recurra a criterios y aseveraciones propias del derecho penal de autor aludiendo a la personalidad de los infractores, como

de igual modo resultan impropios juicios de valor personales, y/o el incorporar como elemento de punibilidad la habitualidad en la conducta, si al mismo tiempo se determina que se trata de un ilícito permanente. Se expresa además en la reclamación que, con arreglo al principio de legalidad, no cabe duda que la ley aplicable al caso de autos es el DL 211 original; si se considera que se trata de una infracción permanente es esta la ley del caso, bajo cuya vigencia se realizó la única conducta típica cuyos efectos se han extendido en el tiempo, esto es, la que regía al momento del supuesto acuerdo. Además de ello y aplicada en concreto, resulta ser la más beneficiosa para los requeridos. Para el evento improbable de estimarse que por el hecho de incorporar sanciones penales este texto no es favorable, expresa que correspondería aplicar el DL 211 en su texto intermedio que rigió entre los años 2004 a 2009, y como última alternativa, si se estima aplicable el texto actual, la sanción de multa no puede ser impuesta en el máximo toda vez que desde su vigencia, a partir del 2009, las conductas desplegadas se limitaron a un periodo que abarcaría aproximadamente un año.

Finalmente la reclamación de Ariztía denuncia graves errores y arbitrariedades en la determinación de la multa que le fuere impuesta, asumiendo, sin pruebas, que esa empresa había obtenido beneficios los que el fallo

desprendió de supuestos e inexistentes sobrepuestos en la venta de los productos de pollo. La sentencia estampó esta aseveración luego de haber declarado (considerando 353) expresamente que no resultaba posible efectuar una estimación del mismo, ya que se desconocía de qué manera habría operado el mercado sin la supuesta colusión y de reconocer que existen diversos informes de las partes, con análisis encontrados, acerca de la existencia misma de eventuales sobrepuestos.

No obstante lo anterior el fallo asumió la existencia de sobrepuestos y más allá de esa acción, determinó sin base alguna, que dicho sobrepuesto había sido de un 3%. Aduce además el reclamo que la única prueba rendida por la FNE para estimar el beneficio económico, traducido en el sobrepuesto consistió en el Informe Gómez-Lobo y Lira que no debió ser ponderado, en tanto su autor formaba parte de la dotación a honorarios de la FNE. La sentencia, luego de considerar, tres métodos que allí se describe para la determinación de beneficio económico, en los que se alude a los llamados precios contrafactuales, descarta los dos primeros y analiza en mayor profundidad el tercero, consistente en un modelo de simulación, por cuanto se estimó que los supuestos en él utilizados son más conservadores, y con estos parámetros se decide condenar al máximo de la multa bajo un sistema del todo alejado del

más elemental estándar de justicia y de las reglas de la sana crítica que exige razonamientos que expliciten las causas y antecedentes de las conclusiones alcanzadas. Ahora bien, de los antecedentes aportados sobre el punto por las requeridas, el fallo sólo hace referencia a los Informes elaborados por los profesores Daniel Rubinfeld y Felipe Balmaceda, este último allegado por Agrosuper, antecedentes que no sólo descartan la existencia de sobreprecios sino que ahondan en circunstancias que demostrarían la ausencia de un cartel. Es así como, según se sostiene, la sentencia arbitrariamente concluyó en el fundamento 355 que ante diversos escenarios de sobreprecios cobrados por las avícolas, basta con que éste haya estado durante todo el periodo de colusión establecido, por sobre un 3% - "escenario muy conservador"- para que el beneficio económico de Agrosuper sea ocho veces la multa máxima, el de Ariztía cercano a cuatro veces, y el de Don Pollo, cercano al de la multa máxima. No existe por ende, -se esgrime en el reclamo- antecedente objetivo para concluir un sobreprecio de un 3%.

Además de lo dicho se señala que la sentencia contradujo los principios que invocó para la determinación de las sanciones, entre otros el de proporcionalidad y de considerar la capacidad de pago de las empresas. Es así como a Ariztía se aplicó la misma multa que a Agrosuper,

con ingresos cinco veces superior a su parte y sin considerar además que la utilidad del grupo de Empresas Ariztía desde 2006 a 2010, según los Estados Financieros que obran en autos, fue negativa. Además de lo anterior, añade el yerro que significa el haber considerado, para la determinación de la multa, los Estados Financieros del grupo de empresas Ariztía, más allá de los estados propios de la sociedad de Inversiones requerida, que tiene participación en sociedades de diverso giro.

Por las razones expresadas solicita declarar que Ariztía no participó en conducta alguna en contra de la libre competencia y por ende se deje sin efecto la multa, revocándose el fallo en todas sus partes, con costas.

En subsidio, y para el evento improbable de estimarse que Ariztía habría intentado participar en algún acuerdo colusivo, pide dejar igualmente sin efecto la sentencia porque esa supuesta intención no pudo tener efecto real, no siendo susceptible de reproche y menos de sanción.

En subsidio de todo lo anterior, si se considera que Ariztía tuvo participación en un acto colusivo sancionable, pide reducir el monto de la multa porque ello no tuvo efecto en el mercado del pollo.

Además y para el evento de sancionar con multa, solicita hacer aplicación del DL 211 original vigente hasta el 12 de febrero de 2004, por contener la sanción más favorable.

Si se considera más favorable la legislación que no contempla sanciones penales, pide aplicar el DL 211 intermedio, que rigió desde el 13 de febrero de 2004 hasta el 12 de octubre de 2009.

Para el improbable evento de estimar aplicable el DL 211, actualmente vigente, sólo podrán ser sancionadas aquellas conductas que se declaren como acuerdo anticompetitivo, ejecutadas con posterioridad al 13 de octubre de 2009.

Si se considera que se trató de un acuerdo competitivo sancionable con la ley que el tribunal determine, se reduzca al mínimo la multa.

Pide finalmente que no se le imponga condena en costas.

En cuanto a la Reclamación deducida por la Asociación de Productoras Avícolas de Chile A.G. (APA)

Segundo: Que mediante su recurso de reclamación que obra en fojas 15.095 y siguientes la APA solicitó el rechazo con costas del requerimiento interpuesto por la Fiscalía Nacional Económica.

Expresa en primer lugar que esta reclamación se funda en desconocer esta parte la existencia de un acuerdo colusivo, y de su participación en alguno de ese tipo.

A continuación, señala como bases de la reclamación los graves errores en que incurrió el TDLC al omitir la debida consideración de los siguientes aspectos: a) de antecedentes relevantes del mercado de producción y

comercialización de pollo; b) de las actividades de la APA; c) de antecedentes relevantes del proceso sustanciado en autos.

Tales omisiones, en síntesis, están -en su concepto- referidas a las circunstancias relativas a que las importaciones de pollo sí disciplinan el mercado doméstico; que la APA desde el año 2000 ha participado activamente en la negociación de acuerdos comerciales y tratados de libre comercio suscritos por Chile, promoviendo las importaciones y exportaciones, y en general, en la apertura del mercado avícola al comercio exterior, por lo que desmiente su participación en alguna suerte de acuerdo con la intención de limitar la libre competencia. Se relacionan además las omisiones y yerros con que el relato expuesto en la sentencia, para construir el supuesto acuerdo, no se ajusta a los antecedentes. Aduce, por otra parte la reclamación en este acápite que la acción interpuesta por la FNE se encuentra prescrita.

El primer aspecto desarrollado en la reclamación dice relación con que las importaciones de pollo sí disciplinan el mercado doméstico, de lo que se sigue consecuentemente, que un eventual acuerdo carecería en todo caso de aptitud objetiva para conferir poder de mercado y afectar la libre competencia.

En este contexto, no concurre el presupuesto exigido por la letra a) del artículo 3 del DL 211, motivo por el que, en concepto de la reclamante, debió desestimarse el requerimiento. Aduce que no obstante reconocer el fallo un aumento de las importaciones hasta haber alcanzado un 15% del consumo total de esta carne, ha negado su real impacto y rol disciplinador -particularmente en los precios- lo que desde luego desvirtúa la eficacia de un eventual acuerdo colusivo para elevar los valores. Explica además que yerra el fallo al considerar que el sólo hecho de exhibir las avícolas requeridas presencia en el mercado superior al 80% y nunca inferior al 75% configura por sí solo poder de mercado, olvidando el verdadero efecto de las importaciones. Del mismo modo señala que no es acertado concluir que el pollo congelado no sea sustituto eficaz del pollo fresco, toda vez que siendo más barato, la diferencia en aporte nutricional no es significativa. De hecho, se determinó en la sentencia que las avícolas, en el proceso de proyección de las demandas, descontaron cada vez las importaciones, lo que demuestra su incidencia y poder disciplinador en los precios, que deben adecuarse a estándares internacionales. Esto ha hecho que en Chile se haya mantenido, sin mayores alzas, el precio mayorista del pollo. Niega que exista el impedimento de incapacidad de los canales de distribución, menos aún si se atiende a la

calidad y formato en la comercialización de la variedad de productos importados. Es así como, al revés de lo que se supone, la facilidad de comercio exterior beneficia la libre competencia y los niveles en la calidad de los productos.

Hace presente la APA que en las condiciones indicadas, un supuesto acuerdo como el atribuido en esta causa carecería de la aptitud objetiva para conferir poder de mercado y afectar la libre competencia, aspecto éste que el fallo no desarrolló a cabalidad como correspondía, como asimismo omitió evaluar el real efecto disciplinador de las importaciones. En lo relevante, falta el análisis relativo a que el poder de mercado surja o no como resultado del acuerdo atribuido (y no de la mayor o menor presencia que se ha tenido o se mantenga en el mercado), y si el poder de mercado se entendió como el poder para fijar, determinar e imponer las condiciones de comercialización del producto de que se trata y no la mera capacidad para influir.

En el aspecto relativo a la APA, no se valoró su participación en la apertura de Chile al mercado internacional, lo que resulta incompatible con una intermediación anticompetitiva. El tipo infraccional atribuido en esta causa tiene un elemento subjetivo de intencionalidad que está del todo ausente en la APA, en

particular en lo que concierne a un fin de beneficio patrimonial.

Por último, en lo que toca a la congruencia de los razonamientos del fallo con el mérito que arroja el proceso, esgrime que el fallo discurre fundamentalmente en base a conjeturas sin considerar los informes que avalan que la APA cumplió el rol propio del giro de una asociación gremial, y no resultó en modo alguno demostrado que esta entidad haya coordinado algún acuerdo como el imputado, siendo de advertir que no se concretó en los hechos como modo de operar una limitación en la producción; no se siguieron por las empresas las sugerencias relativas a supuestas cuotas, así como los instrumentos que se suponen utilizados para coordinar y monitorear un eventual acuerdo no resultan ser en modo alguno idóneos a tales fines, y además, las supuestas estimaciones de consumo no siempre concuerdan. Al margen de lo anotado se esgrime en la reclamación que resulta ajustado a los fines de una asociación gremial y del todo legítimo, trabajar en proyecciones de consumo, al tiempo que niega que Agrosuper fijara pautas en la determinación de la proyección anual. Puntualiza sobre el particular, que no es concluyente que el fallo establezca y determine una práctica de monitoreo con dos correos electrónicos.

Finalmente la defensa de la APA solicita declarar la prescripción extintiva de la acción entablada por la vía del requerimiento de la FNE, y en subsidio, se declare que no se ha configurado acto alguno que atente contra la libre competencia, todo con costas.

En cuanto a la Reclamación deducida por Agrosuper S.A.

Tercero: Que esta parte ha agrupado los agravios que el fallo le ocasiona, distinguiendo vicios procesales que singulariza como incongruencias procesales que condujeron a que resultara sancionada esa entidad por hechos que no formaron parte del requerimiento. Respecto de estos hechos expresa que no estuvo en situación de defenderse, faltándose a este principio básico del debido proceso y al de bilateralidad de la audiencia. Es así como, en su concepto, se incurre en ultrapetita e incongruencia al configurar el ilícito en base a supuestos fácticos ausentes del requerimiento, que acotó la conducta colusoria a un acuerdo entre competidores para limitar la producción fijándose cuotas de mercado, ello a través de un modelo de proyección de demanda facilitado por la APA que coordinaba el intercambio de información y monitoreaba el incumplimiento del acuerdo. Se añadió que algunos actos se habrían iniciado en el año 1995, o a lo menos diez años hacia atrás, contados desde el requerimiento formulado el año 2011. Sin embargo, la sentencia impugnada considera un

periodo colusorio a partir del año 1994, y construye un acuerdo incorporando elementos ausentes del requerimiento y del auto de prueba, como factores de imputación, tales como la compra de Agrícola La Cartuja, la materia relacionada con el envase del pollo marinado, el intercambio de información sobre otras variables competitivas (lista de precios y/o el arriendo por Agrosuper de un terreno de la infraestructura de Ariztía para suplir las carencias que le ocasionó el incendio de su planta productiva). Añade que el punto más grave en el aspecto de exceder el fallo su competencia está dado con la medida impuesta en lo resolutivo -no solicitada en el requerimiento- relativa a la orden de consultar, en forma previa a su materialización, cualquiera operación de concentración en el mercado avícola en que quisiese participar. Sobre este último aspecto añade que el DL 211 no concede facultades oficiosas al Tribunal, así como tampoco resulta procedente que una medida como la recién aludida, que ha de ser conocida y resuelta en el procedimiento voluntario regulado por el artículo 31 del DL 211, se disponga en el marco de un procedimiento contencioso.

Cuarto: Que, en este mismo contexto, de la delimitación de la competencia del TDLC, aduce la reclamante Agrosuper que se incurrió también en la variante de citra petita toda vez que omitió el fallo definir el concepto de mercado

relevante a los efectos de esta causa. Tal conceptualización era necesaria para determinar el poder de mercado y apreciar la aptitud objetiva del supuesto acuerdo para afectar la libre competencia.

En segundo lugar, en lo que concierne a la apreciación de las pruebas, considera que se vulneró en el fallo las reglas de la sana crítica al no valorar todos los medios producidos, y /o al hacerlo errada o parcialmente tomando sólo los aspectos que resultan útiles a la decisión a la que se busca arribar. Se ha vulnerado el principio de completitud de la prueba, particularmente en lo que toca a los antecedentes de carácter económico. Ejemplariza estas omisiones haciendo mención del informe MHG que, en concepto de la reclamante, ha sido descontextualizado y utilizado de él sólo lo que conviene al fallo; no se ha considerado la prueba aportada respecto de la imputación de colusión, ni la relativa al seguimiento de las sugerencias de APA, y no obstante ello concluye que sí fueron seguidas las sugerencias y que existe una correlación importante. Recuerda sobre el particular el reclamo que no basta constatar un acuerdo, ha de establecerse que el mismo tiene la aptitud para producir efectos en el mercado, y de ser así, debe demostrarse si los involucrados lo cumplieron o no. Expresa no comprender que se haya otorgado valor a la opinión presentada por la FNE en forma previa al alegato

con la modalidad de un "aparente documento" que emana de un funcionario de la FNE, Sr. Caravia. Es decir, se trata sólo de una opinión de parte, y a partir de esto se determina que, si bien los resultados no son consistentes con la hipótesis de un seguimiento semanal de las sugerencias de la APA, sí lo son con la hipótesis de cumplimiento mensual de las mismas, obviando que la industria en general funciona bajo el esquema de cargas semanales, y no mensuales. En síntesis, asevera el reclamo que Agrosuper no siguió las sugerencias de APA en relación a las cargas de producción.

Quinto: Que también en el marco del aspecto probatorio la reclamación alude a lagunas probatorias por la falta de antecedentes que den cuenta de alguna actividad o conducta como la que se califica de acuerdo colusorio, en los años 1997, 1999 y 2003, haciendo sólo breves referencias a otros años. Añade que estas lagunas de tiempo son incompatibles con la hipótesis de una conducta continua, como se pretende en el fallo.

En el mismo ámbito de los aspectos probatorios se hace presente que la mayor parte de la prueba aportada con miras a establecer la existencia de un acuerdo y que éste ha sido apto para afectar al mercado, no emana de su parte ni ha participado en ellos, por lo que le son inoponibles.

Sexto: Que, en relación al mismo tema explica que el aspecto en que realmente se hace más evidente la falta de sustento probatorio del fallo, es a propósito del supuesto beneficio económico, elemento que se buscó configurar y cuantificar y, en el hecho se hizo, construyendo una argumentación en base a suposiciones que resultan ser incongruentes con la prueba producida. Es así como en el fundamento 53 se indica que no corresponde atribuir valor al informe de la FNE (Informe Gómez-Lobos/Lima), pero en el apartado siguiente se expresa que basta que el sobreprecio, a raíz del acuerdo colusivo, haya estado por sobre 3% para que el beneficio económico de Agrosuper haya alcanzado cerca de ocho veces la multa máxima aplicable, dejando de lado el elemento básico relativo a la certeza del daño.

Séptimo: Que en otro aspecto relevante de la reclamación en análisis, se denuncia la errada apreciación de los hechos al calificar el acuerdo como único y continuo, y ello, sin el necesario análisis mínimo. Explica que el adoptar esta posición -en contraposición a la existencia de dos o más infracciones independientes y diferenciadas-, lleva a conclusiones muy diversas en lo que concierne a las características de la conducta y su duración, en lo relativo a la prescripción y, en definitiva, a las potenciales multas aplicables.

Expresa que esta aseveración de acuerdo único y continuo no es coherente con la propia consideración del fallo que distingue claramente dos periodos colusivos; uno correspondiente a los años 1994 y 1995 y el otro, entre los años 2000 a 2010, entre los cuales existe un lapso inactivo de 5 años. Tampoco se aviene aquella conclusión con la definición de un acuerdo de limitación de producción y asignación de cuotas de mercado, al que se suma una primera etapa en que los supuestos acuerdos habrían incidido sobre otros elementos de la competencia, ni hacen serie con la aseveración del requerimiento de haberse iniciado el acuerdo el año 1995 o, a lo menos, durante los últimos 10 años, esto es, a partir del año 2002. Señala, por último, que la pretensión descrita en el fallo de una conducta permanente resulta reñida con la doctrina y jurisprudencia relativa a acuerdos de duración continua. Agrega el reclamo que la doctrina y jurisprudencia comparada contradicen el Informe del señor Antonio Bascuñán (sobre aplicabilidad de las normas del DL 211) que califica de simplista y poco riguroso que cita descontextualizadamente estas fuentes, careciendo además de rigor técnico los fundamentos atingentes del fallo, 300 a 306 (fojas 15.166), en tanto se basan sólo en suposiciones.

Octavo: Que el siguiente reproche formulado al fallo dice relación con la falta de determinación del mercado

relevante. Explica que con un análisis simplista la sentencia (fundamentos 15 al 34) concluye que es indiferente el mercado relevante que se estime (el propuesto por la FNE o el de Agrosuper) desde que en todos esos escenarios las requeridas poseían poder de mercado. Añade que el sentenciador no pudo omitir tal determinación, que en la especie no es facultativa toda vez que de ese ejercicio derivan los elementos esenciales del comportamiento de los agentes económicos y participantes en los procesos de este tipo, más aún cuando le fueron aportados al proceso los análisis y estudios atinentes a esos fines; sin embargo, los jueces sólo recogen argumentos contenidos en estos informes para descartar que otras carnes integren el mismo mercado relevante. En definitiva, reitera que esta omisión debe ser salvada por la vía de esta reclamación declarando la Corte Suprema que el mercado relevante del producto es el de piezas y partes de carne de pollo fresca y congelada. Tal definición más que formal, es sustancialmente necesaria en tanto incide en otros capítulos del conflicto, como la aptitud del modelo de estimación de producción desarrollado por la APA, el que la FNE considera la herramienta utilizada para acordar producciones en un mercado de kilos de pollos, mismo que, en otro, de piezas y partes resulta del todo inepto para fijar tales cargas de producción. En otras palabras,

resultaba importante la referida definición para evaluar la aptitud del modelo usado por la APA para proyectar la demanda y producción.

Noveno: Que previo a otro capítulo de impugnación del fallo, la reclamación previene -en un apartado que enuncia como "Inadecuada ponderación y valoración de la concurrencia de los elementos del acuerdo-, que no resulta baladí la determinación de si el sistema de fijación de cargas era o no apto, y si esa propuesta de fijación era o no seguida por las empresas requeridas, resultando además relevante establecer si los participante son o no asimétricos, para evaluar la factibilidad de desviarse del acuerdo, así como la existencia de amenazas o sanciones.

En relación a los supuestos recién aludidos, expresa el reclamo en primer lugar, que la práctica de sugerencia de carga y de proyección de demanda no configura un ilícito y de hecho se lleva a cabo en todos los mercados del mundo, y de ello dan cuenta una serie de documentos acompañados, agregando que no puede tampoco estimarse ilícito el intercambio de información entre las empresas y la APA. A fojas 15.169 asevera la reclamante que en cuanto a los hechos no existen diferencias significativas entre la postura de su parte con la FNE, diferenciación que sí es importante en lo que toca a la calificación o interpretación de los mismos. Esgrime que todos los años la

APA hacía ejercicios predictivos del mercado para el año siguiente, y en reuniones de Directorio de fin de año presentaba distintos escenarios, de los que se seleccionaba uno. Agrega que algunos años APA "remitía a las partes una estimación de crecimiento vía correo electrónico, representada en carga semanal" (fojas 15.169) la que además "desagregaba entre las partes". Explica que esto se concretaba por el simple expediente de prorratear esa carga de acuerdo a la participación de mercado del año anterior. Asevera que el ejercicio descrito, como lo concluye el Informe MHG, no configura un acuerdo colusivo en un mercado relevante constituido por piezas y partes de pollo fresco y congelado. Hace presente que Agrosuper no usó la información de APA ni siguió las sugerencias sobre cargas y ajustes de carga. Sobre esto puntualiza que el fallo reconoce la existencia de desvíos, es decir, de actuar por cuenta propia por parte de las empresas, pero sin embargo luego añade que "bastaba que no se desviarán en forma importante". En este contexto -acota- el fallo no fue capaz de establecer algún efecto en el mercado a raíz de la actividad antes descrita.

Por otra parte, al reconocer asimetría entre las empresas requeridas reprocha al fallo la falta de análisis en torno a cómo actúa un cartel que enfrenta estas deficiencias. Esgrime que conforme a la doctrina autorizada el más

pequeño (entre agentes coludidos) obtendrá multas colusivas más bajas y "por su menor presencia tiene tendencia al desvío".

Décimo: Que en otro orden de ideas la reclamante Agrosuper acusa una errónea determinación de la ley aplicable, toda vez que se dio aplicación al actual texto del DL 211 considerando, para así concluir, únicamente el Informe en Derecho presentado por la FNE, del autor Antonio Bascuñán - desatendiendo informes y pruebas de las requeridas. El mismo autor mencionado reconoce que su postura es minoritaria y que la mayor parte de la doctrina y jurisprudencia ha sostenido la aplicación de la ley más favorable al infractor, especialmente por integrar el derecho administrativo sancionador, el ius puniendi del Estado, siendo preciso además dar aplicación al principio de irretroactividad de la ley sancionatoria, y ello, no sólo respecto al hecho tipificado, sino también a la sanción aplicable. Hace presente que el fallo dejó de ponderar otros informes de autores como el del profesor Juan Colombo, en cuyo concepto no resultan aplicables en la especie las Leyes 19.911 y 20.361 (que modificaron el DL 211) por haber entrado a regir con posterioridad al principio de ejecución de los hechos, al tiempo que alude a que tanto el TDLC, como el Tribunal Constitucional y Corte Suprema han sostenido que todo el derecho sancionador del

Estado queda regido por los resguardos constitucionales aplicables al derecho penal. Lo anterior concuerda con lo expresado en su Informe (fojas 13.865), por el profesor Jorge Bermúdez Soto, allegados a los autos.

Esgrime la reclamante que, en todo caso, y para el evento hipotético de tener por establecido el acuerdo colusorio, ello no es óbice a la aplicación de los principios constitucionales y legales que rigen también en el marco del derecho administrativo sancionador.

Undécimo: Que en otro apartado Agrosuper explica lo que considera el error de haber establecido el fallo la existencia de un solo ilícito de carácter permanente, en circunstancias que se imputó a su parte el haber participado en diversos acuerdos anuales lo que descarta la hipótesis inicialmente enunciada. Tal conclusión contradice además lo expuesto en los considerandos de la sentencia en que se reconoce claramente la existencia de dos periodos, uno correspondiente a 1994 y 1995, y otro que corre del 2000 al 2010.

Es en las condiciones recién descritas que yerra también el fallo al considerar un plazo de prescripción de cinco años toda vez que hasta el año 2009 rigió el plazo de dos años, y, en todo caso, conforme al artículo 25 de la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes, el prescribiente tiene la

opción de elegir, y es del caso que su parte optó por el término de dos años.

Décimo segundo: Que finalmente el reclamo acusa error del fallo en la determinación de la multa aplicable, aspecto éste que considera mayormente desprovisto de fundamentación trayendo como consecuencia la imposición de una multa desproporcionada, injusta y abusiva.

Señala que en este aspecto la sentencia se ha alejado tanto de la doctrina y jurisprudencia nacional, como de la doctrina y experiencia extranjera. Enfatiza que dejó de darse aplicación en la especie a parámetros objetivos y cuantitativos, mismos que no sólo resultan aplicables en materia de libre competencia sino que configuran garantías propias del derecho administrativo sancionador y que opera en los planos normativos y de aplicación pero, en ambos, cuidando que las sanciones resulten ajustadas a las conductas de que se trata. En la especie se ha impuesto la multa más alta que el ordenamiento contempla para la conducta que ha sido atribuida, no obstante que no se trata -como el caso farmacias, único antecedente de imposición del máximo de la multa aplicable- de un acuerdo de precios ni existe la inelasticidad propia de un medicamento ético. Reitera a este respecto el error en la determinación del tiempo de duración del acuerdo, que a los efectos del tema tratado en este punto fue estimado como agravante, haciendo

mención del año 1994, no considerado por la FNE en el requerimiento y dejando de considerar además el periodo de inactividad 1995-1999, con lo que se aumentó indebidamente la duración de la infracción, en seis años.

Acusa además haberse introducido antecedentes de contexto no comprendidos en el requerimiento: compra de La Cartuja, el evento relacionado con el marinado y la ayuda prestada a un competidor por el incendio de su planta (considerandos 319 a 343), sin haber tenido oportunidad de defenderse. Por otra parte, sin considerar su irreprochable conducta anterior se le incrementa la sanción por hechos anteriores que formalmente no le han sido imputados. Señala no comprender que le afecte como agravante la presunta promoción, mantención y monitoreo del acuerdo por una asociación gremial (considerando 349). Añade que el fallo (considerandos 350 a 356) como ya se ha indicado, no da cuenta de un análisis serio del presunto beneficio económico que habría obtenido su parte, así como tampoco se demostró un eventual efecto de su conducta en los precios, resultando a todas luces una multa desproporcionada y carente de justificación.

Hace hincapié en la importancia del análisis económico y contrafactual destacado por la doctrina y jurisprudencia de la Comunidad Europea, incluso en el marco de acuerdos anticompetitivos, indicándose que es errado argumentar que

no pueda determinarse un contrafactual en un caso de cartel.

Pide dejar sin efecto la sentencia recurrida y, en subsidio, dejar sin efecto el numeral séptimo de la parte resolutive, se corrija la determinación de la multa, rebajando la misma a 10.000 UTA, o en subsidio, a la suma que se determine de acuerdo al mérito de los antecedentes expuestos.

En cuanto a la Reclamación interpuesta por Agrícola Don Pollo Limitada.

Décimo tercero: Que la reclamante en mención sostuvo en primer lugar que no es posible entender configurado a su respecto la infracción que se le atribuye, ello, porque los elementos que integran el ilícito que se le imputa suponen formar parte de un acuerdo que le confiere poder de mercado y que consiste en limitar la producción y asegurarse cuotas en el mercado del pollo, y, es del caso, que su parte carece de todo poder de mercado, y conforme a la evidencia su participación carece de la aptitud objetiva para afectar la estructura de competencia, dado su irrelevante tamaño de mercado. Explica que la multa impuesta de 12.000 UTA corresponde aproximadamente a un 10% de los ingresos totales de la empresa del año 2010, sanción que no se condice con los fines de la legislación de competencia, resultando incorrecta e injusta, misma razón por la que

debe ser enmendada por esta Corte Suprema. No se encuentra acreditado por quien acusa, que su eventual participación le hubiere reportado poder de mercado, lo que era indispensable que ocurriera y no aconteció, y, en lugar de eso la sentencia tiene por cumplido el requisito de la figura de la letra a) del artículo 3 del DL 211 en función de la participación de mercado conjunta de las requeridas, no haciéndose cargo de la enorme asimetría entre las empresas. No se estableció, en consecuencia, la manera en que el acuerdo habría conferido poder de mercado a Don Pollo, definiendo tal poder como la capacidad de una empresa de influir sobre los precios vigentes en el mercado; y al revés, la ausencia de este poder se traduce en que la empresa se comporta como "una tomadora de precios", pero no tiene capacidad para modificarlos, cuya ha sido su situación de acuerdo a los antecedentes de que da cuenta el proceso, lo que fue omitido en la sentencia. Dado el tamaño de la empresa sólo ha apuntado a ciertos nichos de mercado que prefieren atención más personalizada que la que ofrecen las grandes empresas por lo que su canal de ventas, centrado en el canal tradicional, toda vez que no le es posible competir en igualdad de condiciones con los grandes actores del mercado avícola a nivel del segmento supermercados, que es el canal de ventas que representa el 50% de estas operaciones. Sólo el 25% de sus

ventas se direccionan a los supermercados. Añade que el fallo no considera la abundante evidencia que arroja el proceso para establecer la competencia y poder disciplinador de las importaciones, también en el nivel del canal tradicional, por la vía del pollo congelado.

Expresa que no obstante lo anterior, el fallo reconoce a Don Pollo una posición similar a la de Santa Rosa, entidad esta última a la que no se atribuyó presencia competitiva ni posibilidad de disciplinar precios. Sólo de modo implícito la sentencia reconoce que en los años 2009 y 2010 las importaciones sí pudieron disciplinar los precios del mercado, periodo en que las mismas disciplinan la producción de Don Pollo. La entidad e incidencia de las importaciones fue evidenciada en documentación que fue incautada a su parte, aseveración refrendada con informes y análisis allegados en autos. La falta de ponderación de esas pruebas hace incurrir al fallo que se impugna en vulneración de las reglas de la sana crítica.

Décimo cuarto: Que, en otro orden de consideraciones, Don Pollo expresa que el acuerdo atribuido hace referencia a proyecciones de demanda preparadas por la APA y ajustes a las mismas, sin que exista prueba alguna de haber requerido esta parte esas recomendaciones, por el contrario, se estableció que aun cuando manifestó su acuerdo por correo electrónico con un determinado curso de acción, luego, no

lo siguió. Es así como la FNE presentó un Informe de seguimiento de las proyecciones y sugerencias de APA referido al conjunto de las tres empresas, sin desagregar el cumplimiento de las cuotas de cada una de ellas.

Décimo quinto: Que en un segundo capítulo la reclamación destaca que la conducta de Don Pollo no tiene aptitud objetiva para afectar la competencia. Esgrime que si el fallo desestimó que el 20% de las ventas atribuidas a las importaciones carecían de aptitud para afectar el mercado de que se trata, en menor medida aún podría hacerlo el 6% que representa la presencia de esta parte. Esta falta de afectación de Don Pollo está además corroborada por el Informe de los supuestos daños generados por el ilícito, elaborado por don Andrés Gómez-Lobo y don José Luis Lima (titulado: "Estimación de los daños económicos generados por la colusión en la industria del pollo en Chile"). El recién citado, resulta ser el Informe más desfavorable para la posición de las empresas requeridas al concluir que éstas ocasionaron enorme daño al mercado. Sin embargo, su metodología de cálculo fue posteriormente desacreditada por otros expertos y en definitiva no se consideró por el TDLC sus resultados.

Décimo sexto: Que en otro apartado del reclamo se esgrime que la multa impuesta a Don Pollo es excesiva y contraria a los fines del DL 211. Tales fines, que fluyen de los

artículos 1 y 26 del DL citado, en lo que concierne a la promoción y defensa de la libre competencia, aparecen desvirtuados con la excesiva multa impuesta a esta parte, que al dejar de contar con el 10% de sus ingresos (que le significa la sanción aludida), dejará de hacer las inversiones necesarias para estar en condiciones de competir en el mercado, lo que llevaría a que éste resulte cada vez más concentrado. Agrega que habiéndose desatendido el principio de proporcionalidad que es imperioso considerar en función de la evidente disparidad de tamaño entre Don Pollo y las otras requeridas, se ha vulnerado el principio de igualdad ante la ley incurriéndose en una discriminación que el ordenamiento jurídico no acepta. Mientras los grandes actores se beneficiaron con un tope máximo, se aplicaron a Don Pollo estándares internacionales de los más estrictos. Añade que es en función de esta necesidad de proporcionalidad, entre otros aspectos, que se ha pensado y discutido por los expertos y entregado como contenido de Informes de la Comisión Asesora Presidencial - y que hoy forma parte de proyectos ley en tramitación-, iniciativas que determinan las multas en base a un porcentaje de las ventas materializadas por los participantes del ilícito. En este contexto ha debido cobrar aplicación en la especie el aludido principio de

proporcionalidad así como la situación económica del infractor.

En relación a los criterios expuestos en el fallo para la determinación de las sanciones, relativas al beneficio económico asociado y a la gravedad de la falta, no existe evidencia que Don Pollo haya obtenido tal beneficio. El fallo reconoce la imposibilidad de crear un escenario contra-factual satisfactorio, no es posible obtener un grado suficiente de certidumbre del beneficio económico obtenido, razón por la que debe descartarse dicho elemento por no probado, hipótesis en la que correspondería situar a Don Pollo en esa calidad atendidos los resultados económicos de la empresa que constan de la documentación que le fue incautada. Expresamente indica sobre este punto a fojas 15.200 que "no es posible acreditar un beneficio económico sobre lo normal que pudiera ser atribuido a su participación en un acuerdo anticompetitivo". De allí que el fallo se limita a señalar beneficios hipotéticos en base a un sobreprecio arbitrario que no emana de ninguna pieza del expediente. El ejercicio teórico utilizado estima que "basta con que el sobreprecio cobrado durante todo el periodo de duración de la colusión (1994 a 2010) haya estado por sobre un 3% -escenario muy conservador- para que el beneficio económico obtenido por mayores precios por parte de Don Pollo, sea cercano a la multa máxima

aplicable. Arguye que la recién indicada es una presunción que no cumple los requisitos mínimos previstos por la ley pues no se basa en evidencia alguna aparejada al expediente.

Hace presente que tampoco la participación de Don Pollo alcanza la gravedad que se le atribuye. Este elemento no puede ser considerado sino en concreto, esto es, en el aporte marginal del agente en el resultado anticompetitivo obtenido, no en función del ilícito cometido en abstracto. Añade que Agrosuper por sí sólo cuenta con poder de mercado y que, junto a Ariztía, alcanzan una participación significativa, evento en el que la participación suya en el mercado es marginal. Estima además que el criterio de gravedad debe considerar el contexto de la actuación de las participantes en el acuerdo.

Décimo séptimo: Que a continuación la reclamación en estudio denuncia lo que considera errores de derecho que invalidan la sentencia. Indica que habiendo determinado el fallo que el ilícito de autos corresponde a una infracción permanente, perpetrada a lo menos desde 1994 hasta el 24 de noviembre de 2010, opta por desatender del todo la doctrina y la jurisprudencia que históricamente han declarado que corresponde aplicar la ley más favorable al infractor, y en cambio, ha optado por aplicar la ley más perjudicial, imponiendo el máximo de la multa, 30.000 UTA.

El TDLC se fundó en un Informe acompañado por la FNE elaborado por el profesor Antonio Bascuñán en cuyo concepto los actos de ejecución realizados bajo una nueva ley, aún desfavorable, quedan sujetos a esa ley. El mismo autor reconoce que es posición minoritaria en la doctrina y sólo encuentra apoyo a su tesis en una aislada sentencia de la Corte Suprema de 1964, tesis que en todo es mal aplicada por el fallo atacado toda vez que no repara en que aquélla hacía aplicable, aún la ley más perjudicial, a los actos realizados con posterioridad a su dictación y siempre que tales actos supongan la realización de todos los elementos del tipo, infringiendo con ello el Tribunal la garantía del artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de la República al hacer aplicación retroactiva de la normativa desfavorable. De acuerdo al citado fallo de la Corte Suprema de 1964, la reclamante extrae que: "por el sólo hecho de ponerse en vigor en ese intertanto (31 de marzo de 1959), la ley que agravó la pena, se interrumpe la secuencia que caracteriza la continuidad...".

Añade que como a partir del año 2009, comenzaron a regir las modificaciones de la Ley N° 20.361 al DL 211, misma época a partir de la cual se reconoce el poder disciplinador de las importaciones, se hace imposible suponer que a esa data Don Pollo tuviera algún grado de poder de mercado.

En el contexto antes descrito fue que la reclamante, cuya defensa se analiza, alegó la prescripción de las acciones referidas a cualquier acto o conducta ocurrida con anterioridad al 14 de octubre de 2009 (vigencia de la Ley N° 20.361) que amplió los plazos de prescripción para el ilícito de colusión de dos, a cinco años.

Añade que no existen antecedentes que acrediten la continuidad de un acuerdo colusorio con posterioridad al 13 de octubre de 2009, ello, al margen de considerar el poder y control que ya ejercían las importaciones. Sólo ha tenido por acreditado el fallo a partir de la fecha indicada, la elaboración de proyecciones de demanda por parte de la APA conducta que no constituye en sí un ilícito por lo que se reprocha más bien la metodología empleada (considerando 170), misma que, en todo caso, tampoco se demostró que rigiera durante los años 2009 y 2010. En estas condiciones, los últimos hechos típicos habrían ocurrido a fines del año 2008. Reitera que no procede aplicar retroactivamente un plazo de prescripción a unos hechos ya sujetos a un término y que ya se hallaba corriendo a la fecha de entrar en vigencia la última norma. En consecuencia, esgrime que a la época de notificación del requerimiento a Don Pollo, el 6 de diciembre de 2011, había transcurrido con creces el plazo de prescripción de dos años alegado por su parte.

Solicita que en virtud de lo expuesto se acoja la reclamación deducida, declarando que esta entidad no ha infringido el artículo 3 letra a) del DL 211, y que se deje sin efecto la multa impuesta, o, en subsidio, se la reduzca sustancialmente.

En cuanto al Recurso de Reclamación deducido por la Fiscalía Nacional Económica.

Décimo octavo: Que la FNE expresó interponer recurso de reclamación contra el fallo del TDLC para el sólo efecto de obtener que se aumente la multa impuesta a Agrícola Don Pollo Ltda. a 30.000 UTA, e imponer también sanción de multa a la Asociación de Productores Avícolas, APA, de 20.000 UTA, o lo que esta Corte determine, adicionalmente a su disolución.

Señala que concuerda con el fallo en cuanto determinó la existencia del acuerdo colusorio por el que se formuló el requerimiento así como la participación de las avícolas involucradas y la permanente coordinación de la APA a este respecto, así como coincide también con la gravedad y larga extensión de la conducta. Reiteró además la descripción del requerimiento en cuanto a que desde el año 1995, las Avícolas, en coordinación con la APA han efectuado anualmente una proyección de consumo de pollo que a la postre ha incidido en la producción y en las ventas, mediante el análisis de estudios y escenarios presentados

por la APA, lo que a su turno permitía determinar las cargas promedio, tanto anual como semanal. Precisa haber indicado en el requerimiento como antecedentes previos al acuerdo imputado, decisiones conjuntas adoptadas a contar del año 1994 sobre precios de venta de pollo, diferencias de zona, descuentos, marketing, participantes del convenio, y multas por incumplimiento, entre otros (fojas 15.215), lo que considera fue debidamente acreditado en el proceso.

Décimo noveno: Que a continuación, la reclamante FNE destaca los principales hechos que se tuvieron por acreditados en la sentencia y que dan cuenta del cartel denunciado en el requerimiento, entre los que cabe mencionar los siguientes: a) El mercado relevante no incluye la carne de otros animales (pavo, cerdo, vacuno); b) Atendido el poder de mercado de las Avícolas requeridas es irrelevante considerar o no un único mercado de carne de pollo nacional, o bien mercados independientes de piezas y partes de pollo, y/o el incorporar o no al mercado relevante la carne de pollo importada; c) La estructura y características del mercado del pollo es compatible con la existencia de un acuerdo colusivo como el denunciado en el requerimiento; d) Resultó acreditada en autos la existencia de un acuerdo entre Agrosuper, Ariztía y Don Pollo que recayó en la limitación de la producción y asignación de cuotas de producción de carne de pollo destinada al mercado

nacional; e) Para la operatividad del cartel se utilizó modelos de proyección de demanda que permitió a las requeridas determinar año a año la cantidad total de carne que venderían en el mercado nacional, y en función de ello, asignarse cuotas de mercado para determinar lo que a cada una correspondía producir; f) La implementación, ejecución y éxito de este acuerdo anticompetitivo ha sido facilitado por la APA que ha jugado un rol esencial en ello, entre otras modalidades además de la coordinación y monitoreo, por la vía del intercambio permanente de información sensible, estratégica y detallada del negocio entre las Avícolas requeridas en el seno de la APA, entidad que coordinó incluso los ajustes de carga de esas empresas en determinados periodos del cartel; g) No resultó acreditado que las avícolas requeridas, se hayan desviado en forma importante de las sugerencias de la APA.

A partir de estos hechos la FNE concuerda con la calificación del TDLC en el sentido de tratarse en la especie de una infracción de carácter permanente, a la que resulta aplicable el DL 211 con las modificaciones introducidas por la Ley N° 20.361.

Vigésimo: Que en el marco de los hechos y calificaciones jurídicas que anteceden la FNE solicita en primer lugar que la multa a la requerida Don Pollo sea aumentada a 30.000 UTA, teniendo especialmente en consideración que su

participación en el acuerdo colusorio no difiere del de las otras dos empresas requeridas; ha de atenderse además a la gravedad, período de extensión de la conducta colusiva y al producto alimenticio de que se trata. Añade que la participación de las requeridas en el mercado es de un 92% de la producción de carne de pollo para el consumo interno; el beneficio económico obtenido por Don Pollo con motivo de su participación en el cartel supera la multa máxima; añade que fueron las mismas empresas requeridas las que acordaron qué parte del mercado nacional debía ser abastecida por cada una de ellas, determinando cuotas de producción para satisfacer la demanda. Don Pollo tuvo la oportunidad de incrementar su participación y competir al haber, a lo menos en apariencia, adquirido La Cartuja, competidor con el 5% de participaron de mercado, sin embargo, las participaciones de mercado no variaron, en razón del actuar coordinado entre las avícolas requeridas, pues los activos de La Cartuja fueron transferidos por Don Pollo a sus competidores -Agrosuper y Ariztía- incluyendo sus marcas comerciales que fueron enajenadas a Ariztía, y, por tanto, no fueron usadas por Don Pollo. Aclara que, en lo que respecta a la falta de capacidad de pago por parte de Don Pollo, dicha circunstancia no ha sido acreditada. El volumen total del negocio de esta empresa corresponde para el año 2010, a 123.473 UTA y para el 2011, a 154.417 UTA.

Expresa que la imposición de una multa inferior al beneficio obtenido con ocasión del cartel, provocaría una rentabilización de las ganancias ilícitamente obtenidas.

Vigésimo primero: Que además de lo anterior la FNE persigue a través de la reclamación que se imponga a la APA una multa ascendente a 20.000 UTA, adicionalmente a la disolución de esa entidad dispuesta en el fallo impugnado, teniendo para ello especialmente en consideración el rol preponderante -y así establecido en el fallo- que cupo a la asociación mencionada en la implementación y mantención por más de 17 años del cartel denunciado, ello al margen de haberse alejado de los fines preferentemente gremiales que le competen, lo que reviste una particular gravedad, toda vez que distorsionó con su actuar la competencia entre las empresas, que, como asociación gremial esta llamada a fomentar. Explica que de la documentación acompañada por la FNE surge clara la participación del presidente de la APA en el seguimiento y coordinación de los acuerdos habiéndose creado incluso una Comisión de Evaluación destinada a fiscalizar y sancionar con multas los incumplimientos de los integrantes del cartel. Tiene presente además que a través de esta entidad gremial las avícolas contrataron asesoría externa para la elaboración de informes que constituyeron insumos útiles para los acuerdos colusivos adoptados.

Vigésimo segundo: Que con arreglo a lo precedentemente expuesto corresponde a esta Corte razonar y decidir sobre los siguientes aspectos esenciales contenidos en los recursos de reclamación:

1°) Falta de legitimación pasiva de Empresas Ariztía S.A.

2°) Si la sentencia impugnada incurrió en ultrapetita o infringió el principio de congruencia procesal.

3°) Si se vulneró en la sentencia las normas de apreciación de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica.

4°) Si se configuró o no el ilícito colusorio atribuido en el requerimiento de la FNE en las modalidades de limitación de la producción y asignación de cuotas en el mercado nacional de producción y comercialización de carne de pollo fresca. Este análisis incluye determinar el mercado relevante, y en este contexto, si se logró establecer la existencia de sustitutos del producto carne de pollo fresca, si medió algún poder disciplinador de las importaciones y la existencia de barreras de entrada al mercado; si además los ejercicios de proyección de demanda con participación de la APA configuran una conducta colusoria; si se constató o no el seguimiento de las sugerencias de la APA; si se determinó la existencia u operatividad de medidas coordinadas de ajuste de la producción.

5°) El iter del ilícito colusorio atribuido y periodo por el que se extendió.

6°) Estatuto sancionatorio aplicable al caso.

7°) Régimen de prescripción aplicable.

8) Determinación del monto de las multas aplicadas y variables consideradas al efecto.

9) Si la APA desbordó los márgenes de sus funciones propias y procedencia de la aplicación de multa a su respecto, además de la sanción de disolución.

Vigésimo tercero: Que en lo que concierne a la alegación de Empresas Ariztía S.A. de carecer de legitimación pasiva para ser requerida en estos autos sobre la base de sostener que se trata de una sociedad de inversiones que opera como holding del Grupo Ariztía y no desarrolla en forma directa el giro avícola, esta Corte concuerda con lo razonado por el TDLC en tanto se tuvo por establecido que la requerida es la sociedad por la que el Grupo Ariztía controla sus operaciones en la industria avícola, de modo que no se divisa razón que la exima de responder por los hechos que resultan acreditados, toda vez que el ordenamiento jurídico, en el espectro del derecho antimonopolio, no contempla excluir de responsabilidad a las entidades que constituyen el eje central de la decisión empresarial.

Además, como ha quedado consignado por el tribunal, la empresa subsidiaria que desde la perspectiva jurídica

desarrollaría el giro avícola, carecía de autonomía real que justificara considerarla independientemente. En efecto, la realidad económica en el caso concreto determinaba que existía un grupo empresarial en que el giro avícola se realiza por Empresas Ariztía Ltda. directa, o indirectamente a través de otras sociedades diversas, pero siendo controlada la primera -Empresas Ariztía Ltda.- por la sociedad Holding del Grupo Ariztía, esto es, Empresas Ariztía S.A. El grupo empresarial contaba además con una sociedad financiera, con un representante común, todo lo que deja en evidencia que el mismo sí estaba dotado de una dirección unitaria. En concordancia con lo reflexionado, es pertinente recordar que el requerimiento de la FNE se dirigió en contra de Empresas Ariztía S.A. respecto de los hechos cometidos por sí o por medio de sus sociedades relacionadas. Por último, cabe tener presente que en la resolución del asunto debe prevalecer aquella interpretación que conlleve una mayor protección y seguridad respecto de la tutela de la libre competencia. En la misma línea, el derecho comparado se ha encargado de otorgar una mayor flexibilización al concepto de empresa en sede de libre competencia, de modo de centrar la definición en la autonomía económica y no en la independencia que puede otorgar el estatuto jurídico: "Por otro lado, el concepto de empresa que a los efectos de la aplicación del

derecho de la competencia ha venido acogándose tradicionalmente por las autoridades europeas ha sido recogido en la vigente Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), que ofrece una definición, esta vez sí, positivada en su Disposición Adicional Cuarta, plenamente coincidente con la del derecho europeo. La LDC establece que: "A efectos de lo previsto en esta Ley, se entiende por empresa cualquier persona o entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiamiento" (Derecho de la competencia. Juan Ignacio Signes de Mesa, Isabel Fernández Torres, Mónica Fuentes Navarro. Editorial Thomson Reuters. 2013, página 79).

Vigésimo cuarto: Que en cuanto a las alegaciones de ultra petita e incongruencia procesal, como se expuso, las empresas Ariztía y Agrosuper reprochan al fallo reclamado haber incurrido en ultrapetita y, a la vez, haber vulnerado el principio de congruencia toda vez que se tuvo por establecida una hipótesis colusoria distinta a la descrita por la FNE, en tanto se determinó un periodo colusorio de mayor extensión que el contenido en el requerimiento, así como también se consideró y atribuyó valor a elementos ausentes del acto recién citado (requerimiento), los que fueron traídos al debate recién en el escrito de observaciones a la prueba, tales como la adquisición de la

avícola La Cartuja, y también, en lo que resulta relevante, lo concerniente a la "rotulación del contenido marinado", además de la cooperación prestada por las avícolas a Agrosuper a raíz del incendio de su planta productiva.

Agrosuper impugnó además lo que denominó el vicio de citra petita por haber omitido el fallo definir el mercado relevante, y esta misma empresa adujo como la mayor muestra de exceder el tribunal su competencia, la imposición de la medida que de oficio el tribunal dispuso a su respecto en torno a "consultar en forma previa a su materialización cualquiera operación de concentración en el mercado avícola en que quisiera participar".

Se esgrimió en este punto el desconocimiento de la garantía constitucional del debido proceso toda vez que no se otorgó a las requeridas la posibilidad de defensa, ni de rendir prueba atinente a los nuevos antecedentes.

Vigésimo quinto: Que esta Corte ha desarrollado la aplicación del principio de congruencia en los procesos de infracción a la libre competencia en fallos anteriores (Rol 2578-2012), señalando a este respecto que: "...en lo relativo a un proceso sancionatorio, resulta indispensable que se dé a conocer la conducta reprochada, la cual constituye el centro del litigio: el requirente destinará sus esfuerzos para acreditar sus extremos y el imputado para desvirtuar los antecedentes que se esgrimen en su contra. Las

distintas circunstancias que rodean el hecho pueden ser determinantes sólo en la medida que tengan influencia en la decisión fundamental del tribunal y que se reflejen, en alguna forma, en lo dispositivo del fallo. Se precisa que los requeridos tengan pleno conocimiento de las conductas que se les atribuyen". Se ha añadido que: "lo anterior no impide que el Tribunal pueda expresar las argumentaciones que sean procedentes en su concepto para fundar su determinación, sobre todo cuando el legislador le impone emitir un parecer fundado, tanto en los hechos como en el derecho, además de las argumentaciones de carácter económico, consustanciales a la materia de que conoce el Tribunal" (...).

Complementando lo antes expresado corresponde tener en cuenta que el contenido de la acción persecutoria que genera el proceso sancionatorio constituye la manifestación de una actuación, sea de parte, o de la Fiscalía Nacional Económica, con arreglo a lo dispuesto por el artículo 18 N° 1 del Decreto Ley N° 211, que preceptúa: "El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia tendrá las siguientes atribuciones y deberes: 1) Conocer, a solicitud de parte o del Fiscal Nacional Económico, las situaciones que pudieren constituir infracciones a la presente ley". En armonía con la citada disposición, el artículo 20 del mismo cuerpo legal prescribe en lo pertinente: "El procedimiento podrá

iniciarse por requerimiento del Fiscal Nacional Económico o por demanda de algún particular, la que deberá ser puesta en inmediato conocimiento de la Fiscalía. El requerimiento o demanda deberá contener la exposición clara y determinada de los hechos, actos o convenciones que infringirían la presente ley e indicar el o los mercados en que incidiría la presunta infracción”.

Vigésimo sexto: Que para el análisis de las alegaciones que preceden resulta necesario consignar que el requerimiento deducido por la Fiscalía Nacional Económica atribuyó a Agrosuper, Ariztía, Don Pollo y la APA el haber infringido el artículo 3° letra a) del Decreto Ley N° 211 mediante la celebración y ejecución de un acuerdo entre competidores, bajo la coordinación de la APA, consistente en la limitación de la producción de pollo ofrecida al mercado nacional y en la asignación de cuotas en el mercado de producción y comercialización de dicho producto. A juicio de la Fiscalía, la implementación y ejecución del acuerdo anticompetitivo habría sido posible gracias al intercambio permanente de información sensible, estratégica y detallada entre las empresas avícolas requeridas, en el seno de la APA, asociación gremial bajo cuya coordinación se habría celebrado, ejecutado y monitoreado el cartel acusado, y con ello, impedir, restringir o entorpecer la libre competencia.

En lo particular, el requerimiento aseveró que el precedente, o conductas previas en relación con el actuar ilícito, se encuentra en las iniciativas adoptadas por las requeridas desde 1994, época en que acordaron precios de referencia comunes e intercambiaron información para llevar a efecto el acuerdo, habiéndose creado un órgano fiscalizador del pacto, denominado "Comisión de Evaluación". Se añade que el actuar colusivo derivó en un acuerdo consistente en la limitación de la producción y la asignación de cuotas de mercado para la producción y comercialización de carne de pollo.

Vigésimo séptimo: Que resulta útil consignar que la resolución que recibió la causa a prueba, estableció como hechos a probar los siguientes:

"(1) Hechos y circunstancias relativos a la estructura, características y funcionamiento del o los mercados objeto del requerimiento, en el periodo comprendido entre enero de 1994 y la fecha de interposición del mismo; y,

(2) Efectividad, características, partícipes, circunstancias, oportunidad, objeto, época y efectos, actuales o potenciales, del acuerdo imputado en el requerimiento".

Vigésimo octavo: Que en el contexto descrito, el tribunal dio por establecido que existió un acuerdo entre las empresas avícolas requeridas, coordinado por la APA,

consistente medularmente en la limitación de la producción y asignación de cuotas de producción de carne de pollo destinada al mercado nacional. Para concretar la conducta, se determinaba anualmente la cantidad de carne de pollo a ser producida para el mercado nacional. Además, la APA formulaba recomendaciones o sugerencias de ajustes de cargas futuras. Se precisó que la principal preocupación de la APA y de las empresas requeridas se concentró en evitar excesos de oferta de carne de pollo con el fin de mantener el precio en el mercado nacional en niveles superiores a los que se habrían observado en ausencia de un acuerdo. Agregó el tribunal que se usaron herramientas para restringir o ajustar la oferta como matar crías recién nacidas, aumentar el stock o el inventario de carne de pollo, congelar la producción o aumentar la exportación. Estableció que las requeridas eran conscientes de la aptitud objetiva de sus acuerdos de producción para afectar la libre competencia, concretamente, influir en el precio de la carne de pollo.

Conviene aquí precisar que el tribunal estableció en el considerando 133 lo siguiente: "Que, según se desprende de los medios de prueba referidos en las consideraciones cuadragésimo novena a quincuagésimo novena precedentes, en una primera etapa, consistente en el periodo comprendido entre los años 1994 y 1995, algunas empresas avícolas

nacionales -incluyendo a las Empresas Avícolas Requeridas o sus antecesoras- alcanzaron acuerdos que recayeron sobre diferentes variables competitivas, tales como precios de referencia obligatorios, diferenciales obligatorios de precio por zona, definición común de condiciones de comercialización, limitación de las herramientas de marketing, determinación de los clientes a los que podían venderse productos de segunda o en condiciones mayoristas". En el fundamento 135 el tribunal expresa: "Que, no obstante lo anterior, debe destacarse que, de los antecedentes relativos al periodo comprendido entre los años 1994 y 1995, se desprende que las empresas partícipes habrían tenido libertad de producción. Así, en la "Proposición de Convenio" de 1994, a que se hizo referencia en la consideración cuadragésimo novena, se señala que "la producción será libremente determinada por cada empresa de acuerdo con su capacidad de venta". Por otra parte, en los "Principales Acuerdos del Convenio 1995", citados en la consideración quincuagésimo cuarta se indica que "[l]a producción estará libremente regulada por cada empresa de acuerdo a su capacidad de venta". Como se analizará a continuación, esta situación varió durante los años siguientes, pero siempre dentro del marco de un mismo acuerdo en constante desarrollo y ajuste".

Los juzgadores continúan el razonamiento en el basamento 136: "Que, en efecto, antecedentes probatorios posteriores dan cuenta de que el acuerdo entre las Empresas Avícolas Requeridas recayó sobre la cantidad de carne de pollo a producir...".

En relación a los hechos recién descritos, el tribunal asentó en el considerando 297: "Que en cuanto a su inicio, tal como ha sido establecido en las consideraciones cuadragésimo novena a quincuagésimo segunda de la presente sentencia, no cabe a estas alturas duda alguna a este Tribunal que la coordinación anticompetitiva de las Requeridas es de larga data, y que sus orígenes pueden establecerse a lo menos en el año 1994, época en la cual y según la evidencia de autos latamente analizada ya existía un sistema de reuniones y de intercambio de información con el objeto de alterar el proceso competitivo en el mercado". En el razonamiento 303 concluye: "Que en el caso de autos, el acuerdo de voluntades de las Empresas Avícolas Requeridas pasó desde recaer, entre otras variables, sobre la fijación de precios de referencia para los diversos productos avícolas durante los años 1994 y 1995 (consideraciones cuadragésimo novena a quincuagésimo novena) hasta referirse a la asignación de cuotas de producción en el mercado nacional (consideraciones centésimo trigésimo sexta a ducentésimo decimocuarta).

Estas cuotas se habrían obtenido utilizando el resultado del modelo de proyección de demanda analizado en las consideraciones centésimo quincuagésima a centésimo sexagésimo octava, a partir del cual se habría determinado año a año la producción de carne de pollo destinada al mercado nacional. Para determinar dicho nivel de producción se consideraron distintos escenarios de precios, para luego elegir las Empresas Avícolas Requeridas, dentro del directorio de la APA, cuál sería el escenario -y por lo tanto el precio o rango de precios- para el año siguiente, tal como se desarrolló y estableció en las consideraciones centésimo sexagésimo novena a centésimo septuagésimo octava".

Vigésimo noveno: Que, como se aprecia, el tribunal luego de concluir que en los acuerdos de los años 1994 y 1995 citados en el requerimiento como antecedentes del acuerdo colusorio, se operó bajo la premisa de producción libremente determinada, aludiendo genéricamente en el motivo 136 a que antecedentes probatorios posteriores demuestran que el pacto recayó sobre la cantidad a producir, sin embargo no se conjugó esta secuencia directamente con los datos que se consignan en el considerando 186. En efecto, en este último fundamento se clarifica que "un primer antecedente relativo a la determinación de las cuotas de producción de las Empresas

Avícolas con el que cuenta este tribunal se encuentra en los correos electrónicos citados en las consideraciones sexagésimo segunda a sexagésima séptima, que datan entre el 23 de junio y el 24 de julio de 2000. Los citados correos electrónicos dan cuenta de la existencia de una «cuenta corriente» entre las Empresas Avícolas Requeridas, conformada por la diferencia entre sus ventas reales y aquéllas que «les corresponderían» a cada Empresa Avícola Requerida” (63,71% para Agrosuper, 30,60% para Ariztía, y 5,70% para Don Pollo). Éstas fueron calculadas por la APA considerando sus ventas históricas desde el año 1994 y hasta el año 2000”.

Trigésimo: Que en las circunstancias que acaban de expresarse resulta ser efectivo que el acuerdo colusivo imputado, integrado por los elementos consistentes en limitar la producción y asignarse de cuotas de producción - al margen de otros componentes accesorios que pudieron o no estar consignados en el requerimiento-, recién vino a completarse o configurarse el año 2000. Sin embargo, aun cuando esta Corte acepta que el ilícito perseguido no pudo entenderse integrado y operativo con los componentes que lo tipifican desde los años 1994 a 1995, sino a partir del año 2000 -como en el hecho ocurrió-, tal conclusión en nada altera por sí sola los resultados a que corresponda arribar en lo que sigue del fallo, toda vez que no incide

en el régimen sancionatorio aplicable, ni altera la configuración del pacto colusorio con los medios de prueba y antecedentes que la propia sentencia valora a partir de los correos electrónicos mencionados, así como tampoco hace variar la calificación de largo tiempo de vigencia del pacto, de tal manera que el defecto atribuido carece de relevancia para producir efectos perjudiciales a las requeridas que lo han hecho valer.

Trigésimo primero: Que tampoco han contribuido a modificar los elementos que integran el núcleo de la figura imputada los antecedentes que la FNE aparejó antes de la vista de la causa, que dan cuenta de hechos tales como compra de La Cartuja, o lo referido al rotulado marinado.

Estos elementos no han sido considerados, según se ha esgrimido, como circunstancias agravantes del ilícito sino que, tal como se desprende del fallo, han resultado útiles únicamente a los fines de corroborar convicciones del tribunal a las que arribó con el mérito de otras pruebas que la sentencia particulariza en casa caso. De este modo, el momento procesal de su aportación no pudo haber influido en los aspectos medulares de las defensas de las requeridas, en tanto se trató de circunstancias secundarias hechas valer por la FNE, que no produjeron en el tribunal otro efecto que el de reafirmar conclusiones ya asentadas por otros medios en cuanto a la configuración de un pacto

atentatorio contra la libre competencia. Es así como, haciendo referencia el fallo a que el año 2001 Don Pollo adquirió las avícolas Kútulas y La Cartuja, tales antecedentes, en particular la compra de Kútulas, fue funcional para reafirmar la manera en que se produjo el aumento de cuotas de producción asignadas a Don Pollo.

A su turno, en lo que toca a la avícola La Cartuja se estableció en el fundamento 321 que se trató en realidad de una adquisición conjunta por parte de las tres empresas, para concluir en el mismo apartado que más que una operación de concentración se trató de una forma de desguace o dilución de un competidor acordada entre las tres avícolas requeridas, todo lo cual en nada altera el núcleo de la conducta atribuida, de modo que la alegación en análisis debe ser desestimada.

Trigésimo segundo: Que reiterando las argumentaciones que se han dado, procede también desestimar otras alegaciones - que dicen relación con la fundamentación del fallo vertida en los considerandos 340, 341 y 342 en cuanto a intercambios de información entre las empresas avícolas requeridas, referidas a unas listas de precios y en el basamento 343 concerniente al rol de la APA como receptora de reclamos y mediadora en las discusiones entre las mismas empresas-, las que tampoco alteran el núcleo colusivo atribuido. Ciertamente en la línea de fundamentación del

tribunal, las descripciones fácticas asentadas pretenden dar mayor énfasis al contexto en que operó el acuerdo anticompetitivo y mayores detalles sobre la función global que correspondía a la asociación que reunía a las empresas implicadas, pero sin que pueda argumentarse que estas descripciones constituyen la conducta imputada.

Trigésimo tercero: Que carece también de relevancia la alegación de haber incurrido el fallo en ultrapetita por aludir a una eventual coordinación entre las empresas requeridas con ocasión de un incendio que afectó a una planta faenadora de Agrosuper, puesto que el propio razonamiento 344 del fallo reclamado expresa que “en atención a la falta de mayores antecedentes y a la ausencia de una imputación específica de la Fiscalía Nacional Económica a su respecto, no se profundizará sobre este punto”.

Trigésimo cuarto: Que en estricto rigor tampoco constituye el vicio de ultrapetita, en la variante de citra petita, la argumentación de Agrosuper referida a una indefinición del mercado relevante del producto, puesto que su alegación es más bien un reproche dirigido a acusar lo que considera la insuficiencia de fundamentación del fallo en relación a esa materia, a la que esta Corte se referirá más adelante al tratar los supuestos de la infracción establecida.

Trigésimo quinto: Que, por último, Agrosuper plantea que se configura el vicio de ultrapetita en cuanto se le impuso la medida de "consultar en forma previa a su materialización, cualquiera operación de concentración en el mercado avícola en que quisiera participar".

Respecto a este punto y sin perjuicio de su procedencia como eventual medida preventiva al tenor de la incorporación introducida al artículo 3° del Decreto Ley N° 211 en virtud de la Ley N° 20.361, corresponde consignar que la Fiscalía Nacional Económica se limitó a solicitar en el requerimiento respecto de las empresas avícolas requeridas la imposición de sanciones de multa con arreglo a lo dispuesto por el artículo 26 del Decreto Ley mencionado. En tales circunstancias y atendida la naturaleza de la medida dispuesta que reconoce un procedimiento especialmente regulado para su conocimiento y sustanciación, distinto del contradictorio sustanciado en autos, corresponde que la misma sea dejada sin efecto.

A mayor abundamiento es útil consignar que las medidas a que se refiere la parte final del inciso primero del artículo 3 del DL 211 (actual), distintas de aquéllas de carácter eminentemente sancionatorio que prevé el artículo 26 del mismo texto, son llamadas "medidas propiamente tales" por el autor Domingo Valdés Prieto quien en su obra "Libre Competencia y Monopolio", página 374, afirma que

"las medidas propiamente tales sólo pueden resultar del ejercicio de la potestad pública para absolver consultas y corresponde a las impropiedades llamadas "condiciones" que pueden ser exigidas para la ejecución o celebración de determinados hechos, actos o convenciones. Estimamos que estas medidas propiamente tales se disponen para casos particulares, según lo confirma la parte final del inciso primero del artículo tercero del Decreto Ley 211 al señalar: *que respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan disponerse en cada caso*".

Añade luego el autor que: "En resumen, las denominadas medidas propiamente tales -esto es, las no contempladas por el art. 26 (sancionatorias) y tampoco previstas por el art. 25 (cautelares) - no corresponden a una sanción o pena por la comisión u omisión de un injusto monopolístico, sino que antes bien corresponden al resultado eventual de la actividad de la potestad pública consultiva, que es de orden administrativo y no jurisdiccional".

Trigésimo sexto: Que previo al análisis de las demás alegaciones contenidas en las reclamaciones corresponde formular consideraciones generales acerca del fondo de lo discutido, esto es, del ilícito de la colusión y, en particular, lo relativo al acuerdo colusivo atribuido, consistente en la limitación de producción y asignación de cuotas o cantidades de producción entre competidores.

En lo que respecta al ilícito de colusión, esta Corte ha indicado en fallos anteriores (rol 2578-2012) que: "La colusión es una situación creada por quienes desarrollan una actividad económica en un mercado determinado, por medio de acuerdos que afectan negativamente la libre competencia, que les lleva a no competir o, a lo menos, a disminuir la competencia existente, con la finalidad de incrementar sus beneficios o/y afectar los de un tercero, la que sanciona el ordenamiento jurídico nacional desde el concierto de voluntades en tal sentido. El incremento de los beneficios de quienes integran la cartelización pueden lograrse a través de diferentes formas, instrumentos o conciertos (acuerdos de precios, de cantidades de producción, grado de innovación, número de competidores o venta y de reparto de mercados)" (...) "aquí simplemente se logran beneficios en el capital concertado y perjuicios para los consumidores, quienes, además de ver afectados sus intereses económicos, generalmente por el mayor precio de los productos, no ven incentivada la innovación, como tampoco la investigación con miras a la mejora de los productos. El autor Domingo Valdés Prieto ilustra que: "El término colusión, emana del latín jurídico collusio, significa un acuerdo entre dos personas destinado a perjudicar a un tercero. En el ámbito de la libre competencia, semejante acuerdo está destinado a conculcar

este bien jurídico, por la vía de que se le lesione o bien se le coloque en riesgo y sea que ello entrañe un perjuicio civil concreto o no" (Libre Competencia y Monopolio, Editorial Jurídica de Chile, páginas 516 y 517).

Por consiguiente, una de las infracciones a las normas que reglan la libre competencia es la colusión horizontal, la que muestra un fuerte incentivo a producir menos y cobrar más caro. Es, por ende, una forma de monopolio. Se ha dicho que el cartel es una organización creada por determinados productores para la venta en común de su producto, lo que constituye una restricción seria de la competencia, particularmente cuando dichos agentes tienen preponderancia en el mercado. Es un acuerdo en busca de beneficios recíprocos en perjuicio de los consumidores. Es entonces, que se ha aludido a la colusión como: "el acuerdo entre los productores (proveedores) o distribuidores (comerciantes) en fijar precios de venta o de compra, paralizar o reducir la producción o en la asignación de zonas o cuotas de mercado," se agrega que: "la conducta es ilícita ya que en vez de competir se ponen de acuerdo en no hacerlo y así obtener un beneficio asegurado a costa de quienes le venden o compran, según se trate de productores o distribuidores quienes incurren en estas prácticas" (Derecho Económico, Tercera Edición Actualizada, José Luis Zavala Ortiz y Joaquín Morales Godoy, 2011, pág. 171). El objetivo

principal buscado por las firmas que participan en estos acuerdos es naturalmente la maximización de sus beneficios y utilidades. En el mismo sentido, el autor Germán Coloma expresa: "las prácticas horizontales concertadas consisten en acuerdos celebrados entre empresas competidoras dentro de un mismo mercado. Su objetivo puede ser diverso, y obedecer a motivos ligados con la eficiencia económica o a causas relacionadas con el ejercicio del poder de mercado".

(...) "Cuando los acuerdos horizontales están motivados por razones basadas en el ejercicio del poder de mercado, en cambio, la explicación más común es que nos hallamos en presencia de prácticas de naturaleza colusiva" (...) "La colusión puede definirse como una situación en la cual una serie de empresas acuerdan no competir entre ellas con el objetivo de incrementar los beneficios conjuntos de todo el grupo. Dicho incremento puede lograrse a través de diferentes instrumentos (acuerdos de precios, acuerdos de cantidades, repartos de mercados), pero tiene la característica común de que trae aparejado un aumento en los precios y una reducción en los volúmenes comerciados respecto de los que regirían en una situación en la cual las empresas compitieran entre sí" (...) "A diferencia de los acuerdos que implican algún tipo de integración horizontal, la colusión lisa y llana (también denominada "cartelización") no tiene en principio ningún tipo de

ventaja de eficiencia productiva que pueda relacionarse con un mejor aprovechamiento de los recursos o con el ahorro de costos". (Germán Coloma. Defensa de la Competencia, editorial Ciudad Argentina, 2003, páginas 79 y 80).

El mismo autor refiere: "Una alternativa cuyos efectos pueden ser semejantes a los de la concertación de precios es la realización de acuerdos de cuotas o cantidades, a través de los cuales un número de empresas que en principio compiten entre sí convienen limitar su producción a ciertas cantidades preestablecidas o dividirse el mercado de acuerdos a ciertas participaciones fijas" (obra citada, Página 86).

Trigésimo séptimo: Que el análisis previo y general acerca del ilícito colusión ha de complementarse con el esfuerzo argumentativo para mostrar el bien jurídico, o en otras palabras, para destacar la función de la legislación antimonopólica, con la finalidad de determinar en la tarea interpretativa la extensión y alcance de lo que habrá de entenderse por los elementos que integran el concepto de colusión.

En relación a esta materia esta Corte ha indicado en fallos anteriores (Rol 21536-14) que: "La libre competencia comprende principalmente los derechos y libertades de los productores de bienes y servicios, pero sin desconocer el interés colectivo de los consumidores y el interés público

del Estado de conservar un mercado altamente competitivo". Se ha dicho: "Que la finalidad de la legislación antimonopolios, contenida en el cuerpo legal citado, no es sólo la de resguardar el interés de los consumidores sino más bien la de salvaguardar la libertad de todos los agentes de la actividad económica, sean ellos productores, comerciantes o consumidores, con el fin último de beneficiar a la colectividad toda, dentro de la cual, por cierto, tienen los consumidores importante papel. En otras palabras, el bien jurídico protegido es el interés de la comunidad de que se produzcan más y mejores bienes y se presten más y mejores servicios a precios más convenientes, lo que se consigue asegurando la libertad de todos los agentes económicos que participen en el mercado". (Resolución N° 368, considerando 2°, Comisión Resolutiva, citada por Domingo Valdés Prieto, Libre Competencia y Monopolio, Editorial Jurídica de Chile, página 190). Lo anterior lleva a concluir que la protección institucional de la libre competencia sobrepasa el mero resguardo de intereses individuales, pretende mantener el orden económico en el mercado, reprimiendo los abusos o el mal uso de las libertades por cualquier agente económico que participe en el mercado, toda vez que no es posible que aquél, en el ejercicio del derecho de la libre iniciativa económica, afecte la libre competencia que le permite

actuar. Esta doble vía que considera la libertad y el abuso permite explicar la limitación que impone la institucionalidad en orden a no desarrollar acciones que restrinjan de manera antijurídica la competencia, la cual corresponde proteger 'no sólo cuando es lesionada, sino que también cuando es puesta en peligro' (Valdés, obra citada, página 187)". Esto significa que el sistema jurídico de la libre competencia intenta resguardar el mercado y propender a una sana competencia entre quienes desarrollan actividades económicas, permitiendo que se conjuguen diferentes leyes del mercado, entre ellas la libre iniciativa en materia económica, en que el precio de los bienes y servicios queda fijado por la ley de la oferta y la demanda, con miras a que la sociedad pueda obtener equilibrio entre la mejor calidad y los menores precios posibles de los bienes y servicios transables comercialmente, con la justa ganancia de los actores del mercado. En el mismo sentido, se ha postulado que: "De acuerdo con la teoría económica, la competencia entre las empresas hace que los precios de los productos y servicios sean lo más bajos posibles en el mercado y sirve, además, como estímulo constante para su innovación y mejora, así como medio para que los recursos de que dispone una sociedad sean asignados de manera eficiente. Por ello, se considera que ha de procurarse que la sociedad, en general,

y los consumidores, en particular, no se vean privados de los beneficios que la competencia entre las empresas debiera proporcionar". ("Derecho de la Competencia". Juan Ignacio Signes de Mesa, Isabel Fernández Torres, Mónica Fuentes Navarro. Editorial Thomson Reuters. 2013, página 29). De todo lo dicho resulta como principio fundamental que las reglas de la libre competencia imponen a los competidores un obrar autónomo e independiente que implica que se llevará a cabo una lucha competitiva en pos de alcanzar los mejores resultados económicos posibles. Uno de sus pilares es la libertad de elección tanto para el consumidor como para el productor y de ella depende la asignación eficiente de recursos en la economía. Este principio es protegido a nivel constitucional, cuando la Carta Política desarrolla un conjunto de garantías destinadas a permitir el libre emprendimiento de acciones económicas al amparo de un orden público económico sano y competitivo, determinado principalmente por la oferta y la demanda.

Es así como, concordando la garantía constitucional prevista por el artículo 19 N° 21 de la Constitución Política de la República con la materia en análisis, el profesor Enrique Evans ha señalado que: "si la Constitución asegura a todas las personas el derecho a desarrollar libremente cualquier actividad económica, personalmente o

en sociedad, organizadas en empresas, en cooperativas o en cualquier otra forma de asociación lícita, con el único requisito de respetar las normas que regulan la respectiva actividad, y con las limitaciones que luego veremos, la obligación de no atentar en contra de la garantía no sólo se extiende al legislador, al Estado y a toda autoridad, sino también a otros particulares que actúan en el ámbito de la economía nacional. Una persona, natural o jurídica, que desarrolla una actividad económica dentro de la ley, sólo puede salir de ella voluntariamente o por ineficiencia empresarial que la lleva al cierre o a la quiebra. Pero es contraria a la libertad, y la vulnera, el empleo por otros empresarios de arbitrios, como pactos, acuerdos, acciones y toda clase de operaciones que tengan por objeto o den o puedan dar como resultado dejar al margen de la vida de los negocios a quien esté cumpliendo legalmente una tarea en la economía del país."

"Por ello existe una legislación protectora de la libre competencia que sanciona esos actos y protege el pleno ejercicio de la libertad que estamos analizando. Es el Decreto Ley 211, de 1973, cuyo texto definitivo lo fijó el Decreto 511 del ministerio de economía Fomento y Reconstrucción, de 27 de octubre de 1980" (Enrique Evans de la Cuadra, Los Derechos Constitucionales, Tomo III, Editorial Jurídica de Chile, págs. 142 y 143).

Bajo ese prisma, resulta claro el motivo del razonamiento expresado en fallos anteriores en que se recuerda que la colusión es uno de los ilícitos más graves contra el sistema de la libre competencia, puesto que quien infringe esas reglas básicas evita derechamente la mutua competencia.

Trigésimo octavo: Que establecidos los lineamientos generales que permiten identificar los elementos necesarios para la configuración del ilícito, como el que ha sido materia del requerimiento y del bien jurídico comprometido en la protección de la ley del ramo, es posible abordar el desarrollo del régimen jurídico y modificación de la normativa que ha permitido la regulación del injusto competitivo de que se trata.

Cabe recordar que la primera preceptiva en la materia se encontraba en el artículo 173 de la Ley N° 13.305, publicada en el Diario Oficial de 6 de abril de 1959, que prescribía: "Todo acto o convención que tienda a impedir la libre competencia dentro del país, sea mediante convenios de fijación de precios o repartos de cuotas de producción, transporte o de distribución, o de zonas de mercado; sea mediante acuerdos, negociaciones o asociaciones para obtener reducciones o paralizaciones de producción; sea mediante la distribución exclusiva, hechos por una sola persona o sociedad, de varios productores del mismo

artículo específico, o por medio de cualquier otro arbitrio que tenga por finalidad eliminar la libre competencia, será penado con presidio menor en cualquiera de sus grados y con multa de uno por ciento al diez por ciento del capital del giro de los autores”.

En 1973 se publicó el Decreto Ley N° 211, que en la redacción original de su artículo 1° señalaba: “El que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención, que tienda a impedir la libre competencia en la producción o en el comercio interno o externo, será penado con presidio menor en cualquiera de sus grados. Con todo, cuando este delito incida en artículos o servicios esenciales, tales como las correspondientes a alimentación, vestuario, vivienda, medicinas o salud, la pena se aumentará en un grado”.

A su turno, el artículo 2° del texto expresaba: “Se considerarán entre otros como hechos, actos o convenciones que tienden a impedir la libre competencia, los siguientes:

- a) Los que se refieran a la producción, tales como el reparto de cuotas, reducciones o paralizaciones de ellas,
- b) Los que se refieran al transporte,
- c) Los que se refieran al comercio o distribución, sea mayorista o al detalle, tales como el reparto de cuotas o la asignación de zonas de mercado o de distribución

exclusiva, por una sola persona o entidad, de un mismo artículo de varios productores,

d) Los que se refieran a la determinación de los precios de bienes y servicios, como acuerdos o imposición de los mismos a otros, y

e) En general, cualquier otro arbitrio que tenga por finalidad eliminar, restringir o entorpecer la libre competencia".

Posteriormente se dictó la Ley N° 19.911, publicada en el Diario Oficial el 14 de noviembre de 2003, que sustituyó, para lo que interesa a esta causa, los tres primeros artículos del DL 211 original, particularmente el artículo 3°, por el siguiente: "El que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos, será sancionado con las medidas señaladas en el artículo 17 K de la presente ley, sin perjuicio de las medidas correctivas o prohibitivas que respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan disponerse en cada caso.

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

a) Los acuerdos expresos o tácitos entre agentes económicos, o las prácticas concertadas entre ellos, que

tengan por objeto fijar precios de venta o de compra, limitar la producción o asignarse zonas o cuotas de mercado, abusando del poder que dichos acuerdos o prácticas les confieran.

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

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

Finalmente, el 13 de julio de 2009, se dicta la Ley N° 20.361, que modificó el artículo 3° del Decreto Ley N° 211 quedando en los siguientes términos en el texto actualmente vigente:

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

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

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

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

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

Trigésimo noveno: Que como es posible advertir de lo transcrito, el ilícito, con los componentes y modalidades descritos en el requerimiento, puede ser cubierto y configurarse con la normativa prevista en cualquiera de los tres textos citados del DL 211, esto es, en sus redacciones de 1973, artículos 1° y 2°, y/o en la redacción del

artículo 3° con las modificaciones introducidas por las leyes N° 19.911 y 20.361. Es así como en cada una de estas normativas es fácilmente apreciable el bien jurídico protegido, esto es, la libre competencia y la tipificación de una conducta grave consistente en actos o convenciones que tienden a impedir la libre competencia, entre otros, los referidos a la producción tales como reparto de cuotas, reducción, etc., y/o cualquier otro arbitrio que tenga por objeto eliminar, restringir o entorpecer la libre competencia.

En los dos últimos textos, es decir, los que se estructuraron con las leyes N° 19.911 de 14 de noviembre de 2003, que comenzó a regir el 14 de febrero de 2004, y N° 20.361 de 13 de julio de 2009, que comenzó a regir el 13 de octubre de 2009, la descripción genérica de la conducta atentatoria contra la libre competencia quedó establecida en el inciso primero del artículo 3° del DL 211, en tanto que el inciso segundo, luego de un encabezado general para un posterior desarrollo meramente enunciativo, dispuso que se consideran "entre otros", como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia los que a continuación particulariza en las letras a) a la c).

Es así como en la letra a) se describe, en ambos textos recién citados, la conducta que permite tipificar el ilícito relativo a la colusión.

Son los aspectos genéricos de la normativa antes referida, unidos al bien jurídico protegido, así como los antecedentes de la historia fidedigna de su establecimiento que dan cuenta de los peligros avizorados en orden a no erigirla en un tipo objetivo de responsabilidad, esto es, que hubiera de resultar sólo sancionable por el resultado, debiendo considerarse también el aspecto subjetivo propio de la responsabilidad administrativa. Tales aspectos genéricos contienen los criterios orientadores para una adecuada comprensión, interpretación y aplicación en orden a precisar la tipicidad y antijuridicidad de la conducta denunciada.

La diferencia observada en la redacción no afecta sin embargo el núcleo central del injusto en análisis, y que fue materia del requerimiento formulado en autos. El núcleo esencial del ilícito anticompetitivo en general está contenido en el inciso primero del artículo 3° y con ciertas particularidades específicas se describen las figuras que ocupan las diferentes letras del inciso segundo, entre las que cabe destacar la correspondiente a la letra a) que consagra la figura de colusión.

Con todo lo dicho, lo que se busca clarificar es que en modo alguno la conducta en análisis quedaría fuera de los márgenes de la normativa sancionatoria, toda vez que el legislador persigue sancionar a quien abusa o hace mal uso de la capacidad que tiene de influir en la existencia disponible y fijación de precios de los bienes y servicios que produce, distribuye o vende, alterando las leyes de la oferta y la demanda en su beneficio y/o en perjuicio de terceros en un mercado determinado.

Cuadragésimo: Que por otro lado, sobre la base de cualquiera de los textos antes transcritos del DL 211, aparece que -según se ha expresado en fallos anteriores sobre la materia y por la doctrina-, los elementos esenciales del tipo de colusión son los siguientes: i) la existencia de un acuerdo; ii) su objeto; iii) la aptitud objetiva de dicho acuerdo para producir algún efecto contrario a la libre competencia, pudiendo ser éste concreto o sólo potencial; y iv) la voluntad y decisión conjunta de llevar a cabo el acuerdo.

Cuadragésimo primero: Que en este sentido cabe puntualizar que a partir de las modificaciones de la Ley N° 19.911, que sitúa el ilícito en estudio en el artículo 3° del Decreto Ley N° 211, se sanciona a quien ejecute un acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, sea que tal actuación produzca esos efectos o

que tienda a producirlos. De esto surge que no se requiere, para imponer la sanción, que el acto en cuestión haya producido sus efectos, sino que basta que el mismo tienda a producir efectos que afecten la libre competencia. En consecuencia, y como antes se ha expresado por esta Corte, no es preciso que se concrete o desencadene un resultado gravoso para el sujeto pasivo de la actividad colusoria desplegada, de manera que, por el sólo hecho de existir la concertación y que ésta busque modificar la conducta de un agente del mercado con el fin de obtener por parte de quienes deciden coludirse un beneficio de índole patrimonial, no puede ser sino considerado como un atentado contra los principios básicos que sustentan la normativa del Decreto Ley N° 211, esto es, el otorgamiento de la misma oportunidad para que todos y cada uno de los agentes de un mercado -como lo es la producción y comercialización de carne de pollo- compitan en igualdad de condiciones, manteniéndose la transparencia de las modalidades de ese mercado para cada uno de los actores que en él intervienen.

Cuadragésimo segundo: Que en relación a lo antes expresado, el ilícito anticompetitivo del artículo 3 letra a) del Decreto Ley N° 211 requiere como uno de sus presupuestos esenciales la circunstancia que el acuerdo colusorio otorgue poder de mercado a los participantes, lo que debe

ser analizado en relación a los efectos eventuales de ese acuerdo.

En concordancia con lo anterior -y en particular en relación a la producción de efectos, versus la potencialidad para producirlos- se ha fallado por esta Corte en los autos Rol 10954-11 que: "Noveno: Que se puede señalar a modo de conclusión sobre la base de lo establecido en la legislación, de lo sostenido por la doctrina y en la jurisprudencia que la interpretación armónica del artículo 3° en sus incisos primero y segundo importa que para que se configure la colusión, se exige probar: i) la existencia de un acuerdo; ii) su objeto; iii) la aptitud objetiva de dicho acuerdo para producir algún efecto contrario a la libre competencia, pudiendo ser éste concreto o sólo potencial; y iv) la voluntad y decisión conjunta de llevar a cabo el acuerdo (...) "Décimo: Que, conforme a lo que se viene exponiendo, lo dispuesto en el artículo 3° inciso primero del Decreto Ley aludido, lo dicho por esta Corte en causas que versan sobre la materia (ver C.S. Rol 4052-07; Rol 1746-10; 96-209) basta para configurar el ilícito allí sancionado, el ejecutar actos que tiendan a producir como efecto el impedir, restringir o entorpecer la libre competencia, sin que sea necesario que se haya producido efectivamente dicho resultado, ni tampoco que el abuso de posición que el acuerdo entre los agentes

económicos permite alcanzar, mantener o incrementar, sea requisito para que exista la colusión que la ley sanciona". En doctrina comparada, se arriba a similar conclusión cuando se sostiene: "No es preciso, sin embargo, para que se configure un ilícito en el caso de las conductas analizadas, que exista un efecto concreto y consumado sobre las cantidades ofrecidas o sobre los precios" (Guillermo Canabellas de las Cuevas. Derecho Antimonopólico y de Defensa de la Competencia. Tomo 1. Editorial Heliasta. 2005, Página 430). En todo caso cabe advertir que la potencialidad de un efecto anticompetitivo no significa asumir una respuesta arbitraria en términos de deducir una posibilidad abstracta de lesión, sino que se alude a un peligro concreto, razonablemente determinable y previsible en cada caso particular.

Cuadragésimo tercero: Que determinados los elementos necesarios para la configuración del ilícito de colusión, los que deben ser probados en la causa, y en el marco de haberse establecido su concurrencia por el tribunal, cabe recordar que el grado de convicción que ha sido requerido por esta Corte para sancionar un ilícito de esta clase es la existencia de una prueba clara y concluyente, ello en concordancia con la naturaleza de la acción reprimida y su trascendencia concreta, que comprende el periodo de

prolongación de la misma en el mercado, así como su aptitud para determinar la conducta de los consumidores.

Como lo ha hecho presente este tribunal en otras ocasiones, en doctrina se habla de dos formas de probar la existencia de la colusión, la denominada evidencia dura y la evidencia circunstancial.

La evidencia del primer tipo corresponde a pruebas materiales, como documentos, minutas, grabaciones, correos electrónicos que muestran claramente que ha existido comunicación directa entre empresas para acordar precios o repartirse el mercado. Puede resultar que una sola evidencia si es grave y precisa puede ser suficiente para lograr convicción del establecimiento de los hechos, por ejemplo, un solo correo.

La evidencia circunstancial, en tanto, emplea el comportamiento comercial de las firmas en el mercado, el cual se presume, se deduce o infiere.

En ocasiones se considera que conductas paralelas, tanto en precios como tipos de ofertas, o bien negativas de venta, serían indicativas de un comportamiento coordinado.

En la modalidad de evidencia circunstancial se ha distinguido entre evidencia económica, como los movimientos en precios que no se encuentran vinculados a la variación de factores costos y demanda; y la evidencia de

comunicación, como las conversaciones telefónicas o reuniones.

En conclusión, el acuerdo colusorio entre agentes económicos puede ser acreditado por prueba directa o indirecta.

Cuadragésimo cuarto: Que las evidencias a que se ha hecho mención han de ser ponderadas de conformidad al inciso final del artículo 22 del Decreto Ley N° 211, que prescribe: "El Tribunal apreciará la prueba de acuerdo a las reglas de la sana crítica". Acerca de este sistema de valoración se ha señalado que "se requiere que la persuasión que ocasiona el medio en el juez no se realice obedeciendo a cualquier fundamento, sino sobre la base de un análisis razonado que explicita el magistrado en su decisión, atendiendo a las leyes de la experiencia, la lógica y los conocimientos comúnmente afianzados".

Cuadragésimo quinto: Que en esta línea argumentativa, es posible apreciar que en la especie se cuenta precisamente con evidencia dura acerca de la existencia del acuerdo de colusión. En efecto, como resultado de la diligencia de entrada, registro e incautación de evidencias practicada con fecha 12 de enero de 2011 en las dependencias de APA y de Don Pollo, en ejercicio de las facultades del artículo 39 letra n) del Decreto Ley N° 211, se allegaron una serie de correos electrónicos, actas y

minutas de reuniones en las que se consigna la intervención directa de los involucrados. En otras palabras, conforme a la terminología empleada en materia de libre competencia, existe prueba dura o directa a los efectos de determinar la acreditación del acuerdo colusorio y la forma de participación de los operadores económicos. Es así como invariablemente las alegaciones de las partes implicadas se han visto enfrentadas a la evidencia dura de la que da cuenta el fallo atacado.

Cuadragésimo sexto: Que en el contexto de lo hasta aquí razonado y bajo el sistema de valoración de la prueba antes aludido, se tuvieron por establecidos los siguientes hechos:

1.- El 29 de septiembre de 1994 las empresas requeridas convinieron, entre otros aspectos, la fijación de precios de referencia para productos avícolas, la que debía ser revisada permanentemente y que contemplaba diferenciación tarifaria entre "grandes clientes" y "cobertura". El Presidente de la APA, Juan Miguel Ovalle Garcés, reconoce que los temas efectivamente fueron evaluados por las avícolas requeridas (fojas 12.780 vuelta).

2.- En el mismo documento se contempla la creación de un órgano denominado "Comisión de Evaluación" integrado por tres personas designadas por las empresas y un Secretario

Ejecutivo. Se otorgó a dicho órgano atribuciones para pronunciarse acerca de la forma en que el convenio debía ejecutarse y resolver eventuales discrepancias acerca de su interpretación y de los instrumentos que lo complementan, con amplias facultades, incluso la de actuar como tribunal de honor imponiendo sanciones o multas no superiores a mil unidades de fomento, que aplicaría teniendo en cuenta la empresa involucrada y los alcances de la infracción, cuyo producto debería entregarse a la APA.

3.- En cumplimiento de las estipulaciones del convenio suscrito el año anterior, el 6 de marzo de 1995, Juan Miguel Ovalle -en esa época Director Ejecutivo de la APA- remitió a Pablo Covarrubias de Don Pollo una carta informándole que a partir del 13 de marzo de 1995 se modifican los precios del trozado de pollo de acuerdo a los valores que se indican.

4.- En el mismo sentido, el 27 de marzo de 1995 Juan Miguel Ovalle envía fax a Miguel Rojas, de Don Pollo, informándole que los precios de referencia regirán a partir del 3 de abril de 1995, y a ello debe agregarse el IVA y los diferenciales por zona.

5.- El 16 de marzo de 1995 (fojas 3.234) se adoptan, por los mismos implicados, nuevos acuerdos que refuerzan el adoptado en 1994, con el objeto, entre otros, de fijar los precios mínimos para grandes clientes y cobertura.

6.-El 26 de junio de 1995 (fojas 3.233) en documento "Elementos a considerar en un eventual acuerdo" se hace referencia, entre otros, a precios mínimos, diferenciales por zona, descuentos y condiciones de comercialización.

7.- El 30 de junio de 1995 (fojas 3.248), Juan Miguel Ovalle remite fax a los altos ejecutivos de las empresas involucradas dando cuenta de los acuerdos adoptados el día 28 del mismo mes, destacando: la fijación de precios mínimos para clientes de cobertura y mayoristas a ser revisados por la Comisión de Evaluación y la obligación de entregar mensual y semanalmente la siguiente información: carga; nacimientos; producción en kilos; venta en unidades, kilos y valores y su posterior remisión agregada a las empresas.

8.- El 3 de julio de 1995 (fojas 3248) Juan Miguel Ovalle envía fax a los altos ejecutivos de las empresas implicadas, requiriendo como información: la oferta semanal en kilos de pollos trozado y entero, durante las próximas 10 semanas, para el mercado nacional.

9.- El 30 de octubre de 1996 (fojas 1501), Juan Miguel Ovalle remite a Miguel Rojas, de Don Pollo, fax que contiene una proyección de ventas para el año 1997 para el efecto de ser incorporados comentarios por parte de todas las empresas, e incluso recomienda aumentar las cargas.

10.- El 23 de noviembre de 1998 (fojas 1481), Juan Miguel Ovalle remite un nuevo fax que contiene la proyección de ventas para el año 1999, expresando que la versión incorpora los comentarios recibidos. Es explícito en señalar que la carga semanal recomendada para el periodo comprendido entre el 1° de febrero y 4 de abril de 1999 no debe ser superior a los 2.600.000 pollos.

11.- El 23 de junio de 2000, Juan Miguel Ovalle envió a Alessandro Comunian e Ismael Correa, de Ariztía; Guillermo Díaz y José Guzmán de Agrosuper y Miguel Rojas de Don Pollo, correo electrónico por el que adjunta un cuadro titulado "Análisis de participación de ventas de pollo", en el que se indican kilos y unidades de carne de pollo vendidos por las tres empresas requeridas entre el 1° de mayo y 18 de junio del año 2000. Se alude a un porcentaje que corresponde a cada empresa, siendo un 63,71% para Agrosuper, un 30,06% para Ariztía y un 5,7% para Don Pollo. El documento literalmente indica que las empresas tienen un saldo que corresponde a la venta real menos el porcentaje pertinente a cada empresa.

12.- El mismo día, pero más tarde, Juan Miguel Ovalle, a los mismos destinatarios envió correo electrónico adjuntando una segunda versión del análisis porcentual de las ventas, considerando las observaciones recibidas. Adjunta además un cuadro con información pasada de ventas

en kilos y unidades desde 1994 a marzo de 2000, con los promedios históricos de participación que corresponderían a las avícolas asociadas, que incluían en esa época a La Cartuja (comprada por Don Pollo), Pollos King (comprada por Agrosuper el 15 de marzo de 2000) y Sopraval (relacionada con Agrosuper). En el cuadro, la participación de Agrosuper es la que corresponde a Súper Pollo, Pollos King y Sopraval. Se resume en una participación que equivale para Agrosuper un 63,71%, para Ariztía un 30,6% y para Don Pollo un 5,7%.

13.- El 12 de julio de 2000, Juan Miguel Ovalle remite a Pablo Covarrubias de Don Pollo, a Ismael Correa y Alessandro Comunian de Ariztía y a Guillermo Díaz y José Guzmán de Agrosuper correo electrónico que contiene un "estado de cuenta corriente" de las últimas diez semanas, que traduce a la diferencia entre la venta que les correspondería en atención a los porcentajes previamente definidos para cada empresa y las ventas reales.

14.- El 24 de julio de 2000 Juan Miguel Ovalle envía correo electrónico a Miguel Rojas de Don Pollo, Ismael Correa de Ariztía y José Guzmán de Agrosuper que contiene un documento que califica como "Informe Confidencial" relativo al análisis de ventas del primer semestre del año 2000. Es explícito en señalar que para "dar cumplimiento a los acuerdos suscritos" las empresas Ariztía y Agrosuper

deberían disminuir su oferta semanal en veinte mil unidades durante las próximas 10 semanas. También hace presente que las cifras se revisarán semanalmente y que se informarán los ajustes. Luego recomienda una cifra como carga total para lo que denomina "APA 3" para las próximas cuatro semanas. Se distingue luego un análisis de ventas con el término "APA", ésta vez incluyendo a La Cartuja.

15.- Los días 19 de noviembre de 2000 y 10 de enero de 2001, Mauricio Serrano de APA envió correo electrónico a los ejecutivos de Agrosuper, Ariztía, Don Pollo, Pollos King y Sopraval conteniendo la proyección de venta para el año 2001, distribuida en semanas.

16.- El 19 de noviembre de 2001, Juan Miguel Ovalle remitió a Pablo Covarrubias de Don Pollo correo electrónico que adjunta un archivo con los porcentajes anteriores de participación de las empresas involucradas y con los porcentajes respecto de Don Pollo que comprende la participación que correspondía en el mercado a la empresa Kútulas, por haber sido adquirida por Don Pollo. Nuevamente se alude a la terminología "APA" y "APA3". Además refiere a una carga sugerida en unidades a ser faenadas considerando una cifra como producción global, dividida según los porcentajes asignados.

17.- El 20 de noviembre de 2001, Pablo Covarrubias, de Don Pollo, en respuesta a un reclamo de Ariztía por su

crecimiento en el Norte Grande, envía correo electrónico a Alessandro Comunian de Ariztía, con copia a Guillermo Díaz de Agrosuper y a Juan Miguel Ovalle.

18.- El 22 de abril de 2002, Mauricio Serrano de la APA remitió un correo electrónico a los ejecutivos de las avícolas asociadas (Agrosuper, Ariztía, Don Pollo, Sopraval y La Cartuja) conteniendo una nueva proyección de demanda para el año 2002.

19.- El 25 de septiembre de 2002, Juan Miguel Ovalle remite correo electrónico a Pablo Covarrubias de Don Pollo, adjuntando un cuadro con los porcentajes de participación calculados para determinar las cargas sugeridas para cada empresa.

20.- El 18 de diciembre de 2003, Juan Miguel Ovalle envía correo electrónico a Miguel Rojas de Don Pollo, referido a la distribución del excedente obtenido a partir de la adquisición de La Cartuja, asignando un porcentaje de participación a las empresas utilizando la terminología identificatoria de los números 1, 2 y 3, en relación a los porcentajes 61,12%, 31,09% y 7,79%, respectivamente.

21.- El 17 de febrero de 2004, Mauricio Serrano, de la APA, remite a Pablo Covarrubias de Don Pollo correo electrónico al que adjunta una proyección de ventas para el año 2004.

22.- El 17 de enero de 2004, Juan Miguel Ovalle envía correo electrónico a Mauricio Serrano, ambos de APA, por el

que advierte que para mantener el actual nivel de precios es necesario reducir las cargas semanales a las cifras semanales que señala, para las empresas singularizadas conforme a la terminología 1, 2, y 3.

23.- El 20 de enero de 2004, Juan Miguel Ovalle remitió correo electrónico a José Guzmán de Agrosuper, Ismael Correa de Ariztía y Ramón Covarrubias de Don Pollo, expresando que para mantener el actual nivel de precios es necesario reducir las cargas semanales a los niveles de unidades semanales que se mencionan por cada empresa.

24.- El 28 de julio de 2004 se celebra una reunión entre Juan Miguel Ovalle de la APA, Ramón Covarrubias, Pablo Covarrubias y Miguel Rojas, todos de Don Pollo, de cuya acta consta que los ejecutivos de la empresa plantean la inquietud acerca del sistema que se utiliza para contabilizar el porcentaje de participación en el mercado, esto es, en unidades o en kilos de pollo, haciendo mención de ser este un aspecto que se requería despejar por cuanto desarrollaban un proyecto con pollos chicos. En respuesta se les recomienda no presionar demasiado sobre las cifras de la APA, no más de un 0,5%, dado que más allá de eso se romperá la estabilidad de los precios. El documento es explícito y literal en abordar la preocupación respecto a la labor de la APA como ente regulador de la producción, o de los precios de los pollos, en consideración a la

importancia de las importaciones. Incluso se indica que el fin de esta labor es cercano y que posteriormente sus actividades se restringirán al ámbito gremial.

25.- El 30 de noviembre de 2004, Juan Miguel Ovalle envía correo electrónico a José Guzmán de Agrosuper, Ismael Correa de Ariztía y Ramón Covarrubias de Don Pollo, solicitándoles información acerca de las cargas efectuadas durante las últimas ocho semanas con el objeto de actualizar las proyecciones de APA", evidenciándose que las empresas requeridas respondieron la petición.

26.- El 4 de enero de 2005, Teresita Marín, de la APA, envía correo electrónico a los ejecutivos de las tres empresas requeridas, conteniendo la proyección de ventas para el año 2005, e incorporando los cambios sugeridos por las asociadas.

27.- El 14 de noviembre de 2005, Pablo Covarrubias de Don Pollo envía a Juan Miguel Ovalle un correo electrónico al que adjunta un archivo con la información de las cargas para los meses de noviembre y diciembre del 2005.

28.- El mismo día, Pablo Covarrubias reenvía el correo anterior a Ramón y Rafael Covarrubias, todos de Don Pollo, expresando que la información había sido enviada a la APA para ver la posibilidad de subir los precios.

29.- El 1° de marzo de 2006, Juan Miguel Ovalle remite correo electrónico a Paulina Herrera, también funcionaria

de la APA, adjuntándole un archivo que contiene la información sobre las cargas desde enero a abril de 2006 y los porcentajes de participación que corresponderían a cada una de las empresas requeridas: 62,7% para Agrosuper, 29,92% para Ariztía y 7,51% para Don Pollo.

30.- El mismo día, pero más tarde, Paulina Herrera remite correo electrónico a los ejecutivos de las tres avícolas requeridas, adjuntando la última versión de la proyección de ventas para el año 2006.

31.- El 31 de marzo de 2006, Pablo Covarrubias envía correo electrónico a Rafael Covarrubias, ambos participantes de Don Pollo, por el que comunica la información de entregas del primer trimestre. Le advierte que de estimarse que es muy alta la cantidad de pollos para una determinada semana, debe revisar la fecha de nacimiento de los pollos, y que los mate al nacer.

32.- En diversas fechas de septiembre de 2006 las tres empresas requeridas, mediante correos electrónicos, remitieron a la APA la información de sus cargas para el resto del año.

33.- El 20 de septiembre de 2006, Juan Miguel Ovalle envió correo electrónico a Guillermo Díaz de Agrosuper, Ismael Correa de Ariztía y Pablo Covarrubias de Don Pollo, informándoles que, de acuerdo a los datos de carga remitidos a la APA, sólo es posible modificar la producción

de las últimas cuatro semanas del año y, en ese sentido, recomienda aumentar las cargas en ese periodo. En otros cuadros se aprecia información desagregada de cargas futuras, el stock o inventario de las tres empresas mencionadas y de las cantidades que Agrosuper y Ariztía destinarán a exportación. Se mencionan los porcentajes de participación en las cargas correspondientes a 60,23% para Agrosuper, 31,38% para Ariztía y 8,4% para Don Pollo.

34.- El 21 de septiembre de 2006, Pablo Covarrubias remitió correo electrónico a Rafael Covarrubias, ambos de Don Pollo, adjuntando un cuadro con la cantidad de pollos a faenar hasta diciembre del mismo año, pero advirtiéndole que, a mediados de octubre, es posible reducir las cargas.

35.- El 3 de noviembre de 2006, Paulina Herrera, de la APA, remitió correo electrónico a los ejecutivos de las tres empresas acusadas, adjuntándoles la proyección de venta para el año 2007 y aclarando que se seguirá de cerca del comportamiento de las importaciones para corregir la proyección, si fuere necesario.

36.- El 20 de noviembre de 2006, Paulina Herrera remitió correo electrónico a los mismos destinatarios con una nueva versión de la proyección de ventas para el año 2007.

37.- El 24 de enero de 2007, María Soledad Valenzuela de la APA, envió correo electrónico a Ismael Correa de Ariztía,

Guillermo Díaz de Agrosuper y Pablo Covarrubias de Don Pollo, por el que les requiere información de las cargas realizadas hasta la fecha, desde el 12 de noviembre de 2006.

38.- El 30 de enero de 2007, Juan Miguel Ovalle remite correo electrónico a José Guzmán de Agrosuper, Ismael Correa de Ariztía y Ramón Covarrubias de Don Pollo, en virtud del cual recomienda ajustar las cargas a una cantidad total de 3.300.000 unidades semanales, expresadas en unidades vivas para faena. Adicionalmente, recomienda eliminar, a partir de la semana en curso, el 5% de las unidades nacidas.

39.- El mismo día, Juan Miguel Ovalle envía correo electrónico a idénticos destinatarios, informándoles que la cantidad total antes referida se divide en 2.085 para Agrosuper, 1.002 para Ariztía y 213 para Don Pollo.

40.- También, en la misma fecha, Enrique Redlich, gerente de operaciones de Ariztía, remitió correo electrónico a Juan Miguel Ovalle, Presidente de la Apa, con la finalidad de objetar la asignación de la carga destinada a dicha empresa, desde que la cifra que le corresponde es equivalente a su porcentaje de participación, esto es, del 31,1%, en circunstancias que la que señala la APA es representativa del 30,4%. A ese reclamo Juan Miguel Ovalle responde de inmediato, aceptando la objeción.

41.- El 31 de enero de 2007, Enrique Redlich, de Ariztía, envía correo electrónico a Juan Miguel Ovalle por el que señala que respecto a las reducciones entiende que Ariztía debería destinar al mercado nacional las cantidades que señala en las semanas que se indican (identifica cinco semanas), apareciendo a simple vista que hubo un descuento del 5% de la cifra asignada a Ariztía (porcentaje señalado en el numeral 38).

42.- En el contexto de todas estas comunicaciones, el 16 de abril de 2007, Ramón Covarrubias Vives, de Don Pollo, concedió una entrevista en la Revista del Campo, en la que señaló textualmente: "para qué pelear con Súper Pollo, mejor es convivir. Como se dice: si tiene un enemigo muy poderoso, mejor únase a él". Mientras que Ramón Covarrubias Matte complementó la declaración de su padre indicando que: "en los pollos pretendemos mantener el mercado que hemos conquistado y crecer junto con el país. Con Ariztía y Agrosuper tenemos una asociación gremial muy fuerte, a través de la cual hemos logrado acuerdos con respecto a lo que le corresponde a cada uno en el mercado. No nos vamos a quemar por un 1% más".

43.- El 21 de noviembre de 2007, Marieta Vander, analista de estudios de la APA, envió un correo electrónico a los ejecutivos de las tres empresas requeridas,

adjuntándoles tres alternativas de proyecciones de ventas para el año 2008.

44.- El 10 de enero de 2008, Juan Miguel Ovalle envió correo electrónico a María Soledad Valenzuela, ambos de APA, con un archivo adjunto que contemplaba dos escenarios posibles para las proyecciones de ventas del año 2008, asignando cuotas de participación a las empresas requeridas (utilizando las siglas AS, AR y DP) en función de sus porcentajes de participación correspondientes a 60,89% para Agrosuper, 31,08% para Ariztía y 8,03% para Don Pollo.

45.- El mismo día, Juan Ovalle envió correo electrónico a José Guzmán y Guillermo Díaz de Agrosuper, Ismael Correa y Benjamín Ulloa de Ariztía y Pablo y Ramón Covarrubias de Don Pollo, señalando que es necesario mantener las cargas sugeridas en los niveles que se indicaron en los dos escenarios de precios posibles, todo ello con la finalidad de que los precios fluctúen en los valores estimados. Siendo la sugerencia de 3.350.000 a 3.450.000 unidades semanales de pollos faenados por semana, significa que las cargas no pueden exceder de las cifras que indica. Pide se le remita la información de sus cargas semanales, expresadas en unidades de pollos faenados para el mercado nacional, para el periodo 1° de febrero de 2008 al 2 de marzo de 2008.

46.- Los días 10 y 11 de enero de 2008, las tres empresas enviaron a la APA la información de cargas solicitada, a lo que Juan Miguel Ovalle responde el 11 de enero de 2008 vía correo electrónico: "demasiado bien portados para ser 'niños' normales".

47.- El 15 de enero de 2008, Juan Miguel Ovalle escribe por correo electrónico a los ejecutivos de las tres empresas requeridas, solicitando que ajusten las cargas a partir de la semana del 3 al 9 de marzo de 2008 a 3.350.000 unidades semanales, por lo que, conforme a los porcentajes de participación, les corresponde 2.040.000 a Agrosuper, 1.041.000 a Ariztía y 269.000 a Don Pollo. La solicitud la fundamenta en la situación del mercado de granos y de la carne roja.

48.- El mismo día, Ramón Covarrubias de Don Pollo, remitió correo electrónico a Juan Miguel Ovalle, en el que señala que sería mejor ajustar el precio y no las cargas, ya que reduciendo la oferta se le da más cabida al pollo argentino. Le hace presente que si aun se prefiere ajustar las cargas, Don Pollo sólo puede reducir hasta "275" para poder abastecer bien a su red de ventas.

49.- A lo anterior Ovalle respondió que preferiría "congelar" que bajar el precio. Guillermo Díaz de Agrosuper contestó que su opinión es igual que la de Ovalle, prefiere mantener el precio. El mismo día, 15 de enero de 2008,

Ismael Correa de Ariztía señala que procederán a ajustar la carga de acuerdo a lo conversado.

50.- El 25 de enero de 2008, Pablo Covarrubias de Don Pollo escribe "la venta está bastante apretada (estamos congelando) y a nivel APA acordamos defender el precio, bajando fuerte las cargas".

51.- El 13 de febrero de 2008, Juan Miguel Ovalle escribe a Ismael Correa de Ariztía recomendando un ajuste de cargas según las cifras que allí se indican.

52.- El 27 de febrero de 2008, Pablo Covarrubias escribe por correo electrónico a Rafael Covarrubias, ambos de Don Pollo, que en virtud de la reunión sostenida en la APA y a petición expresa, corresponde ajustar las cargas para abril a 290.000 pollos por semana.

53.- El 14 de abril de 2008, Marieta Vander, de la APA, remite correo electrónico a los ejecutivos de las tres empresas requeridas, adjuntando un archivo con información relativa a la cantidad de kilos vara de pollo y pavo producidos, exportados e importados por las tres empresa y su porcentaje de participación en la producción, exportaciones y mercado interno.

54.- Luego de recibir el archivo anterior, Guillermo Díaz, de Agrosuper, escribió a Juan Miguel Ovalle "este informe demuestra lo escandaloso de Don Pollo, los primeros dos

meses del año, sino (sic) se ordena tendremos que hacer algo”.

55.- El 4 de junio de 2008 se celebró en la APA una reunión con los ejecutivos de las tres empresas requeridas.

56.- El 6 de junio de 2008, Juan Miguel Ovalle envía correo electrónico a los ejecutivos de las mismas empresas, indicando que sugiere mantener las cargas en las cantidades recomendadas el 13 de febrero del mismo año, esto es, 3.250.000 unidades semanales, lo cual se descompone en 1.980.000, 1.010.000 y 260.000 para Agrosuper, Ariztía y Don Pollo, respectivamente. Manifiesta que esas cifras deben mantenerse durante junio y serán revisadas a fin de mes. Sugiere adicionalmente, debido a la menor faena y exportación como consecuencia de las paralizaciones de camioneros y puertos, eliminar el equivalente a dos días de producción de pollitos (930.000 unidades).

57.- El 6 de junio de 2008, José Guzmán, de Agrosuper, responde que se dio la orden de eliminar la cuota que corresponde a esa empresa y un poco más.

58.- El 18 de junio de 2008, Juan Miguel Ovalle escribe a José Guzmán de Agrosuper, Ismael Correa de Ariztía y Ramón Covarrubias de Don Pollo, recomendando ajustar las cargas a 3.000.000 unidades semanales, esto es 1.830.000; 930.000 y 240.000, respectivamente. Señala que

el sacrificio es indispensable para ajustar los precios a partir del día lunes.

59.- Todos los destinatarios aceptaron la recomendación. A modo ilustrativo, el 19 de junio de 2008, Ramón Covarrubias, de Don Pollo respondió a Juan Miguel Ovalle: "no te había contestado el correo ya que estaba en Brasil al interior y no sabía porque habías tomado la decisión de bajar las cargas, hoy jueves estuve conversando con Pablo y por supuesto que lo acogemos".

60.- El 1° de julio de 2008, Pablo Covarrubias escribe a Rafael y Ramón Covarrubias respecto de un ajuste de cargas para julio y agosto de 2008, atendido que se reducirán las cargas a 270.000 unidades.

61.- El 29 de octubre de 2008, Juan Miguel Ovalle envía correo electrónico a Ismael Correa de Ariztía, Guillermo Díaz de Agrosuper y Ramón Covarrubias de Don Pollo requiriéndoles la información de cargas realizadas entre la semana 35 y 44 para el mercado nacional, existiendo constancia de que los datos le fueron entregados a la APA.

62.- El 5 de diciembre de 2008, Juan Miguel Ovalle envió correo electrónico a Guillermo Díaz y José Guzmán de Agrosuper, Paulo Ariztía e Ismael Correa de Ariztía y a Ramón y Pablo Covarrubias de Don Pollo, por el que adjunta la proyección semanal de ventas para el año 2009, lo que

arroja una carga semanal promedio de 3.467.000 unidades. Advierte allí que durante el primer trimestre la carga semanal promedio estimada sería de 3.250.000 unidades. De acuerdo a lo dicho, sugiere considerar los siguientes valores de carga semanal: 1.980.000, 1.100.000, 260.000 expresadas en unidades a faena para Agrosuper, Ariztía y Don Pollo, respectivamente.

63.- El 24 de marzo de 2009, Marieta Vander envía correo electrónico a Juan Miguel Ovalle, ambos de la APA, adjuntando información respecto de las ventas efectivas de las tres empresas requeridas durante las once primeras semanas de 2009 y una comparación con las cargas sugeridas por APA. Tiene información relativa a la proyección de ventas para las cincuenta y dos semanas de 2009. Se contiene allí además una estimación de ventas de las tres empresas para las semanas 10 a 20 de 2009, elaborada con cargas informadas por las empresas. Se adjunta asimismo información sobre el stock o inventario de las avícolas requeridas durante las primeras 11 semanas del 2009. Se adjunta además un cuadro comparativo respecto de las diferencias de ventas efectivas y las cargas informadas, concluyendo en términos generales que existe sobreoferta (refiere a una sobreoferta en dos semanas de 170.891 kilos).

64.- El 21 de abril de 2009 María Carolina De la Fuente de la APA envió a las empresas requeridas un "Informe Mercado Avícola" correspondiente a abril de 2009, que incluye información relativa a la venta de pollos a nivel nacional desde el 2004 y hasta febrero de 2009, con información desagregada para cada una de las tres empresas implicadas.

65.- El 21 de abril de 2009 tuvo lugar una reunión de mercado avícola a la que asistieron ejecutivos de las tres empresas. Se dejaron notas de la reunión por María Soledad Valenzuela, de la APA, entre las que destacan literalmente: "Está muy desordenado → Ordenarse - Hay + pollo de lo que necesita, se degenera → Hay mucho producto adentro → (...)Exceso de oferta → (...) ↓ Disponibilidad (1) congelamos (2) Bajar carga (3) ↓ P°" (...) "Enganche Rendich → pone + barato Ariztía (s/ Ariztía) → luego Super entra con rebaja y Ariztía hace rebaja (...) Carga exportaciones → tiene n trutro que va a nacional" (...) "Cuanto kilos de pollo entregamos al mercado 15 dic - 15 marzo: menos peso x verano ↓ (ilegible) → la variable es la oferta (no la producc) → La ↓stock se fue al m°. → 3.200 → presupuesto semanal → Congelar → Matar Pollitos 3200 x 2,05. Otra opc. → bajar descuento (tb). (1) A partir lunes? eliminar descuentos acordar ofertas q' se mantienen p' habrá + pollo

(2) congelar +, matar pollito, cargar menos 3.200. Juntar la información para pasársela (3) Juntarse periódica% ...".

66.- El 28 de julio de 2009, Juan Miguel Ovalle remitió correo electrónico a Ismael Correa y Benjamín Ulloa de Ariztía, Guillermo Díaz y Renato Barthel de Agrosuper y Ramón y Pablo Covarrubias de Don Pollo, por el que informa que de acuerdo a lo conversado en la reunión celebrada el 22 del mismo mes, el modelo de estimación de consumo está siendo trabajado con la oficina de Jorge Quiroz a fin de introducirle pequeños ajustes. Menciona además que los valores estimados de consumo para el período octubre a diciembre de 2009 es de "3.300" unidades semanales promedio.

67.- El 9 de noviembre de 2009 se llevó a cabo reunión en la APA con los ejecutivos de las empresas requeridas. Las notas tomadas en esa reunión por María Soledad Valenzuela, funcionaria de la APA, dicen relación con distintos puntos que demuestran inquietudes por ciertos temas, tales como la relación con los supermercados y las importaciones, con las acciones ejecutadas con anterioridad, con la manera de comunicarse, con una asesoría otorgada por Jorge Quiroz. Literalmente las notas dicen en una parte "colusión - fijación estándar. Nuestro acuerdo limita máximo para no dejar nadie afuera...". De un correo de 11 de noviembre de 2009 se desprende que a la

reunión asistieron Ismael Correa, José Guzmán, Patricio Allende, Ramón Covarrubias Matte, Guillermo Díaz, Juan Miguel Ovalle, Gonzalo Vial, Manuel Ariztía, Pedro Tomás Allende, Ramón Arrau y Rafael Covarrubias Vives. Dentro de los temas tratados estuvo la entrega de "un estudio realizado por el Departamento de Estudio de la asociación, sobre estimaciones de consumo de carnes para el 2010 en el mercado interno, con detalle por tipo de carne, sobre la base de estimaciones de crecimiento del producto y elasticidades cruzadas entre los productos".

68.- El día 12 de noviembre de 2009 se concretó una reunión comercial en la que María Soledad Valenzuela, funcionaria de la APA, tomó notas referidas a que Agrosuper estima que precios son altos y los márgenes buenos. Se da cuenta de que Ariztía estima que bajando el precio, las importaciones serían las mismas.

69.- El 7 de diciembre de 2009, Carolina De la Fuente, de la APA, envió correo electrónico a Guillermo Díaz, Renato Barthel y José Guzmán de Agrosuper; Marcelo Ariztía, Benjamín Ulloa y José Ahumada de Ariztía, Pablo y Ramón Covarrubias de Don Pollo; y a Juan Miguel Ovalle y María Soledad Valenzuela de la APA, adjuntando una proyección de venta semanal para el año 2010.

70.- El 23 de diciembre de 2009, Pablo Covarrubias envió correo electrónico a Rafael Covarrubias, ambos de Don

Pollo, refiriéndose a la proyección mencionada y opinando que van a sobrar pollos, por lo que le pide que para febrero de 2010 se verifique una carga de 285.000 por semana "para poder regular".

71.- El 5 de julio de 2010, Paulo Ariztía escribe a Juan Miguel Ovalle para expresarle su preocupación por lo alejada de la realidad el modelo econométrico que mantiene la Asociación Gremial para predecir el comportamiento de la demanda de las carnes blancas, lo que puede afectar la racionalidad de las decisiones.

72.- El mismo día Juan Miguel Ovalle contesta a Paulo Ariztía indicando que el modelo sólo estima la demanda anual, conforme a ciertos parámetros (Imacec, precios de sustitutos, precio pollo, etc.), luego la APA distribuye la estimación anual a una semanal en base al comportamiento histórico de cada semana, por lo que no es posible evaluar el modelo sobre la base de 5 semanas.

73.- El día 14 de julio de 2010 Rodrigo Castañón envió correo a funcionarios de la APA, incluyendo Juan Miguel Ovalle y María Soledad Valenzuela, adjuntando una minuta para la sesión del directorio del día 27 de julio de 2010. Se contiene en él un informe de mercado, el resultado de las proyecciones del primer semestre de 2010 y una proyección ajustada para el segundo semestre de ese año.

74.- El 27 de julio de 2010 se lleva a cabo la reunión de directorio de la APA.

75.- El 22 de noviembre de 2010, María Soledad Valenzuela citó a los ejecutivos de las tres empresas requeridas y de Sopraval (relacionada con Agrosuper) a reunión de Comité de Estudios para el día jueves 2 de diciembre de 2010 en las oficina de la APA, con la finalidad de presentarles los resultados de las estimaciones de las proyecciones de consumo para el año 2011. El día 24 de noviembre de 2010 María Soledad Valenzuela modificó el horario de la reunión.

76.- El 27 de diciembre de 2010, María Soledad Valenzuela de la APA remite correo electrónico a Pablo Covarrubias de Don Pollo, adjuntándole dos proyecciones de consumo y venta nacional de carne de pollo para las 52 semanas del año 2011.

77.- El 5 de enero de 2011, María Soledad Valenzuela, de la APA, remite a Ismael Correa de Ariztía un archivo adjunto que contiene dos cuadros con estimaciones de consumo de carne de pollo para el 2011.

78.- El 12 de enero de 2011 se procedió por la FNE al registro e incautación de objetos y documentos en dependencias de la APA y de Don Pollo.

Cuadragésimo séptimo: Que los antecedentes fácticos consignados en el fundamento precedente, apreciados conforme a las reglas de la sana crítica, llevan a

compartir la conclusión del TDLC en cuanto por su contundencia, claridad y coherencia permiten sostener de manera concluyente -como se determinó especialmente en los fundamentos 131, 132 y 149 del fallo en examen- que existió un acuerdo entre las tres avícolas requeridas, coordinado por la APA, en relación a una variable de competencia consistente en la limitación de la producción y asignación de cuotas de producción de carne destinada al mercado nacional.

Por otra parte es útil también para estos efectos hacer constar que el fallo en estudio determinó que desde el punto de vista de la teoría económica, la función de demanda representa una relación entre precio y cantidad demandada, de tal forma que conociendo con precisión la primera (función de demanda) es posible obtener un determinado precio como resultado del mercado, si es que se fija la cantidad en el nivel correspondiente a dicho precio en la función de demanda.

Luego, en armonía con lo recién expuesto y en relación a las particularidades del proceso de proyección de demanda descrito en los antecedentes probatorios examinados, el TDLC concluyó fundadamente que en la especie las requeridas, incluyendo a la APA, no realizaron un mero ejercicio de proyección como suele ocurrir, sino que tales proyecciones elaboradas en conjunto con la APA apuntaban

implícitamente a la fluctuación de precios esperada, restringiendo o suprimiendo la competencia entre los partícipes.

Es así como, para materializar dicho acuerdo, la APA, utilizando la información propia de cargas actuales y futuras, de ventas y stocks, entregada por las empresas requeridas, elaboraba proyecciones anuales de consumo de demanda de carne de pollo al término de cada año, cuyo total distribuía semanalmente y finalmente entregaba a dichas empresas. Sin perjuicio de ello, la misma asociación, con la finalidad de evitar excesos de oferta y mantener la influencia en los precios del producto, coordinaba durante el año diversos ajustes a las cantidades de producción asignadas a las empresas requeridas. Adicionalmente, la APA sugería medidas para restringir las cargas, tales como eliminar crías recién nacidas, congelar producción o aumentar la exportación.

Cuadragésimo octavo: Que en razón de lo que acaba de consignarse corresponde desestimar las alegaciones de los involucrados tendientes a negar la existencia de un acuerdo anticompetitivo, pues obra en contra de ese planteamiento el cúmulo de antecedentes que han sido ponderados por el tribunal a quo, en la forma dispuesta por el artículo 22 del DL 211, de los que surgen además las siguientes reflexiones:

A.- La piedra angular de las conclusiones incriminatorias fluye de la propia literalidad de las comunicaciones que tuvieron lugar entre los altos ejecutivos de las empresas recurridas y el Presidente de la APA, o de alguno de sus funcionarios. En efecto, en gran parte de esas comunicaciones se alude directamente a un acuerdo o convenio entre las partes. De este modo el contenido y la forma de las expresiones vertidas en los correos electrónicos constituye un antecedente determinante para esta Corte acerca del direccionamiento de la voluntad de las tres empresas implicadas en orden a conducirse en el mercado de una manera determinada, esto es, de coordinarse bajo el amparo de una asociación gremial para controlar la producción de un producto y asignarse cantidades de producción.

Desde luego, no existe objeción alguna válida o motivo que permita privar de valor probatorio a los correos electrónicos individualizados en el fundamento precedente, elementos que, a juicio de esta Corte, constituyen prueba dura que acredita el acuerdo colusorio. Tales documentos, además de ser lo suficientemente explícitos para otorgarles esa calidad y valor, son además coincidentes con los elementos de juicio que motivaron las reflexiones que siguen.

B.- La sucesión temporal próxima y entrelazada de los correos electrónicos revela que el acuerdo se encontraba en permanente desarrollo y ejecución, así como su efecto vinculante.

En general, las recomendaciones de ajustes en las cantidades de producción -que suman más de diez- basadas en la información extraída de las empresas requeridas aluden expresamente a modificaciones en la producción futura. Esto significa claramente, conforme a las reglas concluyentes del buen juicio, que el acuerdo tenía un alto grado de desarrollo efectivo y de cumplimiento, pues resultaría ilógico que durante tan extenso periodo de ejecución, según se dejó dicho en el motivo trigésimo -2000 a 2010-, se generaran organizadamente constantes recomendaciones de ajustes de cantidades de producción para luego estimar que sus destinatarios no se habrían sujetado en modo alguno a ellas.

Es más, en alguna época las empresas requeridas operaron con la modalidad de la ocupación de saldos o remanentes -la "cuenta corriente"- de las cantidades de producción asignadas, aludiendo con ello a la diferencia entre la cuota asignada y la venta efectiva. En todo caso, en repetidas oportunidades aparece la constatación de haberse comparado la venta efectiva con la cuota asignada a cada empresa. Existe además constancia de monitoreo, pues, según

se vio, en algún momento surgen expresiones de reproche contra la empresa Don Pollo por haber superado en su producción la cuota que le había sido asignada. La misma empresa intentó alguna vez cambiar el objeto directo del acuerdo, esto es, en lugar de asignación de cuotas de producción propuso la modificación de los precios, lo que no fue aceptado en función de la estrategia acordada con los otros competidores.

Existe además evidencia de expresas alusiones a las medidas que resultaban, a juicio de la APA, necesarias para reducir la producción ya cargada, como la matanza de crías recién nacidas, o congelar producción.

C.- Las empresas requeridas mantuvieron, durante todo el período de perpetración del ilícito, porcentajes similares a los que tenían en relación a su participación en el mercado.

D.- Los representantes de las empresas implicadas no entregaron explicaciones razonables acerca del contenido de las comunicaciones referidas en el fundamento cuadragésimo sexto. De esta forma no es posible atribuir valor a sus argumentaciones, desligadas de los antecedentes probatorios considerados en el establecimiento del elemento medular del ilícito, esto es, del acuerdo colusorio. Fundamentalmente, en relación a aquellos antecedentes, se expresó:

1) A fojas 12.799 Juan Miguel Ovalle, de la APA, indicó: "...no lo puedo explicar porque no lo recuerdo ni reconozco las circunstancias en que se puede haber enviado (...) no reconozco ni recuerdo este correo";

2) A fojas 12.807, José Guzmán, de Agrosuper, asevera: "no me acuerdo (...) no sé a qué acuerdo se puede referir el correo electrónico;

3) A fojas 12.834, Ismael Correa, de Ariztía, indica: "desconozco a que se refiere, la expresión acuerdos suscritos. No tengo respuesta por qué Ariztía y Súperpollo debían disminuir su oferta semanal durante las próximas 10 semanas porque desconozco el acuerdo que aquí hace referencia"; y

4) Ramón Covarrubias, de Don Pollo, a fojas 12872 no pudo explicar el sentido del correo de 14 de noviembre de 2005;

E.- Es útil consignar además que quienes participaron en esas comunicaciones -calificándolas en ocasiones de confidenciales o privadas- fueron sólo los altos ejecutivos de las empresas requeridas -o sus relacionadas-, quedando al margen de esta dinámica otras empresas que también producían carne de pollo a nivel nacional y que se no encontraban asociadas a la APA, como Santa Rosa, cuyo representante fue también invitado a participar en la coordinación, sin éxito.

Cuadragésimo noveno: Que el conjunto de evidencias duras y directas que se han descrito torna innecesario el análisis de otros elementos de prueba que el tribunal emplea de modo sobreabundante y que las reclamantes se esfuerzan por desvirtuar, mismas que, como ya se indicó en el fundamento trigésimo primero, no son indispensables para la configuración del ilícito, como la adquisición conjunta de otras empresas avícolas, el acuerdo acerca del rotulado del porcentaje del contenido del marinado, así como los problemas relativos a las cuotas de exportación.

Quincuagésimo: Que resulta pertinente sobre este particular precisar que el artículo 26 del Decreto Ley N° 211 prescribe: "La sentencia definitiva será fundada, debiendo enunciar los fundamentos de hecho, de derecho y económicos con arreglo a los cuales se pronuncia". En lo que concierne a los fundamentos económicos conviene hacer constar que con arreglo a la doctrina económica se reconocen dos tipos de competencia: la competencia perfecta y la competencia imperfecta. Se ha indicado que estos tipos de competencia se diferencian en la capacidad que tienen oferentes y demandantes para influir en el precio de mercado de los bienes y servicios transados, cobrando además importancia otros factores tales como atonicidad del mercado, homogeneidad del producto, transparencia del mercado, libre

entrada y salida del mercado y total movilidad de los factores productivos.

Quincuagésimo primero: Que, por otra parte, conviene hacer referencia a la concurrencia o elaboración de ciertos signos o factores en la industria cuya presencia ayuda a reconocer la existencia de un cartel, o figura de colusión, tales como:

1.- La circunstancia de resultar difícil para nuevos proveedores o vendedores el ingreso a la industria de que se trata. Este factor es posible de visibilizar en la especie en tanto quedó establecido que existe un sistema de integración vertical (reproducción, crianza, faena, comercialización) en el mercado de la carne fresca de pollo, lo que naturalmente importa el requerimiento de un nivel de inversión alto (una granja de reproducción, una planta faenadora, costos de transporte). Cabe hacer notar que las tres empresas requeridas se han mantenido durante el periodo colusorio como las tres más importantes avícolas de producción a nivel nacional, sin que conste el ingreso de algún nuevo competidor directo. En el ámbito de los importadores, resultó también evidenciado que carecen, a nivel nacional, de la cobertura para la distribución de pollo fresco.

2.- La presencia de sólo un pequeño grupo de proveedores que controla la mayor parte del mercado, existiendo una

masa importante de compradores. También es posible de constatar este factor en la especie, por cuanto son sólo las tres empresas requeridas las que concentran aproximadamente el 85% de participación del mercado de producción y comercialización del pollo.

3.- Es frecuente en un cartel que los proveedores tengan costos similares, o los costos fijos expliquen una alta proporción de los costos totales, elemento éste no determinado en la especie.

4.- Mientras más estandarizado sea un producto más fácil será para los proveedores competidores alcanzar un acuerdo. En el caso concreto sí se presenta la homogeneidad del producto. Incluso se encuentra establecido que el pollo a granel en una época era vendido por los supermercados sin diferenciación de la empresa que lo producía.

5.- Exhibir el producto pocos o ningún sustituto cercano. Dicha característica sí está presente en el caso de la especie según se desarrollará más adelante.

6.- Cuando la demanda por el producto o servicio es estable. Existen fundadas razones -basadas en los porcentajes de participación en el mercado de la carne de pollo o, en el consumo de los habitantes del país- que llevan a concluir que este factor también se encuentra presente.

7.- La participación en el mercado de los oferentes sí es importante en la cartelización. Según se indicó, la participación conjunta de las tres empresas requeridas, es de suyo relevante.

8.- Los precios ofrecidos son similares o idénticos. Sobre este punto, de acuerdo a los antecedentes relativos al mecanismo utilizado para materializar el acuerdo, particularmente en cuanto al modelo de proyección de demanda, es posible apreciar que el precio ofrecido era idéntico.

En relación al aspecto en análisis, el autor Guillermo Canabellas de las Cuevas, señala:

"Entre las condiciones que inciden sobre la probabilidad y gravedad de las prácticas colusivas cabe mencionar las siguientes:

i) En líneas generales, cuanto menor sea el número de empresas que operan en un mercado, más fácil será organizar prácticas colusivas. Debe tenerse en cuenta -además del simple hecho de la dificultad de lograr acuerdos dentro de grupos mayores- que la elevación de precios motivada por las prácticas colusivas crea un incentivo para violar los acuerdos restrictivos de la competencia -pues mayor es el margen de utilidad cuando se aumenta la producción-, así como para quedar fuera de ellos e invadir el mercado que

las empresas participantes en el acuerdo abandonan implícitamente al aumentar sus precios.

ii) La probabilidad de prácticas colusivas es mayor cuanto mayores sean las dificultades para ingresar en el mercado correspondiente. De ser el ingreso fácil, las empresas que están fuera de ese mercado y que no han participado de los acuerdos restrictivos ingresarán rápidamente en el mercado y con su mayor oferta frustrarán tales acuerdos.

iii) La probabilidad de prácticas colusivas es mayor en sectores en que existen empresas líderes. Así, por ejemplo, cuando en un sector existe una empresa que, por su mayor producción y consiguientes economías de escala, tiene costos inferiores a sus competidores, tenderá a crearse una práctica de liderazgo de precios, en el que las empresas menores y menos eficientes imitan los movimientos de precios iniciados por la empresa mayor. Cuando este tipo de prácticas tiene gran raigambre, no es preciso siquiera concertar acuerdos explícitos de precios, pues las empresas del sector moverán unívocamente sus precios sin necesidad de acuerdo alguno" (Derecho Antimonopólico y de defensa de la competencia. Tomo 1. Editorial Heliasta. 2005, pág. 162).

Quincuagésimo segundo: Que cabe desprender de lo anterior que el análisis de los acuerdos horizontales, como la colusión, ha de verificarse sobre la base de criterios

jurídicos y económicos como los recién señalados y atendiendo a las estructuras de mercado. El examen de estas condiciones se conecta con la determinación del mercado relevante, que proporciona los elementos esenciales del comportamiento de los competidores, agentes económicos y participantes en la producción, distribución, comercialización del producto o prestación del servicio. Su determinación es entonces necesaria para establecer uno de los requisitos esenciales del ilícito anticompetitivo, esto es, que el acuerdo colusorio -que se tuvo por establecido- confiera poder de mercado, ello, para la configuración de la figura prevista por el artículo 3° del Decreto Ley N° 211 en los términos que ya se ha explicitado en el presente fallo.

Quincuagésimo tercero: Que a este respecto y al margen del reclamo de Agrosuper -en orden a no haber cumplido el fallo con la exigencia de determinar en la especie el mercado relevante-, las alegaciones de los acusados en general apuntan medularmente a discrepar del concepto de mercado relevante descrito por la FNE, el que cabe inferir de los términos del fallo, en el que no se considera las otras carnes, distintas del pollo ni el pollo congelado, al tiempo que sí lo integran las piezas y partes del pollo (pechuga y trutos), esto es, que estas últimas participan en el mismo mercado de carne de pollo fresca. Se sostiene

además la falta de aptitud del acuerdo colusorio para conferir poder de mercado, o para lesionar la libre competencia, ello sobre la base de insistir en que el producto carne de pollo fresco tendría un sustituto cercano que correspondería a la carne de pollo congelada, misma que en términos generales -a lo menos hasta fines de 2010- corresponde al producto importado.

En su reclamación APA sostuvo que el mercado relevante está integrado por la comercialización del pollo fresco y el congelado (importado), que resultarían ser sustitutos según evidencias económicas, nutricionales, considerando además las preferencias del consumidor y el comportamiento del mercado. Desde el punto de vista económico indica que no se consideraron antecedentes relevantes como: (i) Informe "Análisis de la Competencia en el Mercado Mayorista de Carne de Pollo en Chile", de Montero, Harrington y Gallegos, que refiere a datos obtenidos por un panel de más de 900 clientes de supermercados que en 12 meses compraron casi 5.500 unidades de pollo entero y que más de 1.300 unidades (25%) corresponden a unidades congeladas; (ii) Informe "Análisis del Mercado Mayorista de la Carne de Pollo en Chile", de Echeverría y Morandé; (iii) El informe "El Mercado Relevante de la Carne de Pollo en Chile", de Quiroz y Givovich; (iv) El informe "Análisis Metodológico del Estudio. Un Análisis Económico del Mercado Chileno de

la Carne de Pollo" de Raimundo Soto; (v) Expresa no haberse evaluado qué criterio fue asumido por la Comisión Nacional de Distorsiones, presidida por el Fiscal Nacional Económico, cuando "constató que el producto nacional y el denunciado (importado) son similares en virtud de características físicas, niveles de precios y presentación" (Acta de la Comisión Nacional Encargada de Investigar la Existencia de Distorsiones en el Precio de las Mercaderías Importadas N°300, de 15 de abril de 2008); (vi) Acota que las importaciones ascienden a cerca del 15% de la carne de pollo comercializada. Desde el punto de vista nutricional, la APA expresa que, comparados los componentes nutricionales del pollo de las marcas Súper Pollo (nacional/fresco) y Cresta Roja y Tres Arroyos (importado/congelado) el Instituto de Nutrición y Tecnología de los Alimentos de la Universidad de Chile ("Análisis Estadístico Comparativo de Nutrientes en Distintos Cortes de Carne de Pollo") concluye que no hay diferencias significativas. Desde el punto de vista de las preferencias del consumidor da cuenta de los siguientes antecedentes: a) A partir de los datos obtenidos por un panel de casi 3.000 clientes frecuentes de supermercados y carnicerías, Ipsos Marketing concluye que para un número importante de consumidores es irrelevante la procedencia del producto. Ipsos señala que al consultar a los

entrevistados acerca de si el pollo comprado era importado o nacional aparece un grupo no menor que declara que "no sabe"; b) A partir de una serie de encuestas Sismarket se concluyó que entre los consumidores se percibe una fuerte migración desde el pollo fresco al congelado, ello por múltiples razones, pero básicamente porque "se trata de un pollo menos grasoso, rico, fácil de hacer y barato". En el mismo sentido, BBDO, "Tendencias Alimentos y Categoría IQF"; c) El tribunal reconoce que el consumidor puede congelar los productos como una forma de distribuir su consumo en el tiempo y es lo que se hace una vez adquirido en el almacén o supermercado, consideración que evidencia la sustituibilidad; y d) Las avícolas requeridas incluso han incorporado a su mix de productos piezas congeladas.

Ariztía por su parte esgrime que la jurisprudencia ha admitido que sustitutos imperfectos formen parte de un mismo mercado relevante, como en los casos referidos al mercado de la rosa mosqueta (Sentencia N°10/2004), harinas (Proposición N°12) y levadura fresca e instantánea (Dictamen N°952 de la Comisión Preventiva Central). Manifiesta que el modelo de proyección de demanda considera las importaciones de pollo congelado como un sustituto del pollo fresco, y prueba de ello es que se restaba este rubro para el cálculo de la demanda. Aduce además que se encuentran disponibles para la comercialización de

productos importados numerosos canales de distribución. Los registros del Servicio Nacional de Aduanas, entre otros antecedentes, evidencian que los principales importadores de carne de pollo son las cadenas de supermercados, importantes frigoríficos y distribuidoras de carnes y, especialmente, la cadena de distribución para la carne de vacuno importada, cadenas de casinos, fábricas de cecinas y filiales de grandes empresas productoras extranjeras, que pueden superar conflictos de distribución y cadenas de frío.

Apunta la reclamante mencionada que el tribunal no explica cuáles serían los procesos independientes por los que se determina el precio mayorista del pollo congelado y del pollo fresco. Asevera además que el precio del pollo en el mercado nacional es arbitrado por el precio internacional. Sostiene que ha debido tenerse en cuenta antecedentes como los Informes de Jorge Quiroz y Felipe Givovich ("El Mercado Relevante de la Carne de Pollo en Chile" a fs. 12.029) y de Echeverría y Morandé, que aluden al efecto de la apertura de los mercados sobre los precios domésticos y la incidencia de los bajos costos de transporte, la ausencia de barreras arancelarias y para-arancelarias, destacando las ventajas que exhiben Estados Unidos, Brasil y Argentina como productores. El primer informe mencionado concluye que la variable del precio internacional es altamente

significativa, por lo que cualquier manejo en la cantidad de pollo fresco ofertada no tiene aptitud para modificar los precios ya que los mismos se encuentran dados. A su turno, el Informe "Análisis Metodológico del Estudio "Un Análisis Económico del Mercado Chileno de la Carne de Pollo" de Raimundo Soto, indica que el precio interno del pollo exhibe un alto grado de correlación con los precios internacionales, todo lo cual es confirmado por, Guillermo Díaz del Río (fojas 10.412).

Agrosuper, a su turno, aduce en su reclamo que el mercado relevante corresponde al de piezas y partes de carne de pollo fresco y congelado. Explica haber incurrido en error en la aptitud del modelo de proyección de demanda desarrollado por la APA, que es distinto en un escenario de un mercado de kilos de pollo que en otro de piezas y partes, en que resulta inepto para fijar tales cargas. Expresa que dejaron de considerarse en el fallo antecedentes como el Estudio de Sustituibilidad (capítulo 4 del informe MGH) que trabajó con la data correspondiente a un panel de 2995 consumidores habituales de carne, de una muestra de clientes frecuentes de SMU, los que fueron analizados por 20 meses, concluyéndose que el mercado relevante correspondía a piezas y partes de pollo fresco y congelado. Debió analizarse además, en su concepto, el Informe del INTA (fojas 11148) titulado "Análisis

estadístico comparativo de nutrientes en distintos cortes de carne de pollo"; al tiempo que era necesario acudir al Informe elaborado por IPSOS (fojas 11341) titulado "Hábitos de consumo en el mercado de productos de pollo".

Quincuagésimo cuarto: Que en similares términos de reproche a la falta de análisis de elementos relevantes en el fallo, las requeridas denuncian no haber considerado tampoco el efecto disciplinador de las importaciones.

Ariztía postula que una baja en la producción provoca el aumento de las importaciones y si ello no ha ocurrido en mayor medida es porque el mercado está bien abastecido por un producto de buena calidad y a un precio conveniente. Es así como la baja en la producción por el terremoto de 2010 fue suplida por distintos importadores al punto que, entre fines de febrero y abril de 2010, las importaciones se cuadruplicaron, según la información del Servicio Nacional de Aduanas y de los informes de los economistas Echeverría y Morandé y Daniel Rubinfeld (fojas 10701 y 13649). En el informe de Carlos Furche se señala que las importaciones provienen de "los más importantes proveedores globales, como Estados Unidos, Brasil, Argentina y la Unión Europea". APA argumenta en su recurso que se dejó de ponderar, entre otros, el Informe "Apertura Comercial Negociada: Participación del Sector Privado. Impacto en la Industria Avícola" (fojas 12.029) de Carlos Furche; Carta de Jaime

Campos Quiroga, ex Ministro de Agricultura, en que asevera que Chile es "uno de los países más abiertos del mundo, al punto que las grandes potencias avícolas, como es el caso de Brasil, USA y Argentina, -que objetivamente tienen mayores y mejores ventajas competitivas que las nuestras- pueden acceder al mercado nacional con arancel cero" (fojas 12.020); Era importante analizar que las importaciones de pollo aumentaron de 198 toneladas anuales el año 2000 equivalentes a un 0,05% del consumo total (según Odepa y declaración de María Soledad Valenzuela Molina de fojas 10.330) a casi 75.000 toneladas anuales el 2011 equivalentes a un 15% del consumo total interno de pollo; además en el período 2003-2007 la importación de pollo desde Argentina creció a una tasa promedio anual de 93,3% (Informe Odepa "La Carne de Ave" disponible en www.odepa.gob.cl). Por otra parte, respecto del pollo entero y pechuga deshuesada, al 2003 las importaciones eran inexistentes, mientras que al 2010 alcanzaron el 24% y 26,3%, respectivamente (Montero, Harrington y Gallegos y declaración de Carlos Poblete de fs 11.404). En el mismo sentido alude a otros elementos que considera relevantes para destacar la incidencia creciente de las importaciones. Ariztía señala sobre este punto que el incremento de precio de los productos nacionales genera un aumento de la participación del pollo importado, producto que ingresará

en mejores condiciones de precio. Indica que el tribunal cita parcialmente el informe "Impacto Esperable del Ingreso de Brasil en el Mercado Chileno de Pollo", de Quiroz & Consultores, omitiendo considerar la participación de mercado que podrían adquirir los productos de Estados Unidos, Argentina y la Unión Europea. En el mismo sentido, nombra el informe "Análisis del Mercado Mayorista de la Carne de Pollo en Chile", de Echeverría y Morandé (fs 10.701).

Por su parte Don Pollo manifiesta en su impugnación no haberse valorado el Informe de Raimundo Soto titulado "Análisis Metodológico del Estudio. Un Análisis del Mercado Chileno de la Carne de Pollo" (fojas 10830), así como el Informe de Cristián Echeverría y Felipe Morandé titulado "Análisis del mercado mayorista de la carne de pollo en Chile" (fs. 10751), y otros antecedentes relevantes como el Informe de Carlos Furche titulado "Apertura Comercial Negociada: Participación del Sector Privado" (fojas 11961); la declaración de Julio Sutherland (fojas 2788 vuelta; 2792, 2802); testimonio de Silvio Rostagno (fojas 11001 y 11002); y declaración de Miguel Villalona (fojas 2818). Puntualiza esta reclamante que las importaciones son superiores a su participación para el 2010, es así como según el fallo atacado alcanzaron un 12,1% del mercado, en tanto Don Pollo sólo tenía cerca del 6% de las ventas.

Quincuagésimo quinto: Que en relación a las alegaciones vertidas en los reclamos relativos al mercado relevante, y luego al poder de mercado que el acuerdo estuvo en condiciones de conferir, y/o confirió a las empresas requeridas, conviene en primer lugar formular las siguientes precisiones:

A los efectos de delimitar un mercado relevante ha de considerarse diversos aspectos relacionados con la naturaleza del negocio, porción geográfica, así como otros más específicos, por lo que imperioso resulta distinguir y definir el mercado relevante en cada caso particular.

En doctrina se entiende que el mercado relevante "comprende la totalidad de los productos y servicios que los consumidores consideren intercambiables o sustituibles en razón de sus características, su precio o el uso que se prevea hacer de ellos" (...) Se añade en el texto que al término de este fundamento se cita, que: "Por otro lado, los tipos de elementos que la Comisión considera pertinentes para determinar si dos productos son sustitutivos desde el punto de vista de la demanda pueden clasificarse de la forma siguiente:

-Elementos de prueba de una sustitución en un pasado reciente. En algunos casos, es posible analizar elementos relativos a sucesos o cambios bruscos ocurridos recientemente en el mercado que ofrecen ejemplos reales de

sustitución entre dos productos y que normalmente son fundamentales para la definición de mercado. Si se han producido variaciones de los precios relativos en el pasado (no habiendo variado las demás condiciones), la reacción en relación con las cantidades demandadas será determinante para probar la existencia de una sustituibilidad. La introducción de nuevos productos en el pasado también puede ofrecer información útil, en los casos en que sea posible analizar con precisión los productos cuyas ventas se han reducido como consecuencia de la introducción de un nuevo producto. Sobre este punto podría pensarse que existe sustitución entre producto de la carne de pollo fresco y congelado (importado), a raíz de los sucesos relatados por los implicados con motivo del terremoto de febrero de 2010, en orden a que las importaciones habrían aumentado de manera importante a raíz de la carencia de pollo fresco; sin embargo, a este respecto la FNE hizo presente que el pollo fue importado por las propias empresas requeridas, que luego de requerir las autorizaciones sanitarias pertinentes, descongelaron el pollo para poder comercializarlo como pollo fresco. No existen en consecuencia antecedentes concretos sobre el punto que permitan arribar a alguna conclusión respecto del parámetro analizado.

-Ensayos cuantitativos específicamente concebidos para delimitar los mercados. Dichos ensayos se basan en diversos enfoques econométricos y estadísticos: estimaciones de la elasticidad y de la elasticidad cruzada en función de los precios de la demanda de un producto, ensayos basados en la similitud de la evolución de los precios a lo largo del tiempo, en el análisis de la relación de causalidad entre series de precios, y la similitud de niveles de precios o la convergencia de los mismos. La Comisión tiene en cuenta los elementos cuantitativos disponibles que pueden ser objeto de un análisis minucioso con objeto de determinar las condiciones de sustitución en el pasado.

-Opiniones de clientes y competidores. La Comisión a menudo se pone en contacto con los principales clientes y competidores de las empresas afectadas para obtener sus opiniones acerca de los límites del mercado de producto, así como la mayor parte de los datos que necesita para llegar a una conclusión sobre las dimensiones del mercado. Se tiene en cuenta las respuestas motivadas de los clientes y competidores acerca de lo que ocurriría en caso de producirse un ligero incremento de los precios relativos de los productos considerados en la zona geográfica estudiada (por ejemplo, del 5%-10%), cuando están suficientemente respaldadas por datos reales.

-Preferencias de los consumidores. En el caso de bienes de consumo, puede resultar difícil para la Comisión llegar a conocer directamente la opinión de los consumidores finales acerca de los productos sustitutivos. Los estudios de mercadotecnia que las empresas han encargado en el pasado y utilizan en sus decisiones sobre la fijación de precios o la comercialización de sus productos pueden suministrar a la Comisión información útil para delimitar el mercado de referencia. Los estudios sobre las actitudes y hábitos de consumo de los consumidores, los datos relativos a las características de las compras de los consumidores, las opiniones de los minoristas y, más generalmente, los estudios de mercado transmitidos por las partes y sus competidores se toman en consideración para determinar si una proporción de consumidores significativa desde el punto de vista económico estima que dos productos son sustitutivos, teniéndose también en cuenta la importancia de las marcas para los productos de que se trate...".

-“Obstáculos y costes relacionados con el desplazamiento de la demanda hacia productos sustitutivos. Existen diversos obstáculos y costes que pueden impedir que la Comisión considere que dos productos sustitutivos a primera vista pertenecen a un único mercado de producto. No es posible proporcionar una línea exhaustiva de todos los posibles obstáculos a la sustitución y de sus costes inherentes.

Estos obstáculos o barreras pueden ser de muy distinto origen, y, en sus decisiones, la Comisión se ha visto confrontada con obstáculos reglamentarios u otras formas de intervención estatal, restricciones derivadas de mercados en la fase posterior de la cadena, necesidad de realizar inversiones de capitales específicas o reducciones de la producción con el fin de pasar a utilizar insumos alternativos, localización de los consumidores, inversiones específicas en procesos de producción, inversiones en formación y en capital humano, costes de reequipamiento u otras inversiones, incertidumbre sobre la calidad y reputación de proveedores desconocidos, etc.”

-“Diferentes categorías de clientes y discriminación de precios. La dimensión de un mercado de producto puede reducirse si se considera un grupo diferente de consumidores, que puede constituir un mercado diferenciado y más reducido para el producto considerado cuando dicho grupo puede ser objeto de una discriminación de precios. Esto ocurrirá generalmente cuando se cumplan dos condiciones: (a) que sea posible identificar claramente a qué grupo pertenece un cliente determinado en el momento de vendersele los productos considerados, y b) que no sean realizables los intercambios entre consumidores o el arbitraje por parte de terceros”.

-“La existencia de concentración de mercado, sumada a la existencia de coordinación y acuerdos por parte de las empresas, y la presencia de barreras a la entrada, son fuente y medida del poder de mercado de las empresas que participan de un acuerdo colusorio. Adicionalmente, una demostración de la existencia de poder de mercado por parte de los miembros de un cartel está constituida por la posibilidad que éstos tengan de penalizar a un agente que trate de desviarse de éste, y en el extremo, de excluirlo del mercado relevante” (Derecho de la competencia. Juan Ignacio Signes de Mesa, Isabel Fernández Torres, Mónica Fuentes Navarro. Editorial Thomson Reuters. 2013, páginas 92 y 93).

Quincuagésimo sexto: Que en relación a los distintos aspectos reclamados que se han reseñado en los motivos precedentes el tribunal asentó las siguientes conclusiones:

1.- El mercado relevante es concentrado. En la industria de producción nacional de carne de pollo participaban a lo menos cinco empresas al año 2010: además de las tres empresas requeridas, Santa Rosa y Codipra. La cantidad producida por Santa Rosa es similar a la de Don Pollo y Codipra tiene un nivel de producción relativamente pequeño. En cuanto a la participación en el mercado nacional, el año 2010 Agrosuper tenía un 55,2%, Ariztía un 29% y Don Pollo un 7,6%. En el año 2003 la participación era prácticamente

idéntica: 55,3%, 28,4% y 8,4% para Agrosuper, Ariztía y Don Pollo, respectivamente. Por otra parte Agrosuper también es un oferente importante en la producción de carne de cerdo, pavo y salmón, además de cecinas; al tiempo que Ariztía también participa en la producción de carne de pavo, cecinas y huevos; Don Pollo, por su parte, comercializa además carne de cerdo, cecinas y huevos.

2.- Efecto de las importaciones: En los últimos años han aumentado las importaciones de pollo -producto que ingresa al país en formato congelado-, y ello gracias a que ha operado la eliminación gradual de las barreras al comercio internacional, principalmente con Brasil, Argentina y Estados Unidos. Se consigna que en el año 2003 la participación de las importaciones equivalía al 0.5%, el 2004 el 2,3%, el 2005 un 3,4%, el 2006 un 4,1%, el 2007 un 5,4%, el 2008 un 5,9%, el 2009 un 8,8% y el 2010 un 12,1%. Si se consideran las importaciones en el cálculo de las participaciones de las empresas avícolas requeridas en las ventas de pollo a nivel nacional, los porcentajes en el año 2010 pasan a ser aproximadamente de 49%, 26% y 7%, respectivamente, para Agrosuper, Ariztía y Don Pollo, (82% en total).

Tampoco se espera que las importaciones de pollo alcancen una participación de mercado muy superior a la observada en los últimos años. Siguiendo un informe acompañado por

Agrosuper, se señala que lo relevante, desde la perspectiva de la estabilidad de un cartel, es determinar si las importaciones se expandirían significativamente como respuesta a mayores precios internos. Al observar los datos, es claro que las importaciones de productos de pollo se expandieron en la segunda mitad de la década de 2000, periodo en que se redujeron barreras arancelarias y se autorizó la importación desde diversas plantas extranjeras. Se pudo observar un aumento importante de las importaciones recién en los años 2009 y 2010, lo que indica que en los años previos las importaciones no ejercían ninguna capacidad disciplinadora. Si se añade a esto las diferencias ya descritas, entre el pollo fresco -nacional- y congelado -importado-, que según los mismos autores del Informe son percibidos como distintos por algunos consumidores, ellos señalan que *"no podemos concluir si la oferta de importaciones permite o no la viabilidad de un acuerdo colusivo en el mercado mayorista de carne de pollo"*.

3.- Integración vertical: La industria del pollo se encuentra integrada verticalmente, encargándose las empresas productoras de las distintas etapas del proceso productivo, que comprende las aves reproductoras, la carga de los huevos a las incubadoras, la crianza y engorda de

los pollos, la matanza o beneficio de las aves, el trozado, envasado, etiquetado y distribución del producto final.

4.- Distintos cortes del pollo. La participación de las empresas avícolas requeridas en las ventas totales no ha sido menor al 70%. Adicionalmente, las empresas requeridas participan simultáneamente en la producción y oferta nacional de todas las partes y piezas de pollo que se comercializan en el país, por lo que, de aumentar el consumo de una pieza en particular como reacción a una alza de precio de otra pieza, son esas mismas empresas las que absorben el desvío de demanda. En este contexto el tribunal estima que, sea que se defina un único mercado de "carne de pollo" o tantos mercados como piezas y partes de pollo se comercializan, de todas formas las empresas avícolas requeridas habrían podido alcanzar poder de mercado por medio de un acuerdo.

5.- El pollo congelado y el pollo fresco -a lo menos hasta la fecha de interposición del requerimiento- no eran sustitutos perfectos.

Sobre este particular el fallo consigna que el precio mayorista del pollo congelado y el precio mayorista del pollo fresco se han determinado por procesos prácticamente independientes entre sí (informe de fojas 14.108), lo que reflejaría que, a lo menos hasta la fecha de interposición del requerimiento, el pollo congelado importado no ejercía

una presión competitiva suficiente sobre el precio mayorista del pollo fresco en Chile, o bien que un eventual cartel habría sido lo suficientemente fuerte como para sortear con éxito hasta esa fecha la amenaza de un mayor volumen de importaciones. Lo expresado se explica por diversas razones: (i) por constituir una opción sustitutiva del pollo fresco nacional sólo para una parte de los consumidores; (ii) el hecho de que las requeridas consideren dentro de su modelo de proyección de demanda a las importaciones, restándolas de la demanda nacional residual que ellas enfrentan; (iii) por las limitaciones a la oferta de ese producto, como por ejemplo la falta de capacidad en los canales de distribución y las dificultades de entrada a dichos canales.

Se determinó además que, en cualquier caso, la participación de mercado conjunta de las empresas avícolas requeridas ha sido consistentemente superior al 80% -o 75% si se consideran mercados separados de piezas y partes- en la totalidad del periodo bajo análisis.

6.- Competencia respecto de empresas productoras nacionales no requeridas. Siguiendo el contenido de un Informe acompañado por Agrosuper el fallo esgrime, respecto de la capacidad de respuesta de la oferta no cartelizada, que podría reaccionar a los precios altos del cartel aumentando su oferta y absorbiendo la demanda no satisfecha por el

mismo, y que para que esto ocurra la oferta no cartelizada debe tener una rápida capacidad de respuesta -capacidad ociosa- o ser capaz de entrar a bajo costo y con relativa rapidez. Respecto de los oferentes nacionales distintos de las requeridas, los autores del Informe concluyen que no existe una amenaza seria de entrada por parte de estas nuevas empresas nacionales, asentando que *"la oferta nacional de empresas no-APA permite la viabilidad de un acuerdo colusivo en el mercado mayorista de la carne de pollo"*.

7.- Determinación del mercado relevante. Teniendo en cuenta la baja capacidad de respuesta de una oferta distinta a la de las empresas avícolas requeridas cabe concluir que, ya sea considerando un único mercado de carne de pollo, nacional e importada, un único mercado de carne de pollo tomando en cuenta producción nacional, diversos mercados de partes y piezas de pollo, nacionales e importados, o diversos mercados de partes y piezas de pollo sólo considerando la producción nacional, de todas formas las empresas avícolas requeridas poseían un poder de mercado suficiente como para influir en el resultado del mercado en caso de actuar coordinadamente. Aun en el escenario más favorable para las empresas avícolas requeridas se concluye que el acuerdo les confería poder de mercado.

8.- Homogeneidad del producto: Los distintos productos que las empresas avícolas requeridas ofrecen son bastante homogéneos: pollo entero de una u otra marca, o cortes de una u otra marca.

9.- Estructura de la demanda. La industria chilena de pollo se clasifica en aquella que recibe pedidos pequeños y frecuentes, de modo que una empresa que se desvía puede ganar poco. Existen aumentos de la demanda predecibles, en que una empresa que se desvía de su cuota puede ser castigada. Los cambios impredecibles, por el contrario, debilitan la estabilidad de un cartel, puesto que es difícil identificar para cada una de las empresas si la variación en sus ventas se debió a cambios en la demanda global, o a que uno de los socios está aumentando su producción para desviarse de lo acordado.

10.- Tamaño de los compradores. Si una industria enfrenta compradores grandes, desviarse de un acuerdo podría generar ganancias importantes al miembro del cartel que se desvíe. En este mercado -carne de pollo fresca-, cerca del 50% de las compras corresponde a supermercados; y una proporción importante de ese 50%, a las grandes cadenas. Los autores del informe acompañado por Agrosuper concluyen “[l]os grandes compradores no permiten la viabilidad de que exista un acuerdo colusivo en el mercado mayorista de la carne de pollo”. En opinión del tribunal, sin embargo, esa hipótesis

es muy discutible, puesto que depende en forma importante del grado de competencia en el propio sector supermercadista y de su poder de compra.

11.- Existencia de una asociación gremial. Facilita la adopción de decisiones coordinadas entre sus asociados y fiscaliza su cumplimiento.

12.- Rentas sobrenormales. El tribunal argumentó que la circunstancia de que en ciertos periodos alguna de las empresas que participaron de un acuerdo colusorio no hayan presentado utilidades contables que sean posibles de considerar como "sobrenormales", no es razón suficiente para descartar que dicho acuerdo haya existido, ni para descartar que esas empresas hayan participado del mismo, toda vez que pueden existir diversas razones que expliquen esos resultados, por lo que no considera que el hecho alegado por Ariztía de haber presentado pérdidas contables en varios de los años previos al requerimiento sea una defensa plausible (Considerandos 226 y 229).

Quincuagésimo séptimo: Que en relación a la incidencia de la competencia extranjera en el mercado nacional del pollo fresco, preciso es consignar lo que sigue:

1.- No existen indicios que permitan establecer que los consumidores hayan desplazado o puedan desplazar su preferencia de consumo hacia bienes importados como

respuesta a un cambio en los precios, o a otras variables relevantes.

Se determinó la existencia de una diferencia significativa constante entre los precios entre la carne de pollo fresca y la congelada. A este respecto, el testigo Julio Southerland, Gerente de Carnes y Pescados en Walmart Chile, explica esta situación: "Siempre y cuando pongamos incentivo de precio se lleva (el consumidor) el congelado. O sea, las participaciones que hemos tenido ala fecha se ha logrado básicamente porque tenemos un producto que es más barato que el fresco, por kilo". "TDL: ¿Cuánto más barato es el congelado importado que el fresco? TESTIGO: 10%. TDL: 10% más barato. ¿Y esa proporción se ha mantenido más o menos estable? TESTIGO: Sí, es la filosofía que tenemos como compañía para llevar la categoría..." (fojas 2793). En el mismo sentido, obra la declaración de Fernando Díaz Reineking, ejecutivo a cargo de la administración de las categorías de la línea de carnes en Hipermercados Tottus desde el año 2000 hasta marzo de 2012, quien señala: "La verdad que en un comienzo cuando comenzamos a comercializar el pollo congelado, el consumidor no fue muy receptivo del tipo de producto. Eso nos involucró que para evitar tener problemas de vencimiento, de la vida útil del producto tuviéramos que liquidarlo al costo de compra. Y por eso mencionaba que normalmente el producto se vendía solamente

cuando estaba a muy bajo precio, cuando el diferencial entre el pollo fresco y el congelado era realmente atractivo para el consumidor. FNE: ¿Y cuánto sería ese diferencial, en términos de porcentaje? TESTIGO: estamos hablando tal vez de un 100%" (2847 vta.).

2.- No existen evidencias claras en cuanto a que los productores requeridos hayan elaborado sus estrategias de negocios bajo el supuesto de la realidad de sustitución, en las demandas de los distintos productos.

3.- Existen indicios acerca del tiempo y el costo que implica a un competidor externo aumentar su oferta del producto. Es innegable el conjunto de gastos de transporte, riesgos e imperfecciones de comercialización. Es así que los productores locales controlan los espacios de venta en los canales de comercialización, y por otro lado existe dificultad para que los productos importados accedan a todos los canales de venta en todo el país.

4.- Además de lo anterior, los implicados pueden reforzar su posición de dominio no sólo en lo relativo a la cuota de participación en el mercado, sino también accediendo a otros mercados, como el de la exportación -con el riesgo de incurrir nuevamente en conductas anticompetitivas a través de cuotas de exportación- o a cualquier otro elemento que pueda distorsionar la competencia o establecer barreras de entrada.

5.- La competencia externa presenta diversas limitaciones que deben tenerse en cuenta al evaluársela como mecanismo regulatorio de la competencia interna. En primer término, por la naturaleza del formato de comercialización -pollo congelado- la competencia no puede ejercerse plenamente en todos los canales de distribución.

6.- Por otro lado, el innegable poder de mercado que en su conjunto han adquirido las tres empresas avícolas requeridas, con la coordinación de la APA, les ha permitido controlar la producción pero en función de un límite de precios que las mismas empresas han elegido para evitar crear incentivos a una mayor participación de la competencia externa. De este modo, si bien las empresas no determinan precios más altos -o colusivos- por el riesgo de aumento de la oferta del competidor externo, igualmente operan sobre la base del concepto de precio límite, lo que significa crear un obstáculo al ingreso de nuevos competidores. Por tal razón se ha señalado que conductas de este tipo son antieconómicas para la sociedad en su conjunto, pues reducen la oferta -alejándola de los niveles eficientes de equilibrio- y aumentan controladamente los precios o acuerdan precios límite o techo. En tal sentido, es posible concluir que la disponibilidad de importaciones a lo sumo pone un techo a los precios cobrados por las empresas requeridas, significando con ello algún grado de

restricción al poder de mercado ejercido por éstas, pero no al nivel de desincentivar el acuerdo en estudio, ni significar un eventual riesgo de aumento de las importaciones por parte de los compradores de los productos elaborados por las requeridas.

7.- Sobre este particular esta Corte comparte la conclusión del tribunal cuando sostiene que no existe certeza en orden a que las importaciones de pollo congelado hayan experimentado un aumento significativo. Según se dijo, al 2010 las importaciones no superaban el 15% del mercado, no obstante las mayores facilidades para importar, como la reducción gradual de los aranceles y las ventajas comparativas de que gozan los países proveedores, como Brasil y EE.UU.

Quincuagésimo octavo: Que en razón de lo precedentemente asentado cabe concluir que la aspiración de las reclamantes fue correctamente desechada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, toda vez que en el estado de cosas existente hasta noviembre de 2010 la carne de pollo importada no ha podido ser considerada como un sustituto cercano del producto carne de pollo fresca, lo que determina que un acuerdo colusorio como el atribuido -cuyo objeto es principalmente asignarse cantidades de producción- sólo involucra y favorece directamente a quienes producen ese tipo de bien.

Quincuagésimo noveno: Que no existe tampoco fundamento para concluir que exista un mercado relevante diverso para cada pieza o parte de pollo, atendida la naturaleza del acuerdo imputado, por cuanto al momento de la toma de decisión de cuánto producir, tal determinación ha sido adoptada considerando la limitación de la producción total de pollo entregada por las empresas productoras requeridas, así como también la asignación de cuotas, dentro de esa producción total.

Sexagésimo: Que en la colusión pesquisada -y en el marco de integrar el ilícito de que trata esta causa- no resulta relevante el tamaño de la compañía, o la participación individual de cada empresa implicada en el mercado, sino que es el total intermediado por el conjunto de las requeridas, la modalidad que justifica la delimitación de los contornos del mercado relevante a los efectos de resolver el presente caso, puesto que sin duda es la actuación integrada de las coludidas el elemento gravitante en la dinámica y desarrollo de sus negocios. Además y para reafirmar el poder de mercado que ha significado el acuerdo colusorio, más allá de la participación que las tres avícolas representan -lo que desde luego genera la potencialidad requerida por la ley-, es claro que han tenido la habilidad para actuar con independencia de otros competidores, fijando o estableciendo condiciones que no

habrían podido concretar de no mediar dicho poder, que es suficiente para decidir y obtener la asignación de las cantidades de producción pretendidas. Es de esta forma que se evidencia el efecto anticompetitivo, reconocido por la legislación y propio de los ilícitos anticompetitivos, consistente en la obtención ilegítima de un poder de mercado, modalidad que permite sustituir la competencia por la coordinación entre los oferentes, que representan más del 80% de participación en el mercado relevante.

Sexagésimo primero: Que en consecuencia, en presencia de un mercado relevante en el que los operadores nacionales requeridos tienen una participación de suyo importante, no cabe sino concluir que el acuerdo colusorio ha tenido la aptitud objetiva para conferirles poder de mercado, afectando seriamente el bien jurídico protegido por el legislador, esto es, la libre competencia en los mercados y ello -entre otras vías-, por la de imponer condiciones de mercado uniformes, evitando o entabando la natural intermediación de los bienes.

Sexagésimo segundo: Que en relación al mecanismo que se utilizaba para concretar el acuerdo anticompetitivo, esto es, los ejercicios de proyección de la demanda, Ariztía aduce en su recurso que en este ejercicio no participaban los asociados de APA sino que se verificaba en forma interna e independiente del Departamento de Estudio de la

APA, y en tal proceso no se integraban los precios. Hizo presente que en el expediente de investigación el Gerente de la Sociedad Agrícola Pollos Santa Rosa, Pablo Masoud, afirmó que sí había sido invitado a las reuniones de la APA y que no asistía por opción propia.

Plantea que el modelo no apuntaba a determinar el precio, pues éste lo define el mercado en función del rol de las importaciones y otras variables como el costo de alimentación, precios de combustibles, demanda de los productores de otras carnes, etc.. Destaca que las requeridas participan a un nivel mayorista y están distantes del precio de venta a los consumidores, siendo los canales de distribución y comercialización los que implementan sus políticas de precios.

Asevera desconocer si la APA consultaba a Agrosuper los precios para efectos del modelo, pero en un análisis objetivo estima que si así fuere ello obedecería a que se trata de la empresa líder con mayores ventajas y considerables economías de escala, por lo que debiera tener los costos más bajos, siendo esa información de carácter orientadora. Reflexiona por otra parte que si realmente Agrosuper fijara el precio, carecería de sentido la verificación de un análisis histórico de precios.

Asevera que el tribunal hizo un análisis parcial del documento "Proyección 2010 Estimación cierre a partir del

modelo Quiroz". Indica que este modelo asume que la elasticidad ingreso y la elasticidad precio del pollo entero es cero, por ende, desde el punto de vista económico, no es relevante cuanto varíe el precio, ya que el consumo no variará en función de éste. La razón de haberse presentado cuatro escenarios sin variación en los precios tiene que ver con el análisis en el comportamiento de variables más importantes, a las que el modelo es más sensible como ocurre con el IMACEC que es la proxy del ingreso y además el porcentaje de variación de las importaciones. El informe económico de Joseph Harrington, Juan Pablo Montero y Francisco Gallego sostiene: "A la hora de determinar si existió un acuerdo colusivo no se encontró evidencia de aquello según los distintos test que realizamos (incluso para el mercado de pollo entero). Por ejemplo, se encontró que la APA no consideró las ganancias de las empresas miembro en la "selección" de su proyección de demanda para el año siguiente (que no concuerda con un ejercicio de fijación de cuotas o precios) y que su ejercicio de proyección no incorporaba los precios de productos claves tales como el precio del pollo entero. También encontró que las empresas sistemáticamente se desviaban de las sugerencias de ventas semanales de la APA y de los precios "sugeridos" que se usaron en el ejercicio de proyección de demanda".

Por su parte la APA en su reclamación plantea que las proyecciones anuales de demanda fueron elaboradas por ella en cumplimiento de las finalidades que le son propias y que se usaban como información de referencia para sus asociados, precisando que contienen estimaciones de consumo y no de producción y que sólo considera variables exógenas, que no pueden ser manejadas por la APA ni sus asociados.

Indica que en el informe: "Complementa Informe sobre Disponibilidad y Acceso a Información del Sector Avícola en los Estados Unidos", de Eduardo Santos (fojas 13135), consta que a partir de la información desagregada proporcionada por entidades gremiales o privadas como la U.S. Poultry & EGG Association o Watt es factible elaborar una proyección de la producción avícola de los Estados Unidos para los años siguientes desagregada por empresas.

Manifiesta que la desagregación del ejercicio es aparente.

-Respecto de la información por producto se limita a 4 categorías, en circunstancias que la competencia opera con más de 400 productos diferenciados.

-Proyección por semana y por empresa, resulta de la proyección anual agregada dividida por semanas, según estacionalidad definida por el Departamento de Economía Agraria de la UC (Informe "Desarrollo de un Método Pronósticos Semanales para Carnes de Pollo en Chile", del Departamento de Economía Agraria de la Pontificia

Universidad Católica de Chile, a fojas 2208 de la NUE 757960).

-Por empresa/semana contenida en los correos en que esporádicamente se expresan cargas por empresa, resulta de la proyección anual agregada, fraccionada aritméticamente de acuerdo a la última participación conocida de las empresas y dividida en 52 semanas planas, sin la estacionalidad considerada en la desagregación semanal. Las referencias en los correos a cargas desagregadas por empresa/semana se distancian de la desagregación semanal a la que se ha atribuido ser el instrumento de asignación de cuotas. Los correos con información referente a las cargas anuales desagregadas aritméticamente por empresa/semana no son consistentes con la supuesta sugerencia de cargas derivada de la desagregación semanal contenida en las proyecciones anuales de demanda para cada estación del año. La proyección no establecía un rango en el que fluctuaran los precios para lo cual basta comparar las variaciones de precios utilizadas con las que se registraron en la realidad. En el ejercicio realizado en el periodo enero-mayo 2010 los resultados no coinciden con ninguno de los escenarios analizados internamente por el Departamento de Estudios (fojas 637 NUE 757959), ni en los escenarios presentados al Directorio para el 2010 (fojas 309 NUE 757957).

No se ha enviado una proyección semanal de demanda individualizada por empresa: el ejercicio de distribución trimestral y mensual por empresa eran ejercicios internos para obtener la distribución semanal de la proyección anual de demanda. Tampoco se ha enviado una proyección mensual de demanda total ni por empresas. No entiende la reclamante el fundamento del tribunal para sostener que la supuesta sugerencia se hacía a través de un ajuste mensual o que su seguimiento haya sido mensual.

Niega que Agrosuper fijara o determinara las variaciones de precio para estimar la proyección anual de demanda. En el periodo enero-mayo 2010 se proyectó que el precio del trutro bajaría un 7%, sin embargo, bajó sólo 0,03%; en el precio del cerdo se proyectó un alza de 0,8%, sin embargo subió un 11,7%; sólo hay coincidencia en la variación en el precio de la pechuga de 1%. Sería curioso que Agrosuper fijara las variaciones proyectadas del precio del trutro y que, teniendo esa capacidad, apuntara a una baja del 7%, cuando en realidad el precio prácticamente se mantuvo. Si el propósito era coludirse, pareciera que la colusión no era para hacer subir el precio, sino para obtener pérdidas. Los ajustes a las proyecciones anuales de demanda son mínimos y fueron casuales; asevera que no cumplen un patrón. Las proyecciones de demanda consideran cargas en unidades basadas en kilos de pollo virtuales, determinados

arbitrariamente por una estimación de los kilos de pollo construida a partir de ciertos cortes de pollo (trutro, pechuga y entero) cuyo crecimiento en uno y otro caso se pondera por su participación en las ventas del año anterior, lo que las hace ineficaces para fijar el precio del pollo. La proporción de los cortes de pollo considerados en la proyección anual de demanda (trutro, pechuga y entero) está expuesta a variar de manera impredecible. En el período 2010 en que se proyectó que las importaciones aumentarían en 30% lo hicieron en más de 70% (Fojas 40 NUE 757957), esto es, entraron muchos más trutros de los que se proyectó.

Manifiesta que según Informe "Replicabilidad de los Reportes preparados por APA" (del Departamento de Economía Agraria de la P. Universidad Católica, a fojas 12.711) la información es deducible de uno de los tantos informes públicos, como el denominado "Estadísticas Pecuarias" del INE a través del cual dicho servicio reporta periódicamente antecedentes de producción, ventas y existencias por región, lo que permite deducir la información desagregada por empresas, puesto que, salvo en la Región Metropolitana en la que coexisten las plantas de Don Pollo y Ariztía, no hay más de una planta por región. En lo que se refiere al monitoreo, señala que el tribunal acude a papeles sin firma de los años 1994 y 1995, a un correo electrónico del 2000 y

a otro correo del 2008, a la vez que supone fechas de reuniones de las notas de la agenda de Soledad Valenzuela. En cuanto al cuestionamiento de la información que se hace en el considerando 115, se trata de información que se despachaba mensualmente a través del Informe de Mercado Avícola, que no fue reprochado. Niega que hubiera monitoreado a través de los informes estadísticos sectoriales, ni por ninguna otra vía, alguna suerte de acuerdo en cuestión.

A su turno, Agrosuper esgrimió la legitimidad de dichos ejercicios que resultan ser lícitos y comunes en la mayoría de los mercados nacionales y extranjeros. Como tales no tienen aptitud para fijar cuotas en un mercado relevante constituido por piezas y partes de carne de pollo. Añade que debió considerarse que el informe de MHG señala que el ejercicio de proyección no fija cuotas pues falla en seleccionar una cuota anual más rentable para sus empresas miembros y en incorporar la influencia que los miembros APA pudieren potencialmente tener en los precios del pollo entero y otras partes, salvo pechugas y trutros.

Sexagésimo tercero: Que además de lo antes consignado las requeridas esgrimieron como defensa común que no habían seguido las sugerencias de la APA.

Ariztía sobre este punto manifiesta que el tribunal sustenta sus conclusiones en un informe elaborado por un

empleado de la Fiscalía, que como tal no es más que la opinión de una parte interesada. Agrega que se omitió analizar el informe de la Facultad de Ciencias Agronómicas de la Universidad de Chile (fojas 13.864) denominado "Comparación de volúmenes de ventas de pollos de Empresas Ariztía S.A. y sus empresas relacionadas, con la proyección y los ajustes sugeridos por la Asociación de Productores de Pollos Avícolas de Chile A.C". El informe aporta indicadores para evaluar el nivel de seguimiento de las sugerencias APA, en tanto que el de la Fiscalía se limita a revisar los indicadores utilizados por el informe acompañado por Agrosuper correspondiente a la desviación absoluta media ("MAD") y el error porcentual absoluto medio ("MAPE"). El informe de la Facultad de Ciencias Agronómicas utiliza dos indicadores adicionales, el "Prueba t de Student" y el "coeficiente de variación", los cuales implicaron un análisis más completo y a partir de los cuales se concluye: "Los resultados de la aplicación de las pruebas estadísticas t de Student y coeficiente de variación no evidencian la existencia de un mecanismo de coordinación ni una estrategia de seguimiento por parte de Ariztía a lo proyectado o sugerido por APA, en términos de la evolución de los volúmenes de venta en el periodo analizado" (fojas 13864-14777). En el considerando 269 la cita es parcial pues no menciona esos dos indicadores ni se

hace cargo de sus conclusiones. Además no es correcto que el informe de la Fiscalía use medidas mensuales o anuales para analizar el seguimiento de las sugerencias, si éstas tenían una delimitación semanal. En un escenario de recomendaciones semanales es metodológicamente correcto que las desviaciones se midan semanalmente y en valores absolutos. En el análisis de seguimiento no hay evidencia que acredite la aplicación de sanciones o de una amenaza creíble de sanción ante el desvío.

Adicionalmente Ariztía niega que haya limitado su producción aseverando que operó siempre al máximo de su capacidad instalada, buscando alguna estrategia para diferenciarse de sus competidores.

Por su parte la APA aduce que las supuestas cuotas sugeridas no se siguieron y las participaciones de mercado variaron, por lo que los instrumentos que se suponía fueron utilizados para coordinar y monitorear el acuerdo no eran idóneos. Señala que la tesis del seguimiento mensual se cae por la naturaleza del ciclo productivo del pollo, que es semanal.

Agrosuper expresa sobre el particular que no usó la información entregada por la APA para planificar su producción y venta. El análisis se efectuó con distintos niveles de rezago de una a treinta semanas y el resultado fue negativo. Enfatiza que la sentencia (considerandos 280

y 281) se sustrae de la prueba técnica (informe Dictuc) y económica (informe MGH) que luego de analizar las sugerencias de la APA y compararlas con las ventas efectivas de piezas y partes de pollo en el mercado nacional efectuadas por Agrosuper en cada semana durante el periodo analizado, demuestra que no siguió las sugerencias y que semana a semana hubo desvíos relevantes. Expresa que la sentencia dice: "no se desviaron en forma importante", sin dar las razones lógicas, técnicas, económicas o de experiencia en virtud de las cuales estima que no existe un desvío significativo, cuestión que no aparece atendible por cuanto muchas semanas el desvío de Agrosuper equivalía a toda la producción de Don Pollo. Señala que la única prueba rendida por la FNE corresponde a un informe emanado de un funcionario de la División de Litigios de la FNE, por lo que no es más que una opinión de parte y, en cuanto al fondo, el informe refiere a una hipótesis de cumplimiento en periodos mensuales móviles que carece de rigor técnico y validez científica en su análisis. Expresa que de la prueba documental fluye que siempre que se hizo una sugerencia, o un ajuste a la sugerencia, lo fue semanalmente, ello porque además la industria funciona bajo el esquema de cargas semanales.

Adicionalmente hace constar que en carteles entre competidores asimétricos se evidencian problemas de desvíos

que en la especie no se presentan. Concretamente en lo que respecta a los ajustes de que dan cuenta determinados documentos -que son para todas las avícolas requeridas a la vez- han obedecido sólo a razones de mercado.

Don Pollo hace valer sobre este punto que no hay prueba respecto del seguimiento de las sugerencias de APA. Es así que cuando manifestó su acuerdo por correo electrónico con un determinado curso de acción, de la prueba aportada llegó a determinarse que no lo siguió. Explica que la FNE presentó un informe de seguimiento de las proyecciones pero referido a que el conjunto de las tres empresas, la suma se acercaba a la proyección, sin desagregar el cumplimiento de las cuotas (fojas 14067).

Sexagésimo cuarto: Que en relación a los aspectos recién aludidos el TDLC ha asentado que la APA a fin de cada año elaboraba proyecciones anuales de demanda de carne de pollo, obteniendo una proyección semanal de ventas para el año siguiente. El procedimiento se ejecutaba a partir de 1995 y tuvo ciertas modificaciones, pero manteniendo el espíritu original concerniente en obtener el crecimiento de las ventas a partir de un análisis de elasticidades precio -del pollo y de otras carnes- y la elasticidad respecto del ingreso, para posteriormente llegar a distribuir en forma semanal la proyección anual obtenida, considerando la distribución histórica del consumo a lo largo de las

distintas semanas del año. Para confeccionar dichas proyecciones, el Departamento de Estudios de la APA empleaba un procedimiento que contempla las siguientes etapas: (Motivos 150 a 153)

1° Se estima la demanda total de pollo al cierre del año en que se efectúa la predicción. La APA consideraba la información de ventas de las avícolas requeridas con que se contaba a esa fecha, el stock o inventario y un análisis del comportamiento histórico de tales variables con el objeto de identificar tendencias para los últimos meses del año. A partir del 2009 contaba además con información sobre los pollos a faenar semanalmente por las avícolas (Fundamentos 154 y 155).

2° Luego se proyecta el crecimiento del consumo nacional de carne de pollo, el que, a lo menos desde el 2008, se basaba en un estudio contratado por la APA a un consultor externo. Se consideran las variaciones proyectadas de ciertos elementos (precios del pollo, de la carne de cerdo, de vacuno e ingreso real) y las elasticidades entre dichas variables y la demanda de carne de pollo. A partir de esas elasticidades se obtiene la variación en el consumo de pollo ante la variación de cada uno de los factores que se consideran para la proyección. A partir del cambio proyectado en las distintas variables, la APA obtenía los crecimientos esperados en el consumo del trutro y de la

pechuga, los que resultan de sumar los productos de: (i) la variación del precio del trutro o pechuga, según el caso, por la elasticidad precio propia de la parte correspondiente (trutro o pechuga); (ii) la variación del precio del cerdo por la elasticidad precio cruzada de la parte respecto del precio de la carne de cerdo; (iii) la variación del precio de la carne de vacuno por la elasticidad precio cruzada de la parte respecto del precio de la carne de vacuno; y, (iv) la variación del ingreso por la elasticidad ingreso de la parte de pollo (trutro o pechuga).

Una vez obtenido el crecimiento proyectado para los distintos tipos de corte -pechuga, trutro y pollo entero-, la APA calculaba el crecimiento proyectado del consumo nacional de pollo como un promedio ponderado entre dichos valores, según la participación relativa de los cortes en el consumo del año anterior. A partir de esta cifra y de la estimación de las ventas de pollo para el cierre del año en el que se verificaba la estimación se obtenía la proyección del consumo total doméstico para el año siguiente (Considerandos 156, 157, 161, 163 y 164).

3° En una tercera etapa, la APA proyectaba el crecimiento de las ventas de cada miembro. Para ello se estimaban las variaciones que experimentarían las ventas de pollo importado y de las empresas que no forman parte de la APA,

a fin de restarlas de la proyección del consumo doméstico total, obteniendo la proyección de las ventas nacionales de las empresas avícolas requeridas. Dichas ventas se comparaban con las proyectadas para el cierre del año corriente -calculadas en el primer paso- a fin de obtener el porcentaje de crecimiento de las ventas vía APA. Para determinar el crecimiento en las importaciones se utilizaba información histórica. El crecimiento en las ventas de los productores que no son miembros de la APA también se determinaba sobre una base histórica, pero considerando un periodo más largo. El ejercicio descrito se efectuaba para distintos escenarios de las variables proyectadas. Los escenarios de proyecciones de venta estimados eran expuestos al Directorio de la APA -en el que sólo participaban altos ejecutivos de las empresas requeridas-, ya sea en sesiones formales de directorio o en reuniones especialmente convocadas al efecto (Considerandos 165, 166 y 167).

4° Determinado el escenario, a partir de la estimación del crecimiento anual de las ventas APA resultante, se estimaban las ventas mensuales y semanales de las avícolas. La APA utilizaba la estimación anual para determinar una distribución trimestral, empleando para ello "la distribución del último año o bien, por ejemplo promediar los últimos 3 años". Luego, se determinaba la distribución

semanal de ventas, considerando diversos hechos que inciden en los patrones de compra (Semana Santa, Fiestas Patrias, Navidad, Año Nuevo, fin de mes, fines de semana largos, etcétera). A partir de la estimación de las ventas semanales, la APA proyectaba las ventas mensuales y diarias (Considerando 168).

Sexagésimo quinto: Que de lo anterior, el tribunal concluye que el procedimiento de proyección de demanda genera una instancia en la que los actores -que representan más del noventa por ciento de la producción nacional de carne de pollo- discuten en conjunto el precio futuro del pollo, pues este último es una de las variables significativas que determinan la cantidad de carne de pollo a ser consumida. Las requeridas mediante la proyección anotada apuntaban -en forma implícita y posiblemente imperfecta, debido a las complejidades que tiene estimar empíricamente la función de demanda- al rango en el que pretendían que fluctuaran los precios a través de la definición coordinada de un determinado nivel de producción.

Este ejercicio constituye una colusión, entendida como un acuerdo respecto de la cantidad a producir con miras a alcanzar determinados precios o rangos de precios, restringiendo o suprimiendo la competencia entre sus partícipes (Motivaciones 170 y 178).

Se hace constar además que las cuotas de producción fijadas para Agrosuper, Ariztía y Don Pollo en virtud del acuerdo fueron variando en el tiempo por diversas razones (Considerando 185).

Se expresa además que la información que las empresas requeridas enviaban semanalmente a la APA consistía principalmente en las cargas, esto es, huevos cargados en incubadoras, producción (en kilos) y venta (en unidades, kilos y valores). Respecto de la información de cargas - histórica y futura-, no es entregada a organismos públicos, por lo que la única vía por la que la APA podía acceder a ella consistía en su entrega directa por las asociadas. Esta información conduce a una conclusión relevante toda vez que las cargas tienen correspondencia con la producción futura de cada empresa y, por tanto, no tiene carácter histórico. Resulta aún más grave que la APA haya compartido con las avícolas requeridas la información de cargas descrita, ya que el acceso a esa información permite a cada empresa conocer la producción inmediatamente futura de sus competidores, y eventualmente monitorear desvíos de un acuerdo de producción. Las empresas requeridas remitieron a la APA información semanal relativa a ventas, en unidades y kilos, de pollo entero, pechugas, trutros y ADM, además información de mermas, stock o inventario nacional y de exportación de pollo entero, pechugas, pulpas y otros.

También enviaron información de ventas en valor, con periodicidad mensual. La información era recopilada por APA y posteriormente enviada de vuelta a las empresas, desglosada por empresa, a lo menos hasta la semana vigésimo primera del año 2010. La información intercambiada por medio de la APA no se encuentra disponible en fuentes públicas.

Se ha tenido por otra parte en consideración que cualquier empresa puede realizar estimaciones de las ventas de sus competidoras basándose en sus propios parámetros de producción; la riqueza de la información obtenida no es comparable a la que se puede obtener mediante el acceso a la información real de producción, ventas y stocks o inventarios de sus principales competidoras, desglosadas por empresa. Esta información permite conocer el comportamiento de las empresas en el mercado, y eventualmente monitorear el grado de cumplimiento de un acuerdo. La información intercambiada era estratégica, con un nivel de desagregación más alto que el observado incluso en economías más desarrolladas que la chilena. La venta real de cada empresa era comparada por la APA con el rango de cargas sugeridas para cada una; además, la información agregada de sus ventas también era comparada por la APA con la proyección de ventas para el respectivo año; así como la información agregada de sus ventas efectivas también era

comparada por la APA con las cargas que las mismas le reportaban. Además de lo anterior; también la APA recopilaba información sobre la evolución de los stocks o inventarios de las empresas requeridas (Fundamentos 232, 233, 234, 235, 236, 240, 244, 254 y 256).

Sexagésimo sexto: Que en concordancia con lo anterior el tribunal razona que no obstante haber evidenciado desvíos importantes de las ventas respecto de las sugerencias de carga a nivel semanal por las empresas requeridas, sin embargo tales desviaciones se compensarían al agregar los datos a periodos más largos. A nivel mensual y anual se observa una correlación importante entre ventas y sugerencias. Es suficiente la evidencia de seguimiento a nivel mensual -a pesar de que las sugerencias de carga se efectuaban a nivel semanal- ya que la misma APA reconoce que el modelo de estimación de demanda no puede ser evaluado por su desempeño semanal (fundamento 279). No se cuenta con evidencia inequívoca de seguimiento estricto y sin variaciones a las sugerencias de producción de la APA por las empresas requeridas, toda vez que ciertos detalles relativos a la operación del acuerdo en la práctica no fueron abordados por la evidencia aportada por la FNE, en particular, aspectos que hacen que no resulte del todo evidenciado que las sugerencias de carga o de producción se hayan traducido en ventas. Esto último obedece a que no

existe una relación lineal entre unidades cargadas y producción en kilos, por las eventuales mermas en el proceso y diferencias en el peso de las aves al ser faenadas; habrían además jugado los stocks o inventarios en el acuerdo y tampoco es claro cómo lidiaba el cartel con el hecho que, por un lado, cada avícola requerida debía determinar la cantidad de pollos a trozar y, por otro, la distinción entre cargas destinadas al mercado nacional y a exportación no es dicotómica, ya que algunas de las partes del pollo se exportan (principalmente pechuga y alas) y otras no (principalmente trutros). Sin embargo y pese a los detalles que no pudieron esclarecerse en cuanto a la modalidad específica utilizada por el cartel para monitorear el cumplimiento de los acuerdos -lo que impide desarrollar un modelo que permita determinar con precisión el grado de seguimiento de las avícolas- tal dificultad no obsta en modo alguno a la determinación de haber mediado una correlación de suyo importante entre las sugerencias de la APA y las ventas de las empresas, a lo menos a nivel mensual, lo que es consistente con el cartel acreditado (Considerando 268, 279, 280 y 281).

Sexagésimo séptimo: Que en las condiciones antes descritas los planteamientos de las entidades requeridas no pueden ser aceptados, por cuanto el modelo de proyección de demanda utilizado por ellas ha sido intrínsecamente

colusivo. En efecto, de los antecedentes aparejados no es posible concluir que sus patrones de comportamiento no respondieron a políticas individuales de cantidades de producción, sino que por el contrario ha quedado en evidencia que dan satisfacción a un parámetro de conducta de carácter coordinado en la proyección para luego ser monitoreados los acuerdos a través de la asociación que los agrupaba, dinámica que definitivamente no es consistente con un escenario de competencia, sino específicamente con uno colusivo, en el que todas las requeridas contaban con información previa de su competidor sobre cargas y producción futura, de stocks o inventarios y de ventas, para así ser capaces de monitorear el cumplimiento de la cuota asignada. Es claro además que se convenían variaciones en las cantidades de producción, e incluso se adoptaron medidas para modificar la producción ya cargada. Carece de justificación la defensa de las requeridas frente al mérito de los correos electrónicos a que se aludió en el considerando 46 en que explícitamente se hace referencia a la medida conjunta de matanza de crías recién nacidas y de congelar productos. En conclusión, la colusión perseguida tuvo la aptitud causal para restringir gravemente la libre competencia en el mercado relevante y que dicha restricción efectivamente se produjo.

Sexagésimo octavo: Que, por otra parte, es necesario destacar que el modelo de proyección de demanda tiene una raíz ilícita, desde que los implicados decidieron conjuntamente intercambiar información para que la asociación gremial que los reúne la empleara con el objeto de asignar las cantidades de producción. Sobre este particular se ha expresado: "Según la jurisprudencia en materia de acuerdos sobre intercambio de información, tales acuerdos son contrarios a las normas sobre la competencia en la medida en que debilitan o suprimen el grado de incertidumbre sobre el funcionamiento del mercado de que se trate, con la consecuencia de que restringen la competencia entre las empresas (sentencias Deere/Comisión, antes citada, apartado 90, y de 2 de octubre de 2003, Thyssen Stahl/Comisión, C-194/99 P, Rec. p. I-10821, apartado 81)" (...). "Por consiguiente, según resulta del apartado 49 de la presente sentencia, la compatibilidad de un sistema de intercambio de información, como el Registro, con las normas comunitarias sobre la competencia no puede apreciarse de manera abstracta. Depende de las condiciones económicas en los mercados pertinentes y de las características propias del sistema de que se trate, tales como, entre otras, su finalidad, las condiciones de acceso y de participación en el intercambio de información, así como la naturaleza de los datos intercambiados -pues estos

pueden ser, por ejemplo, públicos o confidenciales, globales o detallados, históricos o actuales,-. La periodicidad de los mismos y su importancia para la fijación de los precios, los volúmenes o las condiciones de la prestación" (Derecho de la Competencia. Juan Ignacio Signes de Mesa, Isabel Fernández Torres, Mónica Fuentes Navarro. Editorial Thomson Reuters. 2013, página 159). Se encuentra acreditado que la información intercambiada en parte es confidencial, detallada, actual y futura, pues no existe ningún documento de acceso público que permita conocer esos datos, menos avizorar cuál será la producción de una empresa, destacando que ese intercambio de información es la base del funcionamiento del modelo. En relación a los orígenes cabe destacar que el Convenio de 1995, en lo pertinente, se pactó en los siguientes términos: "Información: Los suscriptores entregarán semanal y mensualmente la siguiente información: cargas, nacimientos, producción en kilos, venta en unidades, kilos y valores. Esta información será globalizada y entregada a cada uno". La naturaleza de la información aparece clarificada con los elementos que entrega el proceso: Declaración de Ramón Covarrubias Matte (fojas 10483) FNE: ¿Por qué usted estima que son personales? (los stocks): Porque sí, ¿por qué yo tengo que contarle a mi competencia lo que yo tengo o no tengo? No, eso es mío. FNE: Y las

ventas ¿Por qué usted cree que si es un tema que se puede tratar en una reunión de...? RCM: Porque son pasadas, ya se fueron las ventas. Y además yo tengo que informar a la ODEPA toda la producción y eso es público. FNE: Pero ¿Por qué la información de stock es tan sensible a la pasada y por qué la información de venta no es tan sensible para los pollos? RCM: Porque la venta es una información pública, el stock no es público. FNE: ¿Usted no da información de stock a ODEPA? RCM: No, el stock es mío"; la Oficina de Desarrollo de Producción Agropecuaria, respondiendo un oficio indicó que respecto de la información recibida de las empresas productoras requeridas, señaló: "d. Ventas desagregadas por empresa productora. No se dispone de esta información e. Stock congelado por empresa No se dispone de esta información" (fojas 2885).

Como se aprecia la información intercambiada sobre cargas actuales y futuras, ventas, stocks, entre otros, ha permitido comparar permanentemente los datos proyectados y las ventas reales informadas, como parte de una acción concertada. Este mecanismo de intercambio de información indudablemente facilita la concertación de las conductas de las participantes requeridas, lo que ratifica su ilicitud al emitirse las sugerencias o indicaciones respecto de la acción a seguir por esas empresas.

Sexagésimo noveno: Que en relación a las recomendaciones de cantidades sobre producción y de restricción de los volúmenes ofrecidos por empresas asociadas sólo cabe calificar aquéllas como instrumentos para la concertación de las conductas, que resultan ser necesariamente restrictivos de la competencia pues afectan la independencia entre competidores, elemento este esencial de la competencia, produciéndose finalmente y como efecto natural un impacto sobre los precios de los bienes. Por otra parte, el mecanismo empleado para la proyección de la demanda elimina la incertidumbre de cada empresa acerca de las respuestas competitivas a nivel de la oferta disponible de sus rivales y, con ello, el grado de competencia necesario en el mercado. La restricción de la competencia afecta particularmente a quienes adquirieron los productos, entre otras razones, en tanto se obstaculiza la transparencia de las operaciones. Tales acciones recién analizadas evidentemente no pueden tener lugar en un escenario competitivo, en el que los agentes económicos deciden libremente su producción.

Septuagésimo: Que las alegaciones relativas a la falta de seguimiento de las cargas sugeridas a nivel semanal, pero sin desconocer del todo que existe un grado de seguimiento, a lo menos a nivel mensual, carecen de sustento jurídico, porque igualmente se incurre en el acuerdo ilícito cuando

se conviene en restringir determinada producción, aunque no se logre el resultado efectivo deseado, o en otras palabras, aunque tal producción proyectada no hubiere tenido lugar en la práctica. Es así que, habiéndose convenido un programa de intercambio de información, la asignación de ciertas cuotas de producción y un plan dirigido a compensar los excesos respecto de tales cuotas, mediante las reducciones a efectuarse por los competidores participantes, no resta sino concluir que se configura de todas maneras una conducta anticompetitiva no obstante que las cuotas asignadas no sean cumplidas estrictamente. Del mismo modo es razonable concluir que cualquier restricción de la producción volcada al mercado producirá, o tendrá la aptitud para producir el efecto de aumentar -o mantener los precios- aun cuando tal aumento o mantención no surja como razón directa del acuerdo, y no pueda tampoco ser específicamente determinado o cuantificado.

Septuagésimo primero: Que, concordando lo antes asentado con la normativa que rige la materia, es útil reiterar que el artículo tercero del Decreto Ley N° 211 sanciona a quien ejecute un acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, sea que tal actuación produzca esos efectos o que tienda a producirlos. No se requiere entonces, para imponer la sanción, que el acto en cuestión haya producido sus efectos, sino que basta que

éste tienda a producir efectos que afectan la libre competencia. En consecuencia, la conducta colusiva para que se verifique no necesita desencadenar un resultado gravoso para el sujeto pasivo de la actividad desplegada, de manera que por el solo hecho de existir la concertación en los términos y potencialidades ya vistas y que mediante ella se busque modificar la conducta de un agente del mercado con el fin de obtener un beneficio de índole patrimonial, no cabe sino considerar una conducta tal como un atentado contra la libre competencia y principios básicos que inspiran la normativa del Decreto Ley N° 211 que persigue su salvaguarda y protección, esto es, la igual oportunidad para que todos y cada uno de los agentes de un mercado - como resulta ser en la especie la producción y comercialización de carne de pollo - compitan en igualdad de condiciones, manteniéndose la transparencia del mismo para cada uno de los actores que en él intervienen.

Septuagésimo segundo: Que, por consiguiente, corresponde tener por configurados los elementos que, según la doctrina de los autores y jurisprudencia a que se ha hecho referencia en lo que precede, integran el ilícito de colusión, a saber: la existencia de un acuerdo que confiera poder de mercado, que tuvo por objeto el intercambio de información propia de las empresas, limitar la producción y asignarse cuotas en la producción para obtener mejores

beneficios en la comercialización de carne de pollo; que ha tenido la aptitud objetiva para producir algún efecto contrario a la libre competencia, pudiendo ser éste concreto o sólo potencial -el que se manifiesta al pretender controlar dichas variables competitivas; y la voluntad y decisión conjunta de llevar a cabo el acuerdo - mediante la comunicación y reunión sostenida entre los altos ejecutivos de los agentes económicos requeridos bajo la coordinación de la APA, todo lo cual condujo natural e indiscutiblemente a tener por acreditada la conducta denunciada en el requerimiento formulado por la Fiscalía Nacional Económica por el período acotado en el fundamento trigésimo del presente fallo. El acuerdo de las empresas requeridas en el marco ya referido importa que incurrieran en conductas que infringen el artículo 3° del Decreto Ley N° 211, habiendo ocasionado un efecto anticompetitivo real en el mercado. Las coludidas tuvieron la intención de unir sus participaciones de mercado y de este modo usar el poder de conjunto para fijar las cantidades de producción de carne de pollo en el mercado nacional. Por lo expresado, cabe descartar desde luego la defensa de las reclamantes, relativa a la ausencia de ilícito por faltar la determinación del elemento renta monopólica, pues como ya se ha indicado tal nivel de precisión no es indispensable para la configuración del ilícito.

Septuagésimo tercero: Que como se ha expresado en los motivos que preceden no se observa que el fallo haya incurrido en infracción a las reglas de la sana crítica, pues el tribunal, cumpliendo con su deber de fundar su determinación tiende a destacar aquello que tiene mayor relevancia para la comprensión y convicción de las conclusiones que ha asentado, sin que ello importe que ha dejado de ponderar toda la prueba. Es por ello que en determinados procedimientos el estándar adoptado por la jurisprudencia está marcado por la exigencia de analizar y ponderar la prueba que sirve al juzgador para fundar los hechos que se tienen por establecidos, pero requiriéndose además enunciar aquélla de la que no es posible extraer antecedente alguno útil, agregando la jurisprudencia la necesidad de indicar, en uno y otro caso, las razones por las que los primeros integran su convicción para fijar un antecedente fáctico o, en su caso, los motivos que le persuaden para descartar los otros. Esta exigencia es posible de formularse de manera perentoria a los jueces letrados y con mayor razón en un sistema de libre convicción; sin embargo, en la competencia económica, en la que participan jueces no letrados, resulta desproporcionado exigir un desarrollo de suyo exhaustivo y rígido de esta labor, menos aun en una situación como la de la especie, en que la sentencia contiene los antecedentes y razones que

han persuadido al tribunal para sostener sus conclusiones. En las condiciones descritas las partes han de entender descartada la prueba no integrada en el análisis para establecer y fijar los hechos, debiendo centrar su cuestionamiento, por un lado en los medios en que se sustenta la determinación del tribunal para desvirtuar tal razonamiento, así como también en aquella no considerada y a cuyo respecto el impugnante entiende que sí es posible extraer consecuencias que sostengan sus alegaciones. A este respecto, del análisis de los antecedentes no aparece que la mayor ponderación de determinadas pruebas por parte del TDLC hubiera conducido a conclusiones distintas de las asentadas en el fallo.

Septuagésimo cuarto: Que si bien, y como se hizo constar en el fundamentos trigésimo noveno, la configuración del ilícito materia del requerimiento ha podido sostenerse en el marco normativo de cualquiera de los tres textos del DL 211 aludido en el motivo trigésimo octavo, no ocurre lo mismo con la sanción a imponer ni con lo relativo al régimen de prescripción, resultando imperioso, para estos efectos, determinar y definir la ley que rige el caso.

En este contexto y frente a la conclusión del tribunal de haberse incurrido en un ilícito de carácter permanente e indivisible -esto es, un único acuerdo anticompetitivo- a cuyo respecto se consideró aplicable la normativa del DL

211 en su texto actualmente vigente, esto es, con las modificaciones introducidas por la Ley N° 20.361, conviene en tal caso recordar las principales objeciones planteadas por las reclamantes, en los términos que siguen.

En su recurso de reclamación Ariztía denunció haberse infringido las disposiciones constitucionales y legales que rigen la materia al aplicar el Decreto Ley N° 211 actual, en circunstancias que no era la norma vigente al momento de los hechos y teniendo en cuenta además que, desde que entró en vigencia la Ley N° 20.361, no se verificó ningún hecho que destacar. Sostiene que el tribunal no aplicó el principio de la ley más favorable, apartándose de los principios de irretroactividad y pro reo seguidos por el derecho intertemporal penal, dejando de lado la doctrina mayoritaria en la materia así como la jurisprudencia sistemática. Asevera que el fallo se aparta del tenor literal de las disposiciones que rigen la aplicación del derecho intertemporal en materia penal consagrada en el artículo 19 N° 3 inciso séptimo de la Carta Fundamental, reproducido en el artículo 18 del Código Penal, en cuya virtud la ley aplicable a un determinado ilícito es aquella vigente al momento de la ejecución de la conducta. La única excepción posible está dada en la parte final de la norma constitucional citada y desarrollada en los incisos segundo y tercero del artículo 18 del Código citado, que obliga a

aplicar retroactivamente la ley cuando sus disposiciones resultaren más beneficiosas para el imputado. Agrega que en una interpretación sistemática, el tratamiento que favorece al imputado es recogido en los artículos 75 del Código Penal y 351 del Código Procesal Penal, que regulan la aplicación de penas respecto de concursos o reiteración de delitos y que consagran un estatuto de determinación de penas más beneficioso en aquellos casos en que el sujeto ha perpetrado más de un delito, sea mediante la realización de una sola conducta, o por la ejecución de diversos hechos delictivos que puedan ser comprendidos dentro de la misma especie. En lo que importa, dichas normas en lugar de sumar aritméticamente las penas que corresponderían a cada hecho por separado, los consideran como uno sólo disminuyendo la sanción final. Reprocha que el tribunal haya preferido la opinión del profesor Antonio Bascuñán, en circunstancias que el único fallo citado en el Informe, que data de 1965, versa sobre un problema distinto, vinculado al tratamiento de una figura especial de delito continuado y no a una infracción permanente. A este respecto, aduce que el considerando 304 de fallo reclamado calificó la conducta como una infracción permanente, otorgándole apariencia de un todo indivisible para los efectos de la aplicación de la ley; sin embargo, supone como requisitos de su configuración que el ilícito esté compuesto por una serie

de hechos ejecutados en un determinado lapso de tiempo, confundiendo los conceptos de infracciones permanentes y continuadas. Precisa que las primeras son indivisibles y se entienden como aquellas que se verifican con la realización de una sola acción de carácter duradero, cuyo resultado antijurídico único se prolonga en el tiempo, en tanto el autor no decida cesar en la conducta (Alarcón, Lucía. Derecho administrativo sancionador). Por su parte, las continuadas constituyen una ficción jurídica por la que se da tratamiento unitario a un conjunto de actos ilícitos, independientes entre sí, atendido que se encuentran comprendidos bajo una intencionalidad común. Sostiene que la sentencia -respecto de todo el periodo comprendido en el supuesto acuerdo colusivo- considera una unidad de ilicitud, pero al mismo tiempo utiliza las categorías propias de las infracciones continuadas, fundadas en la existencia de acciones independientes y claramente identificables, siendo posible encontrar actos que por sí mismos han cumplido con los requisitos del tipo infraccional. Por último, acusa la reclamación, que el tribunal plasmó razonamientos propios del derecho penal de autor (considerando 314) al señalar que su interpretación tiene por finalidad castigar más gravemente a quien en su opinión "hace del ilícito un hábito". Reclama que la sentencia establece que la conducta se mantuvo vigente

hasta el año 2010, pese a que los antecedentes no evidenciaron hechos con la entidad suficiente para afirmar la realización de conductas vinculadas a la colusión con posterioridad al 13 de octubre de 2009. Adicionalmente señala que el fallo vulnera el principio de non bis in ídem, pues utiliza los mismos hechos para fundar el ilícito y darle el carácter de permanente para así justificar la aplicación de la ley menos favorable y para determinar la aplicación del máximo de las sanciones posibles (considerando 304). Concluye indicando que la ley aplicable es el Decreto Ley 211 en su texto original porque es la normativa que incluye en su periodo de vigencia los hechos que el tribunal ha estimado como inequívocos respecto de la existencia de colusión. Añade que si se estimare que existe una infracción permanente corresponde aplicar la ley vigente al momento del supuesto acuerdo, resultando ser entonces más beneficiosa para los requeridos la contenida en el DL 211 original, pues impone multas que llegan a un máximo de 10.000 unidades tributarias mensuales. Destaca que si se entendiera que por consagrar penas corporales la ley original puede ser menos favorable, ha debido entonces aplicarse el Decreto Ley 211 en su texto intermedio, que rigió desde el 2004 al 2009, por cuanto el máximo de la multa es inferior al consagrado en la última modificación. Aún, si se estima que rige el caso el Decreto Ley 211 en su

texto actual, su aplicación no podría extenderse al máximo de las multas consagradas en el artículo 26, toda vez que las conductas a sancionar debiesen limitarse a aquellas cometidas durante la vigencia de dicha ley, esto es, al periodo de un año (2009 a 2010).

El mismo reproche de haberse considerado el Informe del profesor Antonio Bascuñán formula Agrosuper, lo que determinó la aplicación del DL 211 texto actual, desatendiendo los informes elaborados por los profesores Juan Colombo, Jorge Bermúdez y Arévalo Cunich, así como también la jurisprudencia de la Corte Suprema, del Tribunal Constitucional y la mayor parte de la doctrina nacional. Señala que el derecho administrativo sancionador constituye -al igual que el derecho penal- el ejercicio del ius puniendi del Estado, por lo que resultaba perentorio respetar los principios de irretroactividad de la ley sancionatoria y dar aplicación al de la ley más favorable al infractor, respecto del hecho tipificado y la sanción. En su concepto, debió aplicarse el Decreto Ley 211 en su versión original que establecía una multa máxima de 10.000 unidades tributarias mensuales. Indica que la afirmación de tratarse de un acuerdo de duración continua no es coherente con los hechos establecidos relativo a dos periodos, uno correspondiente a 1994-1995 y otro a los años 2000-2010, entre los cuales existe un periodo de aproximadamente 5

años de inactividad (considerandos 133 a 148). Además no hay prueba respecto de los años 1997, 1999 y 2003 y en cuanto a otros años sólo se hacen breves referencias.

A su vez, el recurso de reclamación de Don Pollo pone de manifiesto que el tribunal aplica la ley más perjudicial, apoyándose en el informe en derecho elaborado por Antonio Bascuñán, restringiendo el ámbito de protección que se reconoce a la garantía de la ley más favorable, criticando que el fallo ni siquiera aplica la tesis planteada por el informante correctamente. Señala que sólo podrían quedar afectos a la ley vigente -y más desfavorable- los actos realizados con posterioridad al 14 de octubre de 2009 y a esa fecha no cabe duda respecto del efecto disciplinador de las importaciones, cuestión que impide considerar que Don Pollo haya tenido poder de mercado y por lo demás no existen pruebas directas de un acuerdo entre las requeridas.

Septuagésimo quinto: Que previo a consignar las conclusiones del fallo atacado, preciso es reiterar que tal como se dejó establecido en el fundamento trigésimo, el ilícito denunciado se configuró con los elementos descritos en el requerimiento en el año 2000 y terminó con los correos electrónicos de 22 y 24 de noviembre de 2010, en los que se cita sólo a las empresas requeridas -con exclusión de Santa Rosa- a una reunión del Comité de

Estudios de APA para presentarles las estimaciones de demanda para el año 2011, siendo esta la última de las acciones que puede estimarse razonablemente como útil para los fines del cartel, por la circunstancia de implicar un llamado a continuar revisando en conjunto aquella información que venía sirviendo de base para la coordinación anticompetitiva (Considerandos 297, 298 y 299). Se añade en el fallo que el hecho que las implicadas en una colusión cambien la variable competitiva, en la que se coordinan durante la existencia de un cartel, no obsta a que se trate de un único acuerdo, siempre y cuando se mantenga la lógica de coordinación anticompetitiva en la que descansa el acuerdo que terminó de configurarse al asignarse las requeridas cuotas de producción. Estas cuotas se habrían obtenido utilizando el resultado del modelo de proyección de demanda a partir del cual se habría determinado año a año la producción de carne de pollo destinada al mercado nacional. Para establecer ese nivel de producción se consideraron distintos escenarios de precios, para luego elegir las requeridas, dentro del directorio de la APA, cuál sería el escenario -y por lo tanto el precio o rango de precios- para el año siguiente. Lo anterior corresponde a lo que se ha denominado en doctrina como una infracción permanente, esto es, una cuya consumación perdura en el tiempo y que está conformada por un conjunto

de acciones u omisiones que pueden diferir sin afectar el núcleo central (en la especie reducción de producción y asignación de cuotas), pero que la ley cubre con un tipo único, manteniéndose la infracción hasta que el autor o autores cambian radicalmente su conducta, o la cesan. En relación a este punto la sentencia impugnada señala que la determinación de la ley aplicable no aparece como una cuestión relevante en lo que respecta a la reprochabilidad de la conducta, pues sea que se trate de los artículos 1° y 2° letras a), c) y d) del D.L. N° 211 original, el artículo 3° letra a) del D.L. N° 211 intermedio o el artículo 3° letra a) del D.L. N° 211 vigente, la conducta imputada puede indiscutidamente subsumirse íntegramente en cada uno de los ilícitos anticompetitivos descritos por las citadas normas (motivo 309). Concluye, sin embargo la sentencia, que corresponde aplicar el Decreto Ley N° 211 en su texto actual, porque para ello basta que se configure el presupuesto relativo a que en parte la ejecución de la conducta ilícita tenga lugar durante la vigencia de dicho cuerpo legal. Por tal motivo, argumenta que no se produce un problema de irretroactividad de la ley, así como tampoco tiene cabida el principio de aplicación de la ley más favorable pues el régimen legal que cubre el ilícito es el vigente al tiempo de la ejecución de la conducta a sancionar, esto es, el texto actual del DL 211 que es la

ley que regía durante la comisión de la conducta punible (Fundamento 318).

Septuagésimo sexto: Que para dilucidar la cuestión jurídica esencial consistente en definir el régimen sancionatorio que rige al caso, es pertinente señalar que el principio fundamental a considerar para la determinación del derecho que rige el caso es el que conduce a la aplicación de la ley vigente a la fecha en que los hechos fueron ejecutados. Es así entonces que en el derecho sancionador y específicamente en materia de libre competencia, no existe modificación al principio general, en cuanto a que la ley que rige los hechos y por ende el estatuto sancionatorio aplicable, es la ley vigente a la fecha de la comisión de los mismos.

Septuagésimo séptimo: Que resultan ilustrativos para determinar la naturaleza del ilícito así como para clarificar el concepto de época de perpetración de los hechos -todo ello con miras a determinar la normativa aplicable-, lo que expresa el autor Guillermo Canabellas de las Cuevas cuando señala en su obra "Derecho Antimonopólico y de Defensa de la Competencia que: "Las infracciones previstas en el artículo 1° de la L.D.C. son también susceptibles de ser permanentes. Si se considera como delito permanente aquel en el que todos los momentos de duración pueden imputarse como consumación (...) Tal es el

caso, por ejemplo, de las conductas tendientes a impedir u obstaculizar el acceso al mercado de nuevos competidores, las que suponen una acción permanente subsistente durante el término en que se mantenga a los competidores fuera del mercado mencionado. La posibilidad de que las infracciones a la L.D.C. resulten tanto de acciones instantáneas como permanentes surge, asimismo, de los casos en que la lesión contra la competencia nace tanto de un acuerdo, como de una acción concertada. Mientras que aquél tenderá a dar lugar a una infracción instantánea, las acciones concertadas serán generalmente ilícitos permanentes" (Página 298).

Septuagésimo octavo: Que el carácter de ilícito permanente o de duración continua de la colusión es susceptible de configurarse al existir una vinculación, sin interrupción, entre los elementos del cartel, tanto desde el punto de vista de la identidad objetiva como subjetiva.

Desde la perspectiva de la identidad del objeto:

-Por la existencia de un objetivo común correspondiente a la restricción de la producción y a la asignación de cantidades de ella, o cuotas de mercado.

-Porque se trata de un mismo bien afectado, a saber la carne de pollo fresco.

-Por cuanto corresponden a unas mismas empresas implicadas.

En la especie ha sido posible incluso advertir identidad de

las personas físicas intervinientes por cuenta de las empresas.

-Porque existió una misma forma de ejecución, basada en la relación necesaria de intercambio de información, modelo de proyección de demanda, asignación de carga anual y semanal, monitoreo de la proyección consistente en la comparación de las ventas efectivas y las cuotas asignadas y los ajustes de las cantidades de producción.

-Además concurrió el elemento relativo a la identidad del ámbito de aplicación geográfico de la práctica.

Desde la perspectiva de la identidad subjetiva, en atención a que existe la implicación de las mismas partes, que son conscientes del hecho de estar participando activamente y/o apoyando un objetivo común.

Septuagésimo noveno: Que en el caso concreto se ha establecido que agentes económicos se asociaron y organizaron para llevar a cabo un comportamiento continuo, esto es, instauraron mecanismos de adopción de decisiones en el seno de una asociación que actuaba bajo la apariencia de tener la calidad de gremial, con una empresa líder, elementos estos vinculantes para llegar al común denominador de maximizar los beneficios.

En el desarrollo del comportamiento aludido surgió la necesidad de instaurar mecanismos de monitoreo del acuerdo,

cometido que asumieron recíprocamente todos los requeridos mediante el sistema de intercambio de información.

Tal comportamiento complejo de las empresas, sólo una vez evaluado globalmente, revela su contrariedad con la libre competencia. Ciertamente la FNE ha encontrado y aparejado documentos que acreditan explícitamente el contacto ilícito entre los operadores del mercado avícola nacional, como los correos electrónicos e informes de reuniones, resultando razonable presumir que existió una única práctica o acuerdo contrario a la competencia, considerado en su conjunto, teniendo para ello en consideración que la prueba arrojó la existencia de contactos entre ellos suficientemente próximos en el tiempo, de modo que puede admitirse razonablemente que la infracción integrada en su núcleo central operó de manera ininterrumpida entre los años 2000 y 2010. El hecho de no haberse allegado prueba específica de algunos períodos de la duración del acuerdo no resulta ser un elemento de convicción suficiente para descartar su continuidad y/o para llevar a la conclusión de haberse concebido un nuevo acuerdo que diera inicio a un periodo distinto, pues se comprobó que, en el marco de la infracción establecida que duró varios años, se verificaron permanentemente idénticas manifestaciones del pacto en períodos diferentes, lo que conduce naturalmente a determinar que no operó ni suspensión ni cambio de

modalidad en la forma de hacer operativo el cartel, no obrando en autos prueba alguna indiciaria de estos supuestos.

Es así como las requeridas -aun en el marco de su concepto de licitud de las proyecciones de demanda- no allegaron prueba alguna de haber cesado temporalmente, por acuerdo u otro motivo, tales proyecciones o actividad similar de la APA.

Con el mérito de la prueba rendida es posible inferir que el comportamiento colusorio se mantuvo a lo menos hasta el 24 de noviembre de 2010, fecha en que -como ya se indicó-, se citó nuevamente a los altos ejecutivos de las empresas requeridas para asistir a una reunión en la que discutirían el modelo de proyección de demanda para el año siguiente, esto es, el ilícito se continuaba ejecutando bajo la misma modalidad en que se venía haciendo en los años anteriores. Lo expresado reafirma que ese fue y siguió siendo precisamente el mecanismo utilizado por las requeridas para materializar la aplicación de la asignación de cuotas de producción acordadas, que seguía el mismo patrón de conducta y a cuyo respecto no se discutió que actuaran concertadamente.

Octogésimo: Que en las infracciones de carácter permanente o de duración continúa en las que sólo existe una voluntad inicial, habrá de estarse -tal como se consignó en el fallo

impugnado- al último acto constitutivo de la infracción para los efectos de determinar la ley aplicable. De esta forma y teniendo en consideración, como acaba de consignarse, que el último acto registrado de colusión tuvo lugar en el mes de noviembre de 2010, corresponde dar aplicación a la normativa del actual texto del DL 211.

Octogésimo primero: Que en las condiciones recién anotadas y particularmente por tratarse de una única conducta de carácter permanente, a cuyo respecto se estableció que fue perpetrada durante la vigencia del Decreto Ley N° 211, con las modificaciones introducidas por la Ley N° 20.361, de 13 de julio de 2009, no concurren los presupuestos que hacen procedente la aplicación de una ley sancionatoria más favorable como lo pretendieron las reclamantes de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de la República y 18 del Código Penal. Esto significa que la disposición aplicable como estatuto de sanciones es el artículo 26 en su texto actual, que establece un monto máximo de multa, para el ilícito de colusión, ascendente a 30.000 unidades tributarias anuales. Además de la razón jurídica recién expresada, para concluir como se ha hecho, resulta relevante también traer a colación el argumento consignado en el fallo que se impugna en orden a que quien ejecuta una conducta de carácter permanente sabe o se presume que conoce el régimen jurídico

que cubre su conducta, así como también sabe o conoce cuando éste ha mutado imponiendo -como en la especie- una sanción más severa y sin embargo opta por perseverar en ella.

Octogésimo segundo: Que en lo que respecta a la alegación de prescripción cabe precisar que en el recurso de reclamación interpuesto por la APA esta entidad sostiene que operó la prescripción de dos años respecto de los hechos ocurridos antes del 13 de julio de 2009, de acuerdo al artículo 20 del Decreto Ley N°211 y artículo primero transitorio de la Ley N°20.361.

Agrosuper por su parte plantea que debió aplicarse el artículo 20 del Decreto Ley 211 vigente hasta el 13 de octubre de 2009 que establecía un plazo de prescripción de dos años contados desde la ejecución de la conducta atentatoria contra la libre competencia. Agrega que conforme al artículo 25 de la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes el prescribiente optó por ese término que regía antes de la modificación de la Ley N° 20.361. Por otra parte, hace presente que el requerimiento imputó una conducta correspondiente a una proyección de demanda que se hacía cada año, por lo que la misma se agotaría con cada ejercicio anual, pues en ese momento se materializa la conducta que se estima atentatoria contra la libre

competencia, aun cuando los efectos que ella produzca se prolonguen en el tiempo.

En la reclamación de Don Pollo en tanto, se alega la prescripción de dos años -plazo establecido en el Decreto Ley 211 modificado por la Ley N° 19.911- o de 6 meses -plazo contemplado en el Decreto Ley 211 vigente a la fecha de inicio de los hechos cuestionados- respecto de las acciones referidas a los hechos ocurridos antes del 14 de octubre de 2009, fecha de entrada en vigencia de la Ley N° 20.361, teniendo en cuenta que el requerimiento le fue notificado el 6 de diciembre de 2011. Así, afirma que no procede aplicar un plazo de prescripción impuesto por una ley nueva a un término que se encontraba corriendo a la fecha de su entrada en vigencia, pues se infringe el principio de irretroactividad de las leyes. Esgrime que a la época de la notificación del requerimiento a Don Pollo, esto es, el 6 de diciembre de 2011, había transcurrido el plazo de dos años establecido por la ley vigente al momento del inicio de la prescripción. Agrega que el estatuto de prescripción de la Ley N° 20.361 no resulta aplicable desde que los últimos hechos que pudieron cuestionarse como típicos ocurrieron a fines del 2008, no existiendo evidencia de acto colusivo alguno ocurrido después del 14 de octubre de 2009 y, si lo hubiera, las importaciones ya ejercían disciplina competitiva. Menciona que para los años

2009 y 2010 lo único que consta como prueba del ilícito es la elaboración y difusión de la proyección de demanda por APA y las reuniones en las que la misma entidad exponía, existiendo intercambio de información entre los miembros de la asociación gremial, pero no por ello tal actividad era constitutiva de infracción del artículo 3 letra a) del D.L. N° 211, toda vez que no revela un acuerdo para limitar la producción ni para asignar cuotas.

Octogésimo tercero: Que en lo que concierne a las alegaciones de prescripción el tribunal determinó que el plazo de prescripción aplicable es el que contempla el Decreto Ley N° 211 actual, el que para el evento de colusión es de cinco años contados desde "la ejecución de la conducta", teniendo presente que para la colusión "el cómputo de la prescripción no se iniciará mientras se mantengan en el mercado los efectos imputables a la conducta objeto de la acción" (art. 20, incisos 3° y 4°). Indica que la conducta terminó el 24 de noviembre de 2010 y las requeridas Ariztía, Agrosuper, Don Pollo y APA fueron notificadas del requerimiento los días 1° de diciembre de 2011 la primera y 6 del mismo mes las otras tres, por lo que la interrupción de la prescripción debe entenderse que operó ese último día, de modo que entre el cese de la conducta y el 6 de diciembre de 2011 transcurrió apenas un año y algunos pocos días, razón por la que concluye que el

plazo de prescripción se encontraba sin cumplir (Considerandos 314 y 316).

Octogésimo cuarto: Que en relación a la excepción de prescripción replanteada por los sancionados en sus reclamaciones cabe precisar que el artículo 20 del Decreto Ley N° 211, en su texto anterior a la modificación de la Ley N° 20.361, efectivamente disponía en su inciso tercero: "Las acciones contempladas en esta ley, prescriben en el plazo de dos años, contado desde la ejecución de la conducta atentatoria contra la libre competencia en que se fundan". Sin embargo, no es posible soslayar que la regla actual indica: "Las acciones contempladas en esta ley, prescriben en el plazo de tres años, contado desde la ejecución de la conducta atentatoria de la libre competencia en que se fundan. Esta prescripción se interrumpe por requerimiento del Fiscal Nacional Económico o demanda de algún particular, formulados ante el Tribunal. Sin perjuicio de lo anterior, las acciones para perseguir las conductas previstas en la letra a) del artículo 3° prescribirán en el plazo de cinco años, y el cómputo de la prescripción no se iniciará mientras se mantengan en el mercado los efectos imputables a la conducta objeto de la acción".

En atención a que, según se ha razonado anteriormente, el ilícito de colusión perseguido en estos autos, objeto del

requerimiento, configura una infracción permanente pues el comportamiento colusorio entre las empresas requeridas ha significado necesariamente una sucesión de actos en el tiempo destinados a mantener el acuerdo de asignación de cuotas de producción para así continuar con los beneficios esperados, corresponde entender que subsiste tal conducta infraccional, esto es, que está siendo ejecutada mientras se mantenga la determinación y aplicación de dicha asignación entre los competidores, lo cual importa concluir que sólo ha cesado el ilícito de colusión una vez que ha terminado la voluntad, expresa o tácita de sus partícipes, de permanecer en él y, por ende, no ha comenzado a correr término de prescripción alguno en tanto las requeridas han continuado asignándose cuotas de producción, por cuanto la conducta abusiva ha seguido verificándose. En tal sentido, el acuerdo entre competidores para limitar la producción no se agota con una decisión de acuerdo, sino que conlleva una serie de actos posteriores para su implementación y cumplimiento por parte de quienes concurren a él. Surge entre los competidores de un cartel un vínculo que subsistirá mientras se siga aplicando el plan que han diseñado para -como en la especie- asignarse las cuotas de producción. Sólo una vez suprimida la situación antijurídica que se ha creado, comenzará a correr el plazo

de prescripción (Así se ha fallado anteriormente por esta Corte en la causa rol 5308-2012).

Octogésimo quinto: Que dicho lo anterior y establecido que el acuerdo colusorio comenzó en el año 2000 y que mantuvo su vigencia a lo menos hasta noviembre de 2010, procede concluir -tal como lo decidió el TDLC- que a la fecha de notificación del requerimiento a los acusados no había transcurrido el plazo de prescripción de cinco años antes aludido, razón por lo que no ha operado el modo extintivo de obligaciones alegado.

Octogésimo sexto: Que en relación a la determinación de las sanciones, esto es, del monto de las multas, Agrosuper plantea que el criterio de gravedad de la conducta se adoptó desproporcionadamente, por cuanto el supuesto acuerdo no se expresó ni convino en relación a los precios ni respecto de un producto en el que exista inelasticidad, como ocurrió en el caso Farmacias con los medicamentos éticos. Asevera que el fallo toma en cuenta para estos efectos la duración de la conducta, pero comprendiendo un lapso no incluido en el requerimiento y un periodo de inactividad 1995-1999. Del mismo modo estima improcedente la invocación de antecedentes de contexto presuntamente anticompetitivos, que no fueron considerados en el requerimiento, tales como la compra de La Cartuja y rotulado del marinado, así como la ayuda prestada a un

competidor por el incendio de su planta (considerandos 319 a 343), estimando también incomprensible que el tribunal considere como agravante la presunta promoción, mantención y monitoreo del acuerdo por una asociación gremial (considerando 349). Esgrime además la falta de evidencia en relación a los efectos reales o potenciales de la conducta imputada, lo que impide realizar una real ponderación de la gravedad de la misma. Finalmente, en relación a esta materia denuncia que el tribunal determinó sin justificación alguna la existencia de un sobreprecio de a lo menos un 3% dejando de examinar los informes que demuestran la falta de efecto en los precios de la conducta atribuida.

En lo que concierne a este punto, Don Pollo asevera haberse infringido por el fallo criterios legales de determinación de la sanción, tales como el principio de proporcionalidad y la finalidad de promoción de la competencia que persigue el Decreto Ley 211. Es así como esa entidad no está en condiciones de destinar el 10% de sus ingresos totales del año 2010 para satisfacer la multa impuesta, lo que le deja en una precaria situación económica, que le hará aún más difícil enfrentar los desafíos del mercado. Por otra parte, advierte que la multa aplicada resulta excesiva en relación al tamaño de esa empresa, situación que no es asimilable a la de Agrosuper que deberá soportar la merma del 1,5% de

sus ingresos. Asevera que los grandes actores se benefician del tope máximo legal, en tanto a las empresas menores se aplica el estándar internacional más estricto para establecer multas, esto es, el vigente en Europa y otras legislaciones comparadas, destacando que Agrosuper es una empresa con más de diez veces el tamaño de Don Pollo en ventas totales y sobre seis veces considerando sólo las ventas de pollo. Pide tener presente que su participación en el mercado es marginal y que no cumplió ningún rol relevante en el supuesto acuerdo -sin haberse acreditado que haya obtenido algún beneficio económico asociado a su eventual participación- careciendo además de poder de mercado.

Ariztía por su parte, como ya se explicitó, sostiene sobre el particular que no se encuentra acreditada la existencia de sobreprecio en la venta de pollo, pese a lo cual el tribunal asumió sin justificación que éste habría sido de un 3%, apoyándose en el informe de Gómez-Lobo y Lima, reconociendo su autor al comparecer como testigo que era asesor directo de la FNE. Manifiesta que el informe del profesor Rubinfeld descartó las estimaciones de daños del primer informe por ser "poco confiables". El tribunal, no obstante concluir que es imposible determinar qué habría sucedido en ausencia de colusión, de todos modos asume que durante los 16 años del supuesto cartel las empresas

requeridas habrían cobrado sobrepuestos, e incluso los calcula. Advierte que lo indicado es contradictorio con el reconocimiento de no haber presentado esa empresa utilidades que correspondieran a beneficios sobrenormales en ciertos periodos del supuesto acuerdo, aceptándose incluso que incurrió en pérdidas operacionales durante varios años. Considera que no puede estimarse proporcional que se le imponga una multa de igual monto que la aplicada a Agrosuper, que tiene ingresos cinco veces superiores, flujo de caja neto operacional anual (EBITDA) ocho veces superior y utilidades finales del orden de diez veces superior a las del grupo Ariztía. Plantea además que la capacidad de pago de una empresa no puede medirse en función de sus ingresos, apuntando a que la técnica financiera enseña que para plazos cortos se puede usar como capacidad de pago el resultado operacional (ingresos menos costos de operación y costos de ventas) sin depreciación pero descontando los impuestos, y, si se considera un plazo largo, a la cifra anterior habría que restar la depreciación porque la empresa debe pagar los intereses asociados a sus pasivos. Señala que si se argumentara que la empresa no es eficiente en su estructura de costos, se podrían utilizar costos estándares que habría que estimar, lo que no se hizo. Precisa que la utilidad total del grupo de Empresas Ariztía desde el 2006 al 2010, según los

estados financieros, fue negativa en 708.834 unidades de fomento, es decir, 33.669 unidades tributarias anuales. Expone que el tribunal calcula el monto de la multa considerando como límite prudencial un 10% del volumen total de los negocios de la compañía; sin embargo, no es aceptable incluir para el cálculo los ingresos o utilidades que se obtienen en mercados ajenos y a cuyo respecto no le ha sido imputada infracción alguna (comercialización de productos tales como pavos, cecinas, huevos, quesos, verduras congeladas, champiñones, maíz, trigo, papas, ganado, madera, abonos orgánicos, agua, servicios de arriendo, etc. o exportaciones de cualquier índole). Puntualiza que el tribunal no tuvo a la vista en forma aislada los estados financieros de Empresa Ariztía S.A. sino que los estados consolidados, según los cuales durante el 2010 el grupo de empresas Ariztía, en su conjunto, tuvo una utilidad de apenas 5330 Unidades Tributarias Anuales.

Octogésimo séptimo: Que, a su turno, la FNE reprocha en su reclamación la baja entidad del monto de la multa impuesta a Don Pollo, sanción que pide incrementar sobre la base de las siguientes alegaciones: (i) Su participación en la conducta anticompetitiva no difiere de las otras dos empresas implicadas; (ii) Cabe considerar igualmente a su respecto la gravedad, extensión de la conducta colusoria y el producto alimenticio de que se trata; (iii) La

participación de las requeridas en el mercado alcanzó al 92% de la producción de carne de pollo para el consumo interno; (iv) El beneficio obtenido por Don Pollo, con motivo de su participación en el cartel, supera el monto de la multa máxima; (v) Fueron las mismas empresas requeridas que determinaron qué parte del mercado nacional debía ser abastecida por cada una de las avícolas, estableciendo cuotas de producción para satisfacer la demanda; (vi) Don Pollo tuvo la oportunidad de incrementar su participación y competir, al haber, aparentemente, comprado La Cartuja -competidor con el 5% de participaron de mercado-. Sin embargo, las participaciones de mercado no variaron en razón del actuar coordinado entre las avícolas requeridas, pues los activos de La Cartuja fueron transferidos por Don Pollo a sus competidores -Agrosuper y Ariztía- incluyendo sus marcas comerciales que fueron enajenadas a Ariztía, y, por tanto, no fueron usadas por Don Pollo; y (vi) En lo que respecta a la incapacidad de pago esgrimida por Don Pollo, tal circunstancia no ha sido acreditada. El volumen total del negocio de Don Pollo corresponde, para el 2010, a 123.473 UTA y para el 2011 a 154.417 UTA. La imposición de una multa inferior al beneficio obtenido del cartel provocaría una rentabilización de las ganancias ilícitamente obtenidas.

Octogésimo octavo: Que en relación al aspecto en análisis, el TDLC hace constar que en la regulación de las sanciones ha tomado en cuenta la gravedad propia del ilícito, la duración de la conducta, el hecho que el acuerdo haya sido promovido, mantenido y monitoreado en el seno de una asociación gremial en la que participaron personalmente los más altos ejecutivos de las empresas requeridas, desviándose así la referida asociación de los objetivos netamente gremiales que le son propios y distorsionando la competencia que la misma entidad está llamada a fomentar; al tiempo que asevera también el tribunal haber considerado el beneficio económico obtenido por las avícolas requeridas a raíz del acuerdo anticompetitivo.

Del mismo modo el fallo se hace cargo de la dificultad que significa la pretensión de estimar qué habría sucedido en el mercado en ausencia de colusión; o de la imposibilidad de crear un escenario contrafactual satisfactorio, toda vez que no es posible conocer con certeza de qué manera las empresas habrían competido en ausencia de colusión. No obstante lo anterior, se expresa que si se toma como referencia la estimación del informe acompañado por la FNE, el sobreprecio promedio estimado es de un 14% (entre los años 2008 y 2010) y con esta proyección el daño generado por las empresas requeridas en términos de mayores precios cobrados supera en muchas veces el máximo de la multa

aplicable. Se añade además que, ante diversos escenarios de sobrepagos cobrados por las empresas requeridas, basta con que el sobrepago cobrado durante todo el período de duración de la colusión (1994 a 2010) haya estado por sobre un 3% -escenario muy conservador- para que el beneficio económico obtenido por Agrosuper sea cerca de ocho veces la multa máxima aplicable; el obtenido por Ariztía sea cercano a cuatro veces la multa máxima aplicable; y, el obtenido por Don Pollo, sea cercano a la multa máxima. Considera sin embargo prudente observar, además, los niveles totales de ingresos en el último año de comisión de la conducta -año 2010- a fin de respetar el principio de proporcionalidad de las sanciones, por una parte, y considerar la capacidad de pago de las empresas, por otra, y en el evento de alcanzar como límite prudencial un 10% del volumen total de negocios de la compañía en el último año, la multa a aplicar a Don Pollo debería ser cercana a doce mil Unidades Tributarias Anuales, a la vez que en las situaciones de Agrosuper y Ariztía correspondería aplicarles la multa máxima.

Octogésimo noveno: Que es necesario en este punto consignar que el artículo 26 del D.L. N° 211 prescribe: "En la sentencia definitiva, el Tribunal podrá adoptar las siguientes medidas: (...) c) Aplicar multas a beneficio fiscal hasta por una suma equivalente a veinte mil unidades tributarias anuales y, en el caso de sancionar una conducta

prevista en la letra a) del artículo 3º, hasta por una suma equivalente a treinta mil unidades tributarias anuales. (...)”.

El inciso final del texto citado preceptúa 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, la calidad de reincidente del infractor y, para los efectos de disminuir la multa, la colaboración que éste haya prestado a la Fiscalía antes o durante la investigación”.

De los términos del inciso final reproducido fluye claramente que se está en presencia de una norma enunciativa que, por vía ejemplar describe una serie de criterios o elementos que, entre otros, orientarán al tribunal para la adecuada determinación de las multas.

No es dable sostener entonces que la fijación de la multa haya de corresponder a un valor asociado al resultado de un mero cálculo basado en los beneficios económicos obtenidos, sino que habrá de considerarse también los demás criterios de apreciación. En efecto, en la causa sobre colusión de las Farmacias, fundamento 90 de la sentencia, se expresó: “De lo prescrito por la disposición legal citada se colige que la determinación del importe de una multa no es el resultado de un mero cálculo basado en los volúmenes de los

negocios que beneficiaron a los implicados, sino que deben tomarse en cuenta todos los criterios de apreciación". En similar sentido el autor Domingo Valdés Prieto ha indicado que: "El inciso final del artículo 26 contempla, a título meramente ejemplar, ciertos criterios que imperativamente deben ser empleados para graduar las multas". Libro Competencia y Monopolio, pág. 386.

Surge entonces con claridad que el TDLC, a través del detallado análisis argumentativo sobre esta materia ha buscado justificar fundadamente las razones por las que impuso en su valor más alto las multas con que se sancionó a dos de las empresas requeridas, en tanto que aplicó un monto menor a una de ellas, la de menor entidad económica, argumentos que en todo caso esta Corte comparte, teniendo en consideración los propios criterios y razones expresados en el fallo reclamado.

Nonagésimo: Que en los términos que se viene razonando esta Corte considera que en la determinación de la sanción aplicable a las requeridas resulta particularmente relevante el elemento o criterio sancionatorio relacionado con la gravedad de la conducta, teniendo para ello especialmente en consideración el porcentaje de participación que las tres requeridas en su conjunto sumaban en el mercado de producción y comercialización mayorista del pollo; afectación masiva al consumo de la

población a lo largo del país, en relación a un producto alimenticio de alta demanda en todos los estratos sociales; se trata además de una conducta que se concretó y mantuvo por extenso periodo de tiempo, años 2000 a 2010, de un cartel que operó con las modalidades de disminución de la producción y asignación de cuotas de mercado, lo que de modo natural conduciría a un beneficio económico, sea por la vía de resultar o no un incremento en los precios, o bien su mantención controlada; es importante también la dimensión del ámbito geográfico afectado; existiendo finalmente un alto grado de probabilidad de que la conducta colusiva terminó a raíz de la intervención de la Fiscalía Nacional Económica.

Nonagésimo primero: Que específicamente en lo que concierne a los beneficios económicos, y al margen de los esfuerzos del TDLC por alcanzar o arribar a un cálculo que pueda significar mayor aproximación a la realidad, utilizando las reglas del buen juicio al aplicar una doble limitación relativa al 10 % del volumen de las ventas para preservar la viabilidad económica del sujeto infractor (criterio aplicado en el derecho europeo), es lo cierto que la actual normativa atingente al punto es posible de satisfacer en la especie con la razonable conclusión de haberse configurado este elemento, sin que de otro modo pueda hallar justificación un tan largo periodo de permanencia del

acuerdo colusivo, con una misma modalidad de conducta nuclear o básica, esto es, de proyección de demanda de consumo, limitando la producción y con asignación de cuotas de producción. Tal operatividad sin duda alguna ha significado beneficios económicos para las avícolas requeridas, salvo que se conciba un acuerdo y la voluntad de proveer a su larga duración con prescindencia de que el mismo represente o no utilidades o beneficios, lo que carece de toda lógica. En la especie, no es dable sino concluir que el acuerdo antes descrito y analizado permitió a las empresas tantas veces citadas alcanzar un nivel de beneficios superior al que habría prevalecido de no existir la conducta anticompetitiva. Tal beneficio es lo que representa a la denominada renta monopólica que se configura aun cuando no haya resultado posible precisar un monto, pero en la medida que resulte ser la consecuencia o efecto de la conducta monopólica como la que ocupa este análisis. Además de lo expresado y para los efectos de medir la entidad de este factor, es útil consignar que los mayores precios que en forma controlada fueron evidenciándose en el largo espacio de tiempo del acuerdo colusorio fueron siendo traspasados a los consumidores finales sin que se haya acreditado que los costos de producción presentaran variaciones significativas.

Preciso es además hacer constar que, en esta materia, es del todo relevante el efecto disuasivo que es esperable de la sanción que se imponga, en tanto desincentive de persistir en conductas como las investigadas pese a la potencialidad de beneficios que pudieran significar. Es por tal razón que la graduación de la sanción de multa hace imprescindible el análisis, entre otros criterios, de la obtención de beneficios económicos por parte de quienes se han coludido. Es en este contexto que carece de eficacia la alegación formulada por Ariztía en cuanto esgrime que se desempeñó y operó con pérdidas, desde que la determinación del monto de la multa se relaciona causalmente con el beneficio esperado del pacto colusivo, y no con las reales utilidades del giro del negocio.

Nonagésimo segundo: Que lo razonado y concluido en los motivos que preceden, particularmente lo asentado en relación a la gravedad de la conducta y factores que permiten integrar esa calificación, conducirán a desestimar las alegaciones formuladas en las reclamaciones de las requeridas con miras a obtener la reducción del monto de las multas impuestas en el fallo impugnado.

Nonagésimo tercero: Que, por último, la FNE ha solicitado en su reclamación que la APA sea sancionada, además de la disolución, con la aplicación de una multa ascendente a 20.000 UTA, o el monto que el tribunal determine. Sostiene

que es posible aplicar una multa a una asociación gremial, conjuntamente con disponer su disolución, por cuanto el artículo 26 inciso segundo del Decreto Ley N° 211 preceptúa que en la sentencia definitiva el Tribunal podrá adoptar las medidas de la letra a), b) y/o c), sin excluir la posibilidad de imponer más de una a la vez. Expresa la reclamante que en situaciones similares por colusión se ha impuesto sanción de multa a las asociaciones gremiales involucradas (Sentencia N° 102/2010 "Requerimiento de la FNE contra Asociación Gremial de Dueños de Mini Buses Agmital" en considerandos 18 y 23; sentencia N° 128/2013 "Requerimiento de la FNE contra ACHAP A.G y Otros"). Considera la FNE que existen razones que justifican la imposición de multa a la APA, especialmente atendiendo a la gravedad de los hechos en que esta entidad participó, así como la actitud de alejarse de sus funciones gremiales y convertirse en cambio en una instancia colusiva.

Nonagésimo cuarto: Que habiendo sido creada esta asociación gremial el año 1994 y establecido que tanto en el periodo de los acuerdos preliminares, como en el del acuerdo colusivo mismo dicha entidad se constituyó en el instrumento utilizado por las tres empresas más importantes del mercado avícola nacional para comportarse colusivamente, no cabe duda que su participación contribuyó gravemente a la afectación del mercado de la carne con

mayor demanda en el consumo nacional, como ha quedado establecido en el presente fallo, particularmente entre otros, en el considerando cuadragésimo sexto.

Nonagésimo quinto: Que, como se concluyó en el considerando cuadragésimo séptimo precedente, la asociación gremial participó como coordinadora entre las tres avícolas requeridas, en relación a una variable de competencia consistente en la limitación de la producción de carne destinada al mercado nacional; existiendo además evidencia, según deja asentado el fundamento cuadragésimo octavo en su punto B, de la existencia de expresas alusiones a las medidas que resultaban, a juicio de la asociación, necesarias para reducir la producción, o congelarla.

Nonagésimo sexto: Que, según se ha dejado también asentado en el considerando sexagésimo cuarto, la asociación gremial aludida tuvo participación en las diversas etapas de la planificación de producción de las empresas avícolas, proyectando su crecimiento en forma tal de alcanzar determinados precios, restringiendo o suprimiendo la competencia entre sus partícipes.

Nonagésimo séptimo: Que en las condiciones recién descritas se hace evidente, el rol gravitante y decisivo que ha jugado la requerida en la ejecución del ilícito indicado, que excede en forma exorbitante lo que puede entenderse como el objeto de una asociación gremial,

transformándose en el mecanismo idóneo para la colusión que se ha investigado. Por otra parte, y desprendiéndose del tenor del artículo 26 del DL 211 en el texto que ha resultado aplicable en la especie, que es posible imponer a un mismo agente participante de un cartel más de una sanción de las allí previstas, no se divisa razón o motivo que justifique exonerar a esa entidad de sanción pecuniaria como lo ha solicitado la Fiscalía Nacional Económica, petición que se acogerá en los términos que se expresará en lo resolutivo.

Nonagésimo octavo: Que corresponde que las requeridas sean condenadas en costas por considerarse que han resultado totalmente vencidas desde que, como se ha resuelto con anterioridad por esta Corte (Ingreso N° 2578-2012), el procedimiento seguido en su contra es uno de carácter sancionatorio en que la petición principal de la Fiscalía Nacional Económica ha estado direccionada a obtener que se acoja el requerimiento en contra de las investigadas declarándose que han incurrido en la conducta prevista en el actual texto del artículo 3°, inciso segundo, letra a) del D. L. N° 211, y es del caso que todas han resultado condenadas por este ilícito.

Por estos fundamentos, normas legales citadas y particularmente lo dispuesto por los artículos 3° y 27° del Decreto Ley N° 211, **se declara que:**

I.- Se acoge la solicitud formulada en la reclamación de Agrosuper en orden a dejar sin efecto la medida preventiva dispuesta por la decisión signada con el numeral 7) del fallo impugnado.

II.- Se rechazan los recursos de reclamación deducidos por Ariztía, APA, Agrosuper y Don Pollo.

III.- Se acoge el recurso de reclamación de la FNE en contra de la mencionada sentencia sólo en cuanto se declara que se condena a la APA al pago de una multa ascendente a 2.000 Unidades Tributarias Anuales, además de disponerse la disolución de dicha Asociación.

IV.- Se condena en costas a las requeridas Ariztía, APA, Agrosuper y Don Pollo.

Acordada la decisión de acoger la reclamación de la FNE en cuanto a imponer sanción de multa a la APA, además de la medida de disolución de esa entidad, **con el voto en contra** de los Ministros señor Carreño y señora Egnem, en cuyo parecer no procede hacer lugar a la imposición de una multa a la asociación aludida teniendo para ello especialmente en consideración que, aceptando que no existe controversia en cuanto a que es posible imponer más de una sanción a un agente económico integrante de un cartel -conclusión que es dable inferir de los propios términos del artículo 26 de DL 211-, y sin dejar de ponderar la gravedad de la conducta desplegada por la APA, estos disidentes comparten sin

embargo el criterio del TDLC en cuanto a estimar que ha sido precisamente la entidad de la infracción el elemento que ha justificado disponer la disolución de la referida asociación, medida a la que concurren en tanto resulta ser en la especie -y en concepto de los disidentes- la sanción más ajustada e idónea, razones por las que en relación a este capítulo consideran que correspondía desestimar la reclamación de la FNE.

Acordada además la decisión de desestimar íntegramente las reclamaciones de las tres empresas avícolas requeridas **con el voto en contra** de la Ministra Sra. Egnem, quien fue de parecer de acoger el planteamiento por ellas formulado como subsidiario en relación a la ley aplicable al caso, elemento éste que incide directamente en la sanción aplicable, y ello en virtud de las siguientes razones:

Primero: Que en el indiscutido contexto de dar cuenta estos antecedentes de un procedimiento que integra el derecho administrativo sancionador, que es a su vez una manifestación del ius puniendi del Estado, resultan aplicables en tal espectro los principios propios de esta actividad, en que se incluyen los previstos en el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de la República, destacando los de legalidad, tipicidad, debido proceso y otros que traspasan el ámbito penal para cubrir también la actividad sancionatoria del Estado, en general.

En estas condiciones, no es posible concebir que exista delito penal o sanción administrativa sin que una ley, en forma previa a la comisión del hecho, lo haya descrito y tipificado como ilícito. A este respecto el profesor Enrique Navarro Beltrán, en el artículo publicado en la Revista de Derecho Público N° 67 año 2005, del Departamento de Derecho Público de la Universidad de Chile, página 252, expresa que: "En general se entiende que la irretroactividad constituye una garantía frente a la promulgación de normas sancionatorias que puedan ser desfavorables para el imputado en el sentido que agraven la sanción. Por el contrario, se autoriza a aplicar la norma más benigna para el afectado o infractor, también denominado como principio in dubio pro reo, en la medida que el legislador manifieste esa voluntad.

Se entiende que este principio rige tanto para normas que establecen sanciones penales como administrativas".

Segundo: Que como se determinó en el presente fallo, el ilícito colusorio resultó integrado con sus elementos descritos en el requerimiento en el año 2000, y se determinó además como fecha de cesación de la conducta el mes de noviembre de 2010. En consecuencia, y como quiera que también se estableció en la presente causa que se trató en la especie de un único ilícito de carácter permanente, resulta ser que en su periodo de operatividad rigió el DL

211 en los tres textos referidos en el fundamento trigésimo octavo de esta sentencia, esto es, el texto original de 1973, a continuación el texto intermedio con las modificaciones introducidas por la Ley 19.911, publicada en noviembre de 2003 y finalmente el texto actual, con las modificaciones de la Ley N° 20.361 que rige a partir del 13 de octubre de 2009.

Tercero: Que también quedó asentado en esta sentencia que el ilícito colusorio establecido, en cuanto a su configuración, puede quedar cubierto y subsumido en los tres regímenes antes indicados, resultando sin embargo imprescindible la determinación de la ley aplicable para los efectos de las sanciones previstas en los tres textos, que son distintas, así como también -y sólo para los efectos que interesa a esta análisis- lo relativo a la prescripción de las acciones.

Las sanciones para el ilícito colusorio -que resulta ser el elemento más relevante- variaron en sus topes máximos de 10.000 UTM en el texto original; 20.000 UTA en el texto intermedio, y 30.000 UTA en el actual texto del DL 211.

Cuarto: Que en los términos antes expresados, y ante un esquema como el propuesto en lo que precede, en el que la ejecución del ilícito ha tenido lugar durante la vigencia de tres regímenes distintos, perentorio resulta, en concepto de quien disiente, dar aplicación al principio de

la ley más favorable al infractor que informa, como a otros, al procedimiento administrativo, y particularmente en un caso como el de la especie en que se ejerce la potestad sancionadora o infraccional. En este mismo sentido esta Corte Suprema en el fallo Farmacias, dictado en los autos Ingreso Corte N° 2578-2012, ha señalado que: "si en una ley se describía un hecho y una ley posterior la deroga pero describe ese mismo hecho, desde el punto de vista del derecho positivo aparece como indiscutible que ese hecho es mantenido y se le aplicará la antigua o la nueva ley, según cual sea más benigna".

Quinto: Que, en concordancia con lo anterior y teniendo en cuenta que las avícolas requeridas han considerado entre sus planteamientos la posibilidad de no estimarse como ley más favorable el texto original por contener a la vez sanciones penales, evento en el que impetran la aplicación de la normativa intermedia, esto es, el texto del DL 211 con las modificaciones introducidas por la Ley 19.911 de 14 de noviembre de 2003, la disidente estima que, en estas condiciones ha correspondido sancionar el ilícito con arreglo a esta última normativa. En este escenario y dando aplicación además al principio de proporcionalidad a que se ha hecho referencia en este fallo, era procedente -en su concepto- imponer a cada una de las requeridas Agrosuper y Ariztía el máximo de las multas determinadas en el texto

recién citado, esto es, de 20.000 UTA, y a Don Pollo, la multa ascendente a 8.000 UTA.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción a cargo de la Ministro Sra. Egnem.

Rol N° 27.181-2014.