

# **Colusión: Un análisis jurisprudencial. Medios de prueba y aplicación de multas<sup>1</sup>.**

(Tercera parte)

MARÍA FERNANDA JUPPET EWING

Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales,

**UNIVERSIDAD CENTRAL DE CHILE;**

LL.M.

**UNIVERSITY OF CALIFORNIA, BERKELEY, U.S.;**

Profesora de Derecho, Economía y Mercado,

**UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO**

## **I. Introducción.**

Es posible definir colusión como acuerdos explícitos para la fijación de precios que normalmente son tratados por las autoridades regulatorias y las cortes como violaciones per se a la ley. Dentro de los indicios que permiten determinar la existencia de un acuerdo colusorio podemos encontrar contratos de exclusividad, establecimiento de cuotas territoriales, entre otros. Los casos de colusión deben estudiarse en su mérito para determinar si es que resultan condenables, dado que la prueba tiende a ser valorativa, por la dificultad de contar con confesiones de las partes en que reconozcan su participación. (Crandall, 2003), por tanto, la principal dificultad que debe asumir la autoridad regulatoria está dada por el aseguramiento de prueba capaz de sustentarse ante los Tribunales Superiores de Justicia.

Ante todo, resulta importante considerar que los incentivos a los miembros parte de un acuerdo colusorio están dados por la búsqueda de la máxima utilidad posible, con miras a beneficiar a los actores que forman parte de ella, a expensas de los compradores, que no se encuentran representados en la negociación del acuerdo colusorio, por tanto, la solución de los miembros del acuerdo tiende a pasar por un aumento del precio como una solución colectiva a su búsqueda de maximización de utilidades. (Dolbear, y otros, 1968)

Con todo, existen autores que han planteado en sus análisis que, en algunos casos, la autorización de colusiones desde las políticas públicas ha implicado

<sup>1</sup> Con la participación de la alumna tesista de la Universidad del Desarrollo Consuelo Sancho Osorio.

beneficios a la competencia en mercados con altos costos hundidos, como es el caso de los ferrocarriles (Russo, 2001), con todo, esa no es la situación de mercados con baja elasticidad en la demanda de productos altamente homogéneos, como son los casos que se han dado en el mercado chileno.

Existe consenso en la doctrina que el ilícito de colusión es el más dañino para el mercado, al impedir el ingreso de nuevos competidores, dejando a los consumidores a merced de los miembros del acuerdo en el mediano plazo.

De acuerdo a la Comisión Europea, la conducta colusoria se puede desplegar de dos maneras. En primer lugar, mediante la fijación de precios concordados entre los actores. Y, en segundo lugar, por medio del establecimiento de cuotas de mercado (OCDE, 2002). En las primeras, es decir, cuando fijan precios de mercado tienden a soportar de manera ficticia un precio mayor que el que sería aplicable a los consumidores de mantenerse entre los agentes de mercado una conducta competitiva.

Se ha demostrado que aun dentro del marco de un acuerdo colusorio, no todos los agentes participantes obtienen beneficios análogos, de acuerdo a Clark y Houde, en el caso del ilícito de colusión, los más beneficiados en ellas son los proveedores más importantes de un mercado, porque pueden asegurar su parte del mercado en el tiempo (Clark, 2013).

En Chile, el ilícito de colusión se encuentra regido por el Decreto Ley N°211 de Defensa de la Libre Competencia, el cual fue modificado por la ley 19.911, y ha determinado que los comportamientos colusorios deben estudiarse en su propio mérito, para poder establecer sanciones que dependan de la gravedad de la conducta, beneficios logrados por los agentes involucrados, participación en el apoyo de la investigación de la FNE y el nivel de daño que los agentes han infringido al mercado (PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE CHILE, 2002).

El presente artículo continuará con el análisis de la jurisprudencia del TDLC y de la Excelentísima Corte Suprema, en relación al ilícito de colusión, especialmente orientado a los medios de prueba generalmente aceptados en estos casos y los criterios aplicables para la determinación de los montos de multas aplicadas a los actores involucrados en estos casos.

## **I. Sobre los medios de prueba.**

Una de las principales particularidades del proceso de defensa de la libre competencia está dada por la dificultad de producir prueba convincente para la Corte Suprema de Justicia en caso de la presentación de un recurso de reclamación

en contra de una sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (en adelante TDLC).

En el caso del ilícito de colusión, se complica aun más la producción de evidencia, dado que todas las personas que tienen algún grado de conocimiento del ilícito son los mismos implicados en el acuerdo colusorio, y, por tanto, carecen de mayores incentivos para confesar ante la Fiscalía Nacional Económica su participación, a menos que cuenten con algún beneficio especial, como es el caso de la aplicación de la delación compensada, como se verá más adelante en el presente artículo.

Para González, existen dos clases de evidencia que permiten probar el ilícito de colusión: La evidencia circunstancial y la evidencia dura. En primer lugar, la evidencia dura corresponde a pruebas materiales, cualquiera clase de documentos, independientemente de su soporte físico o virtual (Gonzalez, 2011). En segundo lugar, la evidencia circunstancial corresponde a aquella que se desprende del comportamiento de las empresas, particularmente del estudio de sus relaciones comerciales (González, 2011).

Con todo, en materia de Libre Competencia no existe una norma que fije un estándar probatorio estricto, como indica el TDLC al determinar en su considerando: "Sexagésimo séptimo. Que, como se ha dicho, no existe en materia de libre competencia una norma que indique el estándar probatorio aplicable de modo general, ni para casos de colusión en particular, por lo que ha debido ser la jurisprudencia de este Tribunal y de la Excma. Corte Suprema la que ha debido integrar este vacío legal"<sup>2</sup>

Por razones de certeza, tiende a ser valorable la existencia de prueba dura por sobre la prueba circunstancial, dado que permite un mayor grado de convicción en la aplicación de sanciones por parte del TDLC y de la Excelentísima Corte Suprema, que sean capaces de cumplir con el estándar probatorio que se ha fijado para los procesos contenciosos en esta materia. Lo cual se desprende de la interpretación del Considerando: "Sexagésimo quinto. Que, sin embargo, el D.L. N° 211 no hace alusión alguna al estándar de prueba aplicable en materia de libre competencia, cuestión del todo fundamental, ya que éste tiene como función, además de establecer cuándo estará justificado tener por probado una determinada hipótesis fáctica, distribuir el riesgo del error involucrado en un determinado caso"<sup>3</sup>

<sup>2</sup> Sentencia 136-11 de causa Rol C- 234-11, "FNE contra Servicios Pullman Bus Costa Central S.A.", página 39.

<sup>3</sup> Sentencia 136-11 de causa Rol C- 234-11, "FNE contra Servicios Pullman Bus Costa Central S.A.", página 38.

En relación a la jurisprudencia de la Excelentísima Corte Suprema en esta materia, el TDLC ha planteado: “Septuagésimo. Que si bien la Excma. Corte Suprema no definió de manera categórica en qué consiste el estándar que ella califica como de “prueba clara y concluyente”, este Tribunal entiende que dicho estándar, para poder formar la convicción de este Tribunal, exige tener más que simplemente una mayor probabilidad, pero sin exigir un nivel de certeza “más allá de toda duda razonable”, como se exigiría en materia penal”<sup>4</sup>

Lo anterior se reafirma en la sentencia N° 137-14 en causa “FNE contra E. Alonso Castillo H. Compañía Limitada y otros”, donde se reproducen en forma íntegra las ideas antes indicadas, en su página 27.

Por lo tanto, es posible concluir, siguiendo a González, que en materia de colusión se impone la evidencia dura por sobre la circunstancial, entendiendo por tal inspecciones directas, programas de amnistía y delación compensada. Las primeras corresponden a los registros que puede realizar en las dependencias de agentes económicos investigados con miras a recolectar evidencia de un acuerdo colusorio.

La delación compensada, por su parte, corresponde a la confesión realizada durante el proceso de investigación del ente fiscalizador (en el caso chileno la Fiscalía Nacional Económica), por uno o más miembros de un acuerdo colusorio, reconociendo su participación en el ilícito y aportando antecedentes relevantes para ésta.

Mediante la aplicación del beneficio de la delación compensada se abre la posibilidad para que los agentes miembros de la conducta se autodenuncien, obteniendo inmunidad en la aplicación hasta en el total de la multa que potencialmente pudiera proceder en su contra.

De acuerdo al procedimiento vigente, el organismo persecutor solicita al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia la aplicación del beneficio en un máximo del total de la multa en el primer beneficiado y hasta un cincuenta por ciento en el segundo, siempre que aporte antecedentes complementarios relevantes que apoyen la investigación.

La evidencia circunstancial, por su parte, es aquella que permite al ente fiscalizador comparar el comportamiento de las empresas, de tal manera de detectar cualquier comportamiento anormal que pueda ser usado como indicio de un acuerdo entre las entidades coludidas.

<sup>4</sup> Sentencia 136-11 de causa Rol C- 234-11, “FNE contra Servicios Pullman Bus Costa Central S.A.”, página 39.

Por regla general, se analiza el mercado determinado mediante el supuesto de un oligopolio, es decir, existe una alta concentración en el mercado, con pocos actores que controlan las decisiones en éste, pero en el cual ninguno de los agentes está dotado por separado del poder para fijar los precios por sí mismo, por lo que requiere de la colaboración de otros agentes.

Los detractores de la evidencia circunstancial plantean que en este ejercicio se usa como supuesto que la decisión de una rebaja en los precios por parte de alguno de los agentes, necesariamente incidirá en la oferta de todos los competidores, los que se verán obligados a reaccionar bajando sus precios a su vez. De tal manera que las reacciones de los agentes son consecuencia de los actos de otros entes relevantes en el mercado, que no necesariamente implican una colusión entre ellos.

Con todo, los miembros de un acuerdo colusorio pueden concordar sus actos sin necesidad de actuar expresamente, por lo tanto, desarrollan acciones paralelas que les impliquen los beneficios de un acuerdo colusorio, sin los riesgos de una comunicación directa.

¿Cómo es posible determinar cuándo se analiza un caso de acciones paralelas? Para Kaysen, no es posible descartar en forma absoluta que las empresas "acuerden participar de un acuerdo", las acciones paralelas pueden servir de base para la inferencia de una colusión, dado que el patrón de comportamiento de las empresas que actúan desde una estructura competitiva es diverso al que muestran al momento de rivalizar entre ellas (Kaysen, 1951).

En estos casos, los agentes de mercado logran sostener precios irregularmente altos mediante una interacción repetida entre ellos y el establecimiento de castigos entre ellos para mantener la cooperación (Knittel, 2003), sin necesidad de mantener una comunicación fluida entre ellas.

Siguiendo a Knittel, existen ciertos indicios que resultan evidentes en un acuerdo colusorio tácito de fijación de precios. Comprendiendo que es más fácil mantener en el tiempo una colusión entre un número menor de firmas, dado que el incentivo está dado para quedarse en el acuerdo en el tiempo, es más fácil, en opinión del autor, mantener una colusión tácita ante una alta concentración de mercado. Además, para él, resulta razonable el plantear que la colusión será más atractiva para las grandes firmas que para las pequeñas, porque las posibilidades de ganancias son proporcionalmente mayores. (Knittel, 2003)

Con todo, si bien es cierto que las pruebas econométricas permiten determinar en forma fehaciente los comportamientos ejecutados por los agentes, midiendo el grado de competencia del mercado. Para Aldo González, esta forma de prueba no cumple con los estándares requeridos por los Tribunales que tienen

a su cargo la resolución de estos casos, para él existen dos riesgos de error en la sentencia de la colusión: en primer lugar, sancionar a quien no ha incurrido en la conducta, y, en segundo lugar, no sancionar a un agente que haya participado en el ilícito. (Gonzalez, 2011).

Para Knittel, por su parte, la prueba de la colusión tácita, al contrario de la colusión expresa tradicional, es a través de la distribución de precios, dado que su estructura es claramente diversa de un patrón tradicional. Siguiendo la línea de Porter y Zona, plantea que los patrones de precios tenderán a mostrar la igualdad en la distribución del mercado (Knittel, 2003).

En la jurisdicción nacional, dada la especialización jurídica de la Excelentísima Corte Suprema de Justicia, en Chile resulta más certero intentar la estructuración de un caso de colusión desde pruebas materiales, aun cuando su dificultad de obtención sin delación compensada es más difícil de lograr.

#### **a. Prueba directa.**

Como ya se ha anunciado con anterioridad, la persecución de conductas colusorias, especialmente la investigación respecto de cartel, genera varios problemas. El primero, estos acuerdos son secretos. Segundo, las agencias gubernamentales tienen dificultades para lograr pruebas convincentes. Tercero, la prueba presentada por las agencias gubernamentales, a falta de evidencias concretas, tales como documentos, acuerdos escritos, o confesiones de las partes involucradas, suele revestir un carácter circunstancial, intentando interpretar una serie de actos que individualmente considerados no tienen mayor valor, pero que estudiados en su conjunto son capaces de entregarnos algunos indicios sobre la existencia de conductas colusorias, lo que no siempre es aceptado por los Tribunales de Justicia.

Respecto de la prueba directa, una de las vías de prueba más importante que se han manifestado en la jurisprudencia del TDLC es la confesión en sus dos formas. Durante el período de investigación es posible para los miembros de un acuerdo entregar antecedentes incriminatorios ante la Fiscalía Nacional Económica mediante la aplicación de la Delación Compensada, cumpliendo con los requisitos exigidos por el DL N° 211. Una vez iniciado el proceso judicial contencioso propiamente tal, las partes requeridas por el regulador pueden reconocer su participación ante el TDLC mediante una confesión tradicional.

El TDLC ha sido claro en el valor de la confesión como prueba directa al plantear: considerando: "Trigésimo tercero. Que, en relación con lo anterior, efectivamente una confesión judicial prestada ante el Tribunal en la audiencia de absolución de posiciones de rigor, constituye una prueba directa de la participación del confesante en el acuerdo colusivo y, cuando es usada contra los

demás requeridos, sólo puede dársele el valor de una prueba testimonial, cuya fuerza probatoria debe analizar este Tribunal de acuerdo con las reglas de la sana crítica, para lo cual se apreciará especialmente la precisión y verosimilitud de la declaración, y su conformidad con las restantes pruebas del proceso;<sup>5</sup>

Con todo, la importancia de la interpretación del TDLC está dada por la aplicación de la sana crítica, validando la experiencia personal y profesional de los magistrados a cargo de la definición del caso, en razón de las particularidades de esta materia, al indicar: Considerando: “Trigésimo quinto. Que, sin embargo, cuando ese reconocimiento es efectuado sólo por algunos de los acusados de haber participado en una conducta colusiva, su valor probatorio debe ser apreciado por este Tribunal de acuerdo con las reglas de la sana crítica, para lo cual se apreciará especialmente la precisión y verosimilitud de dichos reconocimientos, analizados conjuntamente con el resto de la prueba que obre en el proceso...”<sup>6</sup>

La confesión como forma de prueba es constitutiva de prueba directa en los términos del TDLC, cuando determina: “Sexagésimo cuarto: Que este Tribunal concuerda con lo sostenido en el informe en derecho acompañado por la FNE a fojas 7035 y siguientes en orden a que, “[l]a confesión de un miembro del cartel constituye una prueba directa del acuerdo. Ahora bien, es necesario notar que, desde un punto de vista procesal, la confesión, cuando es usada contra los demás demandados, es prueba testimonial” (p. 66 del informe, a fojas 6880 de autos)”<sup>7</sup>

Asimismo, es importante considerar que la confesión como forma de generación de prueba implica la gestación de una atenuante a favor de los miembros de un acuerdo conciliatorio dentro de un proceso de defensa de la libre competencia, como lo plantea el TDLC, al indicar: “Quincuagésimo. Que, en consecuencia, los reconocimientos prestados en autos por las requeridas AGETV, Transportes Lourdes y Transportes Libertad, mediante los acuerdos conciliatorios celebrados y las declaraciones juradas acompañadas a los mismos, constituyen prueba directa de su participación en el acuerdo colusivo, pero respecto de los demás requeridos sólo puede dársele el valor de una prueba testimonial, la que se apreciará especialmente considerando la precisión y verosimilitud de la declaración y su conformidad con las restantes pruebas del proceso, a efectos de determinar si la prueba rendida en autos es suficiente para formar la convicción que este Tribunal exige en relación con la existencia del acuerdo de precios que imputa la FNE en su requerimiento”<sup>8</sup>

<sup>5</sup> Sentencia 137-14 de causa Rol C- 248-13, “FNE contra E. Alonso Castillo H. Compañía Limitada y otros”, página 27.

<sup>6</sup> Sentencia 137-14 de causa Rol C- 248-13, “FNE contra E. Alonso Castillo H. Compañía Limitada y otros”, página 28.

<sup>7</sup> Sentencia 119-2012, de causa Rol C- 184-08, “FNE contra Farmacias Ahumada S.A. y otros”, página 54.

<sup>8</sup> Sentencia 141-15, de causa Rol C-244-12, “FNE contra Sociedad de Transportes Línea Uno Collico S.A. y otros”, página 35.

En segundo lugar, una de las principales herramientas en el sentido de lograr este último objetivo se refiere a la incorporación de la delación compensada o *leniency* como una forma de conseguir la confesión de alguno de los miembros del cartel, el cual recibiría la exención de acuerdo al proyecto del Ejecutivo, del total de la multa a la que pudiera ser condenado.

La opción de la delación compensada es utilizada como incentivo para romper el equilibrio entre las fuerzas que preservan el estado del acuerdo colusorio. Quiebra la interdependencia social que presentan todos los elementos que forman parte del acuerdo, ejerciendo influencia en aquellos mismos elementos. (Small, 1900). En definitiva, la impunidad ofrecida por la autoridad al primero de los miembros que entregue información sobre la infracción del grupo permite que se quiebre la lealtad de quienes forman parte de dicho acuerdo.

Respecto del valor probatorio que se otorga a la delación compensada, el TDLC ha prescrito, de acuerdo a su considerando: "Vigésimo quinto. Que este Tribunal ha sostenido con anterioridad, y más precisamente en su Sentencia N° 119/2012, que la confesión de un miembro de un cartel constituye una prueba directa del acuerdo y que, desde un punto de vista procesal, cuando es usada contra los demás demandados, ha de otorgársele el valor de una prueba testimonial"<sup>9</sup>

Asimismo, y en relación a la aplicación de la máxima de la sana crítica, el TDLC ha tomado en consideración los motivos que inducen al miembro de un cartel a solicitar la aplicación del beneficio de la delación compensada, al indicar considerando: "Trigésimo. Que conforme a las máximas de la experiencia y de la lógica es razonable sostener que el motivo de la confesión de Tecumseh ha sido precisamente el de evitar las graves consecuencias que para la empresa pudieran derivarse de la prueba de colusión en su contra, razón por la cual dicha confesión ha de considerarse como un antecedente probatorio importante respecto de la existencia del acuerdo, sin perjuicio del análisis de la restante prueba que obra en autos"<sup>10</sup>.

Asimismo, el TDLC ha sido claro que el miembro del cartel que haya actuado como instigador en un acuerdo colusorio no resulta beneficiario potencial de la exención de multa, en razón de las características particulares de esta institución. Lo que se desprende del considerando: "Centésimo vigésimo sexto. Que, habiéndose acreditado la conducta de colusión delatada y no habiéndose alegado –ni menos probado– que Tecumseh fue el organizador de la conducta ilícita y que coaccionó a los demás participantes del acuerdo, corresponde aplicar la exención de multa solicitada por la Fiscalía Nacional Económica en

<sup>9</sup> Sentencia 122-12 de causa Rol C- 207 - 10, "FNE contra Tecumseh Do Brasil Ltda.", página 23.

<sup>10</sup> Sentencia 122-12 de causa Rol C- 207 - 10, "FNE contra Tecumseh Do Brasil Ltda.", página 24.

su requerimiento, en virtud de lo dispuesto en el inciso 5° del artículo 39 bis del D.L. N° 211”<sup>11</sup>.

Finalmente, en este punto, es importante recalcar, que para la ponderación de la relevancia de la prueba directa producida a través de la confesión o de la delación compensada de un miembro del acuerdo colusorio, no es en sí misma mérito suficiente para considerarla como una prueba completa, por tanto, serán consideradas en conjunto con otras pruebas que se hayan producido a lo largo del juicio, como se desprende de la lectura del considerando: “Quincuagésimo noveno. Que, en efecto, este Tribunal, al dictar su Sentencia N° 133, tuvo especialmente en consideración para tener por acreditados los hechos, la delación compensada prestada por una de las requeridas (consideraciones centésimo decimotercera, centésimo decimosexta, centésimo vigésimo séptima, centésimo trigésimo primera, centésimo cuadragésimo quinta y centésimo cuadragésimo octava), así como las interceptaciones telefónicas realizadas por la FNE. Por su parte, en la Sentencia N° 134, el pronunciamiento de este Tribunal se limitó a hacer una calificación jurídica de determinados hechos que las mismas requeridas confesaron en virtud de la conciliación parcial alcanzada en ese proceso (consideraciones centésimo decimosexta y centésimo decimoséptima)”<sup>12</sup>

#### **b. Prueba indirecta.**

Respecto de la prueba indirecta, resulta necesario el plantear la diversa conformación del TDLC, con su alto grado de especialización al conformarse por abogados y especialistas en el área económica, comprendiendo que la regla de interpretación de base es la sana crítica. Con todo, la prueba indirecta presenta limitaciones en la confirmación de las sanciones especialmente ante la Excelentísima Corte Suprema, al considerar que la experiencia de sus Ministros es diversa y menos especializada que la presentada en el TDLC.

De acuerdo al TDLC, la prueba indirecta presenta problemas para sostener con fuerza la necesidad de sanciones en caso de colusión, con todo, se ha planteado al menos un voto de minoría la importancia de conciliar ambas formas de prueba, cuando indica: “5°) Que, en segundo término, estos sentenciadores estiman que la existencia de un acuerdo o práctica concertada entre agentes económicos puede ser acreditada tanto por prueba directa como indirecta, e incluso sólo por prueba indirecta. En efecto, en la mayoría de los casos, la existencia de acuerdos o prácticas concertadas debe inferirse de ciertas coincidencias y de indicios que, considerados en su conjunto, pueden constituir, a

<sup>11</sup> Sentencia 122-12 de causa Rol C- 207 - 10, “FNE contra Tecumseh Do Brasil Ltda.”, página 58.

<sup>12</sup> Sentencia 136-11 de causa Rol C- 234-11, “FNE contra Servicios Pullman Bus Costa Central S.A.”, página 37.

falta de una explicación coherente, la prueba de una infracción a las normas de competencia”<sup>13</sup>

La coherencia de los indicios resulta interesante respecto de la ponderación de la prueba en razón de la sana crítica, dado que permite libremente a los sentenciadores utilizar sus propios conocimientos para interpretar y ponderar los indicios, encuadrados en el marco de la lógica y de las máximas de la experiencia (González Castillo, 2006). Así, de acuerdo al mismo fallo antes indicado: “7°) Que este reconocimiento expreso de los indicios o antecedentes como medios de prueba adicionales a los que contempla nuestro ordenamiento procesal civil resulta coherente, a juicio de estos sentenciadores de minoría, tanto con la naturaleza de los ilícitos que les corresponde juzgar como con el sistema de apreciación de la prueba que, también excepcionalmente, el legislador ha querido establecer para ponderarlos. En efecto, debe considerarse en primer término que es de la esencia de las prácticas restrictivas de la competencia –y sobre todo de los acuerdos– que quienes las lleven a cabo intenten ocultar, por todos los medios posibles, la evidencia material que los pueda delatar (comunicaciones escritas o telefónicas, registros de llamadas, minutas de reuniones, actas, etc.), dificultando de esta manera la prueba directa de tales conductas, por lo que sólo queda en manos de quien requiere o demanda la posibilidad de acreditar los indicios o antecedentes que revelen o manifiesten indirectamente la existencia de dicha conducta. Lo anterior es particularmente necesario en un sistema que, como el nuestro, no ha entregado al organismo fiscalizador –la FNE– las facultades necesarias para obtener compulsivamente la denominada evidencia material, directa o “dura””<sup>14</sup>

Esta visión concuerda con lo interpretado por la Excelentísima Corte Suprema, cuando define la sana crítica en sentencia 82 de 2009, “FNE contra Asociación Gremial de Buses Interbus y otros” en su considerando: “Décimo: Que otro de los temas que aborda la reclamación dice relación con las pruebas aportadas al proceso, estimando que las de su parte demuestran de mejor forma que no se ha atentado a la libre competencia. Sin embargo, debe recordarse que en esta materia la prueba se aprecia conforme a las reglas de la sana crítica, que no es otra que ponderar los distintos medios de prueba de acuerdo a los principios de la lógica y las máximas de la experiencia...”<sup>15</sup>

Finalmente, resulta importante concluir que ambas formas de prueba, tanto la directa como la indirecta, tienen sustento, especialmente si es que se conjugan de manera sistemática en la interpretación de un caso. Lo que se desprende de la lectura del considerando: “Sexagésimo primero. Que lo anterior, en todo

<sup>13</sup> Sentencia 57-2007, de causa Rol C 77-2005, “FNE contra Isapre ING S.A. y otros”, página 101.

<sup>14</sup> Sentencia 57-2007, de causa Rol C 77-2005, “FNE contra Isapre ING S.A. y otros”, página 101.

<sup>15</sup> Sentencia Excelentísima Corte Suprema respecto de Recurso de Reclamación contra sentencia 82 de 09, “FNE contra Asociación Gremial de Buses Interbus y otros”, página 7.

caso, no obsta a que en este proceso igualmente se pueda llegar a la prueba y establecimiento de los hechos imputados, toda vez que –como ya han dicho tanto este Tribunal como la Excma. Corte Suprema– “un acuerdo entre competidores puede ser acreditado por prueba directa o indirecta, conforme lo establece el artículo 22 inciso segundo del D.L. N° 211. La prueba directa corresponde a toda clase de antecedentes que sean explícitos y que no requieran de inferencias para establecer la proposición o conclusión que se sostiene, como lo puede ser el reconocimiento de una parte (sin perjuicio que respecto de los demás acusados tenga el valor probatorio de prueba testimonial), o bien la existencia de documentos donde consten nítidamente los términos del acuerdo, cuestión esta última que difícilmente ocurrirá, atendida la naturaleza típicamente clandestina de los acuerdos colusorios. La prueba indirecta, en cambio, es aquella que, sin probar directamente el hecho que se pretende, permite igualmente tener por acreditado dicho hecho mediante inferencias, de lo que se sigue que es perfectamente posible acreditar una colusión valiéndose únicamente de prueba indirecta o de presunciones que lleven inequívocamente a esa conclusión” (Sentencia N° 133, consideración centésimo quincuagésimo segunda). En síntesis: “el acuerdo colusorio entre agentes económicos puede ser acreditado por prueba directa o indirecta” (Excma. Corte Suprema en los autos Rol N° 2666-13, consideración décima)”<sup>16</sup>

### **c. Otros aspectos de la prueba.**

#### **1) La prueba testimonial.**

Otra forma de prueba clásica que resulta relevante es el caso de los testigos, por lo que resulta necesario revisar la interpretación del TDLC en casos de colusión respecto a dos temas fundamentales. En primer lugar, la aplicación de las normas de las tachas de testigos, con particular énfasis, en razón de su importancia, la dependencia de un testigo de la parte que lo presenta. En segundo lugar, la forma de valoración de la prueba testimonial en casos de colusión.

En relación a las tachas de testigos, en materia de libre competencia es posible citar a un dependiente de la parte que lo presenta, como se desprende de la lectura del considerando tercero inciso tercero: “Asimismo, citando la Sentencia N 33/2005 de este Tribunal, sostienen que el testigo no cabrá dentro de aquella calidad de persona que ha tenido acceso a los hechos materiales de debate en un juicio, única excepción que, según las requeridas, permitirá aceptar la declaración de un testigo que es dependiente de la parte que lo presenta, lo que no concurre en la especie.”<sup>17</sup>

<sup>16</sup> Sentencia 136-11 de causa Rol C- 234-11, “FNE contra Servicios Pullman Bus Costa Central S.A.”, página 37.

<sup>17</sup> Sentencia 43-2006, de causa Rol C 74-2005, “FNE contra Air Liquide Chile S.A. y otros”, página 80.

En relación a la independencia del testimonio de un testigo, es decir, la presentación de un subordinado o dependiente en dicha calidad en un juicio de defensa de la libre competencia, se ha determinado por el TDLC que el prestar servicios para la parte que lo presenta no implica necesariamente una pérdida de imparcialidad. Cuando señala en su considerando "Cuarto: Que, ponderados los elementos de hecho que sirven de fundamento a las tachas deducidas, se acogerá aquella fundada en la causal establecida en el número 4° del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil, por cuanto el señor Asenjo señaló ser empleado de PB y ocupar el cargo de subgerente comercial de dicha empresa, de lo cual se desprende inequívocamente que, al tiempo de su declaración, prestaba habitualmente servicios retribuidos para la parte que lo presentó a declarar, y carecía de la independencia necesaria para hacerlo. Sin perjuicio de lo anterior, se rechazará la tacha deducida en su contra por la causal del N° 6 de la mencionada disposición legal, dado que la circunstancia en la que se funda, esto es la calidad de dependiente que tiene el testigo, lo priva de independencia, pero no necesariamente de imparcialidad"<sup>18</sup>

La interpretación anterior se basa en los conocimientos particulares de los hechos que pueden constar sólo a una persona que forma parte de una organización presuntamente involucrada en un acuerdo colusorio, como se desprende de la lectura de la Sentencia 87- 2009, que en su considerando segundo dispone: "Que, ponderados los elementos de hecho y argumentaciones de las partes, este Tribunal considera que, si bien el testigo es un empleado dependiente de la parte que lo presenta, en razón de su cargo tiene conocimiento directo de los hechos materia de la causa, por lo que rechazará la tacha formulada sin perjuicio del valor probatorio que se le pueda asignar a su declaración bajo el criterio de la sana crítica, de acuerdo con lo prescrito en el artículo 22, inciso final, del Decreto Ley N° 211;"<sup>19</sup>

En segundo lugar, es importante indicar que el mérito de la prueba testimonial deberá ser revisado en razón de la gravedad y precisión de la prueba, a fin de facilitar la comprensión en sí misma o en relación al resto de la prueba obtenida a lo largo del proceso, siempre en el marco de la sana crítica, como se desprende de la lectura del fallo "FNE contra Farmacias Ahumada S.A. y otros", cuando indica: considerando "Sexagésimo quinto: Que cabe agregar que el valor probatorio de la prueba testimonial depende de los caracteres de gravedad y precisión que ésta tenga para determinar si puede, por sí sola o unida a la restante prueba rendida, formar convicción del Tribunal, aplicando para ello las reglas de la sana crítica. Hay que recordar al respecto que, si incluso

<sup>18</sup> Sentencia 79-2008, de causa Rol C 132-07, "FNE contra MK Asfaltos Moldeables Chile S.A. y otros", página 15.

<sup>19</sup> Sentencia 87-2009, de causa Rol C-157-08, "Gustavo Hasbún Selume contra Compañía de Petróleos de Chile S.A. y otros", página 5.

en los casos de prueba tasada la declaración de un solo testigo puede revestir el carácter de plena prueba, según lo dispuesto en el artículo 384 N° 1 en relación con el artículo 426 inciso segundo del Código de Procedimiento Civil, con mucho mayor razón ello podría ocurrir cuando la prueba debe apreciarse de acuerdo a las reglas de la sana crítica, como ocurre en esta sede;<sup>20</sup>

## 2) La comunicación como prueba de la colusión.

Resulta razonable comprender que los miembros de un crimen de organización se encuentran compelidos a buscar un equilibrio entre la coordinación de sus miembros y evitar la detección de sus comunicaciones (Baker & Faulkner, 1993). Pero la dificultad, de acuerdo a Aven, es lograr el equilibrio entre la coordinación y la mantención del flujo de información entre los miembros del bloque (Aven).

Así, es en las comunicaciones, donde se centra la necesidad de las prohibiciones per se de ciertas conductas anticompetitivas para Cooper, dado que constituyen el centro del descubrimiento de acuerdos explícitos (Cooper, 2009).

La comunicación ha sido considerada por el TDLC como una de las pruebas fundamentales para la acreditación de la existencia de un cartel, tanto por su carácter directo, como por la contundencia de su existencia, al considerar: "... para efectos de comprobar lo anterior, corresponde evaluar primeramente si hubo o no comunicación y coordinación entre las imputadas y, en definitiva, si existió concertación de voluntades que otorgase a las requeridas la capacidad aludida en la consideración anterior. Además, corresponde determinar, en segundo lugar, en qué consistió y con qué objeto se produjo dicha eventual concertación de voluntades;"<sup>21</sup>

Esta visión es consistentemente aplicada por el TDLC, validando incluso aquella comunicación acreditada mediante vías electrónicas, y que permiten construir un marco para la interpretación sistémica con otras pruebas presentadas a lo largo del proceso, como se desprende al revisar el considerando: "Cuadragésimo tercero. Que además de los correos electrónicos referidos, y a mayor abundamiento, debe señalarse que constan en el cuaderno de exhibición de la FNE, Tomo I, correos intercambiados antes y después de la reunión de Nürtemberg, que, si bien no son concluyentes por sí mismos, permiten reforzar la tesis de la colusión y por consiguiente constituyen indicios de la misma, considerando las expresiones que contienen, algunas de las cuales se describen a continuación..."<sup>22</sup>

<sup>20</sup> Sentencia 119-2012, de causa Rol C- 184-08, "FNE contra Farmacias Ahumada S.A. y otros", página 54.

<sup>21</sup> Sentencia 116-2011, de causa Rol C-217-11, "FNE contra Sociedad Agrícola Comercial y Ganadera Palo Santo Limitada y otros", página 12.

<sup>22</sup> Sentencia 122-12 de causa Rol C-207-10, "FNE contra Tecumseh Do Brasil Ltda.", página 29.

Además, la comunicación permite a los miembros de un acuerdo colusorio evitar el riesgo de que miembros del mismo lo incumplan, con miras a la búsqueda de su beneficio personal, “engañando” a los miembros del cartel. (Mathewson, 1986)

Dentro de las amenazas más comunes para proteger el acuerdo colusorio, destacan los cambios en los incentivos para coludirse, es decir, que la salida del acuerdo implicará menores ganancias en el mercado para el miembro díscolo. Con todo, esta idea es discutida por Cooper, quien desarrolló una serie de experimentos que llevaron a la conclusión de que estas expectativas en la práctica no son creídas por los actores del mercado (Cooper, 2009).

Con todo, es importante recalcar que cualquier comunicación en sí misma no es constitutiva de prueba suficiente en el marco de una investigación de colusión en la jurisdicción chilena, como se indica expresamente por el TDLC al establecer: “Trigésimo octavo: Que, en cuanto al cuarto indicio invocado por la FNE, referido a la existencia de numerosas conversaciones telefónicas entre las requeridas en el periodo anterior a la presentación de ofertas, este Tribunal estima que la existencia de relaciones comerciales entre las requeridas se encuentra suficientemente acreditada con las órdenes de compra acompañadas a fojas 91, las facturas acompañadas a fojas 565 y las escrituras acompañadas a fojas 317, que proporcionan una explicación alternativa plausible a dichas comunicaciones;”<sup>23</sup>

Esta interpretación fue reafirmada por la Excelentísima Corte Suprema de Justicia, al indicar en su considerando undécimo relativo al recurso de reposición presentado en contra de la sentencia 79-2008, “FNE contra MK Asfaltos Moldeables Chile S.A. y otros” al establecer: “Que, en efecto, y según se anotó en el fundamento séptimo precedente, los oferentes probaron las relaciones comerciales que las ligaban, de manera que resultaba justificada la comunicación que podría haber existido entre ellas; en otras palabras, la comunicación o tráfico de llamados presentado como indicio no sólo pudo tener como motivo la licitación en comento, sino que otros muy distintos...”<sup>24</sup>

En los crímenes organizacionales podemos distinguir dos grandes grupos, aquellos que son cometidos por un individuo en contra de una empresa, para su beneficio personal, como es el caso de la estafa, y, un segundo grupo, en el cual los individuos participan en conjunto para beneficiar a la organización, por ejemplo, la colusión.

<sup>23</sup> Sentencia 79-2008, de causa Rol C 132-07, “FNE contra MK Asfaltos Moldeables Chile S.A. y otros”, página 23.

<sup>24</sup> Sentencia Excelentísima Corte Suprema respecto de Recurso de Reclamación Rol N° 96-09 contra sentencia 79-2008, “FNE contra MK Asfaltos Moldeables Chile S.A. y otros”, página 6.

En los ilícitos grupales, las comunicaciones entre los miembros del grupo son restringidas, así limitan la exposición y posible detección, toda la información entregada tiene por finalidad beneficiar la coordinación entre los miembros. Esta conducta es contraria al comportamiento que normalmente mantendrían sujetos que no están involucrados en un ilícito corporativo, dado que para quienes no son parte de la red la información no se limita, y los no miembros pueden comunicarse sin secretos más allá de las estrategias empresariales básicas (Aven).

Tal es el caso de las comunicaciones sobre precios de productos, que de acuerdo a Porter constituye conocimiento estratégico de una compañía, y, por tanto, es de aquellos que no debiera ser público (Porter, 2013). De tal manera, organizaciones que comunican información sensible como la estructura de precios de una empresa es constitutiva de información sospechosa, como se desprende de la sentencia 137-14 de causa Rol C- 248-13, al indicar en su considerando: "Cuadragésimo octavo. Que, si bien es cierto que el intercambio de información comercial sensible entre competidores puede constituir una práctica que facilite la coordinación ilícita entre agentes económicos y que, por lo tanto, no debería producirse, ella por sí sola no basta para acreditar una colusión si no se acompañan otros antecedentes probatorios..."<sup>25</sup>

En caso de que no exista información concreta respecto de las comunicaciones mismas, existen otros indicios que pueden desprenderse desde registros telefónicos, como lo son el tráfico y duración de las llamadas, como se plantea en sentencia 63-08, de causa Rol C-103-06, "FNE contra París S.A. y otro", en su considerando "Centésimo tercero. Que, además de la evidencia descrita, configura un indicio relevante que reafirma la convicción de este Tribunal la circunstancia que el tráfico y duración de las llamadas en los días 3 y 4 de abril de 2006 es claramente superior al promedio de llamadas entre Falabella, París y estos proveedores en los meses previos, como se observa en el Gráfico 3;"<sup>26</sup>

### 3) Reincidencia de un actor ante casos de colusión.

De acuerdo al TDLC, se considera reincidente a un actor que haya sido sancionada por un ilícito de libre competencia con anterioridad a los hechos que pudieran implicar una nueva sanción ante dicha sede. Lo que se deduce de diversas acciones enmarcadas en el mercado del transporte público interurbano. Como se deduce de la lectura del considerando centésimo trigésimo séptimo de la sentencia 133-14, de causa Rol C-224-11, "FNE contra Servicios Pullman Bus Costa Central S.A. y otros": "Que, por su parte, en cuanto a la reincidencia,

<sup>25</sup> Sentencia 137-14 de causa Rol C- 248-13, "FNE contra E. Alonso Castillo H. Compañía Limitada y otros", página 31.

<sup>26</sup> Sentencia 63-08, de causa Rol C-103-06, "FNE contra Paris S.A. y otro", página 66.

este Tribunal estima que ni Pullman ni Bahía Azul pueden ser consideradas como reincidentes, toda vez que a la fecha de comisión de la infracción no habían sido sancionadas en esta sede;<sup>27</sup>

El criterio de sanción previa, como criterio de determinación de la reincidencia, antes que la reiteración en la comisión de la conducta se plantea como la regla de interpretación que prima en el TDLC, lo que se infiere de la lectura del considerando "Sexagésimo sexto. Que, en cuanto al cálculo del monto de la multa que se impondrá conforme a lo señalado precedentemente, este Tribunal debe tomar en consideración, entre otros, el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción, la gravedad de la conducta y la calidad de reincidente del infractor. Al respecto, no existe en autos evidencia que permita cuantificar el beneficio económico obtenido por Agmital o sus socios, y no se le puede atribuir a dicha asociación la calidad de reincidente, pues los antecedentes de conductas exclusorias realizadas en el pasado no son suficientes para establecer tal calidad de reincidente, al no haber sido juzgadas y sancionadas en sede de libre competencia;"<sup>28</sup>

Respecto de los beneficios obtenidos por los miembros de un acuerdo colusorio, no corresponden a un criterio que configure reincidencia en opinión del TDLC, lo que se infiere de la sentencia 82-09, de causa Rol C-140-07, "FNE contra Asociación Gremial de Buses Interbus y otros", al determinar en su considerando: "Cuadragésimo segundo... Al respecto, no existe en autos evidencia que permita cuantificar el beneficio económico obtenido por Interbus o sus socios, y no se le puede atribuir a dicha asociación la calidad de reincidente, pues la declaración jurada de un empresario de buses que intentó operar en la ruta de autos, acompañada a fojas 71, en la que afirma que en el pasado Interbus lo sacó del mercado en la misma forma en que ahora lo hizo con Costa Cordillera, no es suficiente para establecer tal calidad de reincidente, máxime si en sede de libre competencia no se ha aplicado a Interbus en el pasado sanciones de este tipo..."<sup>29</sup>

Finalmente, la reincidencia considera el tiempo entre sanciones como un criterio atenuante, lo que se infiere de la Sentencia 119-2012, de causa Rol C-184-08, "FNE contra Farmacias Ahumada S.A. y otros", de acuerdo al considerando "Ducentésimo cuarto: Que si bien el D.L. N° 211 no establece un período dentro del cual deba haber sido condenado un infractor de sus disposiciones para efectos de determinar su calidad de reincidente, este Tribunal

<sup>27</sup> Sentencia 133-14, de causa Rol C-224-11, "FNE contra Servicios Pullman Bus Costa Central S.A. y otros", página 57.

<sup>28</sup> Sentencia 102-2010, de causa Rol C 191-09, "FNE contra Asociación Gremial de Dueños de Mini Buses Agmital", página 26.

<sup>29</sup> Sentencia 82 - 09, de causa Rol C-140-07, "FNE contra Asociación Gremial de Buses Interbus y otros", página 26.

estima prudente en este caso no considerar la reincidencia de las requeridas como un elemento relevante para incrementar la multa a aplicar, atendido (i) el largo tiempo transcurrido desde que se dictó por la H. Comisión Resolutiva la Resolución N° 432 y (ii) el hecho que, desde esa fecha y hasta la comisión de la conducta colusoria que motiva la presente sentencia, ninguna de ellas ha sido sancionada nuevamente en esta sede;<sup>30</sup>

## **II. Criterios de aplicación de multas por parte del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.**

De acuerdo a los criterios de aplicación de multas establecidos por el DL N°211, estos se encuentran en el artículo 26, letra c, inciso segundo, en el que se establecen como criterios los siguientes: "...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".

Los criterios interpretativos del artículo 26 son aplicados en forma literal, por el TDLC en sentencia 94-08, de causa Rol C-149-07, "FNE contra Sociedad de Transportes Central Ltda. y otros", en su considerando: "Nonagésimo sexto: Que para determinar la multa que se impondrá a cada uno de los requeridos, este Tribunal estima del caso considerar, entre otros factores, (i) el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción; (ii) la gravedad de la conducta; y (iii) la existencia de circunstancias que modifiquen la responsabilidad de los infractores;"<sup>31</sup>

De la misma forma, se ponderan claramente a propósito de la sentencia 74-2008, del proceso Rol C-21-06, "FNE contra AM Patagonia S.A. y otros", en la cual se indica no sólo la interpretación de los criterios establecidos en la norma antes descrita, sino, asimismo incorpora atenuantes, en su considerando "Trigésimo octavo: Que para determinar el monto de la multa se tendrá en consideración: (i) el beneficio económico obtenido con la infracción, que puede aproximarse a partir del incremento en los precios enfrentados por los afiliados a Isapres que figura en los cuadros Nos 2 y 3 precedentes, y del período durante el cual se habría aplicado el arancel, esto es, entre mayo de 2005 (fecha de las renunciaciones masivas a los convenios individuales) y mayo de 2006 (fecha a partir de la cual se volvieron a suscribir tales convenios por parte de los requeridos). Lo anterior, de acuerdo con la proyección simple a todo

<sup>30</sup> Sentencia 119-2012, de causa Rol C- 184-08, "FNE contra Farmacias Ahumada S.A. y otros", página 328.

<sup>31</sup> Sentencia 94-08, de causa Rol C-149-07, "FNE contra Sociedad de Transportes Central Ltda. y otros", página 48.

ese período del resultado contenido en el cuadro N° 2, alcanza un beneficio aproximado de \$25.000.000, por concepto de mayores copagos; y (ii) la gravedad propia de toda colusión, que en este caso se vería sin embargo disminuida porque: (a) los requeridos habrían eliminado o limitado los efectos de la infracción por medio de la transformación de Ampatagonia en una sociedad de responsabilidad limitada, con un reducido número de socios, según consta de los documentos acompañados a la contestación; (b) conjuntamente con el propósito ilícito de concertar precios, había otros objetivos que serían lícitos y estarían debidamente acreditados con el video rolante a fojas 669 bis y con las testimoniales rendidas por los requeridos, como el mejoramiento de la gestión de cobranza; y (c) los médicos requeridos, si bien consintieron voluntariamente en el acuerdo, adoptaron algún resguardo respecto de la licitud de su actuar desde el punto de vista de la libre competencia, consultando especialistas y autoridades al respecto, lo que revela un cierto grado de diligencia que, sin duda, debe contribuir a reducir su responsabilidad infraccional;<sup>32</sup>

De esta sentencia es posible determinar que existen circunstancias atenuantes que pueden ser consideradas ante la determinación de las sanciones aplicables, como son: el eliminar y limitar los efectos de la infracción, la existencia de objetivos lícitos que se hayan desarrollado conjuntamente con objetivos ilícitos a través de una asociación gremial, finalmente, que parte de los agentes involucrados hubieran tomado resguardos de actuar dentro de la normativa, consultando a especialistas que indicaran la correcta aplicación de la ley, aun cuando esta interpretación se encontrara equivocada en visión del TDLC.

Con todo, la Excelentísima Corte Suprema, exige que las multas sean determinadas a través de un razonamiento expreso por parte del TDLC que justifique el monto aplicado en su contra, al ordenar en su considerando duodécimo: "Que, finalmente, esta Corte se hará cargo de la petición de los reclamantes, efectuada de manera subsidiaria, cual es la de rebajar substancialmente la multa aplicada. Para ello tendrá en consideración, en primer lugar, que la sentencia sobre este tópico no contiene razonamientos suficientes que sustenten debidamente la decisión, por lo que la aplicación de las multas se ha construido casi como una facultad discrecional, sin suficientes motivos, fundamentos y circunstancias sobre los parámetros utilizados para la fijación del monto en cuestión, todo lo cual importa un incumplimiento a lo dispuesto por el inciso final del artículo 26 del Decreto Ley 211. Como ha sostenido esta Corte en anteriores fallos (Rol N°2339-08), el desarrollo de tales razonamientos es necesario para el logro de un debido proceso, entendido tanto en su dimensión formal o adjetiva como en su extensión sustantiva o sustancial; sobre todo considerando que esta última se vincula directamente con el principio de razonabilidad y proporcionalidad,

<sup>32</sup> Sentencia 74-2008, de causa Rol C- 121 - 06, "FNE contra AM Patagonia S.A. y otros", página 22.

de manera tal que permita también a las partes procurar una adecuada y clara defensa e interponer los debidos recursos;<sup>33</sup>

### **III. Algunas consideraciones en caso de conciliación entre las partes.**

La conciliación como forma de poner término al juicio resulta posible, en la medida que estas partes aporten antecedentes a la Fiscalía Nacional Económica, en las que asumen responsabilidad en los hechos y se comprometen al pago de una multa a beneficio fiscal. Éste criterio ha sido validado reiteradamente por el TDLC, al indicar: “Sexagésimo noveno. Que para los efectos de determinar el monto de la multa que se impondrá a las requeridas por la conducta acreditada, y de acuerdo con lo dispuesto en el inciso final del artículo 26 del D.L. N° 211, debe considerarse, entre otras circunstancias, el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción, la gravedad de la conducta, la calidad de reincidentes de los infractores y, en este caso, los acuerdos conciliatorios alcanzados por algunas de las partes con la Fiscalía, así como la colaboración que prestaron algunas requeridas en la investigación;”<sup>34</sup>

Asimismo, el TDLC ha planteado con claridad que la conciliación puede ser utilizada como un criterio atenuante válido de ser alegado por las partes, como se plantea en sentencia 134-14, de causa Rol C-223-11, “FNE contra Empresa de Transportes Rurales Limitada y otros”, al establecer en su considerando: “Centésimo decimonoveno. Que, en particular y atendida la gravedad de las conductas acreditadas –pues no debe olvidarse que la confluencia de voluntades entre competidores con el objeto o efecto de sustituir las condiciones y riesgos propios de la competencia constituye la más seria de las infracciones a la libre competencia–, este Tribunal impondrá a las requeridas el máximo de las multas pactadas en los acuerdos conciliatorios alcanzados entre ellas y la FNE, sin perjuicio de declarar que, en ausencia de dichos acuerdos conciliatorios y de haberse podido probar los hechos de la causa por vías distintas a la confesión que implica el reconocimiento de los hechos objetivos descritos en el requerimiento, muy probablemente tales multas habrían sido de mucho mayor entidad que las que finalmente se impondrán;”<sup>35</sup>

Asimismo, la cooperación prestada ante la FNE en un proceso de conciliación implica necesariamente la existencia de una atenuante necesaria en el proceso,

<sup>33</sup> Sentencia Excelentísima Corte Suprema respecto de Recurso de Reclamación Rol N°5937-08 contra sentencia 74-2008, “FNE contra AM Patagonia y otros”, página 4.

<sup>34</sup> Sentencia 137-14 de causa Rol C-248-13, “FNE contra E. Alonso Castillo H. Compañía Limitada y otros”, página 31.

<sup>35</sup> Sentencia 134-14, de causa Rol C-223-11, “FNE contra Empresa de Transportes Rurales Limitada y otros”, página 75.

pero sólo en caso de que conste en el proceso la colaboración prestada por el agente investigado en la investigación. Como se plantea en la sentencia 141-15, de causa Rol C-244-12, "FNE contra Sociedad de Transportes Línea Uno Collico S.A. y otros", que en su considerando octogésimo octavo indica: "Que, en cuanto al carácter de reincidentes de las requeridas, no constan antecedentes de sanciones aplicadas con anterioridad a las mismas en esta sede, por lo que no puede calificárselas como tales. En lo que respecta a la colaboración prestada por alguna de las partes a la FNE durante su investigación, no consta en el proceso la misma, por lo que tampoco se verá considerado este elemento al momento de determinar la multa;"<sup>36</sup>

## **Conclusiones.**

La colusión es investigada en razón del daño que se genera en el mercado por acuerdos destinados a controlar el mercado por parte de agentes, que individualmente no cuentan con el poder para controlarlo.

Dentro de la investigación de este ilícito, uno de los principales desafíos está dado por la prueba de la colusión. Distinguiendo entre prueba directa y prueba indirecta. Coincidiendo que ambas resultan aplicables en materia de defensa de la libre competencia, la ponderación que se hace a través de la sana crítica, no implica que el TDLC deba inclinarse por pruebas circunstanciales que no logren una convicción plena de la existencia del ilícito, o de sus participantes.

En relación a las pruebas directas, destacando entre ellas la confesión y la declaración compensada, que al ser interpretadas en conjunto con otros elementos pueden lograr la aplicación de multas en el proceso.

Se revisan los criterios interpretativos del TDLC respecto de la prueba testimonial, en lo referente a dos aspectos sustanciales del proceso. En primer lugar, la aplicación de las normas de las tachas de testigos, con particular énfasis en la dependencia de un testigo de la parte que lo presenta. En segundo lugar, la forma de valoración de la prueba testimonial en casos de colusión.

Y se analiza en detalle la comunicación como prueba de la colusión, tanto en su contenido, como en el contexto que provee para un acuerdo colusorio. Recalcando la importancia de la comunicación como medio de coordinación entre los actores.

<sup>36</sup> Sentencia 141-15, de causa Rol C-244-12, "FNE contra Sociedad de Transportes Línea Uno Collico S.A. y otros", página 45.

Se revisa en detalle los aspectos interpretativos que permiten calificar la reincidencia de un actor ante actos desplegados contrarios a la libre competencia, en interpretación del TDLC. Comprendiendo que sólo se considerará como reincidente a aquel actor que haya sido condenado en el pasado reciente ante el TDLC. No considerándose como reincidente a un actor por investigaciones de hechos diversos, pero simultáneos.

En relación a las multas, se consideran con claridad los criterios planteados por el artículo 26, letra c, inciso segundo del DL 211, es decir, "...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."

Asimismo, el TDLC ha establecido la existencia de atenuantes que pueden ser consideradas en procesos de acuerdos colusorios, tales como, el eliminar y limitar los efectos de la infracción, la existencia de objetivos lícitos que se hayan desarrollado conjuntamente con objetivos ilícitos a través de una asociación gremial, que parte de los agentes involucrados hubieran tomado resguardos de actuar dentro de la normativa, y, finalmente, que el agente investigado haya llegado a un acuerdo conciliatorio con la FNE, participando en el proceso prestando su apoyo, sea a la investigación, a través de la delación compensada, o de una confesión, tras la notificación del requerimiento ante el TDLC.

## **Bibliografía.**

Aven, B. (s.f.). The Effects of Corruption on Individual Communication Behavior. *Organization science*.

Baker, W., & Faulkner, R. (1993). The social organization of conspiracy: Illegal networks in the Heavy Electrical Equipment Industry. *American Sociological Review*, 837-860. Obtenido de <http://links.jstor.org/sici?0003-1224%28199312%2958%3A6%3C837%3ATS00CI%3E2.0.CO%3B2-V>

Clark, R. &. (2013). Collusion with asymmetric retailers: Evidence from a gasoline price-fixing case. *American Economic Journal: Microeconomics*, 97-123.

Cooper, D. J. (2009). Communication, renegotiation, and the scope for collusion. *American Economic Journal*, 247-278.

Crandall, R. W. (2003). Does antitrust policy improve consumer welfare? Assessing the evidence. *The Journal of Economic Perspectives*, 3-26.

Dolbear, F. T., Lave, L. B., Bowman, G., Lieberman, A., Prescott, E., Rueter, F., & Sherman, R. (1968). Collusion in Oligopoly: An Experiment on the Effect of Numbers and Information. *The Quarterly Journal of Economics*, 240-259.

González Castillo, J. (2006). La fundamentación de las sentencias y la sana crítica. *Rev. chil. derecho [online]*, 93-107 .

González, A. (2011). Prácticas colusivas. En T. d. Competencia, La Libre Competencia en el Chile del Bicentenario (págs. 143-161). Santiago: Thomson Reuters.

Kaysen, C. (1951). Collusion Under the Sherman Act 1. *The Quarterly Journal of Economics*, 263-270.

Knittel, C. R. (2003). Price ceilings as focal points for tacit collusion: evidence from credit cards. *American Economic Review*, 1703-1729.

Mathewson, F. &. (1986). *New developments in the analysis of market structure*. Cambridge: Cambridge.

OCDE (2002). Report on the nature and impact of hard core cartels and sanctions against cartels under nacional competition laws. Washington: OCDE.

Porter, M. (2013). *Estrategia Competitiva*. Madrid: Pirámide.

PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE CHILE. (2002). Mensaje del Ejecutivo N° 132-346. Valparaíso.

Russo, M. V. (2001). Institutions, Exchange Relations, and the Emergence of New Fields: Regulatory Policies and Independent Power Production in America, 1978-1992. *Administrative Science Quarterly*, 57-86.

Small, A. W. (1900). The Scope of Sociology. VI. Some Incidents of Association. *American Journal of Sociology*, 324-380.

Valdés Prieto, D. (2006). *Libre competencia y monopolio*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

## **Sentencias.**

Sentencia 43-2006, de causa Rol C 74-2005, "FNE contra Air Liquide Chile S.A. y otros".

Sentencia 57-2007, de causa Rol C 77-2005, "FNE contra Isapre ING S.A. y otros".

Sentencia 63-2008, de causa Rol C-103-06, "FNE contra París S.A. y otro".

Sentencia 74-2008, de causa Rol C- 121-2006, "FNE contra AM Patagonia S.A. y otros".

Sentencia 79 - 2008, de causa Rol C 132-2007, "FNE contra MK Asfaltos Moldeables Chile S.A. y otros".

Sentencia 94-2008, de causa Rol C-149-2007, "FNE contra Sociedad de Transportes Central Ltda. y otros".

Sentencia 82 - 2009, de causa Rol C-140-2007, "FNE contra Asociación Gremial de Buses Interbus y otros".

Sentencia 87- 2009, de causa Rol C- 157-2008, "Gustavo Hasbún Selume contra Compañía de Petróleos de Chile S.A. y otros".

Sentencia 102-2010, de causa Rol C 191-09, "FNE contra Asociación Gremial de Dueños de Mini Buses Agrimital".

Sentencia 116-2011, de causa Rol C-217-2011, "FNE contra Sociedad Agrícola Comercial y Ganadera Palo Santo Limitada y otros".

Sentencia 136-2011 de causa Rol C-234-2011, "FNE contra Servicios Pullman Bus Costa Central S.A.". .

Sentencia 119-2012, de causa Rol C-184-2008, "FNE contra Farmacias Ahumada S.A. y otros".

Sentencia 122-2012 de causa Rol C-207-2010, "FNE contra Tecumseh Do Brasil Ltda.". .

Sentencia 133-2014, de causa Rol C-224-11, "FNE contra Servicios Pullman Bus Costa Central S.A. y otros".

Sentencia 134-2014, de causa Rol C-223-2011, "FNE contra Empresa de Transportes Rurales Limitada y otros".

Sentencia 137-2014 de causa Rol C-248-2013, "FNE contra E. Alonso Castillo H. Compañía Limitada y otros".

Sentencia 141-2015, de causa Rol C-244-2012, "FNE contra Sociedad de Transportes Línea Uno Collico S.A. y otros".

Sentencia Excelentísima Corte Suprema respecto de Recurso de Reclamación Rol N°5937-08 contra sentencia 74-2008, "FNE contra AM Patagonia y otros".

Sentencia Excelentísima Corte Suprema respecto de Recurso de Reclamación contra sentencia 82 de 2009, "FNE contra Asociación Gremial de Buses Interbus y otros".

Sentencia Excelentísima Corte Suprema respecto de Recurso de Reclamación Rol N° 96-2009 contra sentencia 79-2008, "FNE contra MK Asfaltos Moldeables Chile S.A. y otros".