

# **Colusión: Un análisis jurisprudencial**

(Primera parte)

**MARÍA FERNANDA JUPPET EWING**

Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales,

**UNIVERSIDAD CENTRAL DE CHILE;**

Master Mades en administración de fundaciones,

**UNIVERSIDAD DE VALENCIA,**

LL.M.

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

Profesora Derecho, Economía y Mercado,

**UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO.**

**RESUMEN.** Desde la gestación de la nueva institucionalidad de Defensa de la Libre Competencia se ha destacado el daño que el ilícito de colusión implica para la sociedad en su conjunto. El presente artículo busca generar una aproximación a la esencia de las prácticas colusorias desde la comprensión del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia tras 11 años de funcionamiento. De tal manera, se plantean los elementos que se requieren para su configuración, los principales acuerdos que suelen ser objeto de estos arreglos y las razones por las cuales se comprende que ésta es la conducta más gravosa dentro de los ilícitos de Defensa de la Libre Competencia.

\* \* \*

## **Introducción**

El ilícito de colusión ha sido sindicado tanto por el legislador como por la doctrina y jurisprudencia como el más lesivo a la libre competencia, dado que afecta estructuralmente al mercado y directamente a los consumidores. Cuando un grupo de empresas que debieran competir entre sí, mejorando la calidad de sus productos, generando estrategias que mejoren la oferta realizada a sus consumidores, por el contrario, optan por concordar condiciones, generando un poder de mercado del cual carecían en forma separada, destruyendo la organización competitiva de dicho mercado.

Nuestra legislación, por razones de técnica legislativa, no define de manera pormenorizada las conductas que considera lesivas a la libre competencia,

de tal manera de poder asegurar el desincentivo del despliegue de dichas conductas asumiendo la evolución que puedan ir presentando en el tiempo mediante la práctica.

En razón de aquello, ha debido ser el Poder Judicial el que a través de sus sentencias adapte la realidad a las exigencias conceptuales planteadas por el legislador, incorporando principios doctrinarios en la inteligencia y comprensión de dichas normas.

El presente trabajo tiene por finalidad la búsqueda de dichos criterios de interpretación desde la jurisprudencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (en adelante TDLC), y la Excelentísima Corte Suprema en materia de colusión, a fin de iluminar aquellos conceptos prácticos de la aplicación del D.L. N° 211, artículo 3° letra a): “Los acuerdos expresos o tácitos entre competidores, o las prácticas (Art. 1 N° 1 b, b.2) 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.”

### **Ámbito de aplicación de normas de libre competencia**

De tal manera, resulta relevante determinar cuál es el ámbito de aplicación de las normas relativas a la colusión en materia de libre competencia, para lo cual primero debemos hacer presente el ámbito de aplicación general del Decreto Ley N° 211.

En principio, el artículo 3° en su inciso primero indica que cualquier sujeto podrá ser considerado como sujeto pasivo en materia de libre competencia, al señalar: “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.”

Mediante la incorporación de las palabras “el que” se establece la clara voluntad del legislador de indicar que cualquier sujeto puede ser objeto de un procedimiento contencioso, lo que ha sido probado en los numerosos juicios que se han llevado ante el TDLC en contra de organismos públicos, entre otros.

Asimismo, la enumeración de conductas y sus consecuencias nos permite inferir que cualquiera que sea la herramienta jurídica utilizada, si es que las

consecuencias de dicho hecho, acto o convención resultan contrarios al bien jurídico de la libre competencia, serán susceptibles de sanción ante el TDLC.

El Tribunal, por su parte, ha reafirmado esta interpretación de la amplitud en su jurisdicción, al indicar que no existen excepciones a la aplicación de la normativa, al contrario del derecho español, donde se exceptúan por ley ciertos casos en que no le será aplicable al Estado la normativa de libre competencia, siguiendo a Baño Leon: "... las prohibiciones del artículo 1 LDC no se aplican o excepcionan cuando las conductas restrictivas de la competencia resultan directamente de la aplicación de una ley. Por el contrario, cabe la aplicación de las normas prohibitivas cuando las conductas derivan de normas reglamentarias, del ejercicio de potestades administrativas o son causadas por la actuación de los poderes públicos o empresas públicas sin amparo legal."<sup>1</sup>

El TDLC chileno, por su parte, ha dejado claro que en materia de libre competencia el ámbito de aplicación de las normas es amplio, siguiendo a la Excelentísima Corte Suprema al determinar: "Considerando Décimo. Que en relación con esta cuestión, se debe recordar que este Tribunal en diversas oportunidades ha señalado que el D.L. N° 211 tiene un ámbito de aplicación amplio, que no admite excepciones. Así lo ha reconocido la Excm. Corte Suprema, quien ha sostenido expresamente que "[l]as normas de protección de la libre competencia son de orden público y por ende aplicables a todas las personas, naturales o jurídicas, públicas o privadas, en cuanto éstas concurren al mercado, de manera que es el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia el llamado a resolver si ha tenido lugar alguna infracción" (Sentencia de la Excm. Corte Suprema, Rol N° 6100/2010). En efecto, el hecho de que una determinada actividad económica –como lo es la prestación de servicios de transporte urbano de pasajeros– esté sujeta a regulaciones sectoriales en principio no exime a quienes operan en esos mercados de cumplir con las normas que protegen la libre competencia;"<sup>2</sup>

Lo anterior implica una diferencia sustancial con el derecho comunitario europeo, donde se ha prescrito que sólo será sancionable este ilícito, tanto en cuanto sea desplegado por empresas o por asociaciones de empresas. El derecho español, al igual que el chileno, no hace diferencias respecto a los sujetos que podrían estar sometidos a esta normativa. Siguiendo a Fuentes Navarro: "A diferencia del ordenamiento español, que no recoge en su artículo 1 LDC ninguna mención a los destinatarios de la prohibición, el derecho europeo menciona expresamente como tales (cfr.101.1 TFUE) a las empresas y las asociaciones de empresas. De este modo, no quedan prohibidos, sino únicamente

<sup>1</sup> Pereña Pinedo, Ignacio; *Manual de Derecho administrativo sancionador*, p. 1138.

<sup>2</sup> Sentencia 141-15, de causa Rol C-244-12, "FNE contra Sociedad de Transportes Línea Uno Collico S.A. y otros", página 22.

los que medien entre empresas o sean el resultado de decisiones adoptadas por asociaciones de empresas".<sup>3</sup>

En nuestro país, podemos distinguir respecto del ilícito de colusión, dado que las normas resultan aplicables tanto cuando nos encontramos frente a un ilícito real, es decir, un acuerdo que se ha concretado en la práctica y que ha producido efectos anticompetitivos en un momento determinado, como asimismo, cuando el ilícito ha contado con características de afectar potencialmente al mercado relevante objeto de dicho acuerdo. En tal sentido, el TDLC ha sido claro al indicar: "...que la ilicitud de la práctica contenida en el artículo 3 letra a del DL N° 211, vigente a la época de la comisión de los hechos que motivan la presente causa, no depende de que haya producido un efecto anticompetitivo real, pero sí es necesario comprobar que el comportamiento de los coludidos ha tenido la aptitud objetiva de crear una posición de mercado que les habría permitido abusar de ella, atentando contra la competencia;"<sup>4</sup>

Lo anterior es reafirmado en diversas oportunidades por el TDLC, cuando señala: "Considerando Tercero: Que la primera cuestión que corresponde dilucidar son las condiciones o requisitos que debe reunir un acuerdo –sea expreso o tácito– para configurar una infracción a la libre competencia en los términos del artículo 3° del Decreto Ley N° 211. Al respecto, se debe tener presente que para configurar el ilícito de colusión se requiere acreditar no sólo la existencia de un acuerdo entre competidores y su incidencia en algún elemento relevante de competencia, sino también su aptitud objetiva para producir un resultado contrario a la libre competencia, sin que sea necesario que efectivamente dicho resultado lesivo se haya producido, dado que, según lo dispuesto en el artículo 3° inciso primero del DL 211, basta que un hecho, acto o convención tienda a producir efectos contrarios a la libre competencia para que pueda ser sancionado;"<sup>5</sup>

De esta forma, tanto la norma como la jurisprudencia están contestes en que la potencialidad de los efectos perjudiciales a la libre competencia es suficiente para la aplicación de una sanción en los términos del artículo 26 del Decreto Ley 211.

Asimismo, la Corte Suprema ha sido clara al resolver que la producción de efectos anticompetitivos por un acuerdo colusorio resulta un elemento irrelevante a la hora de terminar el carácter de sancionable de la conducta, siendo la potencialidad de la generación de dicho efecto elemento suficiente para justificar una sanción. Al prescribir: "OCTAVO: Que de otro lado, el artículo tercero del

<sup>3</sup> Fuentes Navarro, Mónica; "Prácticas colusorias entre empresas (I) Prohibición)", en *Derecho de la competencia*, Editorial Thomson Reuters, Navarra, 2013, página 109.

<sup>4</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>5</sup> Sentencia 74-2008, de causa Rol C- 121 - 06, "FNE contra AM Patagonia S.A. y otros", página 12.

Decreto Ley 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. Es decir, 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, por lo que no resulta procedente la alegación de las empresas mencionadas en el considerando tercero en cuanto sostienen que no se produjo la infracción contemplada en el artículo antes citado, porque muchos de los acuerdos de los que da cuenta el acta de autos no produjeron efectos.”<sup>6</sup>

En relación a los sujetos, se ha planteado por las defensas de asociaciones gremiales en forma reiterada la tesis de que entidades constituidas sin fin de lucro no podrían ser sujetos pasivos de ilícitos de libre competencia, al no participar directamente en mercado alguno mediante la realización de transacciones económicas. La jurisprudencia en este punto ha sido conteste en indicar que la amplitud en el radio de aplicación de las normas de defensa de libre competencia no sólo afecta las conductas desplegadas, sino que respecto de los sujetos que son parte de las mismas, y que particularmente el ilícito desplegado por una asociación gremial sería de mayor reproche, por desvirtuar la finalidad de la cooperación interempresarial que se busca en dichas organizaciones, de tal manera se ha resuelto: “Considerando Ducentésimo octogésimo cuarto. Que, en segundo lugar, una asociación gremial puede desempeñar un papel facilitador en la apertura de mercados y nuevos negocios para las empresas a ella afiliadas. Sin embargo, la desnaturalización de los fines que les son propios puede representar un peligro para la libre competencia, en la medida que se presten para coordinar el comportamiento de sus asociados en el mercado y sustituir, por esta vía, el proceso competitivo. Tanto es así, que en el derecho comparado la posibilidad de que las organizaciones gremiales puedan desempeñar un rol preponderante en la actividad de un cartel está expresamente reconocida en el Artículo 101 (1) del Tratado de la Unión Europea, a través de la prohibición para estas asociaciones de adoptar decisiones que pudieran restringir la competencia. En similar sentido, el artículo 26° del D.L. N° 2.757 establece que “... la realización o celebración por una asociación gremial de los hechos, actos o convenciones sancionados por el artículo 1° del Decreto Ley N° 211, de 1973, constituirá circunstancia agravante de la responsabilidad penal de los que participen en tal conducta”. Aunque dicha norma se refiere al tipo penal contemplado en el texto original del D.L. N° 211, modificado por la Ley N° 19.911, lo cierto es que el legislador nacional calificó como especialmente grave la participación de asociaciones gremiales en la comisión de ilícitos anticompetitivos;”<sup>7</sup>

<sup>6</sup> Sentencia Excelentísima Corte Suprema respecto de Recurso de Reclamación Rol N° 1746-2010 contra sentencia 94 de 2008, “FNE contra Sociedad de Transportes Central Ltda. y otros”, página 6.

<sup>7</sup> Sentencia 139-14, de causa Rol C-236-11, “FNE contra Agrícola Agrosuper S.A. y otros”, página 158.

Asimismo, se ha planteado que los agentes directivos de las organizaciones que han incumplido las normas de libre competencia han excedido el mandato otorgado por las personas jurídicas que representan, a lo cual el TDLC ha resuelto negativamente a esta defensa al indicar: "Decimoctavo. Que, a mayor abundamiento, no debe olvidarse que el concepto de acuerdo en el derecho de la competencia es un concepto amplio, no tan sólo respecto de la forma que éste puede adoptar o al objeto que puede perseguir, sino también respecto de los sujetos que en él intervienen. En efecto, basta que un acuerdo pueda ser celebrado por empleados de una firma actuando en el ámbito de sus funciones, para que dicha empresa pueda ser responsable, siendo suficiente para ello que la empresa actúe en conformidad a dicho acuerdo, con independencia de si ese trabajador o representante tiene o no facultades expresas para actuar en tal sentido;"<sup>8</sup>

### **Interpretación sistemática del artículo 3°**

Al revisar el artículo 3° del Decreto Ley N° 211, es posible distinguir una figura general en su inciso primero y varias conductas ejemplares contenidas en cada una de sus letras, siendo aquella cuya interpretación nos ocupa la contenida en la letra a) del citado artículo.

Dentro de las formas de interpretación del artículo en comento, ha surgido por algunas entidades requeridas ante el TDLC la postura de que el artículo 3° deberá ser interpretado en forma puntual, con especial referencia a la conducta invocada como contraria a la libre competencia por parte de la Fiscalía Nacional Económica, o por los particulares que hayan motivado la actuación del Tribunal.

Con todo, el TDLC ha sido bastante enfático en que la interpretación del artículo 3°, en el cual se concentran en forma general y ejemplar las conductas consideradas contrarias a la Libre Competencia, no puede sino ser revisada en forma sistemática, al señalar: "Considerando Trigésimo noveno. Que la pretensión de diferenciar el reproche de la conducta sustantiva atendiendo a una supuesta diferenciación entre lo dispuesto en el inciso primero del artículo 3° y lo indicado en el inciso segundo letra a) del mismo artículo carece de toda base jurídica. En primer término, porque de no existir un acuerdo entre competidores no existe conducta colusoria que sancionar. Por tanto, el hecho de que el acuerdo se refiera a una variable de competencia que afecte a competidores (calidad que ya ha quedado establecida para las líneas de taxibuses en las consideraciones decimoséptima a trigésimo cuarta precedentes) es esencial para efectuar un reproche en materia de colusión. En segundo término, de acuerdo al tenor

<sup>8</sup> Sentencia 136-11 de causa Rol C- 234-11, "FNE contra Servicios Pullman Bus Costa Central S.A.", página 27.

literal del artículo 3°, cualquier infracción a las “letras” del inciso segundo será siempre una infracción al enunciado general del inciso primero, pues las mismas no son más que ejemplos de las conductas mencionadas en el inciso primero;”<sup>9</sup>

Asimismo, el TDLC ha ido más allá en sus análisis, indicando que los ejemplos señalados por el legislador en la explicación relativa a las letras del artículo 3° no implican que surjan otras hipótesis diversas a las enunciadas, que no obstante serían sancionables, al ser las letras del artículo 3° meros ejemplos no taxativos de las formas más comunes para que las conductas anticompetitivas prohibidas puedan desplegarse, lo anterior se desprende de la lectura del siguiente considerando en que se aclara la calidad ejemplar de las conductas descritas en el artículo 3°: “Vigésimo octavo. Que, sin perjuicio de que –como se señaló– las tres situaciones establecidas a modo ejemplar en el literal a) del artículo 3° del Decreto Ley N° 211, comprenden los tres casos de colusión más frecuentemente reconocidos por la jurisprudencia y por la doctrina, ello no impide considerar como atentatorios de la libre competencia los acuerdos entre competidores que versen sobre un elemento de competencia diferente de los precios, cantidades producidas o zonas o cuotas de mercado, señalados en la citada disposición;”<sup>10</sup>

### **Concepto de colusión.**

Por colusión podemos comprender la acción desplegada por ciertos competidores de un mercado relevante, que pueden o no corresponder a un acuerdo entre las partes, o sólo a una concurrencia conductual, que tiene por efecto el entorpecer, restringir o eliminar la libre competencia al interior de un mercado relevante. Siendo su principal efecto el unificar a los competidores que forman parte de dicho mercado relevante.<sup>11</sup>

De tal manera, es posible distinguir dos clases de colusión que surgen a raíz de esta definición: un acuerdo expreso, o cártel, y el caso de la colusión tácita. En el primer caso los miembros de la práctica colusoria concuerdan los diversos puntos a los que alcanzará por medio de su consentimiento, proponiendo conductas generales con la intención de imponer barreras a la entrada o excluir del mercado a competidores existentes.

El TDLC ha definido esta conducta indicando que: “Están sujetos a prohibición tanto los acuerdos horizontales o cárteles, que son los que median entre las em-

<sup>9</sup> Sentencia 141-15, de causa Rol C-244-12, “FNE contra Sociedad de Transportes Línea Uno Collico S.A. y otros”, página 32.

<sup>10</sup> Sentencia 57-2007, de causa Rol C 77 – 2005, “FNE contra Isapre ING S.A. y otros”, página 59.

<sup>11</sup> Valdés Prieto, Domingo, “Libre competencia y monopolio”, Editorial Jurídica de Chile, 1ª ed, Santiago de Chile, 2006 página 517.

presas que actúan en la misma fase del proceso de producción y/o distribución de los bienes y servicios (por ejemplo, un acuerdo entre fabricantes), como los acuerdos verticales (entre producción, como puede ser entre un suministrador y aquel al que le suministra).<sup>12</sup>

Por regla general, en este tipo de alianzas se busca otorgar derechos específicos a las partes, que redundan en la asignación de cuotas de mercado o la fijación de precios conjuntos. Una forma de acuerdo que se ha podido observar en reiterados casos relativos al mercado relevante del transporte de pasajeros es la repartición del mercado, por ejemplo, por medio de la creación de un mercado de venta de turnos para el uso de andenes asignados, Considerando decimoquinto: "...el establecimiento de un derecho preferencial de los integrantes de la Agrupación respecto de los cupos o turnos que cualquiera de sus miembros decidiese transferir, fijándose un precio (distinguiéndose entre asociados y no asociados) por dichos cupos, representativos de turnos u horarios de los andenes asignados a la Agrupación."<sup>13</sup>

Asimismo, en el caso del cartel es posible observar un acuerdo que cuenta con derechos y obligaciones para sus partes, que fuerzan una relación de cooperación entre las partes que tiene incidencia directa en el mercado relevante del mismo, mediante pactos de precios, e incluso fijando mecanismos posteriores para su fijación. Asimismo, es posible observar en los acuerdos que han sido objeto de reproche ante el TDLC, formas de monitoreo entre las partes determinadas en los mismos acuerdos, a fin de asegurar a los miembros del cartel el cumplimiento de los compromisos por el resto de los contratantes.<sup>14</sup>

O, en segundo lugar, se puede desplegar una colusión tácita, o de acuerdo al derecho español, "decisiones, recomendaciones, prácticas concertadas y conscientemente paralelas", las que son descritas indicando que corresponden a: "manifestaciones de voluntad, con o sin efectos vinculantes, y las recomendaciones, sin eficacia jurídica vinculante para sus destinatarios. En cuanto a las prácticas concertadas, constituyen una forma de coordinación entre empresas

<sup>12</sup> Fuentes Navarro, Mónica; "Prácticas colusorias entre empresas (I) Prohibición", en *Derecho de la competencia*, Editorial Thomson Reuters, Navarra, 2013, página 110.

<sup>13</sup> Sentencia 116-2011, de causa Rol C-217 - 11, "FNE contra Sociedad Agrícola Comercial y Ganadera Palo Santo Limitada y otros", página 15.

<sup>14</sup> "Considerando Cuadragésimo quinto: Que, en suma, el documento firmado ante notario de 27 de noviembre de 2007 y los elementos que la componen y que han sido descritos en las consideraciones anteriores, son propios de un acuerdo de cartelización con una vocación de estabilidad y duración prolongada en el tiempo, desde que representan un esfuerzo por mantener una relación cooperativa entre sus partícipes, que les permite a todos ellos suprimir la competencia, repartiéndose el mercado, pactando una tarifa por un término prolongado y creando un mecanismo apto para, eventualmente, fijar en el futuro nuevos precios. Todo ello asegurado mediante el establecimiento de un efectivo sistema de monitoreo del cumplimiento de lo acordado que pretende minimizar, además, los conflictos entre los cartelizados;" Sentencia 94-08, de causa Rol C-149-07, "FNE contra Sociedad de Transportes Central Ltda. y otros", página 31.

que, sin llegar a ser un convenio, sustituye a sabiendas los riesgos de la competencia por una cooperación práctica entre ellas.”<sup>15</sup>

De tal manera, en esta segunda hipótesis, las partes por medio de cierta concurrencia conductual, en este caso los actores no necesitan un acuerdo expreso para cometer esta conducta anticompetitiva, sino que se da, como hemos indicado con anterioridad, cada vez que los veamos enfrentados “... a una consecuencia directa de existir una empresa con mayor presencia en el mercado, dicha presencia es insuficiente para considerarse como de posición dominante, pero suficiente para que sus decisiones económicas sean consideradas en las estrategias de sus competidores.”<sup>16</sup>

Para el Ilustre Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, el sentido que indica el artículo 3° letra a) del Decreto Ley 211, abarca la prohibición de la colusión en su sentido más amplio, al indicar: “Considerando Vigésimo séptimo. Que, de esta forma y en lo que respecta específicamente al literal a) del inciso segundo antes citado, cabe precisar que éste se refiere a diversas formas de colusión, esto es, acuerdos por los que los agentes económicos –normalmente competidores que se encuentran en un mismo eslabón de la cadena de producción y/o comercialización– reducen o eliminan la competencia entre ellos sustituyendo ésta por una cooperación que les permita evitar los costos y riesgos que conlleva disputarse clientes por la vía de ofrecer condiciones más favorables que las de los rivales. Los principales ejemplos de prácticas colusivas, aunque no los únicos, son los acuerdos de precios, los acuerdos sobre la producción y los repartos de mercado;”<sup>17</sup>

Por tanto, sólo es dable colegir que para el TDLC la falta de tipificación del ilícito de colusión en el articulado antes indicado, permite entender que la interpretación de la norma es amplia, tanto en cuanto incluye cualquier manifestación conductual que tienda a dotar de poder de mercado a determinados agentes, que mediante la cooperación entre ellos eviten la disputa de clientes, mediante el otorgamiento de mejores condiciones a los consumidores, es decir, incluye cualquier intento de cooperación entre empresas que elimine la competencia, sin importar la vía de manifestación de dichas conductas.

Respecto de la manifestación jurídica que debe incorporar dicho acuerdo para que nos encontremos frente a la hipótesis de colusión expresa, el TDLC también ha optado por una visión amplia, al indicar: “Considerando Quinto. Que, como es sabido, en materia de libre competencia el término “acuerdo”

<sup>15</sup> Ministerio de Justicia, España, *Manual de derecho administrativo sancionador*, Thomson, año 2005, página 1142.

<sup>16</sup> Juppet Ewing, María Fernanda; “Ilícitos plurilaterales en derecho de libre competencia”, *Revista Actualidad Jurídica* de la Universidad del Desarrollo, N° 20, Agosto 2009, Tomo II, páginas 759 – 788.

<sup>17</sup> Sentencia 57-2007, de causa Rol C 77 – 2005, “FNE contra Isapre ING S.A. y otros”, página 59.

es considerado de manera muy amplia, incluyendo múltiples formas contractuales, convenciones, meras tratativas, promesas, protocolos de entendimiento, "acuerdos o pactos de caballeros", pautas de conducta, circulares, entre otros (véase, en este sentido, P. Areeda y H. Hovenkamp, *Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*, Aspen Publishers, 2ª ed., 2003, 1400a). Es posible que tal acuerdo sea verbal, se manifieste en uno o más instrumentos o incluso en una seguidilla de meros actos materiales. En términos generales, la supresión de la voluntad individual de dos o más agentes competidores y su cambio por una voluntad colectiva unificadora de sus decisiones es, en sede de libre competencia, considerado un "acuerdo", cualquiera sea el modo en que éste se manifieste;"<sup>18</sup>

De tal manera, en la óptica del TDLC, la herramienta jurídica mediante la cual se despliegue dicha conducta anticompetitiva carece de importancia, incorporando la esencia de la colusión tácita al señalar que el acuerdo se puede manifestar "...incluso en una seguidilla de meros actos materiales". Mediante la incorporación de dicha frase el TDLC deja abierta la puerta para la sanción de colusiones tácitas, que si bien plantean un desafío para su proceso de prueba, resulta una posibilidad interesante de explorar desde una visión práctica.

Asimismo, se realiza la importancia de la comunicación como parte de gestión del acuerdo entre competidores, punto que será revisado con detención en un segundo artículo de esta serie orientado a los elementos probatorios considerados en materia de colusión frente al TDLC.

Por último, destaca que la finalidad del acuerdo implica la supresión de la voluntad individual de los miembros del acuerdo, para dar lugar a una voluntad común, que será la que prevalecerá en el tiempo para la consecución de la afectación de la libre competencia en el mercado indicado.

En segundo lugar, se prohíbe la colusión tácita, se ha planteado como una conducta sancionable por el artículo 3º letra a) del Decreto Ley N°211 la existencia de acuerdos colusorios tácitos, los cuales implican una de las formas más difíciles de prueba, dado que como se destacará esta conducta, denominada también como independencia oligopolística o paralelismo consiente, corresponde a una conducta de carácter independiente, desplegada por diversos agentes de mercado a la vez, y tiende a ser consecuencia de una estructura de mercado oligopolística, en la cual no necesariamente los competidores actúan de manera concertada<sup>19</sup>.

<sup>18</sup> Sentencia 145-15, de causa Rol C- 265-13, "FNE contra Asociación Gremial de Ginecólogos Obstetras de la Provincia de Ñuble y otros", página 15.

<sup>19</sup> Postner, Richard; *"Antitrust Law"*, Second Edition, University of Chicago Press, 2001. Página 53.

Si bien es cierto que en esta clase de concertación no necesariamente existe comunicación entre los agentes, éstos obran sobre seguro al poder predecir las conductas comerciales que serán usadas por sus competidores, y abusan de este conocimiento para actuar de manera conjunta evitando comunicaciones para dificultar la existencia de prueba directa que pudiese condenarlos en una investigación por prácticas anticompetitivas. Es por esto que en casos de estas características se considera la incorporación de prueba indirecta como válida para la sustentación de las sanciones a aplicar, cuando éstas procedan como se desprende de las opiniones vertidas por la Excelentísima Corte Suprema en la materia, al indicar: "...de la lectura de la sentencia reclamada, se desprende que se está exigiendo prueba directa de la colusión tácita, pretensión que es típica de todos quienes incurrir en esa conducta, conocedores de que, de ser acogida como requisito para dictaminar la existencia de un acuerdo, conduciría, en la práctica, a que casi nunca se podrá sancionar esta conducta, cuyos actores mucho se cuidan de no hacerla explícita."<sup>20</sup>

### **Finalidad de la colusión y poder de mercado.**

De tal manera, es posible comprender que las prácticas colusivas buscan que competidores de un determinado mercado cooperen entre sí para conseguir diversas finalidades, de acuerdo al TDLC, es posible visualizar dos objetivos principales de la gestación de dichos acuerdos: "Considerando Centésimo vigésimo quinto. Que debe tenerse presente que, en general, la concertación entre competidores tiene por finalidad, entre otras, (i) reducir la incertidumbre del comportamiento futuro de éstos en el mercado –incertidumbre que contribuye a mantener el nivel de competencia entre ellos– y (ii) incrementar el poder de mercado por sobre el que individualmente cada uno de ellos pueda tener, en este caso, respecto de sus proveedores;"<sup>21</sup>

Por tanto, resulta claro que los dos objetivos que los competidores desean obtener mediante el despliegue de dichas prácticas anticompetitivas son, en primer lugar, reducir la incertidumbre del comportamiento futuro de sus competidores en el mercado. Y, en segundo lugar, incrementar el poder de mercado que cada uno de ellos pueda tener efectivamente en dicho mercado, o, podríamos incluir, consolidar dicho poder en el tiempo cuando lo tienen al momento de ingresar en el acuerdo.

Respecto al primer punto, es decir, reducir la incertidumbre del comportamiento futuro de sus competidores en el mercado, ya nos hemos referido

20 Sentencia Excelentísima Corte Suprema respecto de Recurso de Reclamación Rol N°3.327-05 contra sentencia 18-2005, "FNE Compañía de Petróleos de Chile S.A. y otros", página 84.

21 Sentencia 63-08, de causa Rol C-103-06, "FNE contra Paris S.A. y otro", página 72.

con anterioridad a qué se entiende por acuerdo, o las clases de acuerdo que resultan sancionables en nuestro derecho y en derecho comparado. Con todo, resulta importante recalcar que no es el acuerdo mismo el considerado como antijurídico por el TDLC, sino que se requiere que la intencionalidad que motiva dicha conducta busque disminuir la incertidumbre del mercado. Lo que se ha establecido claramente por el TDLC al prescribir: “Considerando Quincuagésimo. Que sin embargo, para que tal coordinación sea sancionable, no basta que ella exista entre dos o más competidores en un oligopolio con la intención común en todos ellos de, a lo menos, hacer desaparecer, o disminuir sustancialmente, su incertidumbre acerca de las políticas y comportamientos que realizan en el mercado. Ello porque, aunque la ilicitud de la conducta no requería –ni aun bajo el texto vigente del D.L. N° 211 a la fecha de los hechos denunciados– que ésta haya producido un efecto anticompetitivo real, sí es necesario comprobar que el comportamiento de los coludidos tenía la aptitud objetiva de crear una posición de mercado que les habría permitido abusar de ella, atentando así contra la libre competencia;<sup>22</sup>

En relación al segundo punto, es decir, a la obtención o consolidación de poder de mercado a través del acuerdo colusorio, es posible indicar que el acuerdo en muchos casos logra destruir una estructura de mercado competitiva generando una alta concentración del mercado que permite a los competidores parte del acuerdo anular cualquier esfuerzo del mercado para reaccionar ante éste. Tal es la situación que se pudo observar por el TDLC a propósito del denominado caso “colusión de las farmacias”, en el que el alto grado de concentración del mercado tras el acuerdo generó tal poder a los miembros del mismo que anularon cualquier opción de sus consumidores para resistirse a las conductas desplegadas, como se puede observar claramente mediante la lectura del considerando “Quincuagésimo sexto: Que, entonces, al considerar la participación de mercado conjunta de las cadenas originalmente requeridas, que concentraban durante el periodo denunciado como colusorio más del 90% del mercado de venta de medicamentos a consumidores finales, este Tribunal estima que es del todo evidente que, de acreditarse el acuerdo entre ellas para implementar un alza de precios coordinada, como la que se les imputa en el requerimiento, dicho acuerdo colusorio tendría la aptitud causal para conferirles poder de mercado, limitando gravemente la libre competencia en el mismo. Lo anterior, dado que no existen alternativas relevantes, en la gran mayoría de los casos, para adquirir los productos objeto del acuerdo en farmacias distintas a las de las tres cadenas requeridas. Y aun más, en los pocos lugares en que esta alternativa existiese, igualmente no tendría la aptitud de impedir los efectos lesivos del acuerdo, dado que las farmacias independientes muy probablemente seguirían los precios de las cadenas dominantes pues, además de no tener poder de mercado, tienden a enfrentar costos de adquisición mayores que los

<sup>22</sup> Sentencia 113-2011, de causa Rol C-197-09, “FNE contra Abercrombie & Kent S.A. y otros”, página 29.

de las requeridas, al no acceder a los mismos descuentos por volumen en sus compras;<sup>23</sup>

El poder de mercado puede ser calculado de diversas formas, como lo ha indicado el TDLC, en primer lugar usando "métodos económicos", o de manera indirecta, analizando en detalle las características del mercado relevante para poder extraer consecuencias lógicas del despliegue de la conducta, pero sí es claro que sin la prueba de la existencia del poder de mercado, real o potencial, el acuerdo colusorio no será considerado anticompetitivo. Este punto es explicado claramente por el TDLC al señalar: "Decimonoveno. Que el poder de mercado puede ser calculado de dos formas: de manera directa, utilizando métodos económicos (como, por ejemplo, el llamado "Índice de Lerner"), o de manera indirecta, recurriendo al establecimiento de un mercado relevante, cálculo de cuotas de mercado y elasticidades de oferta y demanda de cada servicio. A este último método, al cual se acude cuando existen dificultades para utilizar el primero, se ha referido recientemente la Excma. Corte Suprema, cuando señala que el mercado relevante es "imprescindible para establecer uno de los requisitos esenciales del ilícito anticompetitivo, esto es, que el acuerdo colusorio permita obtener poder de mercado" (Sentencia de la Excma. Corte Suprema, de fecha 20 de enero de 2015, Ingreso N° 21.536-2014, c.10). En cualquier caso, el objetivo último del examen es establecer, de la forma que resulte más adecuada al caso concreto, si el acuerdo le otorgó o no el poder de mercado necesario para establecer responsabilidad en materia de libre competencia, tal como exige el D.L. N° 211. En términos prácticos, y concordante con la definición de poder de mercado antes indicada, ello implica indagar, en el caso de un acuerdo de precios como el de autos, si el alza de precios que se produjo fue, en los hechos, consecuencia directa de dicho acuerdo, y si fue sostenible por un determinado período de tiempo;<sup>24</sup>

En razón de la potencial afectación a los mercados, es importante recalcar que en visión del TDLC, ciertas conductas como la configuración de un acuerdo de precios, como de frecuencias de prestación de un servicio, son indicadores suficientes de que el acuerdo es ilícito y debe ser dejado sin efecto, más allá de las consecuencias reales que se hayan podido percibir en los mercados afectados por el mismo, al indicar: "Considerando Quincuagésimo séptimo. Que para el análisis de los hechos es necesario en primer lugar tener presente la naturaleza de la conducta reprochada en esta causa. Al respecto, este Tribunal ha señalado, refiriéndose a conductas de colusión, que "basta con que exista un acuerdo de precios o de frecuencias con la aptitud de afectar la libre competencia para que el mismo deba ser declarado ilícito, con independencia de los resultados que éste

<sup>23</sup> Sentencia 119-2012, de causa Rol C- 184-08, "FNE contra Farmacias Ahumada S.A. y otros", página 51.

<sup>24</sup> Sentencia 145-15, de causa Rol C- 265-13, "FNE contra Asociación Gremial de Ginecólogos Obstetras de la Provincia de Ñuble y otros", página 24.

haya producido en el o los mercados afectados por la conducta colusiva" (Sentencia N° 133, consideración centésimo tercera), por lo que el análisis de la prueba se centrará en estos autos de manera preponderante en aquellas evidencias que lleven a acreditar la existencia misma del acuerdo imputado a las requeridas;"<sup>25</sup>

Resulta de especial interés el caso de los procesos de licitación, donde a través de la gestación de acuerdos colusorios, los que dan origen a un ilícito especialmente estudiado en doctrina denominado *bid rigging* en procesos de licitación. En este caso, siguiendo a Irarrázabal y Bulnes: "Los participantes reales o potenciales en uno o varios procesos licitatorios pueden acordar no competir efectivamente en la(s) subasta(s), defraudando con ello los objetivos perseguidos con la licitación, y anulando o reduciendo los beneficios esperados con la misma que habrían justificado los esfuerzos de diseño y demás costos asociados a su gestión".<sup>26</sup>

En los casos de *bid rigging*, los potenciales competidores ceden su poder de mercado en el adjudicatario concertado, quienes logran una adjudicación sin los beneficios que la competencia hubiera traído a tal proceso, como lo ha indicado el TDLC al señalar: "Considerando Septuagésimo tercero. Que, adicionalmente, debe tenerse presente que lo ilícito en estos casos radica en que estos acuerdos colusorios, previos a la licitación, entregaron poder de mercado en el proceso licitatorio a quienes, en su virtud, obtuvieron la exclusión real de sus potenciales competidores. Con ello, se afectó el resultado de la licitación, ya que éste fue predeterminado. Adicionalmente, se produjo una merma en la recaudación que habría obtenido el Fisco de no mediar tales acuerdos;"<sup>27</sup>

### **Presupuestos de hecho para que exista la colusión**

En un ilícito de prácticas concertadas contrarias a la libre competencia no basta con que las partes hayan suscrito un acuerdo para que éste sea sancionable por parte de la institucionalidad de libre competencia. Sino que se requiere que la estructura del mercado relevante permita la posibilidad de elegir entre los diversos oferentes, por ende, debemos estar frente a bienes homogéneos o que presenten sustitutos cercanos, es decir, que puedan satisfacer las mismas necesidades.

La primera de estas circunstancias resulta una clara exigencia para el TDLC, cuando indica: "Que, para que pueda configurarse la figura de colusión o

<sup>25</sup> Sentencia 136-11 de causa Rol C- 234-11, "FNE contra Servicios Pullman Bus Costa Central S.A.", página 36.

<sup>26</sup> Irarrázabal, Felipe; Araya, Fernando; "Notas sobre la colusión entre oferentes en licitaciones, con énfasis en la experiencia internacional"; en *La libre competencia en el Chile del Bicentenario*, Editorial Thomson, Santiago, 2011, Página 172.

<sup>27</sup> Sentencia 112-2011, de causa Rol C 194-09, "FNE contra Corporación de Radio Valparaíso Limitada", página 44.

acuerdo horizontal de precios, es necesario estar en presencia de una estructura de mercado en que los consumidores tienen la posibilidad de elegir entre distintos oferentes..."<sup>28</sup>

De tal manera, el efecto de dicho acuerdo que es posible percibir es justamente la capacidad de anular la potestad de los consumidores de escoger entre las diversas alternativas homogéneas, de bienes o servicios, que potencialmente podrían resultar adecuadas para la satisfacción de una determinada necesidad.

Con todo, el análisis referente al mercado relevante no será necesario cuando se determine que la práctica anticompetitiva no tenga razonablemente por objeto o efecto restringir la competencia, como se indica por el TDLC cuando señala que: "Cuadragésimo cuarto: Que, al respecto, resulta imprescindible señalar que, en general, en los casos de acuerdos o de prácticas concertadas entre empresas no es estrictamente necesario efectuar un análisis a fondo del mercado relevante afectado por dicho acuerdo o práctica, toda vez que, en principio, tales prácticas serán restrictivas de la competencia sólo en la medida en que razonablemente tengan por objeto o efecto restringirla, o que se estime que lo son per se."<sup>29</sup> Por ende, queda radicado un espacio de discrecionalidad en el TDLC para desechar las acciones en contra de acuerdos que en forma manifiesta no tengan razonablemente el poder necesario para afectar al mercado, como asimismo perseguir aquellos que de manera clara los afecten per se.

### **Elementos para que una colusión sea sancionable.**

De tal forma, para que la colusión sea considerada sancionable por parte del TDLC, se ha determinado en forma contundente en su jurisprudencia que se requieren cuatro elementos básicos, de los cuales los dos últimos suelen aparecer unidos en las sentencias del Tribunal:

- 1) Que exista en forma efectiva un acuerdo entre competidores.
- 2) Que dicho acuerdo verse sobre algún elemento sustancial de la competencia.
- 3) Que este acuerdo dote a los miembros de poder de mercado.
- 4) Que los miembros del acuerdo abusen realmente o pudieran abusar de dicho poder de mercado potencialmente.

<sup>28</sup> Sentencia 38-2005, de causa Rol C- 12 - 2004, "Asociación de Exportadores de Chile A.G. contra Ultramar Agencia Marítima S.A. y otros", página 35.

<sup>29</sup> Sentencia 43 - 2006, de causa Rol C 74 - 2005, "FNE contra Air Liquide Chile S.A. y otros", página 96.

Así lo determina el TDLC desde el año 2007, en causa Rol C-77-2005, caratulada "FNE contra Isapre ING y otros", al indicar: "Considerando Trigésimo primero. Que entonces, para sancionar una conducta como la denunciada, es preciso establecer: (i) la existencia de un acuerdo entre competidores; (ii) su incidencia en algún elemento relevante de competencia; y (iii) que ese acuerdo permita a sus participantes abusar del poder de mercado que con dicho acuerdo puedan alcanzar, mantener o incrementar;".<sup>30</sup>

Estos elementos son reafirmados al año siguiente en causa Rol C 132 - 07, caratulada "FNE contra MK Asfaltos Moldeables Chile S.A. y otros", estableciendo: "Considerando Decimoquinto: Que, tal como ha resuelto este Tribunal con anterioridad (Sentencia N° 74/ 2008), para configurar el ilícito de colusión que sanciona el Decreto Ley N° 211 se requiere acreditar: (a) la existencia de un acuerdo entre competidores; (b) la incidencia de ese acuerdo en algún elemento relevante de competencia; y, por último (c) la aptitud objetiva de ese acuerdo para producir un resultado contrario a la libre competencia, sin que sea necesario que efectivamente dicho resultado lesivo se haya producido, dado que, según lo dispuesto en el artículo 3° inciso primero del mencionado Decreto Ley, basta que un hecho, acto o convención tienda a producir efectos contrarios a la libre competencia para que pueda ser sancionado;".<sup>31</sup>

Elementos que se han mantenido sostenidamente hasta la fecha, como es posible observar de la lectura de la sentencia del TDLC en causa Rol C 194-09, "FNE contra Corporación de Radio Valparaíso Limitada", cuando establece: Considerando: "Sexagésimo sexto. Que de la lectura de dicha norma y según doctrina reiterada de este Tribunal, los requisitos que deben concurrir en este caso para que un acto constituya colusión, son los siguientes: (i) confluencia de voluntades entre competidores; (ii) que dicha confluencia de voluntades tenga por objeto restringir, afectar o eliminar la competencia en el mercado relevante afectado, o a lo menos que tienda a producir tales efectos; y (iii) que dicho acuerdo les confiera un poder de mercado suficiente para producir el efecto antes mencionado;".<sup>32</sup>

### **Colusión como ilícito de ejecución permanente.**

Otra cuestión que ha suscitado un gran debate jurídico en la sede del TDLC está dada por la naturaleza jurídica del ilícito de colusión, en su calidad de ilícito de ejecución permanente, pudiendo distinguirse dos tendencias de interpretación.

<sup>30</sup> Sentencia 57-2007, de causa Rol C 77 – 2005, "FNE contra Isapre ING S.A. y otros", página 60.

<sup>31</sup> Sentencia 79 - 2008, de causa Rol C 132 - 07, "FNE contra MK Asfaltos Moldeables Chile S.A. y otros", página 18.

<sup>32</sup> Sentencia 112-2011, de causa Rol C 194-09, "FNE contra Corporación de Radio Valparaíso Limitada", página 34.

Para la primera, el ilícito de colusión corresponde a un ilícito de ejecución instantánea y por lo tanto se configuraría al momento en el cual las partes del acuerdo convienen los términos del mismo.

En segundo lugar, se postula que el ilícito de colusión corresponde a una conducta antijurídica de ejecución permanente en el tiempo, y que subsistiría al menos hasta que los efectos del despliegue de la conducta hayan cesado. El TDLC adhiere a la segunda de estas visiones al indicar: "Considerando Trigésimo séptimo. Que, en otras palabras, los acuerdos entre competidores no son conductas de ejecución instantánea, sino que responden a lo que la doctrina ha calificado como conductas de ejecución permanente, esto es, "aquellas en que existen simultánea o sucesivamente varias acciones distintas a las que la ley cubre con un tipo único, manteniéndose la infracción hasta que el autor cambia su conducta" (Nieto, Alejandro, *Derecho Administrativo Sancionador*, Ed. Tecnos, Madrid, 2005, p. 544)"<sup>33</sup>

Lo anterior resulta de suyo razonable, dado que los términos planteados por las partes al inicio de un acuerdo colusorio no se mantienen necesariamente inmutables a lo largo del tiempo, pudiendo cambiar, sin que dichas modificaciones importen la gestación de un nuevo acuerdo entre sus partes, sino que vienen a reafirmar los compromisos suscritos desde un inicio entre sus participantes, lo que se desprende de la lectura de la sentencia 133 de 2014 de causa Rol C- 224-11, "FNE contra Servicios Pullman Bus Costa Central S.A. y otros", cuando se indica: "Trigésimo octavo. Que, por lo mismo, la circunstancia de que pueda ir variando en el tiempo la forma en que se manifiesta el acuerdo, no implica que se trate de acuerdos independientes, pues subyace a todas esas formas el interés común de sustituir los riesgos de la competencia por los beneficios anticompetitivos de la coordinación..."<sup>34</sup>

### **Respecto del cumplimiento de las partes del acuerdo colusorio acerca de los términos de dicho acuerdo**

Como se ha indicado con anterioridad, un elemento trascendental en los acuerdos colusorios o cártel está dado por la concordancia de obligaciones y sanciones en caso de incumplimiento para las partes del mismo. Lo que incluye de acuerdo a la doctrina desde los actos jurídicos y contratos, hasta los "acuerdos de caballeros" respecto del cumplimiento de los términos de la conducta antijurídica.

<sup>33</sup> Sentencia 133-14, de causa Rol C- 224-11, "FNE contra Servicios Pullman Bus Costa Central S.A. y otros", página 45.

<sup>34</sup> Sentencia 133-14, de causa Rol C- 224-11, "FNE contra Servicios Pullman Bus Costa Central S.A. y otros", página 45.

La gestación de dichas obligaciones en estos acuerdos es claramente determinada por el TDLC, constituyendo parte integrante de la prueba del Tribunal, al indicar: “Ducentésimo vigésimo quinto. Que, finalmente, la consciencia de las requeridas respecto de la aptitud de su conducta para lesionar la libre competencia también se ve reflejada, a juicio de este Tribunal, en el rol atribuido al honor en el cumplimiento de los acuerdos suscritos. A modo de ejemplo, en la “Proposición de Convenio” de 1994 –singularizada en la consideración cuadragésimo novena– se señala que los acuerdos alcanzados corresponden a “normas básicas” que determinan un “marco de referencia para su actuar, entendiéndose que los aspectos que no se han tratado en forma expresa deberán tratarse teniendo en cuenta el espíritu del Convenio y el buen criterio de las partes”. Más adelante se señala que “el cumplimiento de las normas básicas, sean explícitas o implícitas, quedará entregado a la buena fe y honor de ellas, sin perjuicio de lo que más adelante se establece” y se indica que la Comisión de Evaluación actuará como “tribunal de honor”.<sup>35</sup>

Asimismo, en acuerdos de fijación de cuotas de mercado ha sido posible el observar sanciones que implicaban para los miembros incumplidores de un cártel, el perder su cuota de mercado a favor del resto de los competidores coludidos, lo que fuere acreditado ante el TDLC en el caso causa Rol C-217 – 11, “FNE contra Sociedad Agrícola Comercial y Ganadera Palo Santo Limitada y otros”, al indicar: considerando vigésimo sexto: “...Adicionalmente, establecieron un castigo a quien no cumpliera con dicho derecho preferente, consistente en que sus cupos quedarían a disposición de la entidad en cuestión de manera automática.”<sup>36</sup>

Con todo, resulta relevante indicar que basta la concertación de los agentes en un acuerdo que real o potencialmente pueda afectar la libre competencia para que la conducta sea sancionable por el TDLC, y el hecho de que las conductas en definitiva no se hayan desplegado los acuerdos prescritos por las partes, resulta irrelevante para la determinación de la existencia del ilícito, dado que este es un ilícito antijurídico per se, como queda claro de la lectura de la Sentencia de la Excelentísima Corte Suprema respecto de Recurso de Reclamación Rol N° °5937-08 contra sentencia 74 - 2008, “FNE contra AM Patagonia y otros”, “Octavo: Con todo, probada que ha sido la existencia del acuerdo y su incidencia en el mercado, que éste obedeció a la voluntad de los socios, las circunstancias anexas a esta conducta contraria a la libre competencia en orden a determinar su total y plena eficacia, esto es, si todos los médicos adhirieron en su oportunidad al acuerdo o no, o si todos o solo algunos aplicaron el

<sup>35</sup> Sentencia 139-14, de causa Rol C-236-11, “FNE contra Agrícola Agrosuper S.A. y otros”, página 136.

<sup>36</sup> Sentencia 116-2011, de causa Rol C-217 – 11, “FNE contra Sociedad Agrícola Comercial y Ganadera Palo Santo Limitada y otros”, página 18.

cuestionado arancel, carecen de relevancia desde que quedó demostrado que dicho acuerdo, tal como fue concebido, tuvo la aptitud objetiva de producir un resultado anticompetitivo, lo que resulta suficiente para su sanción;<sup>37</sup>

Asimismo, resulta evidente que la concurrencia a un acuerdo colusorio en sí misma es antijurídica, por tanto, que la aplicación del mismo quede a la voluntad de los agentes que participaron en la toma del acuerdo tampoco ha sido considerado por la jurisprudencia como un elemento modificador de la responsabilidad de los agentes involucrados, al calificar como “no obligatorios” los términos de dichos acuerdos. El TDLC pone de manifiesto los elementos objetivos de la realización de la conducta, descartando esta voluntariedad en la aplicación como un elemento eximente de responsabilidad al establecer: “Considerando Undécimo. Que respecto a los argumentos de las requeridas, es necesario recordar, primero, que el mero hecho que un acuerdo de precios diga ser referencial o voluntario no es relevante para efectos del análisis de competencia, pues las conductas anticompetitivas en general –y la colusión en particular– responden a parámetros objetivos (esto es, si el acuerdo recae en variables competitivas, si el alza de precios efectivamente se produjo o no y si dicho acuerdo le otorgó poder de mercado a los participantes de él), sin que el carácter no vinculante del acto pueda ser utilizado como eximente de responsabilidad. Segundo, que en los casos en que esté acreditada la existencia de un acuerdo colusorio, no es requisito indispensable para que este Tribunal pueda sancionarlo que existan monitoreo y castigos o sanciones entre sus miembros, respecto de aquellos que se desvían de lo acordado. A mayor abundamiento, debe considerarse que en materia de colusión, el vocablo “sanción” no necesariamente equivale a los castigos conocidos por el derecho, sino que puede referirse incluso a medidas aparentemente más “inocuas”, como por ejemplo, el regreso a la situación de competencia, eliminándose de hecho y de manera automática el acuerdo previo (véase, por ejemplo, R. Marshall y L. Marx, *The Economics of Collusion: Cartels and Bidding Rings*, The MIT Press, 2012);<sup>38</sup>

### **Puntos indicativos de que existe una colusión en un mercado relevante**

Para poder probar la existencia de un acuerdo colusorio, se han utilizado diversos indicadores por la Fiscalía Nacional Económica que han sido acogidos por el TDLC en reiteradas sentencias desde su apertura en el año 2004. De dichas sentencias ha sido posible extraer algunos de ellos, los que deben ser

<sup>37</sup> Sentencia de la 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>38</sup> Sentencia 145-15, de causa Rol C- 265-13, “FNE contra Asociación Gremial de Ginecólogos Obstetras de la Provincia de Ñuble y otros”, página 22.

comprendidos como ciertos elementos que podrían indicar la existencia de una colusión, y por cierto no constituyen una lista taxativa de indicadores que pudieran ser considerados, sino que simplemente un enunciado ejemplar de los mismos.

### 1) Márgenes de comercialización

Un indicador claro de la existencia de una colusión está dado por la forma en la cual se modifican los márgenes de comercialización de un producto determinado. Punto que es analizado por el TDLC como elemento indicativo de un acuerdo colusorio al señalar: "Considerando décimo cuarto ...primer término, cabe analizar los márgenes de comercialización de las mismas en el período investigado por la FNE, pues ellos pueden resultar indicativos de la existencia, o no, de dicha colusión."<sup>39</sup>

Es sabido que por lo general las empresas van modificando sus márgenes de ganancias dependiendo de la oferta y de la demanda en el mercado, lo que se encuentra dado por las características particulares del mercado relevante en el cual se desenvuelvan, cuando los márgenes de comercialización percibidos por las empresas no se pueden explicar de esa modificación podemos encontrarlos frente a un ilícito. Como se indica en el ejemplo siguiente: "Considerando décimo cuarto ...el alza en los márgenes de comercialización ocurre en forma simultánea con una disminución en la demanda, lo que sería indicativo de una conducta colusiva de parte de las denunciadas."<sup>40</sup>

### 2) Integración vertical

Como ya se ha indicado con anterioridad, la integración vertical de empresas, es decir, cuando existen empresas que participan en una determinada cadena de producción tienen relación de propiedad entre sí, este elemento otorga incentivos a la colusión de dichos grupos, al aumentar su poder de mercado actuando en forma concertada, como lo ha observado el TDLC al señalar: "Cuadragésimo sexto. Que, en primer lugar, la integración vertical podría facilitar los acuerdos colusivos, sean estos tácitos o expresos, pues facilita la coordinación de precios a público, que son los únicos observados por todas las empresas. Es cierto que ello no sería coherente con la presencia de consignatarios, salvo si se estimase que las estaciones de servicio que las distribuidoras manejan directamente por medio de filiales son capaces de determinar los precios finales."<sup>41</sup>

<sup>39</sup> Sentencia 18-2005, de causa Rol C- 10 - 2004, "FNE Compañía de Petróleos de Chile S.A. y otros", página 68.

<sup>40</sup> Sentencia 18-2005, de causa Rol C- 10 - 2004, "FNE Compañía de Petróleos de Chile S.A. y otros", página 68.

<sup>41</sup> Sentencia 18-2005, de causa Rol C- 10 - 2004, "FNE Compañía de Petróleos de Chile S.A. y otros", página 84.

De tal manera, cuando la propiedad “aguas arriba” y “aguas abajo” en la cadena de la producción se encuentran concentradas, existe un mayor incentivo de las partes a tomar acuerdos que beneficien al grupo empresarial, ésta estructura se quiebra mediante el otorgamiento de concesiones o franquicias a terceros para que exploten de manera independiente el eslabón final de distribución a los consumidores, por ejemplo.

### 3) Existencia de imposiciones concertadas a los clientes

Mediante acuerdos colusorios horizontales entre empresas, resulta tentador para los miembros del acuerdo imponer el cobro de prestaciones de servicios o adquisiciones de productos no requeridas por los consumidores, pero que en virtud del poder de mercado obtenido tras el acuerdo colusorio, implican verdaderos contratos ligados, los cuales no pueden ser rechazados.

“Es el supuesto conocido con la expresión “contratos ligados” que traduce la tradicional inglesa “*tying contracts*”. Es decir, que se ligan dos o más contratos, de manera que quien quiere realizar uno de ellos, se le impone, si quiere contratar, que realice, además, otro diferente.”<sup>42</sup> Éste tipo de conductas pudo observarse en el caso del cártel de las empresas navieras, donde se expone claramente por el Tribunal que se impusieron cobros adicionales por servicios no solicitados impuestos a los exportadores, al indicar: “Considerando Trigésimo Cuarto: Que atendido lo expuesto en los considerandos anteriores, y analizados los antecedentes de autos de acuerdo a las reglas de la sana crítica, el Tribunal se ha formado la convicción de estar en presencia de una imposición concertada, por parte de los agentes de naves requeridos, de cobros por servicios no solicitados por los exportadores...”<sup>43</sup>

En este caso, la conducta reprochable no se constituye necesariamente por el contrato adicional que se le ofrece al cliente, sino que por la verdadera anulación de su voluntad que implica el imponer un segundo contrato a una contraparte por un servicio que no ha sido solicitado por ésta, o en palabras del TDLC: “Considerando Trigésimo Quinto: ...lo que se reprocha en esta causa es el hecho de imponer un cobro a un cliente cautivo, a pretexto de un servicio no solicitado;”<sup>44</sup>

### 4) Simultaneidad en el despliegue de la conducta

Asimismo, es un elemento determinante para la configuración de la prueba en estos casos, la acreditación de la simultaneidad en el despliegue de la conducta,

<sup>42</sup> Bercovitz Rodríguez-Cano, Alberto; *Derecho de la Competencia y propiedad industrial de la Unión Europea*, Editorial Thomson, Navarra, 2007. página 48.

<sup>43</sup> Sentencia 38-2005, de causa Rol C- 12 - 2004, “Asociación de Exportadores de Chile A.G. contra Ultramar Agencia Marítima S.A. y otros”, página 34.

<sup>44</sup> Sentencia 38-2005, de causa Rol C- 12 - 2004, “Asociación de Exportadores de Chile A.G. contra Ultramar Agencia Marítima S.A. y otros”, página 34.

dado que resulta imposible desvirtuar la alegación de concertación entre las partes que han acordado imponer un determinado cobro mediante la explicación de conductas paralelas, si es que todos los competidores parte del acuerdo realizan las mismas modificaciones a las condiciones de comercialización de sus productos al unísono, como veremos más adelante en detalle.

Lo anterior se colige de la lectura del considerando “Trigésimo Sexto: Que los indicios en los que se basa la convicción del Tribunal respecto de esta concertación entre las agencias de naves requeridas corresponden, principalmente, a la **simultaneidad en el comienzo de la nueva modalidad de cobro** (comenzaron en marzo - abril de 2002), y la similitud de los montos cobrados y su concepto.”<sup>45</sup>

### 5) Fijación de precios:

La determinación de los precios fijados por un grupo de competidores a sus clientes tras un acuerdo colusorio no sólo se circunscribe a la mera fijación de éstos, sino que a cualquier condición de la transacción que altere las condiciones normales de comercialización de los productos.

Ésta práctica ha sido motivo de reproche no sólo en nuestro país mediante norma expresa en el artículo 3° letra a) del Decreto Ley N° 211, sino que es considerada contraria a la libre competencia en otras latitudes, cual es el caso de la Unión Europea, que la condena expresamente en el artículo 81.1 de la TCE, con todo y siguiendo a Bercovitz: “no sólo se prohíben los entendimientos sobre precios, sino también sobre otras “condiciones de transacción”. Es decir que se prohíben los entendimientos sobre cualesquiera cláusulas contractuales, como pueden ser cláusulas sobre garantías, plazos de entrega, etc... esta prohibición es especialmente significativa con referencia a los contratos de adhesión utilizados por varias empresas, cuando tienen cláusulas coincidentes.”<sup>46</sup>

En opinión del TDLC, la fijación de precios en sí misma es reprochable, pero que además puede guardar en ella una doble finalidad, en primer lugar el establecer precios mínimos superiores a los que de haber operado la competencia podrían cobrar los actores por sus productos, como asimismo maximizar el beneficio de dicha actividad. Es posible colegir lo anterior cuando el Tribunal señala: “Considerando Decimosexto. Que, en vista de lo anterior, en términos de la letra a) del inciso segundo del artículo 3° del D.L. N° 211, el acuerdo consistió

<sup>45</sup> Sentencia 38-2005, de causa Rol C- 12 - 2004, “Asociación de Exportadores de Chile A.G. contra Ultramar Agencia Marítima S.A. y otros”, página 34.

<sup>46</sup> Bercovitz Rodríguez-Cano, Alberto; *Derecho de la Competencia y propiedad industrial de la Unión Europea*, Editorial Thomson, Navarra, 2007. página 47

efectivamente en “fijar precios” (expresión que en materia de libre competencia es relativamente genérica, incluyéndose en ella acuerdos para estabilizar, bajar o plegarse a precios, entre otras, y pudiendo hacer alusión incluso a acuerdos que indirectamente permiten controlar esta variable). Sin embargo, sin perjuicio de lo reprochable que en sí mismo resulta el acordar el establecimiento de precios mínimos, en el presente caso la evidencia muestra que el acuerdo de fijación de precios fue más complejo y tuvo un doble componente: por un lado, efectivamente se acordó concertadamente un precio mínimo a cobrar, más alto que el previamente cobrado en promedio; por otro, a la vez se adoptaron acciones que permitieron maximizar el beneficio de dicha fijación. Este acuerdo complejo, en los dos ámbitos señalados, permitió vulnerar la más básica regla protegida en esta sede, conforme a la cual es sólo el mercado el que, salvo excepción legal de por medio, determina el precio de un bien o servicio;<sup>47</sup>

## 6) Similitud en los precios cobrados a los clientes

Este elemento se relaciona directamente con la simultaneidad en el comienzo de una modalidad de cobro, dado que al concordar estas nuevas prestaciones, resulta de suyo lógico fijar precios comunes para dichas prestaciones no solicitadas, corresponde a la similitud de los precios cobrados a los clientes por prestaciones similares, determinados por los miembros del acuerdo colusorio, como mecanismo de obtención de rentas anticompetitivas.

“Trigésimo Sexto: Que los indicios en los que se basa la convicción del Tribunal respecto de esta concertación entre las agencias de naves requeridas corresponden, principalmente, a la simultaneidad en el comienzo de la nueva modalidad de cobro (comenzaron en marzo - abril de 2002), y la **similitud de los montos cobrados y su concepto**.”<sup>48</sup>

## 7) Conductas paralelas o el fenómeno de paralelismo de conductas

Podemos entender por conductas paralelas “aquella situación en la que dos o más empresas competidoras actúan de forma similar o coincidente en el respectivo mercado relevante”.<sup>49</sup>

Debemos diferenciar el ilícito de colusión táctica en el cual los competidores tomarán en consideración las estrategias de su competencia para configurar el

<sup>47</sup> Sentencia 145-15, de causa Rol C- 265-13, “FNE contra Asociación Gremial de Ginecólogos Obstetras de la Provincia de Ñuble y otros”, página 23.

<sup>48</sup> Sentencia 38-2005, de causa Rol C- 12 - 2004, “Asociación de Exportadores de Chile A.G. contra Ultramar Agencia Marítima S.A. y otros”, página 34.

<sup>49</sup> Eyzaguirre, Cristóbal; Grunberg, Jorge; “Colusión monopólica. Prueba de la colusión, paralelismo de conductas y factores añadidos”, en *Revista Anales de Derecho UC: Temas de libre competencia*, Editorial Legis, año 2008, página 67.

ilícito, de la situación de los “tomadores de precios”, en este caso, la empresa con un mayor grado de consolidación fijará sus precios y sus competidores actuarán en forma refleja imitando dichos precios debido a que no pueden influir de manera determinante en la fijación del precio de sus productos.<sup>50</sup>

Resulta difícil el probar que las conductas paralelas constituyan un elemento sancionable, dado que la concertación no es un requisito para que éstas se produzcan, pero es posible para los agentes de mercado actuar mediante cooperación práctica sin establecer un acuerdo previo con miras a evitar una sanción efectiva, y dicha actividad se manifiesta en conductas paralelas, de acuerdo al TDLC, éste es un hecho a considerar, cuando indica: “Considerando Septuagésimo quinto. ...En efecto, tal como ha reconocido la doctrina, el comportamiento paralelo, si se demuestra, es uno de los factores a considerar, con el resto de las pruebas, para llegar a la conclusión que ha habido un acuerdo entre los demandados, pero el paralelismo no es en sí mismo un sustitutivo del acuerdo;”<sup>51</sup>

Dado que en la mayor parte de los casos es posible explicar conductas paralelas de acuerdo al TDLC por medio de varias hipótesis: “Considerando Octogésimo sexto. Que no obstante –como ya se ha dicho– la similitud de acción o conductas paralelas por parte de varios competidores podría tener varias explicaciones alternativas a la colusión, sea la reacción individual (aunque en paralelo) a un cambio común en el mercado –shock de oferta o de demanda–, o bien la decisión de seguir la misma política comercial iniciada por un competidor, sin que necesariamente haya mediado un acuerdo o concertación entre las partes;”<sup>52</sup> Es en razón de lo anterior que se requiere que las conductas paralelas se complementen con otros elementos de prueba, tanto directa como indirecta, para que a través de la sana crítica puedan dar origen a la convicción razonable del TDLC de la existencia de un ilícito.

De tal manera, para que las conductas paralelas puedan constituir un indicador de que la conducta desplegada corresponde a un acto anticompetitivo, resulta importante incorporar “factores añadidos”, que vienen a complementar aquella actuación cuestionable desplegada por los agentes económicos investigados por la institucionalidad de la Libre Competencia. Siguiendo a los profesores Eyzaguirre y Grunberg, no es posible enunciar un catálogo de factores añadidos<sup>53</sup>, dado que serán determinados en función del mercado relevante analizado en cada caso, pero algunos elementos complementarios para las conductas para-

<sup>50</sup> Parkin, Michael; Sanchez Carrion, Miguel Angel; *Economía*, Editorial Pearson Educación. Página 254.

<sup>51</sup> Sentencia 57-2007, de causa Rol C 77 – 2005, “FNE contra Isapre ING S.A. y otros”, página 74.

<sup>52</sup> Sentencia 57-2007, de causa Rol C 77 – 2005, “FNE contra Isapre ING S.A. y otros”, página 79.

<sup>53</sup> Eyzaguirre, Cristóbal; Grunberg, Jorge; “Colusión monopólica. Prueba de la colusión, paralelismo de conductas y factores añadidos”, en *Revista Anales de Derecho UC: Temas de libre competencia*, Editorial Legis, año 2008, página 69.

lelas, están dados por la existencia de comunicación probada entre las partes requeridas por la Fiscalía Nacional Económica, constituyendo dichas comunicaciones un complemento razonable para configurar una hipótesis de colusión atendidas dichas prácticas: “Considerando Centésimo vigésimo octavo. Que, por último, ni siquiera se puede sostener que en este caso se esté en presencia de una situación de paralelismo consciente, dada la evidente simultaneidad de la conducta de las requeridas y el hecho de que esa simultaneidad se produjo inmediatamente después de comunicarse entre ellas, lo que refuerza la convicción de este Tribunal para desestimar esta hipótesis alternativa. A lo sumo, podría existir incertidumbre sobre si el acuerdo entre las requeridas fue expreso o tácito, pero ello es indiferente en nuestro derecho, dado que ambos tipos de acuerdo son igualmente sancionados en el tipo infraccional del artículo 3° del D.L. N° 211, según se indica claramente en su letra a);”<sup>54</sup>

Por su parte, es posible desvirtuar la tesis de las conductas paralelas, cuando es posible probar la existencia de explicaciones alternativas a una actuación coordinada, sea con o sin coordinación entre las requeridas: “Considerando Centésimo sexagésimo sexto: Que, en consecuencia, a juicio de este Tribunal, se encuentra plenamente acreditado en autos el comportamiento paralelo denunciado, el que es además reconocido por las dos requeridas. Estas últimas, sin embargo, han basado su defensa en sostener la posibilidad y plausibilidad de explicaciones de dicho paralelismo distintas de la existencia de una colusión. Al respecto, bastaría para descartar dichas explicaciones y para dar por acreditado el acuerdo colusorio en cuestión, la prueba directa del mismo, que ya se ha analizado precedentemente, lo que haría innecesario efectuar un análisis de otros antecedentes que permitan descartar esas explicaciones alternativas para poder condenar a las requeridas;”<sup>55</sup> Con todo, resulta importante destacar que no basta con enumerar tesis alternativas desde un punto de vista teórico, sino que debe probarse la plausibilidad económica de aquellos lineamientos planteados ante el TDLC para que sean efectivamente acogidos en definitiva.

## 8) En procesos de licitación la baja del precio.

Cuando nos encontramos frente a procesos de *bid rigging* o colusión entre oferentes de licitaciones, como ya hemos indicado con anterioridad, los miembros del acuerdo colusorio buscan dos finalidades, en primer lugar asegurar la adjudicación de la licitación beneficiando a uno de los actores, y, en segundo lugar, bajar el precio de la licitación a una cantidad que no habría resultado posible de haberse desarrollado la licitación en condiciones de competencia. Como se ha indicado claramente por el TDLC al expresar: “Considerando Sexagésimo. Que lo anterior da cuenta que las cesiones entre los participantes

<sup>54</sup> Sentencia 63-08, de causa Rol C-103-06, “FNE contra Paris S.A. y otro”, página 73.

<sup>55</sup> Sentencia 119-2012, de causa Rol C- 184-08, “FNE contra Farmacias Ahumada S.A. y otros”, página 106.

en cada licitación afectaron significativamente el precio con que fue asignada la concesión en la licitación, lo que demuestra la supresión de la competencia dentro de cada uno de los concursos en que se efectuaron estas licitaciones;<sup>56</sup>

De tal manera, los miembros del acuerdo deberán concordar antes del proceso de licitación: "(i) cuál de los participantes resultará adjudicatario; y (ii) cuál será el precio de la adjudicación –el que evidentemente no refleja la mejor postura posible de algún miembro del grupo–. Lo anterior permite que los miembros del acuerdo obtengan un excedente grupal en desmedro del licitante, el que será posteriormente dividido por algún mecanismo (subcontratación, reventa) o reservando la adjudicación de un último proceso licitatorio para alguno de los otros miembros del grupo.<sup>57</sup>

### 9) Aumento de los costos a un rival:

Dentro de las finalidades buscadas por competidores miembros de un acuerdo colusorio que han sido observadas en la práctica, destaca el intentar aumentar los cobros de nuevos rivales reales o potenciales, que no son miembros del acuerdo. Es decir, aquellos miembros del acuerdo que cuentan con poder de mercado gracias al mismo influyen en decisiones que implican costos mayores a la entrada de nuevos competidores, tal es el caso observado por el TDLC en la imposición de barreras al mercado del transporte interurbano de pasajeros, al dificultar la obtención de oficinas en variados terminales a nuevos competidores, como se observa de la sentencia 134-14, de causa Rol C-223-11, "FNE contra Empresa de Transportes Rurales Limitada y otros", cuando señala: "Considerando Octogésimo primero. Que, atendido lo expuesto en las consideraciones anteriores, este Tribunal entiende que cualquier intento de bloquear injustificadamente el acceso a competidores a oficinas en terminales ya establecidos podría entenderse como un intento de aumentar los costos de un rival, con el objeto de mantener o incrementar una posición de dominio conjunta en el mercado relevante respectivo, circunstancia que, de verificarse, en los hechos tiene la aptitud de entorpecer o incluso de llegar a impedir la libre competencia de nuevos entrantes;"<sup>58</sup>

### 10) Existencia de una asociación gremial:

Si bien es cierto las asociaciones gremiales constituyen una de las más importantes instancias de cooperación que agrupan tanto a empresas como perso-

<sup>56</sup> Sentencia 112-2011, de causa Rol C 194-09, "FNE contra Corporación de Radio Valparaíso Limitada", página 34.

<sup>57</sup> Irarrázabal, Felipe; Araya, Fernando; "Notas sobre la colusión entre oferentes en licitaciones, con énfasis en la experiencia internacional"; en *La libre competencia en el Chile del Bicentenario*, Editorial Thomson, Santiago, 2011, página 173.

<sup>58</sup> Sentencia 134-14, de causa Rol C-223-11, "FNE contra Empresa de Transportes Rurales Limitada y otros", página 64.

nas naturales, éstas han sido utilizadas por diversos grupos como verdaderos agentes coordinadores de cártel en nuestro país. Lo anterior es una directa consecuencia del carácter coordinador de estas agrupaciones, hecho que facilita tanto la gestación de acuerdos anticompetitivos, como el posterior monitoreo del cumplimiento de dichos acuerdos. En palabras del TDLC: “Considerando Cuadragésimo quinto. Que, a juicio de este Tribunal, otro elemento facilitador de un acuerdo colusorio en este caso –que no es considerado por los autores del citado informe–, es la existencia de una asociación gremial que pueda y esté dispuesta a facilitar la adopción de decisiones coordinadas entre sus asociados y fiscalizar su cumplimiento;”<sup>59</sup>

Aun cuando se ha planteado invariablemente por parte de las asociaciones requeridas ante el TDLC que por su naturaleza no lucrativa no serían sujetos pasivos del D.L. N° 211, tanto la jurisprudencia como la doctrina nacional e internacional son contestes de que dicha argumentación no resulta aplicable. En palabras de Fuentes Naharro: “se considera que es indiferente la naturaleza pública o privada de la asociación, siendo aplicable la norma también a las asociaciones o corporaciones de Derecho Público.”<sup>60</sup> De tal manera, la existencia de una entidad sin fin de lucro que geste, coordine y fiscalice prácticas concertadas, no implica que éstas no puedan ser perseguidas en su responsabilidad frente al TDLC.

## Gravedad de la colusión

Dentro de los ilícitos contrarios a la libre competencia, es el de colusión el que se ha erigido como el más dañoso para el funcionamiento del mercado, dado que la doctrina es conteste en indicar que los perjuicios provocados por este ilícito afectan a la economía toda, en palabras del profeso Aldo González: “Se considera que la colusión perjudica el funcionamiento de una economía, pues anula los beneficios propios de la rivalidad y la competencia entre empresas, que es el mecanismo que permite que los consumidores gocen de menores precios, mayor variedad y mejor calidad en los bienes y servicios que se consumen”.<sup>61</sup>

Lo anterior guarda directa relación con la opinión vertida en relación a este punto por el TDLC, cuando indica el grado de reproche que implican las conductas colusorias en el mercado nacional: “Nonagésimo octavo: Que, en segundo lugar, en cuanto a la gravedad de la conducta, este Tribunal considera que la colusión es de aquellas que merece el mayor reproche para el derecho

<sup>59</sup> Sentencia 139-14, de causa Rol C-236-11, “FNE contra Agrícola Agrosuper S.A. y otros”, página 67.

<sup>60</sup> Fuentes Naharro, Mónica; “Prácticas colusorias entre empresas (I) Prohibición”; en *Derecho de la Competencia*, Editorial Thomson Reuters, Navarra, 2013, página 111.

<sup>61</sup> González, Aldo; “Prácticas colusorias”, en *La libre competencia en el Chile del bicentenario*; Editorial Thomson and Reuters, Santiago de Chile, página 143.

de la competencia, máxime cuando afecta el funcionamiento del mercado en materia de servicios esenciales para la comunidad;”<sup>62</sup>

Esta opinión es conteste con la expresada por la Excelentísima Corte Suprema, la cual describe la reconversión pública que procede contra las prácticas colusorias indicando: “DUODÉCIMO: Que la colusión constituye de todas las conductas atentatorias contra la libre competencia la más reprochable, la más grave, ya que importa la coordinación del comportamiento competitivo de las empresas. El resultado probable de tal coordinación es la subida de los precios, la restricción de la producción y con ello el aumento de los beneficios que obtienen las participantes. Por ello, aun cuando la circunstancia de haber intervenido en estos hechos la Secretaria Ministerial de Transporte y Telecomunicaciones de la Región de Los Lagos atenúa la responsabilidad de las empresas infractoras, atendida la gravedad de la infracción y teniendo además en consideración los demás factores a que se refiere la sentencia de primer grado, es que esta Corte estima del caso aumentar la multa impuesta a la Sociedad de Transportes Central Ltda. y Centenario Limitada a 50 Unidades Tributarias Anuales, y a las empresas Camino Real Limitada, Transportes Las Golondrinas Limitada y Transportes Vía Azul Limitada a 35 Unidades Tributarias Anuales.”<sup>63</sup>

Opinión de la Corte Suprema que no sólo es asumida como propia por el TDLC, en razón de la dependencia a la que éste organismo se encuentra sujeto respecto de aquella, sino que se reafirma con mayor dureza desde la antes citada declaración al indicar: “Septuagésimo segundo. Que, en este contexto, no debe dejarse de resaltar la gravedad que reviste, en el ámbito del derecho de la competencia, la colusión entre competidores. Tal como lo ha señalado reiteradamente la jurisprudencia de este Tribunal y de la Excm. Corte Suprema, “Que la colusión constituye de todas las conductas atentatorias contra la libre competencia la más reprochable, la más grave, ya que importa la coordinación del comportamiento competitivo de las empresas. El resultado probable de tal coordinación es la subida de los precios, la restricción de la producción y con ello el aumento de los beneficios que obtienen las participantes.” (Consideración duodécima, Sentencia Corte Suprema Rol N° 1746-2010, de fecha veintinueve de diciembre de 2010). Esta circunstancia debe tenerse en consideración de manera permanente a la hora de juzgar y sancionar conductas como las de autos;”<sup>64</sup>

Asimismo, se destaca por el TDLC que se encuentra la validación para este mayor reproche de la colusión, en la naturaleza jurídica del ilícito, dado que es de

<sup>62</sup> Sentencia 94-08, de causa Rol C-149-07, “FNE contra Sociedad de Transportes Central Ltda. y otros”, página 48.

<sup>63</sup> Sentencia Excelentísima Corte Suprema respecto de Recurso de Reclamación Rol N° 1746-2010 contra sentencia 94 de 2008, “FNE contra Sociedad de Transportes Central Ltda. y otros”, página 6.

<sup>64</sup> Sentencia 112-2011, de causa Rol C 194-09, “FNE contra Corporación de Radio Valparaíso Limitada”, página 44.

su esencia el reemplazar la competencia en los mercados, por una cooperación expúrea, que busca eliminar el riesgo del emprendimiento empresarial, y reemplazarlo mediante la posibilidad de obrar sobre seguro eliminando un proceso competitivo, como se puede deducir de la lectura del considerando “Centésimo nonagésimo quinto: Que, a juicio de este Tribunal, la apreciación de la gravedad de la conducta acreditada en autos debe efectuarse a partir de diferentes elementos. El primero de ellos viene dado por la naturaleza del ilícito sub lite, pues la colusión constituye, unánimemente en la doctrina, en nuestra legislación y en la jurisprudencia de este Tribunal como de la Excma. Corte Suprema, el más lesivo de los atentados a la libre competencia, toda vez que supone suprimir de raíz la incertidumbre y la libre iniciativa propia de los procesos competitivos, reemplazándola por una conspiración entre competidores en perjuicio del bienestar social y los consumidores. Tal es la gravedad de este ilícito, que el legislador estableció en su respecto –en la reforma al D.L. N° 211 contenida en la Ley N° 20.361, de 13 de julio de 2009– una mayor sanción y un mayor plazo de prescripción de la acción para perseguirlo, en comparación con todas las demás prácticas restrictivas de la libre competencia contenidas en dicho cuerpo legal;”<sup>65</sup>

Asimismo, es importante considerar que la naturaleza dañosa del acuerdo colusorio, será considerado por el TDLC, en el procedimiento de determinación de sentencias, haciéndose cargo del mayor reproche por medio del establecimiento de una sanción acorde al daño social que se imputa a esta conducta ilícita, al señalar: “Considerando Centésimo vigésimo cuarto. Que es preciso señalar que el inciso final de la letra c) del artículo 26 del D.L. N° 211 establece que se deberá considerar, entre otras circunstancias, la gravedad de la conducta imputada para determinar el monto de la multa que se impondrá a las requeridas. De este modo, dada la naturaleza del ilícito cometido, que es considerado por la doctrina internacional y la jurisprudencia nacional –tanto de este Tribunal como de la Excma. Corte Suprema– como el más grave de los atentados a la libre competencia, es necesaria la imposición de una multa que efectivamente constituya una disuasión de este tipo de conductas;”<sup>66</sup>

## Conclusión

Si bien es cierto que los elementos que nos entrega el Decreto Ley N° 211 en el artículo 3, letra a) en el cual sanciona los acuerdos colusorios en todas sus formas, sólo enumera algunas conductas ejemplares que podrían ser parte del acuerdo colusorio, el TDLC ha planteado claros lineamientos para comprender a cabalidad la estructura de este ilícito por medio de sus sentencias.

<sup>65</sup> Sentencia 119-2012, de causa Rol C- 184-08, “FNE contra Farmacias Ahumada S.A. y otros”, página 328.

<sup>66</sup> Sentencia 122-12 de causa Rol C- 207 - 10, “FNE contra Tecumseh Do Brasil Ltda.”, página 58.

De tal manera, es posible extraer con claridad los elementos que configuran la conducta de la colusión, pudiendo distinguir con claridad que para que ésta se configure se requiere. 1. Que exista en forma efectiva un acuerdo entre competidores. 2. Que dicho acuerdo verse sobre algún elemento sustancial de la competencia. 3. Que este acuerdo dote a los miembros de poder de mercado. 4. Que los miembros del acuerdo abusen realmente o pudieran abusar de dicho poder de mercado potencialmente.

Asimismo, se ha podido determinar que para el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia se requiere que las conductas real o potencialmente puedan generar efectos nocivos en la competencia en un determinado mercado relevante para que dicha conducta resulte sancionable.

En la misma línea de pensamientos, es importante recalcar que la enumeración de conductas en las que puede manifestarse el ilícito de colusión, sea expresa o tácita, que se incluye en el artículo 3° letra a) del Decreto Ley N° 211, es meramente taxativa a los ojos del Tribunal, y, por tanto, pueden existir diversas conductas no enumeradas que podrían resultar sancionadas en caso de que se configuren las características de una práctica colusoria.

También pudimos extraer que, si bien la existencia de conductas paralelas puede implicar un indicio de la existencia de una práctica colusoria, no es suficiente el establecer su existencia, dado que se requieren factores adicionales para constituir una prueba complementaria, que, ponderada, permita al Tribunal formar su convicción de acuerdo a los principios de la sana crítica respecto de la existencia del ilícito.

Finalmente, es importante recalcar que tanto para el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, como para la Excelentísima Corte Suprema, como para la doctrina y jurisprudencia internacional, éste es el ilícito contrario a la libre competencia que reviste la mayor gravedad, dado que erosiona los fundamentos mismos del mercado, perjudicando a competidores, proveedores y consumidores por medio del despliegue de una sola conducta antijurídica.

## **Bibliografía**

BLACK, Oliver: *Conceptual Foundations of Antitrust*, King's college London, 2005.

Bercovitz Rodriguez-Cano, Alberto; *Derecho de la competencia y propiedad industrial de la Unión Europea*, Editorial Thomson, Navarra, 2007.

CAMARA DE DIPUTADOS, Oficio N° 8045, de 28 de abril de 2009, Secretaría General del la Cámara de diputados.

COLOMA, GERMÁN; *Defensa de la Competencia*; Editorial Ciudad Argentina, 2003.

Eyzaguirre, Cristóbal; Grunberg, Jorge; "Colusión monopólica. Prueba de la colusión, paralelismo de conductas y factores añadidos", en *Revista Anales de Derecho UC: Temas de libre competencia*, Editorial Legis, año 2008.

Fuentes Navarro, Mónica; "Prácticas colusorias entre empresas (I) Prohibición", en *Derecho de la competencia*, Editorial Thomson Reuters, Navarra, 2013.

González, Aldo; "Prácticas colusorias", en *La libre competencia en el Chile del bicentenario*; Editorial Thomson and Reuters, Santiago, 2011.

Juppet Ewing, María Fernanda; "Ilícitos plurilaterales en derecho de libre competencia", *Revista Actualidad Jurídica* de la Universidad del Desarrollo, N° 20, Agosto 2009, Tomo II.

HOVENKAMP, HERBERT; *The Antitrust Enterprise*, Harvard University press, 2005.

Irrázabal, Felipe; Araya, Fernando; "Notas sobre la colusión entre oferentes en licitaciones, con énfasis en la experiencia internacional"; en *La libre competencia en el Chile del Bicentenario*, Editorial Thomson, Santiago, 2011.

Ministerio de Justicia, España, *Manual de derecho administrativo Sancionador*; Thomson, año 2005.

OECD, "Report on the nature and impact of hard core cartels and sanctions against cartels under national competition laws", 09 april 2002,

OECD, "Policy Roundtables: Prosecuting Cartels without direct evidence", 2006.

Page, William H. "Communication and Concerted Action", (2006). [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=939427](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=939427)

PARKIN, Michael; SANCHEZ CARRION, Miguel Angel; *Economía*, Editorial Pearson Educación.

POSTNER, Richard; *Antitrust Law*, Second Edition, University of Chicago Press, 2001.

UTTON, M.A; *Market Donminance and Antitrust Pollicy*, Second Edition, Edward Elgar Publishing Limited, 2003.

VÁLDES PRIETO, Domingo, *Libre competencia y monopolio*, Editorial Jurídica de Chile, 1ª ed, Santiago de Chile, 2006.

## **Jurisprudencia.**

Sentencia Excelentísima Corte Suprema respecto de Recurso de Reclamación Rol N° 1746-2010 contra sentencia 94 de 2008, "FNE contra Sociedad de Transportes Central Ltda. y otros"

Sentencia Excelentísima Corte Suprema respecto de Recurso de Reclamación Rol N°3.327-05 contra sentencia 18-2005, "FNE contra Compañía de Petróleos de Chile 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 Ilustre Tribunal de la Libre Competencia N°38-2005, de causa Rol C- 12 - 2004, "Asociación de Exportadores de Chile A.G. contra Ultramar Agencia Marítima S.A. y otros".

Sentencia Ilustre Tribunal de la Libre Competencia N°43 – 2006, de causa Rol C 74 – 2005, "FNE contra Air Liquide Chile S.A. y otros".

Sentencia Ilustre Tribunal de la Libre Competencia N°57-2007, de causa Rol C 77 – 2005, "FNE contra Isapre ING S.A. y otros".

Sentencia Ilustre Tribunal de la Libre Competencia N°63-08, de causa Rol C-103-06, "FNE contra Paris S.A. y otro".

Sentencia Ilustre Tribunal de la Libre Competencia N°74-2008, de causa Rol C- 121 - 06, "FNE contra AM Patagonia S.A. y otros".

Sentencia Ilustre Tribunal de la Libre Competencia N°79 - 2008, de causa Rol C 132 - 07, "FNE contra MK Asfaltos Moldeables Chile S.A. y otros".

Sentencia Ilustre Tribunal de la Libre Competencia N°94-08, de causa Rol C-149-07, "FNE contra Sociedad de Transportes Central Ltda. y otros".

Sentencia Ilustre Tribunal de la Libre Competencia N°116-2011, de causa Rol C-217 – 11, "FNE contra Sociedad Agrícola Comercial y Ganadera Palo Santo Limitada y otros".

Sentencia Ilustre Tribunal de la Libre Competencia N°112-2011, de causa Rol C 194-09, "FNE contra Corporación de Radio Valparaíso Limitada".

Sentencia Ilustre Tribunal de la Libre Competencia N°113-2011, de causa Rol C-197-09, "FNE contra Abercrombie & Kent S.A. y otros".

Sentencia Ilustre Tribunal de la Libre Competencia N°116-2011, de causa Rol C-217 – 11, "FNE contra Sociedad Agrícola Comercial y Ganadera Palo Santo Limitada y otros".

Sentencia Ilustre Tribunal de la Libre Competencia N°136-11 de causa Rol C- 234-11, "FNE contra Servicios Pullman Bus Costa Central S.A."

Sentencia Ilustre Tribunal de la Libre Competencia N°119-2012, de causa Rol C- 184-08, "FNE contra Farmacias Ahumada S.A. y otros".

Sentencia Ilustre Tribunal de la Libre Competencia N°122-12 de causa Rol C- 207 - 10, "FNE contra Tecumseh Do Brasil Ltda."

Sentencia Ilustre Tribunal de la Libre Competencia N°133-14, de causa Rol C- 224-11, "FNE contra Servicios Pullman Bus Costa Central S.A. y otros".

Sentencia Ilustre Tribunal de la Libre Competencia N°134-14, de causa Rol C-223-11, "FNE contra Empresa de Transportes Rurales Limitada y otros".

Sentencia Ilustre Tribunal de la Libre Competencia N°139-14, de causa Rol C-236-11, "FNE contra Agrícola Agrosuper S.A. y otros".

Sentencia Ilustre Tribunal de la Libre Competencia N°18-2005, de causa Rol C- 10 - 2004, "FNE Compañía de Petróleos de Chile S.A. y otros".

Sentencia Ilustre Tribunal de la Libre Competencia N°141-15, de causa Rol C-244-12, "FNE contra Sociedad de Transportes Línea Uno Collico S.A. y otros".

Sentencia Ilustre Tribunal de la Libre Competencia N°145-15, de causa Rol C- 265-13, "FNE contra Asociación Gremial de Ginecólogos Obstetras de la Provincia de Ñuble y otros".

