

Francisco Agüero Vargas

Centro de Regulación y Competencia

Facultad de Derecho, Universidad de Chile

Paralelismo Consciente



Centro de Regulación y Competencia • Facultad de Derecho • Universidad de Chile

Esquema

- Legislación .CL
 - Aspectos económicos
 - El Derecho
- Paralelismo consciente
- Intercambio de información

DL 211 (Ley 20361)

- *Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia o que tienden a producir dichos efectos, los siguientes:*
- *a) Los acuerdos expresos o **tácitos entre competidores, o las prácticas concertadas entre ellos, que les confieran poder de mercado***
 - *"entre competidores" (antes, entre agentes económicos)*
 - *Oligopolios*

Mensaje Ley 19610

- *La ley parte de una prohibición general de todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o concientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o puede producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia, en todo o parte, del mercado nacional. Se prohíben, entonces, las prácticas originadas en acuerdos, decisiones o recomendaciones.*

Pero, ¿por qué hablar de esto?

Política de precios de Farmacias Cruz Verde, seguimiento de precios y paralelismo consciente como una explicación alternativa a la concertación de precios sostenida por la FNE en el mercado farmacéutico

Enero 2010

Aspectos Económicos

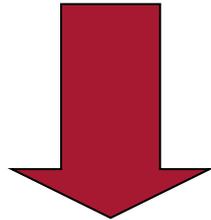
¿Cuándo hay colusión?

- Concepto:
 - *Cuando existe un acuerdo entre dos o más empresas, que fija precios, cantidades u otros aspectos en los que ellas compiten.*
- Tipos de acuerdos colusivos:
 - Carteles: acuerdos que implican negociaciones y un acuerdo explícito entre las empresas involucradas
 - Existen casos en que no hay negociaciones, sino que hay intercambios de información que permiten un acuerdo implícito entre competidores
 - Colusión tácita: *incluso sin comunicación, las empresas reconocen interdependencia mutua, lo que afecta la competencia*

Disyuntiva *enforcement*

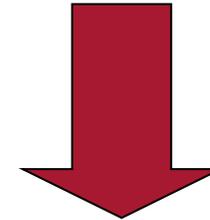
Colusión

Perseguir la colusión tácita



Elevado riesgo de errores tipo I
(efecto en la economía en general)

Perseguir sólo la colusión explícita



Elevado riesgo de errores tipo II
(dejo *libres* a los *tácitos*)

Paralelismo no es suficiente

- *"La conducta en los negocios es admisible como prueba circunstancial de la que, teniendo en cuenta las circunstancias, se puede inferir la existencia de un acuerdo.... Pero, **esta Corte nunca ha sostenido que la prueba del comportamiento paralelo en los negocios sea concluyente para establecer que se está en presencia de un acuerdo ..."***
 - *Theatre Enterprises v. Paramount Film Distributing Corp., 1954*

Paralelismo consciente no es per se ilegal

- *"Tacit collusion, sometimes called oligopolistic price coordination or conscious parallelism, describes the process, **not in itself unlawful**, by which firms in a concentrated market might in effect share monopoly power, setting their prices at a profit-maximizing, supracompetitive level by recognizing their shared economic interests and their interdependence with respect to price and output decisions".*
 - Brooke Group v. Brown & Williamson Tobacco Corp, 509 US 209, 227 (1003), Bell Atl. Corp. v. Twombly, 127 S.Ct. 1955, 1964 (2007)

Algunos problemas

- Primer problema: Nomenclatura
 - Economistas hablan de colusión tácita para referirse al paralelismo consciente o interdependencia oligopolística
 - Paralelismo consciente o interdependencia oligopolística
 - Equilibrio de Nash: Equilibrio que adoptan las firmas teniendo en consideración lo que hacen los demás
- En principio, no podemos castigar a las firmas por adoptar las decisiones óptimas dado lo que están haciendo los demás
 - Si podemos tenerlos en consideración para negar la autorización a una fusión (política pública vs. derecho infraccional)
 - *Cfr. SMU 2012*

Juez Stephen Breyer

- *"Courts have noted that the Sherman Act prohibits agreements, and they have almost uniformly held, at least in the pricing area, that... individual pricing decisions (**even when each firm rests its own decision upon its belief that competitors will do the same**) do not constitute an unlawful agreement under Section 1 of the Sherman Act. That is not because such pricing is desirable (it is not), but because it is close to impossible to devise a judicially enforceable remedy for 'interdependent' pricing. **How does one order a firm to set its prices without regard to the likely reactions of its competitors?"***
 - *Clamp-All Corp. v. Cast Iron Soil Pipe Institute, 851 F.2d 478, 484 (1988)*

Empresas interactúan en mercado

- Si empresas interactúan en un mercado infinitas veces, pueden:
 - Aprender a coordinar sus estrategias
 - Amenazar con castigos si hay desvío del acuerdo
 - Entender que no compensa desviarse hoy del acuerdo (para obtener ganancias), si en el largo plazo se renuncia a beneficios económicos de cartelizarse

Modelo de juego de colusión (1)

- Dilema del prisionero
 - Primer juego dilema del prisionero: equilibrio de Nash implica que ambas partes “hacen trampa” (fijan un precio más bajo al del acuerdo)
 - Esto implica que un acuerdo colusivo no podría sostenerse (siempre haría trampa)
- Pero relaciones en mercados no son usualmente de “un disparo” sino que son normalmente repetidas (*juegos repetidos*)

Modelo de juego de colusión (2)

- En juegos repetidos, las decisiones que tomo hoy, se influncian de las decisiones que tomaría en el futuro
 - Si la cooperación hoy es consecuencia de una evocación a cooperación futura, una estrategia posible es cooperar fijando precios altos, pero si un rival baja los precios en algún momento, bajo mis precios por uno o más períodos.
 - Así, la baja de precios es un castigo al “error” de mi competidor de mantener el acuerdo de precios
 - Si ambas empresas adoptan esa estrategia, puede haber un principio de cooperación

D Turner / R Posner

- Donald Turner (1962):
 - Atendido lo anterior, olvidémonos de los oligopolios en antitrust.
 - No se puede sancionar a alguien por hacer lo que más le conviene
 - Si hay problemas estructurales, soluciones estructurales: control de fusiones
- R Posner: Regla *per se* y requisito de existencia de acuerdo, ha llevado a que derecho de la competencia sobre acuerdos horizontales carezca de contenido económico

SCOTUS *Twombly* (2007)

- *It makes sense to say, therefore, that an allegation of parallel conduct and a bare assertion of conspiracy will not suffice. Without more, parallel conduct does not suggest conspiracy, and a conclusory allegation of agreement at some unidentified point does not supply facts adequate to show illegality. Hence, when allegations of parallel conduct are set out in order to make a §1 claim, they must be placed in a context that raises a suggestion of a preceding agreement, not merely parallel conduct that could just as well be independent action*
 - *Bell Atlantic Co. v. Twombly et al. (2007)*

TDLC: SMU (1)(2012)

- *el riesgo de efectos coordinados no sólo se refiere al de **colusión expresa o tácita** entre las empresas que participan en el mercado relevante, que en general serían ilícitas, sino que también a **un concepto más amplio de comportamientos coordinados que es el que surge de la interacción repetida entre empresas, sin que exista necesariamente un acuerdo de cooperación entre éstas, es decir, una coordinación que surja de la mera interdependencia oligopolística.** Ambos tipos de comportamiento -sea colusión, sea interdependencia oligopolística- pueden elevar los precios y llevarlos incluso hasta el mismo nivel, poniendo en riesgo el correcto funcionamiento de los mercados.*

TDLC: SMU (2)(2012)

- diversas conductas coordinadas no se podrán castigar, ya sea porque se adoptan a través de la interdependencia oligopolística o porque aún siendo casos de colusión, son difíciles de detectar
- la conciencia de esta interdependencia lleva a que... las firmas incorporen las respuestas de los otros competidores en las consecuencias de sus acciones. Así, y en especial en casos en que las firmas compiten en forma repetida, esta interacción estratégica puede derivar en que sea posible sostener coordinadamente un precio mayor al que las firmas habrían fijado sin esa capacidad de coordinación.

Las súper-preguntas

- ¿Cómo distinguimos la competencia de la colusión (sin “prueba directa”)?
- ¿Cuánta coordinación en precios constituye un acuerdo o práctica concertada (PC)?
 - Si la prueba directa no permite acreditar un acuerdo o PC, ¿puede legítimamente concluirse a partir de hechos conocidos que otra conducta (no directamente observable) sí ocurrió, la que sí cumpla con el requisito de acuerdo o PC?
 - Es decir, **¿puedo probar con presunciones?**

Si hay “prueba directa”...

- Con prueba directa, el tema no es problema
 - Con mayor uso de prueba directa, posible aumento de acusaciones de colusión tácita
 - Con prueba directa, malamente hay “explicación alternativa” a colusión
 - Hay práctica concertada si la coordinación es la *única explicación plausible* a conducta paralela en mercado, compatible con autonomía empresarial
 - Certeza que iría *más allá de toda duda razonable*
 - Bastaría dar una “explicación alternativa” a los hechos acreditados (*Rheinzink*)

El Derecho

¿Qué es “acuerdo”?

- Sherman Act, 1890, § 1
 - *"Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal."*
- Corte Suprema EEUU (*Monsanto*, 1984)
 - *"[A] conscious commitment to a common scheme designed to achieve an unlawful objective"*
 - Es decir, es consciente
 - ¿Inconsciente?

Acuerdo

- Office of Fair Trading (UK)
 - El hecho que una parte no haya tenido más que una participación limitada en la formación del acuerdo, o que no esté completamente comprometida a su implementación, o que pueda haber participado en él sólo bajo presión de otras partes, no significa que ella no es parte del acuerdo (aunque estos hechos pueden ser considerados al decidir el monto de la sanción pecuniaria).

Acuerdo

- OFT toma en consideración los siguientes factores (a modo ilustrativo):
 - “[S]i las partes entraron o no en una cooperación práctica concientemente o a sabiendas (*knowingly*);
 - Si el comportamiento en el mercado es influenciado como resultado de contactos directos o indirectos entre empresas;
 - Si el comportamiento paralelo es el resultado de un contacto entre empresas que de lugar a condiciones de competencia que no corresponden a las condiciones normales del mercado;
 - La estructura del mercado relevante y la naturaleza del producto involucrado;
 - El número de empresas en el mercado y, cuando hay solo pocas empresas, si éstas tienen una estructura de costos y resultados similares”.

Significado de la § 1

- § 1 = "Acuerdo"
 - Expreso o implícito
 - Paralelismo consciente no es suficiente para sancionar
 - Una lectura moderna puede ser que "*cada acuerdo en los que los efectos anticompetitivos superan los efectos pro-competitivos del acuerdo es ilícito*"
 - Regla general: *rule of reason* o regla de la razón:
 - el demandante debe probar que existe un efecto anticompetitivo a un mercado relevante

Problema de ROR

- *"Rule of reason entails massive discovery, lengthy trial, and ample expert testimony that what the defendant did had or did not have legitimate business purposes that do or do not outweigh the anticompetitive effects. Rule of reason means the government must spend more resources per case, hence can bring fewer cases."*
 - Albert Foer (1999)
- Para ciertos acuerdos, se presume la ilicitud
 - Fijación "pura" de precios, reparto de mercados, etc.
 - *naked agreements* o *hard core cartels* (acuerdos que, por definición, tiene aptitud objetiva para producir un efecto anticompetitivo)

Regla *per se*

- *Per se* rules always contain a degree of arbitrariness. They are justified on the assumption that the gains from imposition of the rule will far outweigh the losses and that significant administrative advantages will result. In other words, the potential competitive harm plus the administrative costs of determining in what particular situations the practice may be harmful must far outweigh the benefits that may result. If the potential benefits in the aggregate are outweighed to this degree, then they are simply not worth identifying in individual cases
 - *United States v. Container Corporation of America*

Pero hay matices...

- En Derecho comparado la regla de la razón se aplica también conforme a versiones matizadas como el *quick look analysis* que la acercan a la regla *per se*, evitando que demandante deba realizar un análisis completo de mercado relevante y que deba argumentar y probar efectos anti-competitivos
- Mayor flexibilidad de este método se debe a que su aplicación se centra en conductas que, si bien son casi siempre anticompetitivas, pueden, bajo ciertas circunstancias, llegar a tener una explicación basada en la eficiencia
 - Análisis *quick look* no obliga a demandante a hacer un análisis completo de MR; poder de mercado se presume a partir de propia conducta
 - La principal diferencia con la regla *per se* es que bajo el análisis *quick look* el o los demandados sí pueden argumentar y acreditar que existen razones legítimas de negocios y de eficiencia que exculpan la conducta infraccional *prima facie*

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, Art. 101.1

- (ex art. 81 TCE, ex art. 85, Tratado de Roma)
- 1. Serán incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las **prácticas concertadas** que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior y, en particular, los que consistan en:
 - fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción;
 - limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones;
 - repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento;
 - (...)

ECJ *Woodpulp II*

- “[P]arallel conduct cannot be regarded as furnishing proof of concertation unless concertation constitutes the only plausible explanation for such conduct. It is necessary to bear in mind that, although Article 85 of the Treaty prohibits any form of collusion which distorts competition, it does not deprive economic operators of the right to adapt themselves intelligently to the existing and anticipated conduct of their competitors.”

TDLC *Agencias Navieras*

- Denuncia de Asociación de Exportadores de Chile A.G. (Asoex) ante la Comisión Resolutiva, en contra de 6 agencias navieras
 - Se habrían impuesto concertadamente cobros sin justificación legal ni económica como requisito para embarque de las mercaderías (2002)

TDLC *Agencias Navieras*

- *“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**”*

CS Agencias Navieras

- *los cargos formulados no lograron ser establecidos ni probados, desde que el mencionado artículo 3º letra c) ... establece una serie de actuaciones que deben ser voluntarias o dolosas, esto es, que tengan la intención de provocar determinado resultado... la lectura y análisis de los diversos antecedentes y probanzas del expediente, sólo podría **permitir formular meras hipótesis de colusiones tácitas entre las denunciadas, pero en ningún caso extraer conclusiones definitivas**, que es lo que se necesitaría para poder tipificar un hecho descrito en la norma legal y producto de ello imponer sanciones*

CS Agencias Navieras

- *no puede olvidarse de que de los elementos esenciales que explican lo anterior, **la similitud de precios encuentra su justificación en el hecho de tratarse de actividades y servicios de naturaleza similar y en algunos casos idéntica, que demandan por ende, un compromiso similar de recursos, no constituyendo ello algo sospechoso o novedoso.***
- *en lo que dice relación con la simultaneidad en el inicio de los cobros objetados, **tampoco puede obviarse que la relación entre las agencias requeridas es altamente competitiva por lo que las modalidades del mercado y naturaleza de los servicios son rápidamente imitadas e internalizadas por sus competidores***”.

T Menchaca (2011)

- *En nuestro concepto, el PARALELISMO CONSCIENTE, o el hecho que un agente del mercado, en un mercado oligopólico, tome sus decisiones considerando lo que estima que harán sus competidores, llegando a lo que la doctrina económica ha denominado "equilibrio de Nash", en virtud de un juego no cooperativo, no es por sí sólo ilícito, ni puede considerarse un caso de colusión, ni aun tácita, pues es de la esencia de la colusión la existencia de un acuerdo (expreso o tácito)*
- Para probar un acuerdo por medio de indicios o presunciones, estos deben llevar directa y unívocamente a la conclusión de que existió un acuerdo
 - Chile: Casos Oxígeno e Isapres

Intercambio de información

- AGs (y empresas) recolectan información de interés común acerca de su industria y su difusión entre miembros, a objeto de proporcionar, de forma eficiente y rápida (*vis-a-vis* que c/uno lo hiciera por sí solo), información pertinente acerca del funcionamiento de la industria o del sector de la actividad económica a la que pertenecen
 - El intercambio de información entre competidores que se da en una AG no es una práctica habitual entre agentes económicos que compiten en un mercado

Riesgo de coordinación

- Puede facilitar acuerdo o concertación de prácticas entre competidores que son parte de la AG, brindando un sistema de monitoreo recíproco a los participantes del acuerdo
- Intercambio puede aumentar la transparencia del mercado hasta el punto que, aún sin una coordinación entre los competidores, la *incertidumbre disminuye y el proceso de toma de decisiones independientes de los agentes económicos se ve afectado*, deteriorando de este modo el nivel de competencia en el mercado

Guía de Concentración FNE 2006

- “[el] flujo de información de competidores existentes en el mercado, que pueda facilitar el monitoreo recíproco, lo que puede verse facilitado, por ejemplo, por la existencia de asociaciones gremiales o sociedades de que formen parte competidores (especialmente las que posean y/o administren insumos o infraestructuras esenciales).”
- *Guía 2012: efectos coordinados*
 - “El flujo de información de competidores existentes en el mercado, así como las características y nivel de detalle de las mismas”

Guía de Concentración FNE 2012

- *Existen diversas formas de coordinación. Ella puede ser, por ejemplo, explícita o implícita, o simplemente una conducta paralela que no responde a un entendimiento previo entre las empresas. Esto implica que los efectos coordinados en materia de operaciones de concentración incluyen conductas que no necesariamente serían reprochables por el derecho de la competencia en otros escenarios.*

Información

- Cuando los productos son relativamente homogéneos y las empresas compiten a través de otras variables, los riesgos de tales intercambios de información se acrecientan...
- **Información comercial sensible**
 - *«toda aquella información relativa a políticas de precios (precios actuales o futuros), estructuras de costos, volúmenes de producción, planes de expansión e inversiones, políticas de importaciones, participaciones de mercado de los miembros de una industria o sector, listas de clientes, políticas de descuentos, términos y condiciones de pago, estrategias comerciales, y técnicas para el diseño y contenido de las ofertas o propuestas para licitaciones futuras, entre otras»*

Derecho europeo (o)

- La información alimenta el proceso de información, transparentando el mercado para vendedores y compradores.
- **«Lado oscuro de la transparencia»**
 - puede facilitar la creación de carteles, ya que si se intercambia información específica entre las firmas, lo más probable es que esto genere colusión, sobre todo si es dentro de un mercado con alto grado de concentración

Doctrina: T. Lorca

- *Un sistema de intercambio de información consiste en acuerdos alcanzados por distintas empresas, normalmente pertenecientes al mismo sector, en cuya virtud éstas convienen proporcionar de manera periódica información propia, bien directamente entre ellas, o bien a través de un organismo común responsable de recopilarla y difundirla entre los participantes.*

Derecho europeo (1)

- Comisión Europea ha establecido que el intercambio de información entre competidores no es sancionable *per se*
- Sólo atentará con competencia cuando se trate de cierta información - por lo general sensible - que esté entregada de una forma determinada; generalmente información actual y de forma individualizada, y que se trate de cierto tipo de mercado: *uno altamente concentrado*.

Derecho europeo (2)

- En el resto de los casos, es decir, si se trata de una información no sensible (no referente al precio, a las órdenes o entregas, o cualquier otra que pudiera limitar la competencia), entregada de tal forma que no se pueda distinguir a qué empresa corresponden los datos y se trate de un mercado competitivo, dicho traspaso de información *puede, incluso, llegar a fomentar la competencia.*

Derecho europeo (3)

- En este contexto se entiende que existe una *concertación* en la medida que las empresas no determinan de forma autónoma la política a llevar dentro del mercado interior y las condiciones de oferta:
 - *Cuando una empresa recibe información estratégica de un competidor, normalmente se supone que han aceptado dicha información y adaptado su comportamiento en el mercado en consecuencia, a menos que justifique que no deseaba recibir dichos datos*

Derecho europeo (4)

- El tipo de información intercambiada también juega un rol fundamental, pues debe ser capaz de desequilibrar el mercado disminuyendo la competencia.
 - Estaremos frente a uno de estos casos, cuando la información verse sobre datos estratégicos, tales como aquellos relativos al precio (precios actuales, descuentos, aumentos, reducción o descuentos), información del consumidor, costos de producción, cantidades, calidad, volúmenes de negocios, ventas, capacidad, planes de mercado, riesgos, inversiones, tecnologías, programas de investigación y desarrollo y resultados.

Ácidos grasos, 1986

- La Comisión afirmó que no existían problemas importantes al intercambio de información estadística a través de asociaciones comerciales o agencias informativas, incluso si suministran un desglose de las cifras, por ejemplo por país o por producto, en la medida en que la información comunicada no permita la identificación de empresas individuales.

UK Agricultural Tractor Registration Exchange, 1992

- Acuerdo contrario al competencia pues eliminaba la incertidumbre del mercado y aumentaba los obstáculos de acceso para los no miembros del mercado.
- Este fue el primer caso de prohibición de información no relativa al intercambio de precios; y se condenó por el potencial efecto restrictivo de la competencia

Requerimiento Agrosuper *et al*

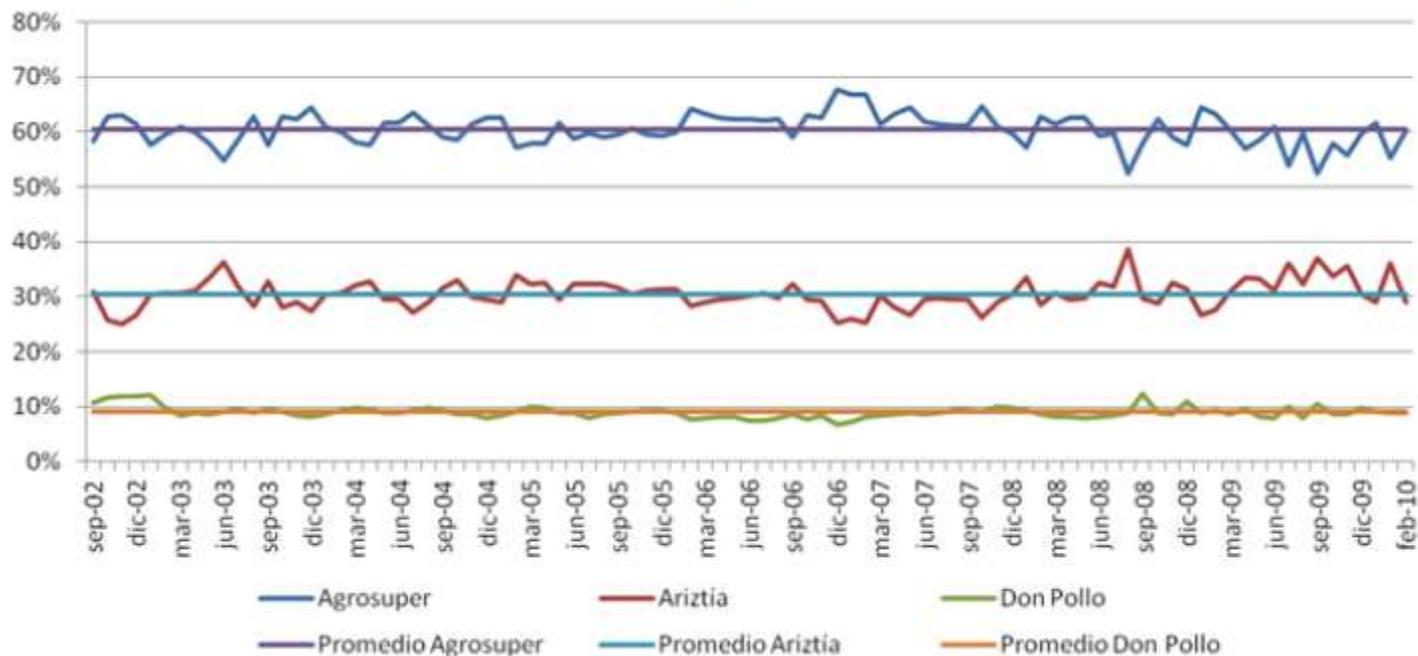
- APA cumple siguientes funciones y acciones:
 - (i) confeccionar las proyecciones de demanda de carne de pollo *en base a información entregada por las productoras*
 - (ii) remitir el detalle de las *cargas* asignadas a cada una de ellas para todo el año
 - (iii) monitorear acuerdo adoptado informando lo realmente comercializado por cada empresa semana a semana
 - (iv) coordinar posibles ajustes en cargas de Agrosuper, Ariztía y Don Pollo

Requerimiento Agrosuper *et al*

- *"acuerdo ha podido ser efectivamente monitoreado gracias al permanente intercambio de información entre las Empresas Productoras Requeridas, bajo el alero de la APA., las Empresas Productoras Requeridas han entregado e intercambiado **información sensible, estratégica y detallada de su negocio**, enviando semanal y mensualmente a la APA, antecedentes relativos a:*
 - *- Ventas por cortes en unidades, kilos y valores;*
 - *- Exportaciones, en kilos y valores; y,*
 - *- Stocks de productos congelados, tanto nacional como destinado a la exportación"*

Requerimiento Agrosuper *et al*

Gráfico N° 1
Participación por empresa en base a la producción conjunta (Kilos Vara)
Septiembre 2002 a Febrero 2010



Fuente: FNE, con base en información recabada durante la investigación Rol 1752-10 FNE.

Requerimiento Agrosuper *et al*

- *La formación y mantenimiento del cartel que integran las Empresas Productoras Requeridas ha sido posible gracias a la coordinación de la APA. Las conversaciones y comunicaciones sobre proyecciones de cantidades y futuras estrategias de negocio llevadas a cabo en el seno de la asociación, y orquestados por ésta, llevaron a acuerdos o entendimientos que transgreden el derecho de la libre competencia.*

Licitaciones espectro EEUU

- FCC usa licitación inglesa sucesiva que asigna espectro (licencias)
- Hay información que permite que oferentes se manden *mensajes* en sucesivas rondas o en otras subastas
- Esta estrategia puede facilitar coordinación / *retaliación*

Señalización en licitación

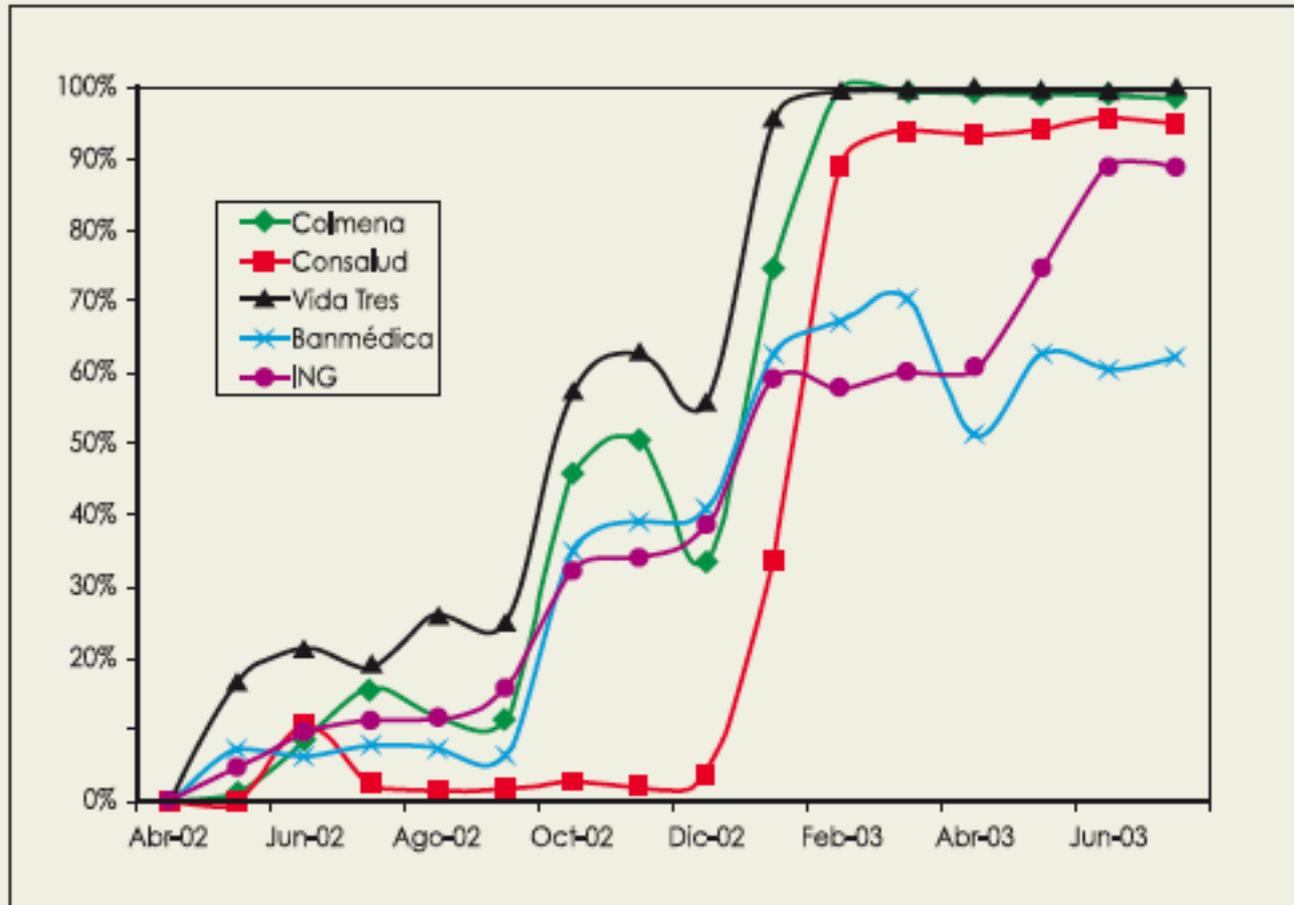
	Marshalltown, IA		Rochester, MN		Waterloo, IA		
	283 E		378 D		452 E		
Round	McLeod	USWest	McLeod	USWest	AT&T	McLeod	USWest
24	56,000					287,000	
...					
46				568,000			
52			689,000				
55				723,000			
58			795,000				
59				875,000			313,378
60						345,000	
62			963,000				
64		62,378		1,059,000			
65	69,000						
68					371,000		

Fuente: Cramton/Schwartz 2000

FNE c. Isapres (1)

- FNE acusó de colusión a cinco Isapres por el cambio paralelo de los planes de seguros de salud conforme al cual se dejó de ofrecer los planes 100-80 y se comenzaron a ofrecer planes 90-70, uniformando los contratos celebrados con sus afiliados

Isapres



Fuente: Agostini et al

FNE c. Isapres (1): mayoría

- *[E]n cuanto a la frecuencia de interacción de las empresas, se encuentra acreditado que, además de las sesiones de la Asociación de Isapres, dicha Asociación cuenta con un Comité Técnico y con diversas comisiones encargadas de determinar políticas financieras comunes, tales como la Comisión para el Control de Costos, que entre sus áreas de trabajo tenía precisamente la de "Fijar topes para reembolsos en efectivo" (fojas 2452, 2447). Además, existen otras instancias de coordinación entre las requeridas, tales como la "reunión de presidentes y gerentes"*

FNE c. Isapres (2): minoría

- *[E]stá demostrado (...) que entre las requeridas existen intercambios de información frecuentes y formalizados por medio de la Asociación Gremial que las reúne y en la que se adoptan con regularidad decisiones acerca de componentes de la oferta de las Isapres que, en un contexto de competencia, deberían ser tomadas en forma individual por cada una de ellas.*

FNE c. Isapres: CS

- *... no existen hechos probados que sirvan de indicios suficientes para acreditar que las requeridas actuaron concertadamente. La sentencia lo concluye del único hecho acreditado, cual es, que en las primeras etapas de la licitación las empresas de autos ofrecieron precios muy superiores al precio que cobraban a los hospitales antes de dicho proceso.... Comienza entonces un análisis de las distintas hipótesis posibles, y concluye que la más plausible es la teoría de la colusión, lo que por cierto es del todo insuficiente para poder determinar fehacientemente su existencia...”.*
- *aún cuando se estimara que efectivamente a todas las empresas les convenía que el proceso de licitación fracasara, ello por sí solo ... no comprueba que existió [colusión]”.*

CS Isapres

- 4º) ... la sentencia objetada, fija acertadamente, a juicio de esta Corte, las condiciones que deben concurrir para sancionar una conducta como la denunciada, al indicar que **debe acreditarse la existencia de un acuerdo entre competidores**, su incidencia en algún elemento relevante de competencia; y que él permita a sus participantes abusar del poder de mercado que por su intermedio puedan alcanzar, mantener o incrementar, precisando que si bien la cobertura de carátula es sólo uno de los elementos que componen un plan de salud, nada obsta a que las requeridas hubieren podido coludirse en sólo uno de tales elementos y que de acreditarse su existencia, dicha conducta sería contraria a la libre competencia;

CS Isapres

- **7º) Que, sin embargo, el análisis que en lo sucesivo efectúa el fallo que se revisa está constituido por una serie de hipótesis y suposiciones marcadas por la incertidumbre de los razonamientos y por una constante fluctuación de los pareceres. Así, se señala que tales barreras de entrada otorgaron a los competidores actuales una ventaja competitiva que “permitiría” establecer como una hipótesis plausible la existencia de la colusión reprochada (consideración sexagésima quinta); que “sería” posible atribuir a las requeridas una posición dominante conjunta en el mercado (fundamento sexagésimo sexto); que en éste se aprecia una serie de factores que “podrían” ser compatibles con un acuerdo colusorio (motivación sexagésima novena), añadiendo en los razonamientos septuagésimo cuarto y septuagésimo quinto, empero, “que concurren otros factores que podrían descartar” la existencia de la concertación aludida (así, las diferentes participaciones de mercado de las requeridas en los distintos tramos de ingresos de cotizantes, que “podrían” desincentivar su participación en el mentado acuerdo, y la existencia de información de fácil acceso para el conjunto de las requeridas, que “haría” posible un paralelismo como el descrito). Enseguida, expresa que la cobertura de carátula “podría” ser un elemento muy importante al momento de elegir un plan de salud, lo que “hace posible que pueda existir” un acuerdo solo a su respecto, no obstante lo cual, la existencia de numerosos planes y de diversos elementos que determinan la cobertura efectiva, “indudablemente dificultan la implementabilidad y monitoreo” de su cumplimiento (reflexión septuagésima séptima), pese a lo cual en el basamento siguiente añade que un acuerdo relativo a solo un atributo del plan de salud puede ser mutuamente beneficioso para las requeridas, precisando que de referirse él a la cobertura de carátula, se “favorecería el monitoreo” de su cumplimiento;**

CS Isapres

- 9º) *Que continuando con el examen de los antecedentes, el fallo expresa, enseguida, que en autos "no hay prueba de que lo que ocurrió haya sido consecuencia de una interdependencia oligopolística, pero que tampoco la hay suficiente de que haya ocurrido la hipótesis contraria", esto es, que la Isapres se hayan coludido y que, "pese a estimar posible que las requeridas se hayan coludido", no se ha formado convicción suficiente sobre este punto (reflexión centésima decimasexta);*

CS Isapres

- *11º) Que las disquisiciones citadas en los cuatro fundamentos que anteceden, aparecen revestidas de una imprecisión y de una falta de certeza impropia de los razonamientos que deben fundar las resoluciones que adopten jueces de la República. En efecto, tales declaraciones resultan vagas, equívocas, contradictorias y poco esclarecedoras al momento de definir si, efectivamente, existe el acuerdo colusorio denunciado en autos. No basta con mencionar la concurrencia de elementos que, eventualmente, podrían servir para establecer ese punto de hecho, sino que es preciso determinar certeramente si ellos acreditan o no dicha circunstancia.*

CS Isapres

- 12º) *Que dicha convicción se echa de menos en el fallo que se examina, el que, por el contrario, discurre en torno a potencialidades inciertas que podrían conducir en un sentido o en otro, lo que obliga a desestimar sus fundamentos y lleva a esta Corte a dejar establecido, con claridad y certeza, **que los medios de prueba agregados al proceso son insuficientes para demostrar la existencia de la colusión imputada por la Fiscalía Nacional Económica a las Isapres requeridas;***

CS Isapres

- *15º) Que, de esta manera, aparece con nitidez que la prueba de presunciones con que se pretende demostrar la existencia de la colusión de que se trata, no es directa puesto que el hecho a que se refiere puede ser explicado por diversas razones. Sin embargo, para que la probanza en cuestión pueda producir pleno valor probatorio, es menester que reúna la indicada exigencia de ser directa, y como ello no sucede en la especie, forzoso es concluir que resulta inhábil para demostrar la mentada concertación;*

CS Isapres

- *16º) Que, en estas condiciones, sólo cabe afirmar que la concurrencia de más de una hipótesis para explicar la conducta reprochada impide a esta Corte arribar a una conclusión indubitada en cuanto a la colusión que, se dice, habría regido la sustitución de la cobertura de carátula de los planes de salud; motivo por el cual, al no haberse adquirido la plena convicción de que tal situación legalmente reprochable se produjo, el recurso de reclamación no puede prosperar y debe ser rechazado.*