

Materiales de
DERECHO Y POLÍTICA DE LA COMPETENCIA:
COLUSIÓN TÁCITA Y PARALELISMO
CONSCIENTE

FACULTAD DE DERECHO, UNIVERSIDAD DE CHILE

Materiales elaborados por Francisco Agüero

2013

Sentencia TDLC N° 38/2006, rol C 12-04

Investigación de oficio en denuncia de Asoex y requerimiento de la FNE contra Ultramar y otros (“Navieras”)

Vigésimo Tercero: Que a fojas 127 la Asociación de Exportadores de Chile A.G. (Asoex) presenta denuncia ante la H. Comisión Resolutiva, en contra de las agencias de naves Ultramar, Agunsa, SAAM, Ian Taylor, A.J. Broom y Marítima Valparaíso – Chile S.A., basada en cobros que éstas habrían implementado, actuando concertadamente, a partir del mes de abril de 2002. Dichos cobros, denominados a través de expresiones similares a “Servicios Documentales Integrales” se originarían por un “visto bueno en el Documento Único de Salida (DUS)”, documento electrónico que reemplazó en 2001 a la “Orden de Embarque”, documento a su vez necesario para embarcar mercadería. El DUS es un mensaje electrónico en que el exportador manifiesta su intención de exportar ante el Servicio Nacional de Aduanas. El denunciante considera que el cobro por este visto bueno es un acto contrario a la libre competencia, pues las empresas denunciadas aplican tarifas injustificadas, y muy cercanas entre sí. (...)

Trigésimo Segundo: Que, respecto de los hechos denunciados, ha quedado acreditado en autos que las cinco agencias de naves requeridas iniciaron el cobro de los “Servicios Documentales Integrales” entre los meses de marzo y abril de 2002. Con anterioridad a esa fecha, tales empresas realizaban las funciones documentales propias del servicio de transporte ofrecido por cuenta de los navieros sin cobro; y ofrecían servicios documentales específicos, como correcciones a la documentación de embarque una vez zarpado el buque, con tarifas determinadas. De acuerdo a lo declarado por las requeridas, el nuevo cobro de “Servicios Documentales Integrales” se habría diseñado como una alternativa a ofrecer a los exportadores que solicitaban una mayor cantidad de correcciones a la documentación de embarque. De este modo, según las requeridas, las empresas exportadoras podrían elegir entre no contratar los nuevos servicios ofrecidos y solicitar, en caso de ser necesario, correcciones puntuales que tienen asociado un cobro por corrección, o bien solicitar los nuevos “Servicios Documentales Integrales”. En el primer caso, si no se requiere realizar ninguna corrección a la documentación necesaria para realizar la exportación, no sería necesario ningún pago, de acuerdo a lo afirmado por las requeridas; (...)

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. Cabe recordar, tal como se expresó precedentemente, que un exportador no contrata a un agente de naves; el exportador contrata servicios de transporte marítimo con una naviera determinada, la que es representada por sólo un agente de naves de su elección, con el que debe tratar el exportador. Por lo tanto, una vez tomada la decisión de contratar a una naviera, el exportador queda cautivo de la agencia de naves correspondiente; (...)

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.

Trigésimo Séptimo: Que, para determinar si las conductas analizadas, esto es la imposición concertada de estos cobros, son reprochables desde el punto de vista de la libre competencia,

es necesario calificar si es posible afirmar que las agencias de naves requeridas se coludieron y si cometieron un abuso de posición dominante;

Trigésimo Octavo: Que, para que pueda configurarse la figura de colusión o 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. En un mercado de estas características, los consumidores se beneficiarían de la competencia existente en ausencia de colusión. En caso de existir colusión, el precio del bien o servicio aumenta artificialmente producto del acuerdo horizontal, lo que configura el ilícito reprochable;

Trigésimo Noveno: Que, en el otro extremo teórico, en un mercado en que los consumidores no tengan opciones reales de elegir entre distintos oferentes, la o las empresas proveedoras pueden cobrar precios superiores a los que se observarían en un mercado competitivo. La falta de amenaza de pérdida de sus clientes les conferiría esta posición dominante y la posibilidad de abusar de ella a través de precios excesivos, sin necesidad alguna de concertarse con las demás empresas en el mercado;

Cuadragésimo: Que, entonces, en principio se podría argumentar, tal como se hizo en estrados por parte de una de las requeridas, que la presencia de ambas figuras simultáneamente podría parecer incompatible. Es decir, el abuso de posición dominante no requeriría de concertación entre las distintas empresas. En el caso de autos, los agentes de naves compiten entre sí por la representación de las distintas compañías navieras, pero no compiten en la eventual prestación de servicios documentales integrales a los exportadores, pues estos últimos están obligados a tratar con la agencia de naves asociada a la compañía naviera con que se contrató el transporte marítimo. Por lo tanto, la conducta anticompetitiva que se configura en la presente causa es - al menos- la de abuso de posición dominante por parte de las agencias de naves;

Cuadragésimo Primero: Que, sin embargo, el caso de autos no está construido según extremos teóricos. Así, este Tribunal estima que la conducta individual abusiva se ve posibilitada, reforzada y agravada por el acuerdo al que habrían llegado las agencias de naves requeridas para cobrar a los exportadores las tarifas en discusión. Aún cuando las agencias de naves no compitan en cuanto a los servicios que prestan a los exportadores, pues la competencia en esta área se produce entre las navieras, sí compiten en el mercado de los servicios de agenciamiento ofrecidos a esas compañías navieras. Que, en este escenario, las agencias de nave no tendrían, individualmente consideradas, todos los incentivos para comenzar a aplicar, por cuenta propia, un cobro nuevo a los exportadores por cada cargamento embarcado, pues dicho nuevo cobro eventualmente podría motivar al exportador a cambiar de naviera, dado que las navieras sí compiten entre sí por conseguir contratos de transporte marítimo. Si este fuese el caso, no se podría configurar la figura de abuso de posición dominante, sin asegurar la existencia de barreras al cambio de naviera por parte del exportador;

Cuadragésimo Segundo: Que, en efecto, las mencionadas barreras se constituyen con dos elementos. En primer lugar, la tarifa que las agencias de naves cobran a los exportadores es una proporción muy pequeña del valor FOB de las exportaciones marítimas; de acuerdo a lo informado por la Fiscalía Nacional Económica a fojas 938, ascendería a un 0,03%. Sin duda, la incidencia de este costo reduce los incentivos de búsqueda de un menor precio por parte del exportador y dificulta que se cambie de naviera por un aumento en el cobro de la agencia de naves asociada. Así, cada agencia de nave adquiere, en forma natural, una posición dominante con respecto al exportador;

En segundo lugar, se observa que cinco agencias de naves importantes, que en conjunto manejan más del 70% de las exportaciones totales -como se analizará más adelante- realizan cobros muy similares y a partir de la misma fecha. Esto disminuye aún más los incentivos del exportador a cambiarse de compañía naviera, ya que la gran mayoría de las navieras competidoras están asociadas a agencias de naves que aplican los mismos cobros.

En resumen, existiendo una posición dominante pero de carácter no absoluto, se requirió reforzarla con un acuerdo colusorio;

Cuadragésimo Tercero: Que todo lo anterior ha llevado a este Tribunal a concluir que se configuró una concertación entre las agencias de naves requeridas para establecer de forma prácticamente simultánea el cobro de los "Servicios Documentales Integrales". Dicha concertación tendría como objetivo poder hacer sostenible el cobro de los "Servicios Documentales Integrales" en el tiempo, minimizando el riesgo de que los exportadores decidieran cambiarse a navieras cuyos agentes de naves no cobrarán por este concepto. Que, en lo que dice relación con la denunciada Marítima Valparaíso -Chile S.A., este Tribunal estima que a su respecto no se configura la conducta reprochada a que se refieren estos autos, por cuanto, según consta de los antecedentes, dicha agencia de naves no habría participado en la concertación antes mencionada pues los servicios documentales integrales o similares ofrecidos por ella se iniciaron con posterioridad y sus tarifas fueron sustancialmente menores que las cobradas por las agencias de naves requeridas

Reclamación Sentencia TDLC N° 38/2006, Corte Suprema rol 3395-2006

8º) Que como puede apreciarse de los razonamientos transcritos precedentemente del fallo reclamado los sentenciadores pretenden justificar un supuesto abuso de posición dominante y un acuerdo colusorio entre las agencias requeridas, fundándolos en la imposibilidad del exportador para cambiar de agencia, en que éstas no compiten entre sí, sino que lo hacen las navieras, y en que existirían barreras de cambio para negociar con otra naviera;

9º) Que la afirmación antes estampada no es compartida por esta Corte, pues los cargos formulados no lograron ser establecidos ni probados, desde que el mencionado artículo 3º letra c) del Decreto Ley N° 211 establece una serie de actuaciones que deben ser voluntarias o dolosas, esto es, que tengan la intención de provocar determinado resultado.

Por lo tanto, no puede comprender figuras en que la voluntad esté ajena, o sea el producto de actuaciones meramente coincidentes entre las distintas agencias, pues no puede sancionárseles por supuestas o presuntas "colusiones" como fue calificada la actuación de éstas por la propia Fiscalía Nacional Económica.

En efecto, 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;

10º) Que, revisado detenidamente el proceso, en concepto de esta Corte no existe prueba concluyente de la supuesta colusión que se les atribuye a las denunciadas, puesto que los

únicos indicios que consideran los sentenciadores son dos: a) la supuesta simultaneidad en el cobro; b) la similitud de precios cobrados por las distintas agencias requeridas. Sin embargo, el acto colusorio necesariamente requiere de dos elementos para configurarse: la voluntad de los partícipes y la decisión conjunta de adoptar la práctica viciosa, condiciones ambas cuya existencia no puede tenerse por demostrada por la simple concurrencia de las circunstancias ya señaladas (simultaneidad y homogeneidad de precios);

11º) Que 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;

12º) Que, 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; (...)

.....

Sentencia TDLC 43/2006, rol C 74-05

Requerimiento del Fiscal Nacional Económico en contra de Air Liquide Chile S.A. y otros (*"Oxígeno Líquido"*)

Cuadragésimo segundo: Que, en cuanto al fondo, corresponde a este Tribunal pronunciarse, tal como se ha señalado, acerca de dos grupos de conductas imputados por la Fiscalía a las requeridas. El primero de estos grupos de conductas es la realización de una concertación para repartirse el mercado que afectaría al de provisión de oxígeno líquido medicinal a hospitales del sistema público de salud, la que se expresaría, a su vez, en las siguientes conductas: determinación anticompetitiva del precio y su discriminación arbitraria, y dispersión de precios e imposición de precios muy por encima de los que pagaban otros clientes con niveles de consumo similares. El segundo grupo de conductas, ya se ha dicho, consiste en la realización de una práctica concertada para eliminar o restringir la libre competencia en el proceso de licitación de Cenabast para la provisión de oxígeno líquido al sistema de salud pública, del año 2004; (...)

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 serían 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. Ahora bien, para establecer la ocurrencia de estas conductas y juzgarlas debe ponderarse la evidencia material del acuerdo mismo o bien, según corresponda, los indicios o antecedentes que sean aptos, con arreglo a la valoración que haga el Tribunal, para establecer los hechos juzgados y sus circunstancias concomitantes. Lo anterior, a diferencia de lo que ocurre en los casos de abuso de posición dominante, o en los de procedimientos de control de operaciones de concentración entre empresas. En efecto, en estos dos últimos casos, es conveniente delimitar el mercado relevante, a fin de medir, respectivamente, si existe una posición de

dominio susceptible de abuso, o si las empresas que pretendan concentrarse alcanzarán o no tal posición; (...)

Quincuagésimo tercero: Que, por otra parte, en cuanto a las participaciones de mercado de las requeridas, cabe señalar que éstas son las únicas que proveen oxígeno líquido y gaseoso en Chile (aparte del oxígeno producido a través de plantas PSA). (...)

Quincuagésimo sexto: Que de los antecedentes que rolan en autos este Tribunal se ha formado la convicción de que los hospitales públicos se enfrentaban, antes del llamado a licitación de Cenabast, a un mercado opaco, con grandes asimetrías de información respecto de las alternativas y precios de oxígeno medicinal, y también respecto de los precios disponibles en el mercado del oxígeno industrial. Esta situación se veía agravada por los procedimientos poco eficientes utilizados por los hospitales para contratar el suministro de oxígeno. Como consecuencia de todo lo anterior, es posible apreciar, en la época previa a la licitación de Cenabast, una notoria dispersión de precios, además de grandes diferencias en las condiciones finalmente pactadas con los distintos proveedores por cada uno de los hospitales que a la fecha conformaban el sistema público de salud. Todas estas características, constitutivas de falta de transparencia en el mercado, han sido acreditadas en el expediente (...)

Quincuagésimo séptimo: Que, en efecto, los documentos reservados acompañados por la Fiscalía Nacional Económica (...) acreditan una importante variabilidad en los precios cobrados a distintos hospitales públicos, tanto entre las distintas compañías como dentro de cada compañía. A modo de ejemplo, si se consideran los diez hospitales públicos de mayor consumo, una empresa en particular cobró precios entre \$727/m³ y \$343/m³ en 2002. En ese mismo año, siempre considerando los diez hospitales públicos de mayor consumo atendidos por cada una de las requeridas, el menor precio por metro cúbico observado es de \$323, mientras que el máximo es de \$727. Los precios promedio ponderado, pagados por los diez hospitales públicos con mayor demanda de oxígeno líquido entre los años 2001 y 2004 fluctuaron entre los \$542,94/m³ y los \$364,99/m³, tal como se desprende del cuadro siguiente: (...)

Quincuagésimo noveno: Que, a juicio de este Tribunal, de la evidencia aportada por las partes al proceso no es posible concluir si la dispersión de precios observada antes de la licitación de Cenabast es expresión o efecto de una conducta concertada de las requeridas en orden a repartirse el mercado del oxígeno medicinal, o si, en cambio, no es más que una consecuencia natural de la opacidad antes referida y de la conjunción de diversos factores concomitantes, tales como, entre otros, (a) la ubicación geográfica de las plantas de producción de oxígeno en relación con la ubicación de los distintos hospitales (aun cuando no existe evidencia en autos de que, para todos los casos, exista necesariamente una correlación directa entre ambas ubicaciones y la dispersión observada); (b) la disímil duración de los contratos y de las relaciones cliente-proveedor; (c) las diferencias observadas en la capacidad de negociación de los distintos hospitales; (d) las diferentes condiciones de pago asociadas a cada cliente según su comportamiento histórico al respecto; y, (e) excedentes de producto disponible en planta al momento de firmar el contrato respectivo; circunstancias todas acerca de las cuales se han aportado abundantes antecedentes en autos. (...)

Sexagésimo primero: Que, en relación con la acusación de reparto de mercado, la Fiscalía ha señalado, en primer lugar, que en el año 2002, el Hospital de Llay-Llay compró a AGA 6.200 m³ de oxígeno gaseoso a \$2.346/m³; mientras que, en la misma región, el Hospital de Quilpué

compró a Air Liquide 5.400 m³ a \$1.099/m³. En su defensa, AGA argumentó que no ha vendido oxígeno al Hospital de Llay-Llay, y que este hospital compraba oxígeno a un revendedor, el señor Nelson Leroy, quien, a su vez, lo compraba a la empresa Sindigas Ltda., la que los adquiría de AGA en Los Andes. Por su parte, Air Liquide argumentó que el contrato con el Hospital de Quilpué comprendía el suministro de oxígeno líquido, anhídrido carbónico, aire medicinal, óxido nitroso y equipamiento medicinal; por lo que no era comparable con el Hospital de Llay-Llay, que era un cliente de menor tamaño. A lo anterior, debe sumarse que Air Liquide mantenía un contrato de suministro de oxígeno gaseoso para Hospitales Tipo 4 de todo el Servicio de Salud Viña del Mar. Por ello, la operación logística se encontraba en el límite de lo posible para los camiones y tráileres criogénicos existentes, por lo que incorporar a un nuevo hospital (como Llay-Llay) habría implicado incurrir en un aumento significativo de costos fijos. Al respecto, no consta en el expediente evidencia específica que permita a este Tribunal establecer las fechas de celebración de los contratos de suministro de oxígeno celebrados por el Hospital de Llay-Llay. Sin embargo, la propia acusación de la FNE sitúa los hechos denunciados en el año 2002, por lo que, a falta de otro antecedente, no cabe sino entender que opera respecto de las acciones que se derivan de tales hechos la prescripción extintiva correspondiente, de acuerdo con los criterios planteados precedentemente en esta sentencia; razón por la cual se desechará esta acusación;

Sexagésimo segundo: Que, siempre en relación con la acusación de reparto de mercado, la Fiscalía ha señalado, en segundo lugar, que el Hospital Félix Bulnes compró a Praxair 23.000 m³ de oxígeno gaseoso a \$1.500/m³; en circunstancias que el Hospital de Peñaflor compró a Indura 21.000 m³ a \$750/m³. Al respecto, Praxair argumentó que el precio promedio pagado por el Hospital Félix Bulnes para la adquisición de oxígeno gaseoso fue de \$1.093/m³. Si este precio era superior al de otros hospitales, era plenamente justificable, pues no existía contrato escrito y el hospital era muy mal pagador, entre otras razones. Por su parte, Indura argumentó que, de acuerdo a su información, el precio promedio para 2002 fue de \$608/m³ (y no \$750/m³) y que, en dicho año, el volumen sería de 24.188 m³ y no de 21.000 m³. Dado que, según lo establecido por este Tribunal en el considerando trigésimo séptimo, precedente, no opera la prescripción de acciones en relación a los contratos celebrados por Indura con el hospital de Peñaflor, corresponde analizar si la dispersión de precios que aquí imputa la FNE corresponde, evaluada en contexto, a una práctica concertada de reparto de mercado. A juicio de este Tribunal, si bien las imputadas mencionadas no probaron que tal dispersión de precios era consistente cuantitativamente con diferencias de costos, la FNE tampoco aportó antecedentes adicionales sólidos que permitan arribar a estos sentenciadores a la convicción en orden a que de la señalada dispersión debe desprenderse una práctica concertada de las requeridas;

Sexagésimo tercero: Que, ahora en relación con la acusación de determinación anticompetitiva del precio y su discriminación arbitraria, entendidas como expresión o efecto del reparto de mercado denunciado, la FNE ha dicho que, en 2002, AGA le vendió 18.400 m³ de oxígeno líquido al Instituto del Cáncer a un precio de \$680/m³, en circunstancias que cobró sólo \$447/m³, para un volumen similar, al Hospital San Luis de Buin. AGA argumentó que el precio cobrado al Hospital San Luis de Buin era resultado del proceso de licitación convocado por el Servicio de Salud Metropolitano Sur en 2000, que incluyó además a los Hospitales Barros Luco Trudeau, Centro de Diagnóstico Terapéutico Hospital Barros Luco Trudeau, Dr. Lucio Córdova y El Peral, con un consumo total de 340.000 m³ para el año 2002 (volumen más de 18 veces mayor que el consumo del Instituto Nacional del Cáncer). Dado que, según lo establecido por este Tribunal en el considerando trigésimo tercero, precedente, no opera la

prescripción de acciones en relación a los contratos celebrados por AGA con el Instituto del Cáncer, corresponde analizar si la dispersión de precios que aquí imputa la FNE, evaluada en contexto, revela o no una práctica concertada de reparto de mercado cuya expresión y efecto es la determinación anticompetitiva de precios y la discriminación de los mismos. A juicio de este Tribunal, si bien la imputada en este caso no probó que tal dispersión de precios era consistente cuantitativamente con diferencias de costos, la FNE tampoco aportó antecedentes adicionales sólidos que permitan arribar a estos sentenciadores a la convicción de que, de la determinación del precio y su discriminación, deba desprenderse una práctica concertada de las requeridas;

Sexagésimo cuarto: Que, siempre en relación con la imputación de determinación anticompetitiva del precio y su discriminación arbitraria, la FNE ha señalado también que Indura vendió 46.000 m³ de oxígeno líquido al Hospital Dr. Eduardo Pereira, de Valparaíso, a \$639/m³; y 39.500 m³ al Hospital San José de Maipo a \$379/m³. Indura alegó en su defensa que las cifras correctas son, para el caso del Hospital Dr. Eduardo Pereira, 49.269 m³ de oxígeno líquido a un precio medio de \$517/m³. Como ya se señaló, en 2002 Indura no vendió oxígeno líquido al Hospital San José de Maipo, y en el año 2003 se vendió conjuntamente a este hospital y al Hospital Sótero del Río. Dado que, según lo establecido por este Tribunal en el considerando trigésimo séptimo, precedente, una vez más no opera la prescripción de acciones en relación a los contratos celebrados por Indura con el Hospital Dr. Eduardo Pereira, debe analizarse si la dispersión de precios que aquí imputa la FNE corresponde, evaluada en contexto, a una práctica concertada de reparto de mercado, cuya expresión y efecto es la determinación anticompetitiva de precios y la discriminación de los mismos. A juicio de este Tribunal, los descargos presentados por la empresa acusada, parcialmente respaldados en autos, mediante el documento que rola a fs. 849 y siguientes del Tomo III del Cuaderno de Documentos de Indura, no son suficientes para persuadir a estos sentenciadores de que tal dispersión de precios era consistente cuantitativamente con diferencias de costos. Sin embargo, la FNE tampoco aportó antecedentes adicionales sólidos que permitan arribar a la convicción de que, de la determinación del precio y su discriminación, debe desprenderse una práctica concertada de las requeridas; (...)

Sexagésimo noveno: Que, al tenor de las consideraciones precedentes, es posible concluir que no existe evidencia ni indicios suficientes para acoger la pretensión de la FNE respecto del primer grupo de conductas que ha imputado a las requeridas como indicadoras de una práctica concertada de reparto de mercado, debiendo tenerse presente, sin embargo, que tales conductas, tal como se ha demostrado, se llevaron a cabo en el contexto de un mercado caracterizado por un elevado grado de opacidad que, sin duda, afectaba a los demandantes de oxígeno medicinal en el sector público de salud; y que, además, permitía a los oferentes en este mercado -y en su vecino, el del oxígeno industrial- extraer de sus clientes un excedente del consumidor superior al que podría haberse obtenido de los mismos en condiciones de mayor transparencia. Lo anterior, como se verá, es un elemento de juicio importante para el análisis del segundo grupo de conductas imputadas a las requeridas, esto es, la circunstancia de haberse coludido con el propósito de hacer fracasar, en su propio beneficio, la licitación convocada por Cenabast para, precisamente, poner término a las asimetrías de información que afectaban a los hospitales. Adicionalmente, debe tenerse también en cuenta que, tal como consta de los documentos que rolan a fs 188 y 189 del cuaderno de documentos que contiene los antecedentes remitido a este Tribunal por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia de la República Argentina, existen indicios de contactos e intercambios de información entre las empresas oferentes en estos mercados, orientados a aprovechar, con

algún grado de coordinación, las ventajas que el referido contexto de opacidad les proporcionaba. Esta modalidad de coordinación, por lo demás, presenta cierto arraigo en la industria, tal como se evidencia de la jurisprudencia europea de defensa de la competencia, que ha fallado en el pasado casos similares, sancionando conductas coordinadas de empresas relacionadas con las requeridas de autos. Así consta, por ejemplo, en la decisión COMP.37.600 de la Comisión Europea, de fecha 24 de julio de 2002 (que puede consultarse en:

http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/cases/index/by_nr_73.html#i36_700);

Septuagésimo: Que, ahora en lo que se refiere a los hechos acaecidos con motivo de la licitación de Cenabast (segundo grupo de conductas imputado por la Fiscalía), es necesario tener presente que, tal como se ha señalado en el considerando quincuagésimo séptimo precedente, los precios mínimos cobrados a los hospitales públicos en el período previo a la licitación de Cenabast eran, tal como se describirá a continuación, sustancialmente inferiores a los ofrecidos por las empresas en las primeras rondas de la licitación, y bastante próximos a los precios de referencia que contemplaba dicho proceso licitatorio. Lo anterior constituye, a juicio de este Tribunal, un primer indicio relevante para establecer si en esta licitación concurrieron o no los incentivos que, según la FNE, habrían llevado a los participantes a coordinar su comportamiento. Por esta razón, en los considerandos siguientes se analizará la manera en que se desarrolló la licitación, se contrastarán las imputaciones de la FNE con las explicaciones que han formulado en su defensa las requeridas para intentar demostrar la ausencia de tal coordinación para, de este modo, establecer si, en definitiva, es posible reprochar a éstas un comportamiento contrario a las normas del Decreto Ley N° 211;

Septuagésimo primero: Que, tal como consta en la parte expositiva de esta sentencia, la licitación convocada por Cenabast consistió en un remate a la baja o a la inversa (conocido como “remate inglés”), y su desarrollo fue el siguiente, según se acreditó en la descripción del proceso realizada por la Fiscalía Nacional Económica, no controvertida en autos y que, además, consta en la copia del Acta de Remate de Cenabast acompañada por la requirente a fojas 717 de autos: 1) En primer lugar y de acuerdo con las bases respectivas, las cuatro empresas requeridas presentaron sus ofertas económicas, para cada una de las zonas a licitar según las bases (Centro Extendida, Norte y Sur) en los siguientes términos: (...) 2) En segundo término, y luego de abiertas las ofertas económicas, se seleccionó a las tres empresas que ofrecieron los precios más bajos en cada zona, lo que se observa en el siguiente cuadro: (...) 3) A continuación, se realizó un remate a la baja entre los tres oferentes seleccionados para cada zona geográfica, comenzando por la Centro Extendida.

De acuerdo a las bases, Cenabast debía preguntar en primer término al licitante que ofreció el valor más alto si podía realizar una oferta al menos \$10 por debajo de la menor oferta seleccionada; y luego preguntar lo mismo al oferente con el segundo mayor valor, en caso de declinación del primero, o si ofrecía \$10 por debajo de la oferta anterior; y así sucesivamente.

De este modo, para la Zona Centro Extendida, Indura ofreció \$485/m³, esto es, \$10 por debajo del valor más bajo ofrecido por Praxair (\$495/m³); consultada AGA, declinó; consultada Praxair, ofreció \$475/m³; consultada nuevamente Indura, ofreció \$465/m³. Finalmente, Praxair declinó realizar una oferta más baja, quedando como mejor oferente Indura con \$465/m³.

4) Este mismo proceso se repitió para la Zona Norte, quedando como mejor oferente Air Liquide, con \$548/m³, y luego para la Zona Sur, quedando como mejor oferente Indura, con \$547/m³.

Cabe tener presente que Cenabast había registrado en una Notaría precios de referencia para cada una de las zonas, los que se consignan en el siguiente cuadro: (...)

5) Seguidamente, se preguntó a las empresas si estaban en condiciones de igualar los precios de referencia, incorporándose en esta etapa a aquellas que habían declinado en el remate. Para la Zona Centro Extendida, Indura, que fue consultada en primer lugar y que llegó con un valor de \$465, declinó igualar el precio de referencia de \$301.

Este hecho no puede dejar de destacarse, toda vez que, como se consignará más adelante, obra en autos un indicio inequívoco de que esta compañía tenía capacidad para suministrar rentablemente el producto a ese precio.

Por su parte, para dicha Zona Centro Extendida, Praxair, que había declinado en el remate a la baja mejorar la oferta de Indura por \$465, señaló que igualaba el precio de \$301.

Se procedió de la misma forma para las Zonas Sur y Norte

En la Zona Norte, Air Liquide, que fue consultada en primer lugar y que llegó con un valor de \$548, aceptó de inmediato igualar el precio de referencia de \$334.

En la Zona Sur, Indura, que fue consultada en primer lugar y que llegó con un valor de \$547, aceptó de inmediato igualar el precio de referencia de \$334. (...)

Septuagésimo segundo: Que del análisis del proceso descrito en el considerando anterior, de las ofertas de precios realizadas por las requeridas en el mismo, y de la información de precios cobrados por las empresas, señalada en el considerando quincuagésimo séptimo, puede afirmarse que se encuentra acreditado en autos que, en general y con la sola excepción de Praxair, los precios cobrados por las empresas a hospitales públicos por oxígeno líquido antes de la licitación, no eran mayores, y en muchos casos eran menores, a los ofrecidos en las primeras dos rondas de la licitación. Ello, a pesar de que las requeridas, con el objeto de justificar las diferencias entre los precios prevalecientes antes y después de la licitación, han argumentado que las condiciones establecidas por la Cenabast reducían costos e incertidumbre para los oferentes, por contemplar una asignación de plazo fijo por cinco años, con mayores volúmenes de venta, con una reducción importante en la probabilidad de mora, y sin exigir la provisión de estanques, entre otros factores. Así lo señalan Praxair a fojas 157 e Indura a fojas 266. Sólo el escrito de AGA de fojas 202 y el informe económico acompañado en esa misma presentación plantean que los términos de la licitación incluían “riesgos que era muy difícil cuantificar” (fs. 198). Sin embargo, AGA no se hace cargo de las ventajas en costos y riesgo que planteaba la licitación. Es importante hacer notar que el mismo informe, a fojas 197, indica que el hecho de no tener que proveer de algunos servicios anexos (estanques, obras civiles, centrales de respaldo y personal), le habría ahorrado a la empresa adjudicataria casi \$80 por metro cúbico;

Septuagésimo tercero: Que en relación al precio de referencia, este Tribunal considera que era esperable que fuera sustancialmente menor al que ya regía. De otra manera, Cenabast no habría gastado recursos en esta tan cuidadosamente preparada licitación. De hecho, y tal como lo menciona Praxair a fojas 1946, y sin haber sido contradicha por ninguna parte en autos, Cenabast reveló en una ronda de preguntas y respuestas llevada a cabo en el curso de una reunión sostenida el día 31 de agosto de 2004, que el precio de referencia iba a estar por debajo del menor precio cobrado a esa fecha a algún hospital público, precio que era de \$329/m³ de acuerdo a lo informado por Cenabast a fojas 623 y que era conocido por quienes participaron en la licitación;

Septuagésimo cuarto: Que cabe hacer presente en este punto que, en el particular caso de AGA, esta empresa ha alegado que no pujó con precios más bajos en las primeras etapas de la licitación de Cenabast en razón de que sus costos de producción le impedían bajar sus ofertas.

Sin embargo, y como se halla acreditado en autos (...), los precios que en algunos casos cobraba esta compañía a sus clientes se asemejaban a los de referencia de la licitación de Cenabast, razón por la cual se desechará la alegación mencionada. En efecto, para el año 2004 se observa que AGA cobró a ciertos hospitales públicos precios que sólo eran entre un 9% y un 13% más altos que el precio de referencia de la Zona Centro Extendida de la licitación, para ventas de escala mucho menor. La misma empresa reconoce, en sus documentos reservados, que el menor precio que cobraba a un hospital público nació de un contrato vigente con AGA desde 1993, año en el cual se dieron condiciones ventajosas dadas las presiones competitivas.. Con esto, queda meridianamente claro a este Tribunal que, ante la presencia de presiones derivadas de la competencia, AGA podía cobrar precios significativamente menores a los que estuvo dispuesta a ofrecer en la licitación de Cenabast. (...)

Octogésimo segundo: Que, en efecto, dadas la indivisibilidades en la inversión y las proporciones fijas en que se producen los distintos gases -condiciones ambas descritas en detalle en el informe económico de fojas 837- , es difícil determinar los costos marginales de cada producto. Si a ello se agrega que no hay competencia efectiva -dado que el productor que tiene un cliente proceso en la cercanía de un cliente pequeño tendrá ventajas en la provisión del producto a este último-, y puesto que a ese nivel de demanda no hay incentivos para la entrada de una planta adicional y los costos de transporte son importantes .según lo alegado las mismas requeridas., no hay en este mercado un grado de rivalidad que tienda a igualar los precios a los costos marginales, sino que, más bien, lo que ocurre es que a cada cliente se le cobra el mayor precio que se pueda obtener en la negociación. En otras palabras, se da, como se afirma a fojas 851 en el informe económico reseñado, una “administración de ingresos” (*revenue management*);

Octogésimo tercero: Que, esta “administración de ingresos” o, más directamente, discriminación de precios sólo es posible en el contexto de un mercado opaco (...). No ocurre lo mismo en otros mercados en los que la administración de ingresos no requiere tal opacidad porque los clientes tienen características que facilitan su diferenciación. Un ejemplo clásico es el mercado de los pasajes aéreos. Es normal ver que los pasajes con condiciones más flexibles son más caros que los pasajes con mayores restricciones. Ello, en la gran mayoría de los casos, no se explica por razones de costos, sino que para capturar la disponibilidad a pagar de los distintos clientes. Este fenómeno se llama en la literatura económica “discriminación de segundo grado”, puesto que es el cliente el que se auto-selecciona al elegir el tipo de pasaje y, por tanto, el precio a pagar, dependiendo de cuánto le interesa cada una de las características del producto. Pero si las disponibilidades a pagar de los clientes no son significativamente distintas, o sus diferencias no se pueden capturar por diferentes características del producto, como en el ejemplo anterior, sólo queda la negociación caso a caso y ésta siempre va a ser más favorable para el vendedor si hay opacidad en cuando a los precios que cobra al resto de sus clientes, como es el caso de autos;

Octogésimo cuarto: Que este Tribunal considera que la opacidad en el mercado en el que participan los clientes “no proceso” estaba fuertemente amenazada por la licitación de Cenabast. En el informe acompañado por Praxair, se argumenta que a Indura no le convenía transparentar sus costos porque mantenía “un monto significativo de contratos con hospitales públicos” (página 14). Si ocurría lo anterior, el resto de sus clientes “no proceso” presionarían por una reducción de los precios que estaban pagando. Este Tribunal considera que dicho argumento es incompleto, aunque constituye un indicio más de los incentivos que primaron en

esta licitación; incentivo que es apto para establecer la existencia de una práctica concertada por las requeridas en orden a hacer fracasar la licitación de Cenabast;

Octogésimo quinto: Que, en efecto, este Tribunal estima que a todos los agentes del mercado que ya tenían una alta penetración en el segmento de los clientes “no proceso”, les era inconveniente que se transparentara el mismo. Sin embargo, el argumento contenido en el informe antes citado debe completarse en el sentido que, para cada empresa, era tan inconveniente que el proceso de sinceramiento de los costos se diera por una oferta propia como que se produjera por una oferta de un competidor. Es por ello que no es verosímil la explicación contenida en el informe económico acompañado por Praxair a fojas 753, en cuanto a que dentro de los costos considerados por cada empresa para formular su oferta en la licitación se debió incluir la rebaja de precios que se verían forzados a otorgar al resto de sus clientes y que, por eso, no pujaron más hacia la baja; y no parece verosímil por cuanto para cada empresa era igualmente que la transparencia en el mercado se diera por su propia oferta en la licitación que por oferta de sus competidores;

Octogésimo sexto: Que, en síntesis, dado lo expuesto y habiéndose acreditado que el éxito de la licitación de Cenabast implicaba transparentar un mercado sumamente opaco, como en definitiva ocurrió, los incentivos reales de Indura, y también los de AGA y Air Liquide, eran que la licitación fallara. Para que fallara, era necesario que nadie aceptara el precio de referencia y, para lograr esto, se requería a su vez de algún tipo y grado de coordinación. El único actor con casi nula participación en el mercado opaco (el de los clientes “no proceso” era Praxair, tal como lo acreditan los documentos reservados acompañados por la Fiscalía Nacional Económica a fojas 717 y que están contenidos en los cuadernos formados según solicitó dicha Fiscalía a fojas 943 y según dispuso este Tribunal a fojas 944. Por otra parte, si bien Praxair no tenía los mismos incentivos para provocar el fracaso de la licitación, dada su baja participación en el mercado, también tenía incentivos para ser parte de y apoyar el acuerdo colusivo, pues de esta forma eliminaba la competencia en la licitación, y así aumentaba la probabilidad de adjudicársela;

Octogésimo séptimo: Que lo antes expuesto es de la mayor relevancia, toda vez que las requeridas han argumentado en su favor que la tesis de colusión para el mercado del oxígeno medicinal para los hospitales públicos es débil, puesto que representa sólo un 9% del mercado total del oxígeno, medido en términos de ventas (estimado a partir de la información del informe de Cenabast acompañado a fojas 556). Por tanto, y siempre según las requeridas, nadie estaría dispuesto a asumir los costos de coordinación necesarios para cartelizar un segmento tan despreciable del mercado. Sin embargo, a juicio de este Tribunal, dado que la opacidad beneficiaba las negociaciones de las empresas requeridas tanto en el mercado medicinal público, como en el medicinal privado, y en el mercado industrial “no proceso”, el porcentaje de ventas afectado por la mayor transparencia de una licitación exitosa era muy superior, llegando a ser siete veces la que estaba en juego en la licitación, como se desprende de los documentos reservados acompañados por la Fiscalía Nacional Económica a fojas 717 y que están contenidos en los cuadernos formados según solicitó dicha Fiscalía a fojas 943 y según dispuso este Tribunal a fojas 944. En consecuencia, si bien es cierto que la licitación abarcaba un pequeño porcentaje del mercado, una licitación exitosa amenazaba la política de precios para una parte importante del mercado del oxígeno, lo que constituye otro indicio apto para establecer la existencia de una práctica concertada entre las requeridas;

Octogésimo octavo: Que ha quedado así establecido que, para los oferentes con mayor penetración en el mercado de clientes “no proceso”, era conveniente que la licitación se declarara desierta. Asimismo, se ha demostrado que tales empresas no ofrecieron en la licitación precios ni siquiera comparables con los que cobraban antes de la misma (descontando los costos de los estanques y otros relacionados). En estas circunstancias, cabe preguntarse cómo podía cada licitante confiar en que ninguno de los otros iba a ofrecer menores precios, ni aceptar el precio de referencia, precio este último que era predecible que fuera sustancialmente menor al promedio vigente y cercano al más bajo que pagaba un hospital público (en este caso, \$329/m³ que se cobraba al Hospital de Talca, según consta en el documento aportado por Cenabast a fojas 623). Esta pregunta resulta particularmente importante si se tiene en cuenta que competía en la licitación Praxair, ya que a esta empresa no le afectaba mayormente que se transparentara el mercado, pues esta compañía cubría un porcentaje mínimo del mercado de clientes “no proceso” (entre 2% y 3%). La respuesta natural y obvia para esta pregunta es la colusión entre los oferentes con el objeto de hacer fracasar la licitación. De hecho, en el informe económico acompañado por Indura a fojas 694, se admite explícitamente que los hechos pueden explicarse por la colusión (página 70). Sin embargo, todas las requeridas presentaron teorías alternativas para intentar explicar la dinámica de esta licitación; explicaciones que, a juicio de estos sentenciadores, no han sido justificadas con evidencia ni indicios suficientes para desvirtuar la presencia de colusión;

Octogésimo noveno: Que, de haberse mantenido hasta el final del proceso licitatorio el acuerdo colusorio de las requeridas, orientado, como se ha establecido, a hacer fracasar la licitación de Cenabast, se habría producido la consecuencia de que ninguna oferta hubiese igualado el precio de referencia. Ello, a su vez, habría implicado que la Comisión de Adquisiciones de Cenabast habría estado habilitada para revisar la razonabilidad de la oferta más baja y resolver su aceptación, o, eventualmente, declarar desierto el proceso. Todo lo anterior, de acuerdo con el párrafo 10.6 de las bases administrativas y técnicas de la respectiva propuesta pública, copia de la cual esta contenida en el cuaderno de documentos de Praxair relativos al punto de prueba N° 1, tomo II. Si esto hubiese ocurrido, las requeridas habrían podido continuar cobrando los precios anteriores a la licitación a los establecimientos del sistema público y se habría mantenido la opacidad en los mercados vecinos, con los consiguientes precios sobrenormales;

Nonagésimo: Que, tal como se ha razonado en base a fundamentos de hecho, de derecho y económicos según dispone el artículo 26° inciso primero del Decreto Ley N° 211, existen en autos un importante cúmulo de indicios y antecedentes que, valorados por el Tribunal de acuerdo con las reglas de la sana crítica, son aptos, en si mismos, para dar por establecido, de acuerdo con lo preceptuado en los incisos segundo y último del artículo 22°, y en el artículo 3° del Decreto Ley citado, que existió un comportamiento coordinado por parte de las requeridas en la licitación de Cenabast, pues era la única forma de intentar seriamente que ésta fallara;

Nonagésimo primero: Que, sin embargo, es preciso hacerse cargo además de lo señalado por las partes de Indura y Praxair tanto en estrados como en sus respectivos informes económicos, ya referidos, en el sentido que la primera habría sido “engañada” por la estrategia de la segunda, puesto que era dable pensar que Praxair no ganaría la licitación, lo que se justificaba según el informe económico presentado por Indura a fojas 694. porque carecía de una plataforma para la distribución. En la página 71 de dicho informe, se afirma que “Indura entra a la licitación con lo que cree ser una fortaleza: su inversión ya incurrida en todo un sistema de distribución y respaldo que otros, y en particular Praxair, aún no han desarrollado”. Más

adelante, el mismo informe señala que “Praxair le hace creer a Indura que su falta de plataforma desarrollada le impide continuar bajando precios a pesar de su posible interés por crecer en la zona”. Sin embargo, este informe admite que Praxair, desde su instalación en Chile, había sido un fuerte elemento competitivo, incidiendo, incluso, en el quiebre de la tendencia al alza de los precios, los que habrían descendido desde el año 2002 (páginas 49 y 50 informe económico acompañado por Indura a fojas 694). Así, a juicio de este Tribunal, no es posible aceptar que Indura pensara que Praxair iba a renunciar a abastecer a la zona de mayor volumen incluida en la licitación y, precisamente, a la zona en que ya se encontraba instalada (Panamericana Norte Km. 18 ½, Colina, según consta a fojas 106). A mayor abundamiento, la explicación alternativa recién presentada sólo se referiría al momento final de la licitación, en el que Indura decide no aceptar el precio de referencia, pero no da cuenta de la débil puja que presentaron todas las empresas para ganar el derecho a aceptar o rechazar tal precio. Adicionalmente, Praxair argumenta que su estrategia de “engaño” se habría visto fortalecida por el hecho de enviar a “ejecutivos de segundo nivel a la licitación” (minuta de alegatos de Praxair, fojas 1947), quienes no tenían poder de decisión. Este argumento se ve invalidado, a juicio de este Tribunal, atendido que el diseño y los tiempos contemplados en la licitación no daban espacios para evaluaciones, tal como ha sido reconocido por algunas requeridas en estrados. Por tanto, la única posibilidad que cabía a todas las empresas era la de haber decidido de antemano sus estrategias;

Nonagésimo segundo: Que, por su parte, se ha argumentado por AGA que la licitación estaba diseñada de tal modo que desincentivaba la colusión y que, por tanto, este ilícito no podría ocurrir (informe económico acompañado a fojas 202). Dado que las tres áreas a licitar eran de tamaño muy distinto, ante resultados tan dispares, AGA señala que era imposible un reparto de mercado que dejara satisfecho a todos los actores. Parece claro a este Tribunal, y consta en autos, que Cenabast diseñó cuidadosamente esta licitación, precisamente para romper los incentivos a la colusión. También ha quedado claro a este Tribunal que el verdadero perjuicio que ocasionaba para las requeridas una licitación exitosa no era quedarse con una fracción menor o nula de este pequeño mercado sino, como ya se ha argumentado, el constituido por el fin de la opacidad en el mercado más amplio de los clientes “no proceso”;

Nonagésimo tercero: Que tampoco es atendible para este Tribunal el argumento desarrollado en la página 23 del informe económico acompañado por AGA a fojas 936, en orden a que “la forma en que se realizó la licitación significaba que los precios ofertados en cada etapa no necesariamente revelaban los niveles mínimos de precios que cada empresa estaba dispuesta a ofrecer”; con el que AGA intentó desvirtuar cualquier conclusión que pudiese obtenerse de la diferencia de precios entre las etapas iniciales de la licitación y el precio de referencia, que fue el finalmente aceptado. Este Tribunal desechará este argumento, porque los precios de cada etapa efectivamente tenían relevancia, tanto para descartar a la empresa con precio más alto como para luego establecer el orden en que recibirían la opción de aceptar el precio de referencia;

Nonagésimo cuarto: Que, de todo lo hasta aquí expuesto, este Tribunal concluye que, en caso de que no hubiese habido colusión, habrían existido incentivos para ofrecer menores precios a los observados desde las primeras etapas de la licitación de Cenabast. También concluye que no hubiera sido óptimo para Praxair quedar segundo en la opción para aceptar el precio de referencia, a menos que existiese un acuerdo que le asegurara que Indura no iba a aceptar dicho precio. Por último, no se puede descartar un acuerdo por el mero argumento de que Praxair siempre supo que iba a aceptar el precio de referencia. Por el contrario, este Tribunal

estima que el verdadero “engaño” de Praxair al resto de las requeridas no está en la falta de plataforma de Praxair ni en la representación de bajo perfil el día de la licitación, sino que en haber entrado al acuerdo para luego romperlo; (...)

Nonagésimo sexto: Que, en consecuencia y tal como se ha dicho, de acuerdo con lo señalado en el artículo 22° del Decreto Ley N° 211, existen en autos indicios o antecedentes que, en concepto de este Tribunal, son aptos para establecer que todas y cada una de las requeridas han incurrido en una práctica concertada con el objeto o efecto de hacer fracasar la licitación a que llamó la Cenabast para proveer a los hospitales públicos de oxígeno medicinal, afectándose así gravemente la competencia, tanto en ese mercado como en el del oxígeno medicinal privado y en el del industrial. Los referidos indicios o antecedentes, por lo demás, en la medida en que llevan naturalmente y mediante el razonamiento lógico propio de la sana crítica a formar convicción en este Tribunal tal como ha ocurrido en este caso, constituyen plena prueba, al tenor del texto expreso del referido inciso segundo del artículo 22°, pues esta disposición señala el carácter autónomo de tales indicios como medio que lleve a dicha convicción, no debiendo necesariamente limitarse los medios de prueba que pueda valorar este Tribunal a aquellos que taxativamente enuncia el Código de Procedimiento Civil. Las conductas así establecidas constituyen una clara violación al artículo 3° del Decreto Ley N° 211, por lo que este Tribunal multará prudencialmente a las requeridas considerando los términos de lo dispuesto en el artículo 26°, incisos primero y final, del referido Decreto Ley N° 211;

Nonagésimo séptimo: Que este Tribunal estima, además, que la colusión de las requeridas así establecida tendió a producir un efecto perjudicial para la eficiencia económica en el mercado, que merece un juicio de reproche adicional, cual es el de impedir o entorpecer la posibilidad de que, producto de la licitación de Cenabast, se hubiese alcanzado un precio inferior al de referencia para la provisión de oxígeno líquido a los establecimientos hospitalarios del sistema público de salud. Lo anterior, puesto que, de haber existido competencia plena y efectiva en el proceso licitatorio en cuestión, se podría haber alcanzado una oferta menor a dicho precio de referencia en la segunda ronda, producto del remate a la baja efectuado; (...)

Acordada con el voto en contra del Ministro señor Menchaca, quien estuvo por rechazar el requerimiento de autos en todas sus partes por las siguientes consideraciones:

Primero: Que, si bien comparte lo resuelto en la sentencia en lo que dice relación con las conductas efectuadas con anterioridad a la licitación de la Central Nacional de Abastecimiento del Ministerio de Salud, Cenabast, objeto del requerimiento y que resuelve no sancionar a las requeridas por las mismas, a juicio de este disidente no se encuentra acreditado en forma legal el hecho que las requeridas hayan actuado coludidas en la licitación, a la que llamó la Cenabast, en el año 2004, como concluye el voto de mayoría, por las consideraciones que se indican a continuación;

Segundo: Que, aunque existen antecedentes claros que el mercado, antes de la referida licitación, era poco transparente, como se demuestra en los considerandos quincuagésimo quinto a quincuagésimo séptimo del fallo, y existe un único indicio de que en el pasado, en Argentina, empresas relacionadas con las requeridas Indura y Praxair, habrían tenido contactos a fin de concertarse, no existen antecedentes probatorios en autos que permitan establecer, ni aun como una presunción judicial, que las requeridas actuaron concertadamente en la referida licitación de Cenabast;

Tercero: Que, en efecto, aun cuando efectivamente es difícil probar la existencia de colusión, ello no implica que ésta no deba acreditarse a lo menos a través de indicios o presunciones, que son hechos que se deducen de ciertos antecedentes o circunstancias conocidos y de tal modo se entienden probados. Tampoco el hecho que, según lo dispuesto en el artículo 22 del D.L. 211, los medios de prueba no estén limitados por ley y que la prueba deba apreciarse de acuerdo a las reglas de la sana crítica, implica que se pueda fallar sin una base en antecedentes probatorios, apreciados de tal modo;

Cuarto: Que, como se ha dicho, en autos no existen hechos probados que sirvan de indicios suficientes para acreditar que las requeridas actuaron concertadamente. Por el contrario, un hecho cierto, no controvertido y totalmente probado, habida cuenta de los resultados de la licitación en cuestión, es que en definitiva las requeridas no actuaron concertadamente en la misma. Si ello ocurrió porque estaban coludidas y Praxair rompió el acuerdo colusorio o simplemente porque no lo estaban, y actuaron como lo hicieron buscando en forma independiente su propia conveniencia, es algo que a juicio de este sentenciador, no consta en autos;

Quinto: Que la decisión de mayoría llegó a la conclusión de que las requeridas habrían estado coludidas fundamentalmente por vía conjetural, a partir del único hecho de que en las primeras etapas de la licitación todas las requeridas ofrecieron precios muy superiores al precio de referencia al que finalmente se adjudicaron los contratos y del análisis de las diversas hipótesis que explicarían tal comportamiento de las requeridas, llegando a la conclusión que es más plausible la hipótesis de colusión que otras explicaciones alternativas que se dieron en los diversos informes económicos agregados en autos y ratificados por sus autores como testigos. Así, los economistas (...), plantearon diversas razones por las cuales podría explicarse el comportamiento de las requeridas, distintas a la hipótesis colusoria, y varios de ellos descartaron dicha hipótesis por diversas consideraciones económicas. Incluso el único informe económico presentado por la requirente, del economista de la FNE Francisco Peralta, (cuyo informe fue acompañado a fojas 717), cuando analiza el proceso de licitación de la Cenabast, concluye que las condiciones de la licitación buscaban precisamente minimizar la posibilidad de una eventual colusión. Ante ello, la sentencia en el fondo no hace sino estimar como más creíble o probable la referida hipótesis de colusión, y declarar que no se encuentran suficientemente probadas las hipótesis alternativas planteadas por las requeridas o simplemente las descarta, al estimarlas poco verosímiles, por diversos argumentos;

Sexto: Que, pretender que las requeridas deban probar las hipótesis alternativas a la colusión en lugar de exigir prueba de la colusión por parte de quien la alega, la Fiscalía Nacional Económica en su requerimiento, implica alterar las reglas legales sobre el *onus probandi*, obligando a los acusados de una infracción a probar su inocencia, en lugar de exigir al que acusa que pruebe la culpabilidad, en circunstancias que son la buena fe y la inocencia lo que debe presumirse. Si bien lo anterior bastaría para rechazar el requerimiento, analizaré a continuación si existen antecedentes en autos que permitan estimar como posible, o incluso probable, que las requeridas hayan actuado de manera no concertada;

Séptimo: Que, al respecto debemos recordar que la ciencia económica enseña que, en los mercados oligopólicos, los agentes económicos siempre consideran, al tomar sus decisiones económicas, la que creen será la conducta de sus competidores. En efecto, se han desarrollado amplios campos de investigación en dicha ciencia social que tienen por preciso objeto intentar descubrir, con la mayor certeza posible, cual será el comportamiento de los competidores en

un determinado contexto de mercado. Así, la denominada teoría de juegos pretende demostrar precisamente que un agente económico elige su mejor estrategia a partir de las estrategias que han elegido o estima que van a elegir sus competidores;

Octavo: Que, así las cosas, parece bastante claro en el caso de autos que la estrategia que a todos convenía consistía en lograr que la licitación fallara, como concluye acertadamente la sentencia de mayoría, luego de un completo análisis. El problema es que esa conclusión, o incluso más, estimar que les convenía coludirse -como suele ocurrir en mercados oligopólicos-, a juicio de este sentenciador no puede llevar a concluir, sólo por eso, que efectivamente lo hayan hecho. Ello, aparte de infringir los principios y normas jurídicas sobre presunción de buena fe, *onus probandi* y exigencia de prueba, implica desconocer que los agentes económicos podrían haber actuado como lo hicieron, en las primeras etapas de la licitación, simplemente porque en su análisis estratégico hayan estimado que todos actuarían de la manera que más les convenía, sin necesidad de haberse coludido para ello;

Noveno: Que, además, existen indicios en autos de que así habría ocurrido que, aunque no permiten afirmar de manera concluyente que no se coludieron, sí permitirían desvirtuar la muy escasa prueba de que lo habrían hecho. En efecto, aparte del hecho evidente de que, en definitiva, los resultados de la licitación no fueron consecuencia de un acuerdo, consta en autos que, por una parte, Cenabast contrató asesoría experta de la consultora Diseño y Gestión para efectuar una licitación que tuviera precisamente por objeto romper cualquier acuerdo oligopólico que pudiera existir entre las requeridas, lo que no ha sido controvertido y se encuentra acreditado con el informe de dicha consultora que rola a fojas 567 y siguientes y con los informes económicos antes referidos. En base a la asesoría indicada, Cenabast diseñó la licitación con ese preciso objeto, en forma claramente exitosa, pues, incluso en el caso de haber existido acuerdo, es un hecho que no se produjeron efectos lesivos a la libre competencia. Lo anterior no podía sino estar en conocimiento de las requeridas, que debían saber el riesgo que corrían si confiaban en acuerdos de tipo oligopólico en tales circunstancias, lo que debió implicar un desincentivo real a tales prácticas restrictivas. Por último, existen dos declaraciones de testigos hábiles y que dieron razón de sus dichos y un acta notarial, documento no objetado, prueba toda ella no contradicha en modo alguno, que acreditan el hecho que, antes de la licitación, a lo menos Praxair y AGA contrataron profesionales expertos, elaboraron documentos y celebraron reuniones para establecer la estrategia que adoptarían para poder ganar la licitación, lo que se contradice con la hipótesis de colusión;

Décimo: Que, en efecto, rola a fojas 974 y siguientes la declaración de don Pedro Deutsch Spiegel, abogado consultor del estudio de abogados Cariola y Compañía, quien declaró que, el día anterior a la licitación de Cenabast, tuvo una reunión con el gerente general y el gerente técnico de Praxair, y expuso que en ella, “la compañía había preparado un power point detallando los supuestos en que pensaban que podía actuar la competencia y su estrategia frente a esos supuesto (sic), además, no recuerdo la suma exacta, se indicaba el precio mínimo al cual estaba dispuesta a llegar la compañía” (fojas 975). Señala luego que “Lo que recuerdo que la decisión fue en definitiva hacer una oferta final una vez conocido el precio de referencia, evitando hacer una puja en primera ronda”;

Undécimo: Que, por su parte, según consta a fojas 1.038 y siguientes, el testigo don Udo Rüdinger Lein, experto alemán en adquisiciones y por ende en la forma como deben enfrentarse las diversas clases de remates y licitaciones, declaró que, luego de asesorar a AGA desde Alemania, el día 8 de septiembre de 2004 viajó especialmente a Chile, llegando un día

antes del inicio de la licitación de Cenabast, a fin de aconsejar a dicha empresa acerca de la estrategia a seguir en la misma, habiéndose planteado las diversas hipótesis de resultados en la primera etapa de la licitación y estableciendo una estrategia para cada una de ellas;

Duodécimo: Que, por último, en la presentación de fojas 753, rola un acta notarial en que se certifica haber revisado los correos electrónicos recibidos en el computador de don Federico Torino, empleado de Praxair y haber comprobado que esta persona, el día 14 de julio de 2004, bastante antes de la licitación, recibió un correo electrónico de don Manuel Díaz, que el notario imprimió con su documento adjunto, lo que forma parte integrante de la referida acta. Que el referido documento adjunto al correo es una presentación en PowerPoint de los antecedentes de la licitación de Cenabast y la estrategia, basada en la teoría de juegos, que Praxair pretendía implementar para enfrentar dicha licitación;

Décimo tercero: Que, si bien ninguno de los antecedentes antes reseñados prueba que no haya existido colusión, hecho negativo que no puede probarse ni corresponde a las requeridas hacerlo, éstos fortalecen la convicción a que este sentenciador ha llegado, pues no parece muy probable que las empresas requeridas, si hubieran estado coludidas para hacer fracasar la licitación, como sostiene la sentencia de mayoría, al mismo tiempo hayan diseñado toda una estrategia para adjudicarse la misma;

Décimo cuarto: Que, a mayor abundamiento, se debe recordar que el artículo tercero del D.L. 211 establece expresamente que: [Art. 3, a), DL 211]. Lo anterior significa que, para sancionar prácticas concertadas como aquellas a que se refiere el requerimiento de autos, nuestra ley exige expresamente la concurrencia no sólo de un acuerdo, sino también un objeto anticompetitivo del mismo y asimismo que quien se colude tenga poder de mercado o lo adquiera con el acuerdo y que abuse del mismo. Este último requisito, el abuso, tampoco se ha acreditado en el caso de autos. Para llegar a esta conclusión, este disidente tomó en consideración que, no estando probada la colusión, menos lo está el abuso que podría derivar de ella y, especialmente, el hecho que, incluso de haber existido concertación entre las requeridas, ésta, no habría producido efecto alguno contrario a la libre competencia pues, como ya se ha dicho, la licitación en definitiva tuvo absoluto éxito; la adjudicación de la misma se efectuó a empresas que, al menos en ese momento, no estaban coludidas, y se efectuó al precio de referencia establecido por Cenabast y no a un precio surgido como consecuencia de un acuerdo.

Reclamación Corte Suprema Sentencia TDLC 43/2006, CS Rol N° 5057-2006

10º) Que correspondía a la Fiscalía Nacional Económica demostrar las imputaciones que efectuara al formular el requerimiento. Sin embargo, la prueba que presentó con esta finalidad, resulta del todo insuficiente para acreditar la existencia de este acuerdo por parte de las requeridas, en orden a lograr la repartición del mercado, y con ello, abusando del poder que la posición en éste les otorga, tener una política discriminatoria de precios. El dictamen N° 510, de 8 de julio de 2005, emitido por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, del Ministerio de Economía y Producción de Argentina, así como la resolución dictada por la Secretaría de Coordinación Técnica de dicho Ministerio, que rolan a fs. 1 y siguientes del cuaderno de documentos, desde luego no acredita las conductas que el fiscal nacional económico les imputa a las empresas de autos, toda vez, que dichas resoluciones se refieren a hechos distintos de los que nos ocupan, que habrían acontecido incluso en otro país, como lo es

Argentina, sin que, desde luego, sea posible realizar una interpretación analógica para determinar que en Chile ha existido un comportamiento similar, sin perjuicio que no consta en autos que la resolución señalada se encuentre ejecutoriada, desde que al momento de su remisión se informó que existían recursos de apelación pendientes al respecto, según consta a fs. 1121.- Por su parte, la documentación que acompañara dicha Fiscalía mediante la presentación de fs. 717, en nada acredita la existencia del acuerdo en torno al reparto del mercado que imputa a las requeridas. En efecto, los documentos allí señalados corresponden a diversos contratos suscritos por las empresas de autos con distintas instituciones, bases de la licitación materia de esta causa, estados financieros de las empresas reclamantes, los que por cierto, en ningún caso acreditan el reparto antes indicado. Si bien el informe económico emitido por don Pablo García González, Jefe de División de Análisis Económico de Mercados no Regulados, de la Fiscalía Nacional Económica, concluye que en el caso de los hospitales del Servicio Nacional de Salud existe una gran dispersión de precios, sin que se observe una relación clara entre los precios y las cantidades consumidas por cada hospital, agrega que un análisis econométrico, en el que se incluyó una gran cantidad de variables, no pudo explicar estas diferencias. El mismo informe, a fs. 716 bis, al referirse a las barreras de salida, argumenta que debido a ellas los hospitales se ven imposibilitados de cambiar de proveedor, aún cuando le ofrezcan un mejor precio, citando entre ellas, a la que le otorga la calidad de ser la primera y más importante: la existencia de los estanques criogénicos. Ello porque en general son las empresas proveedoras las propietarias de esos artefactos, las que lo arriendan a un menor precio por su uso a los hospitales que abastecen. Lo mismo ocurre, continúa el informe, con la red de cañerías que distribuye el oxígeno internamente dentro de los hospitales, las que muchas veces son proporcionadas en forma gratuita por las proveedoras. Agrega como otra barrera de salida las deudas que acumulan los centros hospitalarios con la empresa proveedora, lo que les impide el cambio de proveedor pues no están en condiciones de liquidarla de una sola vez. Como puede advertirse, todos los factores señalados en el informe, desde luego no obedecen o demuestran una concertación de parte de las empresas requeridas para el reparto del mercado, como se les imputa, sino que evidencian únicamente las características de éste. (...)

12º) Que, en cuanto a la realización de una práctica concertada de parte de las empresas requeridas, para eliminar o restringir la libre competencia en el proceso de licitación de Cenabast para la provisión de oxígeno líquido al sistema de salud pública del año 2004, ello tampoco se encuentra acreditado en autos. En efecto, correspondía a quien formuló tal imputación, la Fiscalía Nacional Económica, probar la existencia de tal infracción, lo que no ocurrió, desde que la prueba que presentara sobre el punto, desde luego no es concluyente para este fin. Los documentos que acompañó a fs. 717, no demuestran, la existencia de una concertación por parte de las empresas abastecedoras de oxígeno medicinal que forman parte de esta causa, con la finalidad de hacer fracasar el proceso de licitación de Cenabast. La mayoría de ellos se refieren a contratos de estas empresas con diversos clientes y a los estados financieros de ellas. La copia del acta de remate, a la inversa, da cuenta de la forma como se procedió en aquella oportunidad, pero en ningún caso es posible colegir de ella el acuerdo en orden a lograr el fracaso del proceso de licitación, como se indica por la Fiscalía Nacional Económica. Cabe sostener que el informe económico emitido por el, ya mencionado Pablo García González, sobre el punto analiza una experiencia anterior, en la que la licitación, el año 1998, fracasó porque ningún proveedor presentó ofertas en ellas, agregando que los directivos de los hospitales advirtieron que en este proceso -la licitación de Cenabast el año 2004- podría ocurrir algo similar, ya que "en opinión" de éstos el fracaso antes referido se habría debido a un boicot por los abastecedores, motivo por el cual se adoptaron distintas precauciones para

evitar una situación como la descrita. Luego de describir la forma como se desarrolló el proceso que nos ocupa, indica que las bases establecían que en caso de que ninguna oferta igualara el precio de referencia, la Comisión de Adquisiciones podía, si lo estimaba conveniente para los intereses de la Central, declarar desierta la licitación, quedando subsistentes, por tanto, los contratos vigentes a la fecha entre los proveedores y cada hospital, lo que no ocurrió finalmente, adjudicándose tres de las requeridas, por el precio de referencia que la Central fijara, correspondiente al menor precio pagado por un hospital público de la zona respectiva, el abastecimiento de oxígeno medicinal para hospitales públicos en las zonas que allí se indican. Así, Praxair se adjudicó el abastecimiento de la zona Centro Extendido con un precio de trescientos un pesos (\$301) por metro cúbico, Air Liquide la zona norte con un precio de trescientos treinta y cuatro pesos (\$334) por metro cúbico, e Indura la zona sur con un precio de trescientos treinta y cuatro pesos (\$334) por metro cúbico. El informe luego, en sus conclusiones, sobre el punto formula sólo una conjetura, cuando señala que el proceso de licitación llevado a cabo por la Cenabast resultó muy trabado y con un muy bajo nivel de competencia entre las empresas, las cuales, "al parecer", preferían ver fracasar el proceso y dejar que la situación actual se mantuviera, antes que competir y ver caer dramáticamente los precios. Es decir, el informante no tiene certeza de la existencia de un acuerdo, sino que, según lo señala, le parece que éste existió, situación que resulta el todo insuficiente para tener por acreditada la infracción denunciada. Lo mismo ocurre con la documentación que la fiscalía acompañara a fs. 1560, carente de todo valor probatorio por tratarse de un análisis que hace la requirente de las estrategias adoptadas por las empresas requeridas para enfrentar el proceso de licitación, en el que supone que la única alternativa para resultar todas indemnes era el fracaso del proceso. Luego hace una serie de conjeturas acerca del comportamiento de las recurridas y concluye que "la única explicación razonable" para que Indura rechazara los precios de referencia es que existiera un acuerdo con las otras empresas en orden a hacer fracasar el proceso. Desde luego, ello en ningún caso permite acreditar la verdad de la imputación que se formulara por la vía del requerimiento.

Ahora bien, la declaración jurada prestada por don Claudio Farah Meza, quien estuvo presente al momento de efectuarse la licitación de autos, carece de todo valor probatorio, toda vez que no fue ratificada en el juicio. Sin perjuicio de lo anterior, ella sólo corresponde a las opiniones que de dicho proceso se formó, pero en ningún caso se refiere a alguna situación que en forma inequívoca pudiese llegar al establecimiento de la concertación para lograr el fracaso de la licitación. Ahora bien, la declaración jurada prestada por don Claudio Farah Meza, quien estuvo presente al momento de efectuarse la licitación de autos, carece de todo valor probatorio, toda vez que no fue ratificada en el juicio. Sin perjuicio de lo anterior, ella sólo corresponde a las opiniones que de dicho proceso se formó, pero en ningún caso se refiere a alguna situación que en forma inequívoca pudiese llegar al establecimiento de la concertación para lograr el fracaso de la licitación. Lo mismo ocurre con la prueba testimonial que se rindió por parte de la recurrente.

13º) Que cabe analizar a continuación, si los antecedentes que el tribunal de defensa de la libre competencia denomina "indicios relevantes", para establecer si en la licitación de autos concurrieron o no los incentivos que, según la requirente, habrían llevado a las participantes a coordinar su comportamiento, realmente tienen ese carácter. En efecto, los indicios o presunciones requieren de la existencia cierta de hechos en base a los cuales es posible luego deducir otros. En este caso 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, y por cierto mayor que el precio de referencia, que fue por el que finalmente se adjudicaron los contratos, agregando que, a juicio de los sentenciadores, no existe justificación económica para la falta de competencia en dicha etapa. 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, máxime, si, como se reconoce en el fallo, el proceso de licitación resultó un éxito.

14º) Que, aún cuando se estimara que efectivamente a todas las empresas les convenía que el proceso de licitación fracasara, ello por sí solo, desde luego no comprueba que existió, entonces, una colusión de éstas para lograrlo. Tampoco es posible desprenderlo de las conductas desplegadas por las empresas, desde que es perfectamente posible, como lo señalaron al formular sus descargos, que ello obedeciera a una estrategia y desplegar en tal proceso, máxime si, como se acreditó en autos con los testimonios de Pedro Deutsch Spiegel, a fs. 974, y de Rüdinger Lein, a fs.1038, y con el acta notarial acompañada a fs. 753, suscrita por don Emilio Pomar Carrasco, notario suplente de la cuadragésima octava notaría de Santiago, el 28 de noviembre de 2005, a lo menos las empresa Praxair y Aga, contrataron profesionales expertos, elaboraron documentos y celebraron reuniones para establecer la estrategia que adoptarían para poder ganar la licitación de autos, lo que desde luego no es compatible con la supuesta colusión por la que se les requiere.

15º) Que atento lo razonado en las motivaciones anteriores, no habiéndose acreditado que las empresas requeridas hayan incurrido en la conducta descrita en el artículo 3 letra a) del DL 211 de 1973, es que resulta procedente acoger las reclamaciones interpuestas por las empresas requeridas.

.....

Sentencia TDLC 63/2008, rol C 103-06

Requerimiento de la FNE contra Almacenes Paris y Falabella (*“Guerra del Plasma”*)

Decimocuarto. Que, tal como consta en autos, la Fiscalía, en su requerimiento de fojas 1 y siguientes, ha imputado a Paris y Falabella (en adelante en conjunto e indistintamente las requeridas) haber vulnerado el artículo 3º del Decreto Ley N° 211, por cuanto, abusando del poder de mercado que detentan como canal de distribución respecto de sus proveedores, incurrieron en hechos, actos y convenciones que tendieron a impedir, y de hecho impidieron, la competencia en el mercado de la distribución de artículos de electrónica, línea blanca, electrodomésticos y computación (agrupados bajo el concepto de electrohogar), y en el mercado relacionado de las tarjetas de crédito, al impedir a sus proveedores, bajo presiones y amenazas, concurrir con sus productos al evento de fidelización “Feria IN Tecnología-Banco de Chile” (en adelante la Feria), dirigido a titulares de tarjetas de crédito del referido banco;

Decimoquinto. Que, según lo expuesto por la Fiscalía, la conducta realizada por las requeridas consistió en llamar telefónicamente a los proveedores que habían comprometido su asistencia a la Feria con el fin de: (a) comunicarles que las características de la promoción de la Feria, específicamente las 12 cuotas sin interés, afectaban su negocio; (b) expresar su malestar por la participación de los proveedores en esta promoción exigiéndoles que desistieran de participar en la Feria; y (c) comunicar que impondrían sanciones a aquellos proveedores que persistieran

en su decisión de participar en la referida Feria. Finalmente, la Fiscalía agrega que estas conductas tendrían un reproche adicional, por cuanto ambas requeridas habrían actuado concertadamente para ejecutarlas y porque, además, ambas requeridas tendrían el carácter de reincidentes, por cuanto ya habrían sido sancionadas por conductas similares en la Resolución N° 704 de la H. Comisión Resolutiva, del año 2003; (...)

Decimoséptimo. Que las requeridas han reconocido expresamente en autos la existencia de llamadas y correos electrónicos de sus ejecutivos a los proveedores que participarían en la Feria, realizadas los días 3 y 4 de abril del año 2006, y que el contenido de éstas tenía relación con la Feria. Alegan en su defensa que dichas comunicaciones sólo correspondían a consultas sobre la participación de sus proveedores en el evento y las condiciones del mismo, a fin de evaluar una supuesta discriminación o incumplimiento de acuerdos comerciales en perjuicio de las requeridas, mientras que la FNE y el Banco de Chile afirman, en cambio, que en estas comunicaciones se habría presionado a cada proveedor para que desistiera de participar, bajo la amenaza de suspender completa o temporalmente la compra de sus productos; (...)

Decimonoveno. Que, reconociendo la existencia de llamadas a sus proveedores, Falabella sostiene que lo que hizo fue únicamente exigir una explicación de parte de los proveedores respecto de estos supuestos términos preferenciales. Afirma que los proveedores no se desistieron de ir a la Feria por “presiones”, sino porque las condiciones publicitadas de la misma no eran las pactadas. Afirma que no posee una posición dominante en el mercado relevante, que los bancos están impedidos por ley de participar en el retail en general, y que tampoco ha impedido la competencia en el mercado de las tarjetas de crédito;

Vigésimo. Que, respecto de la colusión imputada, Falabella afirma que el hecho de que exista comunicación entre empresas del mismo rubro respecto de ciertos eventos extraordinarios no implica colusión, sino que obedece a un comportamiento razonable y legítimo y que, incluso de admitirse, la combinación Paris/Falabella carece de poder como para lograr que sus proveedores actúen en contra de sus legítimos intereses; (...)

Vigésimo tercero. Que una vez establecidos de esa manera los hechos de la causa, este Tribunal calificará su licitud o ilicitud de conformidad con las normas del D.L. N° 211. Con tal propósito, (i) se ponderarán las defensas de las requeridas, especialmente las explicaciones que han dado en autos a las conductas que se les imputa, a fin de determinar si dichas explicaciones son o no suficientes para justificarlas; (ii) hecho lo anterior, este Tribunal analizará si Falabella y Paris tenían poder de mercado en el período *sub lite*, y si abusaron o no de tal poder, sea individual o conjuntamente, en perjuicio de sus proveedores y de la Feria, restringiendo la libre competencia; para lo cual, (iii) también establecerá si existió o no entre Falabella y Paris la colusión alegada por la FNE y Banco de Chile; (...)

Vigésimo séptimo. Que, por otro lado, es importante tener presente que la mayor parte de los productos electrohogar –televisores, reproductores de DVD, cámaras fotográficas, línea blanca– corresponde a bienes durables generalmente de alto costo. Una característica de los bienes durables es que no se requiere realizar compras frecuentes, puesto que su uso y funcionalidad perdura por un período importante;

Vigésimo octavo. Que otro aspecto del mercado de distribución de productos electrohogar que debe tenerse en consideración corresponde a la práctica de sugerir o fijar precios de reventa, la que se describe a continuación;

Vigésimo noveno. Que este sistema consiste en que los proveedores del rubro electrohogar, al momento de vender sus productos a los distribuidores minoristas, fijan tanto el precio de compra del distribuidor minorista como el de reventa al consumidor final. Teóricamente, con estas restricciones los proveedores estarían obligando a los diversos distribuidores minoristas a competir en dimensiones distintas al precio; por ejemplo, mediante servicios de publicidad, exhibición de los productos, promociones de cargo del *retailer*, entre otros –aspectos sobre los cuales, en todo caso, no se aportaron antecedentes relevantes en autos– estableciéndose mecanismos de control, ya sea por el proveedor o por los propios distribuidores minoristas, y de compensación en el caso de desvíos respecto de los precios fijados, la que operaría mediante la emisión de notas de crédito o descuentos en compras futuras, entre otros; (...)

Trigésimo quinto. Que, en efecto, según consta de antecedentes acompañados a fojas 1427 y 2072, y mediante las declaraciones de los testigos señores Rodolfo Cabello y Michael Kanaan, rolantes a fojas 991 y 1077 de autos, efectivamente Falabella sancionó al proveedor de la marca Sharp por haber realizado una campaña en conjunto con el Bank Boston, descrita precedentemente; represalia que consistió precisamente en suspender el *line review* (revisión periódica de los productos y marcas de cada proveedor que vende la multitienda) y toda compra de los productos de la referida marca. Esta sanción, por lo demás, fue de público conocimiento en el mercado, tal como se aprecia de las declaraciones de los representantes de proveedores de artículos electrohogar ante la FNE en su investigación acompañada en autos, e incluso de las comunicaciones internas entre dependientes de Falabella, según consta de los correos electrónicos acompañados a fojas 2072;

Trigésimo sexto. Que de lo anterior puede observarse que, de forma incipiente, estaba empezando a surgir en este mercado una modalidad de comercialización basada en nichos de clientes bancarios, a quienes se ofrecía productos de una determinada marca de electrohogar en condiciones especiales de precio o de crédito, durante un período breve y delimitado; y que esta tendencia motivó al menos a una de las requeridas a adoptar medidas de represalia respecto de uno de los proveedores involucrados; (...)

Cuadragésimo segundo. Que, asimismo, consta en autos que, al 2 de abril de 2006, treinta y un proveedores habían confirmado su asistencia a la Feria, ya sea mediante la suscripción de contratos con Duty Free, ya sea mediante correos electrónicos, o mediante el envío de los listados de los productos con que asistirían a la Feria, o a través del envío de órdenes de compra por arriendo de los espacios que utilizarían en Casa Piedra. (...)

Cuadragésimo séptimo. Que, en consecuencia, es un hecho de la causa que, al día domingo 2 de abril de 2006, la Feria IN Tecnología-Banco de Chile estaba ya organizada, convenida con los proveedores que habían confirmado su participación en ella, y con sus condiciones comerciales establecidas y aprobadas previamente por los involucrados en la misma; no existiendo, según se desprende de toda la evidencia antes citada, motivos que pudiesen perturbar o impedir su realización en las fechas previstas, eso es, los días 6, 7, 8 y 9 del mismo mes de abril del año 2006; (...)

Quincuagésimo. Que, así publicitada la Feria, hasta ese momento en el tiempo (domingo 2 de abril de 2006, inclusive) no hay en el expediente evidencia de que las requeridas hayan llevado a cabo alguna acción que diga relación con la Feria, ni a favor ni en contra de la misma; (...)

Quincuagésimo primero. Que, sin embargo, y tal como se verá a continuación, a partir del día lunes 3 de abril, temprano en la mañana, se registra un conjunto de acciones por parte de las requeridas, consistentes principalmente en numerosos llamados telefónicos a los proveedores involucrados, así como entre ellas mismas, con la progresión, los contenidos y los efectos que se describirán en las consideraciones siguientes, para lo cual se presentarán tales hechos en el orden cronológico en que ha sido posible establecerlos a partir de la evidencia reunida en autos; (...)

Quincuagésimo cuarto. Que, así las cosas, durante la mañana del 3 de abril de 2006, día siguiente a la difusión en medios públicos de los avisos sobre la Feria, ejecutivos tanto de Falabella como de Paris se comunicaron telefónicamente y vía correo electrónico con ejecutivos de los proveedores de las marcas más relevantes que asistirían a ésta, como se observa en el Cuadro 1. (...)

Quincuagésimo quinto. Que, luego de la secuencia de llamadas hechas por Paris y Falabella a proveedores, descrita precedentemente, se produce una serie de contactos telefónicos, esta vez entre las propias Paris y Falabella. Así, a las 11:55 del mismo día lunes 3 de abril de 2006, Fernando Casado, de Falabella, llama a Héctor Rodríguez, Gerente de la División Comercial de Paris, comunicándose ambos en tres oportunidades más durante ese día, con un total de 7 minutos. Jaime Cases, por su parte, llamó en dos oportunidades a Ana María Castillo, *Product Manager* de Paris, a las 14:19 y 14:22 horas, con un total de 2 minutos;

Quincuagésimo sexto. Que se aprecia del Gráfico 2, siguiente, que las antedichas comunicaciones no corresponden a contactos habituales (los que tampoco han sido justificados en autos) y que, por el contrario, son notoriamente más numerosas que las que suelen existir entre Paris y Falabella, y corresponden a personas que desempeñan cargos relevantes en cada una de estas empresas: Fernando Casado es Gerente de Línea Electrohogar de Falabella, Héctor Rodríguez es Gerente de División Comercial de Paris, Pablo Méndez es Gerente de División Electro de la misma empresa, y Cristián Caravia es *Product Manager* de la línea Electrohogar de Falabella. Pablo Toledo y Jean Paul Oyharcabal son, a su vez, *Product Manager* de Paris;

Quincuagésimo séptimo. Que consta además en autos una serie de llamados entre Jaime Cases, Subgerente de línea Electrohogar de Falabella, y doña Ana María Castillo, *Product Manager* de Comunicación y Fotografía de Paris, lo que podría ser considerado *prima facie*, como un intento adicional de contactar a un competidor para los fines de hacer un frente común en los llamados a los proveedores. Sin embargo, está demostrado a fs. 3041, que las personas antes citadas están relacionados familiarmente (son cuñados), situación que constituye una explicación alternativa a las comunicaciones entre ellos, por lo que no serán consideradas por este Tribunal al valorar la prueba para determinar si los contactos sostenidos ese día 3 de abril entre las requeridas constituyen o no el acto colusorio que se les imputa en autos;

Quincuagésimo octavo. Que, por otro lado, cabe destacar que, alrededor del mediodía del mismo lunes 3 de abril, a lo menos Falabella se comunicó con Ripley, el tercer actor del mercado. En efecto, a las 12:40 y 13:33 Fernando Casado (Falabella) llamó a Javier Pérez, Gerente de División Electrohogar de Ripley, quien declaró al respecto que “*también me llamó Fernando Casado de Falabella, para preguntarme mi opinión por la Feria, y yo le señalé lo mismo que a M. Kanaan, que no era un tema en el que nos fuéramos a involucrar. Además, no es común que conversemos mucho, porque la competencia es fuerte*”. Así consta de sus dichos a fojas 136 del Tomo

II del expediente de investigación de la FNE, ratificados a fojas 1725 de estos autos. Concordante con esta prueba, consta además la declaración de Rodolfo Cabello Carreño, de Sharp (a fojas 1067 y ss. de autos, no objetada, y ratificada ante este Tribunal a fojas 991 y ss.), en que sostiene que *“el día lunes hablé con Guillermo Mundigo, comprador de Ripley, el que me comentó que a su jefe lo habían llamado de Almacenes París y Falabella para que se alinearan llamando a los proveedores, con el objeto que todos ellos se desistieran de la Feria. Pero que Ripley no había llamado a nadie, sino que lo habían hecho sólo Almacenes París y Falabella”*;

Quincuagésimo noveno. Que, en consecuencia, este Tribunal tiene por acreditado (i) que esas llamadas tuvieron por objeto conocer la posición que tomaría Ripley respecto de la Feria, y solicitar su colaboración para evitar que los principales proveedores participaran en ella; y (ii) que Ripley rechazó esa proposición; (...)

Sexagésimo tercero. Que, por otra parte, se deduce directa e inequívocamente del correo electrónico acompañado por la FNE a fojas 144 del tomo II de su expediente de investigación, acompañado a fojas 437 que, en la primera de las conversaciones sostenidas en la mañana del día 3 de abril de 2006 y señaladas en el cuadro precedente, el señor Casado comunicó al señor De Castro sus argumentos en contra de la participación de la marca Packard Bell en la Feria. Dicho correo electrónico señala textualmente: *“Fernando: Aunque no coincido con tus argumentos contra esta feria, pero si apoyamos a Falabella nosotros nos bajamos de la feria, si se bajan HP-Compaq, Sony y Apple”*. De inmediato, el Sr. Casado se contactó al menos en cinco oportunidades con ejecutivos de las empresas referidas en dicho correo: (i) HP-Compaq (a quien ya había llamado una vez esa misma mañana) (ii) el Gerente de Ventas de Sony (con quien ya se había comunicado también); y (iii) Con el representante de Apple -la empresa Quintec-, por su parte, se comunicó Jaime Cases, Subgerente de Línea Electrohogar de Falabella; (...)

Sexagésimo noveno. Que, sobre la base de la evidencia analizada precedentemente, este Tribunal ha llegado a la convicción que el Sr. Fernando Casado, Gerente de línea Electrohogar de Falabella, se comunicó con ejecutivos de Packard Bell con el objeto de amenazarlos para que este proveedor se desistiera de participar en la Feria, circunstancia que, tal como se verá más adelante en esta sentencia, finalmente ocurrió; (...)

Octogésimo quinto. Que a lo anterior debe sumarse el hecho de que el día lunes 3 de abril de 2006 se efectuaron diversas llamadas entre los señores Casado y Durán, así como entre otros ejecutivos de París y Falabella, y de Philips, tal como consta de los registros telefónicos acompañados en autos, cuyo detalle se establece en la tabla siguiente: (...)

Centésimo cuarto. Asimismo, es otro indicio relevante que el Sr. Fernando Casado, Gerente de Línea Electrohogar de Falabella, el Sr. Héctor Rodríguez, Gerente de División Comercial de París, y el Sr. Pablo Méndez, Gerente de División Electro-Tecno de París, quienes no se comunican habitualmente con los ejecutivos de estos proveedores, como se ha acreditado con los registros telefónicos acompañados en autos, lo hayan hecho de manera tan intensa a partir del mediodía del lunes 3 de abril de 2006, esto es, inmediatamente después de registrarse llamados recíprocos entre París y Falabella. Esto lleva a dar por acreditado que corresponden a comunicaciones no habituales, efectuadas por ejecutivos de mayor rango por parte de Falabella y de París, lo que refuerza la prueba establecida en cuanto a que su contenido decía relación con temas distintos y de mayor importancia que las relaciones comerciales habituales; (...)

Centésimo cuarto. Asimismo, es otro indicio relevante que el Sr. Fernando Casado, Gerente de Línea Electrohogar de Falabella, el Sr. Héctor Rodríguez, Gerente de División Comercial de Paris, y el Sr. Pablo Méndez, Gerente de División Electro-Tecno de Paris, quienes no se comunican habitualmente con los ejecutivos de estos proveedores, como se ha acreditado con los registros telefónicos acompañados en autos, lo hayan hecho de manera tan intensa a partir del mediodía del lunes 3 de abril de 2006, esto es, inmediatamente después de registrarse llamados recíprocos entre Paris y Falabella. Esto lleva a dar por acreditado que corresponden a comunicaciones no habituales, efectuadas por ejecutivos de mayor rango por parte de Falabella y de Paris, lo que refuerza la prueba establecida en cuanto a que su contenido decía relación con temas distintos y de mayor importancia que las relaciones comerciales habituales; (...)

Centésimo octavo. Que, habiéndose acreditado en la forma expuesta las comunicaciones y su contenido, respecto de cada uno de los proveedores antes indicados, la convicción de este Tribunal acerca de la conducta de las requeridas se ve ampliamente ratificada si se consideran además los antecedentes probatorios respecto de todos los proveedores en su conjunto, que confirman la clara voluntad de las requeridas de hacer fracasar la FERIA;

Centésimo noveno. Que, sobre la base de lo así establecido, corresponde entonces a este Tribunal determinar si los hechos acreditados configuran o no las conductas de colusión, abuso de posición dominante y competencia desleal imputadas a las requeridas por la Fiscalía y por el Banco de Chile;

Centésimo décimo. Que, para tal fin, es preciso en primer término hacerse cargo de las alegaciones o defensas de las requeridas, a fin de establecer si son o no suficientes para atribuir a los hechos probados una explicación de mercado que las justifique;

Centésimo undécimo. Que la principal defensa de las requeridas ha sido la de sostener que las llamadas y presiones efectuadas a sus proveedores se debieron al supuesto incumplimiento por parte de estos últimos de un acuerdo de fijación de precios de reventa, que las discriminaría al darle mejores condiciones de venta a los organizadores de la FERIA;

Centésimo duodécimo. Que, al respecto, consta en autos, de los correos electrónicos y declaraciones ya citadas en la consideración trigésima, que efectivamente sería una práctica habitual en la industria que, al menos algunos proveedores, acuerden precios de reventa con los distribuidores. Este Tribunal no se pronunciará en esta sentencia sobre la legitimidad de la fijación de tales precios de reventa, dado que ello no ha sido materia del juicio de autos, sin que tampoco existan en el proceso antecedentes suficientes para establecer si la forma en que se han pactado e implementado dichos acuerdos en este caso es o no contraria a la libre competencia. Sin embargo, hay que tener presente que la fijación de precios de reventa es una materia que ha sido ampliamente tratada por el derecho de la competencia y hay consenso mundial que, en algunos casos, es una práctica que restringe la libre competencia;

Centésimo decimotercero. Que, en consecuencia, lo que deberá establecerse en el juicio de autos es únicamente si tal defensa es plausible y, en caso de serlo, si podría justificar la conducta de las requeridas; (...)

Centésimo decimotercero. Que, por otro lado, también se ha acreditado en autos que, en los casos en que ha existido un incumplimiento de este acuerdo de fijación de precios de reventa, cuando algún proveedor ha vendido un producto a otro distribuidor minorista a precios más

bajos, el distribuidor minorista supuestamente perjudicado (Falabella, Paris, u otro similar) lo que normalmente hace es emitir una nota de crédito por la diferencia, o llegar a otro acuerdo con el proveedor para compensar la diferencia. Por ello, incluso de llegar a aceptarse desde el punto de vista de la libre competencia la posibilidad de que las multitiendas exijan a sus proveedores una compensación a causa de las condiciones en que se venderían sus productos en la Feria, resulta inaceptable que por ello se realice una amenaza de “*retirar los productos de los proveedores de las góndolas*” (citando la declaración de un ejecutivo de Falabella, a fojas 131 y ss. Del Tomo II del expediente de investigación de la FNE, acompañado a fojas 437), con el objeto de forzarlos a renunciar a participar en la misma, pues no puede utilizarse este supuesto incumplimiento contractual como pretexto para efectuar prácticas exclusorias en contra de un tercero que no fue parte del acuerdo;

Centésimo decimonoveno. Que, a mayor abundamiento, no está acreditado en autos que efectivamente se haya producido el incumplimiento de alguna condición contractual explícita o implícita; explicación alternativa que tendría que haber sido acreditada por las requeridas, quienes la alegaron. Sin embargo, aún si hubiera sido acreditado, la reacción ante dicho incumplimiento tendría que haber sido alguna de las que establece la ley o los propios contratos, y no el ejercicio de la autotutela, que por regla general no está permitida en nuestro derecho. Además, resulta inaceptable que los acuerdos de fijación de precios de reventa puedan usarse como pretexto para impedir que terceros se constituyan en un nuevo canal de distribución, pues en tal caso dicho acuerdo restringiría la libre competencia; (...)

Centésimo vigésimo primero. Que corresponde a continuación hacerse cargo de la segunda alegación o defensa de las requeridas, esto es, aquella que pretende desvirtuar la colusión que se les imputa por el hecho de haberse comunicado entre ellas los días lunes 3 y martes 4 de abril de 2006;

Centésimo vigésimo segundo. Que, al respecto, son hechos de la causa los siguientes: (i) que ejecutivos de Paris y Falabella, el día 3 de abril de 2006, presionaron en forma simultánea a los proveedores más relevantes que asistirían a la Feria, a fin que éstos se desistieran de participar en ella, bajo amenaza de importantes sanciones comerciales; (ii) que ese mismo día ejecutivos de Paris y Falabella hablaron telefónicamente entre ellos; (iii) que en esas conversaciones trataron el tema de la Feria IN Tecnología-Banco de Chile que estaba organizando el Banco de Chile y la preocupación que les causaba; (iv) que, por su parte, un ejecutivo de Falabella llamó a un ejecutivo de Ripley, el tercer actor del mercado, para sugerirle que se involucrara en la estrategia que estaban siguiendo Paris y Falabella respecto de los proveedores; (v) que, luego de comunicarse entre ellos, los ejecutivos de Falabella y Paris continuaron llamando a sus proveedores para presionarlos a fin de que éstos no participaran en la Feria; (vi) que al final de ese mismo día volvieron a comunicarse entre sí; (vii) que el día siguiente un ejecutivo de Paris se comunicó, en dos oportunidades, con un ejecutivo de Ripley; y (viii) que dicho día 4 de abril los ejecutivos de las requeridas se comunicaron entre sí, y siguieron llamando a los proveedores, aunque con menor intensidad;

Centésimo vigésimo tercero. Que, en consecuencia, este Tribunal ha llegado a la convicción de que los hechos acreditados en autos y ya expuestos, permiten establecer en forma clara, directa e inequívoca la presunción de que las comunicaciones entre los ejecutivos de Falabella y Paris tuvieron por objeto acordar la forma como reaccionarían ante el anuncio de la Feria, coludiéndose en definitiva para llamar a sus proveedores y hacerlos desistir de concurrir a la misma;

Centésimo vigésimo cuarto. Que, sin embargo, este Tribunal se hará cargo en detalle de las alegaciones de las requeridas, atendida la gravedad implícita en toda imputación de actos colusorios. Al respecto, las requeridas han alegado en su defensa, como explicación alternativa de la colusión, la circunstancia de que la simultaneidad e identidad de sus respectivas reacciones frente a la Feria y respecto de sus proveedores, podrían deberse a la interdependencia oligopolística que existiría entre ellos, y no a un acuerdo o colusión contraria a la libre competencia;

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;

Centésimo vigésimo sexto. Que, como se ha dicho, está acreditado que las dos requeridas efectuaron múltiples llamadas a sus proveedores solicitándoles que no participaran en la Feria, bajo amenaza de sanciones comerciales que iban más allá de la mera exigencia de eventuales compensaciones que pudieran haber sido acordadas en el mecanismo de fijación de precios de reventa; que dicha amenaza era creíble, dado lo ocurrido poco antes en el caso de la promoción de Sharp con BankBoston; que las referidas comunicaciones las efectuaron simultáneamente; que antes de ello las requeridas se comunicaron entre sí y que además llamaron a su par de Ripley para sugerirle que se involucrara en la estrategia que estaban siguiendo respecto de los proveedores;

Centésimo vigésimo séptimo. Que, además, está acreditado que esta no era la única reacción esperable de las requeridas ante una situación como la Feria, como se demuestra por el hecho que las empresas requeridas, ante una serie de otras promociones anteriores con características similares (promociones con pago en cuotas sin interés de distintos Bancos y del mismo Duty Free), reaccionaron de manera diferente; y asimismo por el hecho que las restantes multitiendas no tuvieron la misma reacción frente a la organización y difusión de la Feria. Todo lo anterior excluye la pura interdependencia oligopolística como razón y justificación de la coordinación acreditada en autos entre dos competidores, por lo que debe en consecuencia rechazarse esta alegación de las requeridas;

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); (...)

Centésimo quincuagésimo cuarto. Que, en consecuencia, este Tribunal, se ha formado la convicción que efectivamente las requeridas desarrollaron las conductas denunciadas de abuso de posición dominante, con el objeto y efecto de excluir a un competidor por medios ilícitos y reñidos con los usos honestos en materia comercial, Estas conductas subsumen, en sus

elementos de hecho, la imputación de competencia desleal o boicot contenida en la demanda del Banco de Chile;

Centésimo quincuagésimo quinto. Que dichas conductas, cuando son realizadas por quien tiene poder de mercado con el fin de excluir a un competidor, constituyen por sí solas conductas abusivas que deben ser sancionadas por este Tribunal. Pero lo anterior es aún más grave si el abuso de dicho poder de mercado se ejerce, como ocurrió en este caso, mediante la colusión entre dos de las más importantes multitiendas del país, que son además dos de los principales clientes de los proveedores afectados. Por estas razones, este Tribunal aplicará las multas que se establecen en la parte resolutive de esta sentencia;

.....

Sentencia 57/2007, rol C 77-05

Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra Isapre ING S.A. y otros (“ISAPRES”)

Vigésimo cuarto. Que, en primer lugar corresponde hacerse cargo de lo sostenido por las requeridas, en cuanto a que para que las conductas imputadas constituyan un atentado a la libre competencia, deben reunirse los requisitos consignados en el artículo 3° letra a) del Decreto Ley N° 211, que serían: a) existencia de un acuerdo expreso o tácito; b) que dicho acuerdo sea para fijar precios de venta o compra, limite la producción o asigne cuotas de mercado; y, c) que exista un abuso del poder que tal acuerdo confiere;

Vigésimo quinto. Que, el requerimiento de autos se refiere a una acusación de colusión o acuerdo o práctica concertada entre algunas de las principales Isapres de nuestro país, que versaría sobre el reemplazo de la cobertura de carátula de los planes de salud, reduciendo ésta de 100/80 a 90/70, y se encontraría descrita en el literal a) del inciso 2° del artículo 3° del Decreto Ley N° 211, antes referido, que señala expresamente que (...)

Vigésimo sexto. Que si bien el artículo 3° del Decreto Ley N° 211 establece, en su inciso primero, un tipo general que contiene una descripción genérica de lo que constituye una infracción a dicha ley, expresando que incurre en ésta quien 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, ello no implica que este Tribunal pueda prescindir de las condiciones y requisitos que exige la ley para que concurra alguna de las conductas que, a modo meramente ejemplar, se indican en las letras a), b) y c) del inciso segundo del artículo 3° referido, por lo que ambos incisos deben ser interpretados armónicamente.

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;

Vigésimo octavo. Que, sin perjuicio de que -como se señaló- las tres situaciones establecidas a modo ejemplar en el literal a) del artículo 3º 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;

Vigésimo noveno. Que no obstante lo anterior, el acuerdo atribuido a las requeridas, que versaría sobre el reemplazo de la cobertura de carátula de los planes de salud, reduciendo ésta de 100/80 a 90/70, incide directamente en su precio, porque el precio de un seguro de salud no es la prima, sino la diferencia entre la prima y la cobertura esperada de ese seguro, tal como consta en informes económicos acompañados a fojas 1138 y 5000. Por lo tanto, si se mantiene constante la prima pagada por un cotizante -que, como se indicó, no es igual a su precio- pero disminuye el nivel de cobertura, lo que se produce es un aumento efectivo en el precio de ese plan de salud. Por lo tanto, este Tribunal estima que el acuerdo *sub lite* produciría los mismos efectos que aquellos referidos a la fijación de precios de venta;

Trigésimo. Que, además de versar sobre una variable de competencia, los acuerdos entre competidores para ser contrarios a la libre competencia deben permitir a sus participantes abusar del poder de mercado que dichos acuerdos les confieren, según señala la frase final del literal a) del inciso 2º, por lo que no serían contrarios a la libre competencia los acuerdos entre aquellos competidores que tienen un poder de mercado insignificante, tanto aislada como conjuntamente, pues entonces no impedirían, restringirían o entorpecerían la libre competencia, ni tenderían a producir dichos efectos en el mercado en cuestión, como exige en general para toda práctica restrictiva de la libre competencia el DL 211;

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;

Trigésimo segundo. Que, a juicio de este Tribunal, si se acreditare en autos que efectivamente se produjo el acuerdo que se indica en el requerimiento, claramente este habría tenido por objeto fijar concertadamente condiciones de venta de los planes de salud por parte de las Isapres requeridas. En caso de tener éstas poder de mercado, al menos en forma conjunta, dicho acuerdo habría tenido un objeto claramente anticompetitivo;

Trigésimo tercero. Que en efecto, si bien se acreditó en autos que la cobertura de carátula es sólo uno de los elementos que componen el producto que ofrecen las Isapres y el requerimiento de autos no se refiere a una eventual colusión entre las requeridas en los restantes elementos que configuran la cobertura efectiva del plan - ni tampoco respecto de la cotización de salud - ello no impide que las Isapres requeridas hubieran podido coludirse en sólo uno de dichos elementos, manteniéndose compitiendo en todos los demás, si ello les fuere mutuamente conveniente. Dicha conducta, si se acreditare, sería contraria a la libre competencia y podría ser sancionada por este Tribunal;

Trigésimo cuarto. Que, habida cuenta de las consideraciones precedentes, la resolución del presente caso exige analizar en primer término si las Isapres requeridas tienen, al menos en forma conjunta, una posición dominante en el mercado relevante, para lo cual debemos referirnos a este último, a las participaciones de cada una de ellas y a la existencia de barreras a la entrada; (...)

Sexagésimo séptimo. Que, para tal efecto, es preciso (a) determinar en primer lugar si en el mercado relevante existen otros elementos que faciliten la colusión entre competidores y, (b) establecer si, de acuerdo con la evidencia reunida en autos, hubo o no colusión entre las requeridas, para lo cual será necesario analizar si se encuentran acreditados los elementos típicos de un acuerdo entre competidores;

Sexagésimo octavo. Que en cuanto a los elementos que facilitarían una colusión entre competidores, cabe señalar que en industrias oligopólicas las empresas toman sus decisiones sobre variables de competencia, por ejemplo el precio y/o la calidad del producto, intentando anticipar la reacción de sus competidores a sus propias decisiones. Estas decisiones pueden ser adoptadas de manera no concertada, en cuyo caso una eventual similitud de comportamiento puede ser directo resultado de la interdependencia oligopolística, o de manera concertada –colusión–, en el sentido que los competidores, en forma expresa o tácita, acuerdan la fijación de una o más de sus variables de competencia. Por lo general, estos acuerdos permiten a los participantes ejercer un grado de poder de mercado que de otra forma no podrían alcanzar, restringiendo así en forma artificial la competencia y el bienestar agregado;

Sexagésimo noveno. Que, de acuerdo con lo anterior, es posible apreciar, en el mercado relevante de autos, una serie de factores que podrían ser compatibles con un acuerdo colusorio: (a) la existencia de un reducido número de competidores, (b) una interacción frecuente entre las empresas; (c) una notoria transparencia de la información sobre los competidores; y, (d) la existencia de barreras a la entrada al mercado;

Septuagésimo. Que, en cuanto al número de competidores, en el mercado de las Isapres abiertas existe un reducido número de Isapres que, en caso de lograr concertarse, podrían contar con sustancial poder de mercado. En efecto, a mayo de 2002 las requeridas concentraban en torno al 78% del mercado relevante de autos. La vasta literatura existente sobre la materia coincide en señalar que un pequeño número de competidores disminuye los costos de coordinación, como así también los beneficios que podrían lograr empresas que decidiesen desviarse del acuerdo, en particular cuando las empresas en acuerdo tienen costos muy similares. El informe económico que rola a fs. 1170 concuerda con la teoría económica, al sugerir que un número reducido de competidores favorecería en el caso de autos, y suponiendo todo lo demás constante, la probabilidad de ocurrencia de un acuerdo colusivo;

Septuagésimo primero. Que en 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” (fojas 2502).

Septuagésimo segundo. Que también se ha acreditado que los vendedores de cada Isapre tienen acceso expedito a información sobre los planes de salud comercializados por las Isapres de la competencia (Sariego, fojas 2.203; Bitrán, fojas 2.742) y que, a mayor abundamiento, la Superintendencia de Isapres publica periódicamente información relativa a las empresas que participan del mercado de seguros de salud (informe económico acompañados a fojas 1170), todo lo cual constituye un canal expedito de información;

Septuagésimo tercero. Que, por otra parte, cuanto más sencillo sea para un nuevo competidor ingresar al mercado de seguros de salud, más difícil será mantener precios colusivos. En efecto, si los precios vigentes generan beneficios extra normales significativos, nuevas empresas tendrán incentivos para entrar a la industria, lo que actúa como un freno al surgimiento y mantenimiento de un acuerdo colusivo. No obstante, y según se ha señalado precedentemente, existen elementos del mercado relevante que inhiben o retardan la entrada oportuna y suficiente de un nuevo competidor con capacidad de restablecer un equilibrio competitivo;

Septuagésimo cuarto. Que lo anterior debe contrastarse, sin embargo, con un factor concurrente que, a diferencia de los anteriores, podría constituir un elemento que, en principio, desincentivaría la colusión. Así, como se ha determinado precedentemente, es un hecho que las cinco requeridas, al menos en la época en que se habrían iniciado las conductas imputadas, presentan diferentes participaciones de mercado en los distintos tramos de ingreso, pues Colmena, Vida Tres y Banmédica están más especializadas en segmentos de mayores ingresos, mientras que ING y Consalud lo están en segmentos de ingresos medios y bajos. Lo anterior podría disminuir las condiciones favorables para la colusión (fojas 1170 y 3548), toda vez que, (a) es de esperar que los segmentos de menores ingresos presenten una mayor sensibilidad a modificaciones del precio del producto (dada la opción de sustitución con Fonasa) y, por tanto, un acuerdo colusivo que redujese la relación calidad-precio de los planes ofrecidos podría perjudicar a las Isapres especializadas en estos segmentos, lo que podría desincentivarlas a ser parte de dicho acuerdo; y (b) cuanto menor sea la participación de mercado de una Isapre, considerando todo lo demás constante, mayores serían sus beneficios de desviarse del acuerdo colusivo y menores las pérdidas en la fase de castigo;

Septuagésimo quinto. Que, por último, la existencia de información de fácil acceso para el conjunto de Isapres requeridas, adquirible mediante el mutuo y frecuente monitoreo sobre nuevas estrategias de comercialización y planes de salud introducidos por otras Isapres, monitoreables, por ejemplo, vía el intercambio de información entre los propios vendedores de distintas Isapres, haría posible que se produzca un paralelismo como el de autos (en que todas las requeridas fueron cambiando en el tiempo la cobertura de carátula de sus planes, reemplazando aquellos con cobertura 100/80 por otros con cobertura 90/70), sin que necesaria y unívocamente ello sea fruto de un acuerdo colusivo, por lo que este Tribunal estima que no es suficiente dar por acreditado el paralelismo para establecer que hubo colusión. 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;

Septuagésimo sexto. Que, en relación con la posibilidad de coludirse en un solo atributo del plan, es necesario hacerse cargo de la defensa de las requeridas en cuanto alegan que los planes de salud son un producto altamente diferenciado; que la competencia entre Isapres se da en los múltiples parámetros del mismo; y que, por lo tanto, la consumación de un acuerdo

colusivo habría requerido llegar a un acuerdo complejo que abarque todos y cada uno de los atributos del plan de salud. En efecto, los planes de salud comercializados por las Isapres están compuestos por múltiples atributos, los que, a su vez, constituyen distintas dimensiones de competencia. Los principales atributos que componen y determinan la contratación de un plan de salud son: la prima, los porcentajes de bonificación o cobertura de carátula, los topes por prestaciones, los aranceles de los prestadores, los prestadores, la calidad del servicio de cada aseguradora y las tablas de adecuación por sexo y edad; (...)

Octogésimo. Que, como consecuencia de todo lo anterior, a juicio de este Tribunal las características de la industria hacían factible en el año 2002 –y aun hoy– la celebración de un acuerdo colusivo con el objeto de reducir la cobertura de carátula, pero el mero hecho que todas las empresas hayan efectuado tal reducción no basta para acreditarlo. Por ello, habrá de establecerse a continuación si, en los hechos, dicho acuerdo existió o no. Para tal efecto, y a falta de evidencia directa de la existencia del mismo, será preciso constatar si puede presumirse legalmente la existencia de un acuerdo entre las requeridas a partir de los hechos acreditados en el proceso;

Octogésimo primero. Que, en este orden de cosas, se analizará a continuación si existió o no el paralelismo de conductas alegado por la FNE, y si concurren o no hechos anexos que permitan explicar dicho paralelismo, ya sea como el resultado de decisiones no cooperativas de las requeridas –interdependencia oligopólica, caso en el cual no habría colusión–, ya sea como el resultado de un acuerdo entre las requeridas –colusión–. Estos hechos anexos al paralelismo se denominarán, para efectos de orden, como “factores adicionales” (o “*plus factors*”); (...)

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;

Octogésimo séptimo. Que, en efecto, en los mercados oligopólicos, los agentes competidores siempre consideran, al tomar sus decisiones sobre variables estratégicas, la que creen será la conducta del resto de sus competidores. Se han desarrollado amplios campos de investigación en la ciencia económica que tienen por objeto intentar predecir, con la mayor certeza posible, cual será el comportamiento de los competidores en un determinado contexto de mercado. Así, la denominada teoría de juegos analiza estrategias óptimas de decisión para un competidor dado, a partir de diferentes hipótesis respecto de las estrategias que serían implementadas por sus competidores. Por lo anterior, no basta para concluir que ha ocurrido colusión el mero hecho que una determinada conducta –la eliminación de los planes 100/80– se ha verificado en forma prácticamente paralela en un determinado mercado, dado que ello podría ser resultado de decisiones cuasi-independientes por parte de competidores oligopolistas, o bien producto de un seguimiento no concertado, fruto exclusivamente de expectativas de mejora en el interés propio, por parte de algunos competidores en relación a la iniciativa original de otros, lográndose luego de ello un nuevo equilibrio de mercado que no requeriría ni acuerdo colusorio ni monitoreo del mismo;

Octogésimo octavo. Que, se hace necesario entonces analizar la prueba rendida en autos para descartar la posibilidad de que la sustitución de planes haya podido deberse a razones distintas a la colusión;

Octogésimo noveno. Que, relacionado con lo anterior, las Isapres requeridas alegaron en su defensa que la modificación de la estructura de comercialización de los planes fue (a) una respuesta natural a un período de crisis de la industria, caracterizado por la mala situación económica general y una situación financiera difícil de las Isapres debida a una creciente siniestralidad; (b) lo anterior, en un contexto de incertidumbre regulatoria y (c) además motivado por la necesidad de incentivar un cambio cultural, en los usuarios y prestadores de servicios de salud, hacia la contención de costos; (...)

Centésimo tercero. Que si bien la incertidumbre regulatoria puede ser un factor que introduzca riesgo adicional al negocio de los seguros de salud y que, al respecto, en el caso de autos, eran inciertos los costos que la reforma de salud acarrearía en definitiva a las Isapres, atendidas las diferencias en cuanto a composición de cartera, tasas de siniestralidad, redes de prestadores y segmentos (de cotizantes) objetivo de las distintas Isapres, no parece razonable esperar, como única posible reacción, que todas las Isapres hubiesen obtenido una misma estimación de los costos de dichas reformas, ni que hubieran coincidido exactamente en las medidas para paliar dichos costos inciertos, por lo que el sólo hecho de la existencia de incertidumbre regulatoria no permite descartar la posibilidad de que las requeridas se hayan coludido;

Centésimo cuarto. Que corresponde ahora hacerse cargo de la principal defensa de las requeridas, esto es, que las conductas observadas serían consistentes con aquellas características de la interdependencia oligopolística, a la que ya nos hemos referido, en cuanto a que las Isapres tomarían sus decisiones sobre variables estratégicas de competencia, anticipando la reacción de sus competidores a sus propias decisiones, razón que explicaría el hecho de que todas ellas hayan coincidido, en términos prácticos, en sustituir la oferta de planes 100/80 por la de planes 90/70; (...)

Centésimo sexto. Que de lo precedentemente expuesto, este Tribunal concluye que existieron fuertes similitudes en la conducta de las Isapres requeridas, en cuanto a la trayectoria de sustitución de la venta de planes 100/80 por planes 90/70, con la sola excepción de Consalud; (...)

Centésimo octavo. Que, en relación al período posterior a este proceso de sustitución (Gráfico 9), una proporción predominante (el 91,5%) de las variaciones observadas, en la participación de los planes 90/70 en la venta mensual de cada Isapre requerida, se ubica dentro de una franja de +/- 5% de variación respecto a la participación de estos planes en el mes precedente. De forma similar, ahora en relación al período previo (Gráfico 10) al inicio aparentemente paralelo en el retiro de la oferta de planes 100/80, se constata nuevamente que una proporción mayoritaria (en este caso, un 84%) de las variaciones observadas, en la participación de los planes 100/80 en la venta mensual de cada Isapre requerida, se ubica dentro de una franja de +/- 5% de variación respecto a su participación en el mes precedente. Estos hechos, en opinión de este Tribunal, son dables de ser interpretados como consistentes con un período de normal competencia, sobre todo en la industria de Isapres abiertas, en donde parece existir un acceso rápido y transparente a información sobre las estrategias de competencia seguidas por las firmas rivales;

Centésimo noveno. Que de los hechos informados en los Gráficos 7 y 8 precedentes, este Tribunal deduce que el período Mayo 2002 a Febrero 2003 tuvo características distintas en relación a los periodos precedente y posterior graficados. Ello concuerda con que en dicho período se implementa en forma intensiva el proceso de sustitución entre los planes 100/80 y 90/70. Sin embargo, y en opinión de este Tribunal, la aparente sincronía observada, en dicho período, en los cambios en las participaciones de mercado de uno y otro tipo de plan, en el caso de cuatro de las cinco Isapres requeridas, no permite descartar la posibilidad de que tal sincronía temporal pudo haber sido resultado, simplemente, de un proceso de competencia estratégica y no necesariamente fruto de un acuerdo colusorio entre las requeridas. (...)

Centésimo décimo. Que, sin perjuicio que la coincidencia en la decisión inicial de ofrecer planes 90/70 podría ser resultado de la interdependencia oligopolística de las Isapres, no puede descartarse que la correspondencia manifiesta en la intensidad y en las variaciones de intensidad con que –en diversos momentos en el tiempo– todas las Isapres efectivamente sustituyeron sus planes 100/80 por planes 90/70, podría ser consecuencia de un acuerdo entre las requeridas. De hecho, esta coincidencia en la intensidad de sustitución es el indicio más importante que permitiría estimar que podría haber existido un acuerdo colusorio entre cuatro de las requeridas, pero a juicio de este Tribunal no es un indicio de la gravedad y precisión necesarios para que pueda tenerse, sólo por ello, por acreditado ese hecho; (...)

Centésimo duodécimo. Que, en relación con la supuesta interdependencia oligopolística alegada por las requeridas en su defensa, este Tribunal procederá a analizar la racionalidad de las estrategias seguidas por las Isapres al respecto. En primer lugar debemos aclarar un hecho evidente: si fuera efectiva la hipótesis de colusión planteada en el requerimiento de autos, esta colusión se habría producido porque les era mutuamente conveniente a las Isapres requeridas terminar con la comercialización de planes 100/80, independientemente de que lo hicieran como consecuencia de la crisis económica reciente, por la incertidumbre regulatoria, para disminuir el riesgo moral o simplemente porque querían ganar más dinero.

Es decir, tanto en la hipótesis de colusión como en la de interdependencia oligopolística, e independientemente de las razones que hayan tenido las Isapres para hacerlo, este Tribunal puede dar por establecido que la sustitución de planes con cobertura de carátula 100/80 por aquellos con cobertura 90/70, les era mutuamente conveniente a las Isapres. Así las cosas, este Tribunal estima que es plausible pensar que todas las Isapres hayan llegado a la misma conclusión y que, ante tal circunstancia una Isapre, sin necesidad de coordinarse, pueda haber iniciado la rebaja de cobertura de caratula en la convicción de que las demás la seguirían, dado que les convendría hacerlo, y esto es lo que efectivamente haya ocurrido;

Centésimo decimotercero. Que refuerza la posibilidad de que esto haya ocurrido el hecho que, considerando que la sustitución de planes con cobertura de carátula 100/80 fue un proceso que tuvo una duración relativamente prolongada en el tiempo, la empresa que hubiera iniciado tal sustitución, habría tenido la oportunidad de analizar la reacción de la competencia y, en caso que las restantes Isapres hubiesen reaccionado manteniendo sus planes 100/80, los costos hasta entonces asumidos y acumulados, para luego volver a comercializar dichos planes, no habrían sido mayormente relevantes, y esto precisamente fruto del carácter gradual y precautorio de la estrategia seguida para sustituir la oferta de planes 100/80 para las nuevas afiliaciones. En efecto, el hecho que la sustitución de planes 100/80 por planes 90/70 se haya iniciado en forma paulatina pudo tener por explicación que quien la inició quisiera conocer la reacción de la competencia antes de acelerar el proceso; (...)

Centésimo decimoquinto. Que de lo anterior se deduce que la sustitución de la oferta de planes 100/80 pudo ocurrir si la empresa que inició esta sustitución se formó la convicción de que sus competidores de ese segmento la seguirían o que, en caso contrario, podría volver a ofrecer planes 100/80 a los nuevos afiliados, sin haber sufrido en el intertanto pérdidas demasiado cuantiosas. Esta convicción pudo lograrla de un acuerdo colusorio contrario a la libre competencia, o de un análisis de la estrategia que estimaba seguirían sus competidores, aunque en ese caso el riesgo de hacerlo sería mayor. Por lo anterior, el mero paralelismo no permite tener por acreditada la colusión objeto del requerimiento;

Centésimo decimosexto. Que en el caso de autos no hay prueba de que lo que ocurrió haya sido consecuencia de una interdependencia oligopolística, pero tampoco hay prueba suficiente de que haya ocurrido la hipótesis contraria, esto es, que las Isapres se hayan coludido. Por estas razones este Tribunal, a pesar de estimar que es posible que las Isapres requeridas, especialmente Colmena, ING, Banmédica y VidaTres, se hayan coludido en este aspecto, no se ha formado convicción suficiente, mediante los medios de prueba agregados al proceso, de que así haya ocurrido;

Centésimo decimoséptimo. Que los gastos en publicidad y esfuerzo de ventas constituyen dos dimensiones adicionales de posible competencia entre las Isapres y que, como tales, pueden dar indicios sobre la intensidad de competencia en el mercado relevante. Así, este Tribunal también considera necesario analizar la trayectoria temporal de dichos gastos, para efectos de determinar si hubo o no colusión; (...)

Centésimo vigésimo cuarto. Que, en opinión de este Tribunal y a modo de conclusión parcial, los antecedentes precedentes podrían ser, en principio, compatibles con una hipótesis de concertación o acuerdo colusivo entre las requeridas, especialmente durante el 2002, no sólo en términos de las coberturas de carátula sino también de sus respectivos gastos en publicidad y en personal de ventas. Sin embargo, y como se ha argumentado previamente, también es posible pensar en un conjunto de otros factores relevantes que podrían adicionalmente condicionar los niveles óptimos de estos gastos, y sobre los cuales no existe información alguna en autos. Por lo anterior, en opinión de este Tribunal no es posible concluir en forma categórica, a partir de los antecedentes hasta aquí analizados, que las similitudes de comportamiento observadas en los gastos en publicidad y personal de ventas, realizados por las Isapres requeridas, sobre todo durante el año 2002, sean necesariamente una consecuencia del alegado acuerdo colusivo entre las Isapres requeridas; (...)

Centésimo trigésimo cuarto. Que, en resumen, lo anterior acredita en autos que en el período en el que se sustituyeron los planes de salud 100/80 por 90/70 las Isapres requeridas no hicieron un esfuerzo por mejorar la competitividad de la muestra de planes analizados en el cuadro 11, ni por precio, ni en los topes de bonificación. Lo anterior podría deberse a un acuerdo colusorio entre las requeridas, pero también podría explicarse por un paralelismo que no sea fruto de la colusión, o por un aumento del costo de la salud, que fue enfrentado disminuyendo la calidad del plan en lugar de aumentar su precio. Al respecto, este Tribunal tiene en consideración que es un hecho notorio que los costos de los servicios de atención de salud han tendido a aumentar progresivamente y que ello históricamente se ha reflejado en aumentos de los precios de los planes de salud, superiores al aumento del IPC;

Centésimo trigésimo quinto. Que ponderados en conjunto todos los antecedentes analizados precedentemente de acuerdo a las reglas de la sana crítica, este Tribunal, si bien pudo establecer que se produjo un paralelismo en el actuar de cuatro de las requeridas, las Isapres Colmena, ING, y Banmédica+Vida Tres, que podría ser fruto de un acuerdo entre ellas, no ha logrado formarse convicción a este respecto, por lo que concluirá que no existen en autos antecedentes suficientes que permitan tener por acreditado dicho acuerdo. Por lo anterior, rechazará el requerimiento de autos y también lo solicitado por los terceros coadyuvantes de la requirente, don Patricio Walker Prieto y don Sergio Espejo Yaksic, en lo principal de su presentación de fojas 49 y siguientes, en la que expusieron argumentos idénticos a los esgrimidos por la Fiscalía Nacional Económica; (...)

Acordada con el voto en contra de los Ministros señora Butelmann y señor Depolo, quienes estuvieron por acoger el requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica, en la forma, por las consideraciones y respecto de las requeridas que a continuación se indican:

1º) Que, a juicio de estos sentenciadores de minoría, los ilícitos colusivos se configuran cuando dos entidades competitivas independientes entre sí hacen confluír sus voluntades con el objeto o el efecto de sustituir la incertidumbre e incentivos propios de la competencia, por la certeza de la colaboración. En consecuencia, para sancionar conductas como la denunciada basta que concurren: (a) la confluencia de voluntades o existencia de un acuerdo; y (b) el efecto negativo actual o potencial respecto de la competencia;

2º) Que, en relación con lo anterior, resulta improcedente estimar que la frase final del literal a) del inciso segundo del artículo 3º del Decreto Ley N° 211 imponga como requisito adicional de ilicitud la circunstancia que los partícipes de un acuerdo como el que se viene describiendo efectivamente abusen del poder de mercado que dicho acuerdo les permitió alcanzar, mantener o incrementar. Lo anterior, por cuanto conforme al inciso primero del referido artículo 3º, son tan ilícitos aquellos hechos, actos o convenciones que producen el efecto de impedir, restringir o entorpecer la libre competencia, como aquellos que tienden a producir los efectos reseñados, interpretación que es consistente con el encabezado del inciso segundo, que sólo enuncia ejemplos de casos en que dichos efectos se producen efectivamente, sin pretender por esa vía excluir la ilicitud de aquellos supuestos en que los efectos se tienden a producir, y por ende, introducir un requisito adicional para configurar la infracción;

3º) Que además, constituye un error conceptual entender que el abuso de la posición que el acuerdo permite alcanzar, mantener o incrementar, es un requisito adicional para que exista colusión, toda vez que ello supone confundir los ilícitos de colusión con una hipótesis de ilícito diferente, como es el abuso colectivo de posición dominante; razones todas por las que, en la especie, el análisis debe centrarse esencialmente en determinar si existió o no un acuerdo;

4º) Que lo expuesto, sin embargo, no supone que estos sentenciadores equiparen las infracciones que efectivamente producen los efectos anticompetitivos con aquellas que sólo tienden a producirlos; circunstancia que en todo caso corresponde a este Tribunal ponderar a efectos de determinar el monto de las multas que procedan, para lo cual, conforme lo dispone el inciso final del artículo 26º del Decreto Ley N° 211, debe considerar, precisamente y entre otras circunstancias, el beneficio económico obtenido con la infracción;

5º) Que, en segundo término, estos sentenciadores estiman que la existencia de un acuerdo o práctica concertada entre agentes económicos puede ser acreditada tanto por prueba directa

como indirecta, e incluso, sólo por prueba indirecta. En efecto, en la mayoría de los casos, la existencia de acuerdos o prácticas concertadas deben inferirse de ciertas coincidencias y de indicios que, considerados en su conjunto, pueden constituir, a falta de una explicación coherente, la prueba de una infracción a las normas de competencia;

6º) Que, para acreditar los hechos anteriores, este Tribunal debe ponderar y considerar los medios de prueba que el propio Decreto Ley N° 211 establece en su artículo 22, inciso 2º, al señalar que serán *“admisibles los medios de prueba indicados en el artículo 341 del Código de Procedimiento Civil y todo indicio o antecedente que, en concepto del Tribunal, sea apto para establecer los hechos pertinentes”*;

7º) Que este reconocimiento expreso de los indicios o antecedentes como medios de prueba adicionales a los que contempla nuestro ordenamiento procesal civil resulta coherente, a juicio de estos sentenciadores de minoría, tanto con la naturaleza de los ilícitos que les corresponde juzgar como con el sistema de apreciación de la prueba que, también excepcionalmente, el legislador ha querido establecer para ponderarlos. En efecto, debe considerarse en primer término que es de la esencia de las prácticas restrictivas de la competencia –y sobre todo de los acuerdos– que quienes las lleven a cabo intenten ocultar, por todos los medios posibles, la evidencia material que los pueda delatar (comunicaciones escritas o telefónicas, registros de llamadas, minutas de reuniones, actas, etc.), dificultando de esta manera la prueba directa de tales conductas, por lo que sólo queda en manos de quien requiere o demanda la posibilidad de acreditar los indicios o antecedentes que revelen o manifiesten indirectamente la existencia de dicha conducta. Lo anterior es particularmente necesario en un sistema que, como el nuestro, no ha entregado al organismo fiscalizador –la FNE– las facultades necesarias para obtener compulsivamente la denominada evidencia material, directa o “dura”;

8º) Que la prueba mediante indicios o antecedentes es también coherente con el sistema de apreciación basado en la sana crítica, consagrado en el inciso final del referido artículo 22, pues el legislador, reconociendo la dificultad de que exista prueba “dura” o directa, ha entregado a este Tribunal un instrumento más flexible que, a diferencia del sistema de prueba legal o tasada, descansa en las reglas de la lógica y en la experiencia objetiva de los jueces para deducir de hechos conocidos –los indicios o antecedentes acreditados en la causa– otros que se desconocen –la existencia de un acuerdo, en este caso–, todo lo cual resulta adecuado a la finalidad última de la ley, en el sentido que su objeto es el de *“promover y defender la libre competencia en los mercados”* (artículo 1º), debiendo este Tribunal darle aplicación *“para el resguardo de la libre competencia en los mercados”*;

9º) Que, además, el examen de los indicios, antecedentes y pruebas allegados a la causa debe efectuarse en correspondencia con un análisis lógico, jurídico y económico que los considere de manera sistemática, esto es, ponderando los unos en relación con los otros, considerados en su conjunto, para, de esta forma, establecer si concurre o no una infracción a la libre competencia. De esta forma, si de hechos plenamente demostrados puede inferirse la existencia de colusión entre las requeridas, entonces esta última debe darse por acreditada, aplicándose la sanción correspondiente. Si, en cambio, esos hechos tienen una interpretación plausible alternativa a la colusión, entonces el requerimiento debe desecharse;

10º) Que la metodología antes descrita debe entonces complementarse con el análisis de las explicaciones alternativas a la colusión que las requeridas han alegado en autos, para lo cual, a juicio de estos disidentes, no basta con establecer que la explicación o discurso argumental de

las requeridas sea teóricamente susceptible de haber ocurrido en los hechos, sino que es necesario además que existan en el expediente antecedentes e indicios suficientes para que el Tribunal pueda contrastar estas explicaciones alternativas, ponderarlas y decidir en definitiva cual de ellas –si es que existe alguna– es la más plausible y robusta desde el punto de vista económico y jurídico, en relación con los hechos tal como han sido acreditados. De no ser así, bastaría a cualquier demandado argumentar acerca de un hecho teórico que podría haber ocurrido en vez de la colusión –incluso en el extremo hipotético más remoto– para desvirtuar la acusación;

11º) Que, así las cosas, los ministros que subscriben este voto disidente, ponderando el conjunto de las pruebas, antecedentes e indicios allegados a esta causa, han llegado al convencimiento de que la única conclusión posible respecto de los hechos sometidos a su conocimiento es que existió entre cuatro de las requeridas una práctica concertada cuyo objeto y efecto fue el de restringir la competencia para así poder disminuir la relación calidad/precio del producto ofrecido a sus afiliados y limitar la libertad de elección de los mismos. Igualmente, y una vez ponderadas –también en conjunto– las pruebas, indicios y antecedentes aportados por las requeridas, han concluido que no son suficientes para respaldar o sustentar las tesis o explicaciones alternativas de la colusión que justificarían su conducta, por lo que corresponde aplicar a tales requeridas las sanciones y medidas que contempla el Decreto Ley N° 211;

12º) Que el convencimiento antes mencionado se ha alcanzado porque, a juicio de los ministros que suscriben este voto de minoría, están suficientemente acreditados los siguientes hechos, que pueden agruparse en dos categorías: (A) Condiciones estructurales habilitantes de la colusión; y, (B) Hechos reveladores de la conducta colusiva;

13º) Que, respecto de las condiciones habilitantes para la colusión, está acreditado en el expediente –y así se reconoce en las consideraciones trigésimo séptima, trigésimo octava, sexagésimo segunda y sexagésimo tercera, de la sentencia–, que en este mercado relevante la demanda está cautiva, debido a la contratación forzosa que le impone el sistema de seguro obligatorio de salud que rige en nuestro país;

14º) Que, igualmente, otra condición habilitante de la colusión que se encuentra acreditada es la existencia de significativas barreras a la entrada de nuevos competidores –tal y como consta de las consideraciones quincuagésimo séptima a sexagésimo quinta de la sentencia– por la concurrencia de costos de cambio entre una Isapre y otra, y por una acusada integración vertical entre éstas y los prestadores de servicios de salud, lo que impide u obstaculiza significativamente el ingreso de nuevos actores al mercado relevante;

15º) Que, asimismo, y tal como se razona en las consideraciones quincuagésimo octava a sexagésima quinta de la sentencia, como consecuencia de las barreras antes indicadas, en el mercado relevante existe un reducido número de competidores, que ha venido disminuyendo en el tiempo hasta configurar el escenario en el que ocurren los hechos de autos, caracterizado por un oligopolio de no más de cuatro actores de importancia (para estos efectos, y dada su relación de propiedad, Banmédica y Vida Tres deben considerarse como una sola entidad competitiva);

16º) Que, en ese contexto, también está demostrado (consideración septuagésimo primera de la sentencia) 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;

17º) Que, también en materia de información, quienes concurren a este voto de minoría son de la opinión que el hecho acreditado en las consideraciones septuagésimo primera y septuagésimo segunda de esta sentencia, esto es, la existencia de información de fácil acceso para el conjunto de Isapres requeridas, adquirible mediante el mutuo y frecuente monitoreo sobre nuevas estrategias de comercialización y planes de salud introducidos por otras Isapres, sobre todo vía intercambio de información entre los propios vendedores de distintas Isapres– constituye también una condición habilitante de colusión, toda vez que permite a las Isapres efectuar un seguimiento de la implementación efectiva de los acuerdos a los que puedan llegar en materia de introducción, retiro o modificación de sus productos;

18º) Que, por último, en materia de condiciones habilitantes de colusión, los ministros que suscriben este voto de minoría no comparten la conclusión a que se arriba en la consideración septuagésimo cuarta de la sentencia, pues, a su juicio, la hipótesis que se plantea como posible en un contexto de participaciones de mercado asimétricas no es viable, pues su principal supuesto –esto es, que las Isapres que atienden segmentos de la población de menores ingresos tendrían todos los incentivos para competir con las que tienen afiliados de mayores ingresos, ante un cambio en la oferta de los planes dirigidos a este último segmento– no se condice con el hecho –acreditado en las consideraciones trigésimo quinta a quincuagésimo tercera de esta sentencia– de que el mercado relevante en estos autos es la oferta de planes privados de salud por parte de Isapres abiertas precisamente a los segmentos de mayores ingresos de la población, y que dicho segmento era el único que, a la fecha de los hechos requeridos, estaba expandiendo su demanda (como puede observarse en el gráfico 2); contexto en el que tales asimetrías son, por el contrario, un acicate para no competir, facilitándose de esta manera las condiciones de colusión en el mercado relevante;

19º) Que, además de las condiciones habilitantes de colusión descritas precedentemente, a juicio de los ministros que concurren a este voto de minoría, se encuentran suficientemente acreditados los siguientes tres hechos a partir de los cuales es posible inferir o presumir la existencia de un acuerdo entre las requeridas para sustituir la oferta de planes con cobertura de carátula 100/80 por otros con cobertura 90/70: (a) la simultaneidad en el comienzo de la sustitución de unos planes por otros (con la sola excepción de Consalud); (b) el notorio paralelismo en el ritmo de sustitución de unos planes por otros, observado en el tiempo respecto de todas las requeridas (aun cuando en menor medida respecto de Consalud); y, (c) una aguda disminución en la intensidad de competencia entre las requeridas, revelada a su vez por dos factores concurrentes: i) la disminución coincidente de los gastos de publicidad y de fuerza de ventas de las requeridas; y, ii) la disminución de los topes o límites efectivos de cobertura ofrecidos a los afiliados por las requeridas; (...)

21º) Que si bien respecto de cada uno de los hechos precedentemente enumerados, por sí solo, no sería suficiente para revelar que hubo colusión –tal como expresa la sentencia–, pues para cada uno de ellos podría existir una explicación teórica alternativa, a juicio de estos sentenciadores de minoría, esos mismos hechos, analizados como un todo, sólo pueden explicarse por la existencia de un acuerdo entre las Isapres requeridas. En otras palabras, el fallo de mayoría no presenta una única explicación alternativa de la colusión que se haga cargo de todos estos elementos y los justifique en un ambiente concreto de competencia;

22°) Que, en efecto, la sentencia justifica los hechos acreditados y listados precedentemente, proponiendo para cada uno de ellos hipótesis diferentes que, a juicio de estos ministros de minoría, no son plausibles y, además, son inconsistentes unas con otras, en el sentido de que no se expone en el fallo una explicación competitiva única que se haga cargo globalmente de toda la evidencia que existe en el proceso; (...)

25°) Que, el razonamiento a partir del cual es posible inferir o presumir la colusión y descartar las hipótesis de competencia, considera que en este caso no se trata de la simple introducción simultánea de un nuevo producto, sino que de una trayectoria paralela en que los momentos de aceleración en la sustitución de los planes 100/80 por 90/70 coinciden en la mayoría de las requeridas. Si bien es posible –aunque altamente improbable– que dentro de un mismo mes las Isapres imiten el tipo de plan que comercializan sus competidores, lo cual explicaría la simultaneidad observada en el inicio de la comercialización de los planes 90/70 en mayo del 2002 por parte cuatro de las requeridas, la información con la que cuentan las Isapres no permite explicar que en dos momentos de tiempo –octubre de 2002 y enero de 2003– las Isapres requeridas hayan coincidido en la intensidad con la que sustituyeron los planes 100/80 por 90/70;

26°) Que, en efecto, para que tal correspondencia de comportamiento se produjese en un contexto de interdependencia oligopólica, las Isapres habrían debido contar con información perfecta respecto de las ventas por tipo de plan de cada uno de sus competidores, procesarla y adoptar decisiones comerciales en forma prácticamente instantánea. A juicio de estos disidentes, tal hipótesis no es plausible atendido que en el mercado relevante la información no está disponible con esa rapidez ni grado de detalle;

27°) Que, por otra parte, los ministros que concurren a este voto de minoría tampoco comparten la manera en que las consideraciones centésimo vigésimo cuarta y centésimo vigésimo novena de la sentencia descartan como elemento revelador de colusión la disminución coincidente tanto de los gastos de publicidad como los de fuerza de ventas; (...)

29°) Que, por otra parte, la consideración centésimo vigésimo primera establece como indiciario de que el paralelismo observado en la disminución de gastos en fuerza de ventas no sería tal o, como dice la sentencia, a modo de índice de que habría heterogeneidad dentro de las requeridas, el hecho que ING y Consalud habrían aumentado sus gastos en ventas, en vez de reducirlos en el 2003. Habiendo sido Consalud descartada del acuerdo por la sentencia –decisión que estos disidentes comparten–, faltaría explicar el comportamiento de ING. Al respecto, el comportamiento disímil de ING en los gastos de venta es totalmente coherente con el rezago que adopta en su ritmo de sustitución de planes con respecto a las demás requeridas (ver gráfico 7);

30°) Que tal desmarque de Isapre ING hacia mediados del año 2003 podría entonces explicarse tanto por un incumplimiento transitorio de un acuerdo colusivo para ganar participación de mercado en el segmento de interés para ING, como por una compensación diseñada por los mismos partícipes de dicho acuerdo para equilibrar participaciones de mercado en ciertos segmentos de afiliados. Aun cuando no existe evidencia en el expediente que permita dirimir sobre estas posibilidades, en cualquiera de ellas el comportamiento de ING resulta coherente con la demás evidencia y hechos reveladores de colusión que constan en el expediente, por lo

que la disminución en gastos de fuerza de ventas debe considerarse como un indicio de merma en la intensidad de competencia, revelador a su vez de colusión; (...)

33°) Que, dicho todo lo anterior, es necesario entonces entender cuál sería el comportamiento esperable en mercados como el de autos, a fin de contar con un estándar de competencia eficaz contra el cual contrastar la conducta reprochada a las requeridas y, así, determinar su licitud o ilicitud;

34°) Que, en efecto, en los mercados oligopolísticos como el de autos se puede esperar que los competidores reaccionen los unos interdependientemente de los otros, sin colusión, a medida que alguno o algunos de ellos adopte un cambio en su estrategia individual –tal como se afirma en la consideración octogésimo séptima de esta sentencia–. En ese contexto de incertidumbre –en el que el competidor que inicia el cambio no sabe cómo reaccionarán los demás–, lo normal en un ambiente no colusivo es que los competidores incrementen su intensidad de competencia, ya sea elevando sus gastos de publicidad para atraer más clientes, ya sea subiendo sus gastos en fuerza de ventas para llegar a más potenciales clientes, ya sea ofreciendo a estos últimos topes o límites de cobertura más altos que los de su competencia. Además, sería también normal que exista un rezago entre el primer cambio individual y la reacción de los competidores, y que se mantengan –fruto de la incertidumbre o desconocimiento de las estrategias de cada competidor– ritmos distintos en la implementación de dichos cambios, aun cuando finalmente se pueda converger en un nuevo equilibrio de mercado en el mediano o largo plazo;

35°) Que, sin embargo, lo que está acreditado en el expediente es todo lo contrario de lo que debe esperarse en condiciones de competencia. De ello no puede sino deducirse que son los propios competidores quienes han decidido actuar de una manera distinta de la que les ordenaría el mercado de no mediar una confluencia de voluntades cuyo objeto o efecto sea precisamente el de restringir la competencia en el mismo. En otras palabras: los hechos acreditados en esta causa sólo se explican si existe un acuerdo entre los competidores, a menos que existan antecedentes que hagan plausible una explicación de mercado, distinta de la colusión, circunstancia esta última que, a juicio de estos disidentes, no concurre en la especie; (...)

44°) Que en cuanto a la segunda explicación alternativa presentada por las requeridas, esto es, la incertidumbre regulatoria como justificación de su conducta paralela, debe tenerse presente que, si bien dicha incertidumbre podría ser un factor que introduce mayor riesgo al negocio de los seguros de salud, eran inciertos los costos que tendría para cada una de las Isapres la reforma de salud. Atendidas las diferencias que existen entre ellas en cuanto a composición de cartera, tasas de siniestralidad, redes de prestadores y poblaciones-objetivo de las distintas Isapres, se deduce de manera lógica que no es razonable esperar que todas las Isapres hubiesen obtenido una misma estimación de los costos de dichas reformas, ni que hubieran coincidido exactamente en las medidas para paliar dichos costos inciertos. En otras palabras, no parece justificable que los factores de incertidumbre antes descritos hayan sido evaluados exactamente de la misma forma por las Isapres requeridas, de tal manera de llevarlas, por separado y al mismo tiempo, a decidir que la medida adecuada para contener dicha incertidumbre fuese necesariamente –y en todos y cada uno de los casos– el cese en la oferta de planes con carátula 100/80 y su reemplazo por la de planes 90/70; razones todas por las cuales tampoco es posible aceptar esta segunda alegación o explicación alternativa de la colusión planteada por las requeridas; (...)

Reclamación Sentencia TDLC 57/2007, rol C 77-05, CS rol 4052-2007

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;

8º) Que dichas prevenciones continúan más adelante, pudiendo destacar sobre el particular lo que expone al sostener que la transparencia del mercado "permitiría el monitoreo" de un acuerdo, pero que a la vez ello es compatible con la hipótesis de que un nuevo equilibrio de mercado pueda lograrse "sin que necesariamente sea consecuencia de un acuerdo" (fundamento septuagésimo noveno); luego, expresa, examinando la primera defensa de las requeridas relativa a las razones que motivaron la modificación de la estructura de comercialización de los planes de salud (consistente en una respuesta natural a un período de crisis de la industria), que si bien existen antecedentes que "atenúan parcialmente su validez, tampoco ha sido acreditado lo contrario" (reflexión nonagésima tercera); expresa a continuación que, en opinión del tribunal, "no existen antecedentes suficientes que permitan descartar la posibilidad" el término de los planes 100/80 pueda haber estado motivado por la intención de las requeridas de disminuir los problemas asociados al denominado "riesgo moral", "selección adversa" y "demanda inducida" (consideración centésima); enseguida expone que en el período que media entre mayo de 2002 y febrero de 2003 se implementó "en forma intensiva el proceso de sustitución entre los planes 100/80 y 90/70", pese a lo cual, y en opinión del tribunal, la "aparente sincronía observada no permite descartar la posibilidad" de que ella pudo haber sido resultado de un proceso de competencia estratégica y no necesariamente fruto de un acuerdo colusorio entre las requeridas. Añade que tal sincronía pudo obedecer a un proceso sustantivo de ajuste, el que probablemente involucraba, a su juicio, expectativas de efectos financieros relevantes (razonamiento centésimo noveno); sin embargo, en el juicio siguiente, expresa que si bien la coincidencia en la decisión inicial de ofrecer planes 90/70 "podría ser el resultado" de la interdependencia oligopolística de las Isapres, "no puede descartarse" que la correspondencia manifiesta en la intensidad y en las

variaciones de intensidad con que fueron sustituidos los planes, "podría ser consecuencia de un acuerdo" entre las requeridas (consideración centésima décima);

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);

10º) Que más adelante señala que los antecedentes mencionados en los fundamentos precedentes (vinculados al comportamiento del gasto real en publicidad y en remuneraciones del personal de ventas) "podrían ser, en principio, compatibles" con una hipótesis de concertación, especialmente durante el año 2002; sin embargo, también es posible pensar en un conjunto de "otros factores relevantes que podrían adicionalmente condicionar los niveles óptimos de estos gastos y sobre los cuales no existe información alguna en autos". Por lo mismo, añade que "no es posible concluir en forma categórica" que las similitudes de comportamiento observadas en los gastos de publicidad y personal de ventas "sean necesariamente una consecuencia del alegado acuerdo colusorio" (fundamento centésimo vigésimo cuarto); seguidamente expone que en las inmediaciones del año 2003 las requeridas muestran un comportamiento disímil respecto del grupo de las no requeridas (en cuanto al gasto en personal de ventas), "asimetría que podría ser consistente" con una reducción en la intensidad de competencia e incluso compatible con la hipótesis de colusión, "pese a lo cual estima" que lo anterior "no permite concluir que tal comportamiento se deba necesariamente" a un acuerdo entre las requeridas (basamento centésimo vigésimo noveno); y, finalmente, expone que los indicios de falta de competitividad en las dimensiones que menciona (razonamiento centésimo trigésimo cuarto) "podrían deberse" a un acuerdo colusorio "pero que también podría explicarse" por un paralelismo que no sea fruto de la colusión o por un aumento del costo de salud;

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.

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;

13º) Que, en efecto, de los diversos antecedentes que constan en autos se desprende que la coincidencia temporal habida tanto en relación al inicio en la venta de los planes de salud con cobertura 100/80 como en lo referido a la simultaneidad en la gradualidad con que se llevó a

cabo, puede ser explicada sea por una eventual concertación entre las Isapres requeridas, sea por la competitividad y características propias del mercado en examen.

Es asimismo, en un mercado como el de autos, los participantes se encuentran sometidos a una intensa y permanente vigilancia recíproca, que se realiza con el fin de minimizar las ventajas que alguno de ellos pudiese obtener en perjuicio de los otros, conducta que resulta incompatible con la colusión denunciada, a la vez que congruente con los hechos de que se trata;

14º) Que, de este modo, no existe una justificación única que explique la existencia de la conducta paralela que se dio por establecida, sino que, por el contrario, cualquiera de las razones anotadas precedentemente permite, por sí misma, comprender su mecanismo y explicar las razones por las que se produjo dicha simultaneidad;

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;

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.

.....

SENTENCIA N° 79/2008, rol C 132-07

Requerimiento de la FNE contra Asfaltos Moldeables de Chile S.A. y otros ("Asfaltos")

Noveno: Que la FNE imputa a las requeridas el haberse coludido en los precios y otras variables competitivas con el objeto de hacer fracasar la licitación pública ID N°2239-63-LP06 solicitada por la Dirección RM de Vialidad para la adquisición de mezcla asfáltica en frío para tapar los baches de 29 comunas de la Región Metropolitana, en adelante la Licitación. La FNE funda su requerimiento en las razones que se expusieron en los puntos 1.1. 1.2 y 1.3. de la parte expositiva de este fallo;

Décimo: Que según se desprende del requerimiento de la FNE, la existencia de un acuerdo entre las requeridas para hacer fracasar la Licitación estaría acreditada por los siguientes hechos:

(i) La coincidencia y similitud de los precios y demás condiciones ofertadas por las requeridas en la licitación materia de autos, en comparación con la dispersión en los precios ofertados en licitaciones anteriores realizadas entre enero y octubre de 2006;

(ii) La circunstancia de que los precios ofrecidos por las requeridas en la licitación materia de autos son superiores a los precios promedio cobrados por éstas en licitaciones anteriores, sin que esa diferencia aparezca justificada en costos;

En este contexto, la FNE afirma que sólo un acuerdo explica: (a) que los precios ofertados por los sacos de 20 kg. sean muy similares entre sí y superiores al precio de referencia; y, (b) que las requeridas se presentaran con el mismo precio en el formato a granel, ya que ese precio es muy superior al de mercado y podrían haber competido sacrificando el margen de distribución que PB ofrecía a MK y QL, de un 35%;

(iii) El hecho de que las requeridas coincidieron en otros aspectos de sus ofertas, tales como: (a) no ofrecer descuentos por volumen a sabiendas de que, al no hacerlo, no alcanzarían el mínimo de 65 puntos; (b) no señalar plazos de entrega, reposición ni recargos por flete para regiones distintas de su región de origen; y, (c) informar capacidades de producción muy similares;

(iv) La existencia de numerosas conversaciones telefónicas sostenidas por las requeridas entre el llamado a la Licitación y la apertura de las propuestas. La FNE afirma que las requeridas sostuvieron conversaciones telefónicas en, al menos, 44 oportunidades, presumiblemente, acerca del precio y productos a ofertar.

(v) La circunstancia de que las requeridas manifestaron su disconformidad con las condiciones exigidas por la Licitación y dos de ellas, MK y PB, habrían optado en algún momento por no participar, sin perjuicio de lo cual igualmente presentaron ofertas;

Undécimo: Que, además, la FNE sostiene que facilitó el acuerdo la existencia de barreras de entrada al mercado y mecanismos de control o castigo en caso de que uno de los participantes se desviara o incumpliera el acuerdo, presentando una oferta que le permitiera adjudicarse la Licitación. (...)

Decimoséptimo: Que, con respecto a la idoneidad del presunto acuerdo para lesionar la libre competencia, esto es, para identificar los efectos que la convención cuestionada habría producido o era objetivamente idónea para producir, es preciso tener en cuenta que la Licitación en cuestión tenía la modalidad Convenio Marco, por lo que los efectos de un acuerdo colusivo se producirían en el mercado de producto en una época posterior a la Licitación.

Decimoctavo: Que lo anterior se debe a que esta modalidad de licitación seleccionaba las mejores ofertas según parámetros establecidos, para incluirlas en un catálogo que debía ser consultado en forma preferente por los municipios o entidades públicas (Entidades) que desearan adquirir alguno de los productos incluidos en él, durante el período de vigencia del mismo que, en este caso, era de 6 meses, tal como consta en las Bases. Por consiguiente, los clientes de mezcla asfáltica en frío para bacheo no estaban obligados a comprar a los adjudicatarios y eran, en cambio, libres de hacerlo a otras empresas proveedoras de este producto en la medida que les ofrecieran mejores condiciones que las del catálogo;

Decimonoveno: Que, por lo tanto, de haber sido exitosa la Licitación, las empresas adjudicatarias habrían seguido compitiendo después de ésta con todas las otras empresas proveedoras del producto. Por lo tanto, los precios que habrían aparecido en dicho catálogo, en la práctica, sólo habrían funcionado como una fijación de precios máximos para las empresas que podrían haberse adjudicado la Licitación. Además, como ya se adelantó, al existir la

posibilidad de realizar las compras de mezcla asfáltica en frío para bacheo a empresas que no participaron, o participaron pero no se adjudicaron la Licitación, la competencia relevante es la que se daría después de los resultados de la Licitación;

Vigésimo: Que, después de la Licitación, las Entidades eran libres de adquirir otros productos que fueran capaces de cumplir la misma finalidad que la mezcla asfáltica en frío para bacheo, como ocurriría, de acuerdo con lo señalado por PB, con la mezcla asfáltica en caliente; (...)

Vigésimo segundo: Que este Tribunal no cuenta con antecedentes suficientes como para determinar el grado de sustitución que existiría entre ambos productos, pues las partes no rindieron pruebas en tal sentido. Sin embargo, considerando que no es controvertido que se trata de productos que satisfacen una misma necesidad, es razonable suponer que la mezcla asfáltica en caliente introduce cierta presión competitiva en el mercado de la mezcla asfáltica en frío para bacheo; (...)

Vigésimo sexto: Que de acuerdo a los datos proporcionados a fojas 482, 802 y 862, en el mercado de la mezcla asfáltica en frío para bacheo, existe una gran cantidad de oferentes, además de los requeridos, entre los años 2004 y 2007. Una vez realizada la Licitación, todos estos oferentes habrían sido posibles competidores de los adjudicatarios dada la modalidad de Convenio Marco;

Vigésimo séptimo: Que en el mercado así definido, no es controvertido que no existen barreras de entrada, y la propia FNE así lo afirmó tanto en su requerimiento como en el informe económico acompañado a fojas 919, sin que existan antecedentes en autos que conduzcan a este Tribunal a estimar lo contrario. En efecto, toda la información aportada a este respecto, permite concluir que los costos hundidos asociados al desarrollo o adquisición de los aditivos necesarios para cumplir con las especificaciones técnicas son bajos, y que en general no existe ninguna otra barrera a la entrada como posibles economías de escala, ya que se observan distintos tamaños de plantas en la industria. Al respecto, se aprecia en los datos de las licitaciones del producto relevante, que en los años 2006 y 2007, se adjudicaron licitaciones 47 y 67 empresas distintas respectivamente (disco compacto agregado a fojas 862), lo que permite concluir que en el mercado relevante participan numerosas empresas de menor tamaño que son capaces de competir con las requeridas y disputarles los clientes;

Vigésimo octavo: Que por lo tanto, el presunto acuerdo entre las requeridas no era apto para producir un resultado contrario a la libre competencia en el mercado relevante;

Vigésimo noveno: Que, sin perjuicio de lo anterior, y a mayor abundamiento, este Tribunal determinará si se encuentra o no demostrada la existencia del acuerdo denunciado, para lo cual se analizarán las condiciones o requisitos para participar en la Licitación y cada uno de los hechos que la FNE considera indicativos de su existencia;

Trigésimo: Que en relación con los requisitos para participar en la Licitación, este Tribunal considera que los mismos podrían facilitar la existencia de un acuerdo, en la medida que restrinjan el número de posibles oferentes. Al respecto, la FNE señaló en su requerimiento de fojas 39, que el plazo para formular ofertas establecido en las Bases, fue de tan sólo trece días, por lo que sólo las requeridas estaban en condiciones de presentar ofertas en este lapso;

Trigésimo primero: Que, este Tribunal estima que la limitación ya descrita, que consta de las Bases de fojas 2, en conjunto con las condiciones de la Licitación en que las requeridas fundan el mayor precio ofertado en la misma, si bien, no necesariamente producían tal incremento de precios, incrementaban la incertidumbre y los costos de participar, de tal manera que restringían el número de posibles oferentes a las empresas que estuvieran dispuestas a enfrentar tales riesgos y solventar los mayores costos. En este sentido, por ejemplo, cabe apuntar que las Bases disponían que los oferentes debían prestar asistencia técnica en terreno y capacitaciones técnicas (punto 5), entregar una boleta de garantía (punto 10), comprometerse a extender al catálogo los mejores precios que ofrezca fuera de él, sea a terceros o a las Entidades, y aceptar devolución de hasta un 10% del total del producto comprado (punto 11);

Trigésimo segundo: Que por lo anterior, este Tribunal estima que el número de interesados o posibles oferentes estaba limitado por las condiciones establecidas en la Licitación, circunstancia que podría haber facilitado un acuerdo entre las requeridas;

Trigésimo tercero: Que, por otra parte, es preciso analizar si los indicios de la existencia de un acuerdo que invoca la FNE están o no acreditados y si éstos conducen o no inequívocamente a la conclusión de que MK, PB y QL acordaron las condiciones bajo las cuales participaron en la Licitación:

Trigésimo cuarto: Que, con respecto al primer indicio de la existencia de un acuerdo que señala la FNE, relativo a la similitud de las ofertas presentadas por las requeridas, este Tribunal estima que la circunstancia de que una de éstas provea a las otras dos del producto licitado en formato a granel (PB abastece a QL y MK), podría explicar la similitud de los precios ofertados por todas ellas en ese formato. Además, en relación con el formato a granel, a este Tribunal le parece razonable que las requeridas no hayan competido sacrificando parte del margen de distribución considerado en un 35%, ya que la Licitación no implicaba venta de cantidad alguna, sino únicamente la posibilidad de figurar en un catálogo que era vinculante para el adjudicatario, pero no para las Entidades;

Trigésimo quinto: Que, con respecto al segundo indicio invocado por la FNE, en cuanto a que los precios ofrecidos por las requeridas en la licitación materia de autos son superiores a los precios promedio cobrados por éstas en licitaciones anteriores, este Tribunal estima que este indicio puede ser desestimado, atendidas las distintas y mayores exigencias contempladas en esta Licitación, en relación con aquellas contempladas en las licitaciones anteriores, y además, por la modalidad de convenio marco que caracterizaba a la Licitación. En efecto, no es controvertido, que esta Licitación era sustancialmente diferente de las anteriores y, por consiguiente, no es factible comparar los precios ofertados en unas y otras;

Trigésimo sexto: Que, con respecto al tercer indicio invocado por la FNE, consistente en que las requeridas coincidieron en no ofrecer descuentos por volumen, este Tribunal considera que también puede ser desestimado como apto para demostrar un acuerdo, ya que las explicaciones dadas por las requeridas son plausibles y se encuentran debidamente acreditadas. En efecto, por un lado, las requeridas probaron con los certificados acompañados a fojas 176, que ellas no reciben descuentos por volumen de sus proveedores; y, por otro, consta de las Bases rolantes a fojas 2, que la DCCP se reservaba el derecho de adjudicar aunque no se cumplieran los requisitos o condiciones, o de declararla desierta si las ofertas no se ajustaban a sus intereses (fojas 11), por lo que aún sin reunir los 65 puntos, el postulante igualmente podía resultar adjudicado; (...)

Trigésimo octavo: Que, en cuanto al cuarto indicio invocado por la FNE, referido a la existencia de numerosas conversaciones telefónicas entre las requeridas en el periodo anterior a la presentación de ofertas, este Tribunal estima que la existencia de relaciones comerciales entre las requeridas se encuentra suficientemente acreditada con las órdenes de compra acompañadas a fojas 91, las facturas acompañadas a fojas 565 y las escrituras acompañadas a fojas 317, que proporcionan una explicación alternativa plausible a dichas comunicaciones;

Trigésimo noveno: Que por último, para acreditar la existencia del acuerdo, la FNE sostiene que algunas de las empresas manifestaron su deseo de no participar en la Licitación, sin perjuicio de lo cual finalmente formularon ofertas. Al respecto, este Tribunal estima que si el objetivo perseguido por las requeridas hubiese sido hacer fracasar la Licitación, lo lógico habría sido que acordaran no realizar ofertas, más aún si de acuerdo con las bases, la DCCP se reservaba la facultad de adjudicar igualmente la Licitación a oferentes que no alcanzaran el puntaje mínimo;

Cuadragésimo: Que por lo tanto, los únicos indicios señalados por la FNE respecto de los cuales las requeridas no proporcionaron una explicación alternativa corresponden a la similitud entre las ofertas presentadas para el formato de 20 kg. y el hecho de que las requeridas informaron capacidades de producción muy similares. A juicio de este Tribunal, esos antecedentes no son suficientes para formar convicción en relación con la existencia de un acuerdo en los precios y otras condiciones comerciales ofertadas por las requeridas en la Licitación;

Cuadragésimo primero: Que por lo tanto, este Tribunal estima que, aun de haber existido un acuerdo entre las requeridas en relación al precio y otras condiciones comerciales de las ofertas que presentaron en la Licitación, lo cual no está acreditado, dicho acuerdo no habría sido apto para afectar negativamente la libre competencia en el mercado, puesto que las condiciones que habrían enfrentado las empresas supuestamente coludidas una vez declarada desierta la Licitación, son las de un mercado competitivo y, por lo tanto, no habrían existido beneficios esperados de haberse realizado las conductas imputadas; (...)

Cuadragésimo tercero: Que, por consiguiente, en virtud de lo razonado y no habiendo este Tribunal adquirido convicción acerca de la existencia de la colusión denunciada por la Fiscalía en su requerimiento de fojas 39, esto es, de haberse verificado un acuerdo entre las requeridas, ni de haber sido éste apto para afectar la libre competencia en el mercado relevante, se procederá a desestimar el requerimiento de autos;

Reclamación Sentencia TDLC 79/2008, Corte Suprema rol 96-09

Quinto: Que, entonces, para saber si concurre en la especie la conducta anticompetitiva antes referida [Art. 3, a), DL 211] es importante examinar la situación fáctica que se dejó asentada en autos desde que, como bien se señaló en el fallo que se revisa, en este caso se requiere demostrar la existencia del acuerdo entre los competidores, su incidencia en algún elemento relevante de la competencia y su aptitud objetiva para producir un resultado contrario a ella, esto es, capacidad para restringirla. Valga señalar además sobre este mismo tema que, según sostiene la doctrina, la colusión o acuerdo de no competencia tiene por finalidad incrementar los beneficios conjuntos de los involucrados, para lo cual éstos deben estar en posición y tener

la capacidad para llevar a efecto la conducta, adquiriendo relevancia también la existencia o no de barreras de entrada al mercado en el que operan y las características de éste por ser circunstancias que tienden a favorecer la colusión, y que, por último, las cotizaciones idénticas en licitaciones son una señal que puede llegar a constituir evidencia (Germán Coloma: “Defensa de la Competencia”, Editorial Ciudad Argentina, 2003 y en el mismo sentido Mariano Carbajales y Dardo Marchesini: “Teoría y Práctica de la Defensa de la Competencia”, Vilella Editor, Buenos Aires, 2002); (...)

Undécimo: Que, en efecto, y según se anotó en el fundamento séptimo precedente, los oferentes probaron las relaciones comerciales que las ligaban, de manera que resultaba justificada la comunicación que podría haber existido entre ellas; en otras palabras, la comunicación o tráfico de llamados presentado como indicio no sólo pudo tener como motivo la licitación en comento sino que otros muy distintos. Por otra parte, acreditaron que ellas no recibían descuentos por volúmenes de parte de sus proveedores, de modo que parece justificado que no ofertaran descuentos a su vez por este concepto. Y también aparece razonable que no señalaran plazos de entrega, de reposición ni recargos por flete a regiones distintas a la de origen al no tener determinada la cantidad de producto a despachar ni su precio por un período de seis meses dada la volatilidad del importe del petróleo;

Duodécimo: Que, entonces, la sola circunstancia de existir similitud entre las ofertas presentadas para el formato de 20 Kg. y el haber informado capacidades de producción parecidas no constituyen indicios suficientes, per se, para presumir la existencia del acuerdo en cuestión y así lo sostuvo el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, conclusión que esta Corte comparte, sin que se advierta en ello transgresión alguna a la forma de valorar la prueba ya que ella ha sido apreciada conforme a las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados;