

Santiago, doce de octubre de dos mil dieciséis.

Vistos:

En estos autos rol N° 5128-2016, con fecha 7 de julio de 2014 la Fiscalía Nacional Económica (FNE) interpuso requerimiento en contra de Asfaltos Chilenos S.A (ACH), Dynal Industrial S.A (Dynal), Empresa Nacional de Energía ENEX S.A (ENEX) y Química Latinoamericana S.A (QLA), afirmando que éstas habrían infringido el artículo 3° del Decreto Ley N° 211 mediante la celebración y ejecución de acuerdos de reparto de mercado entre empresas proveedoras de productos asfálticos a nivel minorista, a través de la asignación de contratos específicos de provisión de productos asfálticos para la construcción, reposición y/o reparación de rutas de obras, rutas y faenas viales u obras privadas adjudicadas a las empresas constructoras, afectando o tendiendo a afectar el mercado de los cementos o ligamentos asfálticos a nivel minorista.

Fundando el requerimiento sostiene que ENEX solicitó acogerse a los beneficios del programa de delación compensada contemplados en el artículo 39 bis del Decreto Ley N° 211, la que fue acogida a tramitación. En tal instrumento reconoció haber participado en conductas anticompetitivas ilícitas referidas a la venta minorista de productos asfálticos entre los años 2011 y 2012, en las que también habrían participado el resto de las requeridas.



0159652015741

La Fiscalía expone que los acuerdos objeto del requerimiento habrían ocurrido con ocasión de procesos de cotización de productos asfálticos por empresas constructoras, procediendo las requeridas a coordinarse vía telefónica y en reuniones presenciales en hoteles y cafés de Santiago, con el objeto de asignarse la provisión de asfalto para distintas obras, rutas y faenas. Específicamente expone que los clientes y obras asignadas concertadamente son las siguientes:

I) Obras Grupo Dragados (Dragados CVV S.A. y Dragados S.A): En el segundo semestre de 2011 el señor Patricio Seguel Bunster, gerente general de la requerida QLA habría ofrecido telefónicamente al señor Cristián Rivas, subgerente de ventas del área construcción de ENEX, sus oficios a fin de intermediar para que la requerida ACH no persistiera en su interés de proveer asfaltos para las obras de Dragados que correspondían a la obra de "Concesión Ruta 5 Puerto Montt-Pargua" y "Licitación de Reposición Ruta Q-90-0 Cruce Longitudinal Laja". Como consecuencia de lo anterior, ENEX se asignaría dichos contratos sin perjuicio de la participación de ACH y QLA en el proceso. Como contrapartida ENEX no insistiría en concretar una oferta para la provisión de material asfáltico que había formulado a la empresa Sacyr Chile S.A., empresa encargada



0159652015741

de la construcción del tramo Caldera-Vallenar de la Ruta 5, que desde el año 2010 era abastecida por ACH.

Continúa la exposición señalando que luego de la intermediación de parte del gerente general de QLA, el señor Rivas se habría comunicado telefónicamente con el gerente comercial de pavimentos de ACH, el señor Sergio Moroso Labadia, con quien habría acordado que las obras de Dragados serían adjudicadas a ENEX. Por su parte, el señor Rivas se habría comprometido a que esta última empresa no insistiría en las gestiones para aprovisionar a Sacyr.

Conforme a lo acordado, el día 24 de octubre de 2011, ENEX habría enviado a Dragados CVV S.A. su última cotización para la provisión de la obra de Puerto Montt-Pargua. Ese mismo día, los mencionados ejecutivos de ACH y ENEX habrían sostenido una conversación telefónica en la cual se habría materializado el acuerdo, procediendo a realizar cotizaciones de forma tal que se aseguró la adjudicación a ENEX.

ii) **Obras Besalco S.A.:** las requeridas QLA, Dynal y ENEX se habrían concertado durante el año 2012 para asignarse la construcción de las obras Duplijsa, Chañaral y Radomiro Tomic, respectivamente. Puntualiza que tal reparto habría contado con la venia de ACH, que habría concurrido al acuerdo pese a no participar en las cotizaciones, bajo el compromiso de no enfrentar competencia en una obra



0159652015741

posterior a definir. Explica que las requeridas se habrían reunido a principios del mes de septiembre del año 2012 en el Hotel Radisson de la comuna de Lo Barnechea, ocasión en que habrían acordado que la obra de Chañaral sería asignada a QLA, Radomiro Tomic a Dynal, y Duplijsa a ENEX, compartiendo en esa instancia los precios referenciales que ofertarían a cada cliente. De este modo, las cuatro requeridas habrían coordinado sus cotizaciones en las distintas obras, a fin de asegurar su asignación en la forma concertada.

Agrega que en la reunión antes referida el gerente general de QLA habría exhibido una copia impresa de una planilla titulada "Estudio de Mercado 1998/99", que contenía la individualización de diversos contratos y concesiones celebrados o ejecutados durante los años 1998 y 1999. En dicha planilla, cada una de las requeridas figuraba individualizada con un número del 1 al 4, manifestando el gerente general de Dynal que la planilla daba cuenta de la forma en que las empresas habían operado antiguamente en el mercado a fin de evitar guerras de precios y hacer estable el negocio. A continuación, los ejecutivos de QLA y ACH se habrían comprometido a actualizar la planilla a la época.

iii) Asignación de los clientes Figueroa Vial, Tafca y Recondo para las obras rutas La Negra, Orozco y Hornopirén:



0159652015741

Refiere la FNE que el día 27 de septiembre del año 2012 las requeridas habrían participado en una reunión en el Hotel Regal Pacific, lugar en que los ejecutivos de QLA y ACH habrían entregado a ENEX un pendrive que contenía una versión actualizada de una planilla con la individualización de diversas licitaciones, contratos y clientes, con espacios en blanco para asignar a las distintas empresas proveedoras de asfalto, de acuerdo con el número asignado a cada una. El archivo digital habría sido copiado por ENEX para su uso interno, devolviendo luego el pendrive al gerente general de QLA.

Es en este contexto que los competidores habrían acordado asignar: a) ENEX la provisión de productos asfálticos para la faena La Negra, adjudicada a Figueroa Vial; b) ACH habría solicitado mantener para sí la provisión del cliente Tafca, en particular para el suministro de la obra Lo Orozco-Quilpué; c) Dynal solicitó mantener la provisión de asfalto a Recondo para la obra Hornopirén, pues este era un cliente tradicional de Clasa S.A. que es una empresa relacionada con ella.

Una vez expuestos los acuerdos que sustentan el requerimiento explica que en la industria nacional de productos asfálticos es posible distinguir un segmento mayorista y uno minorista. En el mayorista se encuentran ENAP que es el único productor nacional y las empresas



0159652016741

ENEX, ACH y "Probisa", cuyos modelos comerciales se basan en la importación. Esas empresas comprenden conjuntamente el 84% restante del cemento asfáltico producido o internado en el mercado nacional durante el año 2012. En la comercialización y distribución minorista también participan ACE, ENEX y Probisa, pero a ellas se agregan QLA y Dynal. Estas últimas adquieren alternativamente el producto asfáltico de mayoristas importadores o de ENAP. Por último, Probisa destina su producción fundamentalmente a su relacionada Bitumix S.A. La demanda final por el producto asfáltico corresponde principalmente a constructoras que se adjudican proyectos viales, representando aproximadamente un 59% de las ventas en términos de volumen.

El mercado relevante de autos es definido como el de "la comercialización minorista de productos asfálticos y sus derivados en el mercado nacional a empresas constructoras para la construcción y/o reparación de obras viales en el territorio nacional". A juicio de la Fiscalía, éste corresponde a un mercado altamente concentrado.

En cuanto a las condiciones de entrada, señala la Fiscalía que el acceso al insumo asfáltico tendría un carácter esencial para la comercialización minorista y constituiría la principal barrera a la entrada a este mercado. El único productor nacional de asfalto ENAP



0159652015741

estaría reduciendo anualmente su producción y tendría comprometida la mayor parte de su volumen con Depósitos Asfálticos S.A. ("DASA").

Con el objeto de reducir el costo fijo asociado al flete marítimo, la alternativa de importación directa de asfalto habría de efectuarse a una gran escala lo que exigiría contar con grandes volúmenes de demanda estables en el tiempo que hagan económicamente viable recuperar la inversión asociada a la infraestructura de almacenamiento necesaria para semejantes volúmenes. Por lo anterior, el ingreso a este mercado no podría materializarse rápidamente y las inversiones asociadas no se recuperarían en un corto plazo.

Las condiciones de entrada descritas y la concentración de la industria permitirían sostener que el acuerdo alcanzado por las requeridas les confirió poder de mercado y, con ello aptitud para producir efectos en los precios que enfrentaron los clientes finales.

Agrega que existen factores estructurales que la doctrina reconoce como facilitadores del comportamiento colusorio, situación que habría sido aprovechada por las requeridas. En primer término, el mercado analizado contaría con un reducido número de actores de frecuente interacción. En segundo lugar, existirían propiedades comunes entre oferentes, pues los controladores de las



0159652015741

requeridas QLA y Dynal mantendrían una participación conjunta del 48% en la propiedad de ACH. En tercer lugar, las requeridas celebrarían acuerdos de importación conjunta o tendrían participación conjunta en terminales o depósitos de almacenamiento. Precisa la FNE que DASA constituye un importante depósito asfáltico destinado principalmente a la producción de la refinería de ENAP, cuya propiedad es compartida por las requeridas ACH, ENEX, QLA y Dynal con un 20% de participación cada una, correspondiendo el 20% restante a la empresa mayorista Probisa. Por otra parte, desde el año 2001, ACH y ENEX tendrían un modelo de importación conjunta a través de barcos graneleros. Finalmente, estas últimas empresas serían dueñas en partes iguales del terminal de almacenamiento denominado Asfaltos Cono Sur S.A. ubicado en Ventanas, V Región, principal punto de recepción de ligante asfáltico del país.

Concluye señalando que los hechos descritos configuran una conducta contraria a la libre competencia, prevista y sancionada por el artículo 3° del Decreto Ley N° 211, solicitando que se ordene a las requeridas cesar de inmediato en el tipo de prácticas imputadas, prohibiéndoles ejecutarlas en el futuro y se aplique a QLA y ACH una multa de 5.000 UTA a cada una, multa de 1.500 UTA a Dynal y en virtud de haberse cumplido los requisitos para acogerse a



0159652015741

los beneficios de la delación compensada, se acceda a una exención de multa respecto de ENEX.

A fojas 46 Dynal contesta el requerimiento solicitando su rechazo. Comienza su exposición realizando una descripción del mercado de los asfaltos en Chile, refiriendo que las requeridas ACH-ENEX son los importadores de materia prima, siendo ellas quienes tendrían poder de mercado. En este aspecto enfatiza que su representada no tiene poder de mercado ni materia prima en condiciones competitivas, por lo tanto mal podría acordar con aquellos una repartición de mercado, pues no tiene capacidad disciplinadora.

Sostiene que La FNE equivocó la interpretación de algunas reuniones que, al menos en lo que se refiere a Dynal, tenían por objeto buscar abastecimiento de materia prima que es la permanente y gran limitación para su área de pavimentación. Puntualiza que la planta en Santiago tiene estanques cuya capacidad total de almacenamiento, es de 2.500 toneladas, la que es ínfima en relación a las 50.000 toneladas del terminal Cono Sur, como también frente a la cantidad económicamente óptima de importación en un solo barco, esto es 35.000 toneladas. Arguye que sin capacidad de almacenamiento no podría realizar importaciones ni acceder a grandes contratos. Enfatiza que las condiciones descritas la obligan a seguir una política



0159652015741

prudente a la hora de celebrar contratos por grandes volúmenes, por lo que no puede situarse al mismo nivel que ENEX y ACH, cuya capacidad de almacenamiento le entrega plena seguridad de abastecimiento y costos inferiores, cuestión que hace inverosímil que tengan motivos para buscar un acuerdo con Dynal para repartirse el mercado sin competir.

Enfatiza que no habría participado en ninguno de los tres casos en los que la FNE señala que existió algún tipo de acuerdo. En las obras del grupo Dragados, no figura en el relato. En las obras de Besalco S.A, realizó cotizaciones para la construcción de la obra Radomiro Tomic, bajando cuatro veces el precio cotizado con posterioridad a la eventual reunión con sus competidores, cuestión que demostraría la ineffectividad de lo sostenido por la FNE. Finalmente, en relación al tercer grupo no correspondería requerirla por supuestos acuerdos de otra empresa por muy relacionada que pudiera ser. Añade que es inaudito que se le impute que en septiembre de 2012 "solicitó mantener la provisión de asfalto" en una obra que no existía y que recién terminó de negociarse a comienzos del 2014. Agrega que a la época de la reunión en el Hotel Regal Pacific, a la que Dynal no habría asistido, ella nada sabía de un eventual negocio para el que otra empresa (relacionada Clasa) había emitido una cotización



0159652015741

referencial siete meses antes y que comenzó a negociarse trece meses después.

De las cuatro reuniones que, según la FNE, tuvieron lugar en los meses de septiembre y octubre de 2012, Dynal sólo tiene conocimiento de una de ellas, en la que se trataron temas de abastecimiento de asfalto que en esa época eran críticos para las empresas no importadoras como Dynal y QLA, que es lo que justificaría los contactos telefónicos y por correo electrónico.

A fojas 79 contestó el requerimiento Asfaltos Chilenos S.A. solicitando el rechazo con costas sosteniendo que lo expuesto en él no es efectivo. Luego de describir el mercado y su participación, señala que en el año 2012, en que se supone que se celebraron dos de los tres acuerdos de reparto de contratos de suministro de obras específicas, sus ventas cayeron a una cifra aún más baja que los tres años anteriores y las ganancias antes de impuestos se redujeron dramáticamente, lo que demostraría, a su juicio, la inexistencia de los acuerdos de reparto de mercado pues ellos debieron haberse traducido en rentabilidades mayores a las que se presentaron en los períodos de supuesta normalidad.

Explica que existen relaciones entre las requeridas que justificarían que personeros de ACH mantengan permanentemente contactos con personeros de QLA, Dynal y



0159652015741

ENEX. En efecto, QLA y Dynal son clientes de ACH. Las cuatro son socias en DASA. En tanto ENEX y ACH son socios en Cono Sur. Además, ACH produce para ENEX especialidades asfálticas bajo sus formulaciones.

En cuanto a los acuerdos específicos señala que en aquel que involucra al grupo Dragados, no se indica que a QLA se asignara un contrato específico por sus "buenos oficios". Adicionalmente, un acuerdo como el señalado resulta absolutamente inverosímil, por que entre Sacyr y ACH existiría un contrato para el suministro de asfalto para la obra Ruta 5 Norte Tramo Caldera-Vallenar que no contemplaba cláusula alguna que permitiera a Sacyr terminarlo anticipadamente, de forma de poder reemplazar a ACH por ENEX como proveedor de asfaltos. Además, ACH realizó a Sacyr un descuento del precio pactado en el contrato antes referido, a raíz de una oferta realizada por ENEX y atendida la relación comercial que tenía ACH y Sacyr, padeciendo ACH el único efecto adverso de la oferta de ENEX. Finalmente, el suministro de asfalto de la obra "Ruta 5 Norte Tramo Caldera-Vallenar" terminó el día 1 de octubre de 2011, lo que es relevante porque en las obras del grupo Dragados se adjudicó el suministro de sus contratos en el mes de noviembre de 2011.

En relación a las obras de Besalco, sostiene el requerimiento que ACH habría dado su venia a un acuerdo



0159652015741

alcanzado por QLA, Dynal y ENEX y que, por ello, habría solicitado no enfrentar competencia en alguna obra posterior a definir. Es decir, no habría obtenido beneficio alguno del acuerdo, sino que una promesa de cuyo cumplimiento dependía, en la lógica del requerimiento, de personas deshonestas.

Adicionalmente, a la fecha en que Besalco cotizó y adjudicó el suministro de asfaltos para las obras antes indicadas, QLA, Dynal y ENEX habrían tenido un acuerdo con Probisa en virtud del cual ésta les proveía asfalto desde su terminal de Mejillones. ACH sólo habría alcanzado un acuerdo similar en el mes de marzo de 2013, razón por la cual debía asumir mayores costos de transporte que los de su competencia. Las circunstancias antes indicadas habrían sido conocidas por QLA, Dynal y ENEX, por lo que sabían que ACH no era una real competencia para la provisión de asfalto de las obras Duplijsa, Chañaral y Radomiro Tomic.

Además señala que es un hecho conocido por QLA y Dynal que Besalco no ha contratado a ACH para que le suministre asfalto desde el año 1998, ya que el año 1997 se habría suscitado un conflicto entre ACH y una sociedad relacionada a aquella. Así en el evento que el resto de las requeridas quisieran llegar a un acuerdo para repartirse las obras en comento, en caso alguno habrían necesitado de la anuencia de su representada.



0159652015741

En cuanto a la asignación de los clientes Figueroa Vial, Tafca y Recondo, señala que de conformidad al requerimiento QLA no se asignó obra alguna, a pesar de que el señor Seguel habría participado en la referida reunión, cuestión inverosímil.

A fojas 110 contesta el requerimiento QLA, solicitando el rechazo con costas arguyendo que ninguna de las acusaciones de la FNE sería efectiva. En este contexto manifiesta que, en el período cubierto por la investigación de la FNE, QLA participó en la licitación de 571 obras, representando las licitaciones cuestionadas un porcentaje mínimo del total de licitaciones en las que presentó ofertas, siendo relevante que el único contrato que habría ganado en virtud de la supuesta colusión representa un 0,17% de ese total.

Luego de describir la industria del asfalto en Chile, refiere que la FNE imputa una concertación organizada para "repartirse" licitaciones de obras o faenas, cuestión inexistente, pues sólo hubo un lícito intercambio de opiniones entre los actores de la industria del asfalto ante la grave crisis de abastecimiento y las lícitas reuniones de empresas agrupadas gremialmente en el Instituto Chileno del Asfalto, donde también participan empresas constructoras, incluyendo algunas de las supuestas víctimas de la colusión imputada.



0159652015741

Puntualiza que en el período investigado por la FNE se habría generado una severa crisis de abastecimiento de materia prima asfalto, provocada fundamentalmente por la alta demanda de productos asfálticos para obras viales. Dicha crisis habría impactado con mayor intensidad a QLA, quien se vio obligada a mantener constantes negociaciones con sus únicos proveedores posibles, que son dos de las requeridas, ENEX y ACH, además de Probisa.

Por otro lado, sostiene que no se entiende qué interés podrían haber tenido los actores más grandes del mercado (ACH y ENEX), que cuentan con acceso ilimitado al asfalto que ellos mismos importan, para concertarse con una minorista como QLA, ni qué poder de negociación podría haber tenido su parte ante empresas de las que depende para abastecerse.

En relación a las obras específicas señala que aquellas del grupo Dragados -Puerto Montt-Parçua y Laja-, refiere que no vislumbra cuál sería el beneficio obtenido por QLA, sin perjuicio de sostener que todas las imputaciones formuladas respecto de QLA y su gerente general serían falsas, pues jamás habría ofrecido sus "oficios" ni intermediación de ninguna especie para que ENEX y ACH llegaran a algún tipo de acuerdo. Añade que las comunicaciones entre el señor Patricio Seguel (QLA) y el señor Cristián Rivas (ENEX) se debieron a motivos distintos



0159652015741

a la supuesta intermediación que acusa la FNE y obedecieron a dos motivos principales: a) la permanente necesidad de abastecimiento de materia prima por parte de QLA; y b) la intención de ENEX de negociar un eventual contrato en virtud del cual QLA le proveería de emulsiones y otras especialidades asfálticas.

En relación a las obras de Besalco señala que la FNE realizaría un relato impreciso de los hechos. Puntualiza que tal empresa habría sido por muchos años un cliente tradicional suyo y que le pidió cotizaciones para las tres obras; sin embargo, se le informó desde el principio de las negociaciones que sus condiciones productivas de cemento asfáltico modificado habrían sido muy limitadas, razón por la que no habría estado en condiciones de abastecer las obras Duplijsa y Radomiro Tomić. La anterior situación cambiaba en relación al proyecto Chañaral, porque esta obra requería principalmente cemento asfáltico CA-24 más una cantidad menor de la especialidad QLA Prime. Así, en razón de que sí contaba con producto suficiente para abastecer esta obra, efectuó sucesivas cotizaciones.

En relación a la asignación de los clientes Figueroa Vial, Tafca y Recondo para las obras rutas La Negra, Orozco y Hornopirén, señala que no cotizó respecto los dos últimos contratos porque las constructoras involucradas no serían clientes suyos. Puntualiza que Tafca habría sido siempre



0159652015741

cliente de ACH y con Recondo tuvo un desencuentro comercial años atrás, producto del cual simplemente no le compraría a QLA.

Agrega que en las reuniones sostenidas con las requeridas se buscaba una solución para la crisis en el suministro de materia prima cuestión que justifica además las llamadas telefónicas que habrían sido absolutamente necesarias para poder desarrollar su negocio y cumplir con sus compromisos con los clientes.

Respecto de la supuesta entrega de un pendrive que habría contenido una planilla, lo niega. Y en cuanto a las cotizaciones efectuadas por QLA para el proyecto La Negra, indica que el proceso de cotizaciones constó de una cotización inicial en diciembre del año 2011 y casi un año después, en septiembre y octubre del año 2012, otras dos cotizaciones con márgenes de utilidad más bajos, llegando a un precio final con un margen bajísimo.

A fojas 169 contesta el requerimiento ENEX, refiriendo que entregó a la FNE todos los antecedentes de que disponía respecto de los hechos descritos en el capítulo II del requerimiento, tan pronto como tomó conocimiento de ellos, acogiéndose al beneficio que concede el artículo 39 bis del Decreto Ley N° 211.

A fojas 2624 el Tribunal de Defensa de Libre Competencia (TDLC) dictó la sentencia N° 148/2015, la que



0159652015741

acoge parcialmente el requerimiento, declarando que las empresas requeridas incurrieron en colusión mediante la asignación de: (i) las obras Puerto Montt-Pargua y Laja del Grupo Dragados a ENEX; (ii) las obras Duplijsa, Chañaral y Radomiro Tomic de Besalco Construcciones S.A. a ENEX, QLA y Dynal respectivamente; y, (iii) la obra La Negra de Constructora Figueroa Vial Limitada a ENEX.

Sobre la base de lo anterior impone a Asfaltos Chilenos S.A. una multa de 1.630 UTA; a Dynal Industrial S.A. 718 UTA; a Química Latinoamericana S.A. de 1.790 UTA y exime a ENEX S.A. del pago de multa.

Impone además a las requeridas la adopción de un programa de cumplimiento en materia de libre competencia que satisfaga los requisitos establecidos en la "Guía de Programas de Cumplimiento de la Normativa de Libre Competencia".

La referida decisión se sustentó en las siguientes argumentaciones:

I- Industria del asfalto en Chile: se pueden identificar dos segmentos: uno mayorista, en el que se transa la producción o la importación del asfalto o productos asfálticos; y uno minorista, donde se comercializan los productos asfálticos a sus demandantes finales.



0159852015741

El segmento mayorista se compone de un único productor nacional, ENAP, y de tres empresas importadoras: Probisa y las requeridas ACH y ENEX. En tanto, en el segmento minorista participan las tres empresas importadoras señaladas precedentemente, además de dos firmas adicionales, QLA y Dynal, quienes adquieren materia prima de ENAP y, en forma mayoritaria y creciente, de las empresas importadoras, principalmente de Probisa. Esta última no es considerada en el requerimiento dentro de este segmento porque ella vendería principalmente a su empresa relacionada Bitumix, para sus propios proyectos de construcción.

Se establece que además de existir un reducido número de actores en la industria, no se encuentra controvertido que éstos tienen una serie de relaciones comerciales y de propiedad, las que se resumen en los siguientes hechos: i) ACH y ENEX son propietarios conjuntos de Conosur, empresa a través de la cual controlan el puerto ubicado en Ventanas por el cual importan asfalto como materia prima; ii) Dynal y QLA son propietarias aproximadamente del 49% de ACH; iii) las cuatro empresas requeridas son, en conjunto con Probisa, los dueños en partes iguales de DASA, empresa por la cual se manejan los retiros de asfalto desde ENAP; iv) existen acuerdos de maquila por productos específicos entre



0159652015741

las distintas empresas mencionadas; y, v) hay ventas de materia prima entre empresas.

II. Acuerdos Colusorios:

A) **Acuerdo colusorio Grupo Dragados:** el primer grupo de conductas que imputa la FNE en su requerimiento sería el acuerdo al que habrían llegado ACH, QLA y ENEX, en virtud del cual se habría asignado a este último los clientes Dragados para las obras Puerto Montt-Pargua y Laja. Como contrapartida, ENEX se habría comprometido a no insistir en concretar una oferta que habría efectuado a Sacyr, empresa que estaba encargada de la construcción, ejecución, conservación y explotación del tramo Caldera-Vallenar de la Ruta 5 y que estaba siendo abastecida de productos asfálticos por ACH.

Al respecto sostiene que el reconocimiento de ENEX contenido en la solicitud para acogerse al beneficio de la delación compensada, está suficientemente detallado en cuanto a la descripción del origen del acuerdo, su época, la forma cómo habría operado, quienes participaron y cómo se comunicaron. En el mismo se señala que estos hechos habrían comenzado el 17 de agosto de 2011 con una reunión en la estación de servicio Copec de Costanera Norte entre los señores Cristián Rivas y Ricardo Veloso de ENEX, por una parte, y los señores Patricio Seguel y Nelson King, de QLA, por otra. Luego contiene una descripción pormenorizada



0159652015741

de los contactos que habrían existido entre dichos ejecutivos, principalmente entre los señores Seguel y Rivas, además del señor Moroso de ACH, para materializar el acuerdo.

Refieren los sentenciadores que se encuentra acreditado que ENEX formuló una oferta a Sacyr para la obra de Copiapó. Por otra parte, también se encuentra probado que con fechas 9 y 12 de septiembre del año 2011 y 14, 17, 18, 24 y 27 de octubre del mismo año, QLA, ACH y ENEX presentaron cotizaciones a la empresa constructora Dragados CVV S.A. para la provisión de productos asfálticos para la obra Puerto Montt-Pargua y Laja, con fechas 1 de agosto, 28 de octubre y 2 y 4 de noviembre, todas del 2011.

Establecido lo anterior señalan que respecto de la existencia de los oficios ofrecidos por el señor Patricio Seguel (QLA), la prueba que obra en el proceso no es suficiente.

A continuación, explican que se analizará la prueba en relación a dos aspectos: en primer lugar, aquella evidencia sobre la asignación concertada de las obras del Grupo Dragados para ENEX; y en segundo lugar, la evidencia sobre un acuerdo para que ACH mantuviera el cliente Sacyr.

A.- Respecto de la adjudicación del Grupo Dragados:

i) **Obra Puerto Montt -Pargua:** la FNE presentó como evidencia, además de la relación contenida en la Solicitud



0159652015741

de Beneficios y las cotizaciones, el correo electrónico de 13 de octubre de 2011, enviado por el señor Patricio Seguel al señor Cristián Rivas en que se señala que se requiere ver el tema Pargua, el que es enviado en una fecha en la que se estaba desarrollando el proceso de cotizaciones de productos asfálticos para las obras que necesitaban construir las empresas del Grupo Dragados. Por otra parte, se acompañaron en autos antecedentes que dan cuenta del tráfico de llamadas entre ejecutivos de las requeridas que acreditan que en la referida fecha se efectuaron dos llamados entre los ejecutivos de ACH, QLA y ENEX. Luego, el 14 de octubre de 2011 -día que ACH presenta una cotización por la obra Puerto Montt-Pargua-, se efectuaron cinco llamados. El 17 de octubre de 2011 -día que ENEX presentó una cotización por la ruta Puerto Montt-Pargua-, se efectuaron tres llamados. El 18 de octubre de 2011 -día que QLA presentó una cotización por la ruta Puerto Montt-Pargua -, se efectuaron nueve llamados ejecutivos de ACH, QLA y ENEX. Este mismo día se realiza un intercambio de correos entre los señores Cristián Rivas y Patricio Seguel. Por último, el 27 de octubre de 2011 -día que ACH presenta una nueva cotización por la ruta Puerto Montt-Pargua-, se efectuaron cinco llamados entre ejecutivos de ACH, QLA y ENEX.



0159652015741

ii) **En relación a la obra Laja:** se acompañó un correo electrónico, enviado el día 2 de noviembre de 2011, a las 16 horas 32 minutos, por el señor Ricardo Veloso al señor Cristián Rivas con el asunto "Precio para Dragados Ruta 5 – Puente Perales". En el mismo el remitente señala lo siguiente: "Cristian, no te olvides de los valores. El pitch mensual subió y el precio semanal bajó -5. Saludos". De acuerdo con la documental consistente en los registros de llamados telefónicos acompañados, ese mismo día 2 de noviembre de 2011, a las 17 horas 10 minutos, vale decir, 42 minutos después del mail del señor Veloso, el señor Cristián Rivas realizó un llamado telefónico al teléfono celular de Sergio Moroso, de ACH. Una llamada realizada inmediatamente después, a las 17 horas 17 minutos, por el señor Cristián Rivas al señor Patricio Seguel, la que duró 13 minutos; 25 minutos después de la llamada del señor Rivas al señor Seguel, el primero respondió el referido mail de Ricardo Veloso confirmando los valores. En declaración testimonial Ricardo Veloso indicó que los precios que aparecían en la cotización del 24 de octubre de la obra Dragados eran los precios que le había indicado Cristian Rivas, el que era un precio convenido entre Asfaltos Chilenos y Cristián.

Asentado lo anterior, el tribunal procede a descartar las explicaciones alternativas entregadas por QLA para



0159652015741

justificar las comunicaciones, esto es que se enmarcan en el contexto de las relaciones comerciales que existen entre las dos empresas, en las que son clientes recíprocos, toda vez que no son verosímiles, pues del examen de sus fechas y horas específicas de envío o realización, así como del contenido expreso de los correos electrónicos, los que no son consistentes con relaciones bilaterales entre QLA y ENEX relativas a abastecimiento de productos asfálticos.

Así, habiendo analizado la prueba rendida en autos respecto del proceso de cotización de las obras Puerto Montt-Pargua y Laja, concluye que se encuentra acreditado de manera clara y concluyente un acuerdo entre ENEX, ACH y QLA para la asignación concertada de las mismas, pues de aquello da cuenta (i) el reconocimiento de estos hechos por parte de ENEX en la Solicitud de Beneficios; (ii) los correos electrónicos; (iii) el inusual tráfico de llamados entre los ejecutivos de ACH, QLA y ENEX en las fechas en las cuales estas tres empresas presentaron cotizaciones a las empresas del Grupo Dragados; (iv) las fechas y horas del envío de las cotizaciones; (v) los correos electrónicos entre los señores Veloso y Rivas que revelan que el precio ofrecido por ENEX a Dragados el día 2 de noviembre de 2011 no se materializó en virtud de una decisión autónoma de dicha empresa, sino luego de que el señor Rivas sostuviera



0159652015741

una conversación telefónica con el señor Moroso de ACH; y,
(vi) la declaración del señor Ricardo Veloso.

b) Respecto del acuerdo de mantener para ACH el cliente Sacyr como contrapartida a la asignación de las obras de Dragados a ENEX: El TDLC lo descarta, sosteniendo que consta en el proceso que en la fecha que empezaron las conversaciones entre ENEX, QLA y ACH respecto de Dragados, efectivamente existía un contrato entre ACH y Sacyr para proveer de productos asfálticos el tramo Caldera-Vallenar de la Ruta 5 que estaba siendo ejecutado y que ENEX hizo una oferta a Sacyr por la obra Caldera-Vallenar. Ante esto ACH optó por realizar un descuento en el precio un mes antes de la ejecución íntegra del contrato, el que se materializó a través de notas de crédito con fecha 31 de agosto de 2011.

Así, atendido que las coordinaciones entre ENEX, ACH y QLA respecto de las obras de Dragados sólo se encuentran acreditadas a partir de octubre de 2011, no resulta atendible estimar que un eventual compromiso de ENEX de no insistir en la oferta formulada a Sacyr respecto del tramo Caldera-Vallenar fuera la contrapartida para que le asignaran las obras del Grupo Dragados.

A continuación, el TDLC refiere que lo anterior no descarta el concierto de voluntades que existió entre ENEX, QLA y ACH para alterar el normal desenvolvimiento



0159652015741

competitivo que debió existir en el proceso de cotizaciones para proveer de productos asfálticos a empresas del Grupo Dragados para las obras de Puerto Montt-Pargua y Laja, pues aunque no hayan sido acreditadas las eventuales contraprestaciones de un acuerdo anticompetitivo de reparto de mercado -como ocurre en este caso-, no es suficiente para desvirtuar la prueba que obra en el proceso respecto de este último. A mayor abundamiento, sostiene que no puede descartar la existencia de una contraprestación entre ENEX y ACH respecto de otras obras.

Agrega que las empresas que participaron en el acuerdo -ENEX, ACH y QLA- son competidoras entre sí pues participan en el segmento minorista de esta industria, con lo que se cumple el segundo requisito que establece la letra a) del artículo 3° del Decreto Ley N° 211. Agregando que el acuerdo les confirió poder de mercado.

En efecto, en el último aspecto señalado establece que dentro del segmento minorista de la industria del asfalto en Chile existían, al momento del acuerdo, sólo cuatro empresas relevantes que abastecían a empresas constructoras a través de procesos de cotización: ACH, QLA, ENEX y Dynal. Por otra parte, las condiciones de entrada a esta industria no son favorables debido, entre otros factores, a la necesidad de contar con un volumen relevante para importar eficientemente, como también la necesidad de contar con una



0159652015741

serie de activos específicos para un adecuado manejo logístico del negocio, especialmente en cuanto al almacenamiento y transporte. Lo anterior unido a que en el proceso de cotización convocado por Dragados CVV S.A. para la obra Puerto Montt-Pargua sólo se invitó a participar a ENEX, ACH y QLA, es decir, las tres empresas que participaron en la asignación concertada de dicha obra. Mientras que en el proceso de cotización para la obra Laja, en cambio, no participó la empresa QLA por no haber sido invitada, cuestión que no impide considerar la participación de esa empresa en el acuerdo de las obras del Grupo Dragados, el cual fue concebido por los partícipes como un "paquete integral" o "global".

B.- Acuerdo colusorio obras Besalco: el segundo grupo de conductas que imputa la FNE es el acuerdo al que habrían llegado todas las requeridas en una reunión celebrada en el Hotel Radisson de La Dehesa a principios del mes de septiembre del año 2012, en que se acuerda el siguiente reparto de obras que ejecutaría Besalco en el norte del país: ENEX/Duplijsa, QLA/Chañaral, y Dynal/Radomiro Tomic, acordándose además en la misma reunión que ACH tendría la prioridad para elegir la próxima obra o cliente.

Al respecto el TDLC señala que se encuentra acreditado que Besalco tenía la intención de adjudicar las tres obras a un solo proveedor de productos asfálticos, con el objeto



0159652015741

de obtener un mejor precio por el volumen que contrataría. Ahora bien, reconoce que la prueba aportada al proceso no es concluyente en cuanto a si ENEX, QLA y Dynal podían abastecer, cada una por sí sola, los tres contratos que asignaría la empresa.

En este contexto señala que está probada la reunión que habría tenido lugar en el Hotel Radisson de La Dehesa a principios del mes de septiembre de 2012, entre los señores Sergio Moroso de ACH, Tomás Brenner de Dynal, Patricio Seguel de QLA y Cristián Rivas de ENEX. En cuanto al objeto de ésta, señala que llama la atención que se reúnan en un hotel ejecutivos que tienen responsabilidad en temas comerciales de empresas competidoras, pues si bien es cierto y se encuentra acreditado en el proceso que ACH y ENEX abastecen a QLA y Dynal y que estas últimas también proveen de productos específicos a las primeras, lo normal es que estos temas propios de abastecimiento entre algunas de esas empresas sean tratados de manera bilateral y mediante otros canales de comunicación, como pueden ser las reuniones en las sedes corporativas o correos electrónicos institucionales. Por otro lado, se encuentra acreditado en autos que durante el segundo semestre del año 2012 no hubo compras por abastecimiento de las requeridas QLA y Dynal a ENEX. Finalmente se considera que la versión del gerente comercial de ACH, señor Sergio Moroso, sobre el objeto de



0159652015741

esta reunión y de su contenido es bastante anómala por cuanto en un principio negó su existencia en las declaraciones que prestó durante la etapa de investigación ante la FNE, para luego rectificar dichas declaraciones en su testimonial prestada ante esta judicatura.

Así, sostiene que aplicando las reglas de la lógica, aparece más verosímil la versión de que el objeto de la reunión celebrada en los primeros días del mes de septiembre del año 2012, en el Hotel Radisson de La Dehesa, fue el reparto de obras de Besalco que se encuentra reforzado por el descuento que ENEX practicó a la empresa mientras se negociaba el contrato para proveerlo de productos asfálticos para la obra Duplijsa, a lo que se suma el intenso tráfico de llamadas entre ejecutivos de Dynal, QLA, ENEX y ACH la misma semana en que se celebró la reunión, encontrándose acreditado que el tráfico de llamadas entre estas personas aumentó significativamente en la primera semana hábil de septiembre de dicho año con respecto del promedio de llamados entre dichas personas. Refuerza la existencia de la coordinación el mensaje de texto enviado por el señor Tomás Brenner al señor Cristián Rivas el día 13 de septiembre de 2012, el cual señala: "no hay ninguna cotización después que conversamos".

El TDLC descarta las explicaciones alternativas que han dado las requeridas porque no son consistentes con la



0159652016741

prueba ponderada precedentemente o bien no desvirtúan las anteriores conclusiones.

Así, refiere que analizada en su conjunto la prueba citada en las consideraciones precedentes, que dice relación con el segundo grupo de acuerdos ilícitos que imputa la FNE en su requerimiento, es posible establecer que el reconocimiento de estos hechos por parte de ENEX en la Solicitud de Beneficios, ratificada en lo sustancial por las declaraciones de los ejecutivos de dicha compañía señores Cristián Rivas y Ricardo Veloso, se encuentra corroborado y contrastado con otros antecedentes probatorios de este proceso, en particular con la reunión sostenida por los ejecutivos de las empresas requeridas en el Hotel Radisson de La Dehesa, el testimonio de Besalco en esta materia, el mensaje de texto enviado por el señor Tomás Brenner al señor Cristián Rivas y especialmente con el inusual tráfico de llamados entre los ejecutivos de Dynal, QLA, ENEX y ACH durante el día 5 de septiembre de 2012, fecha en la cual las tres primeras empresas presentaron cotizaciones a Besalco.

Por las mismas razones señaladas al analizar el primer acuerdo colusorio el TDLC concluye que el acuerdo fue adoptado entre competidores y que éste le entregó poder de mercado.



0169652015741

C.- Acuerdo colusorio de asignación de las obras rutas La Negra, Lo Orozco y Hornopirén, de las constructoras Figueroa Vial, Tafca y Recondo, respectivamente: El último grupo de conductas que imputa la FNE en su requerimiento, se relaciona con el acuerdo de asignar contratos específicos de provisión de productos asfálticos a partir de una planilla que contendría un listado de los contratos de obras y concesiones denominada "Estudio de Mercado 2012/01", entregándose en la reunión sostenida en el Hotel Regal Pacific de Las Condes, un pendrive con la planilla actualizada en la que figura acuerdo: (i) ENEX fuera quien proveyera de productos asfálticos a la empresa Figueroa Vial Limitada para la ampliación de la Ruta 28, cruce con Ruta 5, sector La Negra; (ii) ACH mantuviera el cliente Constructora Tafca Limitada, para el suministro de la obra consistente en el mejoramiento de la Ruta F-50, sector Lo Orozco-Quilpué; y, (iii) Dynal mantuviera el cliente Constructora Recondo S.A., para el suministro de la obra consistente en el mejoramiento de la Ruta 7, Pichicolo-Hornopirén.

El TDLC comienza analizando el reconocimiento de estos hechos efectuado por ENEX en su Solicitud de Beneficios, el que está suficientemente detallado en cuanto a la descripción del origen del acuerdo, su época, la forma cómo habría operado, quienes participaron y cómo se comunicaron.



0159652015741

Sin embargo, contiene una diferencia importante con los hechos expuestos por la FNE en su requerimiento, ya que en éste se sostiene que las requeridas habrían acordado -en la referida reunión celebrada en el Hotel Regal Pacific- que ACH mantuviera el cliente Constructora Tafca Limitada, para el suministro para la obra consistente en el mejoramiento de la Ruta F-50 sector Lo Orozco-Quilpué; mientras que en la Solicitud de Beneficios ENEX señala que ACH habría ejercido su opción preferente eligiendo un contrato de Construcciones y Pavimentos Limitada (COP), cliente tradicional de QLA, por 2.235 toneladas en la ruta Lo Orozco- Quilpué. En este punto sostiene que la Fiscalía no explica en su requerimiento por qué se apartó del relato de la Solicitud de Beneficios a este respecto.

Continúa exponiendo que se encuentra acreditada en autos la existencia de la reunión celebrada a principios del mes de septiembre de 2012 en el Hotel Radisson. En cuanto al contenido de la reunión, la Solicitud Formal de Beneficios en la que se entrega el pendrive con información de repartos de obras que debía ser actualizada. Asimismo, existe prueba de una segunda reunión el día 27 de septiembre de 2012 en el Hotel Regal Pacific de Las Condes. Pues bien, las requeridas QLA, ACH y Dynal no han reconocido que se haya entregado en esta última una versión actualizada -en formato digital o papel- de la planilla que



0159652015741

habría sido exhibida previamente en el Hotel Radisson, como tampoco que se haya acordado la asignación de obras y clientes sobre la base de dicha planilla actualizada, como señala la FNE en su requerimiento. Al respecto refiere el TDLC que, al igual que lo razonado a propósito de la reunión sostenida entre los ejecutivos de las cuatro Requeridas en el Hotel Radisson, llama la atención que las personas encargadas de los temas comerciales de todas las empresas competidoras se reúnan en un hotel. Además, tal como se indicó se encuentra acreditado en autos que durante el año 2012 no hubo compras relevantes de Dynal y QLA a ENEX. Por lo expuesto, a juicio de este Tribunal la explicación alternativa sobre el objetivo de la reunión Regal Pacific dada por QLA no resulta verosímil.

En razón de lo anterior, realiza un análisis de la prueba conforme con el cual concluye que existen antecedentes suficientes que permiten inferir fundadamente que la planilla de clientes y obras denominada "Estudio de Mercado 2012/01" fue entregada en la reunión celebrada en el Hotel Regal Pacific. Continúa exponiendo que si bien ese hecho constituye un indicio significativo de la voluntad de las requeridas de repartir y asignar no sólo las obras y clientes particulares que la FNE imputa en su requerimiento dentro del último grupo de conductas, sino también un número mayor de obras futuras, mediante una coordinación



0159652015741

más sofisticada y global en comparación con la asignación de las obras del Grupo Dragados y Besalco, lo cierto es que a juicio del Tribunal no existe prueba en autos de que la asignación de obras y clientes que figura en la planilla fuera aceptada por las Requeridas.

En razón de lo anterior el TDLC sólo analiza si las requeridas actuaron de conformidad con dicha planilla para repartirse las obras La Negra, Tafca y Hornopirén.

a) Figueroa Vial Limitada para la ampliación de la Ruta 28, cruce con Ruta 5, sector La Negra: el documento denominado "Planilla de cotización Bitumen. Periodo 27 de septiembre al 30 de septiembre de 2012", preparado por ENEX para presentar su cotización a FV por la obra La Negra, con notas manuscritas cuya autoría fue reconocida por el señor Rivas en la audiencia testimonial. En tal deposición señaló además que los números que encabezan las últimas tres columnas corresponden a los que se habían asignado en la planilla cuya versión actualizada se habría entregado en la reunión celebrada en el Hotel Regal Pacific el 27 de septiembre del año 2012, vale decir, el número 1 correspondería a ACH, el número 3 a QLA y el número 4 a Dynal. Asimismo, ese testigo declaró que los valores o cifras que aparecen en la primera columna corresponden a los "que teníamos presupuestados presentar, y al lado están las columnas con los cuales se van a presentar los



0159652015741

distintos, los competidores, producto de la reunión que tuvimos". Señaló, por último, que entregó esa planilla con las notas manuscritas singularizadas al señor Ricardo Veloso. Este último declaró haber recibido la planilla con anotaciones manuscritas y refiere además que el precio ofertado por ENEX al cliente FV respecto de la obra La Negra para el producto CA-24 fue de monto coincidente con la anotación manuscrita del señor Rivas sobre el mismo documento, a que se hizo referencia en la consideración anterior.

En este mismo orden de consideraciones, se establece que se encuentran acompañadas al proceso las cotizaciones que las requeridas ACH, ENEX, QLA y Dynal presentaron a la empresa FV por La Negra, las que al ser revisadas y comparadas con los valores que aparecen en las anotaciones manuscritas del señor Rivas es posible concluir que los valores de la cotización final de ENEX son idénticos a los que aparecen en la primera columna; que los valores de la cotización final de ACH son exactamente los mismos que aparecen bajo la columna titulada 1; que los valores de la cotización final de QLA son prácticamente los mismos que aparecen en la columna titulada 3; y que los valores de la cotización final de Dynal son casi idénticos a los que aparecen bajo la columna titulada 4.



015965201574:

Además, se acompañaron antecedentes que dan cuenta de un intenso tráfico de llamadas telefónicas entre ejecutivos de Dynal, QLA, ENEX y ACH durante la última semana de septiembre del año 2012, es decir, cuando tuvo lugar la reunión en el Hotel Regal Pacific y se presentaron las primeras cotizaciones para la obra de FV La Negra.

En razón de lo anterior el Tribunal concluye de acuerdo con las reglas de la sana crítica, que las requeridas acordaron asignar la obra Ruta 28, Sc. La Negra-Antofagasta Km 6-15 a ENEX, simulando un proceso competitivo en la presentación de cotizaciones.

En cuanto a que se trata de un acuerdo entre competidores que otorga poder de mercado reitera el análisis realizado a propósito de los otros acuerdos colusorios asentados en la sentencia.

b) Asignación de la obra del contratista Tafca denominada Ruta F-50, Sc. Lo Crozco-Quilpué, Km 11-18, en favor de ACH: los hechos descritos en el requerimiento de la FNE presentan diferencias importantes con el reconocimiento que hace ENEX en la Solicitud de Beneficios, según ya ha sido expuesto. En razón de lo anterior, aplicando la lógica y las máximas de la experiencia, el TDLC concluye que el testimonio del señor Cristián Rivas no constituye un indicio que pueda utilizarse para ayudar a formar convicción de que en la reunión celebrada en el



0159652015741

Hotel Regal Pacific se haya acordado asignar Tafca a ACH, pues sus declaraciones han sido imprecisas sobre este punto, indicando en un caso que el cliente era COP (16 de noviembre de 2012 y 11 de febrero de 2013), en otro caso que era Tafca (6 de septiembre de 2013) y en otro que no recordaba (11 de diciembre de 2014). En consecuencia, al no existir evidencia adicional que permita formar convicción sobre la existencia de un acuerdo para asignar la obra Orozco-Quilpué de Tafca a ACH, como imputa la FNE, no se acoge la acusación de la FNE en este punto.

c) Asignación concertada de la obra del contratista Recondo denominada Ruta 7, Sc. Pichicolo-Hornopirén, Km 85-100: una vez descartadas las alegaciones alternativas dadas por Dynal, refiere el TDLC que si bien la planilla denominada "Estudio de Mercado 2012/01" constituye un indicio significativo de asignación de obras y clientes, el mismo debe ser corroborado con el resto de la prueba que obra en el proceso, la que no es clara y concluyente. Para empezar, en la relación contenida en la Solicitud de Beneficios se indica someramente que "Dynal eligió una obra del cliente Constructora Recondo S.A., Ruta Hornopirén" (fojas 566), sin entrar en mayores detalles y precisiones sobre cómo se efectuaría dicha asignación, siendo dubitativa la declaración de Rivas en este punto, por lo que no contiene los caracteres de gravedad y precisión



0159652015741

suficiente respecto de estos hechos para que pueda ser considerada un indicio significativo de su existencia. Así, al no existir otros antecedentes probatorios, no se dará por acreditado éste.

IV. Multas: Consigna el fallo que en razón de la gravedad de las conductas acreditadas en autos, la sanción que se impone considera en primer término, un porcentaje de las ventas comprometidas en cada una de las obras respecto de las cuales se acreditó un acuerdo colusorio, que será dividida en partes iguales entre las empresas que participaron en el respectivo acuerdo.

Asimismo, se adiciona a dicho cálculo un monto que representa los beneficios concretos que cada una de las requeridas obtuvo producto de los respectivos acuerdos, para lo cual se considerará un porcentaje de las ventas efectivas, esto es, de la cantidad de asfalto despachado por la empresa que se adjudicó cada una de las obras respecto de las cuales se acreditó un acuerdo.

En relación a ENEX, se establece que dio cumplimiento a los requisitos exigidos para la procedencia del beneficio contemplado en el artículo 39 bis del Decreto Ley N° 211, sin que se acreditara que fue el organizador de la conducta ilícita coaccionando a los demás participantes del acuerdo, por lo que corresponde aplicar la exención de multa solicitada por la FNE.



0159652015741

Así, señala que la gravedad de las conductas ilícitas acreditadas en este proceso amerita considerar un monto equivalente al 15% de las ventas comprometidas en cada una de las obras respecto de las cuales se acreditó cada acuerdo. Por consiguiente, impone a las requeridas ENEX, ACH y QLA, una multa por una cantidad de 1.629,5 UTA para cada una de ellas, sin perjuicio de la exención que corresponde aplicar a la primera de ellas según se ha explicado. En el caso de Dynal, quien no participó del primer grupo de conductas, el monto de la multa asciende a 520,4 UTA.

Para aproximarse al beneficio económico, el Tribunal establece prudencialmente un monto equivalente al 5% de las ventas comprometidas en cada una de las obras respecto de las cuales se acreditó un acuerdo, que se aplica exclusivamente a la requerida que se adjudicó el respectivo contrato, es decir, ACH de la obra Duplijsa de la empresa Besalco y de la obra La Negra de la Constructora Figueroa Vial; QLA en el caso de la obra Chañaral de la empresa Besalco; y Dynal en el caso de la obra Radomiro Tomic de la misma constructora.

En consecuencia, la gravedad de las conductas en que participaron las Requeridas y el beneficio particular obtenido por cada una de ellas las hace acreedoras de



0159652015741

multas ascendentes a 1.630 UTA para ACH, 1.790 UTA para QLA y 718 UTA para Dynal.

Finalmente, en forma adicional impone como medida preventiva la adopción, por parte de todas las empresas requeridas, incluida ENEX, de un programa de cumplimiento en materia de libre competencia que satisfaga los requisitos establecidos en la "Guía de Programas de Cumplimiento de la Normativa de Libre Competencia" (material de promoción N° 3) elaborada por la Fiscalía Nacional Económica, de junio de 2012, por el plazo mínimo de 5 años.

En contra de la sentencia expuesta precedentemente ACH, QLA y Dynal dedujeron reclamación.

Se trajeron los autos en relación.

Considerando:

Reclamación intentada por Asfaltos Chilenos (ACH).

Primero: I.- Infracción al principio de congruencia procesal: sostiene la reclamante que la sentencia al sancionar por hechos distintos a aquellos que fueron objeto del requerimiento, vulnera su derecho a defensa y, por ende, los principios básicos del debido proceso.

A.- Explica que el fallo no sólo se aleja de la tesis promovida por la FNE, sino que sin proponer claramente un mecanismo colusivo termina condenando a ACH por hechos respecto de los que su representada no tuvo posibilidad de



0159652015741

defensa, ya que muta un elemento relevante de la acusación puesto que a pesar de establecer que ACH no obtuvo el beneficio o contraprestación que habría sido parte del acuerdo denunciado, igualmente da por asentado el acuerdo colusorio asignando un beneficio hipotético, el que ni siquiera describe.

Enfatiza que en el requerimiento se imputó la celebración de presuntos acuerdos para el reparto de contratos específicos de ciertos clientes. En cuanto a la asignación cliente constructora "Dragados" para las obras "Pargua-Puerto Montt" y "Laja", un elemento central del acuerdo es la contraprestación que habría obtenido ACH, esto es, que ENEX se habría abstenido de participar competitivamente en determinadas licitaciones en aras de proteger el contrato de su parte con SACYR Chile S.A.; cuestión esta última que es descartada por el fallo que asienta que esta contraprestación no fue acreditada, por lo que no existe la contrapartida que era parte del supuesto acuerdo, cuestión que por sí sola habría bastado para desechar esta parte del requerimiento. No obstante, el TDLC soslayando lo anterior, trastoca los hechos estableciendo que no se descarta que su representada se adjudicara otra obra producto del acuerdo.

B.- En relación al cliente constructora "Besalco" para la construcción de obras "Duplijsa", "Chañaral" y



0159652015741

"Radomiro Tomic", el requerimiento sostiene que ACH dio su venia a un acuerdo alcanzado por QLA, Dynal y ENEX, solicitado "no enfrentar competencia en alguna obra posterior a definir". Es decir, no habría obtenido beneficio alguno actual, sino que una promesa de un beneficio futuro. Sin embargo, la sentencia omite toda consideración respecto de tal contraprestación, lo que implica que éste no es un elemento de la conducta injusta para el tribunal, por lo que se condena a ACH como participe de una reunión.

C.- Por otro lado, la sentencia establece que ACH habría participado en acuerdos colusorios para repartir entre las requeridas siete obras, una del Consorcio Dragados CVV S.A., una de Dragados S.A., tres de Besalco Construcciones S.A. y una de Constructora FV Limitada. Según la sentencia, ninguna de dichas obras fue adjudicada a ACH, por lo que, según el razonamiento del fallo, su parte se puso de acuerdo con su competencia para que se adjudicaran contratos sin obtener nada a cambio, lo que resulta ilógico si se considera que en aquella época era el actor que tenía mayor participación en el mercado.

Añade que el requerimiento no incurría en el error en que cae la sentencia, ya que sostenía -aunque equivocadamente- que ACH si había obtenido algo de los acuerdos, a saber, mantener una obra de Sacyr Chile S.A.,



0159652015741

obtener una primera opción de adjudicación futura y, ejerciendo tal opción, adjudicarse la obra Constructora Tafca Ltda. lo que no fue acreditado, por lo que procedía el rechazo del requerimiento en todas sus partes respecto de su representada.

II. Infracción a las reglas de la sana crítica: explica la reclamante que en lo que se refiere a la lógica, la sentencia transgrede manifiestamente la regla de razón suficiente, pues en lo que respecta a ACH no tiene por acreditada ninguna de las contraprestaciones referidas en el requerimiento y sin embargo la condena.

Sostiene que igualmente se han transgredido en la valoración de la prueba las máximas de la experiencia, ya que carece de todo sentido que una parte de un acuerdo colusorio, que tenía al 2011 la mayor participación en el mercado minorista, tome parte del mismo sin obtener nada a cambio.

En el mismo sentido, aún cuando en la sentencia se citan poquísimas comunicaciones escritas entre las partes (correos electrónicos o mensajes de texto), no se menciona ninguna comunicación que haya sido remitida, copiada o enviada al señor Moroso de ACH y, en las pocas comunicaciones que existen entre las otras requeridas, no existe ninguna mención ni aún tangencial a su representada.



0159652015741

Por otro lado, las reglas de la sana crítica imponen el deber de fundamentar la sentencia; sin embargo, la sentencia al analizar el tráfico telefónico entre ejecutivos de las requeridas, no consideró en absoluto las legítimas relaciones comerciales entre ACH y las otras requeridas que la justifican.

III.- Valor probatorio de la relación de hechos contenida en la solicitud formal de beneficios: En el errado criterio del TDLC, la relación de hechos contenida en la Solicitud de Beneficios cumpliría con los criterios asentados por la Excma. Corte Suprema, soslayando todas las falsedades e incoherencias contenidas en ella. En efecto, explica que existe una serie de hechos afirmados en la Solicitud de Beneficios referentes a ACH, que se encuentran desvirtuados por la prueba rendida en autos, lo que es constatado en la sentencia:

a) De conformidad al relato contenido en la solicitud de delación compensada, hasta el día 18 de octubre de 2011, no había existido contacto alguno entre los señores Rivas y Moroso respecto a la obra Puerto Montt-Pargua; sin embargo, la sentencia sostiene que habrían existido tales comunicaciones los días 13, 14, 17 y 18 de octubre de 2011, dejando de manifiesto que el relato contenido en la Solicitud de Beneficios, es falso.



0159652015741

b) Por otro lado, en el punto 12 del capítulo II de la Solicitud de Beneficios, se sostiene que antes que ACH presentara su última cotización para la obra Puerto Montt-Pargua, el señor Moroso llamó al señor Rivas diciéndole que él no insistiría y se desistiría de su última oferta, sin embargo, se encuentra acreditado en autos que ACH no se desistió de oferta alguna formulada por la obra Puerto Montt-Pargua.

c) Además, se sostiene en la Solicitud de Beneficios que a la fecha de la llamada a que se refiere dicho punto estaba vigente una oferta verbal de ENEX a Sacyr Chile S.A. para una obra de Copiapó existiendo la posibilidad de materializar la oferta hasta el día 7 de noviembre de 2011. Sin embargo, esto es absolutamente falso pues inmediatamente después de recibir la oferta verbal de ENEX, se comunicó a su representada que había mejores condiciones en el mercado. Con esta información, ACH hizo una mejora en las condiciones contractuales pactadas con Sacyr, mejora que implicaba un precio más bajo que el ofertado por ENEX.

d) En el punto 16 de la Solicitud de Beneficios, se indica que ACH habría retirado una oferta formulada a Dragados para la obra "Licitación de Reposición RUTA Q-90-0 CRUCE Longitudinal LA LAJA" por tener un precio inferior al que propuso ENEX. A este respecto, en la sentencia, no da



0159652015741

por establecido que ACH haya retirado oferta alguna presentada respecto de la obra.

e) En la letra C del Capítulo II de la Solicitud de Beneficios, se sostiene que el señor Moroso asistió a un desayuno en el que se habrían asignado tres obras de Besalco a QLA, ENEX y Dynal y en que se señala que "no se le asignó ninguna obra a Asfaltos Chilenos, pues ésta no tenía intención de presentar ofertas a estos contratos, pero el señor Sergio Moroso señaló que a él le interesaba otra obra futura, por lo que se acordó que él sería quien primero elegiría en los futuros repartos de obra". Luego se señala que Sergio Moroso decidió ejercer la posibilidad que el resto le había entregado de elegir una obra como compensación por no quedarse con ningún contrato de Besalco Construcciones S.A. Por ello, eligió un contrato de Construcciones y Pavimentos Limitada (COP) por la ruta Lo Orozco-Quilpué, por 2.235 toneladas, que era un cliente tradicional de QLA. A este respecto, ni el requerimiento de la FNE hizo fe de lo señalado en la Solicitud de Beneficios, ya que el mismo cambió la obra que ACH habría pedido en retribución por su omisión en el reparto de las obras de Besalco Construcciones S.A., señalando que optó por una obra de constructora Tafca Ltda., lo que es representado por el propio Tribunal.



0159652015741

f) Por otro lado, en los relatos que se realizan en las letras C y E del Capítulo II de la Solicitud de Beneficios, respecto de la forma en que se habrían alcanzado los acuerdos para el reparto de las obras de Besalco Construcciones S.A. y la obra de Constructora FV Limitada, no se señala que haya existido llamados telefónicos entre las partes. Sin embargo, el TDLC sostiene que habrían existido múltiples llamadas telefónicas entre ejecutivos de las requeridas el día 5 de septiembre de 2011 y la última semana de dicho mes, para coordinarse en la presentación de las cotizaciones.

A la luz de los antecedentes expuestos, no se puede sostener que el relato de hechos contenido en la Solicitud de Beneficios, cumpla con los criterios establecidos por la jurisprudencia del máximo tribunal, por lo que la sentencia incurre en un error al otorgarle valor probatorio.

IV.- Tráfico telefónico entre ejecutivos de las recurridas: En diversos considerandos, el Tribunal realiza un análisis de los llamados realizados por ejecutivos de las recurridas para establecer la existencia del acuerdo para la asignación de las obras por la cuales finalmente se acoge el requerimiento. Lo anterior no obstante que dicho tráfico de llamadas no se corresponde con el relato de la Solicitud de Beneficios, el Requerimiento y las



0159652015741

declaraciones del señor Rivas, acerca de la forma en que se habrían alcanzado los acuerdos.

En lo que se refiere a ACH, el análisis que se realiza en la sentencia que se reclama prescinde absolutamente de considerar las legítimas relaciones comerciales que mantiene con cada una de las otras requeridas. En este aspecto, el TDLC omitió analizar toda la prueba existente en autos respecto de transacciones comerciales realizadas por su representada con las otras requeridas. Asimismo, el Tribunal califica de "inusual" el tráfico de llamadas sostenidas entre los ejecutivos de las requeridas, sin destinar considerando alguno a analizar cual era el tráfico usual de llamadas entre ellos, cuestión relevante si se considera que el número de llamadas entre los señores Moroso y Rivas, no difiere en absoluto de las llamadas que se realizaban en periodos no analizados en los mismos considerados.

V.- Prueba no considerada por la sentencia que acredita la inexistencia de acuerdo alguno en que haya intervenido ACH:

a) Dragados, "Pargua-Puerto Montt" y "Laja": su parte acreditó que no es efectivo que haya existido cualquier tipo de conversación entre Sacyr Chile S.A. y ENEX respecto de la obra de Copiapó. Las conversaciones que la sentencia dice que existieron entre las partes tuvieron lugar a



0159652015741

partir del 13 de octubre de 2011, y la obra de Sacyr terminó de ser abastecida el día 30 de septiembre de 2011, por lo que es absolutamente falso señalar que el contrato de Sacyr estaba siendo ejecutado cuando empezaron las conversaciones entre ENEX, QLA y ACH. Por otro lado, el TDLC peca por exceso cuando señala que no puede descartar la existencia de una contraprestación entre ENEX y ACH respecto de otras obras, aunque la señalada por la FNE no haya sido acreditada, pues ello es una afirmación temeraria e improcedente.

Finalmente, en adición a todas las pruebas analizadas respecto de este grupo de obras, existen otros medios probatorios que acreditan la inexistencia de acuerdo alguno pues aún antes que ACH realizara su última oferta a Dragados-CVV, dicha entidad ya había manifestado su voluntad de adjudicarle la obra a ENEX. Además, al comparar las ofertas realizadas por ACH y ENEX en las distintas rondas de la negociación con Dragados-CVV, se puede ver que ENEX siempre ofertó un precio más barato que ACH, aún antes que el inexistente acuerdo que da por establecida la sentencia.

b) Asignación cliente constructora "Besalco" y asignación constructora Figueroa Vial ruta "La Negra", constructora Tafca Ltda. "Orozco" y constructora Recondo S.A. "Hornopirén": Si bien en el requerimiento y en la



0159652015741

sentencia estos acuerdos están tratados en forma separada, es manifiesto que, al menos en las imputaciones que se hacen a ACH, ambos grupos de acuerdo están vinculados. En efecto, la presunta "primera opción" que se habría otorgado a ACH con ocasión del pretendido acuerdo por las obras de Besalco, habría sido utilizada por ACH para adjudicarse, según el requerimiento, una obra de Constructora Tafca Ltda. cuando se discutió el segundo grupo de contratos. Por lo anterior, en el caso de ACH, no pueden ser ciertas las imputaciones respecto a los pretendidos acuerdos por las obras de Besalco, si no son ciertas las imputaciones respecto al segundo grupo de contratos, en razón de lo anterior se ha infringido el deber de congruencia respecto de este grupo de obras, ya que la sentencia las trata como eventos absolutamente independientes.

Además, la sentencia prescinde de toda la prueba que acredita que ACH no podía participar competitivamente en las obras que pretendía adjudicar Besalco, que hacen absolutamente inverosímil el acuerdo. En efecto, en este punto, sostienen que se acreditó que ACH tenía una desventaja competitiva respecto a QLA, Dynal y ENEX para abastecer las obras que adjudicó Besalco, pues no tenía acceso al terminal de Mejillones de Probisa, lo que obliga a ACH a ofertar el suministro considerando un mayor costo de transporte. A lo anterior, se debe agregar que es un



0159652015741

hecho conocido por QLA y Dynal que Besalco no había contratado a ACH para que le suministre asfalto para una obra desde 1998, debido a un conflicto suscitado en el año 1997.

Por otro lado, respecto de la obra adjudicada por Constructora FV Limitada, el Tribunal no consideró ninguna de las alegaciones que su parte realizó en su contestación, las que son expuestas latamente. Así, la falta de ponderación de la prueba vinculada con defensas infringe la exigencia impuesta a los jueces, relativa a la argumentación de la decisión, ya que es su deber pronunciarse sobre todas las alegaciones formuladas.

VI.- Ausencia de beneficio económico para ACH: Es de la esencia de un acuerdo de este tipo que los participantes que deben ser sancionados obtengan la asignación o reparto de contratos específicos de clientes, sin embargo, conforme al razonamiento del fallo, ACH no obtuvo la asignación o reparto de contrato alguno. El único beneficiado real de estos presuntos acuerdos es ENEX.

VII- Error en el análisis de la prueba: el Tribunal descalifica metodológicamente un informe acompañado por su parte, denominado "Estructura, características y funcionamiento del mercado del asfalto en Chile", sin considerar que los datos para realizarlo fueron extraídos directamente del Portal de Comercio Internacional de la



0159652015741

Cámara de Comercio de Santiago que los obtiene desde aduanas y los mismos no presentan errores.

Sobre la base de lo expuesto solicita que se rechace en todas sus partes el Requerimiento de autos respecto de ACH, en subsidio, en base a las mismas consideraciones, se reduzca sustancialmente la multa impuesta.

II.- Reclamación de Química Latinoamericana S.A. (QLA).

Segundo: Que la requerida QLA funda su reclamación sosteniendo que el fallo impugnado incurre en una serie de faltas y vicios que determinan que deba ser revocado:

a) **Consortio Dragados-CVV por obra "Concesión Ruta 5 Pargua-Puerto Montt" y constructora Dragados por obra "La Laja":** El TDLC tuvo por acreditada la existencia de un acuerdo entre competidores para la asignación de las obras mencionadas, sobre la base de lo declarado por ENEX en su Solicitud de Beneficios, sin analizar debidamente toda la prueba que obra en el proceso y que sirve para desvirtuar la imputación que la FNE hizo a este respecto.

En primer lugar, señala que era la FNE quien tenía la carga de probar en autos la existencia y pormenores de este supuesto acuerdo colusorio, debía probar copulativamente:

a) Que ENEX y ACH, a instancias de QLA, acordaron asignar a la primera la obra Pargua-Puerto Montt; b) Que la contraprestación para esta asignación era que ENEX no se involucrara con Sacyr. No obstante, conforme al fallo



0159652015741

recurrido sólo tuvo por probado el punto indicado en la letra a), quedando en evidencia una grave falta de la sentencia, toda vez que establece un supuesto acuerdo distinto al imputado en el requerimiento, vulnerando el principio de congruencia.

Agrega que, sin perjuicio de lo anterior, para dar por probado el primero de los elementos del acuerdo colusorio que imputó la FNE, esto es, que ENEX y ACH, a instancias de QLA, acordaron asignar a la primera la obra Puerto Montt-Pargua, el TDLC analizó la supuesta "gran prueba" en la que fundamentó todo su fallo, a saber, el relato expresado en la Solicitud de Beneficios de ENEX, soslayando que la línea de tiempo demuestra que el acuerdo imputado por la Fiscalía simplemente no existió. En efecto, según el relato de ENEX, luego de la supuesta reunión de 17 de agosto de 2011, ningún contacto hubo entre Cristián Rivas, de ENEX, y Patricio Seguel, representante de QLA, sino hasta el día 13 de octubre de 2011, fecha en que supuestamente los señores Rivas y Seguel habrían discutido telefónicamente sobre la obra Puerto Montt-Pargua. El siguiente evento se produce el día 18 de octubre de 2011, cuando Cristián Rivas afirma sentirse "traicionado" por lo ocurrido con la Constructora CIAL, razón por la cual se rehúsa a seguir conversado con el representante de QLA, para pasar a negociar directamente con ACH. De lo anterior se sigue necesariamente que hasta



0159652015741

el 18 de octubre de 2011, ningún acuerdo existía para repartirse la obra Puerto Montt-Pargua, ni menos la obra La Laja. En consecuencia, de los propios antecedentes en que el TDLC basó su condena se desprende que en el supuesto acuerdo colusorio relativo a las obras Puerto Montt-Pargua y La Laja, ninguna participación le cupo a su representada.

Añade que la Solicitud de Beneficios de ENEX se basa íntegramente en los dichos de don Cristián Rivas, quien fuera, según esta empresa, el único de sus empleados involucrados en la pretendida colusión. Al absolver posiciones ante el TDLC el representante de ENEX confirmó que toda la delación compensada se basó en lo señalado por Cristian Rivas y por sus subalternos, siendo estos simples testigos de oídas, empleados de la parte interesada. Así la Solicitud de Beneficios y las declaraciones de Rivas constituyen un mismo elemento. Sin embargo, el TDLC las trató como elementos distintos en su análisis del caso. Enfatiza que la piedra angular de todo el caso –los dichos de Cristián Rivas–, es insuficiente, contradictoria, incoherente y, en último término, inverosímil.

En el fallo se afirma que efectivamente ENEX formuló una oferta a Sacyr para la obra que esta empresa constructora se encontraba ya ejecutando en la zona de Vallenar-Caldera. Convenientemente, sin embargo, el TDLC omite referir que esta oferta fue realizada en el mes de



0159652015741

agosto de 2011, vale decir, mucho antes que las empresas requeridas presentaran sus cotizaciones para las obras Puerto Montt-Pargua y La Laja.

Por otro lado, refiere que a su representada se le solicitó cotizar el asfalto para el proyecto Puerto Montt-Pargua debido a su larga relación de negocios con la Constructora CW, lo que unido al hecho que el Consorcio Dragados CW requería de al menos tres cotizaciones para cada insumo, hizo que contactaran a QLA por esta razón, aun cuando tanto el Consorcio Dragados CW como QLA sabían que su representada no tenía posibilidad ni capacidad para ejecutarla.

Por otro lado, nada ganaba QLA con que ENEX se llevara las obras Puerto Montt-Pargua y La Laja, sin que exista explicación racional que justifique su condena. Además, el Tribunal no se hace cargo de las explicaciones que a este respecto entregó su representada respecto de la existencia del correo electrónico analizado en el fundamento trigésimo segundo y los contactos y reuniones entre las empresas requeridas que se dan por las siguientes razones: (i) abastecimiento de materia prima; (ii) vínculos contractuales o societarios. En efecto, la referida comunicación electrónica es suficiente para que el Tribunal determine sin más la participación de su parte en este supuesto acuerdo colusorio, sin analizar que QLA ha



0159652015741

enfocado su negocio en las especialidades asfálticas, productos que ENEX no fabrica, siendo ACH quien se los maquila. Al mismo tiempo, se encuentra acreditado que el enorme volumen que implicaba la obra "Puerto Montt-Pargua" hacia que a QLA le fuera imposible abastecerla completa, empero, sí podía suministrar las especialidades asfálticas que constituían sólo el 3% del proyecto, que era lo que le interesaba, sobre todo teniendo en cuenta que ENEX dependía de su competidor (ACH) para que se las proveyera. Es esto lo que explica que su representada conversara con ENEX (y no con ACH) sobre "Pargua".

Estas explicaciones, el fallo recurrido las descarta señalando simplemente que, dadas las fechas y horas de envío de los correos electrónicos y de las llamadas telefónicas, las explicaciones alternativas "no son verosímiles", ya que "no son consistentes con relaciones bilaterales entre QLA y ENEX relativas a abastecimiento de productos asfálticos". Así, el TDLC se arroga la facultad de determinar incluso cómo deben llevarse a cabo las necesarias relaciones bilaterales entre nuestra representada y ENEX.

Agrega que la prueba rendida en autos permite explicar las llamadas entre QLA y ACH y ENEX. En efecto, dado que a partir del mes de septiembre se inicia la "temporada alta" de pavimentación en el país, lo que lógicamente lleva a que



0159652016741

se demande mayor cantidad de productos asfálticos, su representada debe comunicarse constantemente con los importadores (ACH y ENEX). Así, en el periodo relacionado con las llamadas entre QLA, ACH y ENEX, su representada emitió órdenes de compra por aproximadamente \$1.400 millones. Continúa la exposición sosteniendo que no existe un análisis de los medios de prueba aportados para acreditar sus dichos, por lo que el fallo vulneró las reglas de la sana crítica, sistema establecido en el inciso final del artículo 22 del Decreto Ley N° 211 para valorar la prueba rendida ante el TDLC. Enfatiza que lo hasta aquí señalado es relevante no sólo para desvirtuar el acuerdo imputado por la FNE, sino también para demostrar que, de existir la pretendida colusión, nada tuvo que ver QLA y su gerente general.

Añade que tan clara es la ausencia de colusión, así como que Consorcio Dragados CVV y Constructora Dragados recibieron precios de mercado, que lo confirma el propio testimonio de Cristián Rivas en estrados, desmintiendo lo expresado en la Solicitud de Beneficios de ENEX, puesto que al ser interrogado señaló que la empresa ofertó para las obras en comento a sus precios normales de mercado.

Manifiesta que el TDLC respecto a la obra La Laja enfrentó el problema de que a QLA ninguna vinculación le cupo en el proceso de cotizaciones para dicha obra. Esto



0159652015741

problema lo resolvió forzando los hechos creando una ficción que denominó "Grupo Dragados", al cual pertenecerían tanto la obra Puerto Montt-Pargua como la obra La Laja, obviando el hecho probado en autos que lo único que ligaba a QLA en este "Grupo Dragados" era precisamente la parte "no Dragados", a saber, la Constructora CVV, que sólo participó en la obra Puerto Montt-Pargua.

Finalmente, en cuanto al supuesto poder de mercado de QLA, señala que el tamaño relativo de una empresa que, como su representada, se dedica sólo al comercio minorista sin importar asfalto, es muy inferior al tamaño de quienes son sus clientes, a saber, las empresas constructoras de obras viales. Así, son éstas las que en verdad detentan poder de mercado respecto de las comercializadoras de asfalto, y no a la inversa, razón por la cual una colusión para imponerles condiciones resulta impensable.

b) Constructora Besalco con obras "Duplijsa"; "Chañaral"; "Radomiro Tomic": Conforme lo expuesto en el Requerimiento, la FNE, debía probar: a) El acuerdo para repartirse las obras de Besalco en la forma indicada; y b) El otorgamiento a ACH de este derecho a elegir preferentemente una obra futura.

El TDLC tuvo por acreditada la existencia de este supuesto acuerdo fundamentalmente sobre la base de lo



0159652016741

declarado por ENEX en su Solicitud de Beneficios; sin embargo, al igual que en el caso anterior, el fallo recurrido determinó la existencia de esta supuesta colusión sin analizar toda la prueba que obra en el proceso.

Existen una serie de antecedentes que el TDLC ni siquiera mencionó, ni mucho menos analizó que explica la reunión en el Hotel Radisson, las comunicaciones entre las requeridas. Al respecto, la sentencia recurrida omite todo análisis sobre el hecho que ENEX y ACH controlan el mayor terminal de asfalto del país, a través de la sociedad Conosur de la cual son dueños en partes iguales, manejando un modelo conjunto de importación. Por lo tanto, para las empresas asfalteras que, como QLA y Dynal, no importan materia prima, relacionarse con ENEX y ACH resulta esencial. Por su parte estas últimas deben vender el asfalto que importan, ya sea a las empresas constructoras, o bien, a QLA o Dynal, a quienes identifican como distribuidores. Por otra parte, el contexto en que se produce esta reunión es decidor, pues se produce en un momento en que existía alta demanda de asfalto a nivel país y poca disponibilidad de producto.

En relación al tráfico de llamadas, reitera que el TDLC no analizó otras razones para explicar las llamadas entre los ejecutivos de las empresas requeridas. Desde luego, no puede extrañar que a partir de septiembre las



0159682015741

llamadas aumenten, por cuanto es en esa época que se produce un aumento significativo en la demanda de productos asfálticos, ya que comienza la temporada alta de pavimentación en todo el país, lo que hace que su representada deba comunicarse con ACH y ENEX para ver su disponibilidad de materia prima y en qué condiciones de precio y entrega se la ofrecen.

Sin perjuicio de lo anterior, resulta decidor que el TDLC fundamenta en las referidas llamadas telefónicas la existencia de la supuesta colusión, aludiendo a que los precios que iban a presentar las requeridas se habían acordado por esta vía. Con esta argumentación el TDLC altera los términos de la Solicitud de Beneficios y del Requerimiento. En efecto, al delatarse ENEX aseveró que en la reunión del Hotel Radisson "se determinaron los precios de las ofertas de cada uno para que no hubiese malentendidos".

Por último, el TDLC concluye su examen para determinar que sí existió un acuerdo colusorio en el proceso de cotizaciones de asfalto para las obras de Besalco, apenas aludiendo al hecho que ACH no se adjudicó ninguna obra. Nada dice el Tribunal sobre el hecho que ACE en verdad llevaba largos años sin abastecer a Besalco, producto de desencuentros comerciales con dicha constructora, todo lo cual consta en autos.



0159652015741

Agrega que es importante recordar además que en la colusión imputada ACH quedaba con una opción preferente para una obra futura, hecho que no pudo ser probado. Así, la colusión requería de la participación de todas las empresas requeridas, sin embargo, el TDLC simplemente optó por determinar que bastaba la presencia y llamadas de ACH para establecerla. Con ello nuevamente vulneró el principio de congruencia, al condenar a QLA por un supuesto acuerdo colusorio que no fue el imputado por la FNE en su Requerimiento.

Por lo demás, en la declaración de don Cristián Rivas, éste señala que no se respetó el precio acordado porque no tenían confianza, es decir, el supuesto acuerdo, de existir, no se materializó, ya que ENEX le cotizó a Besalco usando sus precios habituales de mercado.

Sostiene que existe evidencia en autos en cuanto a que la decisión de Besalco de asignarle su obra Radomiro Tomic a Dynal fue tomada por la propia empresa constructora, pues así lo declaró el Gerente de Operaciones de Besalco, quien declaró que él había determinado trabajar directamente con Dynal por un tema de conocimiento de la calidad.

Finalmente, el TDLC omitió todo pronunciamiento en cuanto que, aun cuando se estime que las empresas requeridas efectivamente llegaron a algún acuerdo anticompetitivo para repartirse las obras de Besalco, en



0159652015741

cualquier caso dicho supuesto acuerdo no se concretó ni afectó los precios a los que Besalco adquirió los respectivos productos asfálticos, pues así lo demuestran las cotizaciones entregadas para cada obra, las cuales fueron disminuyendo su precio.

c) Constructora Figueroa Vial (obra "La Negra") -Constructora Tafca (obra "Orozco") -"Constructora Recondo (obra Hornopirén)": Su representada, a quien el TDLC le aplicó la multa más alta, tampoco se habría repartido obra alguna en esta supuesta colusión.

En opinión del TDLC, la delación o reconocimiento efectuado por ENEX en su Solicitud de Beneficios es "suficientemente detallado". No obstante, a renglón seguido el TDLC hace presente que la FNE en su Requerimiento se apartó del relato del delator, puesto que las obras que imputa como objeto de la colusión no se corresponden con aquellas delatadas por ENEX. Reconoce el TDLC que el relato y acusación de la FNE fue inexacto e infundado y, sin embargo, condena.

Continúa la exposición reiterando las argumentaciones relacionadas con la improcedencia de que el tribunal se arroge la facultad de determinar cómo su representada deba reunirse con sus abastecedores de materia prima, exponiendo las razones alternativas que justifican las comunicaciones analizadas en el fallo. Añade que la conclusión del fallo



0159652015741

respecto de que su representada no le compró materia prima a ENEX en el año 2012, podría utilizarse a contrario sensu, para concluir entonces que como durante el año 2011 si hubo mucha compra de materia prima a ENEX, las reuniones se encuentran plenamente justificadas. Puntualiza que más allá de lo anterior, el TDLC no consideró que, precisamente, debido la alta demanda de asfalto y escasez de abastecimiento, QLA estaba obligada a hacer todo lo posible para revertir la decisión de ENEX de no venderle.

Agrega que el TDLC continúa refiriéndose a la obra La Negra de la constructora Figueroa Vial remitiéndose a un informe preparado por una economista consultora de la propia FNE titulado "Análisis de Comunicaciones Telefónicas de las Empresas de Asfaltos", señalando que conforme a este informe "el tráfico de llamadas telefónicas es completamente inusual y anómalo en relación con el promedio de llamadas de dicho", descontextualizando un párrafo del informe, sin reparar en que, con respecto a QLA, el propio informe en cuestión concluye que para los casos de QLA y ENEX y QLA y ACH, la diferencia es positiva pero no estadísticamente significativa.

Por otro lado, ningún análisis hizo el TDLC del proceso de cotizaciones para esta obra y de cómo fue realizado, siendo trascendente el testimonio de la supuesta víctima de este pretendido acuerdo colusorio, la empresa



0159652015741

constructora Figueroa Vial, que declara (i) que obtuvo precios de mercado; y (ii) que QLA no tenía en ese momento disponibilidad de insumos ni la logística necesaria para abastecer la obra "La Negra", lo que además le consta personalmente porque en esa misma época estaba teniendo problemas con los fletes por parte de QLA en otras obras contratadas con ella.

En suma, el TDLC condenó a su representada por supuestamente haberse coludido con las otras requeridas en el proceso de cotizaciones para la obra La Negra de Constructora Figueroa Vial, basándose para ello exclusivamente en antecedentes probatorios aportados por la FNE a través de la delación de ENEX, sin ni siquiera mencionar ni menos analizar la prueba aportada por su parte.

Del mismo modo, existen también en este último supuesto acuerdo colusorio vulneraciones al principio de congruencia, toda vez que el TDLC sólo tuvo por acreditado -y erróneamente- una supuesta repartición de la obra La Negra, mas no de las obras de Tafca y Recondo. Es más, para las obras de estas últimas empresas constructoras, el TDLC no tuvo más remedio que darse cuenta de que el relato de Cristián Rivas era incoherente e inverosímil, lo que llevó a que la FNE tuviera incluso que alterar, en su



0159652015741

Requerimiento, el relato entregado por ENEX en la Solicitud de Beneficios.

II.- Falta de cumplimiento de acuerdo colusorio: Por otro lado, sostiene que no existe prueba en cuanto a que los supuestos acuerdos anticompetitivos se hayan concretado, perjudicando a las empresas constructoras en cuestión, incluso las supuestas víctimas de los acuerdos colusorios, Besalco y Constructora FV, declararon en estrados haber contratado a precios de mercado. Tan cierto es lo anterior, que el propio delator, don Cristián Rivas, declaró expresamente haber cotizado a sus propios precios de mercados, por cuanto no confiaba en las demás empresas requeridas.

III.- Inexistencia de monitoreo entre los miembros del cartel: explica que es esencial a un acuerdo colusorio el que existan mecanismos que permitan a los miembros de un cartel (i) monitorear el respeto a los acuerdos alcanzados; (ii) anticiparse a eventuales incumplimientos mediante la imposición de sanciones. Pues bien, en este punto no se realiza un análisis, lo que es relevante puesto que la evidencia demuestra que cada una de las requeridas presentaba sus cotizaciones conforme a sus propios criterios comerciales. Esgrime que había una ausencia total de monitoreo entre los miembros del supuesto cartel que imputa la FNE.



0159852015741

IV.-Multa a la que fue condenada QLA: sostiene la reclamante que a pesar del expreso mandato legal contenido en el artículo 26 del Decreto Ley N° 211, la sentencia del TDLC no contiene análisis económico alguno. En efecto, la única mención a criterios económicos está en los considerandos 140° a 143°, en que el TDLC descarta los informes económicos presentados en autos, por presentar graves errores metodológicos; sin embargo, a continuación, sin efectuar ningún otro análisis sobre los beneficios económicos del supuesto cartel, o bien, sobre los márgenes de la industria, simplemente, se limita a establecer "prudencialmente" un 5% de beneficio económico, a pesar de que en autos obran las cotizaciones y órdenes de compra de todas las empresas requeridas, en particular de QLA.

La multa aplicada a QLA asciende a 1.790 UTA, monto que es absolutamente desproporcionado con relación tanto a la participación como a los supuestos beneficios económicos obtenidos.

Por otro lado, el monto de la multa aplicada, que excede a la fecha los 3900 millones, importa dejar a su representada en una muy desmejorada posición competitiva. En efecto, al no contar con acceso a materia prima, uno de los recursos que utiliza QLA para competir con las empresas más grandes como ACH y ENEX, es el otorgamiento de facilidades de crédito a sus clientes. De aplicarse la



0159652015741

enorme multa mencionada, se impedirá a su representada seguir participando competitivamente en el mercado.

Por todo lo anterior, la multa, en el improbable evento que la Excm. Corte Suprema estime que debe condenar a QLA, debe al menos reducirse de forma substancial.

Finalmente, con respecto al programa de cumplimiento en materia de libre competencia impuesto a su representada en el Resuelvo 7) del fallo recurrido, cabe señalar que la implementación resulta excesiva y extremadamente onerosa en una empresa del tamaño de QLA, donde en su área comercial trabajan sólo 11 personas, incluyendo la sección cobranzas y el personal administrativo.

Concluye solicitando dejar sin efecto la sentencia en cuestión, declarando en su lugar (i) que QLA no cometió ilícito anticompetitivo alguno; (ii) que, por ende, se rechaza el Requerimiento deducido por la FNE en su contra; (iii) que se deja en consecuencia sin efecto la multa aplicada a QLA; y (iv) que asimismo se deja sin efecto la imposición del programa de cumplimiento impuesto a QLA; todo ello con expresa condena en costas. En subsidio, se reduzca substancialmente la multa impuesta.

III.- Reclamación incoada por Dynal.-



0159652015741

Tercero: Que la requerida Dynal estructura su reclamación, sustentada en las siguientes alegaciones:

I.- La sentencia impugnada dejó de lado el análisis económico y la estructura de mercado: En este punto sostiene la reclamante que ella es una empresa minorista en el mercado, a diferencia de ENEX y ACH que son empresas a la vez mayoristas y minoristas. Es en este contexto que sostiene que para competir en propuestas debe abastecerse de alguna empresa importadora, por lo que suponer que se coluda con ENEX o ACH significa creer que alguna de esas dos empresas le traspasaba materia prima al costo para que pudiera competirle a ellas mismas, cuestión que carece de sentido.

Su representada, ante la estrategia de ENEX Y ACH de cesar en las ventas, quedó dependiendo exclusivamente del abastecimiento de materia prima de parte de ENAP, que en los últimos años abasteció una parte marginal del mercado, y de la posibilidad de comprar materia prima al otro mayorista importador que era Probisa, no requerida en esta causa. En estas condiciones, era natural que en las obras de concesiones no pudiera ni siquiera participar en las propuestas por no tener posibilidad de abastecerse de suficiente cantidad de asfalto, cuestión que tampoco podía realizar porque no dispone de capacidad de almacenamiento como la que tienen en conjunto las empresas ENEX y ACH en



0159652015741

el Terminal Cono Sur del Puerto de Vertanas. Enfatiza que el TDLC no distinguió entre mayoristas y minoristas cuando afirma que las empresas de esta industria comparten instalaciones, tienen acuerdos de maquila y otros, pues eso ocurre entre empresas mayoristas importadoras: ACH y ENEX, que importan grandes barcos en conjunto, que descargan a un terminal que es propiedad conjunta de ellas.

Así, esgrime que la acusación de que Dynal "se repartía" las obras con ACH y ENEX simplemente no tiene sentido, pues sus costos para acceder a materia prima son inevitablemente superiores ya que la compra en Chile con los recargos y márgenes que cualquier otro importador le cobra. Lo que sí tiene sentido es que ante la posibilidad de volver a conversar con los importadores sobre el abastecimiento que tanto necesita, asista a la reunión a la que se le invita.

II.- Equivocada ponderación de la "confesión" de Rivas:

El valor probatorio de la confesión —plena prueba— descansa en el hecho que ella no merece dudas porque va en contra de los intereses de quien confiesa. En el proceso de autos, en cambio, ese no era el caso. En efecto, al acogerse ENEX al mecanismo de delación compensada esa empresa y su agente Cristián Rivas tenían una certeza: no verían afectados sus intereses con la imposición de sanción alguna. Al considerar este hecho resulta forzoso concluir que la



0159652015741

confesión de su agente y único interviniente directo en la presunta colusión podía no ser tan confiable como lo es una verdadera confesión.

Resalta la falta de confiabilidad del testimonio de Rivas porque respecto de la participación de don Tomás Brenner, gerente general de Dynal, en la reunión en el Hotel Regal Pacific el único antecedente que lo sitúa en dicha reunión es el testimonio de Rivas y la solicitud para acogerse a la delación compensada de ENEX, que no es más que la forma en que ENEX hizo suyos los dichos de Rivas, pero que no tiene valor probatorio por sí misma.

Por otro lado, el Tribunal, además, omitió considerar que la propia FNE en su Requerimiento plantea que en esa reunión se habría compartido un pendrive con información necesaria para alcanzar el presunto acuerdo, pero no identifica a Dynal como receptora de dicho pendrive. Las simples reglas de la lógica dicen que si se estaba fraguando una colusión y para ella se compartió información en un pendrive, éste debía ser entregado a todos los presentes.

III.- Ponderación antojadiza de la prueba rendida: en el caso de la obra "La Negra". Establece la sentencia que Rivas reconoció una planilla con referencias manuscritas por él y explicó los números de cada columna. Así el TDLC dice que los valores o cifras que aparecen en la primera



0159852015741

columna corresponden a los que se tenía presupuestado presentar y al lado están las columnas con los cuales se van a presentar los distintos competidores, producto del acuerdo nacido de la reunión. Sin embargo, en la comparación que realiza el tribunal sólo coinciden los valores de ACH y ENEX en los tres productos, en el caso de QLA coincide uno de los tres; sin embargo, en el caso de Dynal, en ninguno de los 3 productos los valores coinciden, cuestión que el tribunal soslaya bajo la argumentación de considerar que son valores "casi idénticos". Puntualiza que no hizo ningún análisis adicional, ni siquiera el más obvio: los precios son parecidos porque corresponden al verdadero valor de esas materias primas.

IV.- Sentencia no analiza la prueba que demuestra el motivo por el cual fue adjudicada la obra Radomiro Tomic de Besalco y que acredita la inexistencia de relación causal entre un hipotético acuerdo y la adjudicación a Dynal: Según el Requerimiento y la sentencia su parte se adjudicó dicha obra porque se habría coludido para ello con las demás requeridas. Sin embargo, la verdad es que Dynal se adjudicó porque tenía ventajas competitivas y el cliente le ayudó a adjudicársela, según se acreditó sobradamente en autos. Puntualiza que una prueba muy relevante, que la sentencia sólo menciona en la parte expositiva, es la declaración del Gerente de dicho proyecto, empleado de Besalco, tanto a la



015965201574:

fecha de los hechos imputados como a la fecha en que prestó testimonio ante el TDLC, señalando que Dynal se ganó esa licitación porque él, personalmente, le señaló cual era el precio que debía ofertar para que se le adjudicara la licitación. De paso, dio un segundo dato que echa por tierra la tesis de la colusión, pues hasta antes de aquello Dynal estaba haciendo una oferta más onerosa que la de otros licitantes, cuestión que no sería posible si a esa altura supuestamente ya estaban coludidos.

V.- La sentencia falta a la lógica y, con ello, incumplió su deber de fallar conforme a la sana crítica:

a) El delator de la presunta colusión- don Cristian Rivas- acompañó a la Fiscalía un documento en el que de puño y letra se habrían anotado los futuros adjudicatarios de cada una de las licitaciones venideras programadas por el Ministerio de Obras Públicas (MOP). En ella, Dynal figura con siete obras que se le habrían repartido, que le correspondía adjudicarse. Sin embargo, habiéndose periciado la contabilidad de Dynal por doña Hilda Parraguez, estableció que ninguna de esas obras fue abastecida por Dynal. Entonces, repugna a la lógica -y con ello también a la sana crítica- concluir que hubo colusión de su parte, pues nadie se colude para no llevar a cabo los negocios que se le habrían adjudicado por los demás concertados, sino que los coludidos incurren en esa práctica precisamente



0159652015741

para ejecutar esos negocios, sin competencia o con una aparente o simulada.

b) Si Dynal hubiera estado coludida para adjudicarse sin competencia la obra Radomiro Tomic, no tiene lógica que hubiera hecho sucesivas ofertas de precio, siempre inferior a las precedentes.

VI. Tentativa e incumplimiento del tipo: Si un agente económico que ha desplegado parcialmente los actos que le competen para incurrir en colusión, y no llega a ejecutar todos los actos para que el ilícito se produzca a su respecto (por arrepentimiento o por cualquier otra causa), está fuera de toda duda que su conducta no llega a ser ilícita que es lo que, de aceptarse la existencia de colusión, habría pasado en el caso de Rodomiro Tomic, pues no cobró a Besalco por el abastecimiento el precio que se habría acordado entre los presuntos coludidos. Al revés, cobró inicialmente uno mayor, y finalmente, inducida por el cliente, no por decisión propia, cobró uno menor.

VII.- Improcedente forma de calcular la sanción de Dynal: su parte no participó ni pudo participar en la presunta colusión por obras de la Constructora FV -entre ellas la obra "La Negra"- porque según el propio Requerimiento de la FNE ese acuerdo tuvo lugar en una reunión en el Hotel Regal Pacific, y es el caso que el Gerente General de Dynal no asistió a ella, ni nadie más de



0159652018741

esa empresa, por lo que para calcular la sanción, debió excluirse a su representada en la repartición proporcional de dicha obra.

Por otro lado, se incurre en una arbitrariedad evidente. Si a cada adjudicataria se le castiga por el 15% del valor total -como hace la sentencia impugnada en su fórmula- los tres partícipes recibirán una multa de 3,15. Pero, ocurre que uno de ellos vendió sólo 1. Entonces, mientras para los 2 primeros la multa representa un tercio de su venta, para el tercero representa más del triple de la suya. Tal criterio es inaceptable, siendo además manifiestamente ilegal.

En efecto, explica que el inciso final del artículo 26 del Decreto Ley N° 211 señala las circunstancias a considerar para establecer la sanción. Pues bien, la metodología del TDLC, al agrupar los negocios del modo que lo hace, no se atiene al "beneficio económico obtenido" por el infractor. La metodología utilizada es improcedente puesto que a una sanción sobre el monto del negocio realizado por una empresa se agrega otra adicional sobre el monto de los negocios no realizados, de los cuales obviamente esta empresa no obtuvo ningún beneficio.

Dado que la enunciación de criterios para determinar el cuántum de la sanción no es taxativo (la ley habla de "entre otras"), era imperativo, por razones de justicia,



0189652015741

que el TDLC considerara dos elementos más, que omitió del todo: Dynal es la más pequeña de las empresas del rubro, medida en participación de mercado y no es importadora de asfalto, por lo que compite con desventaja en este mercado.

VIII.- La imposición a Dynal de un programa de cumplimiento en materia de libre competencia: su parte no desconoce la importancia de velar porque en los procedimientos internos de la empresa se tomen los resguardos para capacitar a su fuerza de ventas en materias de libre competencia. Sin embargo, la forma en que se haga necesariamente depende de la realidad de cada empresa. Para el caso de Dynal, en que la fuerza de ventas en esta área de pavimentación es básicamente de una persona, ningún sentido tendría contratar y nombrar un oficial de cumplimiento de libre competencia de jornada completa cuya única función sería la de fiscalizar la forma en que el vendedor se comunica con los potenciales clientes y detectar si en los intentos para asegurar el abastecimiento de materia prima que permita justamente formular propuestas incurre en algún trato impropio.

Naturalmente reconoce la importancia de las normas de libre competencia bajo las que desarrolla sus negocios y de que el personal de ventas las conozca. Para ello basta con una capacitación adecuada y la permanente supervisión del



0159652015741

Directorio de la empresa, ya que por tamaño y estructura no tiene sentido implementar algo distinto.

IX.- Exención de condena en costas, como índice de las dudas del TDLC acerca de la solidez de su sentencia: llamativo y decidor que el TDLC haya decidido eximir a las requeridas del pago de las costas de la causa, pues no es efectivo que todas ellas se encuentren en la situación de que "no fueron totalmente vencidas". Es verdad que a ninguna de ellas se le aplicó la multa pedida por la FNE por vía principal, pero en el requerimiento, en todos los casos, se señala una multa solicitada "o en su defecto, el monto que ese H. Tribunal estime ajustado a derecho". Como quiera que hay requeridas —no es el caso de Dynal— que fueron encontradas culpables de colusión en los tres grupos de negocios planteados por la FNE en su Requerimiento. Enfatiza que más bien parece que la liberación de las costas denota las dudas que el propio TDLC tiene acerca de la solidez de los fundamentos de la sentencia.

Concluye solicitando que se revoque y enmiende la sentencia, absolviendo a Dynal o, en subsidio, rebajando la sanción impuesta y dejando sin efecto la imposición que se hace en la misma, de acuerdo al mérito de los antecedentes.

Cuarto: Que, como lo ha referido esta Corte en fallos anteriores, el derecho de la competencia tiene como objetivo primordial neutralizar posiciones de poder de



0159652015741

mercado de los agentes económicos y, en tal sentido, forma parte de la constitución económica de un orden basado en que la libertad es un medio a través del cual se consolida el bienestar de la Nación. Así, la legislación de la libre competencia, en particular el Decreto Ley N° 211, se erige como una norma perteneciente al orden público económico, que tiene distintas funciones respecto de la garantía en estudio, puesto que por una parte vela porque la libertad de emprendimiento y el derecho a desarrollar cualquier actividad económica sea respetado tanto por los particulares como por el Estado y, además, desde otra perspectiva limita el ejercicio de tal derecho, ya que el atentado contra la libertad puede provenir no sólo del Estado sino también de particulares que esgrimiendo su propia libertad pretenden alcanzar y ejercer poder en el mercado, violentando no sólo el derecho de los otros actores del ámbito económico en que se desenvuelven, sino que afectando los intereses de los consumidores, lo que en último término se traduce en la afectación del bienestar de la generalidad de los miembros de la sociedad.

En este aspecto se ha dicho: "En economía la competencia es la lucha por el cliente y, cuando esta lucha se da en un mercado competitivo, sale victorioso quien ofrece bienes de mejor calidad al más bajo precio -que es el principal efecto de la competencia-, es decir, sirviendo



0159652015741

mejor a los competidores". "En las sociedades civilizadas esta lucha por el cliente jamás ha sido libre en el sentido de ilimitada, arbitraria o desenfrenada, pues toda forma de convivencia humana, incluyendo las relaciones económicas, está sometida al derecho". "En efecto, según ya nos señalara Joaquín Garrigues, 'libre competencia en sentido jurídico, significa igualdad jurídica de los competidores'". (Joaquín Garrigues, "La defensa de la competencia mercantil", Temas de Derecho Vivo, Editorial Tecnos, página 142).

La libre competencia comprende principalmente los derechos y libertades de los productores de bienes y servicios, pero sin desconocer el interés colectivo de los consumidores y el interés público del Estado de conservar un mercado altamente competitivo. Se ha dicho: "Que la finalidad de la legislación antimonopolios, contenida en el cuerpo legal citado, no es sólo la de resguardar el interés de los consumidores sino más bien la de salvaguardar la libertad de todos los agentes de la actividad económica, sean ellos productores, comerciantes o consumidores, con el fin último de beneficiar a la colectividad toda, dentro de la cual, por cierto, tienen los consumidores importante papel. En otras palabras, el bien jurídico protegido es el interés de la comunidad de que se produzcan más y mejores bienes y se presten más y mejores servicios a precios más



0159652015741

convenientes, lo que se consigue asegurando la libertad de todos los agentes económicos que participen en el mercado". (Resolución N° 368, considerando 2°, Comisión Resolutiva, citada por Domingo Valdés Prieto, Libre Competencia y Monopolio, Editorial Jurídica de Chile, página 190).

Así, la protección institucional de la libre competencia sobrepasa el mero resguardo de intereses individuales, pretende mantener el orden económico en el mercado, reprimiendo los abusos o el mal uso de las libertades por cualquier agente económico que participa en el mercado, toda vez que no es posible que aquél, en el ejercicio del derecho de la libre iniciativa económica, afecte la libre competencia que le permite actuar.

Esta doble vía que considera la libertad y el abuso permite explicar la limitación que impone la institucionalidad en orden a no desarrollar acciones que restrinjan de manera antijurídica la competencia, la cual corresponde proteger "no sólo cuando es lesionada, sino que también cuando es puesta en peligro" (Valdés, obra citada, página 187).

Quinto: Que el sistema jurídico establecido en nuestro país dice relación con los aspectos orgánicos y substanciales destinados a resguardar el mercado y propender a la sana competencia entre quienes desarrollan actividades económicas, permitiendo de esta forma que se



0159652015741

conjuguen diferentes leyes del mercado, entre ellas la libre iniciativa en materia económica, en que el precio de los bienes y servicios queda fijado por la ley de la oferta y la demanda, con lo cual la sociedad pueda obtener equilibrio entre la mejor calidad y los menores precios posibles de los bienes y servicios transables comercialmente, con la justa ganancia de los actores del mercado.

Sexto: Que una vez asentadas las ideas anteriores se debe tener presente lo dispuesto el artículo 3° del Decreto Ley N° 211, que señala: *"El que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos, será sancionado con las medidas señaladas en el artículo 26 de la presente ley, sin perjuicio de las medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan disponerse en cada caso. Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia o que tienden a producir dichos efectos, los siguientes:*

a) Los acuerdos expresos o tácitos entre competidores, o las prácticas concertadas entre ellos, que les confieran poder de mercado y que consistan en fijar precios de venta,



0159652015741

de compra u otras condiciones de comercialización, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado, excluir competidores o afectar el resultado de procesos de licitación.

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

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

Séptimo: Que sobre la base de la norma antes transcrita cabe consignar que, según se ha expresado en fallos anteriores sobre la materia, los elementos del tipo de colusión son los siguientes:

1.- El acuerdo. El elemento volitivo puede ser expreso o tácito, escrito u oral, de ejecución instantánea o diferida, formal o informal. Si bien éste puede ser implícito e incluso tácito, solamente exige que se manifieste voluntad de los partícipes en orden a concretarlo.

2.- El sujeto activo. Es la persona que realiza el hecho descrito en el tipo legal, denominado por la ley



0159652015741

"agente económico". Es posible que sea una persona natural, jurídica o colectiva.

3.- El objeto o finalidad del acuerdo. Habrá de consistir en la obtención de beneficios para quienes se conciertan, que adicionalmente es factible que se concrete en acuerdos anticompetitivos que pueden estar relacionados con la fijación de precios de venta o de compra, con la limitación de la producción o con la asignación de zonas o cuotas de mercado o con la afectación de un proceso de licitación.

4.- Los efectos o resultados. Las consecuencias deben ser previstas y buscadas por quienes aúnan voluntades, las que se referirán a prácticas reñidas con el libre mercado o más directamente a conductas de efectos anticompetitivos en el mercado.

5.- La intención o elemento subjetivo. Las conductas de quienes se conciertan deben estar relacionadas con la obtención de un beneficio y/o un perjuicio de terceros, sin que puedan ignorar que la conducta acordada dañará el libre mercado, afectará la libre competencia y que es un atentado al orden público económico.

Octavo: Que el elemento volitivo es esencial en la colusión y con arreglo a la ley puede ser expreso o tácito. "Por acuerdos expresos comprendemos a aquellos pactados en términos explícitos y directos, acordados tanto por vía



0159652015741

escrita como oral. En tanto que por acuerdos tácitos entendemos a los inferidos a través de antecedentes, indicios o circunstancias que inequívocamente nos conducen a concluir que se está en presencia de un acuerdo de voluntades destinado a poner en peligro o lesionar la libre competencia" (Cristóbal Eyzaguirre B. y Jorge Grunberg P., "Colusión Monopólica, Prueba de la Colusión, Paralelismo de Conductas y Factores Añadidos", en "Revista Anales Derecho UC Temas de Libre Competencia 2, Legis S.A. página 60). También se ha indicado: "Desde el punto de vista económico existen dos tipos de colusión: la explícita y la tácita. En el primer caso, la colusión se logra por la vía de la comunicación directa entre las empresas. Los carteles constituyen el típico ejemplo de colusión explícita. Estas son organizaciones informales, dado su carácter ilegal en la mayoría de las jurisdicciones, en donde los ejecutivos de las empresas se coordinan para fijar los precios y repartirse el mercado. En la colusión tácita, las empresas se coordinan en forma indirecta, es decir a través de su comportamiento en el mercado. Esta forma de comunicación incluye señales sobre precios actuales o anuncios de precios futuros. Nótese que en ocasiones no es necesario que exista intercambio de señales entre los actores para lograr la colusión, basta el mutuo entendimiento de que es conveniente para todos el no competir agresivamente". "A



0159652015741

nivel jurídico, la distinción entre colusión tácita y explícita, apunta más bien a la evidencia de que se dispone para calificar un caso como colusión, que a la forma en que las empresas realizaron dicha comunicación" (La Libre Competencia en Chile, Aldo González, página 146, Editorial Thomson Reuters).

Por otro lado debe tenerse presente, para comprender la interrelación de los elementos normativos y subjetivos del tipo de colusión, el bien jurídico tutelado por la ley, que como se señaló son las políticas que el Estado ha definido para el mercado, que en el caso de nuestro país son las relativas a la libre competencia, por medio de las cuales se pretende en definitiva el logro del mayor bienestar posible del consumidor y de todas las personas, según se expuso en el fundamento cuarto.

Noveno: Que para que se configure el ilícito de colusión es necesario que los elementos consignados en el fundamento séptimo sean probados por las partes y establecidos por el tribunal. El grado de convicción que ha requerido esta Corte para sancionar un caso de colusión es la existencia de una prueba clara y concluyente, la que sin embargo debe ponderarse teniendo a la vista las evidentes dificultades probatorias que se enfrentan al momento de acreditar un ilícito de esta naturaleza que se ejecuta en la clandestinidad, procurando los agentes económicos, en la



0159652015741

generalidad de los casos, adoptar resguardos para impedir que la conducta anticompetitiva saiga a la luz.

En este aspecto, se debe recordar que uno de los objetivos de la Ley N° 20.631 fue vencer las dificultades probatorias, por lo que a la par de robustecer las facultades otorgadas a la FNE en la etapa de investigación, introduce nuevas figuras en el ordenamiento de la libre competencia, como lo son la delación compensada y los acuerdos conciliatorios, los que vienen a facilitar la prueba de los acuerdos anticompetitivos. Asimismo, en el inciso segundo del artículo 22 del Decreto Ley N° 211, se establece la procedencia de la prueba indiciaria para efectos de establecer el acuerdo anticompetitivo, señalando 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"*.

Lo anterior es recogido por la doctrina, que señala que existen dos formas de probar la existencia de la colusión: la denominada evidencia dura y la evidencia circunstancial. La evidencia del primer tipo corresponde a pruebas materiales, como documentos, minutas, grabaciones, correos electrónicos, que muestran claramente que ha existido comunicación directa entre empresas para acordar precios o repartirse el mercado. Puede resultar que una



0159652015741

sola evidencia si es grave y precisa puede ser suficiente para lograr convicción del establecimiento de los hechos; por ejemplo, un solo correo.

La evidencia circunstancial, en cambio, emplea el comportamiento comercial de las firmas en el mercado, el cual se presume. A su vez, existen dos tipos de evidencia circunstancial: la evidencia económica, como los movimientos en precios que no se encuentran vinculados a la variación de factores de costo y demanda; y la evidencia de comunicación, como las conversaciones telefónicas o reuniones.

Décimo: Que, por otro lado, atendido que un análisis general de los recursos permite avizorar que los reclamantes plantean una disconformidad con la apreciación de los distintos medios probatorios que han sido acompañados en autos, resulta imprescindible recordar que el inciso final del artículo 22 del Decreto Ley N° 211 prescribe: "El Tribunal apreciará la prueba de acuerdo a las reglas de la sana crítica". Se ha dicho que aquella compone un sistema probatorio constituido por reglas que están destinadas a la apreciación de la prueba rendida en el proceso, dirigidas a ser observadas por los magistrados, y que corresponden a los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados. Conforme a este sistema el



0159652015741

análisis y ponderación de la prueba debe ser efectuado de manera integral, esto es, haciéndose cargo y examinando en la fundamentación destinada a la fijación de los hechos toda la prueba producida por las partes en el juicio, tanto la que sustenta la convicción como aquella que es descartada. Este sistema obliga a que los sentenciadores dejen explicitadas en la sentencia las razones jurídicas, los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados en cuya virtud le asignan valor o desestiman las pruebas. Esta explicitación en la aplicación de las reglas de la sana crítica está dirigida al examen de las partes y ciudadanos en general, como al control que eventualmente pudieran llegar a efectuar los tribunales superiores mediante la aplicación del sistema recursivo que cada materia o procedimiento contemple, la que debe revelar y conducir lógicamente a la conclusión que convence al sentenciador en la ponderación de la prueba.

Undécimo: Que, asimismo, en las reclamaciones incoadas se esgrime la infracción del principio de congruencia por lo que resulta imprescindible asentar ciertas consideraciones a su respecto. Este principio tiene diferentes fundamentos, ámbitos de aplicación y objetivos. En efecto, busca vincular a las partes y al juez con el debate, circunscribiéndolo. Propende así a un



0159652015741

encadenamiento de los actos que lo conforman, pues pretende dotarles de eficacia y obsta a ella la falta de coherencia entre estas partes que conforman un todo. Surge así este principio que enlaza la pretensión, la oposición, la prueba, la sentencia y los recursos.

En razón de lo anterior, la congruencia procesal en la sentencia ha sido establecida como imperativo a respetar por el magistrado al decidir la controversia.

Ahora bien, no existe un conjunto de disposiciones que regulen la institución en comento, la estructura en sus presupuestos, requisitos y efectos, pero no por ello es desconocida en nuestro ordenamiento por cuanto se refieren a la congruencia directa o indirectamente distintas normas, entre las que se cuenta la que regula el contenido de las sentencias.

Jurídicamente se puede decir que la congruencia es el principio conforme al cual debe existir conformidad entre todos los actos del procedimiento, aisladamente considerados, que componen el proceso. Si bien se pone énfasis por la doctrina en resaltar los nexos entre las pretensiones sostenidas por el actor -en la especie FNE- y la sentencia, no se puede desconocer que tiene igualmente aplicación en relación con la oposición, la prueba y los recursos, pero encuentra su mayor limitación en los hechos, puesto que en cuanto al derecho aplicable al juez le



0159652015741

vincula otro principio: *iura novit curiat*, en el sentido que el juez conoce y aplica el derecho, sin que ello afecte la causa petendi. En este aspecto, el órgano jurisdiccional no queda circunscrito a los razonamientos jurídicos expresados por las partes, aspecto que no obsta a la exigencia que el derecho aplicable debe enlazarse a las acciones, alegaciones y defensas que las partes sostienen en el pleito.

El sano entendimiento y armonía de estos principios origina la conclusión de que, inclusive al referirse el juez al derecho, puede existir contravención al principio de congruencia o de vinculación a la litis, infracción que sin duda se producirá si se desatiende lo que son su objeto y causa. De esta forma la libertad del juez para interpretar y aplicar el derecho queda delimitada por el principio de congruencia, el cual le otorga el marco de su contenido.

La congruencia se ha sostenido es la "conformidad que debe existir entre la sentencia y la pretensión o pretensiones que constituyen el objeto del proceso, más la oposición u oposiciones en cuanto delimitan este objeto" (Jaime Guasp, *Derecho Procesal Civil*, página 517, citado por Hugo Botto, *La Congruencia Procesal*, página 121). "Es, pues, una relación entre dos términos, uno de los cuales es la sentencia misma y, más concretamente, su fallo o parte



0159652015741

dispositiva, y otro, el objeto procesal en sentido riguroso; no, por lo tanto, la demanda, ni las cuestiones, ni el debate, ni las alegaciones y las pruebas, sino la pretensión procesal y la oposición a la misma en cuanto la delimita o acota, teniendo en cuenta todos los elementos identificadores de tal objeto; los sujetos que en él figura, la materia sobre que recae y al título que jurídicamente lo perfila" (Pedro Aragonese Alonso, Sentencias congruentes. Pretensión, oposición, fallo, página 11, Citado por Botto, página 122).

En este sentido el Diccionario de la Lengua Española entrega un buen significado jurídico al expresar: "Conformidad de extensión, concepto y alcance entre el fallo y las pretensiones de las partes formuladas en el juicio".

En la doctrina se encuentran diferentes definiciones, remarcando, en cada una de ellas, los elementos a los que se les otorga mayor preponderancia: "El principio normativo que delimita el contenido de las resoluciones judiciales que deben proferirse, de acuerdo con el sentido y alcance de las peticiones formuladas por las partes, para el efecto de que exista identidad jurídica entre lo resuelto y las pretensiones y excepciones o defensas oportunamente aducidas, a menos que la ley otorgue facultades especiales para separarse de ellas" (Hernando Devis Echandía, Teoría



0159652015741

General del Proceso, página 433); "la conformidad que debe existir entre la sentencia y la pretensión o pretensiones que constituyen el objeto del proceso, más la oposición u oposiciones en cuanto delimitan este objeto" y como "la adecuación entre las pretensiones de las partes, formuladas oportunamente, y la parte dispositiva de la resolución judicial" (Ortells Ramos M. y otros, Derecho jurisdiccional II, página 281); "Es la cualidad técnica más importante que debe tener toda sentencia; consiste en la vinculación entre la pretensión procesal y lo decidido en la sentencia. Por ello, se dice que hay sentencia congruente con la demanda y con las demás pretensiones oportunamente deducidas en el litigio, cuando la sentencia hace las declaraciones que aquellas exijan, condenando o absolviendo al demandado y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate" (Luis Ribo Durán, Diccionario de Derecho).

Se sanciona la transgresión de la congruencia por cuanto constituye una garantía para las partes, un límite para el juez, que otorga seguridad y certeza a las partes e interviene la posible arbitrariedad judicial. Por lo mismo la congruencia es un presupuesto de la garantía del justo y racional procedimiento, que da contenido al derecho a ser oído o a la debida audiencia de ley.



0169652015741

Duodécimo: Que, como se anunció, existe dos reproches transversales en las reclamaciones incoadas por las requeridas, los que se relacionan con la vulneración del principio de congruencia y con la errada valoración de la prueba conforme con las reglas de la sana crítica, por lo que resulta imprescindible iniciar el examen de las reclamaciones abocándose a tales materias.

Décimo tercero: Que en el requerimiento incoado por la FNE se imputa a las requeridas haber celebrado acuerdos colusorios específicos de reparto de mercado. Esto es esencial para el análisis que se realizará, pues el órgano persecutor en materia de libre competencia no imputó un acuerdo general de reparto de mercado, siendo trascendente que tampoco explicara en el requerimiento ni imputara que existiera un acuerdo para mantener las cuotas de mercado con las que cada una de las requeridas operaba al momento de celebración, que es lo esgrimido en estrados por la abogada de la FNE. En efecto, la sola lectura del requerimiento consignado en lo expositivo despeja cualquier duda al respecto, pues tal aserto no figura en el libelo. Lo anterior aparece confirmado no sólo por la estructura y desarrollo del requerimiento, sino que es manifiesto en su petitorio, en que se solicita imposición de multas en relación a cada uno de los acuerdos anticompetitivos.



0159652015741

Lo anterior también fue entendido así por el TDLC quien procede a realizar un exhaustivo análisis de cada uno de los tres acuerdos colusorios expuestos en el requerimiento, los que se analizan de manera independiente, imponiendo luego multas a los partícipes del acuerdo, las que son calculadas en torno a dos variables, esto es en un porcentaje de las ventas totales que implicó cada acuerdo, que se distribuye en forma igualitaria entre todos los partícipes de aquel y con un porcentaje que se estima son las ganancias de cada agente, cantidad que se impone de manera individual.

Décimo cuarto: Que, además, es relevante para efectos de enfrentar el examen propuesto señalar que en la especie, a pesar que el TDLC no acogió íntegramente el requerimiento, la FNE no dedujo reclamación. Lo anterior es trascendente, por cuanto, en relación a los extremos de las conductas imputadas en el requerimiento y que fueron descartadas por el TDLC, esta Corte carece de competencia, por lo que debe estarse a lo establecido en el fallo reclamado en cuanto a su rechazo, sin que se pueda realizar un nuevo análisis de la prueba para determinar si aquella es suficiente para acreditar las conductas que fueron descartadas por el tribunal.

Décimo quinto: Que, asentadas las ideas anteriores, procede realizar el análisis concreto de cada uno de los



0159652015741

acuerdos colusorios imputados a las requeridas, con miras a determinar si el fallo efectivamente ha transgredido el principio de la congruencia y los principios de valoración de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica al establecerlos.

I.- En cuanto al acuerdo colusorio relacionado con las obras "Concesión Ruta 5 Puerto Montt-Pargua" y "Licitación de Reposición Ruta Q-90-0 Cruce Longitudinal Laja".

Décimo sexto: Que en atención a que la FNE presenta como prueba del acuerdo colusorio, la solicitud de ENEX para acogerse a los beneficios de delación compensada, resulta trascendente exponer, en lo pertinente, lo que respecto de este primer acuerdo colusorio aquella señala, debiendo dejar constancia que ésta realiza una división entre la obra Puerto Montt- Pargua y Laja:

"A.- Contrato Consorcio Dragados-CVV, Ruta Pargua/Puerto Montt" (...) *"Mediante el envío de un correo electrónico por parte de don Patricio Seguel a don Cristian Rivas con fecha 13 de octubre de 2011, don Patricio Seguel le dice a Cristian Rivas que requería ver con él el tema de Pargua. Con esa misma fecha, don Patricio Seguel llamó por teléfono a don Cristian Rivas, ofreciéndole intermediar entre ENEX y Asfaltos Chilenos, en cuya propiedad participa QLA, para que fuese ENEX quien abasteciese todas las obras en que participaba y participara directa o indirectamente,*



0159652015741

Dragados S.A. Agencia en Chile, a cambio de que ENEX no materializara las atractivas ofertas verbales que le había estado haciendo a Sacyr Chile S.A., específicamente en su obra de Copiapó, una constructora que era cliente histórico de Asfaltos Chilenos y que ésta no quería perder. Esta oferta, además de beneficiar a ENEX y Asfaltos Chilenos, respectivamente, toda vez que ambas se mantendrían abasteciendo de asfalto a importantes clientes, también tenía por objeto beneficiar a QLA, porque de esa forma ninguno de los competidores más grandes, como son ENEX y Asfaltos Chilenos, iría a disputarle a QLA el contrato de Besalco Construcciones S.A/Ruta Las Cabras, que QLA. tenía la intención de abastecer.

En este caso específico, el acuerdo ofrecido a don Cristian Rivas por parte de Patricio Seguel era sobre la Ruta Pargua/Puerto Montt. Esta concesión pública le fue adjudicada al consorcio Dragados-CVV por parte del MOP y, una vez le fue adjudicada, empezó a buscar quien sería su proveedor de asfalto. En esa época, ENEX llevaba casi cinco años sin abastecer una concesión de obras públicas, por lo que la obtención de un contrato de estas características en un hito importante para el área de asfalto de ENEX. El consorcio Dragados-CVV le solicitó cotizaciones a todas las empresas proveedoras de asfalto, esto es a Asfaltos



0159652015741

Chilenos, ENEX, QLA y Dynal, quedando finalmente las dos primeras en una lista corta para abastecer este contrato".

En la solicitud de delación compensada, respecto de este acuerdo, se relatan circunstancias relacionadas con un acuerdo previo alcanzado entre ENEX y Patricio Seguel, para mantener cotizaciones similares en relación a un contrato de un cliente antiguo de ENEX en Temuco, CIAL, acuerdo que fue incumplido por QLA, lo que habría provocado que se dejara de contar con la intermediación de Patricio Seguel, conversando directamente Cristian Rivas (ENEX) con Sergio Moroso (ACH).

Continúa la solicitud de delación compensada refiriéndose en un literal "B" al contrato Dragados S.A Agencia en Chile, Ruta Q-90-C, localidad de Laja, sosteniendo en lo pertinente: "en atención a que el contrato señalado bajo el acápite A. anterior le había sido asignado a ENEX y en el entendido que Asfaltos Chilenos no bajaría sus precios por debajo de los de ENEX, pues ya existía un acuerdo con don Sergio Moroso, a través de Patricio Seguel, en orden a que ENEX abastecería las obras en que tenía participación directa o indirectamente esta empresa concesionaria, ya fuese su matriz o cualquiera de sus filiales, don Cristian Rivas dio la orden a Ricardo Veloso de que presentara una oferta que contenía los mismos precios (en su estructura, porque el flete cambia según la



0159652015741

cercanía de la obra la planta de abastecimiento) que había ofertado para adjudicarse el contrato de la ruta Pargua/Puerto Montt. La única oferta enviada por ENEX en esta licitación es de fecha 2 de noviembre de 2011. Tan evidente fue que existía un acuerdo a este respecto que Asfaltos Chilenos presentó una oferta en un precio inferior al que propuso ENEX, la que finalmente tuvo que retirar para no incumplir lo previamente acordado".

Décimo séptimo: Que en el requerimiento la FNE imputa a las requeridas ENEX, ACH y QLA, haber alcanzado un acuerdo anticompetitivo en los siguientes términos: en el segundo semestre de 2011 Patricio Seguel Bunster, gerente general de QLA habría ofrecido telefónicamente al señor Cristián Rivas, subgerente de ventas del área construcción de ENEX, sus oficios a fin de intermediar para que la requerida ACH no persistiera en su interés de proveer asfaltos para las obras de "Dragados" que correspondían a "Concesión Ruta 5 Puerto Montt-Pargua" en adelante "Puerto Montt-Pargua" y "Licitación de Reposición Ruta Q-90-0 Cruce Longitudinal Laja" en adelante "Laja", a cambio que ENEX no insistiera en concretar una oferta para la provisión de material asfáltico que había formulado a la empresa Sacyr Chile S.A., empresa encargada de la construcción del tramo "Caldera-Vallenar de la Ruta 5" en adelante "Caldera Vallenar", que desde el año 2010 era abastecida por ACH.



0159652015741

Así, básicamente el acuerdo consistía en que no se estorbarían mutuamente ENEX y ACH, en razón de ello la primera se aseguraría la provisión de las obras "Puerto Montt-Pargua" y "Laja", en tanto ACH mantendría la provisión de la obra "Caldera Vallenar" de la empresa Sacyr S.A., siendo relevante que en la articulación de este acuerdo aparecía otro agente del mercado, QLA. Para revestir apariencia competitiva en el proceso de cotizaciones, las tres requeridas habrían presentado cotizaciones en las obras Puerto Mont- Pargua y Laja.

Décimo octavo: Que, como se observa, el requerimiento de la FNE se construye en términos cercanos a la solicitud de delación compensada; sin embargo, se aleja en un punto, esto es determinar cual era la participación de QLA en el acuerdo colusorio, cuestión que tiene importancia relativa, pues la congruencia que debe examinarse se determina entre el requerimiento y la sentencia, sin perjuicio que aquello sí es relevante al momento de establecer la fuerza probatoria de la solicitud de delación compensada y además determinar los partícipes y términos del acuerdo.

Sin embargo, debe señalarse desde ya que la Fiscalía sostiene que este es un acuerdo de reparto de mercado, por lo que, en un primer acercamiento a la materia surge que al menos algún beneficio debería haber tenido QLA. En la solicitud, se refiere que lo buscado por QLA era asegurarse



0159652015741

la no competencia en un contrato de Besalco de la Ruta Las Cabras, cuestión que no es mencionada en el requerimiento. Ahora bien, como se dijo, tal matiz tiene relevancia relativa, pues debe entenderse que el rol de intermediador y facilitador del acuerdo que le asigna la FNE es lo que justifica el requerimiento en su contra, toda vez que se trata de un agente económico partícipe del mercado relevante afectado por el acuerdo anticompetitivo, por lo que que es factible entender que su interés en que este acuerdo fructificara estaba anclado a lograr acuerdos futuros en que se respetarían cuotas de mercado, cuestión que, como se dijo, no es señalada concretamente en el requerimiento, y que demuestra una falencia de aquel.

Ahora bien, como se anunció, la diferencia que pueda existir entre la solicitud de delación compensada y el requerimiento, cuando se trata de hechos bases de la conducta anticompetitiva, sólo tiene relevancia al momento de otorgar valor probatorio a la solicitud. Es decir, si el requerimiento se aleja de la solicitud, debe elevar su estándar de prueba para acreditar las conductas anticompetitivas, para efectos de acreditarlas, empero aquello no vulnera el principio de congruencia, porque la comparación que se debe realizar para establecer si éste fue conculcado se realiza entre el requerimiento y la sentencia.



0159652015741

Décimo noveno: Que, asentado lo anterior, resulta trascendente examinar lo resuelto por parte del TDLC respecto de este primer acuerdo colusorio.

Lo primero que hace el TDLC es descartar los buenos oficios ofrecidos por el señor Patricio Seguel (QLA), por cuanto señala que la prueba que obra en el proceso no es suficiente para establecerlo. Luego de asentar tal idea, divide el acuerdo, pues primero realiza un examen en relación a la asignación concertada de las obras del Grupo Dragados para ENEX y, en segundo lugar, la evidencia sobre el acuerdo para que ACH mantuviera la provisión de asfalto del cliente Sacyr.

Tal forma de analizar el acuerdo es equívoca, porque en relación a las obras "Puerto Montt-Pargua" y "Laja", la FNE realiza un requerimiento concreto: existió un acuerdo colusorio expreso que involucró un sistema de concesiones recíprocas entre dos requeridas, por lo que el análisis debía determinar si este acuerdo, como un todo, quedó asentado en autos. Es decir, más allá que el TDLC pudiera eventualmente examinar en forma independiente partes del acuerdo, lo que le estaba vedado era establecer y sancionar éste, asentando sólo una parte de aquel, que es lo que realizó, según se expondrá.

En efecto, la sentencia impugnada establece que efectivamente existió un acuerdo para que las obras Puerto



0159652015741

Montt-Pargua fueran adjudicadas a ENEX, pero no dio por asentado que existiera un pacto respecto que ENEX no entorpecería el contrato de abastecimiento que a esa fecha ACH tenía con Sacyr para la obra "Ruta 5, tramo "Caldera-Vallenar". Efectivamente, al analizar por separado el acuerdo respecto de las obras del Grupo Dragados, concluye que existió acuerdo para que ella fuera asignada a ENEX. Sin embargo, respecto de aquella parte del pacto, consistente en que a cambio de la asignación para ENEX, ésta se desistiría de la oferta realizada a Sacyr por lo que ACH podría seguir abasteciendo tal obra, que es la contrapartida de la asignación a ENEX, lo descarta, sosteniendo que consta en el proceso que en la fecha que empezaron las conversaciones entre ENEX, QLA y ACH respecto de Dragados, existía un contrato entre ACH y Sacyr para proveer de productos asfálticos el tramo Caldera-Vallenar de la Ruta 5 que estaba siendo ejecutado y que ENEX hizo una oferta a Sacyr por la obra Caldera-Vallenar. Ante esto ACH optó por realizar un descuento en el precio un mes antes de la ejecución íntegra del contrato, el que se materializó a través de notas de crédito con fecha 31 de agosto de 2011. Así, atendido que las coordinaciones entre ENEX, ACH y QLA respecto de las obras de Dragados sólo se encuentran acreditadas a partir de octubre de 2011, no resulta atendible estimar que un eventual compromiso de



0159652015741

ENEX de no insistir en la oferta formulada a Sacyr respecto del tramo Caldera-Vallénar fuera la contrapartida para que le asignaran las obras del Grupo Dragados.

Como se observa, falta un elemento central del acuerdo que fue parte del requerimiento, pues se descarta que ENEX haya entregado algo a cambio de que ACH no interviniera competitivamente en las cotizaciones de las obras del grupo Dragados. Aquí se debe ser enfático en señalar que el acuerdo era uno: se asignaban obras del grupo Dragados a ENEX a cambio que ésta se desistiera de su oferta a Sacyr, de modo que ACH mantendría el contrato que a esa fecha ya abastecía. No se trata de dos acuerdos, es decir, en el requerimiento jamás se imputa que las partes hayan acordado en forma independiente por un lado asignación de obras a ENEX, y por otro, desistimientos respecto de ofertas realizadas. Y lo anterior tiene una explicación desde el punto de vista de la lógica, toda vez que los acuerdos colusorios pretenden intervenir la competitividad del mercado, así el efecto directo de aquello se relaciona con que en términos hipotéticos los agentes económicos involucrados incrementarían sus ganancias, al no enfrentar competencia real. Así, parece inverosímil que se fragüe un acuerdo entre tres agentes del mercado sólo para que uno de aquellos sea beneficiado. Es por eso que la FNE presenta el acuerdo como uno de contraprestaciones recíprocas, debiendo



0159652015741

hacerse hincapié que aún en ese escenario el requerimiento aparecía debilitado, pues no se señaló en términos explícitos -cuestión que es exigible- que en definitiva todas las conductas imputadas tenían por objeto no tocar los márgenes del mercado con que a esa fecha operaban los actores de aquel, cuestión que, eventualmente podría haber explicado que tres o cuatro agentes económicos acordaran repartir una obra, sólo a uno de ellos, pues en tal caso, se entendería que el pacto era parte de un acuerdo mayor de reparto de mercado manteniendo cuotas de los incumbentes, cuestión que, como se señaló, no fue denunciada expresamente en autos.

Pues bien, para soslayar el defecto antes señalado, esto es la inexistencia de la contraprestación que es la médula del acuerdo imputado por la FNE, el TDLC señala que aquello no es obstáculo para establecer el concierto de voluntades que existió entre ENEX, QLA y ACH para alterar el normal desenvolvimiento competitivo que debió existir en el proceso de cotizaciones para proveer de productos asfálticos a empresas del Grupo Dragados para las obras de Puerto Montt-Pargua y Laja, pues no se puede descartar la existencia de una contraprestación entre ENEX y ACH respecto de otras obras que no sea aquella especificada en el requerimiento.



0159652015741

En esta materia, sólo cabe concluir que el razonamiento del TDLC, es erróneo, pues la actividad probatoria de las partes del proceso se desarrolla alrededor de las imputaciones y defensas específicas. En lo concreto, las requeridas desarrollan su estrategia procesal aportando prueba que les permite descartar la existencia de las imputaciones concretas realizadas por la FNE, sin que pueda el sentenciador sancionar porque no pueda descartar la eventual existencia de otras contraprestaciones, relacionadas con otras obras, pues esta es una afirmación vaga, carente de sustento no sólo en la prueba rendida, sino que también en el requerimiento.

En concreto, lo resuelto por el sentenciador en torno a este primer acuerdo colusorio imputado a las requeridas ENEX, ACH y QLA, no sólo conculca el principio de congruencia, cuyos parámetros fueron expuestos en el fundamento undécimo, pues se castiga un acuerdo sin que éste hubiera sido acreditado en la forma en que fue expuesto en el requerimiento, sancionando por la sola circunstancia de no poder descartar acuerdos en relación a otras obras que no se individualizan, sino que además vulnera el derecho a defensa de las requeridas, integrante del debido proceso, garantía constitucional consagrada en el N° 3 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, que asegura el derecho de las partes a ser oídas



0158652015741

en la tramitación de los asuntos que puedan afectar sus derechos, lo que implica el derecho a un proceso previo, legalmente tramitado, racional y justo, que debe contemplar, entre otras, la garantía de producción libre de pruebas conforme a la ley, otorgando una oportunidad a cada una de las partes para rendir prueba en relación a sus alegaciones o defensas.

Vigésimo: Que, resulta imperioso consignar que, en este punto, cobra relevancia lo referido en el fundamento décimo cuarto, toda vez que el rechazo respecto de la existencia del pacto entre ENEX y ACH en torno a que la primera no insistiría en la oferta formulada a Sacyr respecto del tramo Caldera-Vallenar, es una materia que no puede ser revisada por esta Corte, al no haber deducido reclamación la FNE, lo que es trascendente pues determina la necesidad de tener por no acreditado el primer acuerdo colusorio, pues aunque sea majadero señalarlo, este consistía en que se aseguraría que ENEX se adjudicara las obras Puerto Montt-Pargua y Laja a cambio de que aquella se desistiera de su oferta a Sacyr, por lo que no estorbaría a ACH, quien podría seguir proveyendo a la empresa; sin embargo, como lo señala la sentencia, a la fecha en que se inician las conversaciones para asignar las obras del grupo Dragados, esta contraprestación no era viable.



0159652015741

Vigésimo primero: Que, en atención a que efectivamente la sentencia impugnada ha incurrido en los yerros que se le atribuyen, al vulnerar el principio de congruencia, estrechamente relacionado con el principio de debido proceso y que, en las condiciones establecidas por el sentenciador, no es posible tener por acreditado el primer acuerdo colusorio imputado a las requeridas ENEX, ACH y QLA, las reclamaciones incoadas por éstas, en este punto, deberán ser acogidas.

II.- En cuanto al acuerdo colusorio relacionado con las obras "Duplijsa", "Chañaral" y "Radomiro Tomic", todas de la empresa constructora Besalco S.A.

Vigésimo segundo: Que, para efectos del análisis de la prueba, resulta preciso consignar el relato contenido en la Solicitud de Beneficios presentada por ENEX, que en lo pertinente, señala respecto de este acuerdo: *"es así como a principios del mes de septiembre de 2012, don Patricio Seguel invitó a don Cristian Rivas a un desayuno en el hotel Radisson de la Dehesa, a través de llamado telefónico. A este desayuno también asistieron don Tomás Brenner, don Patricio Seguel y don Sergio Moroso. Durante esta reunión conversaron acerca de la situación del mercado, como les estaba afectando a las compañías los bajos márgenes en la venta de asfalto y cuáles eran las acciones que estaban dispuestos a tomar para mejorar esta*



0159652015741

situación y evitar así la inminente guerra de precios que se podría producir en el mercado.

Durante esta reunión los asistentes compartieron la información de los precios y problemas técnicos que tendrían para abastecer las tres rutas que estaban cotizando para Besalco Construcciones S.A. Es en esta oportunidad que los asistentes deciden repartirse cada una de las rutas acordando que sería QLA quién abastecería Chañaral-Portofino, Dynal quien abastecería Rodomiro Tomic y ENEX quién abastecería Duplijsa. Para ello se determinaron los precios de la oferta de cada uno para que no hubiese malentendidos. No se le asignó ninguna obra a Asfalto Chilenos, pues ésta no tenía la intención de presentar oferta en estos contratos, pero el señor Sergio Moroso señaló que a él le interesaba otra obra futura por lo que se acordó que el sería quien primero elegiría en los futuros repartos de obras."

Vigésimo tercero: Que, en términos semejantes a los expuestos la FNE deduce su requerimiento, sosteniendo que las requeridas QLA, Dynal y ENEX se habrían concertado durante el año 2012 para asignarse la construcción de las obras Duplijsa, Chañaral y Radomiro Tomic, respectivamente. Puntualiza que tal reparto habría contado con la venia de ACH, que habría concurrido al acuerdo pese a no participar en las cotizaciones, bajo el compromiso de no enfrentar



0159652015741

competencia en una obra posterior a definir. Explica que las requeridas se habrían reunido a principios del mes de septiembre del año 2012 en el Hotel Radisson de la comuna de Lo Barnechea, ocasión en que habrían acordado que la obra de Chañaral sería asignada a QLA, Radomiro Tomic a Dynal, y Duplijsa a ENEX, compartiendo en esa instancia los precios referenciales que ofertarían a cada cliente.

Vigésimo cuarto: Que respecto de este acuerdo colusorio la sentencia estableció que está probada la reunión que habría tenido lugar en el Hotel Radisson de La Dehesa a principios del mes de septiembre de 2012, entre los señores Sergio Moroso de ACH, Tomás Brenner de Dynal, Patricio Seguel de QLA y Cristián Rivas de ENEX. Es en este contexto que en primer lugar señala que llama la atención que se reúnan en un hotel ejecutivos que tienen responsabilidad en temas comerciales de empresas competidoras, pues si bien es cierto y se encuentra acreditado en el proceso que ACH y ENEX abastecen a QLA y Dynal y que estas últimas también proveen de productos específicos a las primeras, lo normal es que estos temas propios de abastecimiento entre algunas de esas empresas sean tratados de manera bilateral y mediante otros canales de comunicación, como pueden ser las reuniones en las sedes corporativas o correos electrónicos institucionales. Además establece que está acreditado que durante el segundo



0159852015741

semestre del año 2012 no hubo compras por abastecimiento de las requeridas QLA y Dynal a ENEX. Así, aplicando las reglas de la lógica, concluye que en cuanto al objeto de la reunión aparece más verosímil la versión entregada por la ENE en cuanto a que tuvo lugar para acordar el reparto de obras de Besalco. Confirma lo anterior, el intenso tráfico de llamadas entre ejecutivos de Dynal, QLA, ENEX y ACH la misma semana en que se celebró la reunión, encontrándose acreditado que el tráfico entre estas personas aumentó significativamente en la primera semana hábil de septiembre de dicho año con respecto del promedio de llamados entre dichas personas. Agrega que refuerza la existencia de la coordinación el mensaje de texto enviado por el señor Tomás Brenner al señor Cristián Rivas el día 13 de septiembre de 2012, el cual señala: "no hay ninguna cotización después que conversamos". Así, refiere que con el reconocimiento de estos hechos por parte de ENEX en la Solicitud de Beneficios, ratificada en lo sustancial por las declaraciones de los ejecutivos de dicha compañía señores Cristián Rivas y Ricardo Veloso, se encuentra corroborado y contrastado con otros antecedentes probatorios de este proceso, en particular con la reunión sostenida por los ejecutivos de las empresas requeridas en el Hotel Radisson de La Dehesa, el testimonio de Besalco en esta materia, el mensaje de texto enviado por el señor Tomás Brenner al



0159652015741

señor Cristián Rivas y especialmente con el inusual tráfico de llamados entre los ejecutivos de Dynal, QLA, ENEX y ACH durante el día 5 de septiembre de 2012, fecha en la cual las tres primeras empresas presentaron cotizaciones a Besalco, se tiene por establecido el acuerdo colusorio.

Vigésimo quinto: Que, como se observa, no es posible realizar acá los reproches relacionados con la vulneración del principio de congruencia, pues existe armonía entre aquello que fue objeto de requerimiento y fallo por parte del TDLC. En efecto, en este acuerdo colusorio el tribunal da por acreditado todos aquellos hechos centrales que forman parte de la conducta que es sancionada, es decir da por establecido el sistema de reparto que fue objeto del acuerdo, conforme con el cual, todos los partícipes obtienen algo: ENEX, QLA y Dynal, obras determinadas y ACH, el derecho a elegir en primer lugar otra obra.

Vigésimo sexto: Que una vez descartada la infracción al principio de congruencia, corresponde analizar si en la ponderación de la prueba, los sentenciadores han infringido los principios de apreciación conforme a las reglas de la sana crítica, cuyos lineamientos han sido expuestos en el fundamento décimo, toda vez que todos los tópicos relacionados en los distintos acápite de las reclamaciones, finalmente encierran una disconformidad con la ponderación de la prueba rendida.



0159652015741

Vigésimo séptimo: Que, como se expuso en el considerando noveno, en la prueba de la existencia de carteles, se distingue aquella denominada prueba dura, de aquella que no tiene tal carácter. Pues bien, en el presente caso, existe un reconocimiento de los hechos por parte de un partícipe del cartel, quien presenta una solicitud acogiéndose al beneficio de delación compensada.

En lo que respecta a este acuerdo colusorio específico, tal solicitud que emana de un agente económico involucrado en la colusión que se denuncia cumple con los requisitos que han sido exigidos para conceder el beneficio y otorgar mérito probatorio, que han sido sistematizados a partir del fallo Rol N° 2578-2012, "Caso Farmacias", a saber:

1.- El reconocimiento del implicado debe proporcionar antecedentes precisos acerca de la existencia de los elementos de la colusión. Así, deberá entregar datos respecto del origen del acuerdo de colusión, la época de gestación, la forma que adoptó el mecanismo de colusión, los medios de comunicación, entre otros elementos.

2.- El relato del confesante debe ser suficientemente detallado en cuanto a la intervención que correspondió a los demás responsables.

3.- Debería evitar razonablemente al órgano persecutor la carga de probar la colusión.



0159652015741

4.- Los antecedentes de que da cuenta deben ser verificables y corroborados con el resto de los elementos probatorios que obran en el proceso.

Tal como se ha señalado en fallos anteriores, estos criterios encuentran fundamento en el grado de convicción que puede llegar a generar en el órgano jurisdiccional una prueba de confesión o un reconocimiento expreso de parte de una empresa coludida sobre los otros implicados.

Vigésimo octavo: Que, en el caso concreto, tal como se adelantó, la solicitud de delación compensada presentada por ENEX, cumple con los criterios expuestos para otorgar mérito probatorio, toda vez que los hechos expuestos en ella están detallados suficientemente y han podido ser corroborados por el resto de la prueba rendida, siendo del caso destacar que en lo que respecta a este segundo acuerdo para asignar las obras de Besalco, existe plena armonía entre lo señalado en la solicitud de delación compensada con lo que fue objeto del requerimiento, en cuanto describe detalladamente las conductas básicas del acuerdo.

Ahora bien, para acreditar este acuerdo colusorio, el TDLC no sólo se ha fundado en la solicitud antes referida, sino que además en otros antecedentes que obran en el proceso, según se expondrá.

Vigésimo noveno: Que, en primer lugar, no existe discusión en autos respecto de que efectivamente se llevó a



0159652015741

cabo a principios del mes de septiembre una reunión en el Hotel Radisson a la que acudieron todas las requeridas. En este punto, se debe destacar que más allá del objetivo previo de tal reunión y de la circunstancia que no se llevara a cabo dentro de los canales institucionales, cuestiones que parecen intrascendentes para esta Corte, pues en definitiva ningún reproche se puede realizar a las requeridas por tratar asuntos comerciales fuera de sus dependencias, lo cierto es que con la prueba rendida se acreditó el hecho esencial, esto es que en la reunión se compartió información respecto de los precios y se acordó el reparto de obras. Esto es lo único relevante. Es decir, por ejemplo, tal reunión pudo tener por objeto tratar temas de abastecimiento y, sin embargo, en ella se rebasa el objeto y se adoptan acuerdos anticompetitivos, que en definitiva es la conducta sancionada. Es por esto que se señala la intrascendencia del objeto primario y del lugar en que se lleva a cabo la reunión, materia de la que hacen caudal las reclamaciones, que pretenden dar una serie de explicaciones alternativas a la existencia de la reunión.

Asentado lo anterior, como se señaló, el acuerdo colusorio respecto del reparto de las obras de Besalco S.A estableciendo el derecho de ACH para adjudicarse una obra a su elección, está acreditado no sólo con la solicitud de delación compensada y con la declaración de Cristian Rivas,



01596520:5741

sino que existen una serie de otros antecedentes que lo confirman.

En efecto, es un hecho relevante la inexistencia de ventas en el segundo semestre del año 2012 entre las requeridas, pues al contestar el requerimiento las éstas esgrimen como fundamento para las comunicaciones la existencia de relaciones comerciales entre ellas, relacionadas con las ventas de ENEX y ACH, en su carácter de mayoristas, a QLA y Dynal, y la venta de estas últimas de especialidades asfálticas. Es en ese contexto que cobra relevancia el tráfico de llamadas telefónicas en el periodo de presentación de las cotizaciones, que es analizado por el IDLC y que efectivamente no encuentra justificación en las relaciones comerciales, pues en esa fecha no existían ventas. Así, a la referida prueba, se suma el mensaje de texto enviado por el señor Tomás Brenner (Dynal) al señor Cristián Rivas (ENEX) el día 13 de septiembre de 2012, el que señala "no hay ninguna cotización después que conversamos". Este mensaje es una prueba que constituye un indicio claro respecto de la existencia de la colusión, toda vez que no existe razón que permita explicar que dos empresas que son competidoras compartan información respecto de las cotizaciones realizadas, pues esta es una información altamente sensible que determina las posibilidades de asignación a una u otra empresa, por lo



0159652015741

que el sólo hecho de que ésta sea compartida entre agentes económicos que forman parte de la competencia en el mercado específico de que se trate revela la intención de coordinarse.

En este aspecto, se debe señalar que el artículo 22 del Decreto Ley N° 211 establece que no sólo son admisibles los medios de prueba indicados en el artículo 341 del Código de Procedimiento Civil sino que además todo indicio o antecedentes que en concepto del tribunal sea apto para establecer hechos pertinentes, estableciendo que la prueba debe ser apreciada conforme con las reglas de la sana crítica, cuyos parámetros han sido expuestos en el fundamento décimo. Como se refirió en el considerando noveno, la importancia de la prueba indiciaria en materia de libre competencia es radical toda vez que los acuerdos o conductas anticompetitivas siempre se revisten de apariencia de legalidad, se practican de forma oculta, procurando los agentes económicos no dejar huellas que permitan que éste sea descubierto.

Trigésimo: Que, estrechamente vinculado con la infracción de las normas de apreciación de la prueba conforme con las reglas de la sana crítica aparecen otros reproches esgrimidos en las reclamaciones, en relación a este acuerdo específico, reproches que finalmente se vinculan con la ponderación de la prueba, a saber:



0159652015741

a) No ponderación de explicaciones alternativas entregadas por las requeridas que explican la reunión y los temas tratados en ella, vinculados a las relaciones de índole societario y comerciales: al respecto se debe consignar que en el fundamento décimo noveno el TDLC específicamente reconoció que efectivamente existen las relaciones esgrimidas por las reclamantes, las que por lo demás también son referidas por la FNE. Ahora bien, tales explicaciones que son aducidas como alternativas a las comunicaciones entre las requeridas, constituyen sin lugar a dudas factores facilitadores del comportamiento colusorio pues a tales relaciones se suma la alta concentración de este mercado y las barreras de entradas que fueron constatadas por el TDLC, pues en definitiva cualquier empresa que pretenda entrar dependerá de la importación de asfalto a escala competitiva debiendo contar con un depósito o depender de la venta de empresas mayoristas que a la par serán sus competidores en la distribución.

Por otro lado, lo trascendente para resolver este punto, es que analizada la prueba rendida, apreciada conforme con las reglas de la sana crítica, sólo es posible establecer aquello que correctamente concluyen los sentenciadores, esto es, que los vínculos esgrimidos por las requeridas no logran desvirtuar la prueba incorporada que acredita la existencia del acuerdo colusorio, toda vez



0159652015741

que no tienen la fuerza para destruir el valor probatorio de la solicitud de delación compensada y además múltiple prueba indiciaria que, apreciada en su conjunto, avala la determinación de la sentencia impugnada.

b) Delación no cumple con exigencias para ser valorada porque no coinciden todos los hechos narrados en ella, con aquellos acreditados y establecidos por el tribunal: En este punto, se debe ser enfático en señalar que no es obligatorio que la FNE denuncie de forma idéntica los hechos referidos en la delación. Asimismo, la congruencia que se exige debe existir entre el requerimiento y la sentencia. Ahora bien, el hecho base delatado por el agente económico, efectivamente debe ser aquel que es objeto del requerimiento si se pretende establecer que la solicitud de delación compensada sea valorada como prueba dura, sin embargo, todos los hechos menores o accesorios que formaban parte, no deben necesariamente ser asentados por el tribunal, para efectos de otorgar mérito probatorio a la solicitud de delación compensada.

c) No se ha considerado que las requeridas no obtuvieron beneficios económicos: en este aspecto se debe señalar que como se ha referido en fallos anteriores, una vez acreditado el acuerdo colusorio, la circunstancia que uno o más agentes no obtuvieron los beneficios económicos, no altera la ilicitud de la conducta. En esta materia, como



0159652016741

lo ha sostenido previamente este tribunal, "los elementos esenciales del tipo de colusión son los siguientes: i) la existencia de un acuerdo; ii) su objeto; iii) la aptitud objetiva de dicho acuerdo para producir algún efecto contrario a la libre competencia, pudiendo ser éste concreto o sólo potencial; y iv) la voluntad y decisión conjunta de llevar a cabo el acuerdo. En este sentido, cabe destacar que el artículo 3° del Decreto Ley N° 211 sanciona a quien ejecute un acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, sea que tal actuación produzca esos efectos o que tienda a producirlos. Es así que no se requiere para imponer la sanción que el acto en cuestión haya producido sus efectos, sino que basta que éste tienda a producir efectos que afecten la libre competencia. En consecuencia, y como se ha expresado por el propio Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y por esta Magistratura, la conducta colusiva para que se verifique no necesita desencadenar un resultado gravoso para el sujeto pasivo de la actividad desplegada, de manera que por el solo hecho de existir la concertación y que ésta busque modificar la conducta de un agente del mercado con el fin de obtener por parte de quienes deciden coludirse un beneficio de índole patrimonial, no puede ser sino tomado como un atentado contra los principios básicos que sustentan las normas que por medio del Decreto Ley N° 211



0159652015741

se buscan salvaguardar, esto es, la igual oportunidad para que todos y cada uno de los agentes de un mercado -como es la prestación de servicios de transporte- compitan en igualdad de condiciones, manteniéndose la transparencia del mismo para cada uno de los actores que en él intervienen" (Fallo dictado el 20 de abril de 2015, en causa rol N° 6249-2014).

d) No se estableció en el fallo que ACH obtuvo la contraprestación señalada en el requerimiento: en este aspecto cabe señalar que en el requerimiento la FNE sólo señala que se acordó que ACH tendría la primera opción para elegir otra obra, en atención a que las otras tres requeridas obtuvieron cada una de las obras de Besalco. Así, no señala lo que refería la solicitud de delación compensada, esto es que su primera opción estaba relacionada con una obra específica de constructora COP, lo que como se vio, al ser el hecho accesorio al núcleo del acuerdo en relación a ACH -tener primera opción- no desvirtúa su mérito probatorio.

Asentado lo anterior, cabe referir que el TDLC, da por establecido este acuerdo colusorio, sin descartar que efectivamente fue parte del acuerdo que ACH tendría esta primera opción, por lo que cabe tenerlo por asentado, máxime si se reflexiona largamente en relación a la presencia de todas las requeridas en la reunión en la que



0159652015741

se adopta el acuerdo, y que entre todas ellas existieron comunicaciones en el periodo de cotizaciones, que no tienen explicación en relaciones comerciales, ya que no hay compras entre ellas en el segundo semestre del año 2012, que es cuando se adopta el acuerdo. Ahora bien, si ACH efectivamente con posterioridad logró ejercer su primera opción a elegir, es una cuestión que constituye el beneficio esperado por el cumplimiento del acuerdo, cuestión que, como se señaló, puede no ser obtenido, sin que ello obste a la sanción del acuerdo que fue adoptado.

e) Las requeridas no se comportaron de acuerdo a lo supuestamente acordado, pues cotizaron a precios de mercado: al igual que como se señaló en la letra c) precedente, la sola circunstancia de haberse adoptado el pacto anticompetitivo, permite sancionarlo, con independencia que, por razones de desconfianza mutua, los partícipes se hayan alejado de lo acordado. Es así como, al contrario de lo señalado por la requerida Dynal, los acuerdos colusorios, son sancionables aún en su grado de tentativa, pues como se ha señalado, basta para configurar el sancionado en el artículo 3 letra a) del Decreto Ley N° 211 el ejecutar actos que tiendan a producir como efecto el impedir, restringir o entorpecer la libre competencia, sin que sea necesario que hayan producido efectivamente dicho resultado para que exista la colusión que la ley sanciona.



0159652015741

f) Inexistencia de monitoreo entre los miembros del cartel: Si bien, esta es una conducta generalmente presente en casos en que se adoptan acuerdos colusorios, que denota la existencia de aquel, lo cierto es que su inexistencia no es óbice para establecer el acuerdo anticompetitivo. Lo anterior es aún más evidente en el caso concreto, pues la conducta anticompetitiva se da en un mercado oligopólico, altamente concentrado, en el que a la fecha en que se desarrollan los hechos, sólo existían cuatro actores en el mercado relevante específico, que son todos los partícipes en el acuerdo -excluido Probisa que en aquella época solo distribuía a Bitumix empresa relacionada- por lo que era innecesario llevar a cabo un sistema sofisticado de monitoreo, pues cualquier conducta que signifique no llevar a cabo lo establecido en el acuerdo podía ser fácilmente detectable.

g) No se realiza un análisis económico y de la estructura de mercado: el examen de talos aspectos, ante un acuerdo explícito con prueba que se considerada suficiente para establecerlo, es innecesario, pues resultaría redundante, siendo del caso señalar que tal prueba es crucial, en casos de acuerdos tácitos, que no es lo denunciado en estos autos. Lo anterior, sin perjuicio que aquellos tópicos relacionados con el tamaño de las requeridas en relación al mercado, sea una materia que



0159652015741

pueda ser ponderada al momento de establecer la multa, tópico que será abordado más adelante.

h) Equivocada ponderación de la confesión de Cristian Rivas: en el caso concreto lo valorado no es una confesión personal de Rivas, como erradamente lo sostiene Dynal, sino que es valorado un instrumento específico establecido en nuestra legislación, esto es la delación compensada, la que está regulada en el artículo 39 bis del Decreto Ley N° 211, cuyas exigencias difieren de la "confesión" en materia civil, las que han sido expuestas pormenorizadamente en el fundamento vigésimo séptimo.

i) Sentencia no analiza la prueba que demuestra que la obra Radomiro Tomic de Besalco fue adjudicada a Dynal porque el gerente a cargo de la obra le dio el valor a cotizar: al respecto, sólo cabe reiterar las ideas contenidas en las reflexiones anteriores, en cuanto que tal circunstancia resulta intrascendente, una vez que se ha establecido que existió un acuerdo de voluntades entre las requeridas en los términos que fueron denunciados en el requerimiento.

Trigésimo primero: Que, asentado lo anterior, sólo cabe consignar que efectivamente, se establece se cumplen en el caso concreto las exigencias descritas en el fundamento séptimo para sancionar el acuerdo colusorio, toda vez que éste se adopta entre competidores, y el mismo les otorga poder de mercado, puesto que involucra al 100%



0159652015741

de los agentes económicos del mercado relevante específico a la época de los hechos, ENEX, ACH, QLA y Dynal, pues como se señaló, se debe excluir a Probisa como distribuidor a empresas constructoras según lo consigna el fallo impugnado en el fundamento décimo octavo, en atención a que aquella empresa a la época en que se desarrollan los hechos, sólo proveía a la empresa constructora vinculada, esto es Bitumix S.A. En estas condiciones, el reparto de obras realizado por las requeridas intervino indebidamente el proceso de cotizaciones llevado a cabo por Besalco, por lo que el precio fijado para la adquisición de asfaltos para la realización de cada una de las tres obras, no fue producto del mercado, sino que de la asignación realizada por las requeridas, conducta que es sancionada por el artículo 3° del Decreto Ley N° 211.

III.- Asignación de los clientes Figueroa Vial, Tafca y Recondo para las obras rutas La Negra, Orozco y Hornopirén:

Trigésimo segundo: Que, corresponde ahora pronunciarse de los reproches efectuados en las reclamaciones respecto de este tercer acuerdo colusorio, comenzando el análisis relacionado con la conculcación del principio de congruencia que ha sido denunciado en autos y la infracción a las reglas de la sana crítica.

Trigésimo tercero: Que, se debe tener presente lo señalado en la solicitud de delación compensada, pues su



0159652015741

exposición permite entender la mutación contenida en el requerimiento, cuestión relevante para establecer si la sentencia deviene en incongruente:

"D. Contrato Constructora Asfaicura S.A. (...) El 27 de septiembre de 2012, en el Hotel Regal Pacific, se reunieron los ejecutivos de todas las empresas llamadas a cotizar en este contrato. Estuvieron presentes don Tomás Brenner, don Patricio Seguel, don Sergio Moroso, y don Cristian Rivas. Durante esta reunión se compartieron y discutieron los precios de presentación de las ofertas de este contrato, acordándose que por ser Constructora Asfaicura S.A. un cliente tradicional de ENEX, sería ésta quien adjudicaría este contrato, por lo cual todo el resto de las empresas debían presentar cotizaciones con precios superiores al que presentaría ENEX. En esta ocasión, QLA se opuso inicialmente a que fuese ENEX quien se quedara con este contrato pero al finalizar esta reunión don Patricio Seguel le dijo don Cristian Rivas que le cedía este contrato para que fuese ENEX quien lo abasteciera (...)."

"E.- Contrato Constructora FV limitada (...) El 27 de septiembre de 2012, en la misma reunión sostenida en el Hotel Regal Pacific, se reunieron todos los ejecutivos de todas las empresas llamadas a cotizar en este contrato. Estuvieron presentes don Tomás Brenner, don Patricio Seguel, don Sergio Moroso y don Cristian Rivas. Durante



0159652015741

esta reunión se compartieron y discutieron los precios de presentación de las ofertas a este contrato, acordándose que ENEX sería quien se adjudicara este contrato, por lo cual todo el resto de las empresas debía presentar cotizaciones con precio superior a lo que presentaría ENEX (...)."

"E. Acuerdo de repartición general del mercado. En la reunión de principio de mes de septiembre 2012, en el Hotel Radisson de la Dehesa, es la primera vez que se le exhibió a don Cristian Rivas una hoja impresa con tabla con concesiones actuales y futuras, contratos actuales y futuros, clientes y plantas de asfalto que cuenta con columnas para determinar a quién se le asigna tal o cual según cual sea el número de cada uno (Asfaltos Chilenos-1, ENEX-2, QLA-3 y Dynal-4). La información en ella estaba desactualizada, pero don Sergio Moroso y don Tomás Brenner explicaron que esa era la forma en que los competidores operaban antiguamente en el mercado y que era el método que deberían utilizar hacia el futuro para mejorar los márgenes de la industria y no pelearse participaciones de mercado más o menos, sino que para mantenerlas estables y así rentabilizar el negocio de todos los incumbentes (...)."

"Con fecha 27 septiembre de 2012 se realizó una reunión en el hotel Regal Pacific, citada por don Sergio Moroso vía telefónica, en la que estaban presentes don



0159652015741

Tomás Brenner, don Patricio Seguel, don Sergio Moroso y don Cristian Rivas. En esta reunión don Patricio Seguel y don Sergio Moroso le presentaron a los intervinientes una nueva tabla, con información actualizada de las licitaciones, contratos, clientes y plantas de asfalto del mercado (sólo tenían dudas respecto de la información de consumo de las plantas de asfalto y don Cristian Rivas se comprometió proporcionárselas posteriormente), que contenía información de los contratos presentes y los futuros con espacios abiertos para asignar los contratos futuros. Se le entregó la lista don Cristian Rivas en formato físico y digital (...)."

"Al final de esta reunión don Sergio moroso decidió ejercer la posibilidad que el resto le había entregado de elegir una obra como compensación por no quedarse con ningún contrato de Besalco Construcciones S.A. Por ello, eligió un contrato de Construcciones y Pavimentos Limitada (COP) por la ruta Lo Orozco-Quilpue, por 2.235 toneladas, que era un cliente tradicional de QLA. Asfaltos Chilenos también se habría asignado una obra de Vecchiola S.A. Por su parte Dynal eligió una obra del cliente Constructora Recondo S.A., Ruta Hornopiren. A ENEX se le asignó constructora FV Limitada en la obra La Negra. QLA eligió la obra de repavimentación del aeródromo de Chaitén de Constructora Asfalcura S.A., cuestión que no es del agrado



0159652015741

de Cristian Rivas y terminan discutiendo por ella. Esta discusión se sostiene hasta que Patricio Seguel finalmente termina cediendo la repavimentación del aeródromo de Chaiten de Constructora Asfalcura S.A. a ENEX, quedándose QLA a cambio con las obras de Vecchiola S.A y de Salfacorp S.A. Al final de la reunión se comparten y comentan los precios a los que tienen que ir cada uno de los competidores en los contratos que se le asignaron (...)."

Trigésimo cuarto: Que, en tanto el requerimiento se formula en los siguientes términos: el día 27 de septiembre del año 2012 las requeridas habrían participado en una reunión en el Hotel Regal Pacific, lugar en que los ejecutivos de QLA y ACH habrían entregado a ENEX un pendrive que contenía una versión actualizada de una planilla con la individualización de diversas licitaciones, contratos y clientes, con espacios en blanco para asignar a las distintas empresas proveedoras de asfalto, de acuerdo con el número asignado a cada una (Asfaltos Chilenos -1, ENEX-2, QLA-3 y Dynal-4). El archivo digital habría sido copiado por ENEX para su uso interno, devolviendo luego el pendrive al gerente general de QLA.

Es en este contexto que los competidores habrían acordado: a) asignar a ENEX la provisión de productos asfálticos para la faena La Negra, adjudicada a Figueroa Vial; b) ACH habría solicitado mantener para sí la



0159652015741

provisión del cliente Tafca, en particular para el suministro de la obra Lo Orozco-Quilpué; c) Dynal solicitó mantener la provisión de asfalto a Recondo para la obra Hornopirén, pues este era un cliente tradicional de Clase S.A. que es una empresa relacionada con ella.

Trigésimo quinto: Que, en primer lugar se debe recalcar la notoria diferencia que existe entre los hechos que fueron objeto de la solicitud de delación compensada con aquellos objeto de requerimiento, cuestión que si bien, como se ha señalado, no debe relacionarse con problemas de congruencia, ya que ésta sólo debe ser analizada en razón del requerimiento-sentencia, si es relevante desde el punto de vista probatorio, toda vez que en este punto, la delación compensada no puede tener el mismo valor que fue asignado al analizar el segundo acuerdo colusorio relacionado con las obras de Besaico, puesto que acá, si bien el requerimiento mantiene ciertos aspectos de la solicitud, en los hechos centrales relacionados con el reparto acordado y las condiciones en que aquello sucede, difieren, por lo que la delación sólo es un antecedente más.

En el contexto antes descrito, los sentenciadores acertadamente refieren que se debe analizar qué prueba se rindió para configurar este acuerdo, puesto que debe existir prueba que, con prescindencia de lo señalado en la



0159652015741

solicitud de delación compensada, sea capaz de entregar indicios claros acerca de la existencia del pacto anticompetitivo adoptado el día 27 de septiembre de 2012 en el Hotel Regal Pacific, que involucró un acuerdo de voluntades para asignar las siguientes obras: ENEX/La Negra de Constructora FV; ACH/Lo Orozco-Quilpué de Constructora Tafca y Dynal/ Hornopiren de Constructora Recondo, contando todo aquello con la venia de QLA.

Trigésimo sexto: Que el TDLC estableció en relación a este acuerdo anticompetitivo, que el reconocimiento de estos hechos efectuado por ENEX en su Solicitud de Beneficios, está suficientemente detallado en cuanto a la descripción del origen del acuerdo, su época, la forma cómo habría operado, quienes participaron y cómo se comunicaron. Sin embargo, contiene una diferencia importante con los hechos expuestos por la FNE en su requerimiento, ya que en éste se sostiene que las requeridas habrían acordado -en la referida reunión celebrada en el Hotel Regal Pacific- que ACH mantuviera el cliente Constructora Tafca Limitada, para el suministro la obra consistente en el mejoramiento de la Ruta F-50 sector Lo Orozco-Quilpué; mientras que en la Solicitud de Beneficios ENEX señala que ACH habría ejercido su opción preferente eligiendo un contrato de Construcciones y Pavimentos Limitada (COP).



0159652015741

Continúa exponiendo que se encuentra acreditado en autos la existencia de la reunión celebrada a principios del mes de septiembre de 2012 en el Hotel Radisson en la que se entrega el pendrive con información de repartos de obras que debía ser actualizada. Asimismo, existe prueba de una segunda reunión el día 27 de septiembre de 2012 en el Hotel Regal Pacific de Las Condes, a la que asisten todas las requeridas, señalando que en la referida reunión se exhibe la planilla actualizada, hecho que si bien constituye un indicio significativo de la voluntad de las Requeridas de repartir y asignar no sólo las obras y clientes particulares que la FNE imputa en su requerimiento dentro del último grupo de conductas, sino también un número mayor de obras futuras, mediante una coordinación más sofisticada y global en comparación con la asignación de las obras del Grupo Dragados y Basalco, lo cierto es que a juicio del Tribunal no existe prueba en autos de que la asignación de obras y clientes que figura en la planilla fuera aceptada por las Requeridas.

En razón de lo anterior el TDLC analiza si existió acuerdo para repartirse las obras La Negra, Tafca y Hornopirén, según lo referido en la planilla, concluyendo que sí existe prueba suficiente que permite establecer que existió acuerdo de voluntades para que la obra de la Constructora Figueroa Vial Limitada, "La Negra", fuera



0159652015741

adjudicada a ENEX. En relación a la asignación en favor de ACH de la obra del contratista Tafca denominada "Lo Orozco-Quilpué, señala que no existe prueba suficiente como tampoco existe para tener por asentado que existió voluntad de asignar la obra de Constructora Recondo denominada "Pichicolo-Hornopirén".

Trigésimo séptimo: Que, como se observa, en cuanto al tercer reparto de obras, cabe realizar el mismo reproche efectuado a propósito del primer acuerdo anticompetitivo, toda vez que, efectivamente el TDLC al tener por establecido el primer acuerdo anticompetitivo se aparta de los términos en que se imputan los hechos en el requerimiento, toda vez que en él, si bien se señala, a modo de contexto, que se entregó una planilla que contenía una fórmula de reparto de las distintas obras futuras asignando un número a cada una de las requeridas, lo cierto es que denuncia concretamente haberse acordado reparto recíproco de obras, señalando que el acuerdo consistió en repartir las Obras La Negra, Lo Orozco y Hornopirén en favor de ENEX, QLA y Dynal, respectivamente. Si bien, no se menciona cual era la contraprestación de QLA, se señala que la aquiescencia de esta está dada por formar aquella parte de un acuerdo mayor de obras futuras. En consecuencia, para que el requerimiento pudiera prosperar, en este punto, debió acreditarse la existencia del acuerdo relacionado con



0159652015741

la asignación recíproca de obras, bajo la aquiescencia de QLA, en el contexto de un acuerdo específico de proceder en el futuro a un reparto mayor de obras, cuestión que no fue asentada por el tribunal y que, en consecuencia, permiten acoger la reclamación en este punto por infringir el fallo el principio de congruencia, rector de la actividad procesal que debe ser respetado por los sentenciadores al expedir sus fallos, so pena de nulidad, por infringir a través de su conculcación el derecho de defensa de los intervinientes, rector de debido proceso, debiendo replicar en este punto, todas aquellas reflexiones vertidas en el fundamento décimo noveno.

IV.-Sanción.-

Trigésimo octavo: Que, asentado como está, que sólo procede sancionar por el segundo acuerdo anticompetitivo que involucró la asignación concertada de las obras de Constructora Besalco S.A, corresponde analizar el sistema de determinación de la multa por parte del TDLC, materia que fue impugnada en las tres reclamaciones.

Trigésimo noveno: Que el inciso final del artículo 26 del Decreto Ley N° 211 prescribe: "*En la sentencia definitiva, el Tribunal podrá adoptar las siguientes medidas: (...)*

c) Aplicar multas a beneficio fiscal hasta por una suma equivalente a veinte mil unidades tributarias anuales



0159652015741

y, en el caso de sancionar una conducta prevista en la letra a) del artículo 3°, hasta por una suma equivalente a treinta mil unidades tributarias anuales. (...)

Para la determinación de las multas se considerarán, entre otras, las siguientes circunstancias: el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción, la gravedad de la conducta, la calidad de reincidente del infractor y, para los efectos de disminuir la multa, la colaboración que éste haya prestado a la Fiscalía antes o durante la investigación”.

Cuadragésimo: Que de la lectura del artículo 26 del D.L N° 211 fluye que la determinación del importe de una multa no es el resultado de un mero cálculo basado en los beneficios económicos, sino que deben tomarse en cuenta todos los criterios de apreciación que en ella se señalan, además de otros que se puedan considerar idóneos para establecerla.

Cuadragésimo primero: Que el TDLC, para establecer el monto de la multa está a la gravedad de las conductas acreditadas en autos y su monto se impone considerando en primer término, un porcentaje (15%) de las ventas comprometidas en cada una de las obras respecto de las cuales se acreditó un acuerdo colusorio, que se divide en partes iguales entre las empresas que participaron en el respectivo acuerdo. Asimismo, se adiciona a dicho cálculo



0159652015741

un monto que representa los beneficios concretos que cada una de las requeridas obtuvo producto de los respectivos acuerdos, para lo cual considera un porcentaje (5%) de las ventas efectivas, esto es, de la cantidad de asfalto despachado por la empresa que se adjudicó cada una de las obras respecto de las cuales se acreditó un acuerdo.

En relación a ENEX, se establece que dio cumplimiento a los requisitos exigidos para la procedencia del beneficio contemplado en el artículo 39 bis del Decreto Ley N° 211, sin que se acreditara que fue el organizador de la conducta ilícita coaccionando a los demás participantes del acuerdo, por lo que corresponde aplicar la exención de multa solicitada por la FNE.

Finalmente, en forma adicional a las multas impuestas impone como medida preventiva la adopción, por parte de todas las empresas requeridas, incluida ENEX, de un programa de cumplimiento en materia de libre competencia que satisfaga los requisitos establecidos en la "Guía de Programas de Cumplimiento de la Normativa de Libre Competencia" (material de promoción N° 3) elaborada por la Fiscalía Nacional Económica, de junio de 2012, por el plazo mínimo de 5 años.

Cuadragésimo segundo: Que, esa Corte comparte en lo medular el sistema establecido para asentar el monto de la multa, en que se impone un porcentaje de las ventas



0159652015741

comprometidas en cada una de las obras respecto de las cuales se acreditó un acuerdo colusorio, sin embargo, estima relevante establecer una diferencia en relación al tamaño de las empresas involucradas en el acuerdo anticompetitivo, por lo que resulta procedente fijar que el porcentaje del 15% de las ventas establecido en el fallo, deberá ser soportado en un 35% por Enex y 35% ACH, toda vez que en un hecho indiscutido que tales empresas tienen una participación mucho mayor en el mercado que las requeridas QLA y Dynal, por lo que estas últimas deberán soportar cada una un 15%.

Ahora bien, esta forma de cálculo, que hubiera sido la ideal, no puede implementarse sin incorporar un factor de corrección en relación a ACH, toda vez que aquella, por el segundo acuerdo anticompetitivo había sido condenada a un 25%, tope que esta Corte no puede sobrepasar, so pena de incurrir en ultrapetita y vulnerar el principio de reformatio in peius. No ocurre lo mismo en relación a Enex, a quien, por haberse acogido al beneficio de delación compensada por cumplir con los requisitos previstos en el artículo 39 bis del Decreto Ley N° 211, queda exenta de multa, según viene reconocido en el fallo reclamado.

Cuadragésimo tercero: Que, el tribunal estableció que en cuanto al beneficio, en autos se encuentran acompañados informes económicos que intentan estimarlo, los que sin



0159652015741

embargo, tienen problemas metodológicos, por lo que a falta de prueba técnica, resulta improcedente aplicar el porcentaje de 5% adicional establecido en el fallo, pues el beneficio económico es una prueba que la FNE estuvo en condiciones de producir en el proceso, siendo relevante acá, una vez más, consignar que ésta no reclamó de la sentencia, a pesar que ésta rechazó variados aspectos relacionados con el requerimiento, entre ellos el monto de las multas relacionado con el beneficio económico, descartando expresamente la prueba producida por el ente persecutor para establecerlo, según se refiere en el fundamento centésimo cuadragésimo primero de la sentencia reclamada, toda vez que los datos entregados por el investigador externo estaban incompletos, tanto en lo que respecta a las empresas incluidas como respecto de los distintos productos considerados.

Cuadragésimo cuarto: Que finalmente respecto de la decisión de imponer a las requeridas como medida preventiva la adopción, por parte de todas las empresas requeridas, incluida ENEX, de un programa de cumplimiento en materia de libre competencia que satisfaga los requisitos establecidos en la "Guía de Programas de Cumplimiento de la Normativa de Libre Competencia" (material de promoción N° 3) elaborada por la Fiscalía Nacional Económica, de junio de 2012, por una duración de 5 años, esta Corte comparte la necesidad de



0159652015741

que todas las requeridas se sometan a tal programa, sobretodo considerando la gravedad de la conducta imputada y porque, en definitiva, aún cuando no fue parte del requerimiento, ni se acreditó que existiera acuerdo para operar un acuerdo global de reparto de cuotas de mercado, por lo que aquello no puede ser sancionado, si existen antecedentes que demuestran que existieron acercamientos en tal sentido, lo que es trascendente si se considera que en el mercado relevante de que se trata existen elementos facilitadores de acuerdos anticompetitivos, toda vez que se trata de un mercado oligopólico con reducido número de agentes económicos, los que además tienen una serie de vínculos societarios y de relaciones comerciales que ameritan adoptar la medida preventiva ordenada por el TDLC.

De conformidad a lo expuesto, normas legales citadas y lo dispuesto en el artículo 27 del Decreto Ley N° 211, se resuelve que:

I.- **Se acogen parcialmente** las reclamaciones de Asfaltos Chilenos S.A, Química Latinoamericana S.A y Dynal S.A. en contra de la sentencia de veintitrés de diciembre de dos mil quince sólo en cuanto se decide:

a) Que **se acoge** el requerimiento interpuesto por la Fiscalía Nacional Económica declarando que las Requeridas ENEX, Asfaltos Chilenos S.A, Química Latinoamericana S.A y Dynal S.A, se coludieron, infringiendo el artículo 3° letra



0159652015741

a) del Decreto Ley N° 211, mediante la asignación de las obras Duplijsa, Chañaral y Radomiro Tomic de Besalco Construcciones S.A.

b) Que se impone a Asfaltos Chilenos S.A una multa a beneficio fiscal ascendente a 429,1 UTA.

c) Que se impone a Asfaltos Chilenos S.A una multa a beneficio fiscal ascendente a 257,4 UTA.

d) Que se impone a Asfaltos Chilenos S.A una multa a beneficio fiscal ascendente a 257,4 UTA.

e) Se impone a las Requeridas la adopción de un programa de cumplimiento en materia de libre competencia que satisfaga los requisitos establecidos en la "Guía de Programas de Cumplimiento de la Normativa de Libre Competencia".

Acordada la decisión de acoger las reclamaciones con el **voto en contra** del Ministro señor Aránguiz, quien estuvo por rechazarlas íntegramente, confirmando lo resuelto por el Tribunal de Defensa de Libre Competencia, fundado en las siguientes consideraciones:

1°) Que a su juicio, en estos autos no se ha vulnerado el principio de congruencia por parte de los sentenciadores, pues el fallo impugnado, en tanto establece el primer y tercer acuerdo anticompetitivo, guarda armonía con los hechos que fueron objeto del requerimiento.



0159652015741

2º) Que, en efecto, en relación al primer grupo de obras del grupo Dragados, esto es "Puerto Montt- Pargua" y "Laja", el TDLC, realiza un análisis pormenorizado de la prueba, la que una vez apreciado conforme a las normas de la sana crítica le permite establecer que existió acuerdo para que aquellas obras fueran asignadas a ENEX y que el precio que finalmente esta ofreció, nació producto de este acuerdo. Es cierto que se descarta que a cambio ENEX pudiera ofrecer desistirse de la oferta realizada a SACYR y de esta forma permitir que ACH mantuviera tal obra, empero, aquello de modo alguno afecta el acuerdo anticompetitivo establecido en el fallo, toda vez que Enex se adjudicó las obras del grupo Dragados, no por una actuación libre del mercado, sino que producto de la intervención ilegítima de sus agentes, por lo que el precio no estuvo determinado por una actuación transparente y competitiva de los oferentes, sino que estuvo acordada por las requeridas ENEX, QLA y ACH, quienes simularon un proceso de cotización para encubrir su acuerdo, cuestión que constituye el ilícito sancionado en el artículo 3 letra a) del Decreto Ley N° 211.

3º) Que, por otro lado, el mismo razonamiento cabe aplicar al tercer acuerdo colusorio denunciado en el requerimiento, toda vez que en estos autos quedó asentada que la asignación de la obra La Negra de la constructora FV



0159852015741

Limitada a la requerida ENEX fue producto del acuerdo de reparto de obras adoptado en la reunión sostenida entre las requeridas en el Hotel Regal Pacific el día 27 de septiembre de 2012 y que el precio que fue ofertado en la última cotización tiene las mismas características señaladas en el considerando precedente, puesto que incluso en este caso se acreditó que aquel surge después de una última conversación telefónica sostenida entre Rivas (ENEX) y Moroso (ACH), pues el valor a cotizar es entregando por el primero a su subalterno (Veloso) después de haber tenido la señalada conversación telefónica que se analiza en los fundamentos centésimo duodécimo a centésimo decimosexto del fallo reclamado.

4°) Que, asentado lo anterior, resulta que el resto de las reclamaciones, íntegramente, se relacionan con cuestiones relacionadas con la ponderación de la prueba. Sin embargo, quien suscribe este voto comparte íntegramente el análisis realizado por la sentencia impugnada, siendo relevante señalar que a su juicio, la prueba rendida en autos cumple con el estándar suficiente para tener por acreditado el ilícito anticompetitivo, pues tal como se refirió en el fallo que antecede, este tipo de conductas antijurídicas se lleva a cabo en la oscuridad, cuidándose los agentes económicos de eliminar todo tipo de pruebas respecto de los acuerdos. En razón de lo anterior, la



0159852015741

prueba indiciaria reviste una importancia capital, pues en la generalidad de los casos es la única forma de llegar a establecer estos acuerdos anticompetitivos.

5°) Que en este orden de consideraciones, las razones alternativas que son el núcleo central de las reclamaciones, las que a juicios de las requeridas están probadas en autos y permiten justificar las reuniones y comunicaciones entre las requeridas, no tienen la virtud de derribar la prueba contundente que fue entregada por la FNE en cada uno de los acuerdos colusorios, pues no se puede olvidar que en el presente caso existe prueba relevante, como lo es la solicitud de delación compensada, cuyo relato fue corroborado con la prueba rendida en autos. En particular, los correos electrónicos, tráfico telefónico, declaraciones testimoniales de Rivas y Veloso, cotizaciones específicas, que son analizados extensamente por el TDLC en cada uno de los acuerdos colusorios denunciados en el requerimiento constituyen prueba clara y precisa que permite establecer que en el caso de autos existió concertación de parte de las requeridas para asignar: (i) las obras Puerto Montt-Pargua y Laja del Grupo Dragados a ENEX; (ii) las obras Duplijsa, Chañaral y Radomiro Tomic de Besalco Construcciones S.A. a ENEX, QLA y Dynal, respectivamente; y, (iii) la obra La Negra de Constructora Figuerca Vial Limitada a ENEX, infringiendo el artículo 3°



0159652015741

letra a) del Decreto Ley N° 211, razón por la que procedía rechazar las reclamaciones, pues descartadas la infracción al principio de congruencia y de infracción a las normas de la sana crítica, son replicables respecto de los temas específicos denunciados en ellas, lo expuesto en el fundamento trigésimo del fallo que antecede.

Acordado también con el **voto en contra** del Ministro señor Valderrama quien estuvo por acoger íntegramente las reclamaciones incoadas, fundado en las siguientes consideraciones:

1) Que, a juicio de quien disiente, la infracción al principio de congruencia de refleja no sólo en el primer y tercer acuerdo colusivo, sino que también afecta al segundo pacto anticompetitivo denunciado por la FNE, toda vez que en él se señala que Asfaltos Chilenos otorgó su venia para el reparto de obras realizado en favor de ENEX, QLA y Dynal, a cambio de que él fuera el primero en elegir en el próximo reparto la obras qué obra abastecería. Luego en el requerimiento, estrechamente ligado a esta primera opción de reparto, se encuentra la asignación de la Obra Lo Orozco-Quilpúe de constructora Tafca; sin embargo, tal asignación fue descartada por el TDLC.

En este orden de consideraciones, resulta relevante además que es el propio TDLC el que no señala de modo alguno que ACH se haya reservado se derecho de primera



0159652015741

opción, toda vez que es un asunto que se omite completamente, a pesar de formar parte del núcleo del acuerdo anticompetitivo, pues aquello justifica su aquiescencia al reparto efectuado por el resto de las requeridas.

2) Que, en este orden de ideas, es relevante lo señalado en el fundamento décimo tercero del fallo que antecede, puesto que en la presente causa la FNE jamás señaló que se debía sancionar a aquellos que estaban presentes en las reuniones que se llevaban a cabo los repartos de obras, porque en definitiva, el acuerdo general era no tocar las cuotas de mercado que cada uno de ellos ostentaba al momento de adoptar los acuerdos anticompetitivos, cuestión que en definitiva hubiera permitido entregar lógica al requerimiento.

3) Que, además de lo anterior, se debe precisar que el análisis de la prueba demuestra que aquella incorporada es insuficiente para acreditar los acuerdos anticompetitivos imputados, siendo del caso señalar en los presentes autos el órgano persecutor hizo uso de facultades intrusivas durante el periodo de investigación, empero, aún haciendo uso de las herramientas entregadas para robustecer su labor, no logró rendir prueba que tuviera la entidad suficiente para acreditar el acuerdo.



0159652015741

En este aspecto, resulta relevante señalar que si bien la solicitud de delación compensada es un antecedente cuyo valor probatorio es trascendente, lo cierto es que aquello lo es sólo en la medida que cumpla los requisitos establecidos en el fundamento vigésimo séptimo precedente, cuestión que no ocurre en la especie porque la solicitud de delación compensada presentada por ENEX, es mucho más amplia que el requerimiento, teniendo una estructura completamente distinta al requerimiento.

En efecto, la solicitud de delación compensada tenía un relato coherente, en que se señala que los distintos agentes económicos se repartían las obras, bajo un sistema de contraprestaciones en cual cada una de ella salía con la asignación de obras específicas. Es decir, cada incumbente ganaba algo, cuestión que desaparece en el requerimiento. Así, al alejarse de la solicitud de delación compensada, la FNE asume un riesgo, toda vez que debe necesariamente rendir prueba precisa que permita sustentar los hechos esgrimidos, pues para tales efectos, la solicitud de delación compensada no le sirve. Así, debe elevar su estándar de prueba, cuestión que en la especie no cumplió, pues en definitiva la prueba rendida se reduce a la delación compensada de ENEX, relato de Rivas (representante de Enex en los acuerdos anticompetitivos) y Veloso,



0159652015741

empleado de Erex, que declara sobre hechos que fueron oídos de Rivas.

A lo anterior se suma el tráfico de llamadas analizado por los sentenciadores; sin embargo, en tal análisis se omite una circunstancia relevante, esto es que las reclamadas mantuvieron un contado fluido a través de llamadas telefónicas y mediante correos electrónicos durante el tiempo no analizado por el fallo, sin que el aumento de llamadas sea significativo. Es acá donde cobran relevancia las explicaciones alternativas para dichas comunicaciones relacionadas con temas de abastecimiento, ya sea por su falta o existencia, toda vez que es un hecho acreditado que tanto Enex y ACH intervienen en el mercado mayorista abasteciendo a QLA y Dynal y que esta últimas venden especialidades asfálticas a las primeras.

4) Que en razón de lo anterior, quien disiente estima que las reclamaciones debieron ser acogidas íntegramente, toda vez que efectivamente se ha vulnerado el principio de congruencia y además las normas de apreciación de la prueba conforme a las normas de la sana crítica, toda vez que aquella rendida en autos no cumple con un estándar suficiente para tener por acreditados los ilícitos anticompetitivos.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

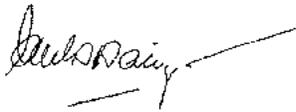


0189652015741

Redacción a cargo de la Ministra señora Sandoval y de la disidencia, sus autores.

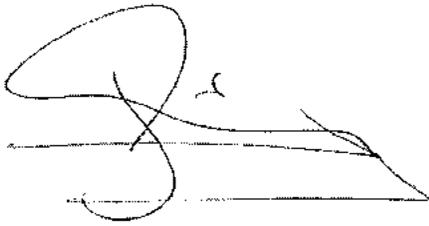
Rol N° 5.128-2016.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros Sr. Pedro Pierry A., Sra. Rosa Egnem S., Sra. María Eugenia Sandoval G., Sr. Carlos Aránguiz Z., y Sr. Manuel Valderrama R. No firma, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, el Ministro señor Pierry por haber cesado en sus funciones. Santiago, 12 de octubre de 2016.

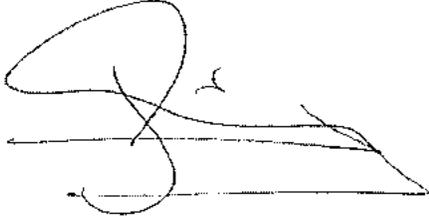


0159652015741

Autoriza el Ministro de Fe de la Excm. Corte Suprema

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized initial 'S' followed by a smaller 'e' and a long horizontal stroke.

En Santiago, a doce de octubre de dos mil dieciséis, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

A handwritten signature in black ink, identical to the one above, consisting of a large, stylized initial 'S' followed by a smaller 'e' and a long horizontal stroke.

0159652015741

Santiago, trece de octubre de dos mil dieciséis.

Por haberse incurrido en un error de transcripción y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 182 del Código de Procedimiento Civil, se rectifica la sentencia de 12 de octubre de 2016, escrita a fojas 2869, realizándose los siguientes reemplazos en el apartado I.- de la parte resolutive:

i) En su letra c), la expresión "Asfaltos Chilenos" por "Dyna".

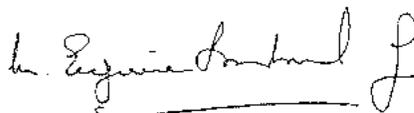
ii) En su letra d), el nombre "Asfaltos Chilenos", por "Química Latinoamericana S.A".

Téngase la presente resolución como parte integrante de la sentencia que se enmienda.

Regístrese y devuélvase con sus agregados como está ordenado.

Rol N° 5128-2016.-

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros Sr. Pedro Pierry A., Sra. Rosa Egnem S., Sra. María Eugenia Sandoval G., Sr. Carlos Aránguiz Z., y Sr. Manuel Valderrama R. No firma, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, el Ministro señor Pierry por haber cesado en sus funciones. Santiago, 13 de octubre de 2016.



0141032016596

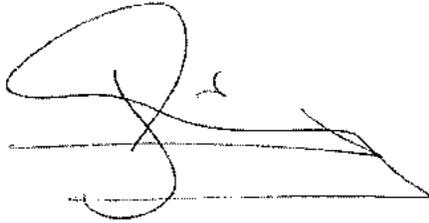
Lawson

Johnston

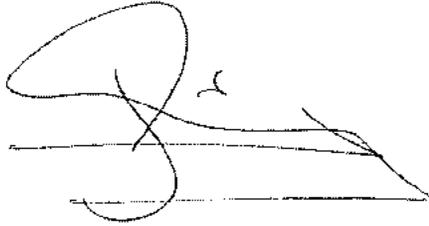


014 1032016596

Autoriza el Ministro de Fe de la Excma. Corte Suprema

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized initial 'S' followed by a smaller 'e' and a horizontal line extending to the right.

En Santiago, a trece de octubre de dos mil dieciséis, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

A handwritten signature in black ink, identical to the one above, consisting of a large, stylized initial 'S' followed by a smaller 'e' and a horizontal line extending to the right.

0141032016596