

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

SENTENCIA Nº 102/2010.

Santiago, once de agosto de dos mil diez.

VISTOS:

1. A fojas 15, con fecha 16 de junio de 2009, la Fiscalía Nacional Económica (en adelante “FNE” o “Fiscalía”) interpuso requerimiento en contra de la Asociación Gremial de Dueños de Mini Buses Agmital (en adelante “Agmital”), por supuestas conductas contrarias a la libre competencia en el mercado del transporte rural de la Región de Maule, fundando su acción en los antecedentes que a continuación se indican:

1.1. Señala la FNE que Agmital es una asociación gremial de dueños de mini buses, compuesta por 32 empresarios, con una flota total de 49 vehículos, que prestan servicios de transporte público rural de pasajeros en la Región del Maule, cubriendo los recorridos de Talca y sus alrededores. Según explica, sus principales rutas con: Talca-Vilches, Talca-Corralones, Talca-Punta Diamantes, Talca-Macal, Talca-Mariposas, Talca-San Clemente, Talca-Santa Elena, Talca-Bella Unión, Talca-Pencahue, Talca-Lo Figueroa, Talca-Queri, Talca-Los Almendros y Talca-Población Buenos Aires. Hace presente asimismo que hasta octubre de 2006, en los tramos Talca-Los Almendros, Talca-Queri y Talca-Población Buenos Aires, Agmital sólo enfrentaba la competencia del empresario Juan Díaz Ruiz, con su flota “Diur”.

Agrega, que en octubre de 2006 ingresó un nuevo competidor, el señor José Muñoz Ortega, conocido por los usuarios como el “Bus Azul”, quien vino a desafiar la posición dominante ostentada por Agmital, ofreciendo el recorrido Talca-Los Almendros-Queri-Población Buenos Aires, en los horarios de 11:30, 15:30 y 18:40 horas, con una tarifa similar a la cobrada por los socios de la requerida.

1.2. Según la FNE, los asociados de Agmital reaccionaron frente a esta nueva competencia, acordando ofertar tres recorridos que cubrían la totalidad de la ruta servida por el entrante, en los mismos horarios que éste, y disminuyendo sus tarifas exclusivamente en estos tramos, con la finalidad de excluirlo del mercado. En este sentido, hace presente que, si bien la primera reacción de dichas empresas fue bajar sus tarifas de \$600 a \$500, es decir, \$100 por debajo de su competidor, llegaron hasta una tarifa de \$200, sólo en el recorrido que coincidía con el del entrante.

Adicionalmente, hace presente que la incumbente habría profundizado su estrategia exclusoria a través de prácticas de hostigamiento y agresiones verbales, consistentes

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

en el entorpecimiento material del recorrido del entrante, como asimismo en insultos, ofensas y sobre todo amenazas por parte de choferes, inspectores e incluso de los empresarios.

1.3. Agrega la FNE que, como era de esperar, el entrante no pudo igualar la tarifa de \$200, sufriendo consecuentemente una fuerte disminución de pasajeros, lo que le habría producido significativas pérdidas. Los asociados de Agmital, por su parte, habrían soportado sus menores ingresos subsidiándolos, mediante un sistema de rotación, conforme al cual cada vehículo soportaba esta tarifa una vez cada 48 días, lo que disminuía el efecto individual.

Hace presente además que dicha conducta persistió por más de un año y que sólo se le habría puesto fin el año 2007, con ocasión de la denuncia interpuesta ante la FNE por el señor José Muñoz. En relación con lo anterior, señala que ante dicha denuncia, Agmital habría organizado una reunión con el señor Díaz de la flota “Diur” y con el señor Muñoz, en la que su Presidente, el señor Teobaldo Olave Farías les habría propuesto terminar con las tarifas bajo costo mediante un “acuerdo de caballeros”, consistente en fijar una tarifa uniforme de \$600 y en fijar una diferencia de salida de 15 minutos entre sus vehículos y los de sus competidores.

1.4. Hace presente además que, según información que ha logrado recabar, Agmital tendría experiencia en este tipo de comportamientos. En ese sentido, señala que en marzo de 2006, el señor Miguel Parra Olivares, quien fuera asociado e incluso Presidente de Agmital, decidió incursionar con un recorrido que abarcaba las localidades de Las Delicias, Peumo Negro, Camino Dos, Las Mariposas, San Clemente y Talca, ida y vuelta, ante lo cual Agmital habría reaccionado estableciendo idéntico recorrido y similar horario, pero con una tarifa casi a la mitad de la cobrada por el señor Miguel Parra, esto es, \$340 versus \$600, situación que éste último no pudo resistir y le obligó a cesar su actividad, tras lo cual Agmital habría subido la tarifa a \$700.

1.5. Con relación al mercado relevante, la FNE estima que corresponde al transporte público rural de pasajeros desde la ciudad de Talca hacia las localidades de Los Almendros, Queri y Población Buenos Aires, ida y vuelta, específicamente en los horarios de salida desde Talca cercanos a las 11:30, 15:30 y 18:40 horas. Según explica, estos recorridos son ofrecidos por el señor José Muñoz Ortega con su vehículo Bus Azul, por el señor Juan Díaz Ruiz con un bus, y Agmital con sus 32 asociados y 49 vehículos.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

En relación con lo anterior, hace presente que el señor José Muñoz Ortega ofrece un servicio de transporte único y directo desde la ciudad de Talca a las localidades de Los Almendros, Queri y Población Buenos Aires, haciendo paradas en cada una de ellas y regresando inmediatamente después de la última parada en la Población Buenos Aires. Sus horarios de salida desde Talca son 11:30, 15:30 y 18:40 horas. Las distancias recorridas son: 31,1 kilómetros (Los Almendros), 30,5 kilómetros (Queri) y 36,6 kilómetros (Buenos Aires), similares de ida y regreso.

Por su parte, señala que Agmital realiza tres rutas directas e independientes hacia las localidades indicadas. Éstas son: Talca-Los Almendros (3 minibuses diarios, que hacen un total de 14 vueltas al día), Talca-Queri (3 minibuses, con 5 vueltas diarias cada uno) y Talca-Población Buenos Aires (2 vehículos, con 3 vueltas diarias cada uno). Los horarios habituales de cada tramo son: Talca-Los Almendros: 07:10, 08:50, 09:50, 11:50, 12:50, 13:50, 15:50, 16:50, 17:50, 20:00, 20:50 y desde enero de 2007 a la fecha se agregaron tres nuevas salidas: 11:15; 15:15 y 18:15. Por otro lado, en la actualidad, el servicio Talca-Queri comprende salidas cada una hora, desde las 07:20 a las 21:20 horas, mientras que el servicio Talca-Población Buenos Aires comprende los siguientes horarios: 07:15, 11:40, 15:10, 16:45 y 19:45 horas.

Por último, hace presente que el señor Juan Díaz Ruiz tiene un total de 4 buses, de los cuales dos prestan servicios a empresas, mientras que los otros 2 sirven recorridos distintos: uno va desde Talca a Vilches y el otro, sirve el tramo de Sanatorio, Población Buenos Aires, Queri, Terminal Talca y viceversa. Agrega que el señor Juan Díaz compite con Agmital en el trayecto que une las localidades de La Raya, pasando por Queri, Población Buenos Aires, Sanatorio y viceversa, saliendo desde el Terminal Talca, siendo sus horarios de salida desde Talca al sector Sanatorio: 12:10, 17:10 y 19:55 horas, por lo que no coincide con las salidas del señor Muñoz ni con los horarios de Agmital.

Con respecto a las condiciones de entrada a este mercado, señala que es conocido que el transporte público rural de la región del Maule se caracteriza por la presencia de dos asociaciones gremiales que agrupan a numerosos propietarios: Agmital e Interbus, haciendo presente además que, en su opinión, el comportamiento estratégico claramente exclusorio de ellos frente a un competidor, sin duda que ha generado una reputación que condiciona dicho ingreso.

1.6. A continuación, explica la FNE que el carácter exclusorio de la tarifa de \$200 que comenzó a cobrar Agmital quedaría en evidencia al compararla con los \$500 que siguió cobrando la requerida en los demás recorridos, e incluso en los mismos en otros horarios. Aún más, según señala, esta tarifa de \$200 no alcanzaría ni siquiera para

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

cubrir los costos del servicio, lo que sólo sería explicable a partir del sacrificio que hicieron todos los asociados a Agmital, que se turnaron para cubrir el recorrido.

Según explica, a través de decisiones expresas, con pleno conocimiento de su directorio y asociados, e incluso consignadas en actas, Agmital elaboró una estrategia que incluyó fijación de tarifas por debajo de los costos, sólo para los horarios en que el entrante prestaba sus servicios; rotación de sus asociados, con el objeto de repartirse los costos de esta medida; hostigamientos y, luego, ofrecimiento al entrante de un acuerdo para alzar tarifas.

Lo anterior, en su opinión, da cuenta de conductas anticompetitivas consistentes en la ejecución de estrategias de naturaleza comercial por parte de Agmital, coordinada o acordada por sus asociados al interior y al amparo de ésta, destinadas a la exclusión de competidores, lo que estaría específicamente sancionado en el inciso primero del artículo 3° del Decreto Ley N° 211, y agravado por la circunstancia contenida en el artículo 26 del Decreto Ley N° 2757.

1.7. En mérito de lo descrito, la FNE solicita a este Tribunal:

- (i) Ordenar a la requerida el cese inmediato de las prácticas reprochadas en autos y de toda otra que tenga por objeto fijar precios, asignar zonas de mercado o excluir competidores;
- (ii) Aplicar a Agmital una multa ascendente a 100 Unidades Tributarias Anuales, o a la que este Tribunal se sirva fijar;
- (iii) Remitir los antecedentes al Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, a fin de que fiscalice los hechos de su competencia descritos en el presente requerimiento y aplique las medidas que estime pertinentes; y,
- (iv) Condenar en costas a la requerida.

2. A fojas 55, con fecha 6 de agosto de 2009, Agmital contestó el requerimiento de autos, solicitando su rechazo, con costas, o en subsidio, la aplicación de la mínima sanción prevista en el Decreto Ley N° 211, por las siguientes consideraciones:

2.1. En primer lugar, como cuestión previa, opone excepción de prescripción, fundándose en el hecho de que, según se desprendería del requerimiento de autos, la conducta que se le imputa se habría cometido en octubre de 2006, en circunstancias que el requerimiento de autos se interpuso con fecha 16 de junio de 2009 y se notificó el 20 de julio de 2009.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Así, y dado que a la fecha de interposición del presente requerimiento, el Decreto Ley N° 211 contemplaba un plazo de prescripción de 2 años, contados desde la ejecución de la conducta atentatoria de la libre competencia, resultaría manifiesto que la acción de autos se encontraría prescrita.

2.2. A continuación, explica que el mercado relevante, tal como lo señala la FNE, corresponde al de transporte público rural de pasajeros desde la ciudad de Talca hacia las localidades de Los Almendros, Queri y Población Buenos, ida y regreso, específicamente en los horarios de salida desde Talca cercanos a las 11:30, 15:30 y 18:40 horas, en el cual actúan el señor José Muñoz Ortega y Agmital.

Asimismo, señala que Agmital carece de poder de mercado en el mercado relevante, toda vez que tratándose de un mercado con tres salidas diarias hacia un mismo lugar, en horas muy cercanas, tanto el señor José Muñoz Ortega como Agmital tienen una participación, en cuanto a oportunidad, más o menos similar, con lo que podría decirse que cada una ostenta un 50% de participación en el mercado.

Así, según explica, poco o nada tiene que ver el tamaño de la línea o la cantidad de buses que cada actor pueda tener a su disposición, sino que lo importante sería que cada actor coloca a disposición de los usuarios una máquina por cada recorrido. En consecuencia, a su juicio serían otros elementos los que determinan las preferencias de los consumidores, y que son básicamente el precio, la comodidad, la calidad del servicio, etc.

Por otro lado, y en subsidio de lo anterior, explica que en caso que se estime que Agmital tiene poder de mercado, su actuación en el mismo no es reprochable, dado que dicha participación tiene claramente su origen en medios lícitos, como una larga trayectoria de servicio en la zona, una política de precios razonable, una buena administración, un servicio de calidad, entre otros.

Agrega que, al ofrecérsele al usuario más frecuencias y mejores precios en un mismo recorrido y en horarios similares, no se afecta a la libre competencia, sino que por el contrario, se fortalece.

2.3. Respecto a las conductas que se le imputan, señala que, en su opinión, no puede considerarse ilícito agregar tres nuevos horarios cuando ya ofrece cerca de 10 servicios para cada recorrido.

Con respecto a la supuesta estrategia de precios predatorios que le imputa la FNE, señala que no es efectivo que el señor José Muñoz haya entrado al mercado con una tarifa de \$400, sino que lo hizo con una tarifa de \$300. Lo anterior, habría llevado a

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Agmital a idear una estrategia competitiva, consistente en fijar una tarifa de \$200. Agrega que dicho precio nada tendría de predatorio, ya que si se considera que Agmital tiene buses con capacidad para 32 pasajeros y si además se suman todos los ingresos por pasajeros que suben y bajan durante el trayecto, durante cada viaje, se tiene que cada recorrido se financia.

Finalmente, con respecto al sistema de rotación entre los asociados a Agmital que denuncia la FNE, señala que si bien dicho sistema existe, jamás ha tenido un fin ilícito y no es más que un sistema de administración que busca mantener el equilibrio entre los servicios que presta cada máquina asociada a Agmital, de forma tal de mantener entre ellas similares recorridos, kilometrajes y desgastes. Asimismo, señala que este sistema tiene una instauración general, desde mucho antes del ingreso del señor José Muñoz y para la totalidad de los servicios o recorridos de Agmital.

2.4. Finalmente, respecto a la supuesta agravante invocada por la FNE, señala que dado que la Ley N° 19.911 eliminó la sanción penal por infracciones a la libre competencia, dicha agravante habría sido derogada tácitamente.

3. A fojas 71, con fecha 12 de agosto de 2009, se recibió la causa a prueba y se fijaron los hechos substanciales, pertinentes y controvertidos que, tras acogerse parcialmente un recurso de reposición de Agmital, quedaron del siguiente modo:

3.1 *Características del mercado en que inciden las conductas imputadas a la requerida, en particular recorridos, horarios, tarifas y máquinas de quienes participan en él;*

3.2 *Hechos y circunstancias que justificarían los cambios realizados por la requerida y sus asociados en las tarifas y condiciones del servicio de transporte de pasajeros en el tramo Talca – Los Almendros – Queri – Población Buenos Aires, tanto antes como a partir del ingreso del servicio operado por el Sr. José Muñoz Ortega. Época en que habrían ocurrido los hechos; y*

3.3 *Efectividad de que la demandada haya contactado al Sr. José Muñoz Ortega y al Sr. Juan Díaz Ruiz con el objeto o efecto de acordar tarifas y condiciones de operación de sus recorridos. Época, hechos y circunstancias.*

4. *Documentos acompañados por las partes:*

4.1. La FNE acompañó: A fojas 15: (i) copia de 3 actas de reunión de Agmital. A fojas 119, (ii) copia de nueve actas de declaración ante la FNE; (iii) una copia de escritura pública de cesión de cupo de dos servicios de transporte rural; y, (iv) copia

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

del Decreto Alcaldicio de Talca N° 946 del 1° de junio de 2006. A fojas 853, (v) respuesta de Agmital a Oficio Ordinario enviado por la FNE; (vi) respuesta del SEREMI de Transportes y Telecomunicaciones de la Región del Maule al Oficio Ordinario enviado por la FNE; (vii) fotocopia de acta de reunión de socios de Agmital; (viii) cuadro resumen de declaraciones prestadas ante la FNE y ante el Tercer Juzgado de Letras de Talca; (ix) denuncia de el señor José Muñoz Ortega ante la FNE; y, (x) copia de denuncia presentada por el señor José Muñoz Ortega ante el Ministerio de Transportes.

4.2. Agmital acompañó: A fojas 155, (i) fotografías de uno de sus minibuses de mayor tamaño y del bus que opera el señor José Muñoz (denominado “Bus Azul”) en que se señala una tarifa de \$300; (ii) certificado de anotaciones vigentes del bus operado por el señor José Muñoz; (iii) plano de los sectores aledaños a Talca y de la VII Región; (iv) certificados emitidos por el rodoviario municipal de Talca; y, (v) nómina de las personas asociadas a Agmital. A fojas 380, (vi) certificados de inscripción de servicios en donde consta la descripción de los itinerarios trazados por la SEREMI de Transportes y Telecomunicaciones; (vii) planilla con la programación de recorridos de los días 1° de octubre a 20 de noviembre de 2009; (viii) documentos de salida de recorridos de Agmital; (ix) planillas de tarifas de Agmital; (x) certificado de los ingresos que percibió Agmital en los años 2006, 2007, 2008 y parte de 2009, con indicación del número de boletos cortados por cada empresario; (xi) nomina de empresarios asociados a Agmital; (xii) certificado de inscripciones y anotaciones vigentes de 50 vehículos; y, (xiii) certificado del administrador del rodoviario municipal de Talca que da cuenta de los horarios de Agmital.

5. *Documentos exhibidos por Agmital.*

A fojas 660, con fecha 23 de noviembre de 2009, y en cumplimiento de lo ordenado mediante resoluciones de 8 de octubre y 10 de noviembre de 2009 (fojas 137 y 386, respectivamente), Agmital concurrió a la audiencia de exhibición de documentos decretada, e hizo presente que todos los documentos que se le solicitó exhibir fueron acompañados previamente.

6. *Testimonial rendida por las partes:*

6.1. Por la parte de la FNE: (i) A fojas 635, el señor Pedro Orozco López; (ii) A fojas 637 vuelta, el señor Juan Ruiz González; (iii) A fojas 638, el señor José Muñoz Ortega; (iv) A fojas 642, el señor Miguel Parra Olivares.

6.2. Por la parte de Agmital: (i) A fojas 625, el señor Baldemar Higuera Vivar; (ii) A fojas 627, el señor Eliecer González Zúñiga; (iii) A fojas 629, el señor Juan Díaz Ruiz;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

(iv) A fojas 631, la señora Mirta Muñoz Arriagada; y, (v) A fojas 632, la señora Hilda Peña González.

7. *Oficios y otros antecedentes recabados de terceros.*

7.1. A fojas 137, con fecha 8 de octubre de 2009, se accedió a la solicitud de la FNE en cuanto se ordenó oficiar al SEREMI de Transportes y Telecomunicaciones de la Región del Maule, a fin de que informe al tenor de lo solicitado a fojas 135. A fojas 772, con fecha 16 de noviembre de 2009, la SEREMI de Transportes y Telecomunicaciones de la Región del Maule informó al respecto, remitiendo los servicios registrados, cuadro con las fechas de ingreso y horarios kilómetros y tarifas iniciales de Agmital, de personas que realizan recorridos similares a Agmital y de personas que realizaban recorridos similares a Agmital pero han sido eliminadas del registro de transporte público, desde el 2006.

8. A fojas 853, con fecha 11 de mayo de 2010, la FNE presentó observaciones a la prueba rendida en autos.

9. A fojas 780, con fecha 7 de abril de 2010, el Tribunal ordenó traer los autos en relación y se fijó la vista de la causa para la audiencia del día 26 de mayo de 2010.

CONSIDERANDO:

Primero. Que, antes de entrar al análisis de los elementos de fondo de la causa de autos, este Tribunal se hará cargo de la excepción de prescripción extintiva de la acción opuesta por la defensa de Agmital en la contestación del requerimiento, a fojas 55 y siguientes;

Segundo. Que, a juicio de la requerida, los hechos en los que se funda la acción de autos, descritos en la parte expositiva de esta sentencia, se iniciaron en el mes de octubre del año 2006. En lo relacionado específicamente con las reducciones de tarifas y con la implementación de recorridos por parte de Agmital, con el presunto objeto de excluir a un nuevo competidor, estas conductas habrían principiado y, por tanto, se habrían ejecutado, el día 10 de octubre de 2006;

Tercero. Que, entonces, la requerida alega que es a partir de la última fecha señalada en la consideración anterior que se debe computar el plazo de dos años para la prescripción de la acción, establecido en el texto vigente del artículo 20°, inciso 3°, del Decreto Ley N° 211 a la época de interposición del requerimiento, esto es, al 16 de junio de 2009;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Cuarto. Que en consideración a que el requerimiento fue notificado al representante legal de Agmital con fecha 20 de julio de 2009, es decir, casi tres años después de ejecutados los actos en los que se fundaría según la versión de la requerida, en opinión de ésta operaría en la especie la prescripción extintiva alegada;

Quinto. Que, por su parte, en su presentación de fojas 72, la FNE solicitó que la excepción en cuestión sea rechazada, en razón de que las conductas imputadas a Agmital persistieron por más de un año y sólo cesaron en noviembre de 2007. Por ello, el plazo de prescripción de la acción debe computarse sólo a partir de esta última fecha;

Sexto. Que, habida cuenta de que (a) el texto del artículo 20º, inciso tercero, del Decreto Ley Nº 211, vigente a la fecha de interposición del requerimiento, establecía que las acciones contempladas en dicho cuerpo legal prescribían en el plazo de dos años, contado desde la ejecución de la conducta atentatoria de la libre competencia en que se fundan y, (b) que el requerimiento de autos fue interpuesto el día 16 de junio de 2009, fecha anterior al 12 de octubre de 2009, en la que entraron en vigencia las modificaciones al Decreto Ley Nº 211 introducidas por la ley 20.361, que ampliaron a tres y cinco años el plazo de prescripción aplicable, este Tribunal deberá examinar si las conductas imputadas en el requerimiento de autos fueron o no ejecutadas en el término comprendido entre los días 20 de julio de 2007 y el 20 de julio de 2009;

Séptimo. Que, según se desprende del requerimiento y de su contestación, y de los antecedentes que obran en autos a fojas 4 y siguientes, 11 y siguientes; 93, 95, 97, 99, 103 y siguientes, 108 y siguientes, 112 y siguientes, 637 vuelta, y 642 y siguientes, entre otros, las presuntas infracciones a la libre competencia denunciadas por la Fiscalía Nacional Económica se configurarían mediante la mantención por parte de Agmital de tarifas por debajo de sus costos, así como por medio de la realización por parte de sus minibuses de determinados recorridos en horarios específicos, junto con acciones de hostigamiento. Todo ello, con el fin de expulsar del mercado al empresario Sr. Muñoz Ortega. De acuerdo con los mismos antecedentes, estas conductas se habrían llevado a cabo entre los meses de octubre de 2006 y agosto o noviembre de 2007, época esta última en la que, por lo demás, se habría alcanzado un acuerdo entre Agmital y sus competidores, lo que también forma parte de los cargos presentados por la FNE;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Octavo. Que, entonces, la infracción atribuida a la requerida constituye una actividad continuada, que se habría verificado o ejecutado cada vez que los minibuses de empresarios miembros de Agmital cobraron tarifas relativamente bajas, sirvieron determinados recorridos en ciertos horarios y realizaron supuestos actos de hostigamiento con el presunto fin de expulsar a un competidor entrante. Por lo tanto, en la especie, el plazo de prescripción sólo podría computarse a partir del momento en que la requerida hubiere puesto fin a la ejecución de las conductas en cuestión, lo que, como se dijo y de acuerdo con los antecedentes del proceso, ocurrió en el mes de noviembre de 2007, fecha en la que se habría alcanzado un acuerdo para fijar tarifas y horarios entre la requerida y sus competidores, tal como consta en dos actas de declaración de don José Muñoz Ortega y del acta de declaración de don Juan Constantino Díaz Ruiz ante la FNE, acompañadas por esta última a fojas 119;

Noveno. Que, atendido lo expuesto y teniendo presente sobre todo que en su contestación la requerida no alegó el cese de las conductas imputadas en una época anterior a la indicada, debe concluirse que el plazo de prescripción de dos años no llegó a cumplirse, pues entre la ejecución de las conductas y la notificación del requerimiento (20 de julio de 2009, según consta a fojas 50), transcurrió menos que ese lapso, lo que llevará a este Tribunal a rechazar la excepción de prescripción deducida por Agmital;

Décimo. Que, establecido así lo anterior, corresponde pronunciarse derechamente sobre el fondo del requerimiento deducido, esto es, sobre si Agmital llevó o no a cabo una serie de actos cuyo objeto fuera el de excluir, en forma ilícita desde el punto de vista de la libre competencia, a un competidor, el bus del Sr. Muñoz Ortega, en el tramo Talca – Los Almendros – Queri – Población Buenos Aires;

Undécimo. Que, al respecto, la Fiscalía ha señalado en su requerimiento que la asociación de propietarios de microbuses “Agmital” realizó un conjunto de conductas destinadas a excluir a un competidor entrante, don José Muñoz Ortega, en el recorrido que Agmital sirve con una flota de minibuses y que une las localidades de Talca, Los Almendros, Queri y Población Buenos Aires, todas de la Región del Maule. Las conductas consistieron, en versión de la FNE, en el cobro de tarifas más bajas que las que históricamente cobraba Agmital y que las correspondientes a otros recorridos, con una intención predatoria, sólo en los horarios y recorridos en los que el entrante prestaba servicios con un bus con capacidad para 40 pasajeros. El costo de esta medida habría sido soportado por Agmital mediante el expediente de repartirlo entre sus asociados, asignando entre ellos turnos rotativos para cubrir esa ruta.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Adicionalmente, la requerida habría dispuesto horarios de servicio en el trayecto en cuestión muy cercanos a los del Sr. Muñoz, con el propósito de impedir que el entrante tuviese pasajeros que recoger en su ruta. Conjuntamente con esto, indica que varios de los conductores de los minibuses de Agmital habrían realizado actos de hostigamiento en contra del entrante, tales como efectuar maniobras peligrosas con sus minibuses, entorpeciendo el avance del bus del Sr. Muñoz o proferir insultos en su contra. Finalmente, Agmital habría ofrecido un acuerdo de tarifas al Sr. Muñoz a cambio de dejarlo operar sin entorpecimientos;

Duodécimo. Que, para la requirente, las conductas descritas importarían vulneraciones al artículo 3° del Decreto Ley N° 211, por lo que solicitó a este Tribunal que ordene a la requerida el cese de estas conductas, que le aplique una multa de 100 unidades tributarias anuales o la que estime pertinente, y que remita los antecedentes al Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción (*sic*) a fin de que fiscalice los hechos de su competencia descritos en el requerimiento y aplique las medidas que estime pertinentes;

Decimotercero. Que la requerida alegó en su defensa que no ostenta una posición dominante en el mercado relevante respectivo de la que haya podido abusar, esto es, en el de transporte público rural de pasajeros desde la ciudad de Talca hacia las localidades de Los Almendros, Queri y Población Buenos Aires (ida y regreso), específicamente en los horarios de salida cercanos a las 11:30, 15:30 y 18:40 horas. Sostuvo que en dicha ruta tenía, a la fecha de los hechos, una participación de mercado similar a la del entrante, la que sitúa en un 50% en razón de que Agmital y el Sr. Muñoz eran los únicos dos que servían ese trayecto. Agrega que de estimarse por este Tribunal lo contrario -esto es, que Agmital efectivamente tenía una posición de dominio en el mercado descrito- dicha posición no es *per se* reprochable a la luz de las normas de defensa de la competencia. Agrega Agmital que los precios rebajados que la Fiscalía estima como predatorios no son tales y sólo ceden en beneficio de los usuarios de los servicios. Asimismo, el que la requerida haya fijado tres nuevos horarios de servicio para sus minibuses, en el contexto de que ya operaba otros 10 con anterioridad en la misma ruta, no sería, en su opinión, indicativo de un abuso de poder de mercado, sino más bien fruto de la intención de prestar un mejor servicio a los consumidores;

Decimocuarto. Que, en cuanto a las tarifas, la requerida reconoce que las fijó en el monto de \$200, como respuesta al precio de \$300 con el que, según su versión, el entrante inició sus servicios en el trayecto en cuestión. Además, Agmital indica que

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

para rebajar sus tarifas, en lugar de usar minibuses, utilizó un bus que permite transportar un total de 32 pasajeros, lo que le permitió cobrar precios bajos sin que éstos fuesen predatorios. Añade que el sistema de rotación de buses de sus asociados -que la Fiscalía interpreta como una forma de repartir los costos de una estrategia predatoria- responde más bien a un sistema de administración que persigue mantener un equilibrio eficiente entre los servicios que presta cada asociado a Agmital;

Decimoquinto. Que antes de entrar en el análisis de las conductas imputadas a la requerida y de los antecedentes que obran en autos respecto de las mismas, este Tribunal estima pertinente pronunciarse en primer lugar acerca de la legitimidad pasiva de Agmital en cuanto requerida en esta causa. Tal como consta en autos, el requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica fue dirigido en contra de Agmital, que es una asociación gremial creada para agrupar a 32 dueños de minibuses (al 13 de julio de 2009, según lista rolante a fojas 154), y no en contra –además- de cada uno de sus miembros. Así, la Fiscalía señala en su requerimiento que: *“(l)os hechos descritos dan cuenta de conductas anticompetitivas consistentes en la ejecución de estrategias de naturaleza comercial por parte de Agmital, coordinada o acordada por sus asociados al interior y amparo de ésta, destinadas a la exclusión de competidores...”* (fojas 24). Por tanto, pareciera que la FNE, al dirigir su pretensión sancionatoria en contra de la asociación gremial en cuestión, considera que ella se trata de un agente económico, independiente de los miembros que la componen;

Decimosexto. Que la interpretación anterior implicaría que una asociación gremial fue la forma jurídica que sus miembros decidieron utilizar para materializar la coordinación de factores productivos que les pertenecen, para la consecución de objetivos comunes, privilegiando esta fórmula jurídica a la de una sociedad civil o mercantil;

Decimoséptimo. Que si se aceptara este enfoque, en principio no habría razón para analizar y juzgar de manera distinta las conductas de esta asociación y las de otro tipo de organizaciones lícitas, constituidas conforme a la ley para realizar actividades económicas con fines de lucro. En ambos casos, desde el punto de vista económico, lo que se busca es organizar, bajo una dirección, factores productivos con el objeto de producir bienes y servicios al menor costo posible, compitiendo así en el mercado. En este caso las conductas de Agmital podrían así ser juzgadas como eventuales abusos unilaterales de posición dominante con fines exclusorios, sin perjuicio de los reproches que en otras sedes pudieren hacerse a sus asociados por privilegiar materializar su

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

asociatividad con fines productivos en una persona jurídica que, conforme a la ley, no persigue fines de lucro;

Decimoctavo. Que, sin embargo, para este Tribunal, de ser efectivas las conductas reprochadas en el requerimiento, éstas tendrían una connotación distinta. En efecto, Agmital no puede ser considerada sin más como una empresa independiente de sus asociados y juzgada como tal. Agmital es, como se dijo, una asociación gremial, y para el derecho de la competencia no puede ser totalmente indiferente este hecho. En la especie, se está en presencia de la utilización de una asociación por sus miembros, como plataforma para abusar del poder de mercado que obtienen conjuntamente al coordinarse a través de ella;

Decimonoveno. Que la autonomía de los asociados de Agmital respecto de esta última ha sido reconocida en la propia contestación del requerimiento, al señalarse que el sistema de rotación de buses utilizado para hacer frente a los servicios del Sr. Muñoz *“no es más que un sistema de administración que busca mantener el equilibrio entre los servicios que presta cada máquina asociada a Agmital”* (fojas 66), y al afirmarse que los hechos materia del requerimiento se refieren a conductas lícitas, enmarcadas en la libertad de todo *“grupo de empresarios amparados bajo una misma persona jurídica (Agmital) para tomar decisiones de administración que permitan mejorar la eficiencia del servicio”* (fojas 68). Lo anterior está corroborado además, entre otros, por los siguientes antecedentes: (a) los ingresos y utilidades correspondientes a cada servicio en los distintos recorridos son percibidos por cada uno de los empresarios que participan en ellos (como se desprende de declaración enviada por el Presidente de Agmital a la FNE a fojas 785, y de acta de Agmital acompañada a fojas 826, en que se hace referencia a las “cuotas” a pagar por los socios, que son los ingresos de Agmital); (b) Agmital no es propietaria ni arrendataria ni operadora de ninguno de los buses de sus asociados, al punto que en el acta rolante a fojas 1311 y siguientes se establece sólo como una posibilidad para el futuro la constitución de una sociedad separada de Agmital para la compra de un bus y un terreno, lo que revela el mero carácter coordinador de Agmital; (c) los cupos de cada empresario en los distintos recorridos se reconocen como de su propiedad, y son objeto de transferencias directas entre los distintos empresarios, sin intervención alguna de Agmital (fojas 116); (d) los permisos municipales para la utilización de paraderos en terminales son otorgados directamente a cada empresario, y no a Agmital; y (e) esta asociación sólo cumple funciones de coordinación, determinando los horarios y las rotaciones, y fijando, por mandato expreso de sus asociados, las tarifas a cobrar (fojas 108);

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Vigésimo. Que, en consecuencia, los hechos materia del requerimiento de autos sólo pueden entenderse y juzgarse, en opinión de este Tribunal, como una coordinación de voluntades entre los distintos asociados de Agmital, llevada a cabo en el seno de esta organización, utilizando su sistema de toma de decisiones (como consta de las numerosas actas de Agmital que rolan en el expediente, por ejemplo a fojas 4, 8, 11 y 825) y articulada en una resolución o decisión adoptada por los órganos de gestión y dirección de la misma;

Vigésimo primero. Que, por último, y sin perjuicio de la libertad que asiste a los miembros de una asociación –en este caso Agmital- para efectuar a través de ésta actividades lícitas en su interés común, debe tenerse presente que situaciones como la descrita –en las que una asociación gremial o una asociación empresarial pueden ser el instrumento de coordinación anticompetitiva de sus miembros- han sido consideradas en derecho comparado como un tipo particular de conducta colusiva, imputable a la entidad colectiva y no a sus miembros en particular;

Vigésimo segundo. Que, en efecto, así ha sido regulado en otras jurisdicciones. Es el caso, por ejemplo, del artículo 101 del Tratado de la Unión Europea, en donde se declaran como incompatibles con el mercado interior europeo y se prohíben “... *las decisiones de asociaciones de empresas (...) que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior...*”. Lo mismo ocurre en el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia de España, en donde se habla de “*acuerdos, decisiones o recomendaciones*” contrarios a la competencia, refiriéndose la expresión “*decisiones*” a aquéllas que se toman en el seno de una asociación como las descritas. Por su parte, el mismo principio ha sido establecido recientemente por la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos [*American Needle, Inc. v. National Football League*, 130 S. Ct. 2201, 2010 WL 2025207 (24/5/2010)] en el sentido que “*la cuestión relevante a dilucidar es una de substancia y no de forma, en cuanto a que no se trata de saber si las supuestas partes de un contrato, combinación o conspiración son parte de una única entidad o aparecen como una o como múltiples empresas en sentido abstracto. La cuestión radica en determinar si el acuerdo en análisis agrupa o no a “actores económicos distintos que persiguen objetivos económicos separados” [Copperweld, 467 U. S., at 768] de tal manera que “deje al mercado sin centros de toma de decisiones independientes” [id. en 769], privándolo de intereses empresariales diversos y, en consecuencia, de competencia actual o potencial*”;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Vigésimo tercero. Que, en suma, en atención a las consideraciones precedentes, lo que corresponde juzgar entonces es si Agmital fue utilizada por sus socios como un instrumento de coordinación para materializar prácticas restrictivas de la libre competencia efectuadas con el objeto de excluir a un competidor y, posteriormente, acordar fijar tarifas con dicho competidor con el objeto de restringir o entorpecer la libre competencia en el mercado. Por lo anterior, y dado además que ni los miembros de la asociación ni sus directivos han sido requeridos por la Fiscalía Nacional Económica, este Tribunal deberá calificar la actuación de Agmital en cuanto coordinadora y centralizadora de sus voluntades y, de ser efectivos los hechos denunciados, deberá ser ésta, en tanto entidad que los agrupa, la que quede sujeta a la responsabilidad infraccional que se derive de tales hechos;

Vigésimo cuarto. Que así establecido lo anterior, este Tribunal determinará a continuación el mercado relevante para efectos de esta causa y quiénes son sus actores. Posteriormente, establecerá si efectivamente se adoptó en Agmital la decisión de llevar a cabo las conductas que se imputan en el requerimiento, de acuerdo con las pruebas allegadas al juicio y calificará si, una a una y apreciadas en su conjunto, dichas conductas constituyen o no una infracción al Decreto Ley N° 211;

Vigésimo quinto. Que en lo que dice relación con el mercado relevante, este Tribunal discrepa de las partes en lo relativo a que el mercado en cuestión sólo deba considerar horarios tan específicos como los señalados en el requerimiento y su contestación (11:30, 15:30 y 18:40 horas), pues es razonable esperar que los distintos horarios de salida de los buses constituyan servicios de transporte que, dentro de ciertos márgenes, puedan ser considerados como sustitutos cercanos desde el punto de vista de la demanda. Lo anterior, sobre todo teniendo en cuenta que, de acuerdo con los antecedentes que rolan a fojas 378, los distintos horarios de salida de buses en el caso de autos tienen en promedio una hora de diferencia entre sí para los trayectos Talca–Queri y Talca–Los Almendros (en el caso del trayecto Talca–Buenos Aires, sólo se ofrecen cinco salidas diarias), no habiéndose aportado antecedentes en autos que indiquen lo contrario. En conclusión, este Tribunal considera que el mercado relevante a considerar es el de transporte público rural de pasajeros desde la ciudad de Talca hacia cada una de las localidades de Los Almendros, Queri y Población Buenos Aires, y el mismo trayecto en sentido contrario, dentro de ciertos márgenes horarios;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Vigésimo sexto. Que ahora en cuanto a los participantes de los mercados determinados en la consideración precedente, consta de los antecedentes que obran a fojas 151 y 379 que los empresarios asociados en Agmital realizaban, en el tiempo de ocurrencia de los hechos que motivan la presente sentencia, tres rutas directas e independientes hacia las localidades indicadas. Así, el trayecto Talca-Los Almendros era servido por 3 minibuses, que realizaban un total de 14 vueltas diarias. El trayecto Talca-Queri era servido por 3 minibuses también, con 5 vueltas diarias cada uno y, para el trayecto de Talca-Población Buenos Aires, se habían dispuesto 2 minibuses con dos vueltas diarias cada uno. Los horarios de salida habituales en el trayecto Talca-Los Almendros, antes de la entrada del bus del Sr. Muñoz, eran a las 7:10, 8:50, 9:50, 11:50, 12:50, 13:50, 15:50, 16:50, 17:50, 20:00, 20:50 horas, según consta a fojas 379 y 786;

Vigésimo séptimo. Que los únicos competidores de los asociados de Agmital en dichos mercados, según los testimonios de fojas 627 y siguientes, 629 y siguientes, 635 y siguientes y 642 y siguientes, y los antecedentes acompañados por la FNE a fojas 785 y siguientes, a la fecha de los hechos denunciados, eran, por una parte, don José Muñoz Ortega, quien, con un bus de 40 asientos -como el mismo declaró a fojas 639 vuelta-, realizaba tres salidas diarias hacia las localidades de San Clemente, Buenos Aires, Queri, Villa Rota y Los Almendros y, por la otra, don Juan Díaz Ruiz, propietario de los buses "Diur", quien realizaba tres salidas diarias, hacia San Clemente, Queri, Buenos Aires, Los Maitenes y Sanatorio;

Vigésimo octavo. Que consta también en autos que los miembros de Agmital servían las rutas en cuestión al menos desde 2003 (fojas 93, diligencia FNE) y que el señor Muñoz entró a este mercado en octubre de 2006. La fecha de entrada del Sr. Muñoz al mercado está acreditada por el contenido del acta de sesión ordinaria de la requerida que rola a fojas 4 y siguientes, la que coincide con la fecha contenida en la denuncia del propio Sr. Muñoz a la Fiscalía Nacional Económica y que rola a fojas 846 (7 de octubre de 2006);

Vigésimo noveno. Que en lo tocante al poder de mercado de la requerida, de acuerdo con antecedentes contenidos en el requerimiento a fojas 15 y siguientes y otros que corren a fojas 108, 260 y 660 bis y siguientes, los asociados de Agmital representan una flota de entre 49 y 53 minibuses, que sirven distintas rutas o recorridos. Este hecho permite subsidiar los costos en los que puedan incurrir sus asociados en una ruta determinada, con los beneficios que obtienen sus asociados en otros trayectos. Así, por ejemplo, pueden cobrar precios bajos en el mercado relevante de autos, permitiendo que los socios que incurren en sacrificios para hacerlo puedan

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

recuperar sus pérdidas cobrando tarifas sobre las que prevalecerían en un mercado competitivo en aquellos trayectos en los que no enfrentan competencia;

Trigésimo. Que, en efecto, consta a fojas 209 que los asociados de Agmital sirven varios trayectos distintos, tales como Talca-San Clemente, Talca-San Agustín, Talca-Santa Elena, Talca-La Raya-Q. de Agua-Mariposas, Talca-Queri-Los Almendros-Buenos Aires, etc. En estos recorridos, enfrentan distintos grados de competencia –ninguna en algunos de ellos–, de lo que dan cuenta los antecedentes que rolan de fojas 660 bis a fojas 772. Además, en estas rutas los asociados de la requerida cubren múltiples horarios de salida. También obran antecedentes en autos que dan cuenta de que Agmital organizó un sistema de turnos que sólo exigía servir a cada asociado la ruta en la que competía con el Sr. Muñoz cada 49 días (declaraciones del Presidente de Agmital, rolantes a fojas 108 y siguientes), lo que le permitía distribuir entre sus asociados los costos de cobrar una tarifa reducida durante el periodo denunciado;

Trigésimo primero. Que habida cuenta de lo anterior, resulta claro que los dueños de minibuses agrupados en Agmital tienen la capacidad de fijar precios en el mercado relevante de autos con independencia de la reacción del resto de sus competidores, y la de sostenerlos por un período significativo, como de hecho hicieron –según se verá en las consideraciones cuadragésimo segunda y cuadragésimo tercera–, razón por la cual este Tribunal ha adquirido la convicción de que los asociados de Agmital, en cuanto empresarios individuales coordinados por esta última, tienen una posición dominante en el mercado relevante atinente a esta causa;

Trigésimo segundo. Que establecido así lo anterior, se examinarán a continuación las conductas que son objeto de reproche por parte de la Fiscalía Nacional Económica. De este modo, se analizarán los cambios en las tarifas cobradas por los asociados de Agmital como reacción a la entrada de un nuevo competidor, las variaciones de las frecuencias en sus recorridos, si efectivamente hubo actos de amedrentamiento por parte de los miembros de la requerida en contra del Sr. Muñoz con el fin de que éste abandonase el mercado y, finalmente, si hubo un acuerdo entre los asociados de Agmital, el Sr. Muñoz y el Sr. Díaz, a iniciativa de los primeros, en materia de tarifas y frecuencias;

Trigésimo tercero. Que primeramente, y en lo que dice relación con las variaciones en las tarifas de la requerida producto de la entrada de un competidor de sus asociados, cabe tener presente que, entre los meses de enero de 2006 y abril de 2007, esto es, antes del ingreso del Sr. Muñoz al mercado, la tarifa de los miembros de Agmital, para

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

los trayectos Talca-Queri; Talca-Buenos Aires y Talca-Los Almendros era, según la información proporcionada por la propia requerida a la FNE y que corre a fojas 785 y siguientes, al menos de 500 pesos;

Trigésimo cuarto. Que, sin embargo, dicha tarifa probablemente era superior a ese monto pues, en el acta que rola a fojas 4 y siguientes, se dejó constancia de que, ante la entrada al mercado del Sr. Muñoz, los asociados de la requerida acordaron *bajar* las tarifas en el trayecto Talca – Los Almendros – Queri – Población Buenos Aires a 500 pesos, y reducirlos en el tramo San Clemente – Queri – Los Almendros – Población Buenos Aires a 300 pesos. En el mismo sentido testificó a fojas 103 y siguientes el Sr. Juan Díaz Ruiz, quien situó el valor de las tarifas de Agmital previas a la entrada del Sr. Muñoz en 700 pesos;

Trigésimo quinto. Que, por su parte, el Sr. Muñoz ingresó al mercado en el mes de octubre de 2006, y lo hizo con una tarifa que fluctúa entre 600 pesos -según su propia versión que consta a fojas 99- y 500 pesos, en versión del testigo don Juan Díaz Ruz, a fojas 104 y 629 y siguientes, y 300 pesos según la testigo doña Mirta Muñoz Arriagada a fojas 631 y el Presidente de Agmital Sr. Olave a fojas 110;

Trigésimo sexto. Que según la propia declaración del Presidente de Agmital ante funcionarios de la FNE, a fojas 108 y siguientes de autos, corroborada por la del testigo en autos don Juan Díaz, a fojas 637 vuelta, la requerida introdujo un recorrido exactamente igual al del Sr. Muñoz y en horarios similares como reacción a la entrada de un nuevo competidor;

Trigésimo séptimo. Que, al respecto, cabe tener presente que consta en autos que el entrante, Sr. Muñoz, ingresó al mercado con los horarios de salida 11:30, 15:30 y 18:40 horas, los que no eran servidos por ninguna otra persona hasta ese momento, según expone el Sr. Muñoz en el documento que corre a fojas 847 de autos;

Trigésimo octavo. Que, por su parte, según declaración del Presidente de Agmital, a fojas 108 de autos, la requerida coordinó la introducción de un recorrido exactamente igual al del Sr. Muñoz y en horarios similares, con posterioridad a la entrada del Sr. Muñoz. Además, y tal como se desprende de una carta de la propia requerida dirigida a la Fiscalía Nacional Económica y cuya copia rola a fojas 785 y siguientes, Agmital decidió agregar en la ruta Talca-Los Almendros, los horarios de salida de 11:15, 15:15 y 18:15, a partir del mes de enero de 2007, fecha posterior al ingreso del Sr. Muñoz al mercado. Por otro lado, en versión del Sr. Muñoz contenida en el documento de fojas 847, los horarios de salida agregados por Agmital fueron los de 11:25, 15:25 y 18:35.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Finalmente, el testigo don Juan Díaz Ruiz también corroboró en su declaración de fojas 103 que la requerida dispuso el servicio de buses en horarios cercanos a los del Sr. Muñoz, y menciona específicamente el de las 11:30;

Trigésimo noveno. Que cualesquiera que sean los horarios efectivos agregados por la requerida, éstos son muy cercanos a aquellos en los que operaba en la ruta el Sr. Muñoz los años 2006 y 2007, de acuerdo con sus declaraciones de fojas 638 y siguientes, no desvirtuadas por prueba alguna en contrario. Estos horarios de salida eran 11:30, 15:30 y 18:40, según expone el Sr. Muñoz en el documento que corre a fojas 847 de autos. La circunstancia de que estos horarios no hayan sido servidos por minibuses de Agmital, antes de la entrada del Sr. Muñoz, es un indicio de que probablemente no eran considerados como suficientemente rentables por los buses afiliados a la requerida en ese entonces, por lo que resulta poco creíble a este Tribunal que, una vez que ingresó un nuevo oferente en estos horarios, repentinamente se volvieran atractivos para los asociados de Agmital;

Cuadragésimo. Que, por otra parte, en el acta de la reunión ordinaria de asociados de Agmital, de fecha 13 de octubre de 2006, que rola a fojas 4 y siguientes, se dejó constancia de que el Presidente de la asociación informó del ingreso del Sr. Muñoz al mercado a la ruta Talca–Los Almendros–Queri–Población Buenos Aires. Como reacción a ello se acordó en dicha reunión -y así se dejó constancia en actas- reducir las tarifas en el trayecto Talca– Los Almendros–Queri–Población Buenos Aires a 500 pesos, y rebajarlo en el tramo San Clemente–Queri–Los Almendros–Población Buenos Aires a 300 pesos;

Cuadragésimo primero. Que, a su turno, y con fecha 4 de mayo de 2007, los asociados de Agmital, presididos por don Teobaldo Díaz Farías, realizaron una reunión ordinaria, en la que se dejó constancia en el acta cuya copia corre a fojas 11 y siguientes en autos, de una nueva reducción de tarifas en el tramo Talca-Los Almendros, la que quedó fijada en 200 pesos, con el objeto de competir con el “*bus azul*” de propiedad del Sr. Muñoz. Esta última tarifa se mantuvo hasta a lo menos el mes de agosto del año 2007, según declaró el propio Presidente de Agmital ante la FNE, a fojas 110. Cabe destacar que, según consta en las declaraciones de Marta Gloria Troncoso Roco a fojas 91, del Sr. Muñoz a fojas 99, y de Juan Díaz a fojas 105 y 629, la tarifa de 200 pesos sólo se cobraba “*directamente en los horarios del señor Muñoz*” (fojas 630), manteniendo la tarifa de 500 pesos en el resto de los horarios; declaraciones todas que no han sido contradichas en autos;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Cuadragésimo segundo. Que, entonces, se tiene por acreditado que en el seno de la asociación requerida se fijó una tarifa, de 500 pesos primero y de 200 pesos después, para el servicio de transporte, esta última exclusivamente en los horarios similares o vecinos de aquellos en los que empezó a operar el Sr. Muñoz, entre los meses de octubre de 2006 y agosto de 2007, ambos inclusive, y que dicha decisión se adoptó como reacción a la entrada del Sr. Muñoz en el mes de octubre de 2006. Dicho de otro modo, dada la entrada del Sr. Muñoz, los asociados de Agmital acordaron rebajar sus tarifas, por un período de entre 4 y 6 meses (fojas 106) en un porcentaje significativo. Lo anterior constituye, a juicio de este Tribunal y tal como se desarrollará más adelante, una decisión de discriminación arbitraria de precios, adoptada con el objeto de desplazar a un competidor del mercado;

Cuadragésimo tercero. Que esta estrategia sólo llegó a su fin cuando don Juan Díaz -uno de los competidores del mercado relevante, como se ha expuesto-, el Sr. Muñoz y el Presidente de Agmital, don Teobaldo Olave, alcanzaron un acuerdo de fijación de precios, que consistió en adoptar una tarifa uniforme de 600 pesos y en repartirse los horarios, estableciendo una diferencia de 15 minutos entre salidas. Este acuerdo, celebrado el 26 de noviembre de 2007, habría sido propiciado por la requerida, una vez que su Presidente fue citado por la FNE a raíz de la investigación que originó este proceso y, como se verá, fue facilitado por la autoridad sectorial. De este acuerdo dan cuenta diversos antecedentes de autos, entre los que se cuentan las declaraciones del propio Sr. Díaz a fojas 106, las declaraciones del Sr. Muñoz en el expediente de investigación de la FNE (a fojas 88 y siguientes) y las prestadas por el Presidente de Agmital ante la FNE, contenidas a fojas 110 de autos;

Cuadragésimo cuarto. Que a la luz de los hechos descritos precedentemente, corresponde ahora analizar la acusación de precios predatorios realizada por la requirente. Para ello, en primer término se descartará lo sostenido por la defensa de Agmital en la contestación del requerimiento, referido a la supuesta introducción de un bus en los recorridos en análisis en reemplazo de los minibuses para alcanzar economías de escala. Ello, pues no existe en autos antecedente alguno que acredite esta aseveración. Por el contrario, de fojas 110, 639 y 787 se desprende que la requerida mantuvo sólo el uso de minibuses en las rutas en cuestión;

Cuadragésimo quinto. Que en abono de sus alegaciones de predación, la FNE acompañó un cálculo de los costos variables de un minibús a fojas 1 y siguientes, a partir de una estimación del INE de 2006. Bajo esa estructura de costos, la FNE estima que, al transportar 17 pasajeros a una tarifa de 200 pesos, cualquier minibús que

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

tenga un rendimiento inferior o igual a 7 kms. por litro estaría operando con un precio que no alcanzaría a cubrir sus costos variables medios. La cifra de 17 pasajeros por tramo es el promedio de pasajeros estimado a partir de la información acompañada por la requerida a fojas 380;

Cuadragésimo sexto. Que aun cuando la estimación presentada por la FNE muestra que la tarifa fijada por Agmital para los tramos en comento podría estar cerca de los costos medios variables de operación de un minibús, no existe prueba concluyente de que los minibuses en cuestión hayan operado por debajo de su “costo medio evitable”, concepto este último que es de tipo más general y por ello más adecuado que el “costo medio variable” para efectos de evaluar la eventual ocurrencia de precios predatorios, esto es, el cobro de un precio bajo los costos evitables en caso de no prestarse el servicio que es objeto de la supuesta práctica predatoria;

Cuadragésimo séptimo. Que este Tribunal considera que la estimación de costos presentada por la FNE, analizada por sí sola, no es suficiente para acreditar una eventual práctica de precios predatorios, dado que no permite descartar que éstos puedan ser cercanos al costo medio evitable del servicio que es objeto de acusación por precio predatorio, ello a pesar que existen algunos antecedentes en autos que apuntan en la dirección de que los precios en comento estarían bajo dichos costos, como por ejemplo las declaraciones del testigo don Juan Díaz, a fojas 637 vuelta;

Cuadragésimo octavo. Que, por su parte, el Presidente de Agmital, don Teobaldo Olave, declaró en autos que la tarifa de 200 pesos en el mercado en análisis “[e]ra una tarifa baja pero no bajo costo, no significó gran pérdida porque le tocaba a cada máquina una vez cada 49 días asumir el costo”. De esta confesión de la requerida, el Tribunal puede concluir que efectivamente el servicio de la ruta a esa tarifa y horario implicaba pérdidas para los asociados de Agmital, pero que éstas eran absorbidas por las utilidades que se les generaban en los restantes 48 días, en los que cobraban tarifas superiores por servir otros recorridos en los que no enfrentaban competencia. Por esta razón, y además porque (i) la entrada del señor Muñoz acredita que servir esa ruta a esos horarios era un negocio rentable por sí solo, y (ii) en los restantes horarios para esas mismas rutas, los miembros de Agmital mantuvieron tarifas significativamente más altas, este Tribunal no puede sino concluir que, una vez logrado el fin exclusorio perseguido, Agmital habría subido sus tarifas en dichos horarios y rutas, en caso de seguir prestando el servicio, a lo menos a los niveles que se mantenía cobrando en las mismas rutas y en otros horarios o, peor aún, habría

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

eliminado dichas frecuencias y recuperado las pérdidas con los servicios prestados por Agmital en los demás horarios;

Cuadragésimo noveno. Que, sin perjuicio de lo anterior, es dable inferir una intención exclusoria por parte de los asociados de Agmital si se atiende a sus conductas pasadas y a los efectos de las mismas. Al respecto, una usuaria de los servicios, doña Marta Gloria Troncoso Roco, a fojas 90 y siguientes, y un empresario afectado, don Miguel Segundo Parra Olivares (quien incluso se desempeñó en algún momento como Presidente de Agmital) a fojas 112 y siguientes y 642 y siguientes declararon que, en el pasado y con estrategias de precios similares a las analizadas en autos, los miembros de la asociación requerida expulsaron rivales del mercado (al mismo Parra y a otro empresario de nombre Armando Jofré, a quien habrían pagado finalmente para que abandonara la ruta, según refieren el Sr. Muñoz a fojas 100 y el Sr. Díaz a fojas 105) y, una vez que lograron monopolizarlo, alzaron las tarifas. Lo anterior es consistente con lo informado por la autoridad de transportes a fojas 771, respecto de los servicios de transporte eliminados en esa ruta en los años precedentes;

Quincuagésimo. Que este tipo de estrategias es realizada mediante un sistema de rotación coordinado en el seno de Agmital por sus socios, tal como el propio Presidente de la organización explicó en su declaración de fojas 109. En ella detalló que el sistema funciona subvencionando las tarifas bajas con las cobradas en otros recorridos y que los turnos se distribuyen mediante un *software* computacional de forma que cada socio realiza cada 48 días todos los recorridos. El funcionamiento del sistema puede observarse en la programación acompañada por la requerida y que corre a fojas 201 y siguientes;

Quincuagésimo primero. Que, a juicio de este Tribunal, la estrategia descrita implica que los asociados de Agmital incurrieron en una conducta coordinada con el objeto de discriminar precios cobrando una tarifa menor en los horarios que eran servidos por el señor Muñoz, a la cobrada en horarios cercanos y en las mismas rutas. Lo anterior implica sacrificios económicos que, a juicio de este Tribunal, no responden a criterios de eficiencia productiva, ni tienen por objeto disputar la demanda de forma legítima, ofreciendo mejores precios o servicios de manera duradera y razonable desde el punto de vista económico. De acuerdo con los antecedentes en autos, su explicación, más bien, se encuentra en una intención anticompetitiva de los asociados concertados en Agmital: la exclusión de un entrante, con el objeto de monopolizar el mercado. Esta decisión de Agmital, en suma, constituye una discriminación arbitraria de precios adoptada con el objeto de excluir a un competidor del mercado, por lo que

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

se sancionará a Agmital con multa, en los términos que se señalarán en lo resolutivo de la presente sentencia;

Quincuagésimo segundo. Que ahora en lo concerniente a la acusación de prácticas de hostigamiento realizadas por los asociados de la requerida, diversos antecedentes de autos entre los que se cuentan los contenidos a fojas 90, 93, 97, 99 y 112 y siguientes, y las declaraciones de don Miguel Parra a fojas 642 y siguientes, acreditan la ocurrencia de estas conductas;

Quincuagésimo tercero. Que, en efecto, así lo relataron usuarias de los servicios de transporte en el mercado relevante de autos. Por ejemplo, a fojas 93 y siguientes, doña Juanita del Carmen Valdés Sumonte declaró ante la FNE que asociados de Agmital realizaron “...actos vandálicos, por cuanto los choferes de esa línea de transporte, estando en sus recorridos, cruzaban sus buses en frente del de don José, provocando con este actuar temor en nosotros como pasajeros, temiendo incluso por nuestras vidas”. Por su parte, doña Edulia del Carmen González San Martín declaró ante la Fiscalía, como consta a fojas 95 y siguientes, que “...los buses de Agmital, en muchas ocasiones han cruzado sus buses en frente del bus de don José, situación que ha sido muy peligrosa, ya que son efectuadas mientras don José va en el recorrido y con el bus lleno de gente...”. En el mismo sentido se expresó doña Graciela de las Mercedes Villar Bravo, a fojas 97 y siguientes. Por su parte, el Sr. Parra declaró a fojas 642 vuelta que el Sr. Muñoz “[f]ue muchas veces increpado en el Terminal por choferes de Agmital” para luego agregar que “[y] en las rutas molestando (sic) tirándole la máquina encima, no dejándolo pasar colocándose en el medio de la vía”. A juicio de este Tribunal, las declaraciones anteriores, no contradichas en autos, constituyen indicio suficiente respecto de los hechos que aquí se analizan. Los hechos así probados son una manifestación concreta de la manera en que se llevó a la práctica la decisión adoptada en el seno de Agmital para excluir al Sr. Muñoz del mercado relevante;

Quincuagésimo cuarto. Que, por lo tanto, se tiene por acreditado que en el periodo considerado en el razonamiento séptimo de la presente sentencia, los asociados a Agmital realizaron actos de hostigamiento en contra del Sr. Muñoz, consistentes en entorpecer su desplazamiento por la ruta, con el objeto de inhibirlo de desarrollar sus actividades de transporte, todo ello con el evidente propósito de poder hacer efectiva la decisión exclusoria adoptada en Agmital;

Quincuagésimo quinto. Que, por último, respecto de la existencia de un acuerdo de tarifas entre Agmital, el Sr. José Muñoz y don Juan Díaz, obran en el proceso

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

antecedentes que acreditan la existencia de una serie de reuniones entre ellos, en las que se acordaron tarifas y horarios de servicio;

Quincuagésimo sexto. Que, en efecto, a fojas 88 el Sr. Muñoz relata una reunión con el Sr. Díaz y el Presidente de Agmital en el mes de noviembre de 2007, a iniciativa de este último, en la que se acordó fijar una tarifa de \$600 y coordinar los horarios de salida. También relata que un inspector de Agmital fue encargado de verificar el cumplimiento del acuerdo en una primera etapa. Don Juan Díaz, a fojas 106 y 637 vuelta, corrobora estos hechos;

Quincuagésimo séptimo. Que, asimismo, existe diversa evidencia en autos – por ejemplo a fojas 88, 108 y siguientes, 625 y siguientes, 637 y siguientes- que acredita la realización de 3 ó 4 reuniones en la Secretaría Regional Ministerial de Transportes y Telecomunicaciones de la Región del Maule, en presencia y con el aval de la autoridad, en las que los Sres. Díaz y Muñoz y el Presidente de Agmital, acordaron tarifas y coordinaron horarios de funcionamiento de sus respectivos servicios;

Quincuagésimo octavo. Que, en efecto, el propio Secretario Regional Ministerial de Transporte (Seremitt) de la época declaró a fojas 625 y siguientes que convocó a los competidores en el mercado relevante de autos, esto es, al Sr. Muñoz y al representante de Agmital, “...*los primeros meses de 2007*” donde se “*habló de tarifas y se llegó a un acuerdo también*” que consistió en “...*que las partes iban a cobrar lo mismo*” (fojas 626) y que generalmente este tipo de acuerdos comienzan a regir una vez que se informan las tarifas a la Seremitt;

Quincuagésimo noveno. Que, asimismo, existen antecedentes en autos a fojas 88 y siguientes, 103 y siguientes, y 637, que acreditan que en esa reunión también estuvo presente el tercer competidor del mercado en cuestión -el Sr. Díaz- y de que al menos se intentó condicionar dicho acuerdo a que el Sr. Muñoz retirase su denuncia ante la FNE por prácticas anticompetitivas, para lo que incluso se le ofreció por la autoridad la asesoría jurídica de una funcionaria de la propia Seremitt;

Sexagésimo. Que este Tribunal ha podido comprobar a lo menos en otra ocasión (Sentencia 94/2010) que la autoridad de transporte ha facilitado acuerdos entre competidores del tipo analizado en esta sentencia. Que con independencia de las motivaciones que tengan dichas autoridades, este tipo de actividades pueden ser incompatibles con nuestra legislación de protección de la competencia. Sin embargo, la autoridad en cuestión no fue requerida por la Fiscalía Nacional Económica, por lo

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

que no corresponde en esta ocasión evaluar la imposición de medidas o sanciones en su contra;

Sexagésimo primero. Que tampoco fueron requeridos el Sr. Muñoz y el Sr. Díaz, por lo que sus respectivas participaciones en el acuerdo descrito tampoco serán juzgadas en la presente sentencia;

Sexagésimo segundo. Que, con respecto a Agmital, se tiene por acreditado que dicha asociación fue parte de un acuerdo de precios y frecuencias que fue alcanzado con sus competidores y que implicó la fijación de una tarifa de 600 pesos en el mes de noviembre de 2007. Esta conducta implica una infracción al artículo 3° del Decreto Ley N° 211, por la que se impondrá una sanción solamente a la asociación requerida y no directamente a sus miembros, atendidas las razones contenidas en la consideración vigésimo tercera de la presente sentencia;

Sexagésimo tercero. Que el hecho de que Agmital participara en el acuerdo referido luego de entorpecer la competencia del Sr. Muñoz mediante estrategias de precios y hostigamientos, e intentar por esos medios, sin éxito, su expulsión del mercado analizado, dan cuenta de su intención inequívoca de eliminar el proceso competitivo de una u otra forma, conclusión que se ve reforzada por antecedentes que dan cuenta de sus actuaciones pasadas en este ámbito y que están recogidos en la consideración cuadragésimo novena;

Sexagésimo cuarto. Que, como conclusión general, la estrategia de precios y horarios analizada en esta sentencia en las consideraciones trigésimo tercera a cuadragésimo tercera y los actos de hostigamiento en contra de un rival, analizados en los razonamientos quincuagésimo segundo a quincuagésimo cuarto, no tienen sentido económico para la requerida, salvo por el objetivo de perjudicar el proceso competitivo en el mercado. En otros términos, son manifestaciones del ejercicio abusivo del poder de mercado que adquirieron los miembros de la requerida al adoptar una decisión en tal sentido en la asociación gremial que los coordina, y que busca ampliarlo y prolongarlo;

Sexagésimo quinto. Que este Tribunal considera entonces que todas estas conductas, apreciadas individual y conjuntamente, dañaron el proceso competitivo en el mercado analizado e infringieron el artículo 3° del Decreto Ley N° 211, que considera ilícito todo hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, razón por la cual el requerimiento dirigido en contra de la asociación en cuyo seno se adoptaron las decisiones anticompetitivas de autos, debe ser acogido

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

en todas sus partes y ésta debe ser sancionada con la multa y las medidas que se indicarán en lo resolutivo de esta sentencia;

Sexagésimo sexto. Que, en cuanto al cálculo del monto de la multa que se impondrá conforme a lo señalado precedentemente, este Tribunal debe tomar en consideración, entre otros, el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción, la gravedad de la conducta y la calidad de reincidente del infractor. Al respecto, no existe en autos evidencia que permita cuantificar el beneficio económico obtenido por Agmital o sus socios, y no se le puede atribuir a dicha asociación la calidad de reincidente, pues los antecedentes de conductas exclusorias realizadas en el pasado no son suficientes para establecer tal calidad de reincidente, al no haber sido juzgadas y sancionadas en sede de libre competencia;

Sexagésimo séptimo. Que, por último, la responsabilidad de la requerida, únicamente en lo concerniente a su acuerdo de tarifas y horarios con competidores no asociados, está atenuada –en forma importante– por haber sido facilitadas por la autoridad sectorial, como se expuso en los razonamientos quincuagésimo séptimo a quincuagésimo noveno;

Y TENIENDO PRESENTE lo dispuesto en el artículo 1º, 2º, 3º y 26º del Decreto Ley N° 211, **SE RESUELVE,**

RECHAZAR la alegación de prescripción realizada por la requerida en la contestación del requerimiento, sin costas.

ACOGER el requerimiento de fojas 15 interpuesto por la Fiscalía Nacional Económica en contra de la Asociación Gremial de Dueños de Mini Buses Agmital, en cuanto se declara que dicha asociación gremial ha incurrido en las prácticas contrarias al artículo 3º del Decreto Ley N° 211 descritas en la presente sentencia;

IMPONER a la Asociación Gremial de Dueños de Mini Buses Agmital una multa a beneficio fiscal ascendente a cincuenta (50) Unidades Tributarias Anuales;

ORDENAR a la Asociación Gremial de Dueños de Mini Buses Agmital el cese de todo acto o conducta cuyo objeto o efecto sea excluir en forma ilícita a competidores de sus socios, que operen en los distintos segmentos del recorrido Talca-Los Almendros-Queri-Población Buenos Aires, o el de impedir ilícitamente el ingreso de nuevos competidores a dicho recorrido; así como abstenerse de realizar dichos actos en el

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

futuro, tanto en esos tramos como en los demás en los que presten servicios sus asociados; y,

RECOMENDAR al Sr. Ministro de Transportes y Telecomunicaciones que ponga en conocimiento de todos los Secretarios Regionales Ministeriales de su cartera la presente sentencia, a fin de que, en lo sucesivo, se abstengan de realizar cualquier práctica que pueda facilitar acuerdos contrarios a la libre competencia entre los agentes económicos que participan en las distintas industrias y mercados de su sector. Ofíciense.

Notifíquese y archívese en su oportunidad.

Rol C Nº 191-09

Pronunciada por los Ministros Sr. Tomás Menchaca Olivares, Presidente, Sra. Andrea Butelmann Peisajoff, Sr. Radoslav Depolo Razmilic, Sr. Julio Peña Torres y Sr. Joaquín Morales Godoy.

No firma el Ministro Sr. Morales, no obstante haber estado presente en la vista de la causa y concurrido al acuerdo, por encontrarse ausente.

Autorizada por el Secretario Abogado (s) Sr. Alejandro Domic Seguich.