

INFORME EN DERECHO

PRUEBA DE LA COLUSIÓN

Sumario

I.	Antecedentes	2
II.	La lucha contra los carteles: el Derecho de la Competencia tomado en serio	3
	a. La eficiencia como “el” fin del Derecho y Política de la Competencia	4
	b. La prevención como objetivo primordial de la sanción en el ámbito de la competencia	8
	c. El uso de la regla <i>per se</i> o el análisis <i>quick look</i> y de un estándar de prueba menos exigente que la <i>duda razonable</i>	18
	i. La regla <i>per se</i> o, en subsidio, el análisis <i>quick look</i>	20
	ii. Estándar de prueba menos demandante que la <i>duda razonable</i> del Derecho Penal.....	33
III.	La dimensión conceptual de la colusión: la “interdependencia oligopolística” y la prueba de mero paralelismo.....	42
	a. Concepto de acuerdo y/o prácticas concertadas.....	42
	b. “Paralelismo consciente” y prueba de mero paralelismo	44
	c. Colusión y firmas multiproducto	50
IV.	La dimensión probatoria de la colusión: sana crítica y prueba indirecta conforme a la teoría de los factores adicionales	54
	a. “Sana crítica” y prueba de la colusión	55
	i. Valoración de la prueba y carga de aportar prueba durante el proceso	55
	ii. La colusión puede ser probada mediante prueba directa o indirecta.....	60
	iii. La confesión de un miembro del cartel como prueba directa de la colusión	66
	b. La prueba indirecta de la colusión conforme a la teoría de los factores adicionales.....	71
	i. Clasificación de la prueba indirecta y apreciación holística de los indicios	72

ii.	Los factores adicionales que permiten inferir colusión.....	77
1.	Acciones en contra del propio interés independiente del demandado.....	81
2.	La existencia de un motivo racional para coludirse	83
3.	La oportunidad para coludirse.....	84
4.	Concentración y estructura del mercado	86
5.	Explicaciones artificiosas de conductas Anticompetitivas	87
6.	Intercambio de información relativa a precios o a otras condiciones de competencia relevantes	88
7.	Comunicación por medio de señales	92
8.	Participación en otros carteles	93
9.	Indicios no-económicos de cartelización	95
V.	Conclusiones	95

I. Antecedentes*

1. La Fiscalía Nacional Económica (FNE) ha solicitado al Centro de Regulación y Competencia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile (RegCom) un Informe en Derecho (el Informe), que analice la colusión y su prueba en juicio, incluyendo prueba directa e indirecta o indiciaria, y “teoría de los factores adicionales”, esto es, la prueba necesaria para acreditar colusión cuando los demandados alegan paralelismo consciente o interdependencia oligopolística.

2. A fin de facilitar la función jurisdiccional del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) en la determinación de reglas claras y apropiadas que definan la colusión y el paralelismo, la FNE ha solicitado a RegCom analizar en profundidad dos puntos del Derecho de la Competencia:

- Aspectos conceptuales de la colusión, en particular, qué nivel de coordinación constituye un acuerdo horizontal prohibido por el artículo 3 letra a) del DL 211.
- Aspectos probatorios de la colusión, en particular, estándar de prueba de la colusión y valoración de prueba indiciaria en un sistema de sana crítica como el chileno.

* En la elaboración de este informe colaboraron la investigadora del Centro de Regulación y Competencia Daniela Martínez y los estudiantes investigadores Omar Vásquez y Tomás Kreft. Las traducciones fueron realizadas por los autores.

3. Este Informe analiza cada uno de estos puntos en las Secciones III y IV, respectivamente. Como cuestión previa, en la Sección II se explica la importancia que la lucha contra los carteles debe tener en un Derecho de la Competencia moderno, especialmente a efectos de justificar tanto la adopción de la regla *per se* o el análisis *quick look*, como la aplicación de un estándar de prueba menos demandante que la duda razonable penal.

II. La lucha contra los carteles: el Derecho de la Competencia tomado en serio

4. Los carteles producen un enorme daño a la economía –especialmente a su productividad¹–, al sistema político de la economía de mercado² y al patrimonio de los consumidores. Si bien en Chile no hay estimaciones conocidas, un meta-análisis mundial realizado por Connor y Bolotova muestra que los carteles, históricamente, han cobrado sobrepuestos promedio de 29% por sobre la referencia competitiva, y sobrepuestos con una mediana de 19% por sobre dicha referencia³. El mismo estudio señala que los sobrepuestos impuestos por los carteles en Latinoamérica son aún más gravosos que los registrados en Europa o Estados Unidos⁴.

5. Lamentablemente, los carteles abundan. Como dice Harrington –economista que se ha dedicado a estudiar la colusión–, “los carteles se encuentran entre nosotros”⁵. Contrariamente a lo que piensan quienes tienen una visión naïve de la fuerza correctiva del proceso competitivo, el problema de acción colectiva que enfrentan los competidores en cada momento puede

¹ La evidencia empírica indica que los países donde la intensidad de la competencia va en aumento muestran mejores tasas de crecimiento del PIB per cápita. Vid. Michael E. Porter, “The Current Competitiveness Index: Measuring the Microeconomic Foundations of Prosperity”, *The Global Competitiveness Report 2000* (World Economic Forum, Geneva 2000).

² Por ejemplo, frente a la acusación de carteles en el caso de las cadenas de farmacias, no era raro oír voces que llamaban a establecer una farmacia estatal.

³ Vid. John M. Connor y Yuliya Bolotova, “Cartel Overcharges: Survey and Meta-Analysis”, 24 *International Journal of Industrial Organization* 1109, 1134-1135 (2006). Vid. también, John M. Connor y Robert H. Lande, “Cartel Overcharges and Optimal Cartel Fines”, en American Bar Association, *Issues in Competition Law and Policy* (ABA, Chicago 2008), T. III, p. 2203 y, Javier Tapia, “Carácter Anticompetitivo de los acuerdos restrictivos de la competencia en el sector retail”, en Paulo Montt y Nicole Nehme (eds), *Libre Competencia y Retail* (Editorial Legal Publishing, Santiago 2010).

⁴ Connor y Bolotova, n. 3, 1135.

⁵ Joseph E. Harrington Jr., “Detecting Cartels”, en Paolo Buccirossi, *Handbook of Antitrust Economics* (MIT Press, Cambridge 2008), p. 213 (“[c]artels are among us”).

ser superado en virtud de la naturaleza repetida de sus encuentros en el mercado: la “sombra del futuro” –suma de los *payoffs* futuros–, puede dar sustentabilidad y *enforcement* natural a una asociación colusiva⁶.

6. Hasta ahora, en nuestro país no nos hemos tomado suficientemente en serio la lucha contra los carteles⁷. Sólo recién en el año 2009 aprobamos la Ley 20.361, que introdujo las dos herramientas esenciales del *enforcement* anticarteles: el programa de clemencia y las facultades *duras* de investigación. Pero ello no es suficiente. Si de verdad queremos tener una economía libre y no cartelizada, debemos adoptar dos medidas adicionales: la regla *per se* o, al menos, la regla de la razón en su versión *quick look*, y un estándar de prueba menos demandante que la “duda razonable” del Derecho Penal⁸.

7. A continuación explicamos el fundamento y necesidad de estas dos medidas. Para ello, partimos por afirmar que la eficiencia asignativa es “el” fin del Derecho y Política de la Competencia, y la prevención o disuasión “el” fundamento de la sanción regulatorio-competitiva. Tomando en consideración la eficiencia y la prevención, explicamos finalmente que las medidas propuestas se justifican conforme a una valoración balanceada de los errores tipo I y tipo II y a la consideración de los costos administrativos y judiciales del sistema.

a. La eficiencia como “el” fin del Derecho y Política de la Competencia

8. El Derecho de la Competencia ha sufrido profundas transformaciones en los últimos 30 años⁹. El principal responsable de estas transformaciones ha sido, sin duda, la Escuela de Chicago, la que situó a la teoría económica y la

⁶ *Id.* (“Their attempts to coordinate the prices they set and the quantities they produce are often effective”). *Vid. también*, C. Aubert, W. Kovacic y P. Rey, “The impact of leniency programs on cartels”, 24 *International Journal of Industrial Organization* 1241 (2006).

⁷ El año 2004, el informe de la OECD, *Competition Law and Policy in Chile* (OECD, 2004), p. 40, indicaba que “the Chilean public and policymakers have not yet accepted the view that hard core cartels are a serious crime”.

⁸ Como señalan Connor y Bolotova, n. 3, 1135, “[t]o effectively deter international and especially global cartels, ... Latin American jurisdictions ought to become more active in prosecuting such cartels”.

⁹ Un recuento histórico de los objetivos de la competencia en Stephen Martin, “The Goals of Antitrust and Competition Policy”, en American Bar Association, *Issues in Competition Law and Policy* (ABA, Chicago 2008), T. I., p. 19. *Vid. también*, Herbert Hovenkamp, *The Antitrust Enterprise. Principle and Execution* (Harvard University Press, Cambridge 2005), pp. 1-5.

eficiencia en el epicentro del Derecho y Política de la Competencia¹⁰. De paso, desterró todo tipo de consideraciones de justicia distributiva, especialmente aquellas relativas a la protección de pequeños productores (que, según los orígenes populistas de la Sherman Act, fueron históricamente relevantes en USA)¹¹.

9. Aunque actualmente vivimos en un mundo post-Chicago que no comparte ni el simplismo de los modelos ni la cerrada ideología conservadora pro-mercado de Chicago¹², sí existe un relativo consenso respecto a que la política de la competencia debe orientarse a la “protección de la competencia y no de los competidores”¹³. El objetivo buscado es el bienestar social o eficiencia, ya sea entendida como bienestar total o como excedente de los consumidores¹⁴. Chile ciertamente comparte esta orientación, al menos en lo que puede observarse de la actividad del TDLC¹⁵, así como de lo expresado por nuestro país en tratados internacionales vigentes¹⁶.

¹⁰ Vid. Richard A. Posner, “The Chicago School of Antitrust Analysis”, 127 *University of Pennsylvania Law Review* 925 (1979).

¹¹ Vid. Richard A. Posner, *Antitrust Law* (2ª ed., University of Chicago Press, Chicago 2001), pp. 24-25 (“In any event—and this is the most important point—the wealth-distribution argument for antitrust has no implications for the content of antitrust policy”).

¹² Para una visión crítica general, vid. Robert Pitofsky (ed), *How the Chicago School Overshot the Mark* (Oxford University Press, New York 2008).

¹³ *Brunswick Corp. v. Pueblo Bowl-O-Mat, Inc.*, 429 U.S. 477, 488 (1977) (citando *Brown Shoe Co. v. United States*, 370 U.S. 294, 320 (1962)):

The antitrust laws, however, were enacted for “the protection of competition, not competitors.” It is inimical to the purposes of these laws to award damages for the type of injury claimed here.

¹⁴ Vid. Alison Jones & Brenda Sufrin, *EC Competition Law. Text, Cases, and Materials* (3ª ed., Oxford University Press, New York 2008), p. 18 (“There seems to be a consensus at present that competition law should be adopted and applied in pursuit of economic efficiency”).

¹⁵ Recientemente, en *FNE contra Empresa Eléctrica Atacama S.A.*, Sentencia N° 93, Rol C 183-2008, de 6 de enero de 2010, C. 31°, el TDLC afirmó que:

[E]s función de este Tribunal, al sancionar las prácticas restrictivas de la libre competencia, intentar mantener las condiciones mediante las cuales el libre mercado obligue a las empresas con poder de mercado a restringir los precios, de tal manera de que cobren un precio lo más cercano posible al competitivo, e inducir a la producción óptima.

Por su parte, según Francisco Agüero Vargas, “Nuevos elementos para el debate sobre el bien jurídico libre competencia”, 19 *Boletín Latinoamericano de Competencia* 124, 132 (2004), “[l]a protección del consumidor y el rechazo a la ineficiencia han estampado los objetivos que persigue la legislación de la competencia en Chile. En la aplicación del DL 211,

10. Si bien las distintas sensibilidades al interior de la ciencia económica y, más aún, la ambigüedad propia de la eficiencia y sus distintas variantes (productiva, estática y dinámica), aún generan debate y divergencia entre los economistas¹⁷, lo que sí está fuera de duda es que la política de la competencia debe diseñarse e implementarse a partir del conocimiento aportado por la economía y la organización industrial¹⁸. Esta es la llamada “revolución en la competencia” (“antitrust revolution”) a la que se refieren Kwoka y White en los siguientes términos:

Esta revolución [en la política de la competencia] ha implicado el predominio de la economía de la organización industrial en el quehacer de la política de la competencia, con profundos efectos en las instituciones, interpretación y *enforcement* en materia de competencia¹⁹... Tanto partidarios como críticos de temas de política debaten en términos de competencia y eficiencia, concediendo claramente el rol central que juega la economía²⁰.

la jurisprudencia ha mostrado –con altibajos– una preocupación preferente por dichas finalidades. Por su parte, la doctrina no ha sido unívoca en definir que es la libre competencia como finalidad o bien jurídico”.

¹⁶ Vid. Tratado de Libre Comercio Chile-Estados Unidos de América, Artículo 16.1.1, disponible en http://rc.direcon.cl/sites/rc.direcon.cl/files/bibliotecas/EU_Texto_TN_0104.pdf (última visita, 11 de agosto de 2010):

Artículo 16.1: Prácticas de negocios anticompetitivas. 1. Cada Parte adoptará o mantendrá leyes de competencia que proscriban las prácticas de negocios anticompetitivas, *con el fin de promover la eficiencia económica y el bienestar de los consumidores*, y adoptará las acciones adecuadas con respecto a dichas prácticas. (énfasis agregado).

¹⁷ Como famosamente habría dicho el presidente Harry Truman, “Can't somebody bring me a one-handed economist?”.

¹⁸ Como dice el legendario William F. Baxter, “Antitrust: A Policy in Search of Itself”, 54 *Antitrust Law Journal* 15, 16 (1985), “[a]ntitrust policy should be based on whatever it is we know about the economics of industrial organization”. Vid. también, Imelda Maher, “Regulating Competition”, en Christine Parker et al (eds), *Regulating Law* (Oxford University Press, New York 2004), p. 206 (“[c]ompetition law must necessarily engage with economic theory in order to make sense of the markets it regulates”).

¹⁹ John E. Kwoka y Lawrence J. White, *The Antitrust Revolution. Economics, Competition, and Policy* (5ª ed., OUP, New York 2009), p. 1 (“This revolution [in antitrust policy] has involved the ascendance of industrial organization economics in antitrust policy-making, with profound effects on the institutions, interpretation, and enforcement of antitrust”).

²⁰ *Id.*, p. 5 (“Supporters and critics of policy issues all now debate them in terms of competition and efficiency, clearly conceding the central role that economics plays”).

11. Contrariamente a lo que algunos pudieran pensar, la “revolución en la competencia” no es un fenómeno exclusivamente norteamericano. En Europa, la transformación del Derecho y Política de la Competencia conforme a un nuevo enfoque centrado en la eficiencia y protección al consumidor constituye un proceso que ha sido denominado “modernización de la competencia europea”²¹. Como explican Jones y Sufrin:

Durante la década de 1990 la Comisión comenzó a moverse hacia una realineación de los objetivos del Derecho de la Competencia en sintonía con el pensamiento económico moderno en la materia... El término “modernización” es utilizado con frecuencia en forma específica para referirse a la gran reforma del *enforcement* en el Derecho Europeo de la Competencia que tuvo lugar en el año 2004. No obstante, la modernización del Derecho Europeo de la Competencia va mucho más allá y abarca también la revolución gradual en la interpretación y aplicación del Derecho sustantivo... El resultado de todo esto es poner el bienestar del consumidor directamente en el centro del discurso del Derecho Europeo de la Competencia²².

12. Esto no significa que valores distintos a la eficiencia no sean importantes. Ciertamente lo son. Pero tales fines deben buscarse mediante regulación directa, esto es, intervención administrativa, y no “contaminando” el Derecho y Política de la Competencia con consideraciones de justicia distributiva²³. En los sectores no regulados de la economía hemos tomado la

²¹ Vid. Jürgen Basedow, “The Modernization of European Competition Law: A Story of Unfinished Concepts”, 42 *Texas International Law Journal* 429, 433 (2007) (explicando que “[a] second distinctive feature of the modernization of EC competition law is the increased significance of economics”).

²² Jones y Sufrin, n. 14, p. 44 (“During the 1990s the Commission began to move towards a realignment of the goals of competition law in line with the modern economic thinking on competition... The term “modernization” is often used specifically to refer to the great reform of the enforcement of EC competition law which took place in 2004. However, the modernization of EC competition law goes much wider and deeper than that, and encompasses also the gradual revolution in the interpretation and application of the substantive law... The result of all this is to place the welfare of consumer squarely at the heart of EC competition law discourse”).

²³ Vid. Massimo Motta, *Competition Policy. Theory and Practice* (Cambridge University Press, New York 2004), p. 30, quien define la política de la competencia como “the set of policies and laws which ensure that competition in the marketplace is not restricted in such a way as to reduce economic welfare”, aclarando luego que “[t]his does not imply that objectives or public policy considerations other than economic efficiency are not important, but more simply that if a government wanted to achieve them, it should not use competition policy but resort to policy instruments that distort competition as little as possible”.

decisión *a priori* de confiar en la mano invisible²⁴, o si se quiere, en lo que podríamos llamar la “regulación” a través del mercado²⁵: fuerte presión a la baja sobre los precios, variedad de productos e, idealmente, innovación²⁶. Si perdemos la confianza, debemos usar el Derecho Público; si no la hemos perdido, debemos dejar que las instituciones de la competencia “hagan su trabajo” conforme a la eficiencia.

b. La prevención como objetivo primordial de la sanción en el ámbito de la competencia

13. Como consecuencia de que “el” fin del Derecho y Política de la Competencia sea la eficiencia, se sigue que el uso de la sanción en este ámbito también tenga por finalidad la maximización del bienestar²⁷. En concreto, la sanción se justifica por sus efectos preventivos o disuasivos de aquellas actividades que reducen el bienestar²⁸. Como explican en términos generales Kaplow y Shavell:

Desde la perspectiva de la economía de bienestar, el propósito central del cumplimiento forzado de la ley es reducir las actividades dañinas. Una

²⁴ W. Kip Viscusi et al, *Economics of Regulation and Antitrust* (4ª ed., MIT Press, Cambridge 2005) 61.

²⁵ Maher, n. 18, p. 187 ss (autora que enfatiza lo que denomina “the public ordering role of competition law”).

²⁶ William J. Baumol, *The Free Market Innovation Machine* (Princeton University Press, Princeton 2002), p. viii (“[The most critical attribute of the free-market economy is] its ability to produce a stream of applied innovations and a rate of growth in living standards far beyond anything that any other type of economy has ever been able to achieve for any protracted period”).

²⁷ Vid. Karen Yeung, *Securing Compliance. A Principled Approach* (Hart Publishing, Oxford 2004), p. 64 (“The fundamental aim of the deterrence model is the pursuit of economic efficiency, that is, to allocate society’s resources efficiently, based on the view that this maximises society’s total welfare”).

²⁸ De acuerdo a Wouter P.J. Wils, “Optimal Antitrust Fines: Theory and Practice”, disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=883102## (última visita, 16 de abril de 2010), p. 5, los tres objetivos del *enforcement* del Derecho de la Competencia son los siguientes: “(1) clarifying the content of the prohibitions, (2) preventing violations of these prohibitions, and (3) dealing with the consequences when violations have nevertheless happened”. En este marco más amplio, la aplicación de multas y sanciones juega un rol crucial respecto al segundo de los objetivos señalados (*id.*, pp. 10-11).

manera de lograr este objetivo es mediante la prevención: reducir la realización de actos dañinos mediante la amenaza de sanciones²⁹.

14. Conforme a la teoría económica de la prevención –cuyo origen moderno se encuentra en los trabajos clásicos de Becker³⁰ y Landes³¹–, la pena óptima es aquella que desincentiva las actividades que reducen el bienestar. Los actores calculan racionalmente los costos y beneficios relativos de cumplir e incumplir la ley; el curso de acción adoptado corresponde a aquél que resulta más conveniente para cada actor. En términos simples, la pena óptima es aquella que, conforme a un análisis costo-beneficio, da lugar al escenario en el cual el beneficio social es máximo³².

15. La sanción es entonces un instrumento de política pública que permite cambiar los cursos de acción, a fin de que los actores, siguiendo su propio interés, adopten aquellos actos u omisiones que aumentan el bienestar. La justificación de la sanción es, en principio, consecuencialista y mira hacia el futuro (*forward-looking*) y no hacia consideraciones previas relativas a los imputados³³.

16. En la libre competencia, la teoría de la prevención resulta especialmente apropiada porque los actores –habitualmente grandes

²⁹ Louis Kaplow y Steven Shavell, *Fairness versus Welfare* (Harvard University Press, Cambridge 2002), p. 292 (“From the perspective of welfare economics, the central purpose of law enforcement is to reduce harmful activity. One way to accomplish this goal is through deterrence: the reduction in the commission of harmful acts through the threat of sanctions”).

³⁰ Vid. Gary Becker, “Crime and Punishment: An Economic Approach”, 76 *Journal of Political Economy* 169 (1968).

³¹ Vid. William Landes, “Optimal Sanctions for Antitrust Violations”, 50 *University of Chicago Law Review* 652 (1983).

³² Esto sin considerar las distintas posiciones respecto a si se debe o no considerar el beneficio del infractor de la ley. Quienes estiman que sí debe considerarse dicho beneficio proponen el modelo de *optimal deterrence*, y quienes estiman que no debe considerarse, el *absolute deterrence*.

³³ El castigo reforzado en el caso de los reincidentes puede explicarse no sólo por razones de justicia retributiva, sino también de eficiencia. Hechos ilícitos cometidos en el pasado indican que las conductas en cuestión son factibles de ser realizadas exitosamente en el futuro; el temor del juzgador de cometer un error tipo I, esto es, de condenar al inocente, disminuye. Además, el hecho de la reincidencia indica que el sistema de incentivos de la pena original puede no estar operando de manera eficaz, lo que constituye un llamado a aumentar la pena.

compañías y sus funcionarios – son racionales y altamente sofisticados³⁴. En palabras de Spagnolo:

El análisis de la “elección racional” es particularmente preciso para analizar carteles y las políticas que pueden usarse contra ellos. Los eventuales culpables son gerentes de empresas con buena educación y entrenados tanto en evaluar los costos y beneficios de las elecciones que enfrentan como en reaccionar a incentivos³⁵.

17. En definitiva, dado que la eficiencia constituye “el” fin de la libre competencia –cuyo objetivo último es modificar la conducta y no meramente castigar–, el modelo de la prevención debe constituir la guía central que anime la política de la competencia en general y la fijación de multas en particular. Así, en Estados Unidos, la Sección de Antitrust de la American Bar Association (ABA) afirma que “en gran medida, los castigos a los crímenes en el ámbito de los negocios están diseñados para hacer que los delitos empresariales constituyan una proposición no lucrativa”³⁶.

18. Por su parte, las Directrices del Derecho Europeo sobre la materia son igualmente claras al respecto:

La facultad de la Comisión de imponer multas a las empresas y asociaciones de empresas cuando, de forma deliberada o por negligencia, infrinjan las disposiciones del artículo 81 [101] o del artículo 82 [102] del Tratado constituye uno de los medios de que dispone la Comisión para poder cumplir la misión de vigilancia que le confiere el Tratado. Esta misión no comprende únicamente la tarea de proceder a la instrucción y de reprimir las infracciones individuales, sino que incluye también el deber de proseguir una política general dirigida a aplicar en materia de competencia los principios fijados por el Tratado y a orientar en este sentido el comportamiento de las empresas. *A tal efecto, la Comisión debe velar por el carácter disuasorio de su actuación... Procede fijar las multas en un nivel suficientemente disuasorio, no sólo para sancionar a las empresas en*

³⁴ Como explica Yeung, n. 27, p. 64 “[The deterrence model] depends crucially on the assumption that individuals and firms are rational actors who act in the pursuit of self-interest in order to maximise their welfare”.

³⁵ Giancarlo Spagnolo, “Leniency and Whistleblowers in Antitrust”, en Paolo Buccirossi, *Handbook of Antitrust Economics* (MIT Press, Cambridge 2008) 258, 271 (“Rational choice analysis is particularly well suited to analyze cartels and policies against them. The wrongdoers are well-educated, calculating firm-managers, trained in evaluating costs and benefits of choices and to react to incentives”).

³⁶ American Bar Association, *Antitrust Compliance: Perspectives and resources for Corporate Counselors* (ABA, Chicago 2005), p. 30 (“[I]n large part, sentences for business crimes are designed to make corporate crimes an unprofitable proposition”).

cuestión (efecto disuasorio específico), sino también para disuadir a otras empresas de adoptar o mantener conductas contrarias a los artículos 81 [101] y 82 [102] del Tratado (efecto disuasorio general)³⁷.

19. En nuestro país, el TDLC ha reconocido también que la dimensión disuasiva debe ser considerada al momento de fijar las multas:

Que también se considerará, para determinar el monto de la multa, la efectiva disuasión que ésta debe necesariamente tener respecto de las empresas que se sancionarán, así como su objetivo de prevención y disuasión general. Lo anterior implica que el monto de la multa, en términos de su valor esperado por parte de quien decide ejecutar la conducta ilícita, debiera ser al menos equivalente al beneficio económico obtenido mediante las conductas que este Tribunal ha calificado como contrarias a la libre competencia³⁸.

20. La Corte Suprema se ha sumado a esta aproximación de la sanción en el ámbito de la libre competencia:

Que en lo referente a la determinación de la multa –objeto de impugnación de los tres recursos de reclamación– este Tribunal, coincidente con lo razonado por la sentencia recurrida, considera que la multa debe implicar a CCF al menos un costo mayor al beneficio esperado de haber establecido las barreras artificiales al mercado acreditadas en esta sentencia³⁹.

21. Ahora bien, por razones de Derecho Constitucional, el uso de la sanción como instrumento regulatorio exige tener presente algunas de las consideraciones de justicia retributiva que han sido elaboradas en el ámbito del Derecho Penal. La tensión que existe entre la vocación consecuencialista de la regulación económica –incluida la libre competencia– y las restricciones de justicia retributiva que demanda el uso del castigo, es explicada muy certeramente por Yeung:

Por una parte, el foco del Derecho Regulatorio sobre ciertas conductas que se consideran como de “valor para la comunidad”, Derecho que primariamente busca modificar la conducta y no censurar, parece sugerir que la búsqueda

³⁷ *Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del art. 23, apartado 2, letra a), del Reglamento (CE) núm. 1/2003, Diario Oficial núm. C.210, de 1° de septiembre de 2006, disponible en [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52006XC0901\(01\):ES:HTML](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52006XC0901(01):ES:HTML) (última visita, 20 de abril de 2010) (énfasis agregado).*

³⁸ TDLC, *FNE contra Empresas Sanitarias*, Sentencia N° 85, Rol C-85-2009, de 2 de julio de 2009, C. 193° (énfasis agregado).

³⁹ Corte Suprema, *FNE contra Compañía Chilena de Fósforos S.A.*, Rol 277-2010, Sentencia de 2 de junio de 2010, C. 22° (énfasis agregado).

de guías en la teoría penal es simplemente equivocada. No obstante, si la regulación incluye también el uso de sanciones ante el incumplimiento de las normas legales, con el respaldo del poder coercitivo del Estado, ello parece sugerir que la teoría penal puede ser una fuente fértil y útil de guía en nuestra búsqueda de principios⁴⁰.

22. En otras palabras, si bien la teoría de la prevención constituye la principal justificación para el diseño y aplicación de sanciones en el ámbito de la competencia, la visión retributiva no deja por ello de establecer algunos *límites externos* a la imputación de infracciones⁴¹. Como ha señalado nuestro Tribunal Constitucional, la sanción administrativa o infraccional constituyen “manifestaciones del *ius puniendi* propio del Estado”⁴².

23. Si bien la formulación es algo críptica⁴³, la jurisprudencia constitucional ha señalado que la sanción administrativa es una forma de represión estatal sujeta a cumplir —en principio y *con matices importantes*— con las consideraciones de *justicia retributiva*, de naturaleza *garantista*, que han sido desarrolladas y maduradas en el ámbito del Derecho Penal. Tal como lo indica nuestro Tribunal Constitucional:

⁴⁰ Yeung, n. 27, p. 78 (“On the one hand, the focus of regulatory law on conduct considered to be of “value to the community”, which primarily seeks to modify behaviour, rather than censure, may suggest that searching for guidance within penal theory is simply wrongheaded. Yet if regulation encompasses the use of sanctions for failure to comply with legal rules, backed by the coercive power of the state, this suggests that penal theory may be a fertile and fruitful source of guidance in our quest for principles”).

⁴¹ Como indica Yeung, *id.* p. 86, una cosa es *por qué* imponemos sanciones y otra distinta es *a quién* se las imputamos:

[D]eterrence may provide the primary explanation of *why* we punish regulatory offences, but retributivist concerns must be relied on to explain *whom* we punish. It is the retributive constraints on punishment, limiting its imposition to the guilty offender, which distinguishes the criminal justice system from other social harm reduction systems. (énfasis en el original).

Vid. id., p. 87 (“While deterrence theory provides the primary justification, in seeking to deter others from offending, desert theory constrains the pursuit of the consequence-based goals of deterrence by restricting punishment to the guilty offender”).

⁴² Tribunal Constitucional (TC), Rol 244, C. 9°. *Vid. también*, TC, Rol 480, C. 5°; y, Contraloría General de la República (CGR), D. 14.571 de 2005, D. 31.239 de 2005, D. 34.407 de 2008, D. 49.968 de 2008.

⁴³ *Vid.* Alejandro Nieto, *Derecho Administrativo Sancionador* (2ª ed., Tecnos, Madrid 1994), p. 88, quien, en el contexto de las “manifestaciones del *ius puniendi*” califica a este último de “metanormativo” y de “un tanto mítico”.

[L]os principios inspiradores del orden penal contemplados en la Constitución Política de la República han de aplicarse, por regla general, al derecho administrativo sancionador, puesto que ambos son manifestaciones del *ius puniendi* propio del Estado⁴⁴.

24. En todo caso, el orden o prelación de valores es claro y no debe ser subvertido: la sanción en el Derecho de la Competencia tiene un fin preventivo orientado a maximizar el bienestar, que sólo cede en los *extremos* a las limitaciones impuestas constitucionalmente por razones de justicia retributiva (la lógica del *ius puniendi*). El Derecho de la Competencia no es Derecho Penal ni debe guiarse por los principios del mismo, por la sencilla razón (entre otras) que no involucra penas corporales ni privativas de libertad.

25. En las secciones que siguen analizaremos en detalle dos instituciones cruciales en la lucha contra los *hard core cartels* o carteles duros (también llamados, *naked agreements* o acuerdos desnudos): la regla *per se* y los estándares de prueba de naturaleza civil que permiten lograr convicción en el juzgador con grados de certeza menores a la duda razonable. Argumentaremos en favor de confirmar la adopción de tales instituciones en nuestro sistema legal, enfrentando y superando algunos temores y ambigüedades que a veces se presentan en nuestra jurisprudencia y doctrina.

26. Antes de realizar dicho análisis y argumentación, consideramos necesario aclarar que estas dos instituciones no están reñidas con los principios inspiradores del orden penal en general, ni con el principio de culpabilidad en particular. A nuestro juicio, quienes plantean lo contrario se basan en una concepción equivocada de los principios penales y, además, no consideran que los mismos pueden y deben ser *matizados* en su aplicación al orden infraccional⁴⁵. Las siguientes razones así lo demuestran.

27. En primer lugar, la figura de la colusión exige indudablemente acciones positivas de parte de los miembros del cartel: un grado de coordinación que trascienda la mera interdependencia oligopolística, esto en los términos analizados en la Sección III.a. de este Informe. Por ende, no cabe ninguna duda que el artículo 3 inciso 2º letra a) del DL 211 exige dolo en el sentido penal moderno de la expresión: saber y querer (conocimiento y

⁴⁴ TC, Rol 244, C. 9º.

⁴⁵ *Vid.*, en esta línea, a Ángeles de Palma del Teso, *El principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador* (Tecnos, Madrid 1996).

voluntad) de las *circunstancias del tipo legal*⁴⁶, sin necesidad de acreditar una intención positiva de causar daño o un cierto resultado posible, como en el Derecho Civil⁴⁷.

28. Por lo demás, contrariamente a lo sostenido por los defensores del principio de culpabilidad a ultranza, la definición penal de dolo se cumple fácilmente tratándose de *naked agreements* o *hard core cartels* (acuerdos que, *por definición*, tienen aptitud para producir un efecto anticompetitivo). Las firmas que se cartelizan tienen claro conocimiento y una manifiesta voluntad de estar realizando un acuerdo o acción concertada que busca reducir la rivalidad. Como dijera el Juez Hand en el famoso caso *Alcoa*, “ningún monopolista monopoliza sin tener conciencia de lo que está haciendo”⁴⁸. Por lo demás, nuestra Corte Suprema ha reconocido expresamente que el elemento dolo se cumple en casos de colusión con la dimensión de “voluntariedad”⁴⁹.

⁴⁶ Claus Roxin, *Derecho Penal. Parte General* (Civitas, Madrid 1997), p. 415. Enrique Bacigalupo, *Manual de Derecho Penal* (Temis, Bogotá 1996), p. 103, da una clara definición de dolo:

La realización del tipo objetivo es *dolosa* cuando el autor ha *sabido* de ella y la ha *querido*. El dolo, por tanto, es el *conocimiento y la voluntad de la realización del tipo*. En otras palabras, el dolo es la actitud subjetiva de decidirse por la ejecución de una acción lesiva de un bien jurídico, es decir, una acción que realiza un tipo penal. (énfasis en el original).

⁴⁷ Artículo 44 inciso final del Código Civil: “El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro”. *Vid.* Roxin, n. 46, pp. 414-424.

⁴⁸ *United States v. Aluminum Co. of America*, 148 F.2d 416, 432 (2d Cir. 1945) (“[N]o monopolist monopolizes unconscious of what he is doing”).

⁴⁹ *Vid.* Corte Suprema, *FNE contra AM Patagonia S.A.*, Rol 5937-2008, Sentencia de 29 de diciembre de 2008, C. 5° y 6°:

Quinto: Que la reclamación se sustenta, en primer lugar, en que el Arancel de AM Patagonia no tuvo ni pudo tener la aptitud objetiva de afectar la libre competencia. Explica la parte reclamante que las infracciones al artículo 3° del Decreto Ley 211 requieren necesariamente de la concurrencia del elemento subjetivo, es decir, de la voluntad de afectar la libre competencia, lo que en la especie no concurre. Insiste, en este punto, en que la constitución de la sociedad, sus operaciones y la elaboración del Arancel sólo tuvo por finalidad la de resguardar sanamente y de buena fe, los legítimos intereses de los médicos a fin de lograr condiciones justas, equitativas y de mercado en los convenios que celebran con las Instituciones de Salud Previsional. Sostienen, también, que la ausencia de este elemento volitivo queda de manifiesto con la colaboración prestada a la Fiscalía requirente, todo lo cual fue reconocido por el sentenciador;

29. En segundo lugar, las características centrales de las infracciones *per se* —esto es, la liberación del demandante de probar poder de mercado y la presunción de derecho de un *resultado* anticompetitivo— tampoco vulneran el principio de culpabilidad. Si el Derecho Penal no considera constitucionalmente⁵⁰ problemático *privar de libertad* a las personas conforme a la teoría de los delitos de peligro abstracto —que, en resumen, sólo suponen la comisión de una conducta, sin requerir un resultado lesivo ni permitir prueba en contrario⁵¹—, entonces la sanción infraccional de ciertas conductas conforme a la regla *per se* no debería despertar ningún reparo de justicia retributiva de rango constitucional⁵². Como dice el aforismo, “quien puede lo más, puede lo menos”; los principios penales se aplican con menos y no más intensidad al ámbito infraccional⁵³.

Sexto: *Que la alegación de la reclamante sobre este particular debe ser desestimada porque la voluntariedad de la conducta —en lo que se refiere a la suscripción del acuerdo y elaboración del Arancel cuestionado— aparece demostrada en la causa sin que se hayan cuestionado, por la presente vía, los presupuestos fácticos en que ella se apoya...* (énfasis agregado).

⁵⁰ El principio de culpabilidad constitucional está consagrado en el artículo 19 N° 3 inciso 6° de la Constitución como una prohibición de presumir de derecho la responsabilidad penal.

⁵¹ Alfredo Etcheberry, *Derecho Penal. Parte general* (3ª ed., Editorial Jurídica, Santiago 1998), T. I, p. 227 (“En los delitos de peligro, como la denominación indica, basta para sancionar que dicho bien jurídico haya corrido un riesgo... [En los] delitos de peligro abstracto o presunto... la ley presume, por el solo hecho de realizar determinada acción, que se ha puesto en peligro un bien jurídico”). *Vid. también*, Roxin, n. 46, p. 336 (“[E]n los delitos de peligro abstracto... la peligrosidad típica de una acción es motivo para su penalización, sin que en el caso concreto se haga depender la punibilidad de la producción real de un peligro”). *Id.*, p. 407 (“[En los delitos de peligro abstracto] la evitación de concretos peligros y lesiones es sólo el motivo del legislador, sin que su concurrencia sea requisito del tipo”), Bacigalupo, n. 46, p. 102 (“[E]n los delitos de peligro abstracto es suficiente la comprobación de la acción. Por este motivo los delitos de peligro abstracto *no se diferencian*, en realidad, de los delitos de pura actividad”), y Tatiana Vargas Pinto, *Delitos de peligro abstracto y de resultado. Determinación de la incertidumbre penalmente relevante* (Thomson Aranzadi, Navarra 2007), p. 269 (“[L]os intentos por explicar o justificar estos tipos [peligro abstracto] no logran zafarse de las conclusiones obtenidas por sus postulados más tradicionales (presunción de Derecho y peligrosidad general)”).

⁵² *Vid.* OECD, *Fighting hard core cartels in Latin America and the Caribbean* (OECD, s/f), p. 10, disponible en www.oecd.org/dataoecd/41/26/38835329.pdf (última visita, 2 de agosto de 2010).

⁵³ En contra, Domingo Valdés Prieto, “Tipicidad y regla *per se* en las colusiones monopólicas horizontales”, 4 *Revista Anales Derecho UC. Temas de Libre Competencia* 81, 112 (2008), quien parece considerar que los delitos de peligro abstracto son siempre inconstitucionales, posición por cierto minoritaria entre los penalistas nacionales.

30. Cabe notar, asimismo, que la sanción de los carteles conforme a la regla *per se* no se asemeja a los delitos de mera prohibición. Los *naked agreements* o *hard core cartels* se explican empíricamente en función del poder de mercado que ellos otorgan a los miembros del cartel y, de igual modo, *en la inmensa mayoría de los casos dan lugar a los resultados lesivos que se presumen de derecho*. Por ende, no hay infracción a los principios de lesividad o proporcionalidad al sancionar conductas tan dañinas como los carteles conforme a la regla *per se*⁵⁴.

31. En tercer lugar, el concepto de *culpabilidad* penal moderno (que no incluye el dolo, pues éste forma parte de la tipicidad), entendido como “reprochabilidad”, específicamente como “actuación injusta pese a la existencia de asequibilidad normativa”⁵⁵ u “obrar contra derecho ‘*pudiendo hacerlo en forma adecuada al derecho*’”⁵⁶, no constituye ningún obstáculo constitucional para la sanción de infracciones mediante la regla *per se*. Los empresarios personas naturales y jurídicas son sujetos que tienen plena capacidad para comportarse conforme a las normas. De hecho, los sujetos que logran tener poder de mercado individual o concertadamente son siempre individuos u organizaciones de alta capacidad racional y conductual, que han siempre, en todo momento, podido actuar de conformidad a la ley.

32. El concepto de culpabilidad del Derecho Penal moderno no puede sino tener un rol marginal en el Derecho Sancionatorio Económico⁵⁷. Esta

⁵⁴ No puede olvidarse que, como explicara en 1952 el Premio Nobel de Economía de Chicago, George J. Stigler, “The case against big business”, *Fortune Magazine*, May (1952), citado por Michael D. Whinston, *Lectures on Antitrust Economics* (MIT Press, Massachusetts 2006), p. 18:

Las políticas públicas económicas deben ser ideadas teniendo presente los hechos más usuales y no los hechos excepcionales, al igual como ocurre en el ámbito de otras políticas públicas. El hecho que algunos conductores puedan manejar seguramente a 80 millas por hora [equivalentes, dada la tecnología de los autos y carreteras de hoy, digamos, a 150 km/hora] no es objeción a que establezcamos límites de velocidad. (“Economic policy must be contrived with a view to the typical rather than the exceptional, just as all other policies are contrived. That some drivers can safely proceed at eighty miles per hour is no objection to a maximum-speed law”).

⁵⁵ Roxin, n. 46, p. 807.

⁵⁶ Bacigalupo, n. 46, p. 151.

⁵⁷ Por ejemplo, los principios de justicia retributiva sí permitirían exculpar a una empresa cuando ha hecho todos los esfuerzos organizacionales razonablemente posibles para cumplir

conclusión, por lo demás, se sigue de los principios fundamentales de la estructura tripartita del delito: las defensas de culpabilidad no eliminan el disvalor de la conducta y su resultado. El hecho no reprochable sigue siendo antijurídico y, consecuentemente, no debe ser soportado por todos: “la conducta exculpada no es aprobada y por ello sigue estando no permitida y prohibida... [P]or regla general no tiene por qué ser tolerada por quien es víctima de una conducta antijurídica”⁵⁸.

33. En cuarto y último lugar, la reducción del estándar de prueba corresponde a una de las *matizaciones* de los principios inspiradores del orden penal que se permite en el orden infraccional. Según se explicará más adelante, poderosas razones de eficiencia justifican proceder de este modo. Asimismo, tratándose de partes sofisticadas que anticipan los efectos de las normas, una regla semejante no es contradictoria con los principios de justicia retributiva. El efecto final –que pudiera resultar cuestionable– no es el castigo de firmas inocentes, sino la disuasión de conductas que pudieran no ser anticompetitivas (el denominado *chilling effect* o *efecto de enfriamiento*). Por último, en la medida en que estándares de prueba de este tipo no ofenden nuestro sentido de justicia de adjudicación civil, tampoco debieran ofenderlo tratándose de la aplicación de multas y otras sanciones no privativas de libertad en un ámbito ajeno al Derecho Penal como es el de la Competencia.

34. En definitiva, si –como afirma Roxin– el principio de culpabilidad opera como un límite al uso preventivo de la sanción derivado del concepto de Estado de Derecho⁵⁹, consideramos que el mismo no debe ser motivo de preocupación excesiva en el Derecho Infraccional o Sancionatorio de empresas y sujetos sofisticados. Por lo demás, cabe constatar que la mayor parte de los países del mundo occidental han adoptado la regla *per se* y estándares de prueba menos exigentes que la duda razonable. Una

con la norma, e igualmente algún funcionario contumaz insiste en comportarse ilegítimamente. Se trata de la defensa de los programas de *compliance*.

⁵⁸ Roxin, n. 46, p. 195.

⁵⁹ *Vid. id.*, p. 415:

[L]a culpabilidad sigue siendo el presupuesto decisivo (aunque no el único) de la responsabilidad jurídicopenal. El hacer depender la punibilidad del sujeto tiene como finalidad poner un límite al poder punitivo del Estado (en particular: a las necesidades públicas de prevención). Por qué se ha de preferir esta limitación, por razones derivadas del Estado de Derecho, a una concepción que atienda a la pura finalidad preventiva ha sido expuesto al examinar la teoría de la pena.

multiplicidad de naciones ha llegado a la conclusión que el uso de tales herramientas no se contradice con el Estado de Derecho.

c. El uso de la regla *per se* o el análisis *quick look* y de un estándar de prueba menos exigente que la *duda razonable*

35. Desde el punto de vista del diseño y aplicación de las prohibiciones, es posible que el legislador y/o juez cometan dos tipos de errores: error tipo I o falso positivo, y error tipo II o falso negativo. En el primer caso, se prohíbe una conducta que en realidad es pro-competitiva, y en el segundo caso, se permite una conducta que en realidad es anti-competitiva (considerando que la hipótesis nula es “conducta pro-competitiva”).

36. Un Derecho y Política Pública basados en la eficiencia exigen una aproximación balanceada a los dos tipos de errores⁶⁰. Por una parte, a nivel de prohibición, la preocupación por los errores tipo I busca evitar la pérdida de bienestar que se produce como *chilling effect* o efecto disuasivo respecto a conductas que se prohíben pero que en realidad son pro-competitivas. Se suma a ello, a nivel de aplicación de la norma, la objeción que la justicia retributiva formula a la condena de inocentes. Por otra parte, la necesidad de minimizar los errores tipo II es evidente: cada cartel o “abusador” que queda sin cobertura en una prohibición legal y sin sanción efectiva opera en el mercado produciendo un daño cierto a los consumidores.

⁶⁰ Vid. Louis Kaplow y Carl Shapiro, “Antitrust” en A. Mitchell Polinsky y Steven Shavell, 2 *Handbook of Law and Economics* (Elsevier, Amsterdam 2007) 1073, 1199 (quienes recalcan la necesidad de establecer un “overall balance between false positive and false negatives (and corresponding *ex ante* effects of each”). Vid. también, Alvin K. Klevorick e Isssa B. Kohler-Hausmann, “The Plausibility of *Twombly*: Proving Horizontal Agreements After *Twombly*”, disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1571632 (última visita, 5 de agosto de 2010), pp. 2-3, quienes explican la necesidad de este balance con gran precisión:

Two important and yet conflicting policy imperatives fuel the debate over standards of proof in § 1 cases [collusion]. On one hand, courts recognize the difficulty (or, in some cases, the impossibility) of obtaining direct evidence of an explicit unlawful antitrust conspiracy. Accordingly, they seek to fashion sufficiently permissive evidentiary requirements so that savvy conspirators who successfully conceal traces of explicit unlawful agreements do not go unpunished. That is, the courts are concerned about the likelihood and social cost of false negative errors, of not punishing illegal behavior. On the other hand, courts are concerned that excessively permissive evidentiary standards risk punishing or chilling legitimate business activity that is merely interdependent. Here they worry about the probability and social cost of making false positive errors.

37. Según veremos a continuación, desde una perspectiva de eficiencia, resulta necesario tomar distancia de la preocupación tradicional del Derecho Penal por los errores tipo I. Los costos administrativos y judiciales que se consumen en el proceso de aplicación de la ley introducen la necesidad de balancear los errores. En ciertas circunstancias, como es precisamente el caso de la regla *per se* o el *quick look*, resulta más conveniente tener reglas simples y fáciles de administrar⁶¹, incluso aunque su aplicación en los márgenes genere errores desde una perspectiva económica estricta. Como explica el juez Breyer de la Corte Suprema norteamericana (voto de minoría en *Leegin*):

El Derecho de la Competencia no puede ni debe intentar replicar con precisión las (a veces contradictorias) opiniones de los economistas. Esto, debido a que el Derecho, a diferencia de la Economía, es un sistema administrativo cuyos efectos dependen del contenido de reglas y precedentes sólo según son aplicados por jueces y jurados en los tribunales y por abogados que asesoran a sus clientes⁶².

38. Del mismo modo, el *trade-off* estadístico que existe entre los errores tipo I y tipo II, demuestra que, para los efectos de la determinación del estándar probatorio, el óptimo de eficiencia no coincide con la minimización de errores tipo I como lo exigen los principios de justicia retributiva del Derecho Penal.

⁶¹ Facilidad de la que se benefician no sólo los tribunales, sino también los abogados y los empresarios.

⁶² *Leegin Creative Leather Products, Inc., v. PSKS, Inc.*, 551 U.S. 877, 914-15 (2007) (“[A]ntitrust law cannot, and should not, precisely replicate economists’ (sometimes conflicting) views. That is because law, unlike economics, is an administrative system the effects of which depend upon the content of rules and precedents only as they are applied by judges and juries in courts and by lawyers advising their clients”). Cuando era Juez de Corte de Apelaciones, Breyer también señaló lo siguiente: “Rules that seek to embody every economic complexity and qualification may well, through the vagaries of administration, prove counter-productive, undercutting the very economic ends they seek to serve” (*Barry Wright Corp. v. ITT Grinnell Corp.*, 724 F.2d 227, 234 (1983)). Vid. también, William J. Kolasky, *What is Competition* (28 Octubre 2002) pp. 10-11, disponible en <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/200440.pdf> (última visita, 7 de agosto de 2010):

As we design the analytical frameworks and decision rules we will use to apply our competition laws, and especially as we try to incorporate the best economic learning into our decision-making, it is also important to remember that while technical economic discussion helps inform antitrust laws, those laws cannot precisely replicate the economists’ views. Unlike economics, law is an administrative system. Rules that embody every economic complexity and qualification may well prove counter-productive by, for example, discouraging legitimate price competition.

El costo de la certeza probatoria es la obligación de absolver a demasiados acusados que sí han participado en esquemas colusivos.

i. La regla per se o, en subsidio, el análisis quick look

39. En principio y por regla general, las infracciones al Derecho de la Competencia deben analizarse conforme al sistema denominado “regla de la razón”⁶³. De acuerdo a dicha regla, el demandante debe probar que existe un efecto anticompetitivo en un mercado relevante. Al mismo tiempo, una firma no puede ser condenada si es que la conducta cuestionada es explicable desde una perspectiva de bienestar (esto es, “razón” en “regla de la razón” se refiere a defensas de eficiencia y no de interés público en general⁶⁴). En esencia, la regla de la razón supone el examen de las circunstancias económicas que rodean la práctica empresarial, debiendo el sentenciador analizar la totalidad de factores y circunstancias del caso concreto⁶⁵.

40. Dado que el análisis de las infracciones conforme a la “regla de la razón” tiene altos costos de administración (incluyendo los costos judiciales)⁶⁶, el Derecho de la Competencia norteamericano desarrolló

⁶³ Esta es la regla en el Derecho Norteamericano. *Vid. Texaco, Inc. v. Dagher*, 547 U.S. 1, 3 (2006 (“[This Court] presumptively applies rule of reason analysis, under which antitrust plaintiffs must demonstrate that a particular contract or combination is in fact unreasonable and anticompetitive before it will be found unlawful”), y *State Oil Co. v. Khan*, 522 U.S. 3, 10 (1997) (“Most antitrust cases are analyzed under a “rule of reason”, according to which the finder of fact must decide whether the questioned practice imposes an unreasonable restraint on competition, taking into account a variety of factors, including specific information about the relevant business, its condition before and after the restraint was imposed, and the restraint’s history, nature and effect”).

⁶⁴ *Vid. National Society of Professional Engineers v. U.S.*, 435 U.S. 679, 688 (1978)

Contrary to its name, the Rule does not open the field of antitrust inquiry to any argument in favor of a challenged restraint that may fall within the realm of reason. Instead, it focuses directly on the challenged restraint’s impact on competitive conditions.

⁶⁵ *Vid. Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko*, 540 U.S. 398, 411 (2004) (“[A]ntitrust analysis must always be attuned to the particular structure and circumstances of the industry at issue”).

⁶⁶ Como explica Albert A. Foer, “Prosthetics after California Dental Association”, American Antitrust Institute, 1999, disponible en <http://www.antitrustinstitute.org/archives/31.ashx>, (última visita, 1° de agosto de 2010):

Rule of reason entails massive discovery, lengthy trial, and ample expert testimony that what the defendant did had or did not have legitimate business purposes that do or do not outweigh the anticompetitive effects.

tempranamente⁶⁷ un sistema alternativo más simple y directo para aquellas prácticas de negocios que se sabe a ciencia cierta que son manifiestamente anticompetitivas: la denominada regla *per se*⁶⁸.

41. El significado de la regla *per se* es relativamente simple: tratándose de conductas que *a priori* se sabe son manifiestamente anticompetitivas – como lo es la colusión, “el mal supremo de la libre competencia”⁶⁹ –, los tribunales están autorizados a condenar a quienes incurran en las mismas sin necesidad que el demandante realice un completo análisis de mercado relevante y efecto anticompetitivo, y restringiendo la facultad del demandado de invocar defensas de eficiencia⁷⁰. Según la Corte Suprema norteamericana:

[*Per se* corresponde] a aquella categoría de acuerdos o prácticas que, debido a sus perniciosos efectos para la competencia y a la falta de virtudes que los justifiquen, son presumidas concluyentemente como irrazonables y por lo tanto ilegales, sin que sea necesario efectuar una indagación elaborada en

Rule of reason means the government must spend more resources per case, hence can bring fewer cases.

⁶⁷ Según explica Bork, *The Antitrust Paradox. A Policy at War with Itself* (2ª ed., Free Press, New York 1993), p. 67, “[t]he *per se* rule against naked price fixing and similar agreements not to compete is the oldest and clearest of antitrust doctrines, and its existence can be explained only by a preference for consumer welfare as the exclusive goal of antitrust”.

⁶⁸ *Vid. Business Electronics Corp. v. Sharp Electronics Corp.*, 485 U.S. 717, 723 (1988) (“[P]er se rules are appropriate only for ‘conduct that is manifestly anticompetitive’); *Northwest Wholesale Stationers v. Pacific Stationary & Printing Co.*, 472 U.S. 284, 295 (1985) (“[per se rule] permits categorical judgments with respect to certain business practices that have proved to be predominantly anticompetitive”).

⁶⁹ *Vid. Verizon Communications, Inc. v. Law Offices of Curtis v. Trinko*, 540 US 398, 405 (2004), donde Justice Scalia califica la colusión como el “supreme evil of antitrust”. Nuestro TDLC, en *FNE contra Sociedad de Transportes Central Ltda. y otros*, Sentencia N° 94, Rol C-149-07, de 7 de enero de 2010, C. 98°, también ha señalado que “la colusión es de aquellas [infracciones] que merece el mayor reproche para el derecho de la competencia”.

⁷⁰ *Vid. Northern Pacific Railway Co. v. U.S.*, 356 U.S. 1, 5 (1958) (bajo la regla *per se*, la conducta se presume irrazonable de derecho, “without elaborate inquiry as to the precise harm [it has] caused or the business excuse [for its use]”). *Vid. también*, Carmen Herrero Saez, “Per Se Rule”, en Luis Antonio Velasco San Pedro (Dir.), *Diccionario de Derecho de la Competencia* (Iustel, Madrid 2006), p. 531, quien explica que de acuerdo a la regla *per se*, “basta con probar la existencia de un acuerdo y de los elementos integrantes de la conducta, para que se concluya automáticamente su carácter lesivo, sin entrar a valorar las circunstancias reales en las que la práctica ha desplegado sus efectos y sin posibilidad de ponderar eventuales justificaciones a la conducta”.

cuanto al daño preciso que han causado ni a las excusas de negocios que motivan su uso⁷¹.

42. En los términos ya adelantados, el uso de la regla *per se* se justifica en aquellas situaciones en las que los costos asociados a los *chilling effects* – efectos disuasivos de conductas procompetitivas (errores tipo I) que surgen como consecuencia de relevar al demandante de tener que probar mercado relevante/poder de mercado/efecto anticompetitivos y de impedir al demandado interponer defensas de eficiencia⁷²–, son menores a los beneficios y/o ahorros en los costos derivados de la aplicación de una regla fácil de administrar, más el aumento del bienestar social a consecuencia de la disminución de conductas anticompetitivas que quedan sin sanción (errores tipo II). Como indica el Juez Thurgood Marshall en su voto de minoría en la sentencia *United States v. Container Corporation of America*:

Las reglas *per se* siempre contienen un grado de arbitrariedad. Se encuentran justificadas bajo el supuesto de que las ganancias derivadas de la imposición de la regla superarán con creces las pérdidas y que de ellas resultarán significativas ventajas administrativas. En otras palabras, el daño competitivo potencial más los costos administrativos de determinar en qué situaciones particulares la práctica puede ser perjudicial deben superar con creces los beneficios que puedan producirse. Si los beneficios potenciales agregados son superados en esta medida, de ello se sigue que simplemente no vale la pena identificarlos en casos individuales⁷³.

⁷¹ *Northwest Wholesale Stationers v. Pacific Stationary & Printing Co.*, 472 U.S. 284, 289 (1985), citando el caso *Northern Pacific Railway Co. v. U.S.*, 356 U.S. 1, 5 (1958) (“[Per se corresponds] to the category of agreements or practices which because of their pernicious effect on competition and lack of any redeeming virtue are conclusively presumed to be unreasonable and therefore illegal without elaborate inquiry as to the precise harm they have cause or the business excuse for their use”).

⁷² Costos siempre muy bajos, pues la probabilidad de incurrir en errores tipo I es reducida tratándose de conductas que se sabe *a priori* que son manifiestamente anticompetitivas. Los *chilling effects* pueden apreciarse en las siguientes consideraciones de la Corte Suprema norteamericana: i) *Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp.*, 467 U. S. 752, 768 (1984) (“Judging unilateral conduct in this manner [i.e. rule of reason] reduces the risk that the antitrust laws will dampen the competitive zeal of a single aggressive competitor”); ii) *United States v. United States Gypsum Co.*, 438 U.S. 422, 441 (1978) (“[S]alutary and procompetitive conduct . . . might be shunned by businessmen who chose to be excessively cautious in the face of uncertainty”).

⁷³ *United States v. Container Corporation of America*, 393 U.S. 333, 341 (1969) (“Per se rules always contain a degree of arbitrariness. They are justified on the assumption that the gains from imposition of the rule will far outweigh the losses and that significant administrative advantages will result. In other words, the potential competitive harm plus the

43. Recientemente, en la sentencia *American Needle, Inc. v. National Football League*, de 24 de mayo de 2010, la Corte Suprema norteamericana insistió en este punto:

En el §1 [de la Sherman Act] el Congreso “trató el comportamiento concertado en forma más estricta que el comportamiento unilateral.” Esto es así porque, a diferencia de la acción independiente, “la actividad concertada está plagada de riesgo anticompetitivo” en la medida que “priva al mercado de centros de decisión independientes que la competencia asume y demanda.” Y debido a que la acción concertada es diferenciada y marcada, un límite a dicha actividad no afecta a una gran cantidad de conductas empresariales. Como resultado, existe un menor riesgo de disuadir conductas necesarias de una firma; los tribunales sólo deben examinar acuerdos diferenciados; y tales conductas deben ser simplemente remediadas a través de una prohibición⁷⁴.

44. Otra razón significativa que explica el uso de la regla *per se* es la certeza jurídica. Contrariamente a la regla de la razón –conforme a la cual las sanciones terminan siempre dependiendo de los efectos y circunstancias propios del caso–, la regla *per se* entrega una clara señal a los actores económicos sobre qué conductas *no* pueden realizar. Así lo ha reconocido expresamente la Corte Suprema norteamericana:

Los tribunales de ese modo pueden evitar los “costos significativos” que una investigación en base a una regla de la razón hecha y derecha implica para “la certeza en los negocios y la eficiencia en la litigación”⁷⁵.

45. Es importante insistir sobre el hecho que la regla *per se* es aplicada a un conjunto muy reducido de infracciones. Dado que la regla *per se* no permite

administrative costs of determining in what particular situations the practice may be harmful must far outweigh the benefits that may result. If the potential benefits in the aggregate are outweighed to this degree, then they are simply not worth identifying in individual cases”).

⁷⁴ *American Needle, Inc. v. National Football League*, 130 S.Ct. 2201, 2209 (2010) (énfasis agregado) (“[I]n §1 [of the Sherman Act] Congress ‘treated concerted behavior more strictly than unilateral behavior.’ This is so because unlike independent action, ‘[c]oncerted activity inherently is fraught with anticompetitive risk’ insofar as it ‘deprives the marketplace of independent centers of decisionmaking that competition assumes and demands.’ And because concerted action is discrete and distinct, a limit on such activity leaves untouched a vast amount of business conduct. As a result, there is less risk of deterring a firm’s necessary conduct; courts need only examine discrete agreements; and such conduct may be remedied simply through prohibition”).

⁷⁵ *Northwest Wholesale Stationers v. Pacific Stationery & Printing Co.*, 472 U.S. 284, 289 (1985) (“‘Courts can thereby avoid the ‘significant costs’ in ‘business certainty and litigation efficiency’ that a full-fledged rule-of-reason inquiry entails”).

hacer distinciones de eficiencia con base en las circunstancias del caso, la misma sólo puede utilizarse para ilícitos cuyo carácter anticompetitivo genérico y en abstracto está archi-probado. Así, en el caso de la colusión, la aplicación de la regla *per se* es fruto del convencimiento judicial repetido, basado en la experiencia, y refrendado por la opinión dominante de la doctrina económica, de que un cartel de fijación de precios es socialmente ineficiente en la inmensa mayoría de los casos (por no decir, derechamente, *siempre*)⁷⁶.

46. Una mirada a otros sistemas jurídicos muestra que la experiencia norteamericana –país líder en libre competencia– no es excepcional. El Derecho Europeo de la Competencia –también líder en la materia– contempla las denominadas “restricciones por el objeto”, contrapuestas a las “restricciones por efecto”. Se trata de aquellas prácticas que por su propia naturaleza poseen el potencial de restringir la competencia, sin necesidad de indagar en sus efectos⁷⁷. Como explica la propia Comisión:

[Las restricciones por objeto]... presentan un potencial tan elevado de efectos negativos para la competencia que no es necesario aplicar el apartado 1 del artículo 81 [101] para demostrar cualquier efecto real en el mercado. Dicha presunción se basa en la gravedad intrínseca de la restricción y en la experiencia, que demuestra que las restricciones de la competencia que lo sean por su objeto pueden surtir efectos negativos para el mercado y poner en peligro los objetivos de las normas comunitarias de competencia. Las restricciones por objeto, tales como la fijación de precios y el reparto de mercados, reducen la producción y aumentan los precios, lo que redundaría en una mala asignación de recursos, pues no se producen los bienes y servicios que demandan los clientes. Suponen asimismo una reducción del bienestar

⁷⁶ Vid. *United States v. Topco Associates*, 405 U.S. 607-608 (1972) (“It is only after considerable experience with certain business relationships that courts classify them as *per se* violations of the Sherman Act”), *Federal Trade Commission v. Superior Court Trial Lawyers Association*, 493 U.S. 411, 432-33 (1990) (“[The *per se* rule] reflects a longstanding judgment that the prohibited practices by their nature have ‘a substantial potential for impact on competition’”), y recientemente, *In re Insurance Brokerage Antitrust Litigation*, 2010 U.S. App. LEXIS 17107 *28 (2010) (“Judicial experience has shown that some classes of restraints have redeeming competitive benefits so rarely that their condemnation does not require application of the full-fledged rule of reason”).

⁷⁷ Como explican Jonathan Faull y Ali Nikpay, *The EC Law of Competition* (2ª ed., Oxford University Press, New York 2007), pp. 222-223, “[i]f an agreement restricts competition by object, it is not necessary to show that it is also restrictive by effect or vice versa... The ECJ has stated clearly on several occasions that, once an anti-competitive object has been shown, ‘there is no need to take account of the concrete effect of an agreement’”.

de los consumidores, quienes se ven obligados a pagar precios más elevados por dichos bienes y servicios⁷⁸.

47. De modo que, los acuerdos horizontales de precios se juzgan en el Derecho Europeo conforme a la regla *per se* o *cuasi per se*⁷⁹. Lo de *cuasi* se debe a la aplicación de las excepciones del artículo 101(3), ex 81(3), norma excepcional del Derecho Europeo que puede morigerar en ciertos casos la estrictez de la regla *per se*. Lo importante es que se trata de una infracción que no requiere probar ni mercado relevante⁸⁰, ni efectos anticompetitivos ni admite una defensa de eficiencia. Como señalan Faull y Nikpay:

Por eso, si el objeto de un acuerdo es fijar precios, no será necesario demostrar que los precios reales fueron de hecho afectados. Asimismo, argumentos que tienen como propósito demostrar que dichos acuerdos pueden también tener efectos pro-competitivos no serán considerados bajo el Artículo 81(1) [101(1)]⁸¹.

48. Por lo demás, esto fue establecido desde antiguo por la Corte Europea de Justicia (CEJ) en su sentencia *Consten y Grundig* en los siguientes términos: “no es necesario tener en cuenta los efectos concretos de un acuerdo cuando

⁷⁸ Comunicación de la Comisión – *Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado*, § 21, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52004XC0427%2807%29:ES:HTML> (última visita, 2 de agosto de 2010).

⁷⁹ *Vid.* Giorgio Monti, *EC Competition Law* (Cambridge University Press, New York 2007), p. 155 (“In EC competition law, something resembling the *per se* rule can be seen when the Commission penalises agreements whose ‘object’ is the restriction of competition. The Court has held that if an agreement is designed with the intention to restrict competition, or if the restriction is foreseeable, or ‘obviously capable’ of restricting competition, then the agreement is unlawful for the purposes of Article 81(1) [101(1)] without market analysis (except perhaps if the market share is ‘very low’...)”).

⁸⁰ Faull y Nikpay, n. 77, p. 967 y 969 (“[C]artels are not circumscribed by reference to a market definition and, unlike for instance, competition proceedings under Article 82 [102] of the Treaty, the Commission is not required to define ‘relevant product market’ in order to find an infringement... [T]he Commission is not obliged to define the relevant market in a decision applying Article 81 [101] of the Treaty”).

⁸¹ Faull y Nikpay, n. 77, p. 223 (“ Thus if the object of an agreement is to fix prices it will not be necessary to show that the actual prices were in fact affected. Similarly, arguments which purport to show that such agreements may also have pro-competitive effects will not be considered under Article 81(1) [101(1)]”). En el mismo sentido, *vid.* Luis Ortiz Blanco et al, *Manual de Derecho de la Competencia* (Tecnos, Madrid 2008), p. 87 (“De este modo, si el objeto del acuerdo es fijar precios, para que exista una prohibición no es necesario demostrar que la competencia en los precios ha sido afectada de hecho”).

es evidente que su objeto es impedir, restringir o falsear la competencia”⁸². El principio se mantiene hasta la fecha, como se puede apreciar en un reciente fallo de la CEJ, que señaló que “[n]o hay necesidad de considerar los efectos de una práctica concertada en aquellas situaciones en la que se establece que su objeto es anti-competitivo”⁸³.

49. Enseguida, la experiencia en el Derecho Latinoamericano también contempla casos de legislaciones que sancionan la colusión como una práctica *per se*. Colombia, Panamá y Costa Rica establecen el uso de la regla *per se* para combatir carteles⁸⁴. México también lo hace en su Ley Federal de Competencia Económica, distinguiendo entre prácticas cuya prohibición es *absoluta* y conductas sujetas a un reproche *relativo*⁸⁵. Las *prácticas monopólicas absolutas*, que incluye los acuerdos horizontales de precios, son sancionadas conforme a la regla *per se*⁸⁶. Por el contrario, las prácticas monopólicas

⁸² *Consten y Grundig v. Commission*, Casos 56/64 y 58/64, ¶ 342. Esta afirmación se repite en *BNIC v. Guy Clair*, Caso 123/83, ¶ 423 y en *Commission v. Anic Partecipazioni SpA.*, Caso 49/92, ¶¶122-125.

⁸³ *T-Mobile Netherlands BV and Others v. Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*, Caso C-8/08, ¶ 30 (“[T]here is no need to consider the effects of a concerted practice where its anti-competitive object is established”).

⁸⁴ *Vid. OECD*, n. 52, ¶ 44. Perú, por su parte, de un esquema de regla *per se*, respecto de los acuerdos horizontales, habría pasado a un sistema de quick-look el año 2003, *id.* ¶ 47.

⁸⁵ El artículo 9° de la Ley Federal de Competencia Económica de México (1992), dispone que:

Son prácticas monopólicas absolutas los contratos, convenios, arreglos o combinaciones entre agentes económicos competidores entre sí, cuyo objeto o efecto sea cualquiera de los siguientes:

I.- Fijar, elevar, concertar o manipular el precio de venta o compra de bienes o servicios al que son ofrecidos o demandados en los mercados, o intercambiar información con el mismo objeto o efecto;

II.- Establecer la obligación de no producir, procesar, distribuir comercializar sino solamente una cantidad restringida o limitada de bienes o la prestación de un número, volumen o frecuencia restringidos o limitados de servicios;

III.- Dividir, distribuir, asignar o imponer porciones o segmentos de un mercado actual o potencial de bienes y servicios, mediante clientela, proveedores, tiempos o espacios determinados o determinables; o

IV.- Establecer, concertar o coordinar posturas o la abstención en las licitaciones, concursos, subastas o almonedas públicas. Los actos a que se refiere este artículo no producirán efectos jurídicos y los agentes económicos que incurran en ellos se harán acreedores a las sanciones establecidas en esta ley, sin perjuicio de la responsabilidad penal que pudiere resultar.

⁸⁶ *Vid. González de Cossío, Francisco, Competencia Económica. Aspectos Jurídicos y Económicos*, Editorial Porrúa, México, 2005, p. 68.

relativas “están sujetas a un análisis orientado a determinar su efecto competitivo”⁸⁷, en términos equivalentes a la regla de la razón.

50. Volviendo ahora a nuestro país, podemos señalar categóricamente que no existe ningún obstáculo para que los acuerdos horizontales en materia de precios sean juzgados conforme a la regla *per se*⁸⁸. Los beneficios que se derivan de esta regla no implican incurrir en ningún tipo de infracciones constitucionales o legales⁸⁹. Se trata de *naked agreements* o *hard core cartels*, esto es, acuerdos cuyo único objeto es obtener poder de mercado y aumentar los precios en desmedro de los consumidores⁹⁰.

51. Ciertamente, no existe problema constitucional alguno en establecer dicha regla, cuestión que ya tratamos anteriormente⁹¹.

52. Enseguida, cabe analizar el problema desde una perspectiva de interpretación legal. A este respecto, la frase “que les confieran poder de mercado” del artículo 3 inciso 2° letra a) del DL 211 pudiera parecer problemática. No obstante, en nuestra opinión, el artículo 3° inciso 2° letra a), incluyendo la citada frase, no representa ningún obstáculo “literal” a la adopción de la regla *per se*⁹², esto por las razones que se indican a continuación.

⁸⁷ *Id.*

⁸⁸ El único que parece rechazar esta proposición en nuestro país es Domingo Valdés Prieto, *Libre Competencia y Monopolio*, (Editorial Jurídica, Santiago 2006), p. 529 (“Es fundamental esta exigencia de que las prácticas colusivas tengan aptitud para conferir poder monopólico, puesto que no caben en nuestro derecho de la libre competencia las colusiones o conspiraciones ilícitas ‘per se’, esto es, punibles con abstracción o prescindencia de su aptitud para proporcionar poder de mercado”).

⁸⁹ Como dice Monti, n. 79, p. 155, “[t]he per se rule is one of administrative convenience”.

⁹⁰ Sin perjuicio de la hipótesis de disminución de precios como estrategia predatoria del cartel.

⁹¹ *Vid. supra* ¶¶ 24-34.

⁹² En todo caso, no es una buena idea interpretar el Derecho de la Competencia conforme al criterio literal. *Vid. Texaco Inc. v. Dagher*, 547 U.S. 1, 5 (2006), donde la Corte Suprema norteamericana lo dijo expresamente: “This Court has not taken a literal approach to this language [Sherman Act, Section 1]”. Tampoco es buena idea seguir criterios formalistas, *vid. United States v. Yellow Cab Co.*, 332 U.S. 218, 227 (1947) (“[The Sherman Act] is aimed at substance rather than form”).

53. Primero, porque el encabezado del inciso 2° señala expresamente que se incluyen los acuerdos que “tienden a producir dichos efectos [anticompetitivos]”. Esta formulación, introducida por la Ley 20.361, permite sostener que nuestro Derecho no exige prueba de “efectos” en casos de colusión. Esta reforma introdujo además armonía en el artículo 3°, pues ya la Ley 19.911 había definido el inciso 1° del mismo artículo de modo de incluir todo acto “que tienda a producir dichos efectos”⁹³.

54. Segundo, porque la mejor interpretación de la letra a) es precisamente una corroboración de la regla *per se*: la norma se refiere a los acuerdos colusivos “desnudos” que son por definición aquellos que son celebrados porque “confieren poder de mercado”. La frase “confieren poder de mercado” de la letra a) da cuenta de una definición de objeto y no de efecto⁹⁴, o si se quiere, de una presunción de efectos anticompetitivos que deriva de su propia naturaleza⁹⁵. Por el contrario, sería absurdo interpretar que dicha frase restringe la formulación amplia “tienda/tienden a producir dichos efectos” del inciso 1° y del encabezado del propio inciso 2°, del cual la letra a) es un mero ejemplo.

55. Tercero, porque con la reforma de la Ley 20.361 de 2009 se modificó la letra a) del inciso 2° del artículo 3° del DL 211, eliminando la única frase que hacía pensar que la regla *per se* no era aplicable en Chile⁹⁶: “abusando del poder que dichos acuerdos o prácticas les confieran”⁹⁷.

⁹³ Esto es sin perjuicio de la consideración de los “efectos” para la determinación de la multa conforme a lo dispuesto en el artículo 26 inciso final del DL 211, y para el cómputo de la prescripción conforme al artículo 20 inciso 5° del DL 211.

⁹⁴ Como dice la Corte Suprema norteamericana, *NCAA v. Board of Regents*, 468 U.S. 85, 109 (1984), “when there is an agreement not to compete in terms of price or output, ‘no elaborate industry analysis is required to demonstrate the anticompetitive character of such an agreement’”.

⁹⁵ Esto es, ciertamente, sin perjuicio de aplicar una regla *de minimis* para exceptuar a todos los acuerdos que tienen “un poder de mercado insignificante”. Vid. TDLC, *FNE contra Isapre ING S.A. y otros*, Sentencia N° 57, Rol C-77-05, de 12 de julio de 2007, C. 30°.

⁹⁶ Juan José Romero Guzmán, *Colusión de Empresas de Oxígeno: ¿Cuánta evidencia es suficiente?*, Documento de Trabajo del Centro de Libre Competencia UC, Febrero 2007, p. 47, explicaba el año 2007, bajo la vigencia de la redacción previa del artículo 3° inciso 2° letra a), cómo la frase final ahora derogada era el principal fundamento de quienes se oponían en Chile a la regla *per se*:

Quienes consideran que es indispensable la acreditación de un resultado o efecto perjudicial para el mercado se asilan en la frase final de la infracción aludida en la letra a) del inciso segundo, la cual utiliza la expresión

56. Cuarto, porque conforme a una interpretación teleológica, que tome en serio la política de la competencia y su objetivo de lucha contra los carteles, no cabe ninguna duda que nuestra legislación admite la regla *per se*. Así lo ha recomendado la OECD en sus *peer reviews* a Chile⁹⁸, y en igual sentido se pronuncia Javier Tapia en su completo y agudo estudio sobre la colusión:

[E]l efecto no siempre debiera ser probado, pues la ilegalidad también alcanza a los acuerdos que sólo tengan por objeto distorsionar la competencia. Otra interpretación constituiría una limitación adicional a la persecución de las conductas colusorias, pues la prueba de los efectos del acuerdo implicaría una tarea mucho más compleja para la FNE. Esta prueba es económica y requiere de un amplio análisis del acuerdo en el contexto del mercado relevante, incluyendo el efecto en la competencia potencial. Además, el análisis de los efectos requiere del planteamiento hipotético de qué hubiera sucedido en el mercado en ausencia del acuerdo. Finalmente, este análisis admite prueba en contra de la colusión: el acuerdo puede tener un propósito comercial legítimo; esto es, puede demostrarse que el acuerdo

“abusando del poder que dichos acuerdos o prácticas les confieran”. Esta frase, la cual no estaba contemplada en el proyecto original del Ejecutivo que dio lugar a la reforma del año 2003, validaría una óptica basada más en la *rule of reason* (o ponderación caso a caso de las consecuencias de la acción en el mercado) que en la sanción *per se* de los carteles (interpretación que podría haberse dado de haber permanecido inalterada la propuesta del Ejecutivo).

⁹⁷ La norma vigente antes de la Ley 20.361 establecía que: “Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia, los siguientes: a) Los acuerdos expresos o tácitos entre agentes económicos, o las prácticas concertadas entre ellos, que tengan por objeto fijar precios de venta o de compra, limitar la producción o asignarse zonas o cuotas de mercado, ***abusando del poder que dichos acuerdos o prácticas les confieran***”. Valdés Prieto, n. 53, 105, por razones constitucionales y otras, no creía que hubiera regla *per se* en Chile al año 2008, pues esta frase habría constituido una confirmación de la exigencia de resultado lesivo: “La aptitud o nexo causal no constituye una innovación o incremento de requisitos por parte del ejemplo contenido en la letra a) respecto de la primera parte del tipo infraccional, sino que antes bien la explicitación del nexo causal que ha de vincular la CH [colusión horizontal] con alguno de los resultados típicos”.

⁹⁸ Vid. OECD, *Competition Law and Policy in Latin America. Peer Reviews of Argentina, Brazil, Chile, Mexico and Peru* (OECD, 2006), p. 219 (“[T]he competition institutions should clarify that hard core cartels are illegal *per se* or consider the desirability of reinstating the *per se* rule. Many countries take an essentially *per se* approach, which has obvious enforcement benefits”).

era necesario para facilitar una práctica comercial. Todas estas características afectan la persecución efectiva de carteles⁹⁹.

57. La aplicación de la regla *per se* no constituye ni una audacia ni una innovación jurídica en nuestro ordenamiento¹⁰⁰. Aunque con un texto legal distinto al actual, las antiguas Comisión Preventiva y Comisión Resolutiva afirmaron la vigencia en Chile de la regla *per se*¹⁰¹. Por su parte, recientemente, el TDLC, en la Sentencia 43 (*Oxígeno Medicinal*) se ha manifestado en el mismo sentido:

[R]esulta imprescindible señalar que, en general, en los casos de acuerdos o de prácticas concertadas entre empresas no es estrictamente necesario efectuar un análisis a fondo del mercado relevante afectado por dicho acuerdo o práctica, toda vez que, en principio, tales prácticas serían restrictivas de la competencia sólo en la medida en que razonablemente tengan por objeto o efecto restringirla, o que se estime que lo son *per se*... Lo anterior, a diferencia de lo que ocurre en los casos de abuso de posición dominante, o en los de procedimientos de control de operaciones de concentración entre empresas. En efecto, en estos dos últimos casos, es conveniente delimitar el mercado relevante, a fin de medir, respectivamente,

⁹⁹ Tapia, n. 3, pp. 151-152.

¹⁰⁰ En la doctrina, el profesor Enrique Barros Bourie, “La prueba en los casos de libre competencia”, presentación efectuada en el Día de la Competencia, 2004, ¶ 3, disponible en http://www.fne.cl/descargas/dia_competencia/data/2004/disc_ddlc_2004_eb.pdf (última visita, 3 de agosto de 2010), no se manifiesta en contra de la regla *per se*: “Los hechos relevantes en materia de libre competencia apuntan, por lo general, hacia el futuro. La excepción está dada por hipótesis de ilícitos *per se*, como los acuerdos de precios entre competidores y, en general, con los carteles (artículo 3° del DL N° 211) y, en general, con los ilícitos monopolísticos ya incurridos”.

¹⁰¹ *Vid.* Comisión Resolutiva, Resolución N° 67 de 1979, C. IV, y Resolución N° 620 de 2001, C 16°. Especialmente relevante es el Dictamen de la Comisión Preventiva Central N° 1138 de 2000, ¶ 16:

[L]os acuerdos para limitar la producción constituyen un atentado típico a la libre competencia. Normalmente serán atentados *per se*, en virtud de lo dispuesto en el artículo 2°, letra a), del Decreto Ley N°211, de 1973... El objetivo de este tipo de acuerdos, desde un punto de vista económico, es gozar de las rentas monopolísticas que se producirán como consecuencia de la limitación de la producción. Respecto de la entidad o características que debe tener un hecho, acto o convención relativo a la limitación de la producción de un determinado bien, *no es exigible ningún requisito en particular, en tanto se pruebe su existencia.* (énfasis agregado).

si existe una posición de dominio susceptible de abuso, o si las empresas que pretendan concentrarse alcanzarán o no tal posición¹⁰².

58. En todo caso, si se insistiera en interpretar el DL 211 en el sentido que todas sus infracciones deben ser calificadas conforme a la regla de la razón, es indispensable notar que dicha regla no debe operar siempre en el sentido de entregar toda la carga argumentativa y probatoria al demandante. Por el contrario, en el Derecho Comparado la regla de la razón se aplica también conforme a versiones matizadas como el *quick look analysis* que la acercan a la regla *per se*, evitando que el demandante deba realizar un análisis completo del mercado relevante y que deba argumentar y probar efectos anti-competitivos.

59. Al igual que la regla *per se*, el análisis *quick look* también intenta establecer un balance, aunque menos estricto, entre errores tipo I y costos administrativos¹⁰³. La mayor flexibilidad de este método se debe a que su aplicación se centra en conductas que, si bien son casi siempre anticompetitivas, pueden, bajo ciertas circunstancias, llegar a tener una explicación basada en la eficiencia¹⁰⁴. Como explica la Corte Suprema norteamericana, este análisis debe aplicarse si “un observador con aún un entendimiento rudimentario de economía podría concluir que los acuerdos en cuestión tendrían un efecto anticompetitivo en clientes y mercados”¹⁰⁵.

60. Enseguida, al igual que la regla *per se*, el análisis *quick look* no obliga al demandante a realizar un análisis completo de mercado relevante¹⁰⁶; el poder

¹⁰² TDLC, *FNE contra Air Liquide Chile S.A. y otros*, Sentencia N° 43, Rol C 74-2005, de 7 de septiembre de 2006, C. 44°.

¹⁰³ Vid. Jonathan M. Jacobson, *Antitrust Law Developments* (6ª ed., ABA, Chicago 2007), pp. -59-60 (“‘Quick look’ analysis reflects judicial attempts to strike the appropriate balance between accurately determining competitive effects in particular cases and the substantial administrative costs of full rule of reason analysis”).

¹⁰⁴ Vid. *California Dental Association v. Federal Trade Commission*, 526 U.S. 756, 770 (1999) (quick look analysis is appropriate “when the great likelihood of anticompetitive effects can easily be ascertained”).

¹⁰⁵ *Id.* (“An observer with even a rudimentary understanding of economics could conclude that the arrangements in question would have an anticompetitive effect on customers and markets”).

¹⁰⁶ Vid. *Federal Trade Commission v. Indiana Federation of Dentists*, 476 U.S. 447, 460-464 (1986). En términos generales, *id.* p. 460, “[a]s a matter of law, the absence of proof of market power does not justify a naked restriction on price or output, and that such a restriction ‘requires some competitive justification even in the absence of a detailed market analysis.’ Moreover,

de mercado se presume a partir de la propia conducta¹⁰⁷. La principal diferencia con la regla *per se* es que bajo el análisis *quick look* el o los demandados sí pueden argumentar y acreditar que existen razones legítimas de negocios y de eficiencia que excusan la conducta *prima facie* ilegítima¹⁰⁸. En términos procesales de nuestra tradición, la presunción de derecho de anticompetitividad de la regla *per se* se transforma en una presunción simplemente legal en el análisis *quick look*.

61. De modo que, de rechazarse la aplicación de la regla *per se* —que es la solución correcta en nuestra opinión—, es todavía posible y razonable calificar jurídicamente los acuerdos horizontales de precios conforme a la regla de la razón en su versión *quick look*. Probado el acuerdo anticompetitivo, el demandante no se ve en la obligación de demostrar poder de mercado, y el demandado tiene la carga de argumentar y probar que la conducta se justifica conforme a razones legítimas de negocios (eficiencia)¹⁰⁹.

even if the restriction imposed by the Federation is not sufficiently "naked" to call this principle into play, the Commission's failure to engage in detailed market analysis is not fatal to its finding of a violation of the Rule of Reason".

¹⁰⁷ Como explica el *Federal Trade Commission*, "The Truncated or 'Quick Look' Rule of Reason", disponible en <http://www.ftc.gov/opp/jointvent/3Persepap.shtm> (última visita, 4 de agosto de 2010), "theses cases [concerning quick look analysis] establish that, when dealing with a 'naked restriction on price or output,' plaintiff's prima facie burden may be satisfied by a presumption of competitive harm from the very nature of the challenged conduct, even when *per se* analysis ought not to be applied".

¹⁰⁸ *Vid. NCAA v. Board of Regents*, 468 U.S. 85, 110 (1984) ("This naked restraint on price and output requires some competitive justification even in the absence of a detailed market analysis").

¹⁰⁹ Cabe notar que nuestra jurisprudencia ya ha asentado el buen criterio que, conforme a la regla de la razón, es carga de la prueba del demandado probar defensas de eficiencia en los casos en que la conducta es *prima facie* anticompetitiva. *Vid. Corte Suprema, FNE contra Compañía Chilena de Fósforos*, Rol 277-2010, Sentencia de fecha 2 de junio de 2010, C. 21°:

Que no es correcto el planteamiento de la reclamante Compañía Chilena de Fósforos en orden a que se haya incurrido por la sentencia impugnada en alteración del peso de la prueba, pues la justificación de una conducta infraccional corresponde acreditarla a quien la alega. Por ello, tiene razón el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia al señalar que no se han comprobado motivaciones de eficiencia, de economía de escala o de costo — invocadas por la demandada desde el escrito de contestación al requerimiento— para estimar que tales figuras contractuales se encuentren justificadas por el ordenamiento de libre competencia. Por consiguiente, no es efectivo que el fallo mencionado obligue al denunciado a probar la licitud de su conducta, sino que es él mismo quien por alegar una causal de

ii. *Estándar de prueba menos demandante que la duda razonable del Derecho Penal*

62. Otra dimensión en la cual el Derecho de la Competencia debe adoptar una posición balanceada respecto a los errores tipo I y tipo II es en el denominado “estándar de prueba”. En este caso, los errores dicen relación con el proceso de convicción del sentenciador: el error tipo I o falso positivo corresponde a la situación en la que se condena a quien era en realidad inocente, y el error tipo II o falso negativo a la situación en la que se absuelve a quien era en realidad culpable.

63. La justicia retributiva tiene una preocupación acentuada por los errores tipo I. Especialmente cuando se trata de penas privativas de libertad, la justicia exige minimizar la probabilidad de que pueda condenarse a un acusado que en realidad es inocente. La orientación garantista del Derecho Penal y del Derecho Procesal Penal –Derechos que se caracterizan por regular uno de los poderes más extremos del Estado, como es aquel dirigido a privar de libertad a los ciudadanos– se explica, en parte, por esta motivación.

64. Sin embargo, el Derecho y Política de la Competencia no tiene ni la misma naturaleza ni la misma vocación que el Derecho Penal. Como hemos visto, en este ámbito la preocupación principal es la eficiencia y la disuasión, por lo que necesariamente debe adoptarse un estándar de prueba con mayor tolerancia a los errores tipo I. Nuestro TDLC no es un castigador penal, sino un regulador del comercio¹¹⁰.

65. Ahora bien, ¿por qué hay que balancear y no simplemente minimizar los errores tipo I y tipo II en toda su extensión? La razón es estadística: porque, a nivel probatorio, existe un *trade-off* entre errores tipo I y tipo II. A un mismo tamaño muestral –esto es, a una misma cantidad de prueba en el expediente–, mientras más estricto el nivel de tolerancia respecto a los

justificación de una conducta en principio ilícita –por haberse así demostrado– se coloca en la posición jurídica de probar la excusa invocada.

Vid., en nuestra doctrina, Juan José Romero Guzmán, “Colusión en Chile: el caso del Oxígeno y repercusiones posteriores”, 4 *Revista de Derecho de la Competencia* 41, 85 (2008) (Revista colombiana).

¹¹⁰ *Vid.* Santiago Montt Oyarzún, “El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia como un Ente Regulador del Comercio”, RegCom, Documento de Trabajo #1, disponible en <http://www.regcom.uchile.cl/inicio/trabajos/documentos-de-trabajo/documento-de-trabajo-1-el-tdlc-como-ente-regulador-del-comercio> (última vista, 5 de agosto de 2010).

errores tipo I, más errores tipo II se cometerán y viceversa. Esto nos recuerda que el garantismo viene dado a un costo: dejar libres a algunos que son culpables.

66. Este *trade-off* se hace particularmente agudo cuando las conductas lícitas e ilícitas se parecen mucho unas a otras. Como señaló uno de nosotros en un trabajo anterior, “una de las grandes dificultades de la libre competencia es que el bien y el mal se parecen mucho y que, por ello, resulta difícil establecer su línea divisoria, tanto probatoria como conceptualmente”¹¹¹. Y este es precisamente el caso de la colusión y el paralelismo consciente: para el observador externo, las conductas lícita e ilícita son muy difíciles de distinguir¹¹².

67. El resultado es que, mientras más estricto el estándar de prueba, más veces concluiremos que los acusados son inocentes cuando en realidad son culpables, con nefastos resultados en términos de eficiencia y protección del consumidor (errores tipo II). En jerga estadística, mientras más estricto el estándar de prueba, más bajo será el “poder” de nuestros tests procesales¹¹³. Esto con el agravamiento antes notado: el “poder” de un test para rechazar la hipótesis nula tiende a ser bajo cuando la hipótesis nula y la hipótesis que se busca acreditar se encuentran muy próximas (esto es, cuando la conducta lícita e ilícita se parecen mucho).

68. Ahora bien, la estadística nos enseña que las alternativas para aumentar el “poder” de un test son esencialmente dos: a) aumentar el tamaño muestral (incluyendo la alternativa de disminuir la desviación de la muestra); b) aumentar el nivel de significancia (aumentar el α), es decir, aumentar la tolerancia para con los errores tipo I (esto es, adoptar un estándar de prueba menos exigente). Ambas soluciones pueden y deben adoptarse conjuntamente, pues *no son excluyentes*.

¹¹¹ *Id.*, p. 15.

¹¹² *Vid.* Robert H. Porter y J. Douglas Zona, “Collusion” en American Bar Association, *Issues in Competition Law and Policy* (ABA, Chicago 2008), Vol. II, pp. 1069, 1071 (“As a matter of economics, it is difficult or perhaps impossible to distinguish between these types of behavior on the basis of outcome alone”).

¹¹³ El “poder” de un test es la probabilidad que, dado un nivel de significancia (el α), se rechace la hipótesis nula, cuando la hipótesis alternativa es efectivamente verdadera. En concreto, el poder es la probabilidad de que se rechace la hipótesis de inocencia cuando el acusado en realidad es culpable (dado un cierto nivel de significancia).

69. La alternativa de aumentar el “tamaño muestral” tuvo un importante progreso en nuestro país con la incorporación al DL 211 de las facultades duras de investigación de la FNE¹¹⁴. En nuestra opinión, todavía puede avanzarse más en esta dirección, sin llegar a afectar los derechos de las firmas investigadas. Consideramos que la exhibición de documentos y la absolución de posiciones pueden ser utilizadas mucho más provechosamente de lo que se suele permitir en nuestro país.

70. Es importante destacar aquí que bajo ninguna circunstancia puede pensarse o concluirse que la existencia y/o uso de las nuevas facultades duras eleva el estándar de prueba que debe regir en estos casos (y que se analiza a continuación). Como señalamos, se trata de soluciones que deben adoptarse conjuntamente dada su naturaleza no excluyente. La lucha contra los carteles es una tarea que demanda una completa atención y capacidad de la autoridad, la que debe emplear todos los medios disponibles para lograr su cometido. Sería completamente absurdo plantear que las estrategias en esta lucha no son complementarias, y que la incorporación de una herramienta nueva debe ser compensada por la vía de la elevación del estándar de prueba.

71. La segunda alternativa es igualmente importante. En la medida en que se utilice un estándar de prueba como el penal de duda razonable, entonces seguiremos dejando sin castigo a muchas firmas que en realidad estaban cartelizadas. Dicha falencia del sistema probatorio será anticipada por las firmas en el mercado, las que en un número no menor de casos preferirán coludirse a actuar independientemente. En otras palabras, *en un mundo de partes sofisticadas que actúan racionalmente y orientados al lucro, un sistema de duda razonable es una invitación a la colusión.*

72. Por la misma razón, un sistema de prueba de mayor tolerancia con los errores tipo I tampoco viola los principios de justicia retributiva. Concedores de dicha regla procesal, las firmas anticiparán su aplicación, y procederán de manera de no realizar ninguna conducta que pueda llegar a ser considerada como indicio de colusión por los tribunales conforme a un estándar probatorio laxo, especialmente cuando decidan ejecutar una estrategia de precios que implique paralelismo. Insistimos en éste, que constituye uno de los puntos centrales del Derecho de la Competencia: se trata de un ámbito de

¹¹⁴ Ver los actuales artículos 39 letras f) y n), y 39 bis del DL 211, introducidos por la Ley 20.361 de 2009.

actores racionales y con orientación al lucro, donde los tribunales no son castigadores sino reguladores del comercio.

73. Conforme a las razones teóricas explicadas, en el Derecho Comparado el estándar de prueba rara vez es tan demandante como la duda razonable penal¹¹⁵. Esta es por cierto la situación en los Estados Unidos, donde los casos de libre competencia que se siguen por la vía civil quedan sometidos a la regla general probatoria que se denomina “*preponderance of the evidence*” (también denominado en otros países anglosajones como “*balance of probabilities*”), y que se define como “el peso (comparativo) más grande de la evidencia”:

Este mayor peso, si bien no es suficiente para liberar la mente de toda duda razonable, es suficiente para inclinar a una mente justa e imparcial hacia un lado de la cuestión más que al otro. Esta es la carga de la prueba en la mayoría de los juicios civiles, en los cuales el jurado es instruido para fallar en favor de la parte que, en su totalidad, tiene una prueba más fuerte, no obstante que el límite pueda ser muy fino¹¹⁶.

74. Esta regla general, en materia civil, se aplica en el ámbito de la competencia¹¹⁷. Tratándose del ilícito específico de colusión, la Corte Suprema

¹¹⁵ Vid. OECD, n. 84, ¶ 42 (notando que en “civil or administrative cases... the applicable standard of proof requires something along the lines of showing that it is “more likely than not” that there was an agreement).

¹¹⁶ Bryan A. Garner (ed), *Black's Law Dictionary* (2nd Pocket ed., West Group, St. Paul 2001), p. 547 (“The greater the weight of the evidence; superior evidentiary weight that, though not sufficient to free the mind from all reasonable doubt, is still sufficient to incline a fair and impartial mind to one side of the issue rather than the other. This is the burden of proof in most civil trials, in which the jury is instructed to find for the party that, on the whole, has the stronger evidence, however slight the edge may be”). El mismo estándar, conocido como “balance of probabilities”, es explicado en Inglaterra por Lord Nicholls, *Re H and Others* [1996] AC 563, 586:

The balance of probability standard means that a court is satisfied an event occurred if the court considers that, on the evidence, the occurrence of the event was more likely than not. When assessing the probabilities the court will have in mind as a factor, to whatever extent is appropriate in the particular case, that the more serious the allegation the less likely is that the event occurred and, hence, the stronger should be the evidence before the court concludes that the allegation is established on the balance of probability... Built into the preponderance of probability standard is a generous degree of flexibility in respect of the seriousness of the allegation.

¹¹⁷ Vid. Klevatorick y Kohler-Hausmann, n. 60, p. 32 (“[T]he general civil standard requires the trier of fact to find for a party if and only if there is a preponderance of evidence in that party’s favor. Hence, *Matsushita* requires that to defeat a motion for summary judgment in

norteamericana, en *Monsanto*, precisó que este estándar se traduce en la necesidad de contar con indicios que, considerados en su totalidad¹¹⁸, “tiendan a excluir la posibilidad de actuación independiente”¹¹⁹. Como la propia Corte Suprema aclaró posteriormente en el caso *Matsushita*, los demandantes deben probar que la inferencia de colusión es *razonable* al compararla con la inferencia alternativa de acción independiente¹²⁰.

75. En la Unión Europea, la CEJ ha señalado que la Comisión debe probar un incumplimiento mediante “prueba suficientemente precisa y coherente”¹²¹. De ello, Jones y Sufrin deducen que “la Comisión debe establecer el incumplimiento de las reglas de la competencia sólo a través de un *balance of probabilities* y no en forma más concluyente”¹²². Sin embargo, otros creen que la CEJ ha impuesto un estándar de prueba más alto, conforme al cual el sentenciador debe llegar a una “convicción firme”¹²³.

an antitrust conspiracy case the plaintiff must establish that there is a positive probability that the evidence adduced yields a probability of non-independent action that exceeds one-half”).

¹¹⁸ *Vid. Id.*, p. 39 (“[T]he *Matsushita/Monsanto* ‘tends to exclude’ metric operates as the final standard by which the entirety of the evidence is evaluated”).

¹¹⁹ *Monsanto Co. v. Spray-Rite Service Corp.*, 465 U.S. 752, 768 (1984) (“[E]vidence that tends to exclude the possibility of independent action by the [parties]”).

¹²⁰ *Matsushita Elec. Indus. Co. v. Zenith Radio Corp.*, 475 U.S. 574, 588 (1986) (“[T]he inference of conspiracy is [must be] reasonable in light of the competing inferences of independent action or collusive action that could not have harmed respondents”). Por el contrario, “conduct as consistent with permissible competition as with illegal conspiracy does not, standing alone, support an inference of antitrust conspiracy” (*id.*).

¹²¹ CFI, 8 julio 2004, caso T-67, 68/00, T-71/00 y 78/00, *JFE Engineering and others v. Commission*, ECR (2004) p.II- 2501 (“[The Commission must produce]: sufficiently precise and consistent evidence to support the firm conviction that the alleged infringement took place”). Así lo resumen también, Rafael Allendesalazar et al, “Oligopolies, Conscious Parallelism and Concertation”, en Claus-Dieter Ehlermann e Isabela Atanasiu, *European Competition Law Annual: 2006. Enforcement of Prohibition of Cartels* (Hart, Oxford, 2007), pp. 119, 125 (“According to the case law of the ECJ, in order to establish that parallel behaviour is the result of concerted action, the evidence must be ‘sufficiently precise and coherent’”).

¹²² Jones y Sufrin, n. 14, p. 127 (“[T]he Commission must establish breach of competition rules only on the balance of probabilities and not more conclusively”).

¹²³ *Vid.* Laura Parret, “Sense and nonsense of rules on proof in cartel cases”, TILEC Discussion Paper, DP 2008-004, p. 21, disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1088959 (última visita, 5 de agosto de 2010), p. 21.

76. En el Reino Unido, el Competition Appeal Tribunal (CAT) ha establecido que el regulador –el Office of Fair Trading (OFT)– puede imponer multas conforme al estándar civil *balance of probabilities*, y no conforme al estándar criminal de la duda razonable¹²⁴. Como indicó el CAT en el caso *JJB Sports*, el estándar es el civil, aunque la prueba debe ser “fuerte y convincente”:

También se sigue que la referencia dada por el Tribunal [el CAT, en un caso anterior] a la expresión prueba ‘fuerte y convincente’... no debe ser interpretada como que algo semejante al estándar penal resulta aplicable a este tipo de procedimientos. El estándar sigue siendo uno de carácter civil. La prueba debe, no obstante, ser suficiente para convencer al Tribunal conforme las circunstancias del caso particular, y debe ser suficiente para superar la presunción de inocencia a la cual la empresa tiene derecho¹²⁵.

77. En Nueva Zelanda los tribunales han señalado que los incumplimientos a la competencia –en el caso en concreto, colusión–, “deben ser probados conforme al estándar civil que aplica en relación con dichos incumplimientos. Esto es, ellos deben ser probados conforme al *balance of probabilities*, que significa que no es necesario alcanzar el estándar penal de ‘más allá de la duda razonable’”¹²⁶.

¹²⁴ Vid. Caso 1022/1/1/03, *JJB Sports plc v. Office of Fair Trading* [2004] CAT 17, *aff’d* [2006] EWCA Civ 1318, disponible en <http://www.catribunal.org.uk/237-586/1022-1-1-03-JJB-Sports-PLC.html> (última visita, 6 de agosto de 2010).

¹²⁵ *Id.*, ¶ 204 (“It also follows that the reference by the Tribunal [CAT in a previous case] to ‘strong and compelling’ evidence... should not be interpreted as meaning that something akin to the criminal standard is applicable to these proceedings. The standard remains the civil standard. The evidence must however be sufficient to convince the Tribunal in the circumstances of the particular case, and to overcome the presumption of innocence to which the undertaking concerned is entitled”). Como puede verse *supra* en la n. 116, el estándar es dinámico, y depende de la gravedad de la infracción y de la baja probabilidad de ocurrencia *a priori*, *id.* ¶ 202:

In other words, the Tribunal will not apply what Lord Bingham described in *B v Chief Constable* at [31] as a “bare balance of probabilities” but will direct itself in accordance with the speech of Lord Nicholls in *Re H* at p. 586, that “...even in civil proceedings a court should be more sure before finding serious allegations proved than when deciding less serious or trivial matters”. We take the reference to “more sure” in the speech of Lord Nicholls to be a reference to the quality and weight of the evidence to which the test is to be applied: the more serious the allegation, the more cogent should be the evidence before the court concludes that the allegation is established on the preponderance of probabilities.

¹²⁶ High Court of New Zealand, *Meat Case*, sentencia de fecha 20 de agosto de 1998, disponible en <http://www.comcom.govt.nz/media->

78. En Australia, el estándar de prueba en materia de colusión (civil)¹²⁷ es superior al tradicional que aplica en materia civil conocido como “balance of probabilities”, pero inferior al estándar criminal de duda razonable. El estándar es más exigente pues toma en consideración que el tribunal conoce de acusaciones que corresponden a hechos o conductas graves¹²⁸.

79. En nuestra opinión, el estándar de prueba en Chile es uno intermedio, aunque más próximo a “más probable que no” que a “duda razonable”. Esto significa que la prueba existente en el expediente debe ser razonable y “concluyente” –como ha exigido nuestra Corte Suprema¹²⁹–, en el sentido de que la hipótesis de colusión debe resultar más factible que la hipótesis de paralelismo consciente¹³⁰. Si bien en ausencia de reglas y limitaciones

[releases/detail/1998/meatcase\\$55millionp/](#) (última visita, 6 de agosto de 2010) (“In addition to those specific criteria any other relevant circumstances are to be taken into account. I observe also, in passing that pursuant to s.80(3) of the Act the civil standard of proof applies in respect of such breaches. That is, they must be proved on the balance of probabilities which means that it is not necessary to reach the criminal standard of beyond reasonable doubt”).

¹²⁷ En Australia la reciente reforma de 2009 criminalizó la colusión. *Vid.* la *Trade Practices Amendment (Cartel Conduct and Other Measures) Act 2009*, disponible en [http://www.comlaw.gov.au/ComLaw/legislation/act1.nsf/0/BF85AF568EC41235CA2575EC0017F479/\\$file/0592009.pdf](http://www.comlaw.gov.au/ComLaw/legislation/act1.nsf/0/BF85AF568EC41235CA2575EC0017F479/$file/0592009.pdf) (última visita, 7 de agosto de 2010).

¹²⁸ *Vid.* Graeme Samuel (ACCC Chairman), “Cracking Cartels. International and Australian Developments”, 24 de noviembre de 2004, p. 3, disponible en <http://www.accc.gov.au/content/item.phtml?itemId=607077&nodeId=cb8046d66aea2c2d7f49a1e1022dca68&fn=20041124%20Cracking%20Cartels.pdf> (última visita, 7 de agosto de 2010), quien explica que:

Like any other litigant, we must prove our case to the Court. Because of the seriousness of the allegations, the standard of proof required is higher than the traditional civil ‘balance of probabilities’ standard - but lower than the usual criminal ‘beyond reasonable doubt’ standard.

¹²⁹ Entendemos la voz “concluyente” en su aceptación “que concluye” y no en su aceptación “irrebatible”. *Vid.* Corte Suprema, *Asoex A.G. contra Ultramar Agencias Marítimas S.A. y otros*, Rol 3395-2006, Sentencia de 28 de diciembre de 2006, C. 10°, y Corte Suprema, *FNE contra Air Liquide Chile S.A. y otros*, Rol 5057-2006, Sentencia de 22 de enero de 2007, C. 12°.

¹³⁰ Conforme a una mirada bayesiana, el estándar debe ser dinámico y tomar en consideración la probabilidad *a priori* de la conducta imputada. Como dice el juez Posner en *In re High Fructose Corn Syrup Antitrust Litigation*, 295 F.3d 651, 661 (7th Cir. 2002), “[m]ore evidence is required the less plausible the charge of collusive conduct”. Esta aproximación está presente en el estándar australiano y británico.

especiales deben regir las reglas generales en materia procesal civil¹³¹, compartimos con Romero Guzmán la necesidad de aumentar el nivel de convicción por razones de justicia retributiva¹³². Insistimos que este aumento debe ser prudente y moderado, dando lugar a un estándar final de “evidencia clara y convincente” de naturaleza civil y no penal.

80. Para terminar, cabe notar que la pregunta relativa al estándar de prueba no se responde con referencia al concepto de sana crítica (en libre competencia, siguiendo la tendencia general de nuestro ordenamiento¹³³, el artículo 22 inciso final del DL 211 establece que “[e]l Tribunal apreciará la prueba de acuerdo a las reglas de la sana crítica”). En efecto, el sistema de la sana crítica es compatible con distintos estándares de prueba –en lo penal, con el estándar de duda razonable¹³⁴, y en lo civil, con el de “más probable que no”¹³⁵–, por lo que dicho sistema no contiene en sí la respuesta que buscamos.

81. En cambio, el sistema de la sana crítica sí implica que el estándar de control que aplique la Corte Suprema para revisar los hechos dados por probados por el TDLC deba ser deferente¹³⁶. El recurso de reclamación no está

¹³¹ Esta conclusión se refuerza con el artículo 29 del DL 211: “Las normas contenidas en los Libros I y II del Código de Procedimiento Civil se aplicarán supletoriamente al procedimiento mencionado en los artículos precedentes, en todo aquello que no sean incompatibles con él”.

¹³² *Vid.* Romero Guzmán, n. 96, p. 39, quien señala que se exige un estándar intermedio entre “más probable que no” y “duda razonable”, que denomina “evidencia clara y convincente”.

¹³³ La sana crítica ha sido establecido como sistema de valoración de la prueba en el artículo 297 del Código Procesal Penal, artículo 32 de la Ley 19.968 que crea los Tribunales de Familia, artículo 14 inciso 2° de la Ley 18.287 que establece Procedimiento ante los Juzgados de Policía Local y artículo 456 del Código del Trabajo.

¹³⁴ *Vid.* Artículo 340 del Código Procesal Penal: “Convicción del tribunal. Nadie podrá ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgare adquiriere, más allá de toda duda razonable, la convicción de que realmente se hubiere cometido el hecho punible objeto de la acusación y que en él hubiere correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley. / El tribunal formará su convicción sobre la base de la prueba producida durante el juicio oral. / No se podrá condenar a una persona con el solo mérito de su propia declaración”.

¹³⁵ Este es el caso en Derecho Civil (incluyendo Familia), Comercial y Laboral.

¹³⁶ Lo que señalamos no resulta para nada novedoso, en tanto la Corte Suprema ya ha observado un estándar de control deferente en relación con decisiones adoptadas por el TDLC, basada en el carácter técnico de este último órgano jurisdiccional. En este sentido, *vid.* Corte Suprema, *Consulta de Telefónica Móviles S.A., sobre aprobación de acuerdo de eventual toma*

definido en el artículo 27 del DL 211 como un recurso de apelación, donde el tribunal de alzada revisa los hechos y el Derecho completamente *de novo*¹³⁷. Si la sana crítica implica una amplia libertad para el sentenciador, aunque sujeto a los límites de “las máximas de experiencia, las reglas de la lógica y los conocimientos científicos suficientemente afianzados”¹³⁸, entonces las conclusiones de un tribunal especializado como el TDLC –conformado por abogados y economistas con experiencia y conocimiento científico-económico que la Corte Suprema no dispone– no pueden ser revocadas salvo error o abuso manifiesto, o conforme a algún test no-intrusivo semejante¹³⁹. En síntesis, el recurso de reclamación tiene más naturaleza de recurso de queja o casación que de apelación¹⁴⁰.

de control de Bellsouth Comunicaciones S.A., Rol 396-2004, Sentencia de 15 de julio de 2005, C. 30°: “... El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia tiene facultades para imponer las condiciones de la operación consultada, y parece ser la instancia adecuada para ello. En el presente caso, se advierte que lo hizo de un modo muy prudente, tomando diversas prevenciones para precaver posibles efectos futuros” (énfasis agregado).

¹³⁷ De hecho, consta de la *Historia de la Ley 19.911*, que se intentó modificar el “recurso de reclamación” tradicional del DL 211, por un recurso de apelación, pero que ello no prosperó en definitiva. En la Comisión de Hacienda del Senado (Primer Trámite Constitucional), p. 191, los representantes del ejecutivo hicieron la siguiente defensa del recurso de reclamación contra el intento de cambiarlo por apelación:

Los señores representantes del Ejecutivo manifestaron que, en la actualidad, sólo existe un recurso de reclamación ante la Corte Suprema, lo que se mantiene en la norma propuesta. *Consideraron que, en la medida en que el recurso siga siendo conocido por la Corte Suprema, debería presentar una lógica distinta del de apelación, en el sentido de revisar sólo el derecho aplicable, y no los hechos.* (énfasis agregado).

¹³⁸ Corte Suprema, *FNE contra Falabella y otro*, Rol 2339-2008, Sentencia de 13 de agosto de 2008, C. 32°. Así se recoge en el artículo 297 del Código Procesal Penal: “Artículo 297.- Valoración de la prueba. Los tribunales apreciarán la prueba con libertad, pero no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados”.

¹³⁹ No puede pasarse por alto que el artículo 26 del DL 211 establece que “[l]a sentencia definitiva será fundada, debiendo enunciar los fundamentos de hecho, de derecho y económicos con arreglo a los cuales se pronuncia”.

¹⁴⁰ En la fase final de la tramitación del proyecto, tal como se aprecia en su *Historia de la Ley 19.911*, luego de haberse introducido un recurso de apelación, cambiado luego a nulidad, y restablecido finalmente el de reclamación, el Diputado Bustos, p. 572, señaló en Sala que:

Con el recurso de nulidad, que es muy estricto del punto de vista jurídico, del derecho, parece que dentro de la resolución queda excluida toda consideración de los aspectos económicos básicos. En ese sentido, es mejor dejar un recurso de reclamación *un poco más amplio*, para que la Corte

III. La dimensión conceptual de la colusión: la “interdependencia oligopolística” y la prueba de mero paralelismo

82. En nuestro país, la colusión está definida en el artículo 3 inciso 2° letra a) del DL 211 como “acuerdo expreso”, “acuerdo tácito” o “práctica concertada” entre competidores. A diferencia de las letras b) y c) de la citada norma, que proscriben conductas unilaterales, la letra a) demanda alguna forma de coordinación entre competidores¹⁴¹. La pregunta conceptual central que corresponde tratar en esta Sección —a diferencia de las preguntas probatorias, que se tratan en la sección siguiente¹⁴²— es cuánta coordinación se exige para establecer un acuerdo expreso o tácito o práctica concertada en los términos de la letra a).

a. Concepto de acuerdo y/o prácticas concertadas

83. No cabe duda que un acuerdo de voluntades formal y por escrito, que contenga una regulación detallada y específica de un cartel, constituye un acuerdo expreso para los efectos del artículo 3 inciso 2° letra a) del DL 211. Por su parte, el concepto de acuerdo tácito y/o práctica concertada es amplísimo y basta cualquier entendimiento cooperativo o de coordinación¹⁴³ entre firmas competidoras dirigido a reducir la rivalidad existente o potencial entre ellas para estar frente a un acuerdo o práctica concertada (siendo

Suprema tenga la posibilidad de analizar y revisar la sentencia de primera instancia, sin que haya propiamente una apelación. (énfasis agregado).

¹⁴¹ Vid. Joaquín Garrigues, “La Defensa de la Competencia Mercantil”, en *Temas de Derecho Vivo* (Tecnos, Madrid 1978), p. 180 (“¿Con qué criterio podemos distinguir los casos de abusos de dominio de los casos de práctica colusoria? Por el carácter unilateral o bilateral de la conducta. Cuando la conducta es bilateral estamos ante una práctica colusoria”).

¹⁴² Vid. Darryl Snider y Irving Scher, “Conscious Parallelism or Conspiracy?”, *American Bar Association, Issues in Competition Law and Policy* (ABA, Chicago 2008), T. II, p. 1143, distinguen entre la dimensión conceptual y la probatoria:

Consideration of whether there is an actionable horizontal price-fixing ‘agreement’ under Section 1 has two aspects that are at times conflated in scholarship and judicial decisions. The first might be termed the existential dimension of agreement: what level of coordination of pricing conduct constitutes an agreement? The second dimension is evidentiary: assuming that the level of coordination of which there is ‘direct evidence’ falls short of what constitutes an agreement, do the known facts give rise to a legitimate inference that other conduct (not directly observed) took place that meets the definition?

¹⁴³ Distinto a la mera coordinación relativa a los precios propia del paralelismo consciente, según se analiza más abajo.

irrelevante distinguir formalmente entre estos dos últimos conceptos¹⁴⁴⁾¹⁴⁵. Se trata de un concepto indudablemente menos demandante que el tradicional acuerdo de voluntades del Derecho Civil¹⁴⁶.

84. En el Derecho Comparado el concepto de acuerdo tampoco es exigente ni formal ni sustantivamente. En Estados Unidos, la concepción moderna de colusión exige únicamente un “compromiso consciente relativo a un esquema común”¹⁴⁷, compromiso que exige alguna forma de comunicación entre las partes. En Australia, colusión incluye no sólo contratos, sino “arreglos” o “entendimientos”¹⁴⁸. En Canadá, la prohibición legal hace referencia a los verbos rectores “conspirar”, “acordar” o “arreglar”¹⁴⁹.

85. Mención especial requiere la Unión Europea, pues nuestros conceptos de “acuerdos” y “prácticas concertadas” fueron tomados de lo que hoy es el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)¹⁵⁰. Como cuestión

¹⁴⁴ Vid. Tapia, n. 3, pp. 143-144. Vid. también, Valdés Prieto, n. 53, 97 (“[J]urisprudencialmente los acuerdos tácitos y las prácticas concertadas han devenido sinónimos”).

¹⁴⁵ Una excelente síntesis sobre el concepto de acuerdo en Javier Tapia, “La Prohibición de Colusión en el Derecho Chileno y Comparado”, pp. 12-16, disponible en <http://www.tdlc.cl/Portal.Base/Web/VerContenido.aspx?ID=1759&GUID=> (última visita, 7 de agosto de 2010).

¹⁴⁶ Vid. Valdés, n. 88, p. 528. En Europa, vid. Faull y Nikpay, n. 77, p. 195 (“A ‘concurrency of wills’ does not have to take the form of a legally binding contract for an agreement to exist under Article 81(1) [101(1)] – in fact its form is almost entirely irrelevant”).

¹⁴⁷ *Monsanto Co. v. Spray-Rite Service Corp.*, 465 U.S. 752, 768 (1984) (“conscious commitment to a common scheme”). Vid., a nivel de Corte de Apelaciones Federales, *Apex Oil Co. v. DiMauro*, 822 F.2d 246, 252 (2d Cir. 1987) (“[A]t a minimum [a jury must be able to decide that] the conspirators had a unity of purpose or a common design and understanding, or a meeting of minds in an unlawful arrangement”). Vid. American Bar Association, *Proof of Conspiracy under Federal Antitrust Laws* (ABA, Chicago 2010), p. 20 (“Modern case law simply asks whether there is a conscious commitment to a common scheme”).

¹⁴⁸ Vid. Caron Beaton-Wells y Brent Fisse, “Broadening the Definition of Collusion? A Call for Caution”, 38 *Federal Law Review* 71, 74 (2010) (“The concepts ‘contract’, ‘arrangement’ and ‘understanding’ have been interpreted in the case law as reflecting a ‘spectrum’ of dealings. Thus, the concepts are seen as being related and overlapping, while at the same time falling within a range or sequence. Further, as would be expected, the series is treated as descending, with ‘contract’ at the one end, ‘understanding’ at the other, and ‘arrangement’ at some point in between”).

¹⁴⁹ Vid. Competition Act (2009), S. 45(1), disponible en <http://laws.justice.gc.ca/en/C-34/> (última visita, 7 de agosto de 2010).

¹⁵⁰ El actual artículo 101 del TFUE dispone que: “Serán incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de

previa, cabe notar que la distinción formal entre “acuerdos” y “prácticas concertadas” no es relevante. Así lo reconoció recientemente la CEJ:

Si bien esa disposición distingue entre “prácticas concertadas”, “acuerdos entre empresas” y “decisiones de asociaciones de empresas”, el objetivo es que las prohibiciones de dicho artículo cubran las distintas formas de coordinación y de colusión entre empresas... Por consiguiente, en el presente caso, una caracterización precisa de la naturaleza de la cooperación en discusión en el proceso principal, no es apta para alterar el análisis legal que debe ser llevado a cabo bajo el Artículo 81 [101] del TFUE¹⁵¹.

86. En todo caso, la forma más tenue de cooperación prohibida, la práctica concertada, constituye, según Faull y Nikpay, “una forma de coordinación donde las firmas, sin concluir ninguna forma de acuerdo o sin establecer un plan de acción, ‘sustituyen, a sabiendas, los riesgos de la competencia por cooperación práctica’”¹⁵². Los requisitos, todos de fácil cumplimiento en los hechos, son los siguientes: 1) alguna forma de contacto entre las partes, incluyendo contactos indirectos o débiles; 2) consenso cooperativo, que puede construirse incluso a partir del mero hecho de recibir información; 3) conducta subsecuente en el mercado, requisito que se satisface sin dificultad, especialmente si se ha recibido información, la que invariablemente se introduce al proceso de toma de decisiones de la firma¹⁵³.

b. “Paralelismo consciente” y prueba de mero paralelismo

87. Ahora bien, cualquiera sea la definición que se siga de acuerdo o práctica concertada, no cabe duda que ella no abarca el *mero* paralelismo que caracteriza a ciertos mercados oligopólicos (y también a los mercados casi-

asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior...”.

¹⁵¹ Caso C-238/05, *Asnef-Equifax, Servicios de Información sobre Solvencia y Crédito, SL v. Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc)*, [2006] ECR I-11125, ¶ 32 (“[W]hile the provision distinguishes between “concerted practices”, “agreements between undertakings” and “decisions by associations of undertakings”, the aim is to have the prohibitions of that article catch different forms of coordination and collusion between undertakings... Accordingly, in the present case, a precise characterisation of the nature of the cooperation at issue in the main proceedings is not liable to alter the legal analysis to be carried out under Article 81 [101] EC”).

¹⁵² Faull y Nikpay, n. 77, p. 210 (“A concerted practice is a form of co-ordination where undertakings, without concluding any sort of agreement or establishing a plan of action, ‘knowingly substitute practical cooperation between them for the risks of competition’”).

¹⁵³ *Id.*, p. 212.

perfectos)¹⁵⁴. Como es sabido, en mercados con pocos competidores, las empresas actúan estratégicamente tomando en consideración las acciones y conductas de sus adversarios. La “interdependencia” entre los agentes económicos puede ser mayor o menor según las características propias del mercado respectivo¹⁵⁵.

88. El concepto de “paralelismo consciente”¹⁵⁶ da cuenta de este fenómeno de interdependencia oligopolística¹⁵⁷. Los competidores actúan, a sabiendas, en forma similar o coincidente, lo que es el resultado de la estructura y características propias del mercado relevante. El paralelismo se acentúa cuando, además de pocos competidores, los bienes son homogéneos y las firmas enfrentan una estructura de costos equivalente¹⁵⁸.

89. En ausencia de acuerdo o práctica concertada, el paralelismo consciente no es ni debe ser sancionado. Así lo ha afirmado categóricamente la Corte Suprema norteamericana:

La colusión tácita [en nomenclatura de economistas¹⁵⁹], a veces llamada coordinación oligopolística de precios o paralelismo consciente, describe el

¹⁵⁴ Como explican Peter Roth y Vivien Rose, *Bellamy & Child. European Community Law of Competition* (6ª ed., Oxford University Press, New York 2008), p. 120 (“[T]he importance of the concept of a concerted practice is not its distinction from an agreement but from parallel behaviour which does not infringe the competition rules”).

¹⁵⁵ Vid. Carl Shapiro, “Theories of Oligopoly Behavior”, en Richard Schmalensee y Robert D. Willig, *Handbook of Industrial Organization* (North-Holland, 1989), Vol. I, p. 329.

¹⁵⁶ Que se opone al denominado “paralelismo inconsciente o casual”, que corresponde a una coincidencia de conductas fruto del azar.

¹⁵⁷ Vid. Michal S. Gal, *Competition Policy for Small Market Economies* (Harvard University Press, Cambridge 2003), pp. 164-165 (“Conscious parallelism can best be described as actions of rivals that are based on the tendency inherent in oligopolistic markets, to coordinate policies spontaneously and not as part of an agreement, and without the need for facilitating practices. Parallelism is reached when each oligopolist only assesses its rivals’ behavior and reacts with a recognition of interdependence”).

¹⁵⁸ La literatura sobre este punto es extensa: vid. entre otros, Sigrid Stroux, *US and EC Oligopoly Control* (Kluwer Law, The Hague 2004); Gregory J. Werden, “Economic Evidence on the Existence of Collusion: Reconciling Antitrust Law with Oligopoly Theory”, 71 *Antitrust Law Journal* 719 (2004); Thomas A. Piraino Jr., “Regulating Oligopoly Conduct Under the Antitrust Laws”, 89 *Minnesota Law Review* 9 (2004), y Jonathan B. Baker, “Two Sherman Act section 1 dilemmas: parallel pricing, the oligopoly problem, and contemporary economic theory”, 38 *Antitrust Bulletin* 143 (1993).

¹⁵⁹ Cabe precisar que aquí la Corte Suprema norteamericana utiliza la expresión “colusión tácita” (“*tacit collusion*”) en el sentido en el que tradicionalmente la emplean los economistas,

proceso, en sí mismo no ilegal, por el cual las firmas en un mercado concentrado pueden en efecto compartir poder monopólico, estableciendo sus precios en un nivel maximizador de utilidades, supracompetitivo, por la vía de reconocer sus intereses económicos compartidos y su interdependencia con respecto a las decisiones de precio y producción¹⁶⁰.

90. En el mismo sentido se ha pronunciado nuestro TDLC:

[A] juicio de este Tribunal las características de la industria hacían factible en el año 2002 –y aun hoy– la celebración de un acuerdo colusivo con el objeto de reducir la cobertura de carátula, *pero el mero hecho que todas las empresas hayan efectuado tal reducción no basta para acreditarlo*¹⁶¹.

91. El fundamento de la licitud de esta conducta no es otro que la imposibilidad de establecer remedios judiciales que puedan obligar a las firmas a adoptar cursos de acción distintos a los que son más convenientes¹⁶². En otras palabras, si bien el resultado del paralelismo es un aumento indeseable de precios semejante al de la colusión, el mismo corresponde al resultado racional de las firmas actuando en su propio beneficio, racionalidad que no puede serle negada a los actores económicos. El entonces juez (hoy Ministro de la Corte Suprema) Breyer explicó este punto con claridad:

Los tribunales han notado que la Sherman Act prohíbe los acuerdos, y han sostenido casi uniformemente, al menos en el área de los precios, que decisiones individuales de los precios (aun cuando cada firma base su propia decisión en la creencia de que sus competidores harán lo mismo) no constituyen un acuerdo ilegal bajo el artículo 1 de la Sherman Act. Esto no es debido a que dichas decisiones de precios sean deseables (no lo son), pero sí

esto es, como equivalente a la interdependencia oligopolística o al paralelismo consciente. Nosotros en este Informe le otorgamos a la expresión “colusión tácita” un significado propiamente jurídica, consistente en una conducta ilícita cometida por la vía de un acuerdo tácito o práctica concertada.

¹⁶⁰ *Brooke Group v. Brown & Williamson Tobacco Co.*, 509 U.S. 209, 227 (1993) (“Tacit collusion, sometimes called oligopolistic price coordination or conscious parallelism, describes the process, not in itself unlawful, by which firms in a concentrated market might in effect share monopoly power, setting their prices at a profit-maximizing, supracompetitive level by recognizing their shared economic interests and their interdependence with respect to price and output decisions”).

¹⁶¹ TDLC, *FNE contra Isapre ING S.A. y otros*, Sentencia N° 57, Rol C-77-05, de 12 de julio de 2007, C. 80°.

¹⁶² *Vid.* Casos 40-8, 50, 54-6, 111 y 113-4/73, *Cooperatieve Vereniging ‘Suiker Unie’ UA v. Commission* [1975] ECR 1663, donde la CEJ reconoció que el Derecho de la Competencia no impide que las empresas puedan adaptarse inteligentemente al comportamiento real o previsto de sus competidores. *Vid. también*, Casos C-89, 104, 114, 116-117 y 125-9/85, *Ahlström Oy v. Commission* [1993] ECR I-1307.

debido a que es cercano a lo imposible concebir un remedio judicial eficaz para la “interdependencia” en materia de precios. ¿Cómo uno ordena a una firma establecer sus precios sin consideración a las reacciones probables de sus competidores?¹⁶³

92. Tocamos ahora el punto crucial. Si el paralelismo consciente es una conducta legítima ante el Derecho de la Competencia, entonces la mera evidencia de paralelismo no es suficiente para acreditar la colusión¹⁶⁴. En otras palabras, el mero paralelismo es una prueba ambigua, pues constituye un hecho compatible tanto con la hipótesis ilícita de colusión como con la hipótesis lícita de paralelismo consciente. Así lo señaló tempranamente la Corte Suprema norteamericana:

La conducta en los negocios es admisible como prueba circunstancial de la cual se puede inferir la existencia de un acuerdo... Pero, esta Corte nunca ha sostenido que la prueba del comportamiento paralelo en los negocios sea concluyente para establecer que se está en presencia de un acuerdo o, dicho de otra manera, que ese comportamiento paralelo constituya en sí mismo una violación de la Sherman Act¹⁶⁵.

¹⁶³ *Clamp-All Corp. v. Cast Iron Soil Pipe Institute*, 851 F.2d 478, 484 (1st Cir. 1988), cert. denied, 488 U.S. 1007 (1989) (“Courts have noted that the Sherman Act prohibits agreements, and they have almost uniformly held, at least in the pricing area, that such individual pricing decisions (even when each firm rests its own decision upon its belief that competitors will do the same) do not constitute an unlawful agreement under section 1 of the Sherman Act. That is not because such pricing is desirable (it is not), but because it is close to impossible to devise a judicially enforceable remedy for “interdependent” pricing. How does one order a firm to set its prices without regard to the likely reactions of its competitors?”).

¹⁶⁴ *Vid. American Bar Association*, n. 147, p. 67 (“[C]onsciously parallel activity is not sufficient to support an inference of concerted action”); William C. Holmes, *Antitrust Law Handbook* (ABA, Chicago 2007), pp. 113-114 (“Merely coincidental behavior that can be explained on legitimate business grounds does not, however, in itself establish a conspiracy if it is equally indicative of a series of unilateral actions. For example, parallel pricing behavior by firms in a concentrated, oligopolistic market need not indicate an actual agreement to fix prices; the firms may instead be responding unilaterally to the price changes of their competitors”); y, George A. Hay, “Horizontal agreements: Concept and proof”, 51 *Antitrust Bulletin* 877, 884 (2006) (“[M]ere parallel pricing (e.g., all firms increase prices by roughly the same amount in roughly the same time period) is normally not, by itself, enough to allow the inference of an agreement”).

¹⁶⁵ *Theatre Enterprises v. Paramount Film Distributing Corp.*, 346 U.S. 537, 540 (1954) (“To be sure, business behavior is admissible circumstantial evidence from which the fact finder may infer agreement... But this Court has never held that proof of parallel business behavior conclusively establishes agreement or, phrased differently, that such behavior itself constitutes a Sherman Act offense”). En Europa, *vid. Casos C-89, 104, 114, 116-117 y 125-9/85, Ahlström Oy v. Commission (Wood Pulp II)* [1993] ECR I-1307, ¶¶ 61-72 (“It must be

93. Este punto ha sido destacado recientemente por el mismo Tribunal en *Twombly*¹⁶⁶. En dicho caso, la Corte Suprema decidió rechazar la demanda *in limine litis*¹⁶⁷ por no haberse indicado en su texto hechos distintos al mero paralelismo y la mera aseveración de colusión:

La insuficiencia de demostrar sólo una conducta paralela o interdependencia, sin más, refleja la ambigüedad del comportamiento: tanto consistente con la colusión, como consistente con una amplia franja de estrategias comerciales racionales y competitivas provocadas unilateralmente por percepciones comunes del mercado. Por consiguiente, nos hemos protegido de cometer falsas inferencias a partir de comportamientos paralelos en diversos momentos en la secuencia de un juicio¹⁶⁸... Hace sentido señalar, por tanto, que una alegación de conducta paralela y una escueta afirmación de colusión no bastarán. Sin más, la conducta paralela no sugiere colusión, y una afirmación infundada relativa a la existencia de un acuerdo no provee de los hechos adecuados para demostrar una ilegalidad. Por lo tanto, cuando alegaciones de conducta paralela son expuestas con el objeto de levantar un reclamo de conformidad al §1 [de la Sherman Act], ellas deben tener lugar en un contexto en que se establecen sugerencias de un acuerdo precedente, y no meramente una conducta paralela que pudiera ser igualmente una acción independiente¹⁶⁹.

noted that parallel conduct cannot be regarded as furnishing proof of concertation unless concertation constitutes the only plausible explanation for such conduct”).

¹⁶⁶ *Bell Atlantic Corp. v. Twombly*, 550 U.S. 544 (2007).

¹⁶⁷ Esto es, la Corte acogió un *motion to dismiss for failure to state a cause of action* conforme a la Regla 12(b)(6) de las *Federal Rules of Civil Procedure* (FRCP). Lo normal es que los tribunales se pronuncien sobre esta cuestión al resolver el *motion for summary judgment* que presentan los demandados conforme a la Regla 56(c) de las FRCP, lo que ocurre al final de la etapa de *discovery* y antes de ir a juicio (*trial*). *Vid. e.g.*, los siguientes pronunciamientos de Cortes de Apelaciones en dicha fase en el sentido que el mero paralelismo no basta: *Williamson Oil Co., Inc. v. Philip Morris USA*, 346 F.3d 1287, 1301 (11th Cir. 2003), *Blomkest Fertilizer, Inc. v. Potash Corp. Of Saskatchewan*, 203 F.3d 1028, 1032 (8th Cir. 2000), *In re Citric Acid Litigation*, 191 F.3d 1090, 1102 (9th Cir. 1999), *In re Baby Food Antitrust Litigation*, 166 F.3d 112 (3d Cir. 1999).

¹⁶⁸ 550 U.S. 545 (“The inadequacy of showing parallel conduct or interdependence, without more, mirrors the ambiguity of the behavior: consistent with conspiracy, but just as much in line with a wide swath of rational and competitive business strategy unilaterally prompted by common perceptions of the market. Accordingly, we have previously hedged against false inferences from identical behavior at a number of points in the trial sequence”).

¹⁶⁹ *Id.*, 556-557 (“It makes sense to say, therefore, that an allegation of parallel conduct and a bare assertion of conspiracy will not suffice. Without more, parallel conduct does not suggest conspiracy, and a conclusory allegation of agreement at some unidentified point does not supply facts adequate to show illegality. Hence, when allegations of parallel conduct are set out in order to make a §1 claim, they must be placed in a context that raises a suggestion of a preceding agreement, not merely parallel conduct that could just as well be independent

94. En nuestro país, el TDLC ha afirmado también que el mero paralelismo no permite inferir la existencia de colusión:

[N]o es suficiente dar por acreditado el paralelismo para establecer que hubo colusión. En efecto, tal como ha reconocido la doctrina, el comportamiento paralelo, si se demuestra, es uno de los factores a considerar, con el resto de las pruebas, para llegar a la conclusión que ha habido un acuerdo entre los demandados, pero el paralelismo no es en sí mismo un sustitutivo del acuerdo¹⁷⁰.

95. Y en igual sentido se ha pronunciado nuestra Corte Suprema:

[E]n concepto de esta Corte no existe prueba concluyente de la supuesta colusión que se les atribuye a las denunciadas, puesto que los únicos indicios que consideran los sentenciadores son dos: a) la supuesta simultaneidad en el cobro; b) la similitud de precios cobrados por las distintas agencias requeridas. Sin embargo, el acto colusorio necesariamente requiere de dos elementos para configurarse: la voluntad de los partícipes y la decisión conjunta de adoptar la práctica viciosa, condiciones ambas cuya existencia no puede tenerse por demostrada por la simple concurrencia de las circunstancias ya señaladas (simultaneidad y homogeneidad de precios)¹⁷¹.

96. ¿Cómo se prueba entonces la existencia de un acuerdo o práctica concertada en ausencia de prueba directa? ¿Qué prueba debe presentarse para que el sentenciador pueda razonablemente inferir la existencia de un acuerdo o práctica concertada? Como el mero paralelismo no basta, es necesario acreditar “más cosas”¹⁷². De ahí surge la teoría de los *plus factors*, esto es, factores adicionales o añadidos al mero paralelismo que “tiendan a

action”). Para comprender el contexto procesal de *Twombly*, es necesario tener en consideración las declaraciones anteriores de los Tribunales de primera y segunda instancia: *Twombly v. Bell Atl. Corp.*, 313 F. Supp. 2d 174, 180 (S.D.N.Y. 2003) (“The plus factors pleading requirement is... an expression of the longstanding rule that ‘a bare bones statement of conspiracy or of injury under the antitrust laws without any supporting facts permits dismissal’ of a complaint”) y *Twombly v. Bell Atl. Corp.*, 425 F.3d 99, 114 (2d Cir. 2005) (“[P]lus factors are not required to be pleaded to permit an antitrust claim based on parallel conduct to survive dismissal”).

¹⁷⁰ TDLC, *FNE contra Isapre ING S.A. y otros*, Sentencia N° 57, Rol C-77-05, de 12 de julio de 2007, C. 75°.

¹⁷¹ Corte Suprema, *Asoex A.G. contra Ultramar Agencias Marítimas S.A. y otros*, Rol 3395-2006, Sentencia de fecha 28 de diciembre de 2006, C. 10°.

¹⁷² Como explica Holmes, n. 164, p. 109, se requiere demostrar “parallel behavior that goes beyond what would be expected absent an agreement”.

excluir” la posibilidad de un paralelismo consciente¹⁷³. Ahora bien, esta teoría dice relación con las preguntas probatorias que se responden en la siguiente Sección.

c. Colusión y firmas multiproducto

97. Según hemos visto, los carteles son una realidad en el mundo occidental. La naturaleza repetida del juego que enfrentan a diario los competidores genera incentivos suficientemente fuertes como para superar el problema de acción colectiva que define el proceso competitivo. Repitiendo lo ya dicho, la “sombra del futuro” (suma de los *payoffs* futuros), puede dar sustentabilidad y *enforcement* natural a una asociación colusiva¹⁷⁴.

98. En todo caso, la realidad que enfrentan quienes pretenden cartelizarse no es simple. En primer lugar, es necesario definir un acuerdo colusivo, incluyendo reglas de repartición de las rentas y participaciones de mercado, así como normas para enfrentar los distintos *shocks* estocásticos que puedan afectar a las firmas asociadas. Dicho acuerdo debe ser lo suficientemente simple como para poder superar en su implementación los cinco problemas básicos que identifica Porter¹⁷⁵:

- Detección del acuerdo por parte de las autoridades de la competencia o de las víctimas;
- Disminuciones secretas en los precios (traición unilateral del acuerdo por una o más firmas);
- Entrada de nuevos actores al mercado que pueda ser disruptiva para la operatividad del cartel;
- Reconciliación de intereses dispares de los miembros del cartel (distintas tecnologías, costos, necesidad de ingresos inmediatos, ventajas idiosincráticas, gustos por riesgo, clientes heterogéneos, etc.); y
- Generación de respuestas para nuevas circunstancias, tanto por el lado de la demanda como por el de los costos.

¹⁷³ Vid. *supra* n. 119, 114. Vid. TDLC, *FNE contra Isapre ING S.A. y otros*, Sentencia N° 57, Rol C-77-05, de 12 de julio de 2007, C. 81°, donde el Tribunal se refiere a los “*plus factors*” como “factores adicionales”.

¹⁷⁴ Vid. Jean Tirole, *The Theory of Industrial Organization* (MIT Press, Cambridge 1988), pp. 239 et seq.

¹⁷⁵ Robert H. Porter, “Detecting Collusion”, 26 *Review of Industrial Organization* 147 (2005).

99. En segundo lugar, las partes deben poder establecer mecanismos efectivos de monitoreo y *enforcement* del acuerdo, que permitan detectar traiciones y dar cumplimiento al acuerdo¹⁷⁶. Esto es, el acuerdo debe ser autoejecutable (*self-enforcing agreement*)¹⁷⁷. Mientras más opaco el mercado y más complejo y asimétrico el proceso de marketing y venta de el o los productos, incluyendo la heterogeneidad de los mismos, más difícil se hará dicho proceso de monitoreo (la lista de factores es más larga)¹⁷⁸. Enseguida, comprobada una traición, las partes deben disponer de mecanismos de castigo, siendo la guerra de precios uno de los métodos estándares para tales efectos¹⁷⁹.

100. Dado que un acuerdo es autoejecutable únicamente cuando sus beneficios en el tiempo son mayores a sus costos (incluyendo las fases de fijación de reglas, monitoreo y *enforcement*), resulta teóricamente posible que firmas multiproducto se coludan no respecto al total de bienes y servicios que comercializan, sino sólo respecto a un subconjunto de ellos. Esto resulta especialmente cierto tratándose de firmas de *retail*, que ofrecen cientos o miles de productos distintos: un acuerdo de colusión total o absoluto parece inviable desde la perspectiva de su monitoreo y *enforcement*.

101. En el margen, los costos de negociación, monitoreo y *enforcement* de un número excesivo de bienes y servicios ofrecidos no aporta beneficios netos al

¹⁷⁶ Vid. Porter y Zona, n. 112, pp. 1072-1084.

¹⁷⁷ Vid. en general, Avinash K. Dixit, *Lawlessness and Economics. Alternative Modes of Governance* (Princeton University Press, Princeton, 2004).

¹⁷⁸ Según Paul A. Grout y Silvia Sonderegger, *Predicting cartels. Economic discussion paper* (OFT, 2005), p. 2, disponible en http://www.oft.gov.uk/shared_of/reports/comp_policy/oft773.pdf (última visita, 14 de agosto de 2010), debe incluirse en el análisis al menos los siguientes factores:

- a smaller number of firms in the market facilitates collusion;
- higher entry barriers facilitate collusion;
- excess capacity and stocks are important variables and are generally thought to help sustain collusion;
- persistent demand instability in a market is thought to hinder collusion;
- demand growth facilitates collusion;
- frequency of interaction favours collusion;
- market transparency favours collusion;
- private information limits collusion;
- cost asymmetries and quality differences restrict collusion;
- horizontal product differentiation is important but its effect on collusion is ambiguous; and
- large, powerful buyers make collusion harder to sustain.

¹⁷⁹ El trabajo clásico en esta materia es Edward Green y Robert H. Porter, "Non-cooperative Collusion under Imperfect Price Information", 52 *Econometrica* 87 (1984). Vid. Tirole, n. 174, pp. 262-264.

acuerdo. Además, un acuerdo colusivo total o absoluto parece una mala estrategia desde la perspectiva ilícita de sus miembros. Un acuerdo parcial, conjuntamente con asegurar rentas económicas en la venta de un subconjunto reducido de productos con baja elasticidad de demanda, mantiene simultáneamente una apariencia real de competencia que aleja toda sospecha de colusión por parte de las autoridades de la competencia.

102. En el caso específico del *retail*, cabe mencionar que la preocupación por las colusiones parciales es conocida en el Derecho de la Competencia. Esta preocupación se ha centrado en el efecto poco probable pero no imposible que ciertas restricciones verticales –en particular, los precios máximos o RPM (*resale price maintenance*)–, pueden llegar a tener a nivel del *retail*. Así lo reconoció la Corte Suprema norteamericana en el caso *Business Electronics*¹⁸⁰ y más recientemente en el famoso caso *Leegin*¹⁸¹, explicando el riesgo de colusión parcial articulada a través de RPM:

Las restricciones verticales de precios también “pueden ser usadas para organizar carteles al nivel del *retailer*”. Un grupo de *retailers* puede coludirse para fijar precios a consumidores y luego obligar a un fabricante a ayudar al acuerdo ilegal a través de RPM. En esa instancia el fabricante no establece la práctica para estimular servicios o para promover su marca, sino que para otorgarle utilidades más altas a los *retailers* ineficientes. *Retailers* con mejores sistemas de distribución y más bajas estructuras de costo estarían impedidos de cobrar precios más bajos en virtud del acuerdo¹⁸².

103. Por último, la realidad demuestra lo que aquí afirmamos. No son pocos los casos de colusión que han sido descubiertos y condenados en distintas jurisdicciones, incluyendo la nuestra –como en el caso *Guerra del Plasma*¹⁸³–, que dicen relación con firmas multiproductos o del sector *retail*, y donde el acuerdo o práctica sólo involucraba un subconjunto limitado de productos.

¹⁸⁰ *Business Electronics Corp. v. Sharp Electronics Corp.*, 485 U. S. 717, 725-726 (1988).

¹⁸¹ *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.*, 551 U.S. 877 (2007).

¹⁸² *Id.*, p. 889 (“Vertical price restraints also ‘might be used to organize cartels at the retailer level.’ A group of retailers might collude to fix prices to consumers and then compel a manufacturer to aid the unlawful arrangement with resale price maintenance. In that instance the manufacturer does not establish the practice to stimulate services or to promote its brand but to give inefficient retailers higher profits. Retailers with better distribution systems and lower cost structures would be prevented from charging lower prices by the agreement”).

¹⁸³ TDLC, *FNE contra Falabella y otro*, Sentencia N° 63, Rol C-103-2006, de 10 de abril de 2008, confirmada en Corte Suprema, *FNE contra Falabella y otro*, Rol 2339-2008, Sentencia de 13 de agosto de 2008.

104. Tal vez el caso más impresionante es el denominado *Vitaminas*, donde Hoffmann-La Roche (HLR) y BASF, los dos productores de vitaminas más grandes del mundo –también productores de un sinnúmero de productos farmacéuticos–, articularon una colusión parcial de efectos mundiales¹⁸⁴. Inicialmente, en 1989, HLR, BASF y Rhône-Poulenc (Aventis) instigaron el primer cartel en los mercados de las vitaminas A y E. El éxito inicial de dicha colusión parcial los llevó a ampliar sus vínculos ilícitos hacia otros mercados conexos. La sucesiva entrada en vigencia de cada uno de estos carteles y su distinta duración puede apreciarse en el siguiente cuadro elaborado por la Comisión Europea¹⁸⁵:

Vitamin	Participants	Duration (*)	
		from	to
Vitamin A	Roche, BASF, Rhône-Poulenc (Aventis)	September 1989	February 1999
Vitamin E	Roche, BASF, Rhône-Poulenc (Aventis), Eisai	September 1989	February 1999
Vitamin B1 (thiamine)	Roche, Takeda, BASF	January 1991	June 1994
Vitamin B2 (riboflavin)	Roche, BASF, Takeda	January 1991	September 1995
Vitamin B5 (calpan)	Roche, BASF, Daiichi	January 1991	February 1999
Vitamin B6	Roche, Takeda, Daiichi	January 1991	June 1994
Folic acid (B)	Roche, Takeda, Kongo, Sumika	January 1991	June 1994
Vitamin C	Roche, BASF, Takeda, Merck	January 1991	August 1995
Vitamin D3	Roche, BASF, Solvay Pharm, Rhône-Poulenc (Aventis)	January 1994	June 1998
Vitamin H (biotin)	Roche, Merck, Lonza, Sumitomo, Tanabe, BASF	October 1991	April 1994
Beta-carotene	Roche, BASF	September 1992	December 1998
Carotinoids	Roche, BASF	May 1993	December 1998

(*) The duration is not necessarily the same for all participants.

105. En definitiva, la colusión parcial en firmas multiproducto es perfectamente factible desde una perspectiva teórica y la realidad así lo confirma. Por ende, no debe partirse de la base que la colusión es un fenómeno del tipo todo-o-nada que necesariamente involucra el *pool* completo de productos de los involucrados¹⁸⁶.

¹⁸⁴ Vid. Harry First, “The Vitamins Case: Cartel Prosecutions and the Coming of International Competition Law”, 68 *Antitrust Law Journal* 711, 712 (2001), quien entonces calificaba a este cartel como “probably the most economically damaging cartel ever prosecuted under U.S. antitrust law”.

¹⁸⁵ Comisión Europea, Caso COMP/E-1/37.352, decisión de fecha 21 de noviembre 2001.

¹⁸⁶ Cabe señalar que el TDLC ha reconocido que la colusión puede darse en una dimensión de un producto, manteniéndose las firmas compitiendo en las demás dimensiones del

IV. La dimensión probatoria de la colusión: sana crítica y prueba indirecta conforme a la teoría de los factores adicionales

106. Como cualquier otro hecho, la existencia de un acuerdo o práctica concertada puede ser probada mediante uno o más medios de prueba. Ahora bien, la tarea se vuelve más compleja cuando el demandante no cuenta con prueba directa, sino sólo prueba indiciaria de la colusión. En tales casos, el sentenciador se enfrenta a una de las preguntas más difíciles en materia de acuerdos horizontales ilegítimos: cuánta prueba indiciaria es suficiente para acreditar que los demandados efectivamente incurrieron en una conducta cooperativa sancionada por el artículo 3 inciso 2° letra a) del DL 211.

107. Dado que las firmas que se coluden son entidades altamente sofisticadas, rara vez es posible aportar prueba directa de los acuerdos o prácticas concertadas. En los casos clásicos de colusión que son llevados ante los tribunales de justicia no hay “pistolas calientes” (*smoking guns*) o “salas llenas de humo” (*smoke-filled rooms*), sino un complejo conjunto de indicios que el sentenciador debe sopesar para concluir si la hipótesis de colusión es más probable que la hipótesis de paralelismo en los términos exigidos por el estándar de prueba aplicable.

108. Dado que los casos en los que el demandante alega colusión y el demandado paralelismo consciente constituyen un escenario procesal típico, hoy en día es posible encontrar en el Derecho Comparado un marco conceptual y operativo maduro para enfrentar y dar solución a dichas disputas. El marco en cuestión no hace sino entregar un referente para

mismo. *Vid.* TDLC, *FNE contra Isapre ING S.A. y otros*, Sentencia N° 57, Rol C-77-05, de 12 de julio de 2007, C. 33°:

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

En el Derecho Comparado, *vid. Catalano, Inc. v. Target Sales, Inc.*, 446 U.S. 643 (1980), cartel de vendedores mayoristas de cerveza, donde el acuerdo se limitó únicamente a eliminar la venta a crédito. *Vid. también* el reciente caso europeo citado, *infra*, en la n. 271.

responder la pregunta clave que hemos notado: cuánta prueba indiciaria es suficiente para dar por acreditada la hipótesis colusiva por sobre la hipótesis de paralelismo consciente.

a. “Sana crítica” y prueba de la colusión

109. El Derecho Procesal contempla distintos modos de apreciar la prueba, entendiéndose por apreciación el proceso intelectual por el que el juez otorga valor a la fuerza persuasiva que se desprende del trabajo de acreditación y verificación acaecido por y ante él¹⁸⁷. En materia de la competencia, el artículo 22 inciso final del DL 211 establece que el TDLC debe apreciar la prueba conforme a las reglas de la “sana crítica”, pudiendo además considerar “todo indicio o antecedente que, en concepto del Tribunal, sea apto para establecer los hechos pertinentes”. Corresponde analizar aquí el concepto de “sana crítica” y determinar las consecuencias que de él se siguen en materia de prueba de carteles.

i. Valoración de la prueba y carga de aportar prueba durante el proceso

110. Dadas las recientes reformas en materia penal, laboral y de familia, la sana crítica puede ser considerado como el régimen dominante en nuestro sistema legal¹⁸⁸. La sana crítica es un régimen que se ubica entre la prueba legal o tasada, en la que la ley confiere el valor a los distintos medios de prueba, y la prueba libre o sistema de íntima convicción, en la que la valoración queda completamente entregada al proceso interior de convicción del sentenciador¹⁸⁹.

111. Tradicionalmente, aunque no sin discusión¹⁹⁰, en nuestro sistema legal se agrupa a la sana crítica dentro de los medios de prueba sujetos a control legal. Así se aprecia en el siguiente cuadro¹⁹¹:

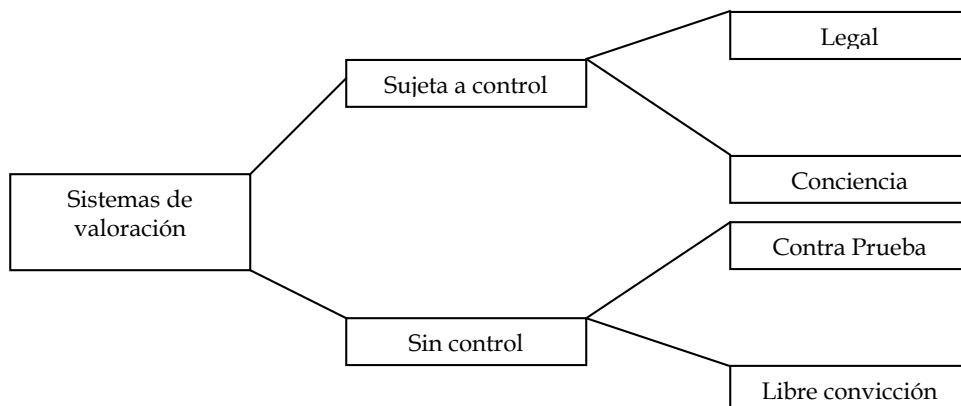
¹⁸⁷ Raúl Tavolari, *El Proceso en Acción* (Editorial Libromar, Santiago 2000), p. 282.

¹⁸⁸ *Vid. supra*, n. 133.

¹⁸⁹ *Vid.* Eduardo J. Couture, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil* (4ª ed., Editorial BdeF, Buenos Aires 2002), p. 221 (“Este concepto [sana crítica] configura una categoría intermedia entre la prueba legal y la libre convicción”). En el mismo sentido, *vid.* Tavolari, n. 187, p. 291.

¹⁹⁰ Según se indicó en la nota anterior, Couture estima que existen tres sistemas de prueba. Por su parte, Hernando Devis Echandía, *Teoría General de la Prueba Judicial* (4ª ed., Editorial Diké, Medellín 1993), Vol. I., p. 95, estima que sólo hay dos sistemas: la prueba tasada y la prueba de libre apreciación; sana crítica sería parte del segundo grupo.

¹⁹¹ Sergio Dunlop, *Nuevas Orientaciones de la Prueba* (Editorial Jurídica, Santiago 1981), p. 158.



112. Ahora bien, ¿qué significa exactamente que la prueba deba valorarse conforme a las reglas de la sana crítica? Como reconoce Tavolari, “nadie ha podido establecer cuántas ni cuáles son las reglas de la sana crítica, ni mucho menos... quién las ha dictado”¹⁹². Esto se debe a que, por definición, la sana crítica no es susceptible de ser reducida a reglas. Recientemente, Laso ha señalado certeramente que la sana crítica, en tanto sistema de valoración de la prueba, “no es más que la formalización en el ámbito legal del razonamiento del sentido común”¹⁹³.

113. Como punto de partida, entonces, debe señalarse que la sana crítica supone un importante grado de libertad o discreción del juzgador. No por casualidad autores como Devis Echandía la asocian con la prueba libre¹⁹⁴. Entre nosotros, Rodríguez Papic también destaca su naturaleza discrecional:

[La sana crítica es] [a]quel modo de razonar que no se apoya necesariamente en la prueba que el proceso exhibe al juez, ni en medio de información susceptible de ser fiscalizado por las partes. Dentro de este método el

¹⁹² Tavolari, n. 187, p. 291.

¹⁹³ Jaime Laso Cordero, “Lógica y Sana Crítica”, 36 *Revista Chilena de Derecho* 143, 162 (2009). *Vid. también*, Couture, n. 189, p. 221 (“Las reglas de la sana crítica son, ante todo, las reglas del correcto entendimiento humano”).

¹⁹⁴ Devis Echandía, n. 190, Vol. I., p. 95. *Id.*, p. 99 (“[S]ana crítica y apreciación razonada o libre apreciación razonada, significan lo mismo: libertad para apreciar las pruebas de acuerdo con la lógica y las reglas de la experiencia que, según el criterio personal del juez, sean aplicables al caso”).

magistrado adquiere el convencimiento de la verdad con la prueba de autos, fuera de la prueba de autos y aun contra la prueba de autos¹⁹⁵.

114. No obstante lo anterior, el sistema de la sana crítica cuenta con elementos de control que limitan la discrecionalidad del juez. Como estableciera la Corte Suprema en una antigua decisión, en este sistema “el tribunal debe asesorarse por sus conocimientos técnicos, su experiencia personal, la lógica, el sentido común, el buen juicio, y la sana crítica”¹⁹⁶.

115. Con todo, los límites son tenues, porque, como explica Laso Cordero:

Nada de especial hay en exigir a los jueces que fundamenten sus decisiones en base a la lógica y la experiencia, desde que eso es lo que se espera que toda persona racional haga día a día en las más variadas circunstancias de su vida¹⁹⁷.

116. Actualmente existe una relativa unanimidad en la doctrina y jurisprudencia nacional respecto a que la sana crítica supone al menos tres limitaciones a la libertad del sentenciador: la lógica, la experiencia y los conocimientos científicos afianzados. No sólo lo ha señalado expresamente el artículo 297 del Código Procesal Penal¹⁹⁸, sino que así lo ha establecido la Corte Suprema en el ámbito de la competencia:

Que tampoco se advierte en la especie, como aduce esta reclamante, que los jueces hayan incurrido en violación de las leyes reguladoras de la prueba, desde que la misma ha sido apreciada conforme a las máximas de experiencia, las reglas de la lógica y los conocimientos científicos suficientemente afianzados, señalándose expresamente cuáles eran los indicios que los llevaron a asentar los hechos que luego calificaron como ilícitos¹⁹⁹.

¹⁹⁵ Ignacio Rodríguez Papic, *Procedimiento Civil. Juicio ordinario de mayor cuantía* (Editorial Jurídica, Santiago 1995), p. 106.

¹⁹⁶ Corte Suprema, *Peretta con Simunovic*, RDJ 68, Sección 1ª, Sentencia de 1º de abril de 1971, p. 76.

¹⁹⁷ Laso Cordero, n. 193, p. 162.

¹⁹⁸ *Vid. supra*, n. 138.

¹⁹⁹ Corte Suprema, *FNE contra Falabella y otro*, Rol 2339-2008, Sentencia de 13 de agosto de 2008, C. 32º. *Vid. también*, Corte Suprema, *FNE contra Asociación Gremial de Buses Interbus*, Rol 1856-2009, Sentencia de 28 de junio de 2009, C. 10º (“[D]ebe recordarse que en esta materia la prueba se aprecia conforme a las reglas de la sana crítica, que no es otra que ponderar los distintos medios de prueba de acuerdo a los principios de la lógica y las máximas de la experiencia”).

117. La utilización del régimen de la sana crítica en el Derecho de la Competencia tiene dos importantes consecuencias que resulta necesario destacar aquí. La primera dice relación con el reparto de competencias entre el TDLC y la Corte Suprema en lo que se refiere a la valoración de la prueba. Tratándose de un ámbito de alto contenido científico o técnico, como lo es el del DL 211, el sistema de sana crítica sitúa al TDLC como el órgano mejor preparado para valorar la prueba. El TDLC es un tribunal especial integrado por dos profesionales licenciados o con post grados en ciencias económicas y por tres abogados expertos en libre competencia²⁰⁰.

118. Insistimos de este modo en lo ya señalado anteriormente en este Informe²⁰¹. La Corte Suprema debe controlar los hechos establecidos por el TDLC de manera deferente, más al modo de una queja o casación que de una apelación. El régimen de la sana crítica y su énfasis en los conocimientos científicos, sumado a la existencia de un recurso procesal de reclamación recogido en la historia de la ley como distinto al de apelación, confirman que en el reparto de competencia, en cuanto a la valoración de la prueba, el TDLC debe tener un rol prevalente.

119. La segunda de estas consecuencias dice relación con la distinción entre dos conceptos distintos: la carga (estática) de la prueba y la carga (dinámica) de aportar prueba durante el proceso (o, que también puede denominarse la carga de desvirtuar la prueba presentada por la contraparte).

120. Según vimos más arriba, el régimen jurídico de la sana crítica es compatible con distintos estándares de prueba. Así, en materia procesal penal, rige el estándar de la duda razonable, y en materia no-penal rige, en principio, el estándar conocido como “más probable que no”. Según ya vimos, el estándar en materia de libre competencia es uno intermedio, aunque más próximo a “más probable que no” que a “duda razonable”²⁰².

121. Cuando el estándar de prueba que rige es el de “más probable que no” o uno próximo a él, se torna necesario distinguir entre la carga de la prueba y lo que aquí denominamos la carga de aportar prueba durante el proceso. Esta última hace referencia a la carga que tiene una parte de aportar pruebas

²⁰⁰ Artículo 6 letras a) y b) del DL 211. El Presidente del Tribunal puede, alternativamente, ser experto en Derecho Comercial o Económico.

²⁰¹ *Vid. supra*, ¶ 81.

²⁰² *Vid. supra*, ¶ 79.

suficientes para contrarrestar las pruebas introducidas por la contraria. Mientras la carga de la prueba no cambia, la carga de aportar prueba durante el proceso sí cambia, por la simple razón que el juez deberá fallar en favor de quien haya demostrado que un hecho o conclusión es más probable que no (o algo más, dependiendo del estándar de prueba).

122. Para aclarar esta distinción es necesario recurrir al concepto procesal clásico de carga de la prueba. Según Devis Echandía, se trata “esencialmente [de] una *regla de juicio* dirigida al juez, que le señala el modo de decidir en el fondo cuando falta la prueba de los hechos que fundamenta las pretensiones y excepciones en cada proceso”²⁰³. La carga de la prueba así definida no cambia durante el proceso, y simplemente señala que en *ausencia de prueba*, el juez no puede recurrir al *non liquet*, sino que debe dar por no probado el hecho alegado por quien tenía la carga²⁰⁴. Como explica el mismo Devis Echandía:

[Se habla de] regla objetiva para el juez, cuya función es impedirle y prohibirle el *non liquet*, y permitirle decidir en el fondo cuando falta la prueba de los hechos en que debe basar su sentencia e inclusive muchas providencias interlocutorias; es decir, regula la decisión sobre el hecho incierto o desconocido, por lo cual se la considera como sucedánea de la prueba en general, y como cuestión de derecho (no de hecho) para distribuir la falta de certeza o convencimiento del juez respecto del material de hecho²⁰⁵.

123. Ahora bien, cuando quien tiene la carga de la prueba, aporta antecedentes probatorios que superen el estándar de prueba, el juez debe dar por acreditado el hecho debatido. Pero, si al mismo tiempo la contraparte aporta antecedentes que acrediten la tesis contraria, la prueba originalmente aportada por la parte que tiene la carga de la prueba puede volverse insuficiente para acreditar el hecho conforme lo exige el estándar de prueba. Esto genera una realidad procesal dinámica, en donde la cantidad de prueba que las partes deben aportar se define en función no sólo de la carga (estática)

²⁰³ Devis Echandía, n. 190, Vol. I., p. 425.

²⁰⁴ *Vid.* Couture, n. 189, pp. 198-199 (“La carga de la prueba no supone, pues, ningún derecho del adversario, sino un imperativo del propio interés de cada litigante; es una circunstancia de riesgo que consiste en que quien no prueba los hechos que ha de probar, pierde el pleito. Puede quitarse esa carga de encima, probando, es decir, acreditando la verdad de los hechos que la ley señala”).

²⁰⁵ *Id.*, p. 429.

de la prueba –que rige, según vimos, en la hipótesis de falta de prueba–, sino también de la prueba aportada por la contraria.

124. La distinción anterior no supone alterar la carga (estática) de la prueba. Por el contrario, se trata simplemente de una consecuencia de la regla de prueba básica establecida en el artículo 428 del Código de Procedimiento Civil: “Entre dos o más pruebas contradictorias, y a falta de ley que resuelva el conflicto, los tribunales preferirán la que crean conforme con la verdad”. Por lo demás, en el ámbito de la competencia y tratándose de presunciones, así lo declaró la Corte Suprema en el caso de la *Guerra del Plasma*:

Que esta presunción a la que han arribado los jueces [colusión por parte de las demandadas] *no logró ser desvirtuada por otra en contrario* ni ella pierde su mérito por las argumentaciones de la reclamante, desde que éstas sólo constituyen una distinta interpretación que se hace de la prueba rendida²⁰⁶.

ii. *La colusión puede ser probada mediante prueba directa o indirecta*

125. La colusión puede ser probada mediante cualquier medio de prueba, incluyendo “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*” (artículo 22 inciso 2° del DL 211) (énfasis agregado)²⁰⁷.

126. La prueba de la colusión se divide en prueba directa e indirecta o circunstancial. De acuerdo a los tribunales norteamericanos, “la prueba directa de la colusión corresponde a toda clase de antecedentes que sean explícitos y que no requieran de inferencias para establecer la proposición o conclusión que se sostiene”²⁰⁸. Prueba directa es, entonces, aquella que torna indudable la existencia de la conducta prohibida²⁰⁹. Este es el caso de una

²⁰⁶ Corte Suprema, *FNE contra Falabella y otro*, Rol 2339-2008, Sentencia de 13 de agosto de 2008, C. 23° (énfasis agregado).

²⁰⁷ *Vid.* Artículo 341 del Código de Procedimiento Civil: “Los medios de prueba de que puede hacerse uso en juicio son: Instrumentos; Testigos; Confesión de parte; Inspección personal del tribunal; Informes de peritos; y Presunciones”.

²⁰⁸ *In re Baby Food Antitrust Litigation*, 166 F.3d 112, 118 (3d Cir. 1999) (“[D]irect evidence in a Section 1 conspiracy must be evidence that is explicit and requires no inferences to establish the proposition or conclusion being asserted”). *Vid. también*, *Rossi v. Standard Roofing*, 156 F.3d 452, 465 (3d Cir. 1998).

²⁰⁹ *Vid.* Lluís Cases Pallares, *Derecho Administrativo de la Defensa de la Competencia* (Editorial Marcial Pons, Madrid 1995), p. 393.

copia del acuerdo o de documentos donde consten las comunicaciones de los integrantes del mismo, algunos tipos de declaraciones testimoniales, así como también la confesión de uno de los integrantes del cartel (este último caso es tratado con más detalle más adelante).

127. Por su parte, la prueba indirecta es aquella con la que se llega a la conclusión del hecho colusivo mediante inferencias. La prueba indirecta coincide así, en términos generales, con nuestra prueba de presunciones o indiciaria²¹⁰. El juez Posner, aunque no se declara muy entusiasta del uso de la clasificación de la prueba en directa e indirecta, señala que la prueba indirecta “es todo lo demás [aparte de la prueba directa] incluyendo las afirmaciones ambiguas”²¹¹.

128. Si bien tanto la prueba directa como la indirecta permiten acreditar la colusión²¹², la prueba directa es siempre inexistente o escasa. Esto se debe a que “por su propia naturaleza, la colusión es concebida y llevada a cabo en forma clandestina”²¹³. Los miembros de un cartel evitarán, por todos los

²¹⁰ De hecho, de acuerdo a la Corte Suprema, 29 de enero de 1970, RDJ 47, 4ª Sección, p. 12, C. 3º, las presunciones se definen como un medio de prueba indirecta:

[Las presunciones son] *un medio indirecto de prueba*, que consiste en las consecuencias que de hechos conocidos o manifestados en el proceso deduce el tribunal, para dar por establecidos los hechos que se propone comprobar. (énfasis agregado).

²¹¹ *In re High Fructose Corn Syrup Antitrust Litigation*, 295 F.3d 651, 662 (7th Cir. 2002) (“[Circumstantial evidence] is everything else including ambiguous statements. These are not to be disregarded because of their ambiguity; most cases are constructed out of a tissue of such statements and other circumstantial evidence, since an outright confession will ordinarily obviate the need for a trial”). *Vid. también, City of Tuscaloosa v. Harcros Chems.*, 158 F.3d 548, 569 (11th Cir. 1998):

[It is] only in rare cases that a plaintiff can establish the existence of a conspiracy by showing an explicit agreement; most conspiracies are inferred from the behavior of the alleged conspirators... and from other circumstantial evidence (economic and otherwise), such as barriers to entry and other market conditions.

²¹² *Vid. American Bar Association*, n. 147, p. 51 (“[T]he existence of the agreement, just like any fact in a case, can be proven by any relevant evidence, whether direct or circumstantial... Either direct or circumstantial evidence can be used to prove the ‘concerted action’ necessary to establish a violation of Section 1 of the Sherman Act”).

²¹³ *United States v. Washington*, 586 F.2d 1147, 1153 (7th Cir., 1978) (“By its nature conspiracy is conceived and carried out clandestinely, and direct evidence of the crime is rarely available”).

medios, dejar rastros o evidencia directa de su existencia²¹⁴. Los agentes empresariales que deciden cartelizarse son partes sofisticadas que anticipan la acción fiscalizadora de la Autoridad y las eventuales sanciones del Derecho de la Competencia²¹⁵.

129. La historia de la competencia en Chile demuestra que, con prueba directa, sólo se ha podido condenar por colusión a carteles menores –29 sentencias condenatorias hasta la creación del TDLC–²¹⁶. La hipótesis fáctica de estos casos corresponde típicamente a un conjunto de miembros de una asociación gremial, que, probablemente sin conocer los alcances del Derecho de la Competencia, acuerdan fijar precios, dejando incluso constancia en actas. El único caso de cartel duro o *hard core cartel* integrado por partes sofisticadas que ha sido castigado fue el de las cadenas farmacéuticas en 1995, lo que fue posible gracias a la prueba directa constituida por la confesión de uno de los miembros del cartel²¹⁷.

130. De lo anterior se sigue que en todas las jurisdicciones sea posible acreditar la colusión valiéndose únicamente de prueba de presunciones. En

²¹⁴ *Vid.* American Bar Association, n. 147, p. 53 (“As a number of courts have noted, however, direct evidence rarely exists in litigated cases and is ‘frequently difficult for antitrust plaintiffs to come by.’ In purposeful and hardcore price-fixing conspiracies, it is understandable that coconspirators would avoid creating paper trails or other direct evidence of their illegal conduct”). Entre nosotros, esto lo reconocen Cristóbal Eyzaguirre B. y Jorge Grunberg P., “Colusión monopólica. Prueba de la colusión, paralelismo de conductas y factores añadidos”, 4 *Revista Anales de Derecho UC. Temas de Libre Competencia* 57, 65-66 (2008): “La gran mayoría de las veces, los conspiradores o colusores se conciertan de manera clandestina sin dejar rastro material accesible del acuerdo”.

²¹⁵ Resolución de 18 de mayo de 1992, BOMEH, p. 4631, del Tribunal de Defensa de la Competencia (España).

²¹⁶ En el Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que Inicia un Proyecto de Ley que Modifica el Decreto con Fuerza de Ley N° 1 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, de 2004, en *Historia de la Ley N° 20.361 Modifica el Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de Economía, Fomento y Reconstrucción de 2004, sobre Tribunal de Defensa de la Libre Competencia*, 13 de julio, 2009, p. 7, se menciona que uno de los ejes centrales de dicha reforma legislativa tomaba como base la experiencia nacional e internacional en cuanto a lo complejo de obtener pruebas de carteles *duros*, junto a los pobres resultados. Lo anterior, fundamentalmente por “la dificultad de obtener información eficaz respecto de quiénes participaron en la gestación o actividad del mismo”.

²¹⁷ Los datos fueron entregados por el Fiscal Nacional Económico Enrique Vergara, durante la discusión en el Congreso Nacional de la Ley 20.361. *Historia de la Ley N° 20.361 Modifica el Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de Economía, Fomento y Reconstrucción de 2004, sobre Tribunal de Defensa de la Libre Competencia*, 13 de julio, 2009, p. 314.

Europa, Faull y Nikpay también señalan que “bajo ciertas circunstancias, una práctica concertada puede ser inferida sólo a partir de evidencia circunstancial”²¹⁸.

131. En Estados Unidos, al menos desde 1939 que los tribunales han condenado por colusión sobre la base de prueba indirecta²¹⁹. Como señala Scher, “puesto que los tribunales reconocen que rara vez se cuenta con evidencia directa de un acuerdo de colusión, la prueba circunstancial se permite y puede ser decisiva/resolutiva”²²⁰. En igual sentido se pronuncia el juez Posner, al señalar que “la mayoría de los casos son construidos a partir de un tejido de tales afirmaciones [ambiguas] y otra evidencia circunstancial”²²¹.

132. Entre nosotros, el entonces Presidente del TDLC, Eduardo Jara, reconoció también la importancia de la prueba indirecta:

Como sabemos la ley nos faculta para apreciar la prueba según las reglas de la sana crítica. Ahora bien, existen conductas ilícitas cuya comprobación, en muchas ocasiones, no puede realizarse por medio de la obtención y apreciación de pruebas directas. En estos casos, necesariamente debe recurrirse a medios probatorios indirectos como la prueba conjetural o circunstancial como es conocida en el mundo anglosajón. El Decreto Ley 211 nos permite inferir, a partir de hechos comprobados en la causa por prueba directa, la efectividad de otros hechos, que resultan relevantes para la

²¹⁸ Faull y Nikpay, n. 77, p. 213.

²¹⁹ *Vid. Interstate Circuit, Inc., v. United States*, 306 U.S. 208 (1939).

²²⁰ Irving Scher (ed), *Antitrust Adviser* (4th ed., Thomson-West, 11/2007), p. 1.17 (“Because courts recognize that there rarely is direct evidence of an express agreement to conspire, circumstantial evidence is admissible and can be dispositive”). *Vid. también*, Holmes, n. 164, p. 109 (“More typically, the existence of a contract, combination or conspiracy must be inferred from circumstantial evidence”).

²²¹ *In re High Fructose Corn Syrup Antitrust Litigation*, 295 F.3d 651, 662 (7th Cir. 2002) (“[Circumstantial evidence] is everything else including ambiguous statements. These are not to be disregarded because of their ambiguity; most cases are constructed out of a tissue of such statements and other circumstantial evidence, since an outright confession will ordinarily obviate the need for a trial”). *Vid. también*, *City of Tuscaloosa v. Harcros Chems.*, 158 F.3d 548, 569 (11th Cir. 1998):

[It is] only in rare cases that a plaintiff can establish the existence of a conspiracy by showing an explicit agreement; most conspiracies are inferred from the behavior of the alleged conspirators’... and from other circumstantial evidence (economic and otherwise), such as barriers to entry and other market conditions.

decisión final. Así, las presunciones deducidas válidamente, son determinantes medios probatorios en estos casos²²².

133. Juan José Romero se ha pronunciado en términos equivalentes en su comentario a la sentencia *Oxígeno Medicinal*:

Para probar la existencia de una acción concertada entre las empresas de oxígeno para repartirse el mercado, la FNE no utiliza evidencia directa, sino circunstancial. Esto no quiere decir que la segunda sea de menor valor que la primera. De hecho, lo normal en este tipo de casos es que no exista una prueba directa de un acuerdo o colusión. Lo que ocurre es que para probar una práctica concertada a través de evidencia circunstancial se requiere encadenar una serie de hechos de forma tal que, en su conjunto, permitan acreditar lo que se quiere probar²²³.

134. Nuestra jurisprudencia se ha mostrado vacilante, pero atribuimos esto a un problema de nomenclatura y no de concepto. En el caso *Isapres*, aunque la Corte Suprema no revocó sino que confirmó la sentencia del TDLC²²⁴, formuló la siguiente declaración a lo que ahí denominó “prueba directa”:

[D]e esta manera, aparece con nitidez que la prueba de presunciones con que se pretende demostrar la existencia de la colusión de que se trata, no es directa puesto que el hecho a que se refiere puede ser explicado por diversas razones. Sin embargo, para que la probanza en cuestión pueda producir pleno valor probatorio, es menester que reúna la indicada exigencia de ser directa, y como ello no sucede en la especie, forzoso es concluir que resulta inhábil para demostrar la mentada concertación²²⁵.

²²² Eduardo Jara Miranda, “Apertura de las Segundas Jornadas de Derecho de la Competencia, Pontificia Universidad Católica de Chile”, 31 de agosto de 2007, disponible en http://www2.tdlc.cl/db_images/noticias/46dc4f82a999c_Lea%20la%20intervencion%20completa%20del%20Presidente%20del%20TDLC.doc (última visita, 20 de agosto de 2010).

²²³ Romero Guzmán, Juan José “Colusión de Empresas de Oxígeno: ¿Cuánta evidencia es suficiente?”, 2007, p. 20 Disponible en: http://www.lcuc.cl/documentos_down/ColusiondeEmpresasdeOxigeno.pdf [Última revisión, 20 de agosto de 2010]

²²⁴ El voto de mayoría de dicho fallo –TDLC, *FNE contra Isapre ING S.A. y otros*, Sentencia N° 57, Rol C-77-05, de 12 de julio de 2007, C. 80°–, reconoce la posibilidad de lograr convicción únicamente en base a prueba indirecta:

Por ello, habrá de establecerse a continuación si, en los hechos, dicho acuerdo existió o no. Para tal efecto, y a falta de evidencia directa de la existencia del mismo, será preciso constatar si puede presumirse legalmente la existencia de un acuerdo entre las requeridas a partir de los hechos acreditados en el proceso.

²²⁵ Corte Suprema, *FNE con Isapre ING S.A. y otras*, Rol 4052-2007, Sentencia de 28 de enero de 2008, C. 15°.

135. De dicho considerando parece apreciarse que, según el Máximo Tribunal, lo “directo” diría relación con la existencia o no de otras posibles razones o explicaciones del hecho colusivo que se intenta demostrar. Ahora bien, como siempre hay otras razones o explicaciones formuladas por los demandados como justificación, en definitiva, lo que parece sugerir este considerando, es que la prueba de presunciones aportada por la FNE, en su totalidad, no fue suficiente para superar el estándar de prueba intermedio propio del Derecho de la Competencia. Así aparece de manifiesto en el considerando 8° de esa misma sentencia:

[Esta Corte deja] establecido, con claridad y certeza, que los medios de prueba agregados al proceso son insuficientes para demostrar la existencia de la colusión imputada por la Fiscalía Nacional Económica a las Isapres requeridas²²⁶.

136. En el voto de minoría –que estuvo por condenar a las Isapres por colusión–, los Ministros Oyarzún y Pierry utilizaron el concepto de “prueba directa” conforme a su correcta definición procesal. Los citados Ministros precisaron correctamente que el artículo 22 inciso 2° del DL 211 no deja ninguna duda de que la prueba de presunciones sí puede llevar a una condena por colusión:

[E]l requisito de acuerdo o prácticas concertadas entre agentes económicos puede ser acreditado por prueba directa o indirecta conforme lo establece el artículo 22 inciso segundo del Decreto Ley N° 211, todo lo cual guarda relación con la apreciación de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica establecido en el inciso final del artículo mencionado²²⁷.

137. Por lo demás, así había sido sostenido en el TDLC por los Ministros Butelmann y Depolo, quienes también estuvieron por acoger el requerimiento de la FNE. En este aspecto procesal puntual, ambos Ministros destacaron certeramente que

... la existencia de un acuerdo o práctica concertada entre agentes económicos puede ser acreditada tanto por prueba directa como indirecta, e incluso, sólo por prueba indirecta. En efecto, en la mayoría de los casos, la existencia de acuerdos o prácticas concertadas deben inferirse de ciertas coincidencias y de indicios que, considerados en su conjunto, pueden constituir, a falta de una

²²⁶ *Id.*, C. 8°.

²²⁷ *Id.*, C. 8° del voto de minoría.

explicación coherente, la prueba de una infracción a las normas de competencia²²⁸.

138. En cualquier caso, resulta crucial no confundir los conceptos de estándar de prueba con el de prueba por presunciones. De no formularse esta distinción, se corre el riesgo de hacer el proceso de prueba de la colusión doblemente difícil. No corresponde elevar *de facto* el estándar de prueba en el ámbito de la competencia por la vía de restringir el uso de un medio de prueba que la ley permite expresamente.

iii. La confesión de un miembro del cartel como prueba directa de la colusión

139. La confesión de un miembro del cartel constituye una prueba directa del acuerdo. Ahora bien, es necesario notar que, desde un punto de vista procesal, la confesión, cuando es usada contra los demás demandados, es prueba testimonial. Como explican los procesalistas Maturana y Montero, en el ámbito procesal penal –que, al igual que la competencia, también debe resolver problemas probatorios asociados a ilícitos cometidos colectivamente–, “sólo reviste el carácter de confesión la declaración del imputado que le perjudique, y sólo debe ser considerada como prueba testimonial a las declaraciones que se presten por otros coimputados”²²⁹.

140. Tratándose de prueba testimonial, en principio, las confesiones de un demandado de colusión que perjudican a los demás co-demandados, deben ser ponderadas por el sentenciador conforme a la amplia discreción que le reconoce el sistema de la sana crítica. Esta amplia discreción del sentenciador es, por lo demás, la regla general en materia procesal civil, tanto para otorgar como para restar valor a uno o más testimonios. En palabras de la Corte Suprema:

[El] art. 384 N° 1° [del Código de Procedimiento Civil] determina que la declaración de un testigo imparcial y verídico constituye una presunción judicial cuyo mérito probatorio debe ser apreciado en conformidad al art. 426, y [si] se considera que este artículo establece por su parte que una sola presunción puede constituir plena prueba cuando, “a juicio del tribunal”,

²²⁸ TDLC, *FNE contra Isapre ING S.A. y otros*, Sentencia N° 57, Rol C-77-05, de 12 de julio de 2007, C. 5° del voto de minoría.

²²⁹ *Vid.* Cristián Maturana y Raúl Montero, *Derecho Procesal Penal* (Abeledo Perrot-Legal Publishing, Santiago 2010), Vol. II, p. 979. Por su parte, María Inés Horvitz y Julián López, *Derecho Procesal Penal Chileno* (Editorial Jurídica, Santiago 2005), Vol. II, p. 315, consideran que, en términos estrictos, no se trataría de prueba testimonial.

tenga caracteres de gravedad y precisión suficientes “para formar su convencimiento”, habrá de convenirse necesariamente que no hay transgresión alguna cuando los jueces de la instancia asignan mérito de prueba plena a una presunción constituida por la declaración de un testigo, si en uso de las facultades privativas que se les acuerda, conceptúan que ella está revestida de caracteres de gravedad y precisión tales que bastan para formar su propia convicción²³⁰.

[De la] historia fidedigna del establecimiento del citado artículo 384 [del Código de Procedimiento Civil], aparece que, como se dejó constancia en las Actas de la Comisión a petición de los señores Ballesteros y Vergara, los Tribunales tenían amplia libertad para apreciar el mérito probatorio de las declaraciones de testigos, de manera que quedaban facultados para desestimar, no sólo el dicho de uno, sino que cualquier número de testigos, cuando, en su concepto, no fuere digno de fe su testimonio²³¹.

141. Conforme a lo anterior, tanto en el Derecho Comparado como en el Nacional, la prueba de la colusión mediante la confesión de uno o más de los co-demandados es admitida y valorada. Por ejemplo, en Estados Unidos, en el caso *In re Flat Glass Antitrust Litigation*, la Corte de Apelaciones del Tercer Circuito Federal consideró la declaración de uno de los co-conspiradores como un factor relevante para que la colusión pudiera ser establecida por el jurado (rechazó dar un fallo favorable a favor de los demandados en *summary judgment* que habría evitado enviar la decisión fáctica del caso al jurado)²³².

142. En Chile, en un reciente caso de colusión, el TDLC otorgó valor a la confesión de uno de los involucrados en el cartel, declarando que la misma constituye prueba directa de la colusión²³³.

²³⁰ Corte Suprema, *contra Durán Ferraz de Andrade*, Casación en el Fondo, sentencia de 12 de septiembre de 1977, RDJ T. 74, Sección 4ª, C. 10º, pp. 289, 292.

²³¹ Corte Suprema, *contra Gula Arévalo*, Casación en el Fondo, sentencia de 29 de noviembre de 1976, RDJ T. 73, Sección 4ª, C. 9º, pp. 247, 249.

²³² *In re Flat Glass Antitrust Litigation*, 385 F. 3d 350, 368 (3d Cir. 2004).

²³³ TDLC, *FNE contra Sociedad de Transportes Central Ltda. y otros*, Rol C-165-2008, Sentencia 94 de 7 de enero de 2010, C. 55º:

Que confirma la presunción anterior *la prueba directa* constituida por los dichos de Doña Aurora del Carmen Benavides Silva, representante de las líneas de taxis colectivos 17 y 17-A en la absolución de posiciones cuya acta corre a fojas 925 y siguientes. La Sra. Benavides confesó que antes del paro de conductores hubo reuniones entre empresarios del transporte público de la ciudad de Osorno con el objetivo de acordar tarifas. Posteriormente reconoce que en la reunión del 27 de noviembre de 2007, celebrada en la sede del Gobierno Regional, tanto los empresarios de microbuses como los de taxis colectivos acordaron firmar notarialmente un alza de tarifas, aunque éstos

143. Anteriormente, la Comisión Resolutiva, conociendo del requerimiento por colusión presentado por la FNE en contra de las cadenas farmacéuticas el año 1994, otorgó valor a la confesión de Cruz Verde y sus funcionarios²³⁴. En dicha ocasión, la Sociedad Farmacéutica Cruz Verde Limitada, al contestar el requerimiento, relató los hechos constitutivos de la colusión²³⁵, hechos que fueron luego corroborados mediante el testimonio de algunos ejecutivos. La Comisión concluyó que las partes habían participado de un acuerdo ilegal²³⁶.

144. Ahora bien, la confesión de un co-conspirador presenta dos problemas probatorios complejos que deben ser considerados aquí con más cuidado: primero, si el hecho que dicha declaración haya sido prestada en el marco de un programa de clemencia le resta o no valor probatorio; y, segundo, si el sentenciador puede o no llegar a la conclusión de colusión a partir de la sola declaración testimonial de un co-conspirador.

145. En nuestra opinión, si bien la confesión prestada en un programa de clemencia puede comprometer la credibilidad de la declaración, se trata de un medio de prueba cuyo valor debe ser apreciado discrecionalmente, *ex post*, por el sentenciador. Por su parte, la confesión de un sólo co-conspirador puede llegar a ser suficiente evidencia para acreditar la colusión, si es que la misma tiene la necesaria gravedad y precisión para producir convicción en el juzgador en los términos exigidos por el estándar de prueba intermedio propio del Derecho de la Competencia.

146. Varias razones demuestran nuestras afirmaciones. En primer término, en cuanto a admisibilidad, la declaración otorgada en el contexto de un

últimos no llegaron a hacerlo. Este hecho fue confirmado por los dichos de don Alfredo Haase Rosas, representante de la requerida Transportes Frankol, en su absolución de posiciones de fojas 968 y siguientes. (énfasis agregado).

²³⁴ Cabe notar que, desde el año 1979 (DL 2760), que el artículo 18 del DL 211 disponía, al igual que el actual artículo 22 inciso 2°, que: “F.- Serán admisibles los medios de prueba indicados en el artículo 341 del Código de Procedimiento Civil y todo indicio o antecedente que, en concepto de la Comisión, sean idóneos para establecer los hechos pertinentes”.

²³⁵ Comisión Resolutiva, *FNE contra Farmacias Ahumada y otros*, Resolución 432 de 16 de mayo de 1995, Vistos 12°.

²³⁶ Comisión Resolutiva, *FNE contra Farmacias Ahumada y otros*, Resolución 432 de 16 de mayo de 1995, Considerandos 12° y 13°, y Resueltos 2° y 3°.

programa de clemencia es una prueba que no puede ser excluida *a priori*²³⁷. Con anterioridad a la reforma que la Ley 20.361 de 2009 introdujo al DL 211, los testigos podían ser tachados por razones de parcialidad. Después de su vigencia, las tachas del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil ya no son aplicables al proceso establecido en el DL 211²³⁸.

147. Consiguientemente, el actual texto del artículo 22 inciso 3° del DL 211 permite concluir que el legislador no ha considerado la eventual parcialidad del declarante como un elemento que impida que una cierta prueba testimonial pueda ser ponderada por el juez conforme a las reglas de la sana crítica. El TDLC debe siempre considerar la prueba, y asignarle el valor específico que le corresponde descontado proporcionalmente conforme a su falta de fiabilidad. Así se dejó constancia en la historia de la Ley 20.361:

En cuanto a la consulta del Diputado señor Cardemil respecto de la indicación del Ejecutivo, en el sentido de saber por qué se suprimían la inhabilidades y causales de tacha respecto de los testigos, los representantes del Ejecutivo explicaron que *el criterio regulador de la prueba era la sana crítica, sistema en que lo que realmente importaba era si el testimonio servía o no para formar la convicción del tribunal, sin importar mayormente la calidad del testigo*²³⁹. (énfasis agregado)

²³⁷ La solución no es distinta en el ámbito procesal penal. En España, así lo explica el Tribunal Constitucional, en sus sentencias SSTC 98/1990, fundamento jurídico 2.; SSTC 50/1992, fundamento jurídico 3 y SSTC 51/1995, fundamento jurídico 4:

[L]as manifestaciones inculpativas procedentes de quienes también tienen la condición de acusados pueden tener valor de tales, pues la circunstancia de la coparticipación no supone necesariamente la tacha o irrelevancia del testimonio, sino que constituye simplemente un dato a tener en cuenta por el Tribunal penal al ponderar su credibilidad en función de los factores particulares concurrentes en cada caso. (Citado por Ignacio Sánchez Yllera, "Dudas razonables: La declaración de los coimputados", 50 *Revista Xurídica Galega* 13, 16-17 (2006).

²³⁸ El artículo 358 del C.P.C. establece las inhabilidades para declarar como testigo, cuando se duda de la parcialidad del mismo. En efecto, dicho artículo señala que:

Serán inhábiles para declarar:... 6° Los que a juicio del tribunal carezcan de la imparcialidad necesaria para declarar por tener en el pleito interés directo o indirecto; y 7° Los que tengan íntima amistad con la persona que los presenta o enemistad respecto de la persona contra quienes declaren. La amistad o enemistad deberán ser manifestadas por hechos graves que el tribunal calificará según las circunstancias.

²³⁹ Informe de la Comisión de Constitución, Cámara de Diputados, en *Historia de la Ley N° 20.361 Modifica el Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de Economía, Fomento y Reconstrucción de 2004, sobre Tribunal de Defensa de la Libre Competencia*, 13 de julio, 2009, p. 157.

148. En segundo término, en cuanto al valor de la prueba, las razones que se esgrimen en el Derecho Procesal Penal para que el juzgador no se forme convicción sobre la base del testimonio del co-imputado –especialmente si fue entregado conforme a un programa de delación compensada o arrepentimiento eficaz–, no son aplicables al Derecho de la Competencia.

149. En el proceso penal rige el estándar de prueba de la duda razonable, y ciertamente una declaración semejante no será por sí sola suficiente para vencer dicho elevado estándar de prueba. El grado de desconfianza institucional que existe hacia este medio de prueba, dado su riesgo de falta de credibilidad, es suficiente para introducir una duda razonable. En palabras de Sánchez Yllera, “no es razonable no tener duda razonable acerca de la culpabilidad cuando la única prueba es la manifestación inculpativa de un coimputado”²⁴⁰. Por ello, según explican Horvitz y López, en el ámbito procesal penal será necesario que la declaración inculpativa del coacusado, especialmente si se otorgó conforme a un programa de delación compensada o arrepentimiento eficaz, sea corroborada por otras pruebas rendidas en el juicio²⁴¹.

150. Ahora bien, si el estándar de prueba es menos demandante que el de duda razonable –como es el caso en el Derecho de la Competencia–, entonces no puede sostenerse que un testimonio dado por un co-demandado, sea o no la única prueba en el expediente y sea que se haya otorgado o no en el contexto de un programa de clemencia, no pueda *nunca* llegar a acreditar el hecho ilícito de que conoce el juez.

151. Procesalmente, corresponde al juez darle valor a dicho testimonio conforme a las normas generales, debiendo en todo caso exigir un grado importante de gravedad y precisión, especialmente tratándose de un testimonio dado en un programa de clemencia. Ahora bien, no debe olvidarse que en este último caso, dicha declaración siempre llegará al TDLC acompañada de otras pruebas que la corroboren, por cuanto el artículo 39 bis del DL 211 señala expresamente que para acceder al beneficio de la clemencia es necesario aportar a la FNE antecedentes que sean “precisos, veraces y comprobables”.

²⁴⁰ Sánchez Yllera, n. 237, pp. 16-17.

²⁴¹ *Vid.* Horvitz y López, n. 229, pp. 316-318.

152. De modo que, en lo que se refiere al *proceso interno de convicción* del TDLC conforme a las reglas de la sana crítica, las declaraciones de un co-demandado, especialmente en el contexto de un programa de clemencia, enfrentan el *riesgo* de ser poco creíbles. Corresponde entonces al TDLC, conforme a las reglas de la lógica y de la experiencia, realizar un chequeo de “fiabilidad” del co-demandado y de su declaración *en el caso concreto*. Para ello, el TDLC debe atender a las circunstancias especiales del co-demandado y su declaración, incluyendo la “personalidad del delator, las relaciones previas entre coimputado delator y acusado, la posible presencia de móviles espurios en el delator, el ánimo de autoexculpación, entre otros”²⁴². Tampoco puede pasarse por alto que, de acuerdo al artículo 39 bis inciso final, quien miente o hace un uso espurio de la delación se expone a sanciones penales²⁴³.

b. La prueba indirecta de la colusión conforme a la teoría de los factores adicionales

153. Como indicamos anteriormente, en los casos más complejos de colusión no hay prueba directa, o la que existe no es suficiente para acreditar la existencia de un acuerdo conforme al grado de convicción exigido por el estándar de prueba. Los sentenciadores se encuentran por ello en la necesidad de valorar la prueba indirecta o indiciaria rendida por las partes.

154. Dado que el conflicto entre un demandante que alega colusión y un demandado que alega paralelismo es una situación que ocurre en forma reiterada en el tiempo y en el espacio, el Derecho Comparado de la competencia ha desarrollado un extenso marco conceptual que facilita la labor de apreciación de la prueba indirecta o indiciaria. A continuación presentamos la teoría que permite probar la colusión mediante prueba indiciaria, teoría que se conoce bajo el nombre de “factores adicionales” (o “factores añadidos”).

²⁴² *Id.*, p. 316.

²⁴³ Artículo 39 bis inciso final del DL 211: “Quien alegue la existencia de la conducta prevista en la letra a) del artículo 3º, fundado a sabiendas en antecedentes falsos o fraudulentos con el propósito de perjudicar a otro agentes económicos acogiéndose a los beneficios de este artículo, será sancionado conforme a lo establecido en el artículo 210 del Código Penal”.

i. *Clasificación de la prueba indirecta y apreciación holística de los indicios*

155. Como cuestión previa al análisis de la teoría de los factores adicionales, es necesario explicar la manera en la que se clasifica la prueba indirecta, y la forma como se valoran los indicios aportados por las partes.

156. En un fallo que se ha transformado en una referencia ineludible en la materia, *In re High Fructose Corn Syrup Antitrust Litigation*, el Juez Posner señaló que la prueba indiciaria en los casos de colusión es de dos tipos: económica (*economic*) y no-económica (*non-economic*)²⁴⁴. En términos generales, la prueba es útil al demandante si “tiende a excluir” la posibilidad de acción independiente de parte de los demandados (*Matsushita/Monsanto*)²⁴⁵.

157. En la prueba económica, el conocimiento científico permite inferir que el nivel de competencia o rivalidad entre los demandados es bajo o nulo. La prueba económica puede ser de dos tipos: (a) prueba relativa a la estructura del mercado; y (b) prueba relativa a ciertas conductas o comportamientos que no parecen compatibles con la competencia²⁴⁶.

²⁴⁴ Vid. *In re High Fructose Corn Syrup Antitrust Litigation*, 295 F.3d 650, 655 (7th Cir. 2002):

The evidence upon which a plaintiff will rely will usually be and in this case is of two types – economic evidence suggesting that the defendants were not in fact competing, and noneconomic evidence suggesting that they were not competing because they had agreed not to compete.

La distinción es seguida, entre otros, por Klevorick y Kohler-Hausmann, n. 60, p. 25.

²⁴⁵ Vid. *supra*, n. 119.

²⁴⁶ Vid. *In re High Fructose Corn Syrup Antitrust Litigation*, 295 F.3d 650, 655 (7th Cir. 2002). La OECD, *Prosecuting Cartels without Direct Evidence* (2006), p. 9, disponible en <http://www.oecd.org/dataoecd/19/49/37391162.pdf> (última visita, 20 de agosto de 2010), explica la diferencia entre estos dos tipos de evidencia y el valor de cada uno:

Economic evidence can be categorized as either conduct or structural evidence. The former includes, most importantly, evidence of parallel conduct by suspected cartel members, e.g., simultaneous and identical price increases or suspicious bidding patterns in public tenders. It can also include evidence of facilitating practices, though that conduct could also be characterised as “quasi-communication evidence.” Structural economic evidence includes evidence of such factors as high market concentration and homogeneous products. *Of these two types of economic evidence, conduct evidence is considered the more important. Economic evidence must be carefully evaluated.* The evidence should be inconsistent with the hypothesis that the

158. En cuanto a su valor probatorio, en la mayoría de los casos la prueba económica, en particular la estructural, no es suficiente para lograr la convicción del juzgador conforme al estándar de prueba aplicable²⁴⁷. Pero, según veremos, esto no debe llevar a su exclusión o no valoración, porque tales indicios sí permitirán al juez, *al ponderar todos los indicios en conjunto*, concluir que la colusión es “calificadamente”²⁴⁸ más probable que el fenómeno del paralelismo consciente.

159. Por su parte, la prueba no-económica es aquella que permite inferir que la falta de competencia entre los demandados es consecuencia causal de un acuerdo de no-competir²⁴⁹. Esta prueba no-económica es la que habitualmente permite a un Tribunal completar el proceso de convicción en el sentido que los demandados acordaron reducir la rivalidad en términos prohibidos por el Derecho de la Competencia.

160. Enseguida, en cuanto a la forma de apreciación de la prueba indirecta, el Derecho Comparado muestra que los acusados de colusión frecuentemente argumentan que los Tribunales deben evaluar los indicios uno a uno, de forma que si alguno, varios o todos ellos no permiten concluir la existencia de colusión, entonces el Tribunal debiera rechazar la demanda o requerimiento de colusión.

161. Sin embargo, tal argumento ha sido rechazado en distintas latitudes, y hoy existe un relativo consenso respecto a que la prueba indirecta debe analizarse “colectiva y holísticamente”²⁵⁰. Como explica la OCDE, “la mejor

market participants are acting unilaterally in their self interest. Economics, including the use of game theory, can be instructive on how to make this judgment. It appears that in most countries, however, that kind of analysis is not yet employed. (énfasis agregado).

²⁴⁷ Vid. John Fingleton, Marie-Barbe Girard y Simon Williams, “The fight against cartels: is a mixed approach to enforcement the answer?”, en *Annual Proceedings of the Fordham Competition Law Institute* (Juris Publishing, Inc., Nueva York 2007), p. 10 (“Ultimately, economic analysis alone can only give hints as to which industries might be prone to cartelisation, and this will rarely pass the threshold for opening a formal investigation”).

²⁴⁸ Conforme al estándar de prueba que se exija en el Derecho de la Competencia.

²⁴⁹ Vid. *In re High Fructose Corn Syrup Antitrust Litigation*, 295 F.3d 650, 655 (7th Cir. 2002).

²⁵⁰ *In re Flat Glass Antitrust Litigation*, 385 F.3d 350, 368 (3d Cir. 2004) (“And viewed collectively and holistically, there is evidence tending to show that PPG was a party to an agreement to raise the price of flat glass on three occasions”).

práctica es usar la evidencia circunstancial holísticamente, otorgándole un efecto acumulativo, y no sobre la base del sistema antecedente-por-antecedente”²⁵¹.

162. En efecto, en la Unión Europea, la Corte Europea de Justicia, en el reciente caso *Nederlandse Federatieve*, sostuvo que los indicios deben ser “tomados en conjunto” (*taken together*)²⁵². Antes, en el caso *Dyestuffs*, la Corte ya había señalado también que:

La pregunta de si hubo una acción concertada en este caso sólo puede ser correctamente determinada si la prueba en la que la decisión recurrida se basa no es considerada en forma aislada, *sino que como un todo*, siendo tomadas en cuenta las características específicas de los productos en cuestión²⁵³.

163. En Estados Unidos, la valoración de la prueba indirecta en su conjunto, y no una a una, es un tema que no merece duda. En *Matsushita*, la Corte Suprema estableció que los tribunales deben considerar el “expediente en su totalidad” (*the record taken as a whole*)²⁵⁴. Klevorick y Kohler-Hausmann

²⁵¹ OECD, n. 246, p. 9. La explicación completa, según la OECD, *id.*, es la siguiente:

One delegate described the methodology for evaluating circumstantial evidence as like an impressionist painting, comprising many dots or brush strokes which together form an image. Another likened the process to a jigsaw puzzle. In this way, circumstantial evidence, which by definition does not describe the specific terms of an agreement, can be better understood... *On balance, the holistic approach is much preferable to a requirement that each item of circumstantial [evidence, sic] be linked directly to a specific agreement.* (énfasis agregado).

²⁵² *Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied v. Commission*, Caso C-105/04 P, ¶ 94 (“The Court has already held that in most cases the existence of an anti-competitive practice or agreement must be inferred from a number of coincidences and indicia which, taken together, may, in the absence of another plausible explanation, constitute evidence of an infringement of the competition rules”). *Vid. también, Aalborg Portland A/S v. Commission*, Casos C-204, 205, 211, 213, 217, y 219/00 P, ¶ 57.

²⁵³ *Imperial Chemical Industries Ltd. v Commission of the European Communities*, Caso 48/69 [1972] ECR 619, [1972] CMLR 557, ¶ 68 (“[T]he question whether there was a concerted action in this case can only be correctly determined if the evidence upon which the contested decision is based is considered, not in isolation, *but as a whole*, account being taken of the specific features of the products in question”).

²⁵⁴ *Matsushita Elec. Indus. Co. v. Zenith Radio Corp.*, 475 U.S. 574, 587 (1986). El contexto procesal es *summary judgment*. Como explicamos, en Estados Unidos el evaluador de los hechos es el jurado. Pero el Tribunal, si la evidencia no permite que personas razonables puedan concluir que hay colusión, falla el caso de plano, sin enviarlo al jurado, en favor de

resumen el estándar norteamericano establecido por la Corte Suprema en *Matsushita*:

La prueba debe ser evaluada como un todo y el tribunal debe considerar todas las posibles inferencias razonables que puedan ser derivadas de dicha prueba. El tribunal debe sopesar en forma comparativa las inferencias propuestas por el demandante que indican colusión y las inferencias ofrecidas por los demandados que indican una conducta legal e independiente. Finalmente, el tribunal debe determinar cuál es la versión más probable²⁵⁵.

164. El Juez Posner, en el ya citado caso *In re High Fructose Corn Syrup Antitrust Litigation*, señaló que la prueba indiciaria debe ser calificada en su conjunto²⁵⁶. Más aún, se pronunció enfáticamente –calificando la posición contraria como una *trampa*– en el sentido que es perfectamente posible concluir *holísticamente* que hay colusión cuando los indicios separadamente no son concluyentes:

La segunda trampa a ser evitada cuando se evalúa la prueba relativa a colusión al momento de resolver un incidente *cuasi-liminar* presentado por los demandados [*motion for summary judgment*] es suponer que si ninguna de las pruebas presentadas por el demandante conduce inequívocamente a una colusión, entonces la prueba en su conjunto no es susceptible para superar la etapa del incidente cuasi-liminar [*summary judgment*]... La pregunta para el jurado en un caso como éste es simplemente si, al ser considerada la prueba

los demandados. Dicha evaluación del Tribunal debe hacerse considerando el expediente en su totalidad. Si pasa al jurado, éste es soberano para decidir los hechos sobre los cuales se forme convicción.

²⁵⁵ Klevorick y Kohler-Hausmann, n. 60, p. 31 (“[T]he evidence must be evaluated as a whole, and the court must consider all possible reasonable inferences that could be drawn from such evidence. The court must comparatively weigh the competing inferences proposed by the plaintiff indicating conspiracy and the reasonable inferences offered by defendants indicating lawful, independent conduct, and the court must determine which is the more likely account”). A nivel de Cortes de Apelaciones Federales, *vid. por ejemplo, Blomkest Fertilizer, Inc. v. Potash Corp. of Sask.*, 203 F.3d 1028, 1033 (8th Cir. 2000) (“all evidence”), *Merck-Medco Managed Care, LLC v. Rite Aid Corp.*, 201 F.3d 436, 1999 U.S. App. LEXIS 21487 (4th Cir. 1999) (“[a]ll of the evidence viewed together”).

²⁵⁶ *In re High Fructose Corn Syrup Antitrust Litigation*, 295 F.3d 651, 661 (7th Cir. 2002):

[N]o single piece of the evidence that we're about to summarize is sufficient in itself to prove a price-fixing conspiracy. ***But that is not the question. The question is simply whether this evidence, considered as a whole and in combination with the economic evidence,*** is sufficient to defeat summary judgment. (énfasis agregado).

en su conjunto, resulta más probable que los demandados se hubiesen coludido para fijar precios que lo contrario²⁵⁷.

165. En nuestro país, la buena doctrina que hemos expuesto en esta subsección aparece con toda claridad en los votos de minoría del fallo *Isapres* de la Corte Suprema. Aunque el fallo de mayoría de la Corte Suprema no hace referencia a la manera conforme a la cual se debe valorar la prueba indiciaria, los Ministros Oyarzún y Pierry afirmaron en su voto disidente:

Que estiman comprobado que se produjo entre Isapre ING S.A.; Isapre Vida Tres S.A.; Isapre Colmena Golden Cross S.A. e Isapre Banmédica S.A. una simultaneidad en el comienzo de la sustitución de planes, con un evidente paralelismo en el ritmo del reemplazo de dichos planes, unido a una notoria disminución en la intensidad de la competencia entre los actores, reflejado en la reducción de los gastos de publicidad y fuerza de ventas; *hechos que considerados en conjunto* sólo pueden ser explicados por la existencia de un acuerdo entre las cuatro Isapres requeridas mencionadas²⁵⁸.

166. Por su parte, el TDLC, tanto en el voto de mayoría como en el de minoría del mismo caso, se pronunció en favor de la tesis de la valoración *holística*. En el considerando 135°, el Tribunal cierra su análisis señalando que ha “ponderado en conjunto todos los antecedentes analizados precedentemente”²⁵⁹. Por su parte, los disidentes, Ministros Butelmann y Depolo, expresaron que:

[E]n la mayoría de los casos, la existencia de acuerdos o prácticas concertadas deben inferirse de ciertas coincidencias y de indicios que, *considerados en su conjunto*, pueden constituir, a falta de una explicación coherente, la prueba de una infracción a las normas de competencia²⁶⁰.

²⁵⁷ *In re High Fructose Corn Syrup Antitrust Litigation*, 295 F.3d 651, 655-656 (7th Cir. 2002) (“The second trap to be avoided in evaluating evidence of an antitrust conspiracy for purposes of ruling on the defendants’ motion for summary judgment is to suppose that if no single item of evidence presented by the plaintiff points unequivocally to conspiracy, the evidence as a whole cannot defeat summary judgment... The question for the jury in a case such as this would simply be whether, when the evidence was considered as a whole, it was more likely that the defendants had conspired to fix prices than that they had not conspired to fix prices”). *Vid. también, In re Flat Glass Antitrust Litigation*, 385 F. 3d 350, 368 (3d Cir. 2004).

²⁵⁸ Corte Suprema, *FNE contra Isapre ING S.A. y otros*, Rol 4052-2007, Sentencia de 28 de enero de 2008, voto de minoría, C. 4° (énfasis agregado).

²⁵⁹ TDLC, *FNE contra Isapre ING S.A. y otros*, Sentencia N° 57, Rol C-77-05, de 12 de julio de 2007, C. 135°.

²⁶⁰ *Id.*, voto de minoría, C. 5° (énfasis agregado).

167. En definitiva, la prueba indirecta, incluyendo los antecedentes económicos y no-económicos existentes en el proceso, debe ser calificada en su totalidad y no conforme a la trampa del “antecedente-por-antecedente”. Siguiendo la experiencia acumulada por la OCDE, proceder de otra manera es dar garantía a los carteles que no habrá manera de lograr convicción contra ellos²⁶¹. El TDLC debe evaluar colectiva y holísticamente la prueba indiciaria, y debe determinar así qué hipótesis es más factible (calificadamente, conforme al estándar de prueba adoptado): si la colusión o el paralelismo consciente.

ii. *Los factores adicionales que permiten inferir colusión*

168. Cuando no existe prueba directa de la colusión, los Tribunales enfrentan la difícil tarea de inferir, a partir del conjunto de indicios existentes en el expediente, si la colusión es “calificadamente” más probable que el paralelismo. La sola prueba del paralelismo no es suficiente, porque dicho paralelismo es consistente tanto con la hipótesis de colusión como con la de interdependencia oligopolística o incluso de competencia “perfecta”²⁶².

169. Dado este escenario, el Derecho Comparado ha desarrollado la teoría de los factores adicionales²⁶³. Conforme a esta teoría, los demandantes deben ofrecer factores de hecho “adicionales” al mero paralelismo, que tiendan a excluir la posibilidad de actuación no-colusiva²⁶⁴. En nomenclatura

²⁶¹ OECD, n. 246, p. 9:

The materials submitted for the roundtable described a few cases in which courts declined to use this holistic approach, requiring instead that each item of evidence be linked directly to a specific agreement. The result was that the cases failed.

²⁶² Vid. *In re Insurance Brokerage Antitrust Litigation*, 2010 U.S. App. LEXIS 17107 *54-55 (2010) (“Plaintiffs relying on circumstantial evidence of an agreement must make a showing at both stages (with well-pled allegations and evidence of record, respectively) of ‘something more than merely parallel behavior’”).

²⁶³ La teoría es un desarrollo jurisprudencial norteamericano que tiene su origen en el caso de 1952, *C-O-Two Fire Equip. Co. v. United States*, 197 F.2d 489, 493 (9th Cir. 1952).

²⁶⁴ Vid. Klevorick y Kohler-Hausmann, n. 60, p. 45 (“[Plaintiffs] must come forward with plus factors that raise the probability of an inference of conspiracy above the likelihood implied by evidence of mere parallel behavior by defendants”). Vid. *Apex Oil Co. v. Di Mauro*, 822 F.2d 246, 253-254 (2d Cir. 1987) (“Since mere parallel behavior can be consistent with independent conduct, courts have held that a plaintiff must show the existence of additional circumstances, often referred to as ‘plus’ factors, which, when viewed in conjunction with the parallel acts, can serve to allow a fact-finder to infer a conspiracy”). Vid. también, Keith Hylton, *Antitrust Law: Economic Theory and Common Law Evolution* (Cambridge University

probabilística, Klevorick y Kohler-Hausmann, explican el significado preciso de *cada factor adicional individualmente considerado* en los siguientes términos:

Denote la probabilidad basal de colusión (C) dada sólo la prueba de una mera conducta paralela (PC) como $P(C | PC)$. El demandante debe afirmar al menos un factor adicional (PF) tal que la probabilidad de colusión dada la conducta paralela y el factor adicional sean mayores que la probabilidad de dicha colusión dada la mera conducta paralela: $P(C | PC \& PF) > P(C | PC)$. *Esto es, el factor adicional es cualquier prueba que haría a un verificador racional de los hechos revisar al alza su probabilidad estimada de que los demandados participaron de una acción concertada o colusiva*²⁶⁵.

170. Nótese que cualquier elemento probatorio que aumente la probabilidad basal (o de partida) de colusión constituye un factor agregado, sin que se le exija a cada uno de estos antecedentes que generen convicción en el juzgador. Para que un factor califique como adicional, basta que la hipótesis de paralelismo no-colusivo se haga “menos atractiva”²⁶⁶. Esta observación es particularmente válida para la prueba económica, especialmente la estructural, que por sí sola no permite concluir la colusión, pero sí aporta a la valoración conjunta de la evidencia.

171. Los demandados pueden también rebatir las inferencias que los demandantes intentan realizar sobre la base de los factores adicionales, ofreciendo, por su parte, explicaciones e indicios que se refieran a razones

Press, Cambridge 2003), p. 141 (“Generally, the plus factor is some set of facts or circumstances that suggests that the defendants were not acting independently”). En forma algo circular, Phillip Areeda, Louis Kaplow y Aaron Edlin, *Antitrust Analysis. Problems, Text and Cases*, (6ª ed., Aspen Publishers, New York 2004), p. 227, definen los factores adicionales en los siguientes términos: “The other facts that serve to transform parallelism into conspiracy (or that allow a jury to do so) are often characterized as «plus factors»”.

²⁶⁵ Klevorick y Kohler-Hausmann, n. 60, p. 39 (énfasis agregado). (“Denote the baseline probability of conspiracy (C) given only evidence of mere parallel conduct (PC) as $P(C | PC)$. A plaintiff must assert at least one plus factor (PF) such that the probability of conspiracy given the parallel conduct and the plus factor is greater than the probability of such conspiracy given the parallel conduct alone: $P(C | PC \& PF) > P(C | PC)$. That is, the plus factor is any evidence that would make a rational trier of fact revise upward her estimated probability that the defendants engaged in concerted, conspiratorial action”).

²⁶⁶ *Vid. In re Insurance Brokerage Antitrust Litigation*, 2010 U.S. App. LEXIS 17107 *55 (2010), y *Lum v. Bank of Am.*, 361 F.3d 217, 230 (3d Cir. 2004) (ambos casos describen los factores adicionales como “circumstances under which... the inference of rational independent choice [is] less attractive than that of concerted action”).

legítimas de negocios²⁶⁷. Así, por lo demás, lo ha reconocido implícitamente el propio TDLC²⁶⁸.

172. Al final del día, los Tribunales deben evaluar *holísticamente*²⁶⁹ todos estos argumentos y probanzas –en los términos indicados anteriormente en este Informe– y deben determinar si se forman o no la convicción de haber existido colusión entre los demandados. Nuevamente, como explican Klevorick y Kohler-Hausmann:

El tribunal debe llevar a cabo una evaluación comparativa de la prueba para determinar si ella es más consistente con una acción independiente o con una colusiva, y debe aplicar un estándar sustantivo particular. Específicamente, dadas las versiones del demandante y del demandado, el tribunal debe determinar, como una cuestión de derecho, si los factores adicionales más la conducta paralela son hechos más probables de ser hallados cuando los demandados actúan independientemente o más probables de ser hallados cuando lo hacen conforme a una colusión. El tribunal debe determinar si la totalidad de la prueba del demandante relativa tanto a conducta paralela como a factores adicionales, es más consistente con una colusión que con una conducta independiente, esto es si $P(C | PC \& PF)$ es mayor que un $\frac{1}{2}$ ²⁷⁰.

²⁶⁷ Vid. American Bar Association, n. 147, p. 60. Vid. también, *Richards v. Neilsen Freight Lines*, 810 F.2d 898, 902 (9th Cir. 1987) (“[Defendants can] rebut an allegation of conspiracy by showing a plausible and justifiable reason for its conduct that is consistent with proper business practice”), y también, *In re Baby Food Antitrust Litigation*, 166 F.3d 112, 122 (3d Cir. 1999) (“[N]o conspiracy should be inferred from ambiguous evidence or from mere parallelism when defendants’ conduct can be explained by independent business reasons”).

²⁶⁸ Vid. TDLC, *FNE contra MK Asfaltos Moldeables Chile S.A.*, Rol C-132-2007, Sentencia N° 79 de 10 de diciembre de 2008, C. 40°.

²⁶⁹ Vid. *Merck-Medco Managed Care, LLC v. Rite Aid Corp.*, 201 F.3d 436, 1999 WL 691840, *9 (4th Cir. 1999) (“Viewing all the evidence and taking the plus factors into consideration, the court must then determine if the evidence tends to exclude the possibility that the alleged coconspirators acted independently or based upon legitimate business purposes”) (énfasis agregado), y *Blomkest Fertilizer, Inc. v. Potash Corp. of Sask.*, 203 F.3d 1028, 1033 (8th Cir. 2000) (“[The Court must] find, based upon all the evidence before it, that the plaintiff’s evidence tends to exclude the possibility of independent action”) (énfasis agregado).

²⁷⁰ Klevorick y Kohler-Hausmann, n. 60, pp. 45-46 (“[T]he court must undertake a comparative evaluation of that proof to determine if it is more consistent with independent or conspiratorial action, and it must apply a particular substantive standard. Specifically, considering the accounts of both the plaintiff and defendant, a court must as a matter of law determine whether the proffered plus factors cum parallel conduct are more likely to be found where defendants are acting independently or more likely to be found where defendants are acting pursuant to a conspiracy. The court must determine if the totality of the plaintiff’s evidence of parallel behavior and evidence of plus factors is more consistent

173. Si bien en nuestro país rige un estándar de prueba más exigente que “más probable que no” (esto es, un simple “> 50%”), la metodología a emplear es la misma. Sólo habría que modificar la frase final de la cita anterior y sostener que $P(C | PC \& PF)$ debe ser mayor que, a modo referencial, 0.6 - 0.7 (60 - 70%). En términos simples, esto quiere decir que si los argumentos e indicios, considerados en su totalidad, llevan a concluir que la hipótesis de colusión es más probable que no (calificadamente), entonces el juez debe condenar por colusión. El test *no debe ser* entonces que no haya otra explicación posible, porque usualmente la habrá.

174. De la anterior formulación se sigue que es posible concluir que un solo factor agregado, en caso de revestir la gravedad y precisión necesarias, puede ser suficiente evidencia para que el tribunal logre convicción. El Derecho Comparado así lo confirma. Por ejemplo, en el reciente caso *T-Mobile Netherlands BV*, la Corte Europea de Justicia señaló que una sola reunión podía ser un factor adicional suficiente²⁷¹. Así lo ha señalado la doctrina norteamericana²⁷² y también los tribunales del mismo país:

Los demandantes que se basan en una conducta paralela deben alegar hechos que, de ser verdaderos, *establecerían por lo menos un “factor adicional”*, ya que los factores adicionales son, por definición, hechos que “tienden a asegurar

with conspiracy or with independent conduct, that is whether $P(C | PC \& PF)$ is greater than one-half”).

²⁷¹ ECJ, *T-Mobile Netherlands BV and Others v. Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*, Caso T-08/08, ¶ 60:

As the Netherlands Government correctly pointed out, together with the Advocate General at points 104 and 105 of her Opinion, the number, frequency, and form of meetings between competitors needed to concert their market conduct depend on both the subject-matter of that concerted action and the particular market conditions. If the undertakings concerned establish a cartel with a complex system of concerted actions in relation to a multiplicity of aspects of their market conduct, regular meetings over a long period may be necessary. If, on the other hand, as in the main proceedings, the objective of the exercise is only to concert action on a selective basis in relation to a one-off alteration in market conduct with reference simply to one parameter of competition, *a single meeting between competitors may constitute a sufficient basis on which to implement the anti-competitive object which the participating undertakings aim to achieve.* (énfasis agregado).

²⁷² *Vid.* Klevorick y Kohler-Hausmann, n. 60, p. 39 (“A plaintiff must assert *at least one plus factor* (PF) such that the probability of conspiracy given the parallel conduct and the plus factor is greater than the probability of such conspiracy given the parallel conduct alone: $P(C | PC \& PF) > P(C | PC)$ ”). (énfasis agregado).

que los tribunales castiguen una acción concertada –un acuerdo real– en vez de una conducta unilateral e independiente de los competidores²⁷³.

175. Ahora bien, no existe un catálogo exhaustivo de los factores adicionales²⁷⁴. Cada caso presentará hechos y circunstancias particulares que, tanto desde un punto de vista económico como no-económico, podrán o no ser consideradas por los tribunales como factores adicionales. En las líneas que siguen, nos referiremos a algunos de los antecedentes que han sido recurrentemente considerados como factores adicionales por los tribunales de la competencia, tanto en el extranjero como en Chile²⁷⁵.

1. Acciones en contra del propio interés independiente del demandado

176. Cuando los agentes económicos compiten en mercados perfectos o casi perfectos, toman sus acciones en forma independiente y en beneficio de intereses que también son independientes. Los sujetos económicos son racionales y sus acciones pretenden ser eficientes, por lo que puede asumirse judicialmente, con plena confianza, que en situación de competencia sus acciones favorecen sus intereses y no se auto-perjudican²⁷⁶.

177. Por ello, como señalan Snider y Scher, “una conducta que sería irracional si fuera realizada por un actor individual no cartelizado, y que hace sentido económico únicamente si fuera adoptada en el caso de existir un

²⁷³ *In re Insurance Brokerage Antitrust Litigation*, 2010 U.S. App. LEXIS 17107 *55 (2010) (“[P]laintiffs relying on parallel conduct must allege facts that, if true, would establish at least one “plus factor,” since plus factors are, by definition, facts that “tend[] to ensure that courts punish concerted action--an actual agreement--instead of the unilateral, independent conduct of competitors”). Vid. también, *Gainesville Utilities Dep’t v. Florida Power & Light Co.*, 573 F.2d 292, 301 (5th Cir. 1978).

²⁷⁴ Como afirma el Tribunal en *Williamson Oil Company Inc v. Philip Morris Usa Rj*, 346 F.3d 1287, 1301 (11th Cir. 2003) (“Although our case law has identified some specific factors... any showing by appellants that ‘tend[s] to exclude the possibility of independent action’ can qualify as a ‘plus factor’”).

²⁷⁵ Existen diversas formas de clasificar o enumerar los factores agregados. Seguimos aquí la lista y orden propuesto por American Bar Association, n. 147, pp. 69-91. Otros autores, como Snider y Scher, n. 142, p. 1155, clasifican los “plus factors” en sólo tres grupos:

- (1) actions by the defendant contrary to its individual economic interests;
- (2) meetings or exchanges of information concerning the challenged conduct in advance of, and sufficiently close in time to, the parallel behavior; and
- (3) evidence that the defendant had a motive to enter into a conspiracy.

²⁷⁶ Este supuesto dio lugar a la famosa “mano invisible” planteada por Adam Smith.

acuerdo, puede constituir un factor adicional”²⁷⁷. O, como explica una Corte de Apelaciones Federal norteamericana:

Prueba de que el demandado actuó en forma contraria a sus intereses significa prueba de una conducta que sería irracional asumiendo que el demandado operaba en un mercado competitivo. En una industria competitiva, por ejemplo, una firma bajaría su precio con la expectativa de aumentar su participación de mercado si sus competidores hubieran establecido sus precios por sobre los costos marginales²⁷⁸.

178. Este tipo de evidencia –particularmente, cuando va más allá de la mera interdependencia oligopolística²⁷⁹– es, de hecho, uno de los factores adicionales más persuasivos²⁸⁰.

179. Un ejemplo típico de este factor adicional en la jurisprudencia estadounidense ha sido el caso en que el demandado ha fallado en responder racionalmente a un cambio en las condiciones de la demanda, llevando a cabo un alza en los precios frente a una demanda lenta o a la baja²⁸¹. Otro ejemplo

²⁷⁷ Snider y Scher, n. 142, p. 1156 (“Courts have declared that conduct that would be irrational if engaged in by a nonconspiring individual actor, and that would make economic sense only if engaged in on a joint basis, can constitute a plus factor”).

²⁷⁸ *In re Flat Glass Antitrust Litigation*, 385 F.3d 350, 360-361 (3d Cir.2004) (“Evidence that the defendant acted contrary to its interests means evidence of conduct that would be irrational assuming that the defendant operated in a competitive market. In a competitive industry, for example, a firm would cut its price with the hope of increasing its market share if its competitors were setting prices above marginal costs”).

²⁷⁹ Muchas veces no pasa de ese nivel. Así lo reconoció la Corte en *In re Flat Glass Antitrust Litigation*, 385 F.3d 350, 360 (3d Cir.2004) (“In the context of parallel pricing, the first two factors [(1) evidence that the defendant had a motive to enter into a price fixing conspiracy; (2) evidence that the defendant acted contrary to its interests] largely restate the phenomenon of interdependence”).

²⁸⁰ *Vid.* American Bar Association, n. 147, p. 70 (“Such evidence has been described as perhaps the «strongest plus factor indicative of a conspiracy»”).

²⁸¹ *Vid.* *American Tobacco Co. v. United States*, 328 U.S. 781, 804-805 (1946):

The following record of price changes is circumstantial evidence of the existence of a conspiracy and of a power and intent to exclude competition coming from cheaper grade cigarettes. During the two years preceding June, 1931, the petitioners produced 90% of the total cigarette production in the United States. In that month tobacco farmers were receiving the lowest prices for their crops since 1905. The costs to the petitioners for tobacco leaf, therefore, were lower than usual during the past 25 years, and their manufacturing costs had been declining. It was one of the worst years of financial and economic depression in the history of the country. On June 23,

destacado ocurrió en un caso en el que, en una industria con capacidad ociosa, productores-competidores se compraban el producto entre ellos con el objeto de proveer a sus respectivos clientes en lugar de aumentar su propia producción (y adquirir el producto a un costo comparativamente inferior)²⁸².

2. La existencia de un motivo racional para coludirse

180. Bajo el mismo supuesto de que los agentes actúan en los mercados favoreciendo su propio interés, puede ocurrir que les resulte beneficioso actuar en forma coordinada. Dicha coordinación puede ser tanto en la forma de interdependencia oligopolística o de colusión.

181. Tratándose de un mercado con pocos actores, siempre hay un motivo racional para coludirse: obtener rentas supracompetitivas. Este requisito suele aportar más ayuda al proceso de adjudicación tratándose de esquemas complejos tipo *hub-and-spoke*, o esquemas que incluyen elementos verticales.

182. Por lo anterior, se ha señalado que la existencia de un motivo racional para actuar coordinada o colusivamente no es constitutivo de un factor adicional idóneo por sí sólo para dar por acreditado un acuerdo colusorio. En

1931, Reynolds, without previous notification or warning to the trade or public, raised the list price of Camel cigarettes, constituting its leading cigarette brand, from \$6.40 to \$6.85 a thousand. The same day, American increased the list price for Lucky Strike cigarettes, its leading brand, and Liggett the price for Chesterfield cigarettes, its leading brand, to the identical price of \$6.85 a thousand. No economic justification for this raise was demonstrated.

²⁸² Vid. *In re High Fructose Corn Syrup Antitrust Litigation*, 295 F.3d 650, 659 (7th Cir. 2002):

There is evidence that defendants bought HFCS [high fructose corn syrup] from one another even when the defendant doing the buying could have produced the amount bought at a lower cost than the purchase price. There is nothing suspicious about a firm's occasionally buying from a competitor to supply a customer whom the firm for one reason or another can't at the moment supply. The firm would rather buy from a competitor to supply its customer than tell the customer to buy from the competitor, lest the customer never return. But if the firm *could* supply its customer (remember there was a lot of excess capacity in the HFCS industry during the period of the alleged conspiracy) *and* at a lower cost than its competitor would charge, why would it buy from the competitor rather than expanding its own production?

realidad, el rol que cumpliría este factor es el servir de un elemento para testear la plausibilidad de la alegación de colusión²⁸³.

183. Cabe señalar que, en la jurisprudencia nacional, el TDLC consideró esta situación como un factor adicional en el caso *Oxígeno Medicinal* (posteriormente revocado por la Corte Suprema):

Que, en síntesis, dado lo expuesto y habiéndose acreditado que el éxito de la licitación de Cenabast implicaba transparentar un mercado sumamente opaco, como en definitiva ocurrió, los incentivos reales de Indura, y también los de AGA y Air Liquide, eran que la licitación fallara... En consecuencia, si bien es cierto que la licitación abarcaba un pequeño porcentaje del mercado, una licitación exitosa amenazaba la política de precios para una parte importante del mercado del oxígeno, lo que constituye otro indicio apto para establecer la existencia de una práctica concertada entre las requeridas²⁸⁴.

3. La oportunidad para coludirse

184. Otro elemento que usualmente es planteado como un factor adicional por los demandantes en casos de colusión es la oportunidad para coludirse, lo cual, normalmente, se traduce en reuniones o conversaciones entre los supuestos conspiradores.

185. No cualquier reunión o conversación que tenga lugar entre competidores o sus representantes es considerada un factor adicional idóneo. Un criterio que ha sido considerado como relevante en la jurisprudencia estadounidense es que en las reuniones o conversaciones intervengan personas con autoridad para negociar precios²⁸⁵.

²⁸³ Vid. William E. Kovacic, "The Identification and Proof of Horizontal Agreements Under the Antitrust Laws", 38 *Antitrust Bull.* 5, 37 (1993) ("The combination of parallel behavior and a motive to conspire ordinarily is insufficient, without more, to support an inference of agreement. The motive-to-conspire chiefly has served an important screening function"). En el mismo sentido, *vid.* American Bar Association, n. 147, p. 74 ("This factor is another way of testing the plausibility of the plaintiffs' conspiracy allegations and is rarely the sole plus factor supporting a finding of conspiracy").

²⁸⁴ *FNE contra Air Liquide Chile S.A. y otros*, Sentencia N° 43, Rol C 74-2005, de 7 de septiembre de 2006, C. 86-87°. En el C. 76°, el TDLC señala correctamente que "es pertinente dilucidar entonces las razones que motivaron el actuar de las empresas durante la licitación en análisis, para después evaluar estos comportamientos a la luz del derecho de la competencia".

²⁸⁵ Vid. American Bar Association, n. 147, p. 85 ("Courts have been reluctant to find that exchanges among sales representatives and employees without authority to make pricing decisions constitute evidence tending to exclude independent pricing decisions. [...] On the

186. En este punto resulta relevante hacer referencia a las reuniones y conversaciones que tienen lugar con motivo de la participación de competidores en asociaciones gremiales, las cuales frecuentemente son planteadas como el contexto en el cual ocurre la colusión. En principio, las asociaciones gremiales persiguen fines lícitos que pueden generar beneficios procompetitivos para la industria respectiva. Sin embargo, como señalan Scherer y Ross:

Las asociaciones gremiales frecuentemente han cumplido funciones que contravienen las leyes de competencia. Sus reuniones constituyen espléndidos vehículos para juntarse y acordar precios, producciones, participaciones de mercado y otras condiciones por el estilo²⁸⁶.

187. Para que las reuniones y conversaciones sostenidas en el marco de una asociación gremial puedan ser constitutivas de un factor adicional, será determinante contar con evidencia concreta de que a través de ellas se llevaron a cabo acuerdos colusivos²⁸⁷. La ausencia de actas u otra prueba que explique el contenido de las reuniones puede, en ciertos casos, constituir un factor adicional.

188. En el Derecho Europeo, se ha señalado que “si todas (o una vasta mayoría de) las empresas investigadas son miembros de una asociación de empresas, éste puede ser un elemento que fundamente una acusación de colusión por una autoridad de competencia”²⁸⁸. Especialmente determinante será el caso en que los competidores se reúnan para discutir precios. De ahí el

other hand, where exchanges of information occur at higher levels in a defendant’s organization, they may constitute sufficient evidence of a plus factor, particularly if there is other evidence tending to show conspiracy”). En este sentido, vid. *In re Baby Food Antitrust Litigation*, 166 F. 3d 112, 133 (3d Cir. 1999).

²⁸⁶ Frederic M. Scherer y David Ross, *Industrial Market Structure and Economic Performance* (3a ed., Houghton-Mifflin, Boston 1990), p. 347 (“Trade associations have often performed functions that run afoul of the antitrust laws. Their meetings are superb vehicles for getting together and agreeing on prices, outputs, market shares, and the like”).

²⁸⁷ Vid. American Bar Association, n. 147, p. 77 (“Courts are generally skeptical of plaintiffs’ claims that industry participants engaged in collusion at trade association meetings in the absence of concrete evidence that collusion actually occurred”).

²⁸⁸ Rafael Allendesalazar et al, “Oligopolies, Conscious Parallelism and Concertation”, en Claus-Dieter Ehlermann y Isabela Atanasiu, *European Competition Law Annual: 2006. Enforcement of Prohibition of Cartels* (Hart, Oxford 2007), p. 129 (“If all (or a vast majority) of the undertakings investigated are members of an association of enterprises, this can be an element supporting an accusation of concertation by a competition authority”).

consejo tajante de Whish: “El mensaje difícilmente puede ser más claro: no permanezca en una reunión en la cual los competidores discuten precios”²⁸⁹.

189. En la jurisprudencia chilena encontramos algunos casos en que los competidores se reunían en asociaciones gremiales, lo cual fue considerado por los órganos encargados de velar por la competencia como un factor para inferir la existencia de una colusión²⁹⁰.

4. Concentración y estructura del mercado

190. Según el grado de concentración que exista en un determinado mercado²⁹¹ y dada la presencia o ausencia de ciertos elementos estructurales, tales como barreras a la entrada²⁹², bienes homogéneos²⁹³, bienes con

²⁸⁹ Richard Whish, *Competition Law* (6ª ed., Oxford University Press, Nueva York 2009), p. 525 (“The message could hardly be clearer: do not remain at a meeting at which competitors discuss prices”).

²⁹⁰ Vid. TDLC, *FNE contra Isapre ING S.A. y otros*, Sentencia N° 57, Rol C-77-05, de 12 de julio de 2007, voto de minoría, C. 16°:

[E]ntre las requeridas existen intercambios de información frecuentes y formalizados por medio de la asociación gremial que las reúne y en la que adoptan con regularidad decisiones acerca de componentes de la oferta de las isapres que, en un contexto de competencia, deberían ser tomadas en forma individual por cada una de ellas.

Vid. también, Comisión Resolutiva, Resolución N° 67 de 1979; y, Comisión Preventiva Central, Dictamen N° 807/401 de 1992.

²⁹¹ Vid. TDLC, *FNE contra Nestlé Chile S.A. y otros*, Sentencia N° 7, Rol C 01-2004, de 5 de agosto de 2004, C 46°:

Que, no obstante lo anterior, como ya se dijo, si bien en el mercado de la leche no hay barreras de entrada o salida, la escasez de oferta compradora, representada por solo cuatro o cinco empresas procesadoras, obliga a precaver que estas empresas –que en conjunto tienen una posición dominante en el mercado– celebren convenios expresos o tácitos para coordinar sus políticas de precios.

²⁹² Vid. *id.*, C. 35°:

La otra hipótesis, esto es que las plantas se coludieron para mantener las rentas monopsonicas que tenían con anterioridad al ingreso de Parmalat, al no haberse acreditado directamente, debería verse respaldada desde una perspectiva económica, al menos con evidencia de la existencia de barreras a la entrada de nuevos competidores y de la obtención de altas rentabilidades en las empresas dueñas de plantas procesadoras, antecedentes éstos que podrían ser un indicio de colusión. La existencia de barreras a la entrada de nuevos competidores, unida a la colusión, habría permitido a las empresas establecidas tener utilidades anormalmente altas.

demanda inelástica²⁹⁴, estabilidad en las participaciones de mercado de los competidores²⁹⁵ o capacidad ociosa²⁹⁶, es posible afirmar que un mercado será más o menos propenso a la celebración de acuerdos colusorios.

191. El grado de concentración existente en un mercado y sus características estructurales no han sido considerados en principio aptos para constituir por sí mismos factores adicionales idóneos para probar una colusión. Sin embargo, en conjunto con otros factores adicionales, pueden constituir evidencia útil para probar una colusión²⁹⁷. Como dice el juez Posner, la concentración en una industria puede involucrar “una estructura que es auspiciosa para fijar precios”²⁹⁸.

5. Explicaciones artificiosas de conductas anticompetitivas

192. Otro factor que aparece considerado en una gran variedad de casos es el hecho consistente en que los demandados formulen explicaciones artificiosas en relación con las alzas de precios o restricciones en la producción materia de la acusación.

²⁹³ En Estados Unidos, *vid. In re High Fructose Corn Syrup Antitrust Litigation*, 295 F.3d 650, 656 (7th Cir. 2002); cert denied 123 S Ct 1251 (2003) (“[T]he product, HFCS, is highly standardized... So colluding sellers would not have to agree not only on price but also on quality, design, post-sale services, and the like. This is another reason why a successful conspiracy would not require such frequent communications as to make prompt detection likely”). En Europa, *vid. Whish*, n. 289, p. 527 (“The greater the degree of product differentiation and the more atomistic the structure of competition, the more difficult and expensive it will be to align prices and to prevent other firms from cheating”).

²⁹⁴ *Vid. Todd v. Exxon Corp.*, 275 F.3d 191, 208 (2d Cir. 2001) (“Susceptible markets tend to be highly concentrated - that is, oligopolistic - and to have fungible products subject to inelastic demand”).

²⁹⁵ *Vid. Richard A. Posner, Antitrust Law* (2ª ed., University of Chicago Press, Chicago 2001), p. 79 (“If the major firms in a market have maintained identical or nearly identical market shares relative to each other for a substantial period of time, this is a clue that they have divided the market (whether by fixing geographical zones or sales quotas or by an assignment of customers), and thereby eliminated competition among themselves”).

²⁹⁶ *Vid. In re High Fructose Corn Syrup Antitrust Litigation*, 295 F.3d 650, 657 (7th Cir. 2002) (“[T]he defendants had a lot of excess capacity, a condition that makes price competition more than usually risky and collusion more than usually attractive”).

²⁹⁷ Esta es la aproximación que han seguido los tribunales en EE.UU. *Vid. American Bar Association*, n. 147, p. 78 (“Courts are unlikely to find that market structure, by itself, is a sufficient plus factor to prove conspiracy. In combination with evidence of other plus factors, however, market structure can constitute probative evidence of conspiracy”).

²⁹⁸ *Vid. In re High Fructose Corn Syrup Antitrust Litigation*, 295 F.3d 650, 661 (7th Cir. 2002).

193. Como señalan Areeda y Hovenkamp:

El carácter falso o incompleto en la explicación que acompaña al acto arriesga dos inferencias adversas. Primero, puede sugerir que una razón “independiente” o no colusiva fue una fabricación tardía o una motivación verdadera pero insignificante del acto reprochado. Segundo, puede sugerir que el imputado deseó ocultar su verdadera motivación: tal vez una colusión²⁹⁹.

194. Ahora bien, la jurisprudencia estadounidense ha señalado que este factor no es usualmente apto para inferir por sí solo un acuerdo colusorio, pero que en conjunto con otra evidencia tal como conductas paralelas o comunicaciones inapropiadas puede constituir un factor añadido relevante³⁰⁰.

6. Intercambio de información relativa a precios o a otras condiciones de competencia relevantes

195. El status del intercambio de información entre competidores ha sido un factor ampliamente considerado por los tribunales encargados de aplicar el Derecho de la Competencia. Si bien el intercambio de información no es *per se* malo, sí puede dar lugar fácilmente a una práctica facilitadora que haga posible o mejore el funcionamiento de un cartel³⁰¹. En palabras de la Corte Suprema de los Estados Unidos:

El intercambio entre competidores de información relativa a precios y de otro tipo de información no tiene invariablemente efectos anticompetitivos; en verdad, tales prácticas pueden en ciertas circunstancias aumentar la

²⁹⁹ Phillip Areeda y Herbert Hovenkamp, *Antitrust Law. An Analysis of Antitrust Principles and Their Application* (3ª ed., Aspen Publishers, New York 2010), Vol. VI, p. 126 (“Falsity or incompleteness in the explanation accompanying an act risks two adverse inferences. First, it may suggest that a different ‘independent’ and nonconspiratorial reason was either a later fabrication or a true but insignificant motivation for the challenged act. Second, it may suggest that the actor wished to conceal his true motivation - perhaps a conspiracy”).

³⁰⁰ Vid. *In re Linerboard Antitrust Litigation*, 504 F.Supp. 2d 38 (E.D. Pa. 2007), *Dimidovich v. Bell & Howell*, 803 F.2d 1473 (9th Cir. 1986) y American Bar Association, n. 147, pp. 81-82.

³⁰¹ Sobre el problema del intercambio de información, *vid.* Per Baltzer Overgaard y H. Peter Møllgaard, “Information exchange, market transparency, and dynamic oligopoly”, en American Bar Association, *Issues in Competition Law and Policy* (ABA, Chicago 2008), T. II, p. 1241, Kai-Uwe Kühn, “Fighting collusion by regulating communication between firms”, 32 *Economic Policy* 169 (2001), Paolo Buccirossi, “Facilitating Practices”, en Paolo Buccirossi, *Handbook of Antitrust Economics* (MIT Press, Cambridge 2008), pp. 305, 317-239, y Matthew Bennett y Philip Collins, “The Law and Economics of Information Sharing: The Good, the Bad, and the Ugly”, 6 *European Competition Journal* 311 (2010).

eficiencia económica y hacer que los mercados sean más competitivos. Por esta razón, hemos sostenido que dichos intercambios de información no constituyen una violación per se de la Sherman Act... Un número de factores, incluyendo de manera más destacada la estructura de la industria involucrada y la naturaleza de la información intercambiada, son generalmente considerados para dilucidar los efectos procompetitivos o anticompetitivos de este tipo de comunicación entre vendedores... Los intercambios de información de precios actuales, por supuesto, tienen el mayor potencial de generar efectos anticompetitivos y, aun cuando no sean per se ilegales, han sido consistentemente señalados como infracciones de la Sherman Act³⁰².

196. Conforme a lo señalado, en Estados Unidos, el intercambio de información entre competidores relativo a precios de los bienes y servicios o a otras condiciones de competencia puede ser considerado como un factor adicional, constitutivo de prueba circunstancial de un acuerdo colusorio de fijación de precios³⁰³. En el análisis, los tribunales de dicho país también consideran si hubo o no una legítima y genuina razón de negocios en el intercambio de información³⁰⁴.

197. En Europa, en tanto, la toma de contacto entre competidores parece ser reprochada en forma más categórica que en los Estados Unidos. La CEJ en un fallo señero en la materia expresó:

Aun cuando sea correcto decir que este requisito de independencia no priva a los operadores económicos del derecho de adaptarse inteligentemente a la conducta existente y prevista de sus competidores, sí excluye en forma estricta cualquier contacto directo o indirecto entre dichos operadores, cuyo objeto o efecto sea influenciar la conducta en el mercado de un competidor

³⁰² *United States v. United States Gypsum Co.*, 438 U.S. 422, 441 n. 16 (1978) (“The exchange of price data and other information among competitors does not invariably have anticompetitive effects; indeed such practices can in certain circumstances increase economic efficiency and render markets more, rather than less, competitive. For this reason, we have held that such exchanges of information do not constitute a per se violation of the Sherman Act. [...] A number of factors, including most prominently the structure of the industry involved and the nature of the information exchanged, are generally considered in divining the procompetitive or anticompetitive effects of this type of interseller communication. [...] Exchanges of current price information, of course, have the greatest potential for generating anticompetitive effects and, although not per se unlawful, have consistently been held to violate the Sherman Act”).

³⁰³ *Vid. American Bar Association*, n. 147, p. 83. *Vid. Todd v. Exxon Corp.*, 275 F.3d 191, 198 92d Cir. 2001) (“Information exchange is an example of a facilitating practice that can help support an inference of a price-fixing agreement”).

³⁰⁴ *Vid. American Bar Association*, n. 147, p. 85.

real o potencial, o revelar a tal competidor el curso de la conducta que ellos mismos han decidido adoptar o contemplan adoptar en el mercado³⁰⁵.

198. Cuando el intercambio de información se refiere a precios de bienes o servicios, los tribunales europeos han sido especialmente claros en cuanto a la altísima probabilidad de inferir una colusión de precios. Como expresa Whish:

La jurisprudencia de los Tribunales Comunitarios ha establecido que cualquier discusión entre competidores acerca de sus precios actuales o futuros es probable que sea considerada para dar lugar a un acuerdo anticompetitivo de fijación de precios, cuyo objeto es restringir la competencia. No es necesario que A y B hayan explícitamente acordado que ellos incrementarán sus precios: el mero hecho de proveerse información recíprocamente el uno al otro acerca de su comportamiento relativo a los precios –o aún el proveer sólo uno a otro de dicha información– es probable que sea suficiente para acreditar un acuerdo de precios³⁰⁶.

³⁰⁵ Vid. Casos 40-8, 50, 54-6, 111 y 113-4/73, *Cooperatieve Vereniging 'Suiker Unie' UA v. Commission*, [1975] ECR 1663, ¶ 174 (“Although it is correct to say that this requirement of independence does not deprive economic operators of the right to adapt themselves intelligently to the existing and anticipated conduct of their competitors, it does however strictly preclude any direct or indirect contact between such operators, the object or effect whereof is either to influence the conduct on the market of an actual or potential competitor or to disclose to such a competitor the course of conduct which they themselves have decided to adopt or contemplate adopting on the market”). En el mismo sentido, *vid.* Caso 49/92, *Commission v. Anic Partecipazioni SpA*, ¶ 117 (“According to that case-law, although that requirement of independence does not deprive economic operators of the right to adapt themselves intelligently to the existing and anticipated conduct of their competitors, it does however strictly preclude any direct or indirect contact between such operators, the object or effect whereof is either to influence the conduct on the market of an actual or potential competitor or to disclose to such a competitor the course of conduct which they themselves have decided to adopt or contemplate adopting on the market, where the object or effect of such contact is to create conditions of competition which do not correspond to the normal conditions of the market in question”).

³⁰⁶ Whish, n. 289, pp. 524-525 (“[T]he case law of the Community Courts has established that any discussion among competitors about their current and future prices is likely to be regarded as giving rise to an anti-competitive price-fixing agreement, the object of which is to restrict competition. It is not necessary for A and B to have explicitly *agreed* that they will increase their prices: the mere fact of providing information to one another about pricing behaviour—or even for one to provide such information to the other—is likely to be sufficient for a finding of an agreement on prices”). *Vid. también*, Allendesalazar et al, n. 288, p. 128:

In its landmark *Sugar* case, the ECJ held that Article 81 [101] EC strictly precludes any direct or indirect contact between operators that can influence the conduct on the market of an actual or potential competitor. In such a case,

199. En nuestro país, el intercambio de información entre competidores jugó un rol relevante para acreditar un acuerdo colusorio entre tres cadenas farmacéuticas³⁰⁷. También se trató de un elemento crucial que permitió a la Corte Suprema confirmar la convicción de colusión en el caso *Guerra del Plasma*³⁰⁸.

200. Por último, cabe notar que el intercambio de información no debe necesariamente producirse directamente entre competidores, sino que puede involucrar a terceros, incluyendo proveedores³⁰⁹. Recientemente, en

the defendants cannot explain the existence of the parallel conduct by the fact that they have adapted intelligently to the existing and anticipated conduct of their competitors. Such contacts remove in advance the uncertainty as to the future conduct of the competitors, and thus protect the undertakings from the risks of competition.

³⁰⁷ Vid. Comisión Resolutiva, Resolución N° 432 de 1995, C 13°:

A todos estos antecedentes, que por sí solos bastarían, debe agregarse para formar la convicción del Tribunal, la plena prueba que constituyen las listas de precios a que debían someterse las farmacias en cumplimiento del acuerdo, acompañadas a los autos, a las que se han referido, también, los testigos.

³⁰⁸ Vid. Corte Suprema, *FNE contra Falabella y otro*, Rol 2339-2008, Sentencia de 13 de agosto de 2008, C. 22°:

Que sobre la base de estos hechos -ya asentados de alguna manera en los fundamentos nonagésimo séptimo y centésimo séptimo- y de considerar como indicios relevantes el hecho de que el tráfico y duración de las llamadas en los días 3 y 4 de abril de 2006 era claramente superior al promedio de llamadas entre Falabella, Paris y estos proveedores en los meses previos; que el señor Fernando Casado, Gerente de Línea Electro-hogar de Falabella, el señor Héctor Rodríguez, Gerente de División Comercial de Paris, y el señor Pablo Méndez, Gerente de División Electro-Tecno de Paris, quienes no se comunican habitualmente con los ejecutivos de estos proveedores, según se acreditó con los registros telefónicos respectivos, lo hayan hecho de manera tan intensa a partir del mediodía del lunes 3 de abril de 2006, esto es, inmediatamente después de registrarse llamados recíprocos entre Paris y Falabella; y que el referido señor Fernando Casado se comunicara telefónicamente con el Gerente de División Electro-hogar de Ripley, don Javier Pérez Rodríguez, con la ya señalada finalidad, los sentenciadores llegaron a presumir que las comunicaciones entre los ejecutivos de Falabella y Paris tuvieron por objeto acordar la forma como reaccionarían ante el anuncio de la Feria, coludiéndose en definitiva para llamar a sus proveedores y hacerlos desistir de concurrir a la misma (motivo centésimo vigésimo tercero del fallo reclamado).

³⁰⁹ Vid. Corte de Apelaciones de Inglaterra y Gales (División Civil), *Argos Ltd and another v Office of Fair Trading, JJB Sports plc v Office of Fair Trading* [2006] EWCA Civ 1318, caso en el

Inglaterra, la Corte de Apelaciones precisó que sí existe colusión cuando los hechos corresponden al siguiente esquema denominado *hub-and-spoke* o A-B-C: (i) el retailer A entrega información sobre precios futuros a su proveedor B, sabiendo que este último la entregará a otros retailers; (ii) el proveedor B pasa la información al retailer C, sabiendo que este último conoce el esquema e intenciones del retailer A; (iii) el retailer C usa esa información para determinar sus precios³¹⁰. A partir de ese caso, el regulador (OFT) ha detectado y sancionado a varios esquemas colusivos semejantes³¹¹.

7. Comunicación por medio de señales

201. Otro factor usualmente invocado en casos de colusión es la comunicación por medio de señales, también conocida como “*signaling*”. Ésta

que se condenó por colusión a dos retailers de juguetes, Argos y Littlewoods, sin que hubiese habido contacto directo entre las partes:

There was no evidence of direct contact between Argos and Littlewoods. But there was, thereafter, an assimilation of the prices in the Argos’ catalogues and the Littlewood’s catalogues for the products subject to the pricing initiative. (*id.*, ¶ 115).

³¹⁰ *Vid. id.*, ¶141, donde la Corte de Apelaciones inglesa describió este esquema colusivo en los siguientes términos:

The proposition which, in our view, falls squarely within the *Bayer* judgment in the ECJ and which is sufficient to dispose of the point in the present appeal can be stated in more restricted terms: if (i) retailer A discloses to supplier B its future pricing intentions in circumstances where A may be taken to intend that B will make use of that information to influence market conditions by passing that information to other retailers (of whom C is or may be one), (ii) B does, in fact, pass that information to C in circumstances where C may be taken to know the circumstances in which the information was disclosed by A to B and (iii) C does, in fact, use the information in determining its own future pricing intentions, then A, B and C are all to be regarded as parties to a concerted practice having as its object the restriction or distortion of competition. The case is all the stronger where there is reciprocity: in the sense that C discloses to supplier B its future pricing intentions in circumstances where C may be taken to intend that B will make use of that information to influence market conditions by passing that information to (amongst others) A, and B does so.

Vid. también, Peter Whelan, “Trading Negotiations Between Retailers and Suppliers: A Fertile Ground for Anti-Competitive Horizontal Information Exchanges”, 5 *European Competition Journal* 823 (2009).

³¹¹ Se trata de al menos dos casos: (i) retailers de productos lácteos (<http://www.oft.gov.uk/news/press/2007/170-07>, y <http://www.oft.gov.uk/news/press/2008/22-08>), y (ii) retailers de tabaco (<http://www.oft.gov.uk/news/press/2008/82-08>) (última visita, 28 de octubre de 2010).

se refiere a la transmisión por parte de los agentes económicos de información relativa a precios o a otras condiciones de competencia a través de los medios de comunicación o de terceras personas³¹².

202. En la jurisprudencia estadounidense, una legítima razón de negocios para comunicar precios ha sido considerada como una defensa efectiva frente a una alegación de “*signaling*”³¹³. Siguiendo esta línea, en nuestro país, en un caso en el que el Presidente de la Federación Gremial Chilena de Industriales Panaderos vaticinó reiteradamente, a través de diversos medios de comunicación social, alzas en el precio del pan, la Comisión Resolutiva consideró inocuas tales declaraciones por cuanto las alzas en el precio del pan tuvieron como causa objetiva el alza en el precio de la harina; a mayor abundamiento, la Comisión Resolutiva señaló que el mercado era competitivo³¹⁴.

8. Participación en otros carteles

203. La participación de los demandados en otros carteles, anteriores o contemporáneos, ha sido objeto de discusión en varios casos en cuanto a su consideración como factor adicional³¹⁵. En Estados Unidos, los tribunales han sido más bien escépticos cuando la colusión adicional que se invoca se refiere a un mercado no conexo al que se investiga en el caso concreto³¹⁶.

204. Algunos de los criterios que emanan de la jurisprudencia estadounidense parecieran indicar que los Tribunales exigen los siguientes elementos en los casos anteriores o contemporáneos para efectos de poder considerarlos como un factor relevante: que la violación anterior o

³¹² Vid. American Bar Association, n. 147, p. 87 (“«Signaling» refers to the transmission by coconspirators of pricing or other competitive intentions via the media or third parties”).

³¹³ Vid. *Wallace v. Bank of Bartlett*, 55 F. 3d 1166, 1169 (6th Cir. 1995).

³¹⁴ Vid. Comisión Resolutiva, Resolución N° 362 de 1991.

³¹⁵ Esto es sin perjuicio de que, en nuestro país, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 26 del DL 211, la reincidencia debe ser considerada por el TDLC como una circunstancia relevante para determinar el monto de la multa. Para una aplicación de la reincidencia en casos de colusión en Chile véase TDLC, *FNE contra Falabella y otro*, Sentencia N° 63, Rol C-103-2006, de 10 de abril de 2008, C. 157° y 158°, confirmada en Corte Suprema, *FNE contra Falabella y otro*, Rol 2339-2008, Sentencia de 13 de agosto de 2008.

³¹⁶ Vid. American Bar Association, n. 147, p. 89.

contemporánea sea indicativa de la actual³¹⁷; que en el otro caso exista evidencia de conductas anticompetitivas y no se trate de una mera investigación³¹⁸; y que exista un nexo suficiente entre los respectivos mercados³¹⁹.

205. Dos casos recientes de tribunales federales norteamericanos de distrito (primera instancia) demuestran que la colusión previa o anterior puede constituir un factor adicional: *In re Flash Memory Antitrust Litigation*³²⁰ y *In re Static Random Access memory Antitrust Litigation*³²¹.

206. Conforme a lo señalado, consideramos que la existencia de una colusión anterior *entre las mismas partes y en el mismo mercado relevante* sí constituye un factor adicional a ser considerado por el tribunal. Su valor probatorio específico estará ciertamente determinado por los hechos concretos del caso³²².

³¹⁷ Vid. *Williamson Oil Company Inc v. Philip Morris Usa Rj*, 346 F.3d 1287, 1318 (11th Cir. 2003).

³¹⁸ Vid. *In re Digital Music Antitrust Litigation*, 592 F. Supp2d 435, 444 (S.D.N.Y. 2008), *rev'd sub nom. Starr v. Sony BMG Music Entm't*, No. 08-5637-cv, 2010 WL 99346 (2d Cir. 2010)

³¹⁹ Vid. *In re Hawaiian & Guamanian Cabotage Antitrust Litigation*, 647 F. Supp 2d 1250, 1258-1259 (W.D. Wash 2009).

³²⁰ 643 F.Supp. 2d 1133 (N.D. Cal. 2009).

³²¹ 580 F. Supp. 2d 896 (N.D. Cal. 2008).

³²² Aunque la redacción no es concluyente, el TDLC parece haber considerado como factor adicional la colusión previa entre los demandados en *FNE con Air Liquide Chile S.A. y otros*, Sentencia N° 43, Rol C 74-2005, de 7 de septiembre de 2006, C. 69°:

Lo anterior, como se verá, es un elemento de juicio importante para el análisis del segundo grupo de conductas imputadas a las requeridas, esto es, la circunstancia de haberse coludido con el propósito de hacer fracasar, en su propio beneficio, la licitación convocada por Cenabast para, precisamente, poner término a las asimetrías de información que afectaban a los hospitales. Adicionalmente, debe tenerse también en cuenta que, tal como consta de los documentos que rolan a fs. 188 y 189 del cuaderno de documentos que contiene los antecedentes remitido a este Tribunal por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia de la República Argentina, existen indicios de contactos e intercambios de información entre las empresas oferentes en estos mercados, orientados a aprovechar, con algún grado de coordinación, las ventajas que el referido contexto de opacidad les proporcionaba. Esta modalidad de coordinación, por lo demás, presenta cierto arraigo en la industria, tal como se evidencia de la jurisprudencia europea de defensa de la competencia, que ha fallado en el pasado casos similares, sancionando conductas coordinadas de empresas relacionadas con las requeridas de autos.

9. Indicios no-económicos de cartelización

207. Por último, cabe mencionar los indicios “tradicionales” o no-económicos de cartelización. Como indica una corte de apelaciones federal norteamericana, esta prueba indirecta sigue siendo una de la más relevantes para que el tribunal pueda formarse convicción:

La prueba más importante será generalmente la prueba no-económica de “que había un acuerdo real, manifiesto de no competir”. Esa prueba puede involucrar “indicios tradicionales de colusión típica”, o “prueba de que los demandados se reunieron e intercambiaron garantías recíprocas de acción conjunta o que de otra manera adoptaron un plan común, aun cuando no pueda mostrarse la existencia de reuniones, conversaciones o intercambio de documentos”³²³.

208. Un indicio no-económico de alto valor probatorio es la explicación racional insuficiente por parte de los acusados de colusión relativa a la mecánica del proceso de paralelismo consciente. Si los acusados no son coherentes respecto a quien es el líder y quien es el seguidor, y si la logística invocada por los acusados en respaldo de su proceso de seguimiento no es consistente con los tiempos de respuesta que muestran los datos, el sentenciador podrá realizar importantes inferencias tendientes a dar por probada la colusión.

V. Conclusiones

209. Como dice Lipsky, “la economía de libre mercado no puede existir sin un control disuasivo efectivo de los carteles”³²⁴. A nivel comparado, las principales jurisdicciones del mundo han “modernizado” su Derecho de la

En TDLC, *FNE con Asociación Gremial de Dueños de Mini Buses Agmital*, Sentencia N° 102, Rol C-191-2009, de 11 de agosto de 2010, C. 49°, el Tribunal también afirmó que ilicitudes pasadas constituyen elementos que pueden ser considerados en la valoración de los hechos: “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”.

³²³ *In re Flat Glass Antitrust Litigation*, 385 F.3d 350, 361 (3d Cir. 2004) (“The most important evidence will generally be non-economic evidence ‘that there was an actual, manifest agreement not to compete.’ That evidence may involve ‘customary indications of traditional conspiracy,’ or ‘proof that the defendants got together and exchanged assurances of common action or otherwise adopted a common plan even though no meetings, conversations, or exchanged documents are shown’”) (citas internas omitidas).

³²⁴ Abbott B. Lipsky, Jr., “Deterring Cartel Behavior: Harmonies and Disharmonies, Problems and Solutions”, 60 *Antitrust Law Journal* 563, 563 (1992).

Competencia, y han adoptado una lucha seria y activa contra los carteles. La recientemente aprobada Ley 20.361 ha seguido esta misma línea, correspondiendo ahora aplicar el DL 211 bajo la perspectiva anti-carteles aportada por dicha reforma legal.

210. Conforme a esta nueva política pública implementada en nuestro país, este Informe ha presentado una visión moderna de la manera en la que se trata la colusión en el Derecho Comparado y en el Chileno. El objeto general de estudio ha sido la colusión y su prueba, tanto mediante prueba directa como indirecta o indiciaria, especialmente conforme a la teoría de los factores adicionales.

211. Ahora bien, para abordar tales temas en profundidad ha sido necesario presentar un conjunto mayor de materias que dan el contexto de la lucha anti-carteles. Así, en este Informe se trataron detalladamente las siguientes cuestiones:

- La eficiencia como fin del Derecho de la Competencia, y la prevención como el objetivo esencial de la sanción en dicho ámbito.
- El uso de la regla *per-se* o el análisis *quick-look* en la lucha anticarteles, y cómo dichas metodologías no pugnan con el Derecho Público Chileno.
- El problema del estándar de prueba en materia de carteles, desde una perspectiva de eficiencia, en el contexto de los errores tipo I y II que se cometen en la adjudicación de casos.
- El concepto de acuerdo colusivo y su diferencia con el paralelismo consciente, incluyendo una referencia especial a la posibilidad cierta de colusión parcial tratándose de firmas multiproducto.
- La prueba de la colusión mediante prueba directa e indirecta, especialmente esta última en el contexto de la teoría de los factores adicionales.

212. En definitiva, tratándose de un litigio donde el demandante alega colusión y los demandados paralelismo consciente, consideramos

fundamental que el sentenciador tome seriamente en consideración los siguientes puntos expuestos en este Informe:

- El estándar de prueba a utilizarse en el Derecho de la Competencia debe ser uno intermedio entre duda razonable y “más probable que no”, debiendo ser más próximo a este último que al primero.
- Ante falta de prueba directa, el TDLC debe evaluar holísticamente todos los antecedentes y la prueba indiciaria a fin de formar su convicción. El análisis no debe hacerse antecedente-por-antecedente.
- El TDLC, después de considerar todos los factores adicionales esgrimidos por la FNE y toda la argumentación y prueba ofrecida por los demandados para desvirtuar tales factores agregados, debe determinar si logra convicción del hecho de la colusión en los términos exigidos por el estándar de prueba.
- El recurso de reclamación debe ser asimilado jurídicamente más a una queja o casación que a una apelación, por lo que la Corte Suprema debe utilizar un estándar de revisión deferente al evaluar las conclusiones de hecho establecidas por el TDLC en su sentencia, especialmente el hecho mismo de la colusión.

Es cuanto podemos informar. Quedamos a su disposición para aclarar y ampliar cualquier aspecto relacionado con el presente Informe.

Atentamente,

Jorge Grunberg Pilowsky

**Master en Derecho (LLM)
Harvard University
Master en Regulación del Comercio,
Derecho y Política
de la Competencia (c) (LLM)
New York University**

Santiago Montt Oyarzún

**Doctor en Derecho (JSD)
Yale University
Master en Políticas Públicas (MPP)
Princeton University
Director Centro de Regulación y
Competencia
Facultad de Derecho
Universidad de Chile**

Santiago, 28 de octubre de 2010 