

INTERPONEN RECURSO DE RECLAMACIÓN

H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

SALVADOR VIAL PURCELL, CRISTOPHE GIROUX MÉNDEZ y PAULINA CORRAL ORTÚZAR, abogados, en representación de las requeridas "**SOCIEDAD DE TRANSPORTES AVDA. ALEMANIA-P. NUEVO S.A.**" (la "**Línea 1**") y "**TRANSPORTES LÍNEA NÚMERO DOS LIMITADA**" (la "**Línea 2**")¹, en estos autos contenciosos caratulados "*REQUERIMIENTO DE LA FNE en contra de SOCIEDAD DE TRANSPORTES AVDA. ALEMANIA-P. NUEVO S.A. Y OTROS*", Rol C-361-18, al H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia respetuosamente decimos:

Que, encontrándonos dentro de plazo y de conformidad a lo dispuesto en el artículo 27, inciso 2º, del Decreto Ley N°211, de 1973 (el "**DL 211**"), interponemos recurso de reclamación en contra de la sentencia definitiva pronunciada en la presente causa el 21 de diciembre de 2020 y notificada a esta parte con la misma fecha, correspondiente a la Sentencia N°175/2020 del H. Tribunal (la "**Sentencia Definitiva**" o la "**Sentencia 175**"), que acogió el requerimiento interpuesto en autos por la Fiscalía Nacional Económica (la "**FNE**" o la "**Fiscalía**"), condenando a todas las requeridas y, en el caso particular de nuestras representadas, la Línea 1 y la Línea 2, a pagar multas de 158,40 y 102,02 Unidades Tributarias Anuales ("**UTA**"), respectivamente, junto con imponerles la obligación de elaborar un manual o código de cumplimiento en materia de libre competencia y condenarlas al pago de las costas, en atención a que el H. Tribunal estimó - erróneamente como se verá- que las convenciones o acuerdos alcanzados entre las requeridas para congelar el número de taxibuses configurarían un acuerdo ilegal *per se* consistente en limitar la producción, en los términos del artículo 3, letra a), del DL 211. Lo anterior, a pesar de lo evidente que resulta en la especie que el bien o servicio ofertado en este mercado no son

¹ Según consta en sendas escrituras públicas de mandato judicial, cuyas copias se acompañaron en el primer otrosí de nuestra presentación de 23 de noviembre de 2018, rolante a fojas 85.

taxibuses en sí, sino viajes, junto con otra batería de elementos que desvirtuaban categóricamente los cargos.

En consecuencia, pedimos respetuosamente al H. Tribunal que tenga por interpuesto fundado recurso de reclamación en contra de la Sentencia 175 y se sirva concederlo y elevarlo para ante la Excmá. Corte Suprema, a objeto que esta última lo acoja y revoque la Sentencia Definitiva, declarando que: (i) el requerimiento es rechazado en todas sus partes y, consecuentemente, se declara también que nuestras representadas no infringieron el artículo 3 del DL 211, que se dejan sin efectos las multas impuestas, la obligación de elaborar el manual de cumplimiento en materias de libre competencia y la condena en costas; o en subsidio (ii) se reduce el monto de las multas impuestas.

Fundamentamos este recurso de reclamación en las siguientes consideraciones fácticas, jurídicas y económicas:

I.

EL H. TRIBUNAL INCURRE EN UN ERROR DE CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LA CONDUCTA. LOS PROTOCOLOS REPROCHADOS NO SON ACUERDOS QUE CONSISTAN O RECAIGAN EN LIMITAR LA PRODUCCIÓN

1.1. Breves antecedentes

La FNE compareció ante el H. Tribunal el 26 de septiembre de 2018, deduciendo un requerimiento en contra de las distintas líneas de locomoción colectiva mayor del Gran Temuco, entre las que se encuentran nuestras representadas, por supuesta infracción al artículo 3 del DL 211, en particular la letra a) del referido precepto.

En lo esencial, los hechos consisten en que, más de 15 años antes de la interposición del requerimiento, el 17 de febrero de 2003, las requeridas celebraron -por escritura pública- una convención a través de la

cual convinieron congelar la dotación de taxibuses hasta el 31 de diciembre de 2007, estableciendo un sistema para incorporar máquinas de manera gradual y la obligación de no compartir sus terminales ni constituir sociedades con eventuales entrantes (el "**Primer Protocolo**").

Luego, el 26 de febrero de 2008, eso es, casi 2 meses después del término de la vigencia del Primer Protocolo, las requeridas suscribieron una segunda escritura pública en la que, básicamente, se reprodujeron las estipulaciones anteriores, con vigencia hasta el 31 de diciembre de 2012 (el "**Segundo Protocolo**").

Algunos años después, con fecha 27 de diciembre de 2012, las mismas líneas de transporte celebraron un tercer protocolo (también por escritura pública), en el que también se replicaron las mismas estipulaciones y establecieron una vigencia desde el 1 de enero de 2013 al 31 de diciembre de 2017 (el "**Tercer Protocolo**").

Es importante consignar que constituye un hecho no controvertido que en el caso de marras **el mercado relevante del producto NO está constituido por la venta o arrendamiento de micros o taxibuses en sí**; el bien o más precisamente el servicio ofertado en la especie consiste en "*el transporte público urbano de pasajeros [...]*"²⁻³, que en este mercado **se identifica con la frecuencia**⁴.

La Fiscalía sostiene que los referidos protocolos habrían causado los siguientes efectos: (i) limitación de la frecuencia; (ii) incremento en los tiempos de espera; (iii) afectación de precios; y (iv) restricción de la posibilidad de ofrecer nuevos recorridos en el Gran Temuco.

En función de lo anterior, solicitan multas para todas las requeridas, específicamente en el caso de nuestras representadas 220 UTA

² Párrafo 22 del requerimiento de la FNE.

³ En el mismo sentido, Considerando 38° de la Sentencia Definitiva.

⁴ En el párrafo 15 del requerimiento, la propia FNE reconoce que "*En este mercado, los operadores compiten en base a (i) tarifas; (ii) calidad del servicio ofrecido; y/o (iii) **frecuencia de los buses***" (énfasis agregado).

para Línea 1 y 180 UTA para Línea 2, junto con la imposición de la elaboración de un manual de cumplimiento en materias de libre competencia para todas las líneas, todo ello con costas.

En la Sentencia 175 se acogió el planteamiento de la FNE, estableciendo que las convenciones objeto del requerimiento sí constituirían acuerdos que consistieron en limitar la producción.

Para resolver como lo hizo, el H. Tribunal incurrió en graves errores jurídicos que llevaron a los sentenciadores a calificar los hechos bajo el tipo descrito en el artículo 3, letra a), del DL 211, en circunstancias que esa caracterización claramente no es plausible, como se explica a continuación.

1.2. La posición sostenida por esta defensa: los hechos del caso no se enmarcan dentro de la descripción típica de la letra a) del artículo 3 del DL 211 y, en consecuencia, deben ser analizados conforme al inciso 1º del mismo artículo

El artículo 3, inciso 1º, del DL 211 preceptúa: *“El que ejecute o celebre, individual o colectivamente cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos, será sancionado con las medidas señaladas en el artículo 26 de la presente ley, sin perjuicio de las medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan disponerse en cada caso”.*

Luego, el inciso 2º del mismo artículo establece una enumeración ejemplar de conductas que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia, o que tienden a producir dichos efectos, disponiendo en la letra a) del precepto: *“Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia o que tienden a producir dichos efectos, los siguientes: a) Los acuerdos o prácticas concertadas que involucren a competidores entre sí, y que*

*consistan en fijar precios de venta o de compra, **limitar la producción**, asignarse zonas o cuotas de mercado o afectar el resultado de procesos de licitación, así como los acuerdos o prácticas concertadas que, confiriéndoles poder de mercado a los competidores, consistan en determinar condiciones de comercialización o excluir a actuales o potenciales competidores”⁵.*

Con la entrada en vigencia de la Ley N°20.945, publicada en el Diario Oficial el 30 de agosto de 2016, es bastante relevante la determinación de si los acuerdos reprochados en autos consisten en limitar la producción en los términos de la parte primera de la letra a) del inciso 2° artículo 3 del DL 211 o si, por el contrario, pudiesen constituir una infracción distinta conforme al inciso 1° del mismo artículo u otra de las prácticas señaladas en la parte segunda de la letra a) o en las demás letras del inciso 2° del referido artículo 3.

Entre otros aspectos que demuestran la importancia de la caracterización de la conducta, pueden mencionarse la falta de necesidad de que la FNE acredite el poder de mercado, falta de necesidad de efectuar un análisis detallado de los efectos (según el voto de mayoría de la Sentencia Definitiva⁶) para determinar la ilicitud de la conducta, la gravedad de la conducta para los efectos de la determinación de la multa y la eventual persecución criminal por el delito tipificado en el artículo 62 del DL 211, en virtud de lo dispuesto en el artículo 64 del mismo cuerpo legal.

En nuestro escrito de contestación⁷, esta parte sostuvo que en la especie los hechos no pueden subsumirse bajo la figura del artículo 3, letra a), del DL 211.

⁵ Énfasis agregado.

⁶ De los cuatro ministros que concurrieron a la Sentencia 175/2020, dos de ellos manifestaron que, en su concepto, la categorización de una conducta bajo la letra a) del artículo 3 del DL 211, “[...] *no exime [...] de hacer algún análisis de los eventuales efectos pro y anticompetitivos de dichos acuerdos, evaluar la razonabilidad de los argumentos, y contrastarlos con los argumentos contrarios*” (pág. 78 de la Sentencia Definitiva). La tesis contraria se impuso como voto de mayoría debido al carácter dirimente del voto del Sr. Presidente del H. Tribunal, en virtud del artículo 9, inciso 2°, del DL 211.

⁷ Páginas 14 y siguientes del escrito de fojas 426.

Lo anterior, por una razón bien sencilla, que se refiere a un tema elemental de tipicidad objetiva: **la referida letra a) solo tipifica acuerdos que consisten (como dice la ley) o recaen (como dice el H. Tribunal⁸) en la limitación de la producción, que en este mercado se identifica con la cantidad de viajes o frecuencias, en circunstancias que en la especie los protocolos consistieron o recayeron en las máquinas.**

En otras palabras, el artículo 3, letra a), del DL 211 describe únicamente acuerdos que recaen sobre variables de competencia⁹, considerándolas especialmente graves, pero en este caso los acuerdos no consisten en tales variables, sino que en insumos, esto es, elementos que se encuentran aguas arriba en la cadena productiva¹⁰, que no son identificables con lo que se oferta al pasajero.

Adicionalmente, en nuestro escrito de cierre rolante a fojas 2.165 y siguientes, se invocaron argumentos económicos y teleológicos que imposibilitan caracterizar las conductas reprochadas como un acuerdo del artículo 3, letra a), del DL 211, todo lo cual llamativamente fue pasado por alto en la Sentencia Definitiva. A los argumentos económicos nos referiremos en el apartado siguiente, por lo que en seguida se expresan los referidos fundamentos teleológicos que, sumados por supuesto a los graves problemas de tipicidad objetiva mencionados precedentemente, impiden realizar la calificación jurídica que para nuestra sorpresa hizo el H. Tribunal en la Sentencia Definitiva.

⁸ Considerandos 24º, 64º, 66º de la Sentencia Definitiva. También en Considerandos 3º y 10º del voto de minoría de la misma sentencia.

⁹ “[...] *el hecho de que el acuerdo se refiera a una variable de competencia que afecte a competidores [...] es esencial para efectuar un reproche en materia de colusión*” (Considerando 39º de la Sentencia N°141/2014, recaída en Requerimiento de la FNE contra Sociedad Transportes Línea Uno Collico S.A. y otros, correspondiente al Rol C-244-12 del H. Tribunal).

¹⁰ La lógica que subyace al mayor reproche sobre acuerdos que recaen en variables de competencia es que el sistema de libre mercado consiste precisamente en generar incentivos para que los agentes económicos compitan en función de esas variables, produciendo más bienes y servicios y a mejores precios. De ahí que, si los oferentes no solo desarrollan una práctica que en definitiva genera una afectación negativa a una variable de competencia, sino que alcanzan una convención que consiste o recae precisamente en la limitación de la producción (que es lo que se reprocha en este caso), se vulneran los cimientos o premisas más elementales sobre los que se estructura el sistema.

Como se indicó, bajo la aproximación de la Sentencia 175 (al menos para el voto de mayoría), después de la publicación de la Ley N°20.945, los acuerdos que consisten en limitar la producción serían ilícitos *per se* y, en consecuencia, para sancionar las convenciones de congelamiento del parque de taxibuses no sería necesario analizar el potencial anticompetitivo de la conducta en el caso concreto como ocurre por regla absolutamente general en Derecho de la Competencia (i.e. regla de la razón), sino que bastarían solo acreditar: “[...] (i) la existencia de un acuerdo; (ii) que éste involucre competidores; y (iii) que recaiga sobre una variable relevante de competencia [...]”¹¹.

Pues bien, Excma. Corte, esa conceptualización que hace el H. Tribunal se estrella frontalmente con los fundamentos sobre los que se basó el establecimiento de la regla *per se*, que, como se sabe, es una creación jurisprudencial de los tribunales federales de los Estados Unidos de Norteamérica¹².

Veamos.

En primer lugar, tal como se fundamentó con bastante detalle tanto en nuestro escrito de cierre como también en la vista de la causa el 22 de julio de 2020, la aplicación de una regla *per se* respecto a una práctica comercial concreta se ha explicado por razones de experiencia; la lógica que subyace a la aproximación *per se* en ciertos casos bien particulares y limitados es que el conocimiento repetido de situaciones similares puede permitir asumir que existen ciertas conductas donde es muy evidente que se producen consecuencias anticompetitivas. De ahí que se estime que no tiene mayor justificación que los tribunales se adentren en las complejidades propias del análisis de la potencialidad para afectar la libre competencia¹³.

¹¹ Considerando 24° de la Sentencia 175.

¹² En el Considerando 65° de la Sentencia Definitiva, el H. Tribunal reconoce que la regla *per se* tiene su origen en los Estados Unidos de Norteamérica y contrasta con la regla de la razón.

¹³ “Es solo después de considerable experiencia que ciertas prácticas comerciales pueden ser calificadas como ilegales *per se*”, traducción libre a partir del siguiente texto: “[i]t is only after considerable experience with certain business relationships that courts classify them as *per se* violations”. Por ejemplo, en *United States v. Topco*

Pues bien, en lo que alcanzamos, el H. Tribunal ha conocido de un solo caso de limitación de máquinas en el transporte público urbano de pasajeros, cual fue aquel que culminó con la Sentencia N°94/2010, dictada con fecha 7 de enero de 2010, en causa Rol C-165-08, correspondiente a los autos caratulados "Requerimiento de la FNE contra Sociedad de Transportes Central Ltda. Y otras". Sin embargo, se trata de un supuesto que presenta múltiples y significativas diferencias con el caso de marras, incluyendo desde luego que en esa oportunidad distintos agentes económicos que prestaban el servicio de transporte público urbano de pasajeros en Osorno, se coludieron en la principal variable competitiva, el precio.

En definitiva, la institucionalidad chilena de libre competencia no ha analizado *de manera reiterada* casos de convenciones relativas a cantidades de máquinas u otros insumos relevantes para producir un determinado bien o servicio, por lo cual, hasta antes de la tramitación de la presente causa, no había un conocimiento *repetido*. Tampoco estamos en presencia de una conducta *similar*, atendido que la colusión de la ciudad de Osorno presentaba diferencias sustanciales con el caso de marras, incluyendo nada más y nada menos que un acuerdo en precios.

En segundo lugar, otro factor que ha incidido en el establecimiento de prohibiciones *per se* está ligado a las particularidades institucionales de los órganos que velan por la libre competencia y consiste en el carácter lego de las cortes en materias económicas¹⁴⁻¹⁵.

Associates, Inc., 405 U.S. 596 (1972); y Broadcast Music, Inc. v. Columbia Broadcasting System, Inc., 441 U.S. 1 (1979).

¹⁴ "Si debemos decidir este caso de la misma manera que el tribunal a quo es irrelevante para el problema planteado. El hecho es que **las cortes presentan poca utilidad para examinar los problemas económicos** [10]. **Nuestra inhabilidad para ponderar de manera significativa la destrucción de la competencia en un sector de la economía contra la procompetitividad en otro sector es una importante razón por la que hemos formulado reglas per se**". Traducción libre de "Whether or not we would decide this case the same way under the rule of reason used by the District Court is irrelevant to the issue before us. The fact is that courts are of limited utility in examining difficult economic problems.¹⁰ Our inability to weigh, in any meaningful sense, destruction of competition in one sector of the economy against promotion of competition in another sector is one important reason we have formulated per se rules." (United States v. Topco Associates, Inc., 405 U.S. 596 (1972), (énfasis agregado).

Por supuesto, este elemento tampoco se replica en nuestro caso, porque, conforme al artículo 6 del DL 211, el H. Tribunal está compuesto por 3 abogados y 2 economistas titulares, como asimismo por un abogado y un economista suplentes, todos expertos y con dilatada trayectoria en libre competencia. Además, las señoras y señores ministros cuentan con el apoyo de abogados relatores y economistas, también especialistas en la misma disciplina.

En consecuencia, a diferencia de lo que ocurre por ejemplo en los Estados Unidos de Norteamérica, donde nació la regla *per se*, el H. Tribunal tiene recursos y capacidad de sobra para adentrarse en los análisis económicos necesarios para determinar la potencialidad anticompetitiva de una conducta en particular.

Finalmente, y solo para clarificar, esta parte no está sosteniendo que la existencia de un tribunal especializado sea un obstáculo para la aplicación de una regla *per se*¹⁵; solo planteamos que se trata de una consideración teleológica que impone una interpretación restrictiva, en el sentido que el radio de aplicación de la regla *per se* debe ser estrictamente limitado a aquellos casos especialmente notorios y donde resulta evidente el

¹⁵ Quizás más elocuente es la nota al pie N°10 del fallo señalado precedentemente, cuya traducción insertamos a continuación: *"Ha habido mucho comentario reciente respecto a la conveniencia del establecimiento de reglas per se [...]. Sin reglas per se, los empresarios tendrían poca certidumbre respecto a si las cortes podrían estimar legal o ilegal un caso particular bajo la Ley Sherman. El congreso naturalmente puede establecer la improcedencia de reglas per se en esta área del Derecho en algunos o en todos los casos, **dejando en ese caso a las cortes libres para deambular en la selva de la teoría económica para mantener una aproximación flexible**".* Traducción libre de *"There has been much recent commentary on the wisdom of per se rules [...]. Without the per se rules, businessmen would be left with little to aid them in predicting in any particular case what courts will find to be legal and illegal under the Sherman Act. Should Congress ultimately determine that predictability is unimportant in this area of the law, it can, of course, make per se rules inapplicable in some or all cases, and leave courts free to ramble through the wilds of economic theory in order to maintain a flexible approach"*. (United States v. Topco Associates, Inc., 405 U.S. 596 (1972), (énfasis agregado).

¹⁶ En efecto, si bien la regla *per se* en materia de libre competencia fue una creación principalmente de los tribunales federales de los Estados Unidos de Norteamérica, legos en materias económicas, no puede desconocerse que la aproximación de ilicitudes *per se* ha sido adoptada también en distintas jurisdicciones que sí cuentan con autoridades con especialización en la materia.

potencial anticompetitivo de la práctica comercial de la que se trata en concreto.

En suma, lo que sostuvo esta parte ante el H. Tribunal fue que:

(i) Los protocolos recaídos en la limitación de máquinas no realizan la descripción típica del artículo 3, letra a), del DL 211, porque esta norma se refiere -entre otros- a acuerdos que consisten en la limitación de la producción en sí, no que consisten en limitar la cantidad de insumos, por muy relevantes que ellos sean, por un puro tema de legalidad formal, independiente de las razones de *lege ferenda* que pudiesen invocarse.

(ii) En la especie no concurren los caracteres de *repetición* y *similitud* requeridos para sancionar como ilegal *per se* uno o más acuerdos consistentes en la limitación de máquinas o insumos productivos.

(iii) El H. Tribunal es una magistratura altamente especializada en libre competencia y con amplio conocimiento en materias económicas, por lo cual la extensión de la prohibición *per se* del artículo 3, letra a), del DL 211 (según el concepto del voto de mayoría) debe ser interpretada de manera sumamente restrictiva.

(iv) Por último, la evidencia económica allegada al expediente demuestra que las particularidades de este caso no son compatibles con un modelo económico de colusión y que, más bien, el único modelo que replica adecuadamente los resultados obtenidos a partir de los datos del mercado es el de competencia con congestión. Este punto se desarrolla en el apartado II.

1.3. Errores de la Sentencia 175. El H. Tribunal verra al calificar jurídicamente las convenciones como ilícitos ilegales *per se* del artículo 3, letra a), del DL 211. Los sentenciadores prescinden de los requisitos objetivos del tipo y, para fundar su decisión de condena, transforman incorrectamente un supuesto fin de los agentes económicos, de carácter puramente subjetivo, en el objeto material del ilícito (elemento objetivo). Además, realizan una analogía *malam partem*

El análisis referido a aquello en lo que consistiría el acuerdo reprochado se encuentra en los considerandos 47° a 62° de la Sentencia 175.

Más específicamente, las premisas copulativas que utiliza el H. Tribunal para concluir que las convenciones materia del requerimiento de autos constituirían acuerdos consistentes en la limitación de la producción, en los términos del artículo 3, letra a), del DL 211, se refieren a 2 aspectos:

(i) Para determinar en qué *consiste* el acuerdo, como literalmente dice el artículo 3, letra a), del DL 211, el H. Tribunal entiende correctamente que lo que corresponde es determinar el “*objeto*” del mismo acuerdo¹⁷, pero luego agrega (erróneamente como se verá) que para estos efectos “*objeto*” sería sinónimo de “*finalidad*”¹⁸.

(ii) En la Sentencia 175 se manifiesta que, “*desde un punto de vista económico*”¹⁹, restringir la cantidad de taxibuses sería un “*equivalente práctico*”²⁰ a limitar la producción. Lo anterior, porque, en concepto del H. Tribunal, “[...] *los buses son el principal activo que requieren las empresas prestadoras del servicio de transporte de pasajeros y*

¹⁷ Considerando 47° de la sentencia impugnada.

¹⁸ Considerando 49° de la Sentencia 175.

¹⁹ Considerando 53° de la sentencia impugnada.

²⁰ Considerando 55° de la Sentencia 175.

determinan la cantidad máxima de frecuencias, espacios y extensión de recorridos que puede producir cada línea”²¹.

Ambas premisas -piezas angulares del razonamiento que llevó al H. Tribunal a calificar los protocolos como constitutivos del ilícito del artículo 3, letra a), del DL 211- son erradas, por razones que, si bien escapan del foco estrictamente económico que pretendió darle el H. Tribunal a esta problemática (que en realidad tiene naturaleza principalmente jurídica), sí se trata de aspectos de Derecho bastante elementales, como lo son la estructura de las figuras delictivas (o infraccionales) y el principio de reserva legal.

En primer lugar, el H. Tribunal prescinde completamente de que, por un problema de tipicidad formal, es indiscutible que el artículo 3, letra a), del DL 211 no tipifica acuerdos que consisten en insumos productivos y, en consecuencia, a lo sumo podría configurarse una infracción al inciso 1º del referido artículo 3, luego de un análisis conforme a la regla de la razón.

Pese a ese notorio obstáculo de tipicidad objetiva, el H. Tribunal, para intentar de todas formas fundamentar su decisión de condena, lisa y llanamente asimiló e hizo sinónimos para estos efectos “*objeto*” (del acuerdo) y “*finalidad*” del acuerdo. Luego, como los sentenciadores se persuadieron que en la especie el fin de las requeridas habría sido supuestamente limitar la producción, para sortear el mencionado problema del tipo objetivo del ilícito de colusión, confundieron el objeto material de la infracción (i.e. aquello en lo que el acuerdo consiste) con la finalidad última perseguida por cada una de las requeridas, transformando erróneamente el fin buscado por el agente en el objeto material de la conducta, lo que resulta a todas luces inadmisibile.

Veamos.

²¹ Considerando 57º de la Sentencia Definitiva.

Tratándose de la estructura de figuras o tipos infraccionales, se distingue entre el tipo objetivo y el tipo subjetivo. Mientras el primero se refiere básicamente a la acción (manifestada en un verbo rector), a un resultado y a un vínculo o factor de imputación²², el segundo consiste en la coincidencia del conocimiento y de la voluntad del autor con el tipo objetivo.

En lo que se refiere al tipo objetivo, este comprende esencialmente al sujeto activo, la conducta y, en lo que importa para estos efectos, el *objeto material* de la conducta, aunque también pueden incorporarse otros elementos objetivos (como, por ejemplo, la temporalidad, características especiales del sujeto activo o del lugar).

La doctrina nacional prácticamente unánime se refiere al objeto material en cuanto elemento del tipo objetivo como aquello en lo que la acción típica ***recae***:

Para el profesor Cury, el objeto material es “[...] *aquella cosa o persona sobre la cual **recae** la acción*”²³.

Igual concepción tienen los profesores Laura Mayer y Jaime Vera, “*Por objeto material entendemos, en términos generales, la persona o cosa sobre la cual **recae** el comportamiento delictivo*”²⁴.

En el mismo sentido, Politoff, Matus y Ramírez señalan: “*El objeto material de la conducta u objeto de la acción es la cosa o persona sobre la que **recae** la acción: “correspondencia o papeles” (art. 146); “dinero u otra cosa mueble” (art. 470, Nº 1); “moneda de oro o plata” (art.*

²² Cury, Enrique, *Derecho Penal: Parte General*, 11ª Edición, revisada, actualizada y con notas de Claudio Feller y María Elena Santibáñez, Ediciones Universidad Católica De Chile, Santiago, 2020, pág. 380.

²³ Cury, op. cit., pág. 382 (énfasis agregado).

²⁴ Mayer Lux, Laura / Vera Vega, Jaime, *Historia del objeto material del delito de falsedad documental punible*, en Revista de Estudios Histórico-Jurídicos [Sección historia de los dogmas], XXXVII, Valparaíso, 2015, pág. 328, citando a Cury (énfasis agregado).

163); o bien "ministro de culto" (art. 231 Cp), "padre, madre, hijo o cónyuge" (art. 390), "persona sujeta a guarda" (art. 259), etc."²⁵.

También lo enseña así el profesor Etcheberry: "**4. EL OBJETO MATERIAL.** "Se denomina así a aquello sobre lo cual **recae** físicamente la actividad del agente"²⁶.

En sintonía con la doctrina nacional, para el profesor español Santiago Mir Puig, el objeto material "[...]se halla constituido por la persona o cosa sobre la que ha de **recaer** físicamente la acción, por lo que también se le conoce como objeto de la acción"²⁷.

El tipo de colusión es un ilícito de convergencia, los que el profesor Cury caracteriza de la siguiente forma: "En los tipos de concurrencia necesaria, suele distinguirse entre delitos de convergencia y delitos de encuentro. Los primeros se caracterizan porque los distintos intervinientes cuya actividad exige la ley actúan "coordinadamente" en procura de una meta común"²⁸.

Por otro lado, el ilícito del artículo 3, letra a), del DL 211 corresponde a un tipo de mera actividad, es decir, aquel cuya descripción y contenido material se agota en la realización de la conducta, sin que se exija la producción de un resultado distinto del comportamiento mismo. Así, se ha señalado que "La colusión es un delito de mera actividad, esto es, se satisface con la realización de la conducta descrita, y que, por tanto, no exige un resultado para su consumación. Lo anterior, que ya fuera referido a propósito del tratamiento del ilícito anticompetitivo de colusión, respecto del

²⁵ Politoff, Sergio / Matus, Jean Pierre / Ramírez, María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal Chileno Parte General*, 2ª Edición, Editorial Jurídica de las Américas, Santiago, 2009, pág 191.

²⁶ Etcheberry, Alfredo, *Derecho Penal Parte General*, Tomo I, 3ª Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997, pág 219 (énfasis agregado)

²⁷ Mir Puig, *Derecho Penal Parte General*, 7ª Edición, Editorial B de F, Buenos Aires, 2005, pág. 224 (énfasis agregado).

²⁸ Cury, Enrique, *Derecho Penal: Parte General*, 9ª Edición, Ediciones Universidad Católica De Chile, Santiago, 2005, pág. 584. Vease también: Mañalich, Juan Pablo, *La imputación de la adopción de un acuerdo colusorio bajo el derecho de la libre competencia*, 2017, Informe en Derecho, presentado ante el H. TDLC en causa Rol N° C-292-2015 con fecha 14 de febrero de 2018, Requerimiento de la FNE contra CCNI S.A. y otras, pág. 19.

*cual la jurisprudencia conteste del TDLC y la Excma. Corte Suprema descarta la exigencia de un resultado producto de la ejecución de la conducta, es completamente replicable de cara al análisis del delito*²⁹⁻³⁰.

Nótese que la cita precedente es clara en manifestar que el carácter de mera actividad del tipo de colusión no es una característica específica del delito descrito en el artículo 62 del DL 211, sino que también aplica respecto al ilícito anticompetitivo del artículo 3 del mismo decreto ley.

El hecho que se trate de un ilícito de mera actividad es bastante relevante, porque implica que la limitación de la producción a que alude el artículo 3, letra a), del DL 211, se inserta dentro de la *modalidad de comisión de la conducta típica* (es el objeto material de la conducta como se verá), no un resultado que pueda alcanzarse indirectamente a través de distintas modalidades no tipificadas. En otras palabras, el tipo en comento es un ilícito de *medios determinados* (no un ilícito resultativo), donde las modalidades de la acción están expresamente tipificadas por el legislador³¹.

En lo que respecta a *carteles duros*, competidores alcanzan un acuerdo que **recae** en algo bien específico, a saber, una variable de competencia especialmente sensible, que, en la especie, según la FNE y la Sentencia 175, sería la **limitación de la producción**.

Aquello en lo que el acuerdo *consiste* o ese *algo* según lo catalogamos en el párrafo precedente, que ha de consistir en una variable

²⁹ Santelices, Víctor, *Capítulo IV, El tipo penal de colusión*, en Artaza, Osvaldo / Santelices, Víctor / Belmonte, Matías, *El delito de colusión*, Editorial Tirant Lo Blanch, Santiago, 2020, pág. 101.

³⁰ En el mismo sentido véanse: (i) Mañalich, Juan Pablo, *La imputación de la adopción de un acuerdo colusorio bajo el derecho de la libre competencia*, 2017, Informe en Derecho, presentado ante el H. TDLC en causa Rol N° C-292-2015 con fecha 14 de febrero de 2018, Requerimiento de la FNE contra CCNI S.A. y otras, pág. 19.; y (ii) sentencias pronunciada por la Excma. Corte Suprema con fecha 20 de abril de 2015, recaída en causa N° Ingreso Corte 6249-2014, y con fecha 12 de octubre de 2016, recaída en causa N° Ingreso Corte 5128-2016.

³¹ "Mientras que en los delitos de **medios determinados** la descripción legal acota expresamente las modalidades que puede revestir la manifestación de voluntad (ej: el robo con fuerza en las cosas supone el empleo de una de las formas de fuerza previstas en el art.238 CP), en los **delitos resultativos** basta cualquier conducta que cause el resultado típico (ej: art. 138: "el que matare a otro") sin limitación de modalidades de acción". Mir Puig op. cit., pág. 229 (énfasis original).

de competencia como lo es la **producción**, corresponde al “objeto material” del ilícito de colusión.

Es decir, **la limitación de la producción constituye el objeto material de la conducta propia del tipo de colusión: los competidores acuerdan limitar la producción; el acuerdo recae sobre la limitación de la producción.**

Por si quedara alguna duda, la misma Sentencia Definitiva se refiere a las variables de competencia (entre las que se encuentra la producción), como aquello en lo que el acuerdo **recae**:

*“Que, siguiendo con este razonamiento, para sancionar la conducta imputada por la FNE a todas las Requeridas, salvo a la Línea 10, se debe acreditar: (i) la existencia de un acuerdo; (ii) que éste involucre competidores; y (iii) que **recaiga** sobre una variable relevante de competencia, en este caso, según la Fiscalía, limitar la producción. Si **recae** en una variable de competencia distinta a las señaladas en la primera parte de dicha norma o si tiene por objeto excluir competidores, se deberá acreditar, además, que el acuerdo confirió poder de mercado a quienes lo celebraron [...]”³².*

*“Que, sobre esta materia, lo primero que se debe tener en consideración es que en el derecho de la libre competencia existen ciertos acuerdos entre competidores que constituyen conductas inherentemente anticompetitivas cuando **recaen** en algunas variables competitivas (véase por ejemplo, Catersen, Peter, 2020, *The Incoherent Justification for Naked Restraints of Competition: What the Dental Self-Regulation Cases Tell Us About the Cavities in Antitrust Law*, Legal Studies Research Paper Series Paper No. 1589, University of Wisconsin Law School, p. 687; Hovenkamp, Herbert, *Principles of Antitrust*,*

³² Considerando 24º de la Sentencia 175 (énfasis agregado).

*West Academic Publishing (2017), p. 168; y Corte Suprema de Estados Unidos, United States v. Socony-Vacuum Oil Co., 310 U.S. 150, 218 a 224 (1940)). Es lo que en doctrina se conoce como carteles duros (o "restricciones desnudas" como se denominan en Estados Unidos) y que tienen por objeto típicamente fijar el precio, la cantidad producida, repartir zonas o mercados y afectar procesos licitatorios"*³³.

*"[...] la Ley N° 20.945 de 2016 eliminó la exigencia consistente en que el acuerdo confiriera poder de mercado, cuando se trata de aquellos que **recaen** sobre las variables competitivas que se expresaron más arriba, consagrando, de esta manera, una regla per se para los carteles duros [...]"*³⁴.

*"En aplicación de dicha regla [per se], sería innecesario realizar cualquier análisis de los eventuales efectos que dichos acuerdos generarían en la libre competencia (tal como lo omite el considerando vigésimo cuarto), dado que se trataría de acuerdos entre competidores inherentemente anticompetitivos cuando **recaen** en algunas de estas variables (considerando sexagésimo cuarto). Así, de acuerdo con lo señalado en los considerandos sexagésimo cuarto a septuagésimo, bastaría que exista un acuerdo entre competidores y que éste **recaiga** sobre las variables competitivas mencionadas para sancionarlo"*³⁵.

*"De esta forma, los jueces siempre debiéramos ver el efecto en la libre competencia del acuerdo en cuestión, **recaiga** este en variables de las denominadas duras o no. Atendidas las variables sobre las cuales **recaen** los denominados carteles duros, es poco plausible –pero no imposible– que exista alguna justificación distinta que impedir, restringir o*

³³ Considerando 64° de la Sentencia Definitiva (énfasis agregado).

³⁴ Considerando 66° de la Sentencia 175 (énfasis agregado).

³⁵ Considerando 3° del voto de minoría de la Sentencia Definitiva (énfasis agregado).

entorpecer la libre competencia o tender a ello; sin perjuicio que, si se esgrime una justificación, esta no debe ser desestimada sin previo análisis”³⁶.

Como puede verse, S. S. Excma., que la variable de competencia “*limitación de la producción*” constituye el objeto material de la conducta típica del ilícito de colusión resulta evidente y notorio, al punto que el empleo del verbo ***recaer*** por el propio H. Tribunal en la Sentencia Definitiva es plenamente coincidente con lo que la doctrina entiende por *objeto material*, y que en general puede resumirse como aquello sobre lo que la acción típica (en este caso *acordar*) ***recae***.

Muy distinto al objeto material es lo que en definitiva quiere o busca el sujeto activo a través de la realización del tipo objetivo, pero en cualquier caso es claro que **esa finalidad, objetivo o móvil estructuralmente es muy distinta al objeto material; ni siquiera forma parte del tipo objetivo del ilícito.**

De ese modo, una cosa es que el acuerdo haya consistido o ***recaído*** en la cantidad de máquinas (cosa que no ha sido objeto de controversia en autos), circunstancia que por sí sola impide absolutamente que se configure el tipo objetivo de colusión, pues requiere que el acuerdo ***recaiga*** en la cantidad producida (i.e. frecuencias o viajes). Y otra cosa muy diferente es que el móvil de las requeridas pudiese haber sido la limitación de la producción, aspecto este último que sí ha sido controvertido y, en todo caso, por las razones indicadas, no tiene relevancia alguna para determinar si se cumplen los presupuestos *objetivos* del ilícito de colusión.

En ningún caso el H. Tribunal estaba facultado para prescindir de un elemento objetivo del tipo para aplicar el ilícito de colusión, ni mucho menos reemplazar ese elemento objetivo por aspectos puramente subjetivos vinculados a los supuestos fines que siguen los agentes.

³⁶ Considerando 10º del voto de minoría de la Sentencia 175 (énfasis agregado).

Con lo anterior no estamos diciendo que la *finalidad* de los agentes económicos no tenga ninguna trascendencia en esta sede. En la especie, si en definitiva se hubiese acreditado que la finalidad de las requeridas fue limitar la producción, eso redundaría en que su propósito habría sido afectar la libre competencia, generándose así un indicio de configuración de los elementos objetivos del tipo genérico del artículo 3, inciso 1º, del DL 211, pero en ningún caso de la letra a) por un tema evidente de tipicidad formal, como se dijo.

Como puede verse entonces, es claro que la Sentencia 175 se confunde al identificar la finalidad de las requeridas con el objeto material del ilícito de colusión y, como consecuencia de lo anterior, el referido error de tipicidad objetiva en que incurren los sentenciadores los llevó a un nuevo error, esto es, a estimar que se cumplían los presupuestos objetivos del tipo de colusión del artículo 3, letra a), del DL 211.

En segundo lugar, en lo que se refiere a la aseveración de que un acuerdo sobre un insumo productivo sería lo mismo que un acuerdo recaído en el bien o servicio comercializado dado que se trataría de un “*equivalente práctico*”³⁷, el H. Tribunal lo que está haciendo es aplicar analógicamente en perjuicio del afectado una figura (i.e. la del artículo 3, letra a), del DL 211) que en estricto rigor no abarca los hechos que se sometieron a su conocimiento, **vulnerando abiertamente el principio de reserva legal.**

Este principio general de nuestro ordenamiento jurídico se encuentra consagrado en el artículo 19 N°3, inciso final, de la Constitución Política de la República de Chile, el que dispone: “*Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente en descrita en ella*”.

Una de las expresiones concretas del principio de reserva legal, a través de su acepción de ley estricta, es la prohibición de la aplicación

³⁷ Considerando 55º de la Sentencia 175.

analógica³⁸, que consiste en la transposición de una regla jurídica a un caso no establecido en la ley, por la vía de un argumento de semejanza³⁹.

Al respecto, el profesor Garrido Montt enseña que la proscripción de la analogía (*malam partem*), es una consecuencia necesaria del principio de legalidad: “*El principio de legalidad en nuestro derecho impide la posibilidad de aplicar una ley por analogía en contra del afectado*”⁴⁰.

Pues bien, el principio de legalidad, incluida desde luego su acepción de *ley estricta* con la consiguiente prohibición de analogía en perjuicio del afectado, se extiende al ámbito de las sanciones administrativas⁴¹ y también, por cierto, a las sanciones por conductas contrarias a la libre competencia⁴².

Al respecto, el profesor Domingo Valdés ha señalado: “*La prohibición constitucional indicada se refiere a toda forma legislativa, por tanto, no solo alcanza al legislador penal, sino que a todo legislador que ejercite el ius puniendi reservado a la autoridad pública, sea que aquel opere en el ámbito administrativo o bien civil lato sensu. Lo prohibido es el establecimiento de penas asociadas a conductas cuya formulación no se halle expresa y precisamente descrita en la misma ley que contiene la pena. De lo anterior se sigue que toda actividad tipificadora, cualquiera sea su naturaleza, deberá hallarse substancialmente contenida en una ley*”⁴³.

³⁸ Oliver, Guillermo, *¿Irretroactividad de las variaciones jurisprudenciales desfavorables en materia penal?*, en Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXIV, Valparaíso, 2003, pág. 356.

³⁹ Véase, Politoff /Matus / Ramírez, op. cit., pág. 303.

⁴⁰ Garrido, Mario, *Derecho Penal Parte General*, Tomo I, 2ª Edición actualizada, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2010, pág. 36.

⁴¹ La discusión sobre este punto se dio en la Comisión de Estudio de la nueva Constitución, Sesión 113.

⁴² “[...] y lo más relevante es que tal precepto no se agota en el ámbito criminal, sino que se extiende con perfecta propiedad al campo de las sanciones asociadas a tipos administrativos, entre los cuales ciertamente se encuentra el tipo universal antimonopólico” (Valdés Prieto, Domingo, *Libre Competencia y Monopolio*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006, pág. 249).

⁴³ Id.

Pues bien, a pesar que el respeto irrestricto al principio de legalidad impedía en este (y en cualquier) caso al H. Tribunal sancionar conductas que no estén expresamente descritas en la ley, lamentablemente en la Sentencia 175 se hizo justamente eso: se aplicó el artículo 3, letra a), del DL 211 a acuerdos que *recaen* sobre insumos productivos, no variables de competencia, atendido que el H. Tribunal consideró que se trataba de un *equivalente práctico*, aplicando así de forma analógica el referido precepto a una situación de hecho que, a lo sumo, podría realizar la descripción típica del inciso 1º del artículo 3 del DL 11, pero a todas luces no aquella contemplada en la letra a).

En este sentido el profesor Valdés señala: “[...] *resulta inadmisibile que la conducta sancionada sea descrita, en último término, por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia [...] y por tanto, no puede delegar en el Tribunal de la Libre Competencia, la formulación o complementación de un tipo antimonopólico*”⁴⁴.

En suma, el H. Tribunal incurre en graves errores jurídicos al categorizar los acuerdos reprochados como constitutivos de la infracción del artículo 3, letra a), del DL 211, porque:

(i) Para llegar a esa equivocada conclusión, confunde el objeto material de la infracción, que constituye parte integrante del tipo objetivo, con la supuesta finalidad buscada por el autor, que es subjetividad pura; se prescinde de un elemento objetivo del tipo y este se *reemplaza* por un elemento subjetivo.

(ii) Aplica una analogía *malam partem*, porque fundamenta su decisión de subsumir los hechos bajo el tipo de colusión en que un acuerdo sobre insumos productivos, si bien no estaría expresamente contemplado en el artículo 3, letra a), del DL 211, sí sería un *equivalente práctico* a un acuerdo sobre producción.

⁴⁴ Valdés, op. cit., pág. 250.

II.

LA SENTENCIA DEFINITIVA OMITIÓ TODA REFERENCIA A (Y POR SUPUESTO NO SE HIZO CARGO DE) LOS ANÁLISIS CONTENIDOS EN EL INFORME ECONÓMICO QUE DESCARTARON TANTO LA EXISTENCIA DE UNA COLUSIÓN COMO TAMBIÉN EFECTOS ANTICOMPETITIVOS DE LAS CONVENCIONES REPROCHADAS

En el apartado anterior se explicó que, desde un punto de vista jurídico, los hechos objeto de la acusación de la FNE no realizan el tipo objetivo del artículo 3, letra a), del DL 211, como también se explicaron los errores de Derecho en que incurre la Sentencia 175 al categorizar los extremos fácticos del requerimiento como constitutivos de la referida figura típica.

En lo que sigue indicaremos someramente cuáles fueron los argumentos y probanzas de naturaleza económica que se vertieron ante el H. Tribunal, para luego referirnos a los errores en que incurrieron los sentenciadores al analizarlos e incluso en algunos casos -digámoslo sin eufemismos- omitir analizarlos.

Lo anterior en circunstancias que el análisis de los efectos anticompetitivos era absolutamente sustancial por dos razones alternativas:

(i) Por un lado, a diferencia de lo resuelto erróneamente en la Sentencia 175, los protocolos cuestionados no realizan la descripción típica del artículo 3, letra a), del DL 211 y, por consiguiente, deben ser analizados bajo el artículo 3, inciso 1º, del DL 211, que consagra la regla de la razón. De ese modo, para que prosperara el requerimiento, era esencial que la requirente acreditara los efectos anticompetitivos⁴⁵.

⁴⁵ Considerando 27º (pág. 128) de la sentencia pronunciada por la Excm. Corte Suprema con fecha 14 de agosto de 2020, recaída en autos N° Ingreso Corte 15.005-2019: "Lo anterior contrasta con la figura genérica establecida en el inciso primero, en que la FNE debe probar los efectos que permitan establecer que ellos son perniciosos para la libre competencia".

(ii) Por otro lado, incluso en un escenario de condena por el artículo 3, letra a), del DL 211, como ocurrió en la especie, la existencia y magnitud de efectos anticompetitivos es relevante para determinar la multa aplicable, según consta en las citas efectuadas por el propio H. Tribunal en la Sentencia Definitiva⁴⁶.

2.1. Argumentos y probanzas económicos vertidos por Línea 1 y Línea 2 ante el H. Tribunal

A fojas 1.615, las requeridas Línea 1, Línea 2 y Sociedad de Transportes Línea Número Cinco S.A. (la "**Línea 5**"), acompañaron un informe económico realizado por el economista José Luis Lima Reyna, denominado "*Análisis de supuesto efecto en producción y precios de los protocolos para estabilizar el parque de taxibuses en Temuco*" (el "**Informe Económico**").

No es nuestra intención fatigar la atención de la Excma. Corte refiriéndonos pormenorizadamente a todo lo que dice el Informe Económico, el que por cierto es autosuficiente y se explica a sí mismo, naturalmente con las complejidades propias de un informe de alta connotación técnica emitido por un especialista en economía de la competencia y con vasta experiencia en el mercado de transportes.

Con todo, conceptualmente, el Informe Económico puede sintetizarse del siguiente modo:

Por un lado, se efectúa un análisis de distintos modelos teóricos y se contrastan con los datos duros disponibles, para determinar si efectivamente la información permite sostener que en la especie el mercado estaría comportado por un acuerdo colusivo que recae en la limitación de la producción.

⁴⁶ Considerando 68° de la Sentencia 175.

Huelga señalar que el análisis desarrollado por el economista Sr. Lima se llevó a cabo utilizando los mismos criterios que se emplearon para el informe económico de la FNE en el caso de la colusión de la locomoción colectiva mayor en la ciudad de Valdivia⁴⁷, preparado por el mismo economista José Luis Lima⁴⁸.

En virtud del análisis desarrollado por el Sr. Lima, el Informe Económico demuestra que:

(i) En 2008 la información sobre frecuencias está en sintonía con el comportamiento propio de un mercado competitivo en que hay congestión en un nivel no tan relevante⁴⁹.

(ii) En 2012 y 2015, los modelos sin congestión con competencia o sin congestión con colusión no predicen adecuadamente los datos de las frecuencias⁵⁰, con lo cual se ve que la congestión tenía incidencia en el comportamiento del mercado y, en consecuencia, cualquier modelo teórico debía incorporar esa externalidad negativa propia de la industria de transporte.

(iii) Para esos mismos años 2012 y 2015, el modelo correspondiente a competencia con congestión si está en línea con los datos observados respecto a las frecuencias⁵¹⁻⁵².

(iv) Contrariamente, la calibración del modelo de congestión con colusión que hace el Sr. Lima arroja números negativos para todos los

⁴⁷ Escrito de fojas 734 presentado en causa Rol C-244-2012, correspondiente a la Sentencia 141 del H. Tribunal.

⁴⁸ En ese caso, precisamente el informe económico del Sr. Lima permitió acreditar que las empresas de la locomoción colectiva mayor en Valdivia acordaron e implementaron un acuerdo colusivo, lo que fue establecido en la referida sentencia 141 del H. Tribunal y luego confirmado por la Excma. Corte Suprema por sentencia de 29 de diciembre de 2015, recaída en causa N° Ingreso Corte 32.149-2014.

⁴⁹ Informe Económico, pág. 61.

⁵⁰ Id.

⁵¹ Id.

⁵² Para lo anterior, el análisis asume incrementos en el costo marginal de circulación, lo que es esperable y plausible, porque evidentemente a mayor congestión, aumentan los tiempos de viaje, hay mayor consumo de combustible y mayor desgaste de las máquinas.

años donde hay información de datos disponible. Se sigue entonces que, para que este modelo pueda exitosamente predecir el comportamiento del mercado conforme a los datos disponibles, la única forma sería asumir que, a mayor congestión, los costos marginales de la operación de los taxibuses disminuyen⁵³. Desde luego, esta alternativa es absurda, porque la congestión implica mayor desgaste de maquinarias y más consumo de combustible, lo que naturalmente redundaría en un mayor costo marginal.

Por otro lado, en relación a los efectos, como consideración preliminar, debe retenerse que en su requerimiento la FNE aseveró que los protocolos reprochados tuvieron impactos negativos en frecuencia, recorridos, tiempos de espera y precios⁵⁴ y, en base a ello, fundamenta las multas solicitadas.

No obstante, el Informe Económico desmintió tales efectos:

(i) En lo que toca a las frecuencias, los datos duros que fueron analizados por el Sr. Lima, permitieron concluir que las requeridas no operaban a máxima capacidad, lo que quiere decir que había disponibilidad para aumentar las frecuencias si así lo decidía individualmente una línea en el marco de sus legítimas decisiones discrecionales como agente económico⁵⁵.

(ii) Referente a los tiempos de espera, estos se explicarían por la congestión vehicular. En abono a esta conclusión, existe una modelación efectuada para los años 2013 a 2030, donde se ven incrementos importantes en los tiempos de espera justamente debido a la congestión en el Gran Temuco (no a otra cosa)⁵⁶.

⁵³ Informe Económico, pág. 57.

⁵⁴ Párrafo 12 del requerimiento interpuesto por la Fiscalía.

⁵⁵ Informe Económico, págs. 32 y 33.

⁵⁶ TRASA, 2014, "Actualización Plan de Transporte Temuco y desarrollo de anteproyecto, I Etapa", desarrollado por SECTRA, citado por Lima, en Informe Económico, pág. 14.

(iii) Respecto a los recorridos, el Informe Económico permite constatar que sí existieron nuevos recorridos y se extendieron otros ya existentes, ello durante el tiempo en que habrían regido los protocolos⁵⁷.

(iv) Por último, en lo que dice relación con el supuesto efecto en precios al que alude la FNE en el párrafo 12 del requerimiento interpuesto en autos, el Informe Económico demuestra que las tarifas variaron de manera muy similar a lo ocurrido en Chillán, donde rige el subsidio de la Ley N°20.378 y las tarifas se reajustan en función de un polinomio donde entran en juego el valor de reposición del bus, el índice de la mano de obra, el petróleo y los neumáticos⁵⁸. En consecuencia, no puede predicarse de los protocolos reprochados que causaron un incremento en los precios comparativamente a lo que habría ocurrido -siguiendo la lógica del requerimiento- en condiciones competitivas.

En suma, lo que sostuvo esta parte y acreditó ante el H. Tribunal fue que el análisis de los datos duros correspondientes a la información disponible para este mercado en particular:

(i) Permite demostrar que el comportamiento del mercado no es compatible con la tesis de un acuerdo entre competidores consistente en limitar la producción, lo que refuerza la falta de plausibilidad de subsumir los hechos objeto de la acusación bajo la figura tipificada en el artículo 3, letra a), del DL 211, cosa que se abordó con detalle en el apartado I.

(ii) Permite desmentir categóricamente los efectos perniciosos para la libre competencia señalados sin ningún tipo de fundamentación por la FNE en el párrafo 12 del requerimiento interpuesto en autos.

Como se adelantaba, este segundo aspecto referido a los efectos económicos, resulta doblemente relevante, porque si se acoge nuestro

⁵⁷ Informe Económico, págs. 15-17.

⁵⁸ Informe Económico, pág. 20.

planteamiento en el sentido que los hechos deben ser analizados conforme al artículo 3, inciso 1º, del DL 211 (y no la letra a) del mismo artículo), de no haber efectos económicos simplemente no hay ilícito anticompetitivo, tal como lo ha señalado la Excma. Corte Suprema⁵⁹. Por otro lado, si no se acoge ese planteamiento y en definitiva se estima que sí correspondería categorizar los hechos conforme al artículo 3, letra a), del DL 211, en ese caso el análisis de los efectos económicos es relevante para determinar la multa aplicable⁶⁰.

2.2. Errores y omisiones en que incurre la Sentencia 175

En la Sentencia Definitiva los sentenciadores incurren en distintos yerros, que los llevaron a acoger erróneamente el requerimiento de la FNE e incluso, considerando un escenario de condena, a imponer una multa mucho más gravosa que la que en Derecho corresponde.

Veamos.

(a) En relación a la categorización de los hechos como una colusión consistente en limitar la producción

Como se vio entonces, el Sr. Lima realizó un riguroso análisis de los datos disponibles, concluyendo así en virtud del examen acucioso de los mismos, que el comportamiento de esos datos era incompatible con un modelo teórico de colusión.

Sin embargo, para nuestra sorpresa, el **H. Tribunal simplemente omitió hacerse cargo de las calibraciones y predicciones, efectuadas en concreto y con datos duros, que llevaron al Sr. Lima a concluir que el comportamiento del mercado no estaba en sintonía con un modelo colusivo.**

⁵⁹ Considerando 27º (pág. 128) de la sentencia pronunciada por la Excma. Corte Suprema con fecha 14 de agosto de 2020, recaída en autos N° Ingreso Corte 15.005-2019.

⁶⁰ Considerando 68º de la Sentencia Definitiva.

La Sentencia 175 entonces prescindió de examinar, ponderar y evaluar un análisis sólido y pormenorizado, efectuado en base a evidencia empírica.

En lugar de eso, para nuestra extrañeza, el H. Tribunal hizo un análisis meramente conceptual y abstracto sin realizar calibraciones y predicciones⁶¹, como también sorprendentemente **la Sentencia Definitiva dio por correcto y le dio total preponderancia probatoria a un informe meramente teórico y también abstracto** de los economistas Leonardo Basso y Hugo Silva, acompañado por la FNE a fojas 404⁶²⁻⁶³.

Decimos que se trata de un análisis meramente teórico y abstracto, porque si bien los economistas contratados por la FNE al menos revisaron literatura y propusieron modelos teóricos, **los Sres. Basso y Silva no examinaron los datos del mercado, ni mucho menos hicieron el ejercicio de determinar si su modelo predecía adecuadamente el comportamiento del mercado conforme a la información dura e incuestionable que arrojan los datos**, como sí lo hizo el Sr. Lima en el Informe Económico.

Como si lo anterior no fuese suficiente, **los Sres. Basso y Silva ni siquiera fueron llevados a estrados por la requirente para que pudiesen ser interrogados por todas las partes y por el H. Tribunal.** Es decir, en los hechos, se acoge íntegramente un informe de alta connotación técnica preparado por expertos en economía sin que se permita a las demás partes contrainterrogar al perito, atentando gravemente contra el debido proceso.

La circunstancia descrita contrasta con la actitud procesal desplegada por esta parte, que para total transparencia del debate ofreció como testigo al economista Sr. Lima, quien fue objeto de un riguroso

⁶¹ Considerandos 55°-57° de la Sentencia 175.

⁶² Documento N°6 del Tomo XVII del expediente de investigación correspondiente al Rol FNE 2224-13.

⁶³ Considerando 58° de la Sentencia Definitiva.

contrainterrogatorio por parte de la FNE y también pudo ser interrogado por el Sr. Ministro Economista que participó en la audiencia⁶⁴.

De este modo, la Sentencia Definitiva yerra, primero, en la ponderación probatoria, porque atenta contra las más elementales reglas de la lógica darle preponderancia a cosas que se dicen en abstracto y que pueden o no resultar correctas en un caso específico según las particularidades de las circunstancias, frente a cosas que se dicen luego de efectuar un examen en concreto según la información que arrojan los datos duros.

Yerra también la Sentencia 175 al darle preponderancia al informe de dos verdaderos peritos que no tuvieron la oportunidad de ser contrainterrogados por las requeridas, atentando así flagrantemente contra el debido proceso.

(b) En relación a los supuestos efectos anticompetitivos de los protocolos reprochados en el requerimiento

En primer lugar, respecto a la capacidad ociosa que fue constatada en el Informe Económico a partir del examen de los datos disponibles, esa conclusión fue desestimada en la Sentencia 175, por vía indiciaria.

En efecto, en los considerandos 83 y siguientes de la resolución reclamada, el H. Tribunal invoca una serie de antecedentes que, en su concepto, haría presumir que no sería plausible que las requeridas tuviesen capacidad ociosa como lo demostró el Sr. Lima Reyna⁶⁵.

⁶⁴ Audiencia testimonial de 7 de enero de 2020, cuya acta rola a fojas 1.190.

⁶⁵ Por ejemplo, el H. Tribunal sostiene que sería irracional que, antes de la suscripción de los protocolos, las requeridas hayan tenido flota excedentaria, porque eso implicaría que habrían decidido deliberadamente aumentar sus costos (Considerando 84º de la Sentencia Definitiva), pasando por alto que puede haber diversas razones que explican esa circunstancia.

Adicionalmente, en la construcción de tres de los indicios que elabora el H. Tribunal para intentar desvirtuar el Informe Económico, se da fe absoluta de la efectividad de asertos formulados por Empresa de Transporte de Pasajeros Altamira S.A. (la "**Línea 10**")⁶⁶ y del representante legal de Sociedad de Transportes Pedro de Valdivia Padre Las Casas (la "**Línea 3**")⁶⁷.

Pues bien, como primera observación, no resulta plausible y es contrario a la lógica probatoria que, frente a hechos demostrados por datos objetivos, **el H. Tribunal le dé preponderancia a prueba meramente indiciaria por sobre prueba directa.**

Como segunda observación, **las aseveraciones de Línea 3 y Línea 10 no resultan confiables.** En efecto, ambas requeridas tenían incentivos particularísimos para favorecer a la FNE desde el minuto 1, dado que su estrategia desde un inicio fue renunciar a toda defensa de fondo en relación a la falta de configuración del ilícito de colusión, implorando misericordia a la requirente para que les reconociera una suerte de atenuante ilegal no contemplada en el artículo 26, letra c), del DL 211, de *colaboración con el proceso*, depositando todas sus expectativas en lograr una reducción de la multa.

En segundo lugar, en lo que se refiere a la prueba irrefutable de extensión de kilómetros de recorrido durante el supuesto "*período colusivo*", las argumentaciones esgrimidas por el H. Tribunal tampoco resultan lo suficientemente sólidas como para llegar a sostener que la extensión de los recorridos estaba por debajo de un umbral hipotético de escenario competitivo.

Lo anterior, porque, para intentar refutar esta constatación, la Sentencia 175 primero se centra única y exclusivamente en la situación de Línea 5⁶⁸, manifestando que correspondía deducir ciertos incrementos de

⁶⁶ Considerandos 85° y 86° de la Sentencia Definitiva.

⁶⁷ Considerando 88° de la Sentencia 175.

⁶⁸ Considerandos 100° a 102° de la Sentencia Definitiva.

kilómetros, porque supuestamente algunos habrían ocurrido después del supuesto “*período colusivo*” y otros corresponderían a una supuesta retaliación desplegada con ocasión de un pretendido desvío de Línea 10.

También el H. Tribunal invoca algunos antecedentes como comunicaciones de juntas de vecinos que darían cuenta de una supuesta falta de cobertura a determinados sectores⁶⁹.

Sin embargo, el H. Tribunal no logra explicar cómo o por qué la extensión de kilómetros (incluso considerando las dudosas deducciones que se hacen) sería deficitaria en relación con un escenario competitivo. Adicionalmente, y más notorio aún, es que no se hace cargo de las extensiones de recorridos de las demás requeridas; solo se queda con el análisis de Línea 5, como si esa línea hubiese sido la única que extendió sus recorridos.

En tercer lugar, respecto al aumento en los tiempos de espera que, conforme a las conclusiones del Informe Económico, se explicarían por la congestión, la verdad es que el H. Tribunal no se hizo cargo en lo absoluto de ese aspecto, limitándose nuevamente a invocar generalidades, en el sentido que un acuerdo como el de autos puede tener, en abstracto, la potencialidad de aumentar los tiempos de espera⁷⁰.

En la Sentencia 175 no hubo análisis, ni refutación de los datos que llevaron al Sr. Lima a concluir que los tiempos de espera se explican por la congestión vehicular.

Finalmente, lo mismo ocurre en el caso de las tarifas. El H. Tribunal nada dijo en relación al ejercicio efectuado en el Informe Económico, donde se demostró que el aumento de precios de la locomoción colectiva en el Gran Temuco “[...] *al igual que en Chillán, se explicarían por los aumentos en el costo de los insumos más importantes para prestar el*

⁶⁹ Considerandos 103° y 104° de la Sentencia 175.

⁷⁰ Considerandos 56°, 59°, y 92° de la Sentencia Definitiva.

*servicio de transporte”, en circunstancias que “[...] **los precios acordados en colusión tienden a ser menos sensibles a variaciones en costos, lo cual no es lo que se observa al considerar las variaciones de tarifas y costos para los taxibuses de Temuco**”⁷¹.*

A pesar de lo categórica de la conclusión y de que se fundamentó usando como referencia o grupo de control las variaciones de lo ocurrido en otro mercado donde la tarifa se reajusta en función de costos, **en ninguna parte de la Sentencia 175 se hace mención al efecto en precios, ni mucho menos a este riguroso análisis efectuado por el economista Sr. Lima.**

En lugar de ello, los sentenciadores se limitaron solo a citar nuevamente el informe abstracto y teórico de los Sres. Basso y Silva⁷², sin ningún correlato empírico con lo ocurrido en el mercado de transporte público urbano de pasajeros en el Gran Temuco.

En síntesis, los argumentos esgrimidos por el H. Tribunal son deficitarios y no logran vencer la prueba empírica allegada por esta parte y que acredita fehacientemente la inexistencia de efectos anticompetitivos.

Adicionalmente, el H. Tribunal omitió completamente referirse a 2 de un total de 4 efectos denunciados por la FNE en el párrafo 12 del libelo acusatorio, y en función de los cuales la requirente pidió tales y cuales multas, con lo cual resulta a esta altura un hecho de la causa que, al menos, en el caso de los tiempos de espera y de los precios no se acreditaron efectos anticompetitivos.

En relación a esto último, resulta bastante llamativo para esta parte que la falta absoluta de prueba sobre 2 de los 4 supuestos efectos anticompetitivos denunciadas por la FNE no haya incidido en la determinación de la multa, porque el H. Tribunal consideró como multa base

⁷¹ Informe Económico, pág. 20.

⁷² Considerandos 58°

para determinar la sanción aquella solicitada por la FNE⁷³ y, esta, a su vez, incorporaba el reproche tanto por efectos en precios y tiempos de espera⁷⁴.

III.

LA SENTENCIA 175 APLICA ERRÓNEAMENTE LA TEORÍA DEL ACUERDO ÚNICO Y, DE ESE MODO, YERRA AL RECHAZAR LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

3.1. Argumentos de Línea 1 y Línea 2 para oponer la excepción de prescripción extintiva

(a) Consideraciones generales

Tal como se expuso al momento de contestar el requerimiento, esta parte sostuvo que las acciones para perseguir la responsabilidad de nuestras representadas, respecto de cada protocolo, se encontraban prescritas a la fecha de la interposición (y también de la notificación) del requerimiento.

Una de las primeras consideraciones consistió en que el plazo de cualquier tipo de prescripción debe computarse desde la fecha de ejecución de la conducta y no desde que cesaban en el mercado los supuestos efectos anticompetitivos, puesto que el artículo 20, inciso 4º, del DL 211, según el cual la prescripción no se inicia mientras se mantengan en el mercado los efectos imputables a la conducta objeto de la acción, solo es aplicable para casos del artículo 3, letra a), del DL 211, lo que, como se explicó detalladamente más arriba, no es lo que ocurre en la especie.

Así, para infracciones distintas a la colusión, el plazo de prescripción comienza con la ejecución de la conducta atentatoria de la libre competencia, conforme al artículo 20, inciso 3º, del DL 211, sin que pueda extenderse la regla del inciso 4º a la generalidad de los casos, puesto que si

⁷³ Considerando 131º de la Sentencia Definitiva.

⁷⁴ Párrafo 12 del requerimiento interpuesto por la FNE.

el legislador hubiese querido establecer solo una forma de computar el plazo, no tendría ningún sentido establecer una diferenciación entre los incisos 3° y 4° del referido artículo, sino que, por el contrario, habría existido una sola regla.

Luego, como segunda consideración, sostuvimos que, al momento de suscribirse el Primer Protocolo y el Segundo Protocolo, esto es, el 17 de febrero de 2003 y 26 de febrero de 2008, respectivamente, lo cierto es que en aquella época ni siquiera existía la regla especial de prescripción de colusión del artículo 20, inciso 4°, del DL 211, por lo cual malamente podía aplicarse de forma retroactiva en perjuicio de nuestras representadas.

Recordemos que el artículo 25 de la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes dispone que:

“La prescripción iniciada bajo el imperio de una ley, y que no se hubiere completado aún al tiempo de promulgarse otra que la modifique, podrá ser regida por la primera o segunda, a voluntad del prescribiente; pero eligiéndose la última, la prescripción no empezará a regir a contarse sino desde la fecha en que aquella hubiese empezado a regir”.

Lo anterior se encuentra en plena sintonía con el principio de irretroactividad de la ley más desfavorable, consagrado en el artículo 19 N°3 de la Constitución Política de la República de Chile.

Ello ha sido incluso reconocido por el H. Tribunal, al aplicar el estatuto de prescripción vigente en una ley anterior a la época de juzgamiento, arguyendo que:

“[...] cualquiera que sea la época que se atribuya a tales hechos de acuerdo con las diversas interpretaciones anteriores, éstos habrían ocurrido bajo el imperio del texto entonces vigente del Decreto Ley N° 211, cuyo artículo 20,

inciso 3º, establecía como plazo de prescripción –incluso para casos de colusión, como sería el de autos– el de dos años, contado desde la ejecución de las conductas que se imputan a las requeridas [...]”⁷⁵.

Efectuado ese breve marco conceptual, veamos cómo en la especie sí se configuraba la prescripción extintiva en relación a cada uno de los protocolos reprochados en el requerimiento interpuesto en autos:

(b) Prescripción de la acción para perseguir la supuesta responsabilidad emanada de la suscripción del Primer Protocolo

El Primer Protocolo fue celebrado con fecha 17 de febrero de 2003, esto es, cuando aún no se publicaba la Ley N°19.911, época en que el DL 211 no consagraba reglas de prescripción. Así, debió aplicarse la norma residual de 6 meses para faltas o, en el peor de los casos, 5 años correspondientes a la prescripción aplicable a los simples delitos, en ambos casos contados desde la ejecución de la conducta.

Así, la acción debió declararse prescrita, porque desde el 17 de febrero de 2003 hasta el 23 de octubre de 2018 (fecha en que se notificaron el requerimiento y su proveído) transcurrió un lapso muy superior a 5 años.

(c) Prescripción de la acción para perseguir la supuesta responsabilidad emanada de la suscripción del Segundo Protocolo

El Segundo Protocolo fue celebrado con fecha 26 de febrero de 2008, esto es, cuando ya estaba vigente la Ley N°19.911, pero aún no se publicaba la Ley N°20.361. De esta forma, la prescripción se inició bajo el imperio del DL N°211 vigente a aquella época, que estableció un plazo de dos años contados desde la ejecución de la conducta.

⁷⁵ Considerando 16º de la Sentencia 106/2010, recaída en causa Rol C-163-2008, correspondiente a los autos caratulados “Requerimiento de la FNE contra Bertonati Vehículos Especiales Limitada y otros”.

De esta forma, dado que la regla del artículo 20, inciso 4º, del DL 211 no existía al momento de la suscripción del Segundo Protocolo, e incluso asumiendo hipotéticamente *-arguyendo-* que se trata de un acuerdo del artículo 3, letra a), del DL 211, el H. Tribunal en ningún caso pudo aplicar la regla de prescripción de 5 años y tampoco iniciar el cómputo desde la fecha en que cesan en el mercado los efectos atribuibles a la conducta.

Así, las cosas, yerra la sentencia recurrida puesto que, conforme a la regla de prescripción vigente en esa época (según la cual el plazo es de 2 años y que debe contarse desde la fecha de ejecución de la conducta), se debió haber declarado prescrita la acción para demandar la ilicitud de este Segundo Protocolo, cuestión que se habría producido el 26 de febrero de 2010.

(d) Prescripción de la acción para perseguir la supuesta responsabilidad emanada de la suscripción del Tercer Protocolo

Por último, el Tercer Protocolo fue suscrito el 27 de diciembre de 2012, es decir después de la publicación de la Ley N°20.361, pero antes de la Ley N°20.945.

Así y atendido que la conducta de mis representadas no configuraría aquella tipificada en el artículo 3, letra a), del DL 211, según se vio con detalle en el apartado I., el plazo de prescripción sería de 3 años y se contaría desde la fecha de ejecución de la conducta, con lo cual el H. Tribunal debió también declarar la prescripción de esta acción, la que se habría producido el 27 de diciembre de 2015.

Finalmente, se solicitó que, para el improbable caso que se considerara que los protocolos sí constituían una infracción al artículo 3, letra a), del DL 211 y que para el caso del Tercer Protocolo no había alcanzado a transcurrir el tiempo de prescripción, en subsidio, al menos se declarara la prescripción parcial respecto del Primer Protocolo y del Segundo Protocolo.

No obstante, la Sentencia Definitiva rechazó la excepción de prescripción extintiva opuesta por esta parte, al entender que los tres Protocolos constituirían una sola conducta, aplicando la Teoría del Acuerdo Único⁷⁶.

A entender del H. Tribunal, los protocolos constituirían una infracción única que se habría ejecutado hasta al menos el 31 de diciembre de 2017 de manera ininterrumpida, por lo que el plazo de prescripción aplicable sería el de 5 años, conforme al actual texto del artículo 20, inciso 4º, del DL 211.

En ese sentido, y dado que el requerimiento se habría notificado el 23 de octubre de 2018, la acción ejercida por la FNE no se encontraría prescrita.

3.2. Errores de la Sentencia Definitiva

En la Sentencia 175 no se profundiza en el análisis al momento de considerar las conductas imputadas como una sola, cuestión que naturalmente causa agravio a esta parte, porque llevó al H. Tribunal a rechazar la excepción de prescripción.

Para la doctrina comparada, la Teoría del Acuerdo Único, también denominado "*single overall agreement*", tiene por objeto liberar al órgano fiscalizador de la carga de la prueba en casos específicos, cuando se trata de carteles bien complejos, justificándose en razones de economía procesal⁷⁷.

⁷⁶ Considerandos 11º y siguientes de la Sentencia 175.

⁷⁷ "*Muchos cárteles son complejos y de larga duración. Durante un período de tiempo, algunas empresas serán más activas que otras en la gestión de un cártel: algunas pueden "abandonar" durante un tiempo pero posteriormente volver a entrar; otras pueden asistir a algunas reuniones pero no a otras. En algunas ocasiones todos los miembros de un cártel se reúnen o se comportan de manera concertada. Puede no estar claro si las empresas participaron en un único cártel que abarcaba, por ejemplo, toda la Unión Europea, o si había diferentes cárteles, uno para Francia, otro para Alemania y así sucesivamente. Asimismo, puede ser difícil determinar a qué productos se aplicó el cártel [...]. En algunos casos, puede que se esté investigando una serie de prácticas y que no esté claro si una empresa se adhirió a todas o sólo a algunas de ellas. Si se analizan esas situaciones que consisten en varios cárteles discretos, en los que intervienen diferentes empresas, áreas y prácticas, el*

Entonces, en primer lugar, inmediatamente aparecen de manifiesto 2 elementos incompatibles con la aplicación de la Teoría del Acuerdo Único en la especie, a la luz de la doctrina invocada: (i) no se trata de un cartel, por las razones latamente expuestas en el apartado I.; y (ii) tampoco se trata de acuerdos que revistan particular complejidad, pues fueron alcanzados por todas las líneas de locomoción colectiva mayor en el Gran Temuco, por escritura pública y no son subrepticios.

En segundo lugar, también ha sido objeto de críticas por parte de la doctrina alemana, donde Claus Roxin invoca como objeción principal que dicha figura “[...] *carece de fundamento legal* [...]”, agregando que “[...] *la incertidumbre relativa a los requisitos precisos que debe satisfacer la sucesión de delitos para ser calificada como un delito continuado, lo que se traduce en una **práctica judicial arbitraria** [...]*”⁷⁸.

En tercer lugar, se observa un problema de construcción lógica en la Sentencia 175, que vicia la calificación de los hechos como una sola y única conducta, porque, para poder calificar los protocolos como un único acuerdo de carácter permanente (o continuo), es necesario establecer primero que los hechos materia del requerimiento fundamenten una calificación de colusión, para luego analizar cómo los extremos fácticos del caso configuran todos los elementos que, según la jurisprudencia de la Excma. Corte Suprema⁷⁹, resultan necesarios para la considerarlos como un único acuerdo.

Sin embargo, la Sentencia Definitiva incurre en un error lógico, puesto que da por verificados los requisitos que permitirían calificar las

organismo de defensa a la competencia tendría que iniciar varias investigaciones. Ello le impondría una carga considerable; y podría suceder que algunas de las prácticas ilegales se remontaran a un pasado tan lejano que las reglas de limitación impedirían la imposición de multas. Sin embargo, si es posible demostrar que ha habido un único acuerdo general, sólo se necesitaría una investigación y es menos probable que surja un problema de limitaciones” Traducción libre de Richard Wish y David Bailey, *Competition Law*, 8ª Edición, Oxford University Press, Oxford, 2012, pág. 107.

⁷⁸ Bascuñán, Antonio, *Estudios sobre la Colusión*, Thomson Reuters, Santiago, 2016, págs. 125-126 (énfasis agregado).

⁷⁹ Ver Considerando 75º de la sentencia dictada el 29 de octubre de 2015 por la Excma. Corte Suprema, en causa N° Ingreso Corte 27.181-2014.

conductas como una sola antes de efectuar el análisis para caracterizar la conducta como una colusión⁸⁰.

Así, el H. Tribunal incurre en una contradicción, porque, para desestimar la excepción de prescripción alegada por esta parte, da por configurada la existencia de un único acuerdo sin haber efectuado aún la caracterización de la conducta, en circunstancias que esta es sustancial para la aplicación de la Teoría del Acuerdo Único.

Lo anterior contrasta con lo ocurrido, por ejemplo, en el “Caso Pollos” tanto la Excma. Corte Suprema⁸¹ como el H. Tribunal⁸² se pronunciaron primero sobre si concurrían o no los elementos para la configuración de un ilícito de colusión, para luego proceder a determinar si dichas alegaciones habrían constituido conductas separadas o bien un solo acuerdo.

En cuarto lugar, la Sentencia 175 incurre en un error al considerar las conductas como un solo acuerdo anticompetitivo, a pesar de una evidente interrupción en el tiempo que se observa en la especie.

Al respecto y en relación al mismo caso en comento, la Excma. Corte Suprema ha señalado:

*“El carácter de ilícito permanente o de duración continua de la colusión es susceptible de configurarse al existir una vinculación, **sin interrupción**, entre los elementos del cartel”⁸³ (énfasis agregado).*

Pues bien, el fallo no se hace cargo del quiebre temporal que se produce entre la suscripción del Primer Protocolo y el Segundo Protocolo,

⁸⁰ Ello queda de manifiesto en el orden que se señala en el Considerando 9º de la Sentencia 175.

⁸¹ Así se advierte del Considerando 300º de la sentencia dictada el 29 de octubre de 2015, por la Excma. Corte Suprema, en causa Nº Ingreso Corte 27.181-2014.

⁸² Considerandos 304º y siguientes de la Sentencia Nº139/2014.

⁸³ Considerando 72º de la sentencia dictada el 29 de octubre de 2015 por la Excma. Corte Suprema, en causa Nº Ingreso Corte 27.181-2014.

elemento ya suficiente para interrumpir la supuesta continuidad del acuerdo y para desestimar la aplicación de la Teoría del Acuerdo Único.

En este sentido, el Primer Protocolo estableció como vigencia la fecha de suscripción (17 de febrero de 2003) hasta el 31 de diciembre de 2007, y luego, dos meses más tarde, se suscribió el Segundo Protocolo.

Así las cosas, existe un período en el cual sencillamente no hubo acuerdo, cuestión que impedía considerar los protocolos como una infracción única y permanente. A consecuencia de lo anterior, el H. Tribunal debió declarar la prescripción, a lo menos, del Primer Protocolo y, de manera subsecuente, reducir la multa –solo por este concepto– en al menos 1/3 de lo solicitado por la FNE.

IV.

EL H. TRIBUNAL NO SE HIZO CARGO DE LOS PROBLEMAS DE PARTICIPACIÓN, CONTRADIENDO SU PROPIA JURISPRUDENCIA Y HACIENDO CASO OMISO DE LA CONFIGURACIÓN DE UN CASO FLAGRANTE DE LITIS CONSORCIO PASIVO NECESARIO

4.1. El H. Tribunal contradijo su propia jurisprudencia

También llamó la atención de esta defensa que la Sentencia 175 omitiera pronunciarse sobre los problemas de participación que afectaban al requerimiento y que fueron advertidos durante la etapa de discusión⁸⁴.

De acuerdo a la relación fundante del requerimiento deducido por la Fiscalía, esta le atribuyó a las requeridas responsabilidad en cuanto partícipes directos, es decir, por haber celebrado y ejecutado un acuerdo *entre competidores*.

Sin embargo, como se expuso en nuestro escrito de contestación, las requeridas no son las competidoras en el mercado

⁸⁴ Páginas 32 y siguientes de nuestro escrito de contestación, que rola a fojas 426.

relevante del producto materia del requerimiento, porque ellas no ofertan el servicio de transporte público urbano de pasajeros. Su existencia solo se explica como una manera de modificar, hacer más eficiente y darle formalidad a la relación entre la autoridad y los empresarios del transporte.

Este defecto procesal en la interposición de la acción impedía conocer y configurar un acuerdo colusorio, incluso de acuerdo a la jurisprudencia del propio H. Tribunal.

En efecto, mediante resolución de 20 de julio de 2017, recaída en causa Rol C-322-17⁸⁵, el H. Tribunal declaró inadmisibile un requerimiento interpuesto exclusivamente contra una asociación gremial, al detentar esta la calidad de un agente no-competidor (o partícipe indirecto):

*“Que, en primer lugar, el Requerimiento ha sido planteado de una forma que impide conocer de un acuerdo colusorio, por cuanto su juzgamiento exige la acusación o imputación de la conducta a dos o más competidores. En este caso, **la FNE sólo ha requerido a un agente económico, la AGC, en circunstancias que se trata de un ilícito concertado**”* (Considerando 2º). (énfasis agregado).

Luego, mediante resolución de 2 de agosto de 2017, el H. Tribunal rechazó un recurso de reposición interpuesto por la requirente en la misma causa mencionada, manifestando:

*“Que, tal como señala la resolución recurrida, cualquiera sea la hipótesis en que se considere que ha actuado la AGC, **el requerimiento de autos adolece de una falta de un requisito esencial para poder determinar la conducta**”*

⁸⁵ Autos caratulados “Requerimiento de la FNE contra Asociación Gremial de Cirujanos de la V Región”, iniciados en virtud de un libelo presentado por la Fiscalía con fecha 11 de julio de 2017, el que fue declarado inadmisibile por el H. Tribunal.

coordinada: que ésta sea imputada a dos o más competidores⁸⁶.

“Que, en el presente caso, existe un vicio procesal manifiesto o evidente **que impide un pronunciamiento favorable del Tribunal**. Incluso de considerarse que el requerimiento imputa a la AGC la calidad de facilitador del supuesto cartel de los médicos cirujanos, ello exige necesariamente declarar la existencia del acuerdo ilícito entre los competidores directos. Sin embargo, no es posible conocer y declarar la existencia de un acuerdo colusorio de competidores, ni siquiera como presupuesto de sanción de un agente facilitador, sin la comparecencia en el juicio de al menos dos competidores que concurrieron a dicho acuerdo. Así lo reclama la naturaleza de este ilícito que, al ser esencialmente colectivo, exige la concurrencia de dos o más agentes económicos competidores que celebran un acuerdo con “la voluntad y decisión conjunta” de llevarlo a cabo (Sentencias de la Excmá. Corte Suprema, Rol N° 10954- 11, considerando 9°, y Rol N° Rol N°27.181-2014, considerando 40°)⁸⁷.”

Como puede verse, entonces, según la jurisprudencia del H. Tribunal, un requerimiento que no se dirige contra 2 o más competidores simplemente está destinado a ser rechazado, situación que es precisamente la que se configura en la especie, toda vez que las requeridas no se desempeñan como competidoras en el mercado objeto del requerimiento, esto es, el de prestación de servicios “de transporte público urbano de pasajeros en las comunas de Temuco y Padre Las Casas”.

En efecto, la FNE, se dirigió contra nuestras representadas y contra otras 8 personas jurídicas, a las que se les imputa la transgresión del artículo 3, letra a), del DL 211, por haber celebrado un acuerdo entre

⁸⁶ Considerando 4° (énfasis agregado)

⁸⁷ Considerando 6° (énfasis agregado).

competidores consistente en limitar la cantidad máxima de buses en la comuna de Temuco y Padre Las Casas, en circunstancias que estas no son quienes prestan el servicio de transporte público de pasajeros y, en consecuencia, no detentan la calidad de competidores entre sí.

El servicio de transporte público urbano es prestado directamente por empresarios de transporte, quienes, a su vez, pueden ser accionistas, socios o asociados de la respectiva línea, según cuál sea la forma jurídica de esta última; esos son los oferentes del servicio que constituye el producto relevante objeto del requerimiento.

De este modo, lo que hacen las líneas es proveer a los verdaderos oferentes, de insumos necesarios para el servicio de transporte público, cobrando por ellos, pero no tienen participación en la ejecución directa de ese servicio, por lo que no poseen las aptitudes mínimas que pudieran haberlas hecho partícipes directos de las conductas imputadas por la FNE.

Por último, si además consideramos que las líneas solo han nacido a la vida jurídica con motivo de solicitudes de la autoridad regulatoria correspondiente, resulta evidente que estas no son más que meras sociedades de apoyo a su giro, constituyendo a lo más partícipes indirectos en la supuesta conducta colusiva.

4.2. Configuración de una situación de *Litis consorcio pasivo necesario* que vicia la relación procesal

A mayor abundamiento, los hechos descritos implican la existencia de un *Litis Consorcio pasivo originario necesario*, proveniente de la relación jurídica fundante del proceso, esto es, la existencia de supuestos hechos ilícitos causados por las acciones y/u omisiones simultáneas de diversos sujetos, pues, tal como se anunciaba más arriba, la colusión es un ilícito de convergencia.

Lo anterior, obligaba a accionar contra todos aquellos que se consideren responsables del pretendido ilícito y no solo contra algunos de ellos, como se ha pretendido en autos.

Existe *Litis consorcio* cuando hay pluralidad de individuos que actúan en una misma posición de parte. En caso de varios demandantes se denomina *Litis consorcio activo*, y de varios demandados, *Litis consorcio pasivo*.

El *Litis consorcio* puede ser clasificado en originario, si surge al inicio del proceso, o sobrevenido, cuando se produce después de iniciado el procedimiento. Luego, el *Litis consorcio originario* puede ser eventual o necesario. El *Litis consorcio originario eventual* se configura cuando la pluralidad de partes no es consecuencia de una imposición legal o no deriva de la relación jurídica del proceso. Por el contrario, el *Litis consorcio originario necesario* existe cuando la ley así lo ordena (*Litis consorcio necesario propio*), o bien, deriva de la relación jurídica fundante del proceso (*Litis consorcio necesario impropio*).

En la especie, estaríamos frente a un *Litis consorcio pasivo necesario impropio*, toda vez que la FNE imputó a las requeridas un supuesto acuerdo colusorio, con lo cual necesariamente la requirente tenía como mínimo la carga de generar una relación procesal con los *competidores*, no pudiendo limitarse únicamente a partícipes indirectos, como es el caso de las requeridas.

Al respecto, la Excma. Corte Suprema ha señalado que el demandante debe dirigir su acción también contra “*aquellas personas cuyo [sic] derechos puedan verse afectados por la pretensión de los actores*”⁸⁸. Más aún, la misma magistratura ha resuelto:

⁸⁸ Considerando 6° de la sentencia dictada el 14 de abril de 2015 por la Excma. Corte Suprema, en causa N° Ingreso Corte 30.323-2014.

“[...] es menester llamar a juicio a todos los titulares pasivos de la relación, quienes puedan verse alcanzados por los efectos de la cosa juzgada, cuyo carácter es eminentemente relativo e incumbe exclusivamente a las partes, y no daña ni aprovecha a terceros (res inter alios iudicatus aliis no praeiudicare)”⁸⁹.

Específicamente, se trata de lo que se denomina *Litis consorcio pasivo necesario impropio*, hipótesis jurídica que se configura cuando *“la naturaleza de la relación jurídica determina que el asunto controvertido debe ser resuelto a través de una decisión única por el juez”⁹⁰.*

Este vicio no es baladí; se trata de un defecto trascendente que vicia, contamina y afecta en su raíz la acción ejercida en autos, impidiendo que nazca la relación jurídica procesal entre la actora y los legitimados pasivos, con lo cual la consecuencia procesal del déficit denunciado necesariamente debe ser el rechazo del requerimiento.

Así, por ejemplo, se ha sostenido:

“Que de conformidad con lo reseñado, si el que solicita la protección jurídica no tiene la legitimación (activa), o se deduce la acción en contra de un sujeto sin legitimación (pasiva), esa petición de tutela jurisdiccional no puede prosperar.

Ello, porque como ya se dijo, la legitimación tiene como único objetivo jurídico el determinar quiénes tienen la calidad de justa parte en el proceso, o sea, las personas que deben estar presentes a fin de que el juez pueda proveer sobre un determinado objeto.

⁸⁹ Considerando 4° de la sentencia de 14 de abril de 2015, pronunciada por la Excma. Corte Suprema en causa N° Ingreso Corte 30.323-2014.

⁹⁰ Considerando 10° de la sentencia de 14 de abril de 2015, pronunciada por la Excma. Corte Suprema en causa N° Ingreso Corte 30.323-2014.

Si no concurre la legitimación –activa o pasiva- [o si se configura su equivalente funcional de legitimación activa o pasiva incompleta] faltará un elemento básico para acceder a la tutela judicial, toda vez que su carencia mira al fondo de la acción deducida⁹¹.

Huelga señalar que, si bien es cierto que la figura jurídica del *Litis Consorcio pasivo necesario* invocada no se encuentra recogida explícitamente en el Derecho Positivo chileno, su aplicación fluye de principios generales del Derecho y del artículo 3 del Código Civil, que consagra el principio de efecto relativo de las sentencias judiciales, amén que ha sido reconocida por la jurisprudencia de la Corte Suprema, como ya se señaló.

En definitiva, en la especie existe un caso de *Litis consorcio pasivo necesario* que hacía indispensable que la Fiscalía accionara como mínimo contra 2 o más competidores, sin perjuicio de requerir también a las líneas como facilitadores o partícipes indirectos. Al no proceder en la forma indicada, se configura un vicio que contamina toda la relación procesal y, en consecuencia, el requerimiento debe ser rechazado.

V.

EL H. TRIBUNAL YERRA EN SU APROXIMACIÓN A LA DEFENSA DE ERROR DE PROHIBICIÓN Y, CONSECUENCIALMENTE, LA DESESTIMA ERRÓNEAMENTE

5.1. Los argumentos esgrimidos por Línea 1 y Línea 2

Esta parte también argumentó debida y oportunamente que, incluso si se considerara que nuestras representadas incurrieron en una infracción, de todos modos, su actuar adolecía de un error de prohibición, esto es, aquel en que “[e]l sujeto se encuentra cuando recae sobre la

⁹¹ Sentencia de 29 de octubre de 2009, pronunciada por la Iltma. Corte de Apelaciones de Concepción en causa N° Ingreso Corte 392-2009.

*antijuridicidad de su conducta, de tal manera que la ejecuta asistido por la convicción de estar obrando lícitamente*⁹².

Como se explicó, el error de prohibición no se refiere solo a casos en que el sujeto es obligado, presionado o coaccionado a cometer la infracción, sino también en aquellos supuestos en que aquel no tenía motivos para pensar que lo que estaba ejecutando u omitiendo constituía un hecho considerando ilícito por el ordenamiento jurídico. Ambas circunstancias son normativamente equivalentes y coinciden en un elemento común que representa el núcleo de la falta de reprochabilidad: la persona no estaba en condiciones de actuar de una manera distinta.

También se detallaron las razones que justificaban la aplicación del error de prohibición en esta sede y, que son las siguientes:

(i) El fundamento del error de prohibición en materia penal consiste en la injusticia de atribuir ilícitos graves, con un alto grado de reproche ético-social, a una persona que no tenía motivos para comprender el carácter ilícito de su actuar.

El ilícito de colusión se ha convertido en uno de los que más repudio generan, lo que se ve refrendado con que hoy el artículo 62 del DL 211 lo tipifica como delito en ciertos casos.

Tan claro es el reproche que para el legislador merece el ilícito de colusión, que lo ha castigado muy severamente, ciertamente más que cualquier otro delito económico, al limitar la aplicación de la Ley N°18.216, que establece penas que indica como sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad.

(ii) La Fiscalía considera que el ilícito imputado corresponde a un acuerdo entre competidores consistente en limitar la producción, figura

⁹² Cury Enrique, *Derecho Penal / Parte General*, 8ª Edición, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2005, pág. 437.

que puede acarrear incluso una pena de cárcel, conforme lo dispuesto en el artículo 64 del DL 211 y, en consecuencia, la institución en comento resulta aplicable al estar en presencia de un hipotético caso penal.

(iii) Por último, la jurisprudencia del H. Tribunal ha reconocido implícitamente la aplicación del error de prohibición en esta sede, y justamente en un caso relacionado a la industria transporte público urbano de pasajeros, específicamente en los considerandos 71º, 76º y 100º de la Sentencia N°94/2010, la que incluso paradójicamente fue citada en la Sentencia 175 recurrida para desechar esta alegación.

En efecto, en la referida Sentencia N°94/2010, el H. Tribunal rechazó el argumento referente a la falta de conocimiento de ilicitud de la conducta que alegaron algunas de las requeridas, sosteniendo para ello que la decisión se fundaba en que, en ese caso particular, era factible para la requerida actuar conforme a derecho. Así:

*“Que, de cualquier modo, este Tribunal no puede aceptar la alegación de esta parte en orden a que no realizó la conducta antijurídica que se le reprocha con pleno conocimiento de lo que hacía y por propia voluntad, **toda vez que era factible haber actuado de una forma distinta a como lo hizo, esto es, conforme a derecho** [...]”⁹³.*

De acuerdo a normas básicas de interpretación, el mismo razonamiento es válido en sentido contrario, es decir, si la requerida no hubiese podido o –lo que es normativamente equivalente– no hubiese tenido motivos para obrar de una forma distinta, el H. Tribunal podría haber considerado la concurrencia de un error de prohibición.

“Que en primer término son completamente reproducibles aquí los razonamientos realizados en la consideración septuagésimo primera respecto de las defensas de Transportes Línea Nueve

⁹³ Considerando 71º de la Sentencia N°94/2010 (énfasis agregado).

referidas a la falta de voluntariedad de su actuar antijurídico, **aunque sin duda su responsabilidad se puede ver atenuada** [...]”⁹⁴.

Lo anterior es importante puesto que, revela cómo es que el H. Tribunal consideró, para efectos de atenuar la responsabilidad, la alegación de falta de voluntariedad en el actuar antijurídico, lo que es absolutamente equivalente a atribuirle un efecto al error de prohibición, solo que no de la entidad suficiente para eximir de responsabilidad, atendidas las características del caso. Es decir, entonces no se trataría de un problema de pertinencia de esa institución en el Derecho de la Competencia chileno, sino de un tema netamente de gradación.

Continúa la referida sentencia, señalando:

“Que, adicionalmente, el hecho de que durante el paro del transporte público de la ciudad de Osorno de los días 26 y 27 de noviembre de 2007 se hayan producido desórdenes y hechos de violencia que hayan razonablemente podido atemorizar a algunos de los representantes de algunas empresas requeridas, específicamente, a los de Sociedad de Transportes Frankol Ltda., Sociedad de Transportes Líneas Nueve Ltda., Transportes Veinte Blanco Azul Ltda., Administradora Francke Ltda. y Sindicato de Trabajadores Independientes Taxis Colectivos Línea 17, 17-A, 18 de Osorno, **si bien no puede a juicio de este Tribunal constituir una eximente de culpabilidad, toda vez que no está acreditado que fueran de una entidad suficiente como para hacer imposible la exigencia de otra conducta,** si atenúa la responsabilidad de dichas empresas”⁹⁵.

⁹⁴ Considerando 76º de la Sentencia N°94/2010 (énfasis agregado).

⁹⁵ Considerando 100º Sentencia N°94/2010 (énfasis agregado).

Como puede observarse, este último considerando contiene elementos de los dos anteriores. Por un lado, reconoce implícitamente que podría haberse configurado un error de prohibición si las circunstancias del caso fuesen de una entidad tal como para hacer imposible la exigencia de otra conducta y, por otro lado, le atribuye cierto efecto atenuatorio al error de prohibición vencible.

De esta forma, el error de prohibición resulta plenamente aplicable en el Derecho de la Competencia chileno.

5.2. Errores de la Sentencia Definitiva

No obstante todas las razones expuestas, la Sentencia recurrida, -tal como se advierte en sus considerandos 108° a 112°- rechaza la posibilidad de amparar la conducta de nuestras representadas bajo un error de prohibición a consecuencia del preponderante rol de la autoridad de aquella época -principalmente, la Secretaría Regional Ministerial de Transportes y Telecomunicaciones de la Región de la Araucanía (la "**SEREMITT**")- en la suscripción de cada uno de los protocolos.

Para rechazar dicha alegación, el H. Tribunal cita dos sentencias, una de la Excma. Corte Suprema⁹⁶ y otra propia⁹⁷, sin detenerse ni profundizar mayormente por qué no resulta aplicable esta alegación en esta sede.

La falta de análisis queda en evidencia al momento de revisar con detención y por completo la Sentencia N°94/2020, cuyos considerandos pertinentes han sido transcritos, donde es posible advertir que aquel mismo razonamiento expuesto en dicha resolución por el H. Tribunal reconoce la pertinencia del error de prohibición en esta sede, como se explicó precedentemente.

⁹⁶ Sentencia dictada por la Excma. Corte Suprema el 4 de julio de 2007, recaída en causa N° Ingreso Corte 6.236-2016.

⁹⁷ Sentencia N°94/2010.

De esta forma, y dado que se encuentra suficientemente acreditado en el proceso el hecho que la suscripción de los protocolos se enmarcó en un contexto en el que la autoridad y la ciudadanía ejercieron una presión relevante en nuestras representadas, en relación a hacerse cargo de las externalidades negativas creadas por ellas mismos con ocasión de su giro; resultaba del todo procedente acoger dicha alegación.

Recordemos que en esa época ya se encontraba vigente el congelamiento de taxis (inclusive los taxis colectivos) en todo el país, y que fueron la alta congestión y contaminación los factores que justificaron la dictación de la Ley N°19.593⁹⁸, los mismos que motivaron la presión de la autoridad para que la requeridas celebraran los protocolos, como se ha explicado a lo largo de todo este proceso.

De este modo, el escenario frente al que se encontraron los empresarios de la locomoción colectiva mayor en el Gran Temuco, fue uno en que las autoridades y la población reclamaban por las externalidades negativas generadas por los oferentes de la locomoción colectiva, y donde incluso el mismísimo Congreso Nacional había legislado sobre el congelamiento del parque de locomoción colectiva menor, justamente en atención a esas mismas externalidades.

Los empresarios de la locomoción colectiva mayor solo pretendieron hacer algo que era mirado por buenos ojos por la población, por la autoridad (la SEREMITT y la Intendencia de La Araucanía) e incluso por el Congreso Nacional.

Así las cosas, existieron elementos de contexto y cursos de acción mucho más poderosos que aquellos invocados en el caso de la ciudad de Osorno⁹⁹, donde el H. Tribunal, si bien reconoció la procedencia del error

⁹⁸ Véase punto 1.1. del Primer Trámite Constitucional, Moción Parlamentaria, de la Ley N°19.593.

⁹⁹ Las alegaciones de las requeridas solo se refirieron a la intervención de la Secretaría Regional Ministerial de Transportes y Telecomunicaciones respectiva para organizar el acuerdo. En contraposición a ello, en este caso hubo consultas y opiniones favorables de dos autoridades, el apoyo de parlamentarios e incluso se dio en un contexto donde el Congreso

de prohibición en esta sede, por las particularidades de dicho caso, en esa oportunidad lo estimó vencible y, consecuentemente, solo le dio un efecto atenuatorio para determinar la multa aplicable, pero insuficiente para configurar una eximente de responsabilidad.

En este caso en particular, no se han esgrimido motivos suficientes que permitan independizar la imposición de una sanción de la exigencia de la culpabilidad. Las multas, en cuanto penas o sanciones, solo deben ser impuestas a quienes puede dirigírsele un reproche personal por la realización de una conducta prohibida, reproche que no puede formularse respecto de aquellos que no están en posición de conocer la antijuricidad o ilicitud de la acción u omisión típicamente antijurídica.

En este sentido, sostiene Enrique Alcalde que, en distintos ámbitos de las actividades económicas, existe un “[...] *cúmulo de reglamentaciones que difícilmente una persona puede, en la práctica, siquiera llegar a conocer*”¹⁰⁰. Así, por ejemplo, en materia de mercado de valores, se cuestiona el autor, “[...] *¿tiene acaso, algún director o gerente, la posibilidad de conocer, en todo su detalle y extensión, las numerosísimas obligaciones y plazos, de la más variada naturaleza, que aquellas normas le imponen? Y ello, sin entrar todavía a examinar la complejidad técnica que muchas de ellas exhiben [...]*”¹⁰¹.

Así las cosas, en la especie resulta plenamente pertinente la aplicación del error de prohibición.

Nacional había dictado leyes para congelar el parque de taxis, con argumentos totalmente replicables a la locomoción colectiva mayor (i.e. congestión y contaminación).

¹⁰⁰ Alcalde Enrique, *Aplicación de los principios de tipicidad, culpabilidad y proporcionalidad en la infracción administrativa*, en Revista Actualidad Jurídica, vol. 24, Santiago, 2011, págs.76-77.

¹⁰¹ Id.

VI.

PARA EL EVENTO QUE NO SE ACOJA LA PRETENSION PRINCIPAL DE ESTE RECURSO DE RELAMACION, ESTO ES, EL RECHAZO DEL REQUERIMIENTO, SE SOLICITA, EN SUBSIDIO, QUE SE REDUZCAN LAS MULTAS IMPUESTAS EN LA SENTENCIA 175

Por último, esta parte solicitó al H. Tribunal, subsidiariamente, la aplicación de multas menos gravosas que aquellas requeridas por la Fiscalía, por cuanto estas resultaban absolutamente excesivas y desproporcionadas, atendidos los criterios establecidos por el propio legislador en el artículo 26, letra c), del DL 211 y elementales criterios de proporcionalidad, especialmente en base a la jurisprudencia del H. Tribunal.

En efecto, en su requerimiento, la Fiscalía solicitó se impusiera una multa de 220 UTA a la Línea 1 y 180 UTA para la Línea 2, aseverando vagamente que la diferencia entre un monto y otro correspondería a la capacidad operativa de cada entidad y su permanencia en el supuesto cartel.

A continuación, nos referimos a los fundamentos esgrimidos por el H. Tribunal para intentar justificar las enormes multas impuestas a las requeridas¹⁰²:

6.1. En general, sobre el procedimiento realizado por la Sentencia 175 para la determinación de las multas y de la sorprendente validación de las sanciones solicitadas por la FNE como multas base, pese a la nula fundamentación ofrecida por la requirente

Para determinar la multa aplicable, el H. Tribunal, primero determina una multa base¹⁰³ y, luego, analiza la procedencia de atenuantes o agravantes que pudieran reducir o ampliar ese monto inicial¹⁰⁴.

¹⁰² El análisis se encuentra en los considerandos 120° a 143° de la Sentencia Definitiva.

¹⁰³ Considerandos 120° a 132° de la Sentencia 175.

¹⁰⁴ Considerandos 133° a 143° de la Sentencia Definitiva.

Pues bien, en relación a lo primero, para determinar la multa base, sorprendentemente el H. Tribunal se limitó a dar por válidas aquellas pedidas por la FNE¹⁰⁵, a pesar de reconocer que “[...] **la requirente no justificó las razones por las cuales solicitó multas distintas para cada una de las Requeridas** (sino que sólo señala que tomó en consideración la capacidad operativa de cada empresa y su permanencia en el cartel, sin entregar mayores explicaciones) [...]”¹⁰⁶.

En efecto, la requirente no explicó ni fundamentó cómo en este caso se configuraban elementos regulados en la ley como para justificar las elevadas multas solicitadas, limitándose a efectuar citas y aseveraciones abstractas en los párrafos 39 a 42 del libelo¹⁰⁷.

S.S. Excma., para esta parte resulta simplemente incomprensible que el H. Tribunal haya prescindido de construir una multa base, fundada y elaborada de manera objetiva e imparcial en base a todos los datos que tenía disponibles y, en lugar de ello, simplemente haya dado por correctos sin más los montos de las multas solicitadas por una de las partes interesadas en las resultas del juicio, la FNE.

Si los sentenciadores estaban conscientes que la requirente no fundamentó las multas solicitadas, lo que correspondía era que el H. Tribunal construyera una multa base con las garantías de imparcialidad que está llamado a ofrecer un tribunal de la República de Chile.

¹⁰⁵ Considerando 131º de la Sentencia Definitiva.

¹⁰⁶ Id (énfasis agregado).

¹⁰⁷ Como, por ejemplo, que la colusión es el ilícito más grave, que se trataría de un mercado sensible y la necesidad de considerar el efecto disuasorio. No obstante, como se adelantaba, esos conceptos no se desarrollan en concreto ni se hacen análisis de todos los datos a los que la Fiscalía pudo acceder en función de sus exorbitantes facultades investigativas.

6.2. La Sentencia 175 incurre en errores al ponderar los elementos de determinación de la multa

(a) Sobre la gravedad de la conducta y el efecto disuasivo de la sanción

Al respecto, la sentencia recurrida señala:

*“Que en lo relativo a la gravedad de la conducta y el efecto disuasivo, tanto la jurisprudencia de este Tribunal así como de la Excma. Corte Suprema, han señalado consistentemente que **la colusión es la conducta contraria a la libre competencia más grave y que merece el mayor reproche** toda vez que supone suprimir de raíz la incertidumbre y la libre iniciativa propia de los procesos competitivos, reemplazándola por una conspiración entre competidores en perjuicio del bienestar social y los consumidores” (Sentencia N°119/2012, C.95). Sin embargo, ambas circunstancias ya fueron consideradas en la multa base, tal como se puntualizó en el considerando centésimo vigésimo primero¹⁰⁸.*

Sin embargo, como ya se explicó, en el Considerando 121° en ninguna parte el H. Tribunal se hace cargo de la gravedad y del efecto disuasivo, limitándose simplemente a asumir que la FNE los habría considerado y que la ponderación de la requirente necesariamente sería correcta.

Evidentemente, esta parte comparte que la colusión constituye el atentado más grave contra la libre competencia, pero el problema en este caso es que esa declaración abstracta no puede liberar al H. Tribunal de efectuar un análisis en concreto para determinar la multa en un caso específico.

¹⁰⁸ Considerando 135° de la Sentencia 175 (énfasis agregado).

Dicho lo anterior, incluso si nos mantenemos en el mismo plano abstracto en el que se quedó el H. Tribunal, lo cierto es que hay elementos adicionales que resultan relevantes para disminuir la multa bajo los factores de gravedad de la conducta y el efecto disuasivo, a saber, la caracterización de la conducta y el carácter no subrepticio del acuerdo.

En relación a lo primero, el yerro del H. Tribunal se produce al haber considerado los hechos como constitutivos del ilícito del artículo 3, letra a), del DL 211, cuestión que, como vimos en el apartado I. de este libelo recursivo, no resulta plausible y se explica por graves errores de tipicidad objetiva en que incurrió la Sentencia 175.

En consecuencia, en el evento que la Excma. Corte Suprema recalifique la conducta y la estime configurativa de la infracción genérica del artículo 3, inciso 1º, del DL 211, en ese caso correspondería disminuir considerablemente la multa, atendido que ya no estaríamos en presencia de *“la conducta contraria a la libre competencia más grave y que merece el mayor reproche”*.

Respecto a lo segundo, esto es el carácter no subrepticio y su incidencia en el efecto disuasivo, al momento de considerar *cartelizarse*, un agente económico racional pondera tanto la sanción como la posibilidad de ser detectado. De ahí que la determinación de una sanción debe estar justamente dirigida a la estructura de incentivos de los agentes económicos al momento en que evalúan si se coluden o no, para lo cual resulta especialmente determinante la posibilidad de detección.

Pues bien, en la especie la conducta imputada por la FNE no es subrepticia, demostrativo de lo cual es que los protocolos se suscribieron por escrituras públicas y fueron conocidos por la SEREMITT, la Intendencia de La Araucanía e incluso el Congreso Nacional.

Sin embargo, a pesar de lo evidente que resultaba que, de la ponderación del elemento *“efecto disuasivo”* correspondía disminuir la multa

en base al carácter no subrepticio del acuerdo, y así fue solicitado expresamente por esta parte en la contestación, el H. Tribunal no dijo nada de nada al respecto en la Sentencia Definitiva.

(b) Sobre los efectos de la conducta

Tal como señalamos más arriba, la Sentencia 175 reconoce que los efectos de la conducta son relevantes para la determinación de la sanción, incluso tratándose de supuestos del artículo 3, letra a), del DL 211¹⁰⁹.

Asimismo, la Sentencia Definitiva reconoce que no se acreditaron los supuestos beneficios que habrían obtenido las requeridas, pero señala que los pretendidos efectos generados en el mercado relevante serán considerados para la determinación de la multa¹¹⁰.

Este aspecto fue desarrollado en el apartado II. de este escrito, al referirnos con detalle a los efectos económicos, por lo cual nos remitimos íntegramente a aquel.

De todos modos, es necesario reiterar que la FNE fundó la multa en 4 supuestos efectos: (i) afectación de frecuencias; (ii) afectación de recorridos; (iii) afectación de tiempos de espera; y (iv) afectación en precios.

Pues bien, como se vio más arriba, la prueba rendida en autos no permite dar por acreditados efectos negativos en frecuencias y recorridos, por las razones latamente expuestas en el Informe Económico y resumidas en extremo en el apartado II. Adicionalmente, en relación a la afectación de tiempos de espera y la afectación de precios, nada se dijo al respecto en la Sentencia 175, por lo cual, desde el punto de vista de los

¹⁰⁹ Considerando 68º de la Sentencia Definitiva.

¹¹⁰ Considerando 134º de la Sentencia 175.

hechos de la Sentencia Definitiva, puede asumirse que tales efectos anticompetitivos en tiempos de espera y precios simplemente no existieron.

En este orden de cosas, dado que los supuestos efectos anticompetitivos estarían insertos en la multa solicitada por la FNE, la ausencia de uno o más de los efectos denunciados por la Fiscalía necesariamente debe redundar en una disminución de la multa.

Por lo anterior, si la Excma. Corte Suprema compartiera con esta parte que en definitiva no se acreditó ninguno de los efectos económicos que aseveró la Fiscalía, se solicita que la multa se disminuya a un mínimo, mientras que si la Excma. Corte Suprema estimara que sí se acreditaron efectos anticompetitivos en frecuencias y/o recorridos, igualmente se solicita una disminución prudencial de la multa, atendido que es evidente que el H. Tribunal no se hizo cargo de la supuesta afectación en precios, y tampoco logró desvirtuar que cualquier pretendida afectación en tiempos de espera se explicaba por la congestión, no por los protocolos.

(c) Sobre la capacidad económica de la Línea 1 y de la Línea 2 para hacer frente a las multas impuestas

Como se sabe, uno de los criterios a observar al momento de imponer una multa es la capacidad económica del infractor, elemento incorporado al artículo 26, letra c), de DL 211 por la Ley N°20.495.

El espíritu de este factor de determinación de la sanción es que la multa sea proporcionada y no ponga el riesgo el desenvolvimiento competitivo del agente económico sancionado o su propia existencia¹¹¹, pues en esos casos el *remedio* podría resultar ser peor que la enfermedad.

No obstante, la FNE solicitó cuantiosas multas para las requeridas, esgrimiendo como fundamento “[...] *la capacidad operativa de*

¹¹¹ Historia de la Ley N°20.945, pág. 273 (énfasis agregado)

cada empresa y su permanencia en el cartel [...]”¹¹², vaguedad que incluso es reconocida por la propia Sentencia 175 en el Considerando 131º, al manifestar que no hubo fundamentación de la requirente para justificar la cuantía de las multas, como ya explicamos.

Asimismo, en su escrito de observaciones a la prueba, la Fiscalía sostiene que las multas solicitadas para las Líneas 1, 2, 5 y 6 “[...] *fluctúan entre un 3% y un 6% aproximadamente del ingreso anual de estas líneas*”¹¹³, agregando después que “[...] *esta situación no debiese ser muy diferente para las demás líneas*”¹¹⁴. Sin embargo, no obran en el proceso antecedentes que funden las alegaciones vertidas por la requirente.

Además, la FNE indica que la determinación de las multas obedece no solo a la capacidad operativa de cada empresa, sino que también a “*la cantidad de años durante los cuales ejecutó el acuerdo*”¹¹⁵, en circunstancias que el despliegue temporal de la conducta dice relación más bien con el beneficio económico obtenido por el infractor, el cual, en este caso, no se ha acreditado.

Pues bien, todas aquellas vagas e inexactas afirmaciones fueron acogidas por la Sentencia Definitiva sin ningún tipo de análisis, lo cual resulta atentatorio contra el principio de fundamentación de las resoluciones judiciales.

Con todo, lo más relevante y sorprendente para estos efectos es que el H. Tribunal ni siquiera consideró la situación sanitaria actual, lo que resulta particularmente sensible en este caso.

En efecto, la pandemia por COVID-19 ha influido de manera significativa y negativa en este rubro, atendidas las fuertes limitaciones que

¹¹² Párrafo 46 del Requerimiento.

¹¹³ Párrafo 448 del escrito de observaciones a la prueba presentado por la FNE y que rola a fojas 2012.

¹¹⁴ Párrafo 449 del escrito de observaciones a la prueba presentado por la FNE y que rola a fojas 2012.

¹¹⁵ Párrafo 453 del escrito de observaciones a la prueba presentado por la FNE y que rola a fojas 2012.

afectan el desplazamiento de las personas y lo riesgoso que resulta hoy en día el movimiento de los ciudadanos a través de taxibuses.

A consecuencia de lo anterior, las líneas que conforman la locomoción colectiva mayor en el Gran Temuco se han visto notoriamente afectadas, al disminuir sustancialmente sus ingresos y/o utilidades, verse en la necesidad de suspender relaciones laborales con choferes, entre otras circunstancias.

Solo para ilustrar lo precaria de la situación, se hace presente que, la información disponible al 31 de diciembre de 2020 arroja que, para dicho ejercicio comercial, Línea 2 tuvo ingresos por \$49.104.000.-, cifra ostensiblemente inferior a los ingresos de 2018 (\$196.514.166.-) y 2019 (\$164.461.513.-).

A mayor abundamiento, se hace presente que nuestras representadas también están muy limitadas en términos de intentar acceder a créditos bancarios para financiar el pago de las multas, habiendo ya obtenido créditos COVID-19.

En suma, la pandemia ha incidido significativamente en la capacidad económica de Línea 1 y de Línea 2, criterio este último que se encuentra explícitamente recogido en el artículo 26, letra c), del DL 211 y que, en consecuencia, obligaba al H. Tribunal a considerarlo.

Huelga señalar que la situación sanitaria es de pública notoriedad y, por ende, no requiere prueba, al tenor del artículo 89 del Código de Procedimiento Civil.

(d) Carácter de no reincidentes y atenuante de irreprochable conducta anterior

En el Considerando 136º de la Sentencia el H. Tribunal señaló:

“Que, por otra parte, no existen antecedentes en el proceso que demuestren que alguna de las requeridas haya tenido la calidad de reincidente por haber sido condenada previamente por infracciones anticompetitivas durante los últimos diez años, por lo que esta circunstancia no será considerada al momento de fijar la multa final. En relación con este punto, algunas Requeridas han alegado como atenuante una irreprochable conducta anterior. Sobre esta materia, se debe tener presente que **esta circunstancia no está prevista expresamente en el inciso final de la letra c) del artículo 26 del D.L. N°211,** sin perjuicio de lo cual en algunos casos excepcionales ha sido considerada por este Tribunal (Sentencia N°165/2015, C.65). En atención a que en el presente caso existieron circunstancias especiales que rodearon la celebración del Primer Protocolo (intervención de las autoridades de la IX Región, todo lo cual se explica en el considerando centésimo trigésimo noveno), **esta atenuante será considerada marginalmente en la aplicación de la multa**” (énfasis agregado).

Es decir, primero, el H. Tribunal manifiesta que la atenuante de “*irreprochable conducta anterior*” no se encuentra contemplada expresamente en el artículo 26, letra c), del DL 211¹¹⁶, pero igualmente reconoce que en ciertos casos la ha aplicado. Luego, señala que en la especie sí la aplicará, debido al rol que desempeñaron autoridades para la celebración de los protocolos, pero indica que la atenuante será considerada solo *marginalmente*.

En definitiva, la Sentencia 175 le atribuye conjuntamente al rol de la autoridad y a la irreprochable conducta anterior fuerza atenuatoria de solo un 30%.

¹¹⁶ Cosa bastante discutible, porque en nuestro concepto se subsume dentro del “efecto disuasivo”, circunstancia esta que sí está incluida expresamente en el artículo 26, letra c), del DL 211.

Lamentablemente, el H. Tribunal no explica cómo o más bien por qué la referida minorante fue considerada de forma *marginal*. Y resulta que en la especie, esta fundamentación era bastante trascendente, porque en la Sentencia N°94/2010, el rol desempeñado por la autoridad –que de acuerdo al Considerando 136° de la Sentencia 175 estaría vinculado con la irreprochable conducta anterior– redundó en que las multas disminuyeran al menos en 88%¹¹⁷.

Por lo anterior, para esta parte resulta llamativo que la Sentencia 175 invoque la Sentencia N°94/2010 para sustentar algunos criterios, pero en lo referente a la disminución de la multa en función de la irreprochable conducta y del rol de la autoridad, el H. Tribunal se desentienda completamente del referido precedente jurisdiccional y renuncie a toda fundamentación para sustentar el cambio de criterio.

No obstante, hubo 4 requeridas a las cuales sí se les reconoció una atenuación mucho más significativa, de hasta un 60%¹¹⁸.

¿Qué justifica esta diferencia de trato? Defenderse.

Sí, S.S. Excma., en este caso, el H. Tribunal, acogiendo el ominoso planteamiento de la FNE, aplicó un *castigo* a las requeridas que, con la absoluta convicción de que los hechos no constituyen una infracción al artículo 3 del DL 211, quisieron hacer uso de su legítimo derecho de defensa.

¹¹⁷ Por ejemplo, en el caso de Sociedad de Transportes Central Ltda. y Sociedad de Transportes Centenario Ltda., mientras la requirente había solicitado multas de 100 Unidades Tributarias Anuales para cada una, el H. Tribunal, en definitiva, impuso sendas multas de 12 Unidades Tributarias Anuales. Por otro lado, el voto de minoría, que exhibió un planteamiento muchísimo más severo, estuvo por disminuir la multa en un 50%. Cualquiera sea el caso, ambas posturas implicaban una disminución considerable, para nada de *marginal*.

¹¹⁸ Sociedad de Transportes Pedro Valdivia Padre de las Casas, Sociedad de Transportes Ñielol Limitada, Transportes Santa Rosa Limitada y Empresa de Transporte de Pasajeros Altamira S.A.

En efecto, el H. Tribunal redujo la multa en hasta un 60% a cuatro de las requeridas que desde el primer minuto renunciaron a toda pretensión absolutoria y solo imploraron clemencia a la Fiscalía, invocando al efecto una suerte de *colaboración efectiva* con el proceso:

“[...] Sostiene la Fiscalía que **lo anterior constituye colaboración efectiva**, que ha derivado en menor litigiosidad, tiempo de resolución, y, por ende, un uso más eficiente y eficaz de sus recursos públicos”¹¹⁹.

“[...] A pesar de lo anterior, **las Líneas 3, 4 y 10 si colaboraron en este proceso con la FNE**, tal como se señala en el considerando centésimo vigésimo segundo, por lo que **esta colaboración será considerada en el cálculo de la multa final**, tal como lo solicita la FNE a fojas 2012”¹²⁰.

A diferencia de la irreprochable conducta anterior, que se inserta dentro del factor “efecto *disuasivo*” (que sí está consagrado en el artículo 26, letra c), del DL 211), la atenuante de *colaboración efectiva en el proceso* no encuentra reconocimiento en la ley positiva, pues la ley se refiere a “la *colaboración* [prestada] a la Fiscalía **antes o durante la investigación**”; en ninguna parte se habla de colaboración procesal ante el H. Tribunal.

Pero quizás lo más llamativo es que en la especie no hubo ningún uso más “*eficiente y eficaz de recursos públicos*” como asevera el H. Tribunal, porque ninguna de las requeridas artificialmente favorecidas con esta ilegal atenuante concilió, igualmente rindieron prueba testimonial y concurrieron a alegar a la vista de la causa. Cero eficiencia agregada, S.S. Excma.

De este modo, aparece de manifiesto que, en realidad, el H. Tribunal consideró una rebaja de hasta un 60% respecto a entidades que se

¹¹⁹ Considerando 122º de la Sentencia Definitiva (énfasis agregado).

¹²⁰ Considerando 138º de la Sentencia 175 (énfasis agregado).

encontraban en idéntica situación que nuestras representadas, pues también fueron llevadas a celebrar los protocolos por insistencia de la autoridad y gozaban de irreprochable conducta anterior.

La aplicación *marginal* de la atenuante de irreprochable conducta es solo un mecanismo artificioso para castigar a las requeridas que decidieron defenderse, lo que implica coartar el derecho de defensa de nuestras representadas y genera incentivos perversos a futuro para que nuevas requeridas renuncien desde luego a defenderse, favoreciendo en extremo a la Fiscalía y dificultando así que se alcance la verdad procesal.

6.3. Aplicación de la prescripción parcial

Como consideración preliminar, nos remitimos a todo lo señalado en el apartado III., donde se explicó que las acciones intentadas en autos se encuentran prescritas.

En subsidio de la pretensión efectuada en el referido apartado III., para el evento que la Excma. Corte Suprema estime que no procede declarar la prescripción de las acciones correspondientes a los tres protocolos, se solicita que de todos modos se aplique la prescripción parcial respecto al Primer Protocolo y al Segundo Protocolo o, a lo menos, respecto al Primer Protocolo, por todas las razones ya explicadas y que solicitamos tener por expresamente reproducidas en esta parte.

6.4. Las multas impuestas en la Sentencia 175 resultan desproporcionadas, porque, además de no estar en sintonía con los criterios legales de determinación de la multa, contravienen la jurisprudencia del propio H. Tribunal

De acuerdo al principio de proporcionalidad, la sanción necesariamente debe ser *“adecuada a la entidad o cuantía que ha tenido la infracción”*¹²¹.

Como lo ha sostenido el Tribunal Constitucional, la aplicación de multa requiere “[...] *la observancia práctica al **principio de proporcionalidad** lo que conlleva a una **lógica de ponderación de todas las diversas circunstancias concurrentes** en un caso, lo que debe quedar en evidencia en la motivación de la sanción”*¹²².

En la especie, la falta de proporcionalidad se advierte en tres elementos: (i) las multas impuestas a nuestras representadas no se condicen con la capacidad económica de estas; (ii) las multas tampoco resultan adecuadas si consideramos que durante el proceso se acreditó que la autoridad tuvo un rol preponderante en la suscripción de cada uno de los protocolos; y (iii) las sanciones no están en línea con los criterios manifestados por el H. Tribunal en casos similares.

En relación a la capacidad económica, nos remitimos a todo lo señalado en la letra (c) el punto 8.2. anterior.

Respecto al rol de la autoridad, el H. Tribunal tuvo por acreditado que la autoridad desempeñó una función en la suscripción de los protocolos, aunque desde nuestro punto de vista no pondera ese rol de manera adecuada, lo que nos obliga a reiterar para ante la Excm. Corte Suprema las observaciones vertidas al efecto por esta parte en primera instancia.

¹²¹ Bermúdez, Jorge, *Derecho Administrativo General*, Editorial Legal Publishing Chile, Santiago, 2011, pág. 290.

¹²² Tribunal Constitucional, sentencia de 9 de octubre de 2014, Rol C-2658-2014, Considerando 10º (énfasis agregado).

Con la prueba rendida en autos, se acreditó que la autoridad ejerció una función activa y determinante, conminando a las líneas requeridas para que suscribieran cada uno de los protocolos, no precisamente con el objeto de afectar la libre competencia o generar alguna suerte de equilibrio colusivo, sino únicamente para abordar dos externalidades negativas inherentes a la industria del transporte que estaban afectando de sobremanera a la ciudad, a saber, la contaminación y muy especialmente la congestión vehicular.

Ello fue acreditado con prueba documental, testimonial y confesional, tal como se explicó latamente en nuestro escrito de observaciones a la prueba y que rola a fojas 2.165 de autos.

Por ejemplo, en el Ordinario N°1.059 de fecha 15 de mayo de 2012, de la SEREMITT, la autoridad, dirigiéndose a la Línea 5, expone lo siguiente:

*“[...] quiero brindar nuestro apoyo en aquellas materias que sean de competencia de esta repartición e **incentivarlos a seguir trabajando como ha sido hasta ahora, en beneficio de los usuarios del Transporte Público de Pasajeros y a tener servicios eficientes, eficaces y de calidad**, conforme a las exigencias, para tener una ciudad más moderna en términos de Transporte” (énfasis agregado).*

Es decir, la autoridad intervino no sólo en la suscripción del Primer Protocolo, sino que incluso exhortó a las Requeridas a suscribir el Segundo Protocolo y el Tercer Protocolo. En el mismo sentido se encuentran las declaraciones de los testigos Jorge Aguirre Meléndez y Donosor Belarmino Pérez Silva.

Estas circunstancias son relevantes, porque desmienten categóricamente las aseveraciones contenidas en los Considerando 136º y 139º de la Sentencia Definitiva, donde el H. Tribunal desliza que el rol de la

autoridad solo habría tenido incidencia en la celebración del Primer Protocolo, de febrero de 2003, en circunstancias que el oficio transcrito arriba es de mayo de 2012.

Huelga señalar que el H. Tribunal nada dijo en relación al referido Ordinario N°1.059 de fecha 15 de mayo de 2012. Si bien lo singulariza en la parte expositiva de la Sentencia Definitiva¹²³, no lo analiza en la parte considerativa.

Tampoco se consideraron las declaraciones de los Sres. Claudio Azar Albornoz, Ciriaco Bravo Marchant y Germán Villagra Gutiérrez, respectivamente, con motivo de la rendición de la prueba de absolución de posiciones, solicitada por la FNE¹²⁴ en estos autos.

De haberse tomado en cuenta los antecedentes referidos, el H. Tribunal habría podido constatar que el rol de la autoridad fue mucho más activo que lo que se desliza en la Sentencia Definitiva y, por cierto, no se limitó únicamente a las circunstancias que rodearon la celebración del Primer Protocolo.

Finalmente, como se decía, la falta de proporcionalidad en la especie también se manifiesta en el hecho que la Sentencia Definitiva impone multas en magnitudes muy distintas a lo que ha ocurrido en casos similares.

En el caso de nuestras representadas, las multas solo se redujeron en un 30%, al haberse aplicado como atenuante el rol preponderante de las autoridades en la suscripción del Primer Protocolo y, marginalmente, la irreprochable conducta anterior, en circunstancias que, en casos similares los montos fijados por este H. Tribunal han sido sustancialmente menores.

¹²³ Punto 11.4. (págs. 25-27) de la Sentencia Definitiva.

¹²⁴ En efecto, consta que a fojas 684 la Fiscalía solicitó se citara a absolver posiciones a las personas singularizadas, la cual fue decretada por resolución de 26 de noviembre de 2019, rolante a fojas 793.

Al respecto, concluye el Considerando 142°:

*“Que, en razón de todo lo expuesto, procede aplicar como atenuantes la participación que le cupo a las autoridades de la Región de la Araucanía (Seremitt e Intendencia), las que, como se ha afirmado y acreditado en autos, avalaron el Primer Protocolo, y marginalmente, la irreprochable conducta anterior de las Requeridas, por lo que **se reducirá la multa señalada en el considerando centésimo vigésimo primero en un 30%**” (énfasis agregado).*

Pues bien, en la ya mencionada Sentencia N°94/2010, el H. Tribunal sancionó a empresas que operaban como oferentes en el mercado de transporte público urbano de pasajeros en la ciudad de Osorno, por haber alcanzado un acuerdo que consistía en fijar precios, sin perjuicio que también recaía sobre otros aspectos. Es importante señalar que en ese caso el acuerdo involucró también a taxis colectivos, lo cual, sumado a que hubo una convención recaída en tarifas, le daba a ese acuerdo una connotación muchísimo más reprochable que la que corresponde a los protocolos objeto del requerimiento interpuesto en autos.

En esa oportunidad, la multa máxima requerida por la Fiscalía fue de 100 UTA¹²⁵ y el H. Tribunal, considerando precisamente la participación de la autoridad de transportes en la celebración del acuerdo, disminuyó esa multa a 12 UTA, es decir, en un 88%, muy superior al 30% de rebaja que se aplicó en el presente caso.

De este modo, no comprende esta parte por qué la Sentencia 175 impone multas rebajadas en una cantidad muy menor en comparación con lo que ocurrió en la ciudad de Osorno, donde incluso se fijaron explícitamente precios, como se dijo.

¹²⁵ Para la Sociedad de Transportes Central Ltda., Transportes Camino Real Ltda., Transportes Las Golondrinas Ltda., Sociedad de Transportes Vía Azul Ltda., Sociedad de Transportes Centenario Ltda., Sociedad de Transportes Perla del Sur S.A., Sindicato de Trabajadores Independientes Taxis Colectivos “Perla del Sur” y para el Sindicato de Trabajadores Independientes Taxis Colectivos de Osorno.

Adicionalmente, en la Sentencia N°141/2014, el H. Tribunal sancionó a distintas líneas de locomoción colectiva mayor en la ciudad de Valdivia, debido a la celebración de un acuerdo de precios, para lo cual contaron con organización de su asociación gremial, la que incluso llegó al extremo de intentar encubrir el ilícito a través de la falsificación de evidencia.

En esa oportunidad, la multa más relevante que se solicitó respecto a las líneas de taxibuses fue de 150 UTA, mientras que para la asociación gremial la requirente pidió la imposición de una multa de 200 UTA, junto a la disolución de la misma.

Pues bien, a pesar que en el caso del cartel de la ciudad de Valdivia se llegó a un acuerdo expreso en precios, se falsificó evidencia y no hubo intervención de la autoridad, el H. Tribunal rebajó sustancialmente las multas, siendo 15 UTA la máxima que se impuso a una línea.

En consecuencia, existen a lo menos 2 casos relativos a esta misma industria, con particularidades que le daban muchísimo mayor gravedad a la conducta que en la especie, e igualmente el H. Tribunal rebajó las multas considerando aquellas solicitadas por la Fiscalía en proporciones muchísimo mayores que lo ocurriendo en la Sentencia 175.

Finalmente, hacemos presente que las multas impuestas en la presente causa resultan muy superiores incluso a otros casos vinculados a la industria de transporte (distintos al transporte público urbano de pasajeros), sancionando a nuestras representadas por celebrar un acuerdo consistente en insumos productivos, de forma más gravosa incluso que carteles donde los agentes económicos fijaron precios por un largo período, como ocurrió por ejemplo en el mercado de transporte rural de pasajeros Copiapó-Caldera (Sentencia N°137/2014) y con Alejandro Cabellos en el Caso Curacaví (Sentencia N°133/2014).

Excma. Corte Suprema, las multas impuestas en la Sentencia 175 son las más altas que se han aplicado a una PYME por infracciones a la libre competencia en la industria del transporte público, superiores incluso a casos de carteles donde los agentes económicos acordaron fijar precios de venta sin ningún tipo de rol de la autoridad, por cierto mucho más graves y reprochables que protocolos que limitan la cantidad de máquinas.

VII.

LA SENTENCIA DEFINITIVA CAUSA AGRAVIO A LOS INTERESES DE NUESTRAS REPRESENTADAS

Desde luego, la Sentencia 175 resulta gravosa para los intereses de nuestras representadas, porque, en primer lugar, debido a los errores denunciados en los apartados I., II., III., IV. y V., el H. Tribunal acogió el requerimiento interpuesto en autos por la Fiscalía Nacional Económica, imponiendo a nuestras representadas las descomunales multas que se singularizan en los resueltos 3) y 4) de la Sentencia Definitiva, junto con la obligación de desarrollar sendos manuales de buenas prácticas en materias de libre competencia y condenado además a las requeridas al pago de las costas.

En segundo lugar, la Sentencia Definitiva también causa perjuicios a Línea 1 y Línea 2 desde la perspectiva de la petición subsidiaria de disminución de la multa que se hizo en nuestro escrito de contestación, atendido que, al incurrir en los errores denunciados en el apartado VI. de este escrito, el H. Tribunal impuso multas mucho mayores a las que en Derecho corresponde, vulnerando así el principio de proporcionalidad.

VIII.

CONCLUSIONES

En virtud de todas las consideraciones vertidas en los apartados precedentes, es claro que la Sentencia 175 incurre en errores que llevaron al H. Tribunal a resolver en la forma en que lo hizo.

De ese modo, la petición principal que se formula para ante la Excm. Corte Suprema es que se revoque la Sentencia Definitiva y, consecuentemente, se rechace el requerimiento interpuesto en autos, declarando que se dejan sin efecto las multas, la obligación de desarrollar un manual de buenas prácticas y la condena en costas, atendido que:

(i) Es claro que, conforme al tipo objetivo del ilícito de colusión, el acuerdo debe recaer en ciertas variables de competencia sensibles, como lo es la producción; ese es el objeto material del ilícito.

A pesar que los insumos productivos no constituyen el objeto material del ilícito colusivo, para intentar sortear este insalvable problema de tipificación objetiva y atribuir de todos modos responsabilidad a las requeridas en la infracción tipificada en el artículo 3, letra a), del DL 211, la Sentencia 175 incurre en 2 graves yerros jurídicos.

En primer lugar, el H. Tribunal se desentiende del objeto material del ilícito de colusión y, luego, sorprendentemente intenta reemplazarlo por una pretendida intencionalidad de las requeridas de limitar la producción. Es decir, lisa y llanamente se prescinde completamente de un elemento objetivo del tipo y, para darle plausibilidad al razonamiento contenido en la Sentencia Definitiva, se intenta asimilar el objeto material a la supuesta finalidad última buscada por los agentes económicos, lo que evidentemente no resulta admisible.

En segundo lugar, el H. Tribunal decide igualmente aplicar el tipo de colusión bajo el argumento de que un acuerdo recaído en las máquinas sería el "*equivalente práctico*" a un acuerdo que recae en producción, lo que constituye una infracción flagrante al principio de reserva legal, en su expresión de prohibición de analogía en perjuicio del afectado.

(ii) El Informe Económico demuestra que la información correspondiente a aquellos años para los que existen datos disponibles da cuenta que el comportamiento del mercado es consistente con modelos

teóricos de competencia (con reducida congestión y con congestión más elevada), mientras que el modelo de colusión no está en sintonía con los datos duros. Adicionalmente, el mismo Informe Económico demuestra que las requeridas tenían capacidad ociosa durante el supuesto "*período colusivo*" y que, por lo tanto, no hubo afectación en frecuencias a consecuencia de los protocolos, como también demuestra que, contrariamente a lo aseverado por la Fiscalía, en la especie sí hubo extensión de recorridos, que los tiempos de espera son atribuibles a la congestión (no a los protocolos) y que el precio varió de forma lineal con el incremento de los costos, sin que se observen rentas monopólicas o sobre-normales como ocurre en toda colusión.

No obstante, a pesar de la evidencia empírica, el H. Tribunal ignoró las calibraciones y predicciones del Informe Económico y, en su lugar, le dio total preponderancia a un informe abstracto y meramente teórico, sin análisis de datos, que figura en el expediente de investigación de la FNE y que fue preparado por 2 economistas contratados por la requirente, que no fueron llevados a estrados y que, por lo tanto, no pudieron ser contrainterrogados por los intervinientes. Lo anterior contrasta diametralmente con la actitud procesal exhibida por esta parte, que, para total transparencia del debate, ofreció como testigo al Sr. Lima, siendo objeto de un riguroso contrainterrogatorio de la Fiscalía y siendo también interrogado por el Sr. Ministro Economista que participó en la audiencia.

En lo que se refiere a los efectos económicos de la conducta, el H. Tribunal intenta, a través de indicios, desvirtuar prueba directa rendida por esta parte, consistente en la capacidad ociosa constata en el Informe Económico con datos duros, lo que por sí resulta contrario a las reglas de la lógica, sin perjuicio que se incurre en diversos vicios en los silogismos argumentales que se utilizan para elaborar tales presunciones. Adicionalmente, respecto a la extensión de los recorridos constatada en el Informe Económico, el H. Tribunal se centra exclusivamente en restarle plausibilidad a la extensión de kilómetros correspondientes a Línea 5, como si esa fuese la única línea que extendió sus recorridos, dejando

completamente de lado todo análisis vinculado a la extensión de kilómetros por parte de las demás líneas, todo lo cual fue explicado en el Informe Económico. Finalmente, el H. Tribunal lisa y llanamente omitió toda referencia al análisis vinculado a los tiempos de espera y su vinculación causal con la congestión, como también al análisis que hizo el Sr. Lima y que acreditaba la ausencia de todo efecto anticompetitivo en precios.

(iii) Las acciones para perseguir la responsabilidad en esta sede a propósito de la celebración de los 3 protocolos, se encuentran prescritas, atendido que, tratándose de hipotéticas infracciones distintas al artículo 3, letra a), del DL 211, cometidas antes de la entrada en vigencia de la Ley N°20.945, el plazo de prescripción se computa desde la ejecución de la conducta, con lo cual, al momento de la notificación del requerimiento ya había transcurrido con creces el plazo legal para los 3 protocolos.

Sin embargo, para rechazar esta excepción de prescripción, el H. Tribunal recurre a la Teoría del Acuerdo Único, en circunstancias que en la especie no concurren los presupuestos para su aplicación, porque: (i) de acuerdo a la doctrina, esa teoría solo aplica para carteles y ya vimos que en la especie esa no es la categorización que corresponde atribuirle a los protocolos; (ii) esa tesis no encuentra respaldo en la ley positiva y vulnera el principio de legalidad; (iii) la Sentencia Definitiva incurre en un error lógico al aplicar la Teoría del Acuerdo Único antes de caracterizar los protocolos, en circunstancias que el hecho que se trate de un cartel es presupuesto esencial de aplicación de esa doctrina; y (iv) la Sentencia 175 pasa por alto la interrupción que se produjo entre el Primer Protocolo y el Segundo Protocolo.

(iv) Existía un impedimento procesal para dictar una sentencia condenatoria por colusión. Dado que se trata de un ilícito de convergencia donde los partícipes directos son los competidores (sin perjuicio que, además, pueda haber partícipes indirectos o facilitadores), la acción de la FNE debía incoarse al menos contra 2 o más competidores, sin perjuicio de dirigirla además contra las líneas en cuanto partícipes indirectos, dado que

estas no son quienes ofertan los servicios de transporte público urbano de pasajeros.

A pesar de lo anterior, el H. Tribunal nada dijo al respecto, contradiciendo así su propia jurisprudencia, conforme a la cual se ha exigido que, en casos de colusión, la acción persecutora debe incoarse al menos contra 2 ó más competidores.

Adicionalmente, la Sentencia 175 tampoco repara que en la especie la situación descrita configura un caso de *Litis consorcio pasivo necesario impropio*, que impedía acoger el requerimiento interpuesto en autos.

(v) En esta sede la jurisprudencia del H. Tribunal ha reconocido a lo menos implícitamente el carácter eximente del error de prohibición y, en la especie, concurrían los presupuestos para su aplicación, en especial por el rol que operaron las autoridades y especialmente la SEREMITT en la celebración de los protocolos.

Sin embargo, el H. Tribunal desconoce la aplicación del error de prohibición, desdiciéndose de lo señalado en la Sentencia N°94/2010 aunque paradójicamente la cita para otros efectos.

En subsidio, para el improbable evento que la petición principal no sea acogida, la solicitud que se formula para ante la Excma. Corte Suprema es que se reduzcan las multas impuestas a Línea 1 y a Línea 2, porque:

(i) La Sentencia Definitiva aplicó como multa base para determinar la multa concreta a imponerse a cada requerida, aquella solicitada por la Fiscalía en el libelo, a pesar que el propio H. Tribunal reconoce que la FNE no justificó tales montos.

(ii) La Sentencia 175 incurre en errores al ponderar los factores de determinación de la multa.

En primer lugar, respecto a la gravedad de la multa, debe retenerse que en la especie no estamos en presencia de un ilícito de colusión, razón por la cual debe disminuirse la multa, atendido que, para el elevado monto pedido por la requirente, se invoca precisamente que la colusión es el ilícito que merece mayor reproche en esta sede.

En segundo lugar, en lo que toca al efecto disuasivo, es un hecho indubitado que los protocolos no fueron subrepticios, en circunstancias que el efecto disuasivo de la conducta depende principalmente de 2 variables, a saber, la sanción a la que se expone el agente económico infractor y, quizás más importante aún, la posibilidad de ser descubierto. Sin embargo, en la especie los protocolos fueron celebrados por escritura pública y puestos en conocimiento de la SEREMITT, de la Intendencia de La Araucanía y hasta del Congreso Nacional.

En tercer lugar, concerniente a los efectos económicos, estos no fueron acreditados en el proceso, por lo cual, si se mantuviese la calificación jurídica del artículo 3, letra a), del DL 211, de todos modos correspondería disminuir la multa a un mínimo o, al menos, en una parte bien sustancial para el caso que se estimara que igualmente hubo afectación en frecuencias y recorridos, porque en todo caso no se acreditaron (y más bien se desmintieron) efectos en tiempos de espera y precios, elementos estos que fueron considerados por la FNE para solicitar las multas, que luego fueron utilizadas como base por el H. Tribunal. Huelga señalar que la Sentencia 175 omite todo análisis y mención concreta referida a tiempos de espera y precios.

En cuarto lugar, respecto a la capacidad económica de Línea 1 y Línea 2 para hacer frente a la multa, esta se ha visto notoriamente afectada por la pandemia, siendo por todos sabido que la industria del transporte público es una de las más afectadas por el COVID-19, dadas las restricciones de movilidades que han afectados a las personas. No obstante, esta

circunstancia que es pública y notoria y, por ende, no requiere prueba, fue completamente ignorada en la Sentencia Definitiva.

En quinto lugar, el H. Tribunal manifiesta que aplicará solo marginalmente la atenuante de irreprochable conducta y la vincula con el rol de la autoridad, atribuyéndoles en conjunto virtualidad atenuatoria de solo un 30%.

Sin embargo, el H. Tribunal no explica por qué le atribuirá a la referida atenuante solo un carácter marginal y, mucho más grave aún, a otras requeridas que estaban exactamente en la misma posición que Línea 1 y Línea 2 (i.e. irreprochable conducta y forzadas por la autoridad a celebrar los protocolos), les reconoce efecto atenuatorio por hasta un 60%, invocando al efecto una artificiosa "*colaboración en el proceso*", circunstancia esta que no está reconocida en la ley. Esto redundará en que, de facto, se imponga un castigo para las requeridas que legítimamente decidieron defenderse y se genera un incentivo muy perverso que dificultará que en casos futuros se logre alcanzar la verdad procesal.

(iii) El H. Tribunal no consideró, a lo menos, la prescripción parcial que debía aplicarse a las acciones correspondientes al Primer Protocolo y al Segundo Protocolo o, como mínimo, solo al Primer Protocolo, atendido que entre este y aquel hubo una interrupción.

(iv) Las multas impuestas resultan desproporcionadas, dado que no se condicen con la capacidad económica y con el rol de la autoridad, elemento este último al que el H. Tribunal solo le atribuyó relevancia para la suscripción del Primer Protocolo, haciendo caso omiso que la prueba rendida en autos acredita que la autoridad también validó a lo menos el Segundo Protocolo.

Adicionalmente, las multas resultan desproporcionadas, porque son mucho mayores a las impuestas en casos de transporte referidos a acuerdos bastante más sensibles, que recayeron sobre precios. En definitiva, se trata de las multas más altas impuestas a una PYME en la industria del

transporte, en circunstancias que un acuerdo sobre insumos productivos solo eventualmente puede afectar la libre competencia y resulta menos reprochable que acuerdos sobre precios, de suyo anticompetitivos.

* * *

POR TANTO, en mérito de lo expuesto y lo dispuesto en el artículo 27, inciso 2º, del Decreto Ley N°211, de 1973;

AL H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

RESPETUOSAMENTE PEDIMOS: Tener por interpuesto recurso de reclamación para ante la Excma. Corte Suprema, contra la Sentencia N°175/2020, pronunciada en la presente causa el 21 de diciembre del año recién pasado y notificada a esta parte con la misma fecha, concederlo y elevarlo para que la Excma. Corte Suprema conozca del mismo y, en definitiva, lo acoja, declarando: (i) que se rechaza el requerimiento interpuesto en autos por la Fiscalía Nacional Económica y, consecuentemente, se declara que Sociedad de Transportes Avda. Alemania-P. Nuevo S.A. y Transportes Línea Número Dos Limitada no infringieron el artículo 3 del DL 211, que se dejan sin efectos las multas impuestas a nuestras representadas, la obligación de elaborar el manual de cumplimiento en materias de libre competencia y la condena en costas; o en subsidio (ii) que se reduce el monto de las multas aplicadas a las referidas entidades requeridas.

SALVADOR
VIAL
PURCELL

Firmado digitalmente
por SALVADOR VIAL
PURCELL
Fecha: 2021.01.04
19:01:21 -03'00'

Paulina
Corral

Firmado
digitalmente por
Paulina Corral
Fecha: 2021.01.04
19:06:37 -03'00'

CRISTOPHE
PIERRE GIROUX
MENDEZ

Firmado digitalmente
por CRISTOPHE PIERRE
GIROUX MENDEZ
Fecha: 2021.01.04
19:05:08 -03'00'