

EN LO PRINCIPAL: Contesta requerimiento; **EN EL PRIMER OTROSÍ:** Adjunta versión electrónica; **EN EL SEGUNDO OTROSÍ:** Reitera solicitud de exhibición de expediente; **EN EL TERCER OTROSÍ:** Designa receptor judicial

H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Ignacio Larraín Jiménez, Juan Cristóbal Gumucio Schönthaler, Álvaro Espinosa Vásquez, Gabriel Budnik Ojeda y Elías Astudillo Román, abogados, domiciliados para estos efectos en Av. El Golf 40, piso 20, Las Condes, en representación de **COMERCIALIZADORA NUTRECO CHILE LIMITADA** ("Skretting"), requerida en autos caratulados "*Requerimiento FNE contra Biomar Chile S.A. y otras*", Rol N° C-386-2019, al Honorable Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ("H. Tribunal"), respetuosamente decimos:

Que, en representación de Skretting, contestamos el requerimiento presentado por la Fiscalía Nacional Económica ("FNE"), que consta a fojas 2 de autos ("Requerimiento"), solicitando su total rechazo con expresa condena en costas, sobre la base de los argumentos de hecho, de derecho y económicos que se expondrán en esta presentación.

Para facilitar la revisión por parte de este H. Tribunal, a continuación se incluye un breve resumen de esta presentación y un índice con los temas a tratar:

- La contestación de Skretting se divide en seis capítulos. En el **Capítulo I** se presenta un resumen del Requerimiento, incluyendo referencias a las requeridas; la presunta conducta; el período de la supuesta infracción; la existencia de una solicitud de delación compensada y el uso de facultades

intrusivas por parte de la FNE; la definición de mercado relevante; y las sanciones solicitadas.

- En el **Capítulo II** se describen brevemente las actividades de Skretting tanto a nivel mundial como local.
- El **Capítulo III** ofrece una visión general del contexto económico del mercado de alimentos para salmónes, incluyendo: (i) la falta de opciones externas para los proveedores de Dietas (**Sección A**); (ii) la significativa diferenciación de las Dietas (**Sección B**); (iii) la inestabilidad del mercado de alimentos para salmónes durante el período alegado (**Sección C**); y (iv) la imposibilidad virtual de una coordinación efectiva de los precios de alimentos para salmónidos que habría sido causada por la conducta alegada por la FNE en el Requerimiento (**Sección D**).
- El **Capítulo IV** contiene las principales defensas de esta contestación. Básicamente, y como se desarrollarán:
 - La **Sección A** sostiene que, por razones de derecho, en el presente caso no se cumplen las condiciones legales para establecer la existencia de una infracción.
 - Luego de este amplio rechazo a las acusaciones formuladas por la FNE en su Requerimiento, la **Sección B** señala que corresponde a la FNE la carga de probar la existencia del supuesto acuerdo anticompetitivo o práctica concertada.

- En este sentido, en la **Sección C**, Skretting señala que la evidencia obtenida de la delación compensada de Ewos no debe ser considerada como plena prueba de la existencia de un acuerdo anticompetitivo o práctica concertada.
- En la **Sección D** se explica cómo la FNE no cumplió con el mandato legal requerido de fundamentar las alegaciones contenidas en el Requerimiento. La FNE no ha proporcionado ningún argumento o prueba para fundamentar de manera *clara y concluyente* la existencia de un acuerdo anticompetitivo o práctica concertada.
- En la **Sección E** se señala que incluso si este H. Tribunal considerara que existió un acuerdo, la FNE no ha presentado pruebas *claras y concluyentes* que demuestren la existencia de una infracción única y continuada. Una evaluación jurídica adecuada habría requerido que la FNE diferenciara, al menos, 2 grupos de interacciones que habrían ocurrido bajo las diferentes versiones del DL 211 (es decir, de 2003 a 2009 y de 2009 a 2016).
- En la **Sección F** se explica cómo las supuestas interacciones a partir de julio de 2009 sólo podrían caracterizarse como intercambios de información.
- En relación a lo anterior, pero como argumento separado, la **Sección G** explica cómo (i) cualquier acuerdo anticompetitivo o práctica concertada que haya ocurrido con anterioridad al 13 de julio de 2009 se encuentra prescrito; y (ii) cualquier conducta anticompetitiva, distinta de un

acuerdo colusorio, que haya ocurrido con anterioridad a o durante el 2015, también se encuentra prescrita.

- En la **Sección H** se afirma que, aunque este H. Tribunal no desestimara la acusación por haber prescrito en su totalidad, si los hechos del caso se consideran intercambios de información, según lo argumentado por Skretting, entonces este H. Tribunal debe rechazar todos los cargos efectuados en el Requerimiento debido a la omisión de la FNE de presentar: (i) teorías plausibles de daño de los intercambios de información anticompetitiva; y (ii) pruebas de efectos anticompetitivos derivados de los intercambios de información. Además, dado que los intercambios de información no constituyen un acuerdo anticompetitivo o práctica concertada: (i) tanto la delación compensada como las facultades intrusivas utilizadas por la FNE –mediante las cuales se obtuvieron las pruebas de la FNE– habrían sido adquiridas ilegalmente, ya que se trata de herramientas reservadas exclusivamente para acuerdos anticompetitivos o prácticas concertadas; y (ii) deberían haber sido incluidas como una acusación específica, que la FNE no presentó. Esta situación plantearía la imposibilidad legal de que la FNE persiga a Skretting.
- La **Sección I** se refiere al hecho de que la FNE no ha presentado pruebas *claras y concluyentes* que avalen el hecho de haberse cumplido las condiciones para una coordinación efectiva entre Skretting y las demás Requeridas.

- Finalmente, la **Sección J** enfatiza la falta de evidencia con respecto a cómo el supuesto acuerdo o práctica concertada pudo haber otorgado poder de mercado a las Requeridas, como una forma de efecto anticompetitivo.
- En el improbable caso de que este H. Tribunal considere que las supuestas interacciones podrían equivaler a una infracción del derecho de la competencia que, además, no estuvieran prescritas, entonces el **Capítulo V** aborda el razonamiento jurídico para impugnar la solicitud de la FNE de una multa de 30.000 UTA. Dicha multa no sólo sería infundada y desproporcionada, sino que además no tendría en cuenta los factores atenuantes que podrían ser aplicables a este tipo de casos, tal y como se desprende de la jurisprudencia y de la ley de competencia vigente (**Sección A**). En este sentido, en la **Sección B** se presentan varios argumentos sobre el motivo por el cual –en caso de proceder– se debería imponer una multa menor. Finalmente, la **Sección C** sostiene que la multa solicitada por la FNE no es consistente con la establecida para casos similares conocidos por este H. Tribunal y por la Corte Suprema.
- Por último, el **Capítulo VI** resume la postura y defensas de Skretting. Este capítulo contiene, además, la solicitud formal a este H. Tribunal de rechazar en su totalidad el Requerimiento y condenar a la FNE al pago de las costas.

Índice

I. RESUMEN DEL REQUERIMIENTO	8
II. INFORMACIÓN DE LA SOCIEDAD	10
III. MERCADO DE ALIMENTOS PARA SALMONES Y SKRETTING	10
A. Contexto económico: intercambio de información sobre los costos de las materias primas en una cadena de producción de salmón y trucha altamente competitiva	10
B. Contexto económico: las Dietas son productos diferenciados	14
C. Contexto económico: mercado inestable	16
D. Contexto económico: transacciones negociadas individualmente	17
IV. ALEGACIONES Y/O DEFENSAS	18
A. La FNE está obligada a probar que se han cumplido los requisitos establecidos en el artículo 3 inciso segundo letra a) del DL 211	21
B. La carga de la prueba corresponde a la FNE	24
C. Valor probatorio de la Solicitud de Delación Compensada de Ewos	25
D. Pruebas y argumentos jurídicos y económicos insuficientes para verificar la existencia de un acuerdo o práctica concertada	27
E. Si este H. Tribunal considera que existió una infracción, la FNE no cumplió con los requisitos para apoyar la existencia de una infracción única y continuada	29
F. En todo caso, las supuestas interacciones a partir de julio de 2009 sólo constituirían intercambios de información: El Requerimiento no respalda la existencia de un acuerdo de fijación de precios.	41
G. Prescripción	45
H. Imposibilidad e ilegalidad de condenar los intercambios de información	47

I. El Requerimiento no demostró que se cumplieran las condiciones para una coordinación efectiva	50
J. Aplicación de la regla de la razón: la FNE no ha explicado y ni siquiera ha considerado cómo la supuesta conducta habría otorgado a las Requeridas poder de mercado, como una forma de efectos anticompetitivos	57
V. REDUCCIÓN DE LA MULTA	59
A. Información general	59
B. La multa solicitada por la FNE no tiene fundamento para su determinación.	60
C. La multa solicitada por la FNE no es consistente con la establecida para casos similares decididos por este H. Tribunal y la Corte Suprema	64
VI. CONCLUSIONES	66

I. RESUMEN DEL REQUERIMIENTO

1. En autos, la FNE presentó su Requerimiento en contra de cuatro productores de alimentos para salmones, a saber, Skretting, Biomar Chile S.A. ("Biomar"), Ewos Chile Alimentos Limitada ("Ewos") y Vitapro Chile S.A. ("Salmofood" y, conjuntamente con Skretting, Biomar y Ewos, las "Requeridas"). Específicamente, el Requerimiento se basa en la supuesta infracción del artículo 3 inciso primero y segundo letra a) del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, el que establece el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 211 de 1973 ("DL 211")¹.

2. A continuación, enumeramos los aspectos más relevantes del Requerimiento que, a lo largo de esta presentación, serán debidamente objetados por Skretting, para que este H. Tribunal acceda a nuestra petición, desestimando el Requerimiento y condenando a la FNE al pago de las costas.

3. A este respecto:

(i) Presunta conducta: En su Requerimiento, la FNE afirma que las Requeridas infringieron el artículo 3 inciso primero y segundo letra a) del DL 211 al haber ejecutado y llevado a cabo presuntamente un acuerdo o práctica concertada consistente en la fijación de los precios de venta de los alimentos para salmones ("Dietas"), tanto de forma directa (es decir, mediante la supuesta coordinación de los precios de las Dietas) como indirecta (es decir, mediante la supuesta

¹ Para efectos de esta presentación, la referencia al DL 211 debe entenderse como a las diversas leyes de competencia aplicables durante el período comprendido entre 2003 y 2015, es decir: Ley N° 19.911 y Ley N° 20.361. No obstante lo anterior, en algunos apartados se hará referencia al "DL 211 en vigencia entre 2003 y 2009", que se referirá a la ley de competencia modificada por la Ley N° 19.911; y al "DL 211 en vigencia entre 2009 y 2016", que se referirá a la ley de competencia modificada por la Ley N° 20.361.

coordinación de los precios que se cobrarán a los clientes por las materias primas de dichos alimentos)².

(ii) Período de la supuesta infracción: De acuerdo a la FNE, el período de la supuesta infracción abarca por lo menos desde 2003 hasta 2015³.

(iii) Delación compensada y facultades intrusivas: La FNE otorgó a Ewos el beneficio de la delación compensada, en conformidad con el artículo 39 bis del DL 211. La FNE también ejerció las facultades intrusivas previstas en el artículo 39 letra n) del DL 211, ejerciendo en contra de Biomar, Skretting, Salmofood y algunos de sus ejecutivos, allanamientos, medidas de registro e incautación.

(iv) Mercado relevante: La FNE define el mercado relevante afectado por la presunta conducta objeto del Requerimiento como la producción y comercialización de alimentos para salmónidos dentro de Chile. En dicho mercado, la FNE identificó a seis proveedores de Dietas, a saber, las Requeridas, Exportadora Los Fiordos Limitada y Salmones Antártica S.A., estando estos dos últimos integrados verticalmente con empresas salmoneras, por lo que no comercializarían las Dietas ofrecidas a otras empresas.

(v) Sanciones solicitadas: La FNE solicitó a este H. Tribunal que (1) declarara que las Requeridas infringieron el artículo 3 inciso primero y segundo letra a) del DL 211; (2) prohibiera a las Requeridas participar en la presunta conducta o

² A este respecto, cabe señalar que la FNE, en su escrito de fecha 20 de febrero de 2020, a fojas 227 y siguientes del expediente, párrafo 18 y nota al pie N° 20, reconoció que las conductas anteriores a 2003 y posteriores a 2015 no pueden ser sancionadas por este H. Tribunal.

³ A este respecto, cabe señalar que la FNE, en su escrito de fecha 20 de febrero de 2020, a fojas 227 y siguientes de autos, párrafo 17, reconoció que las conductas distintas de las del artículo 3 inciso segundo, letra a) del DL 211 no pueden ser sancionadas por este H. Tribunal.

llevarla a cabo en el futuro; (3) impusiera a Skretting, Biomar y Salmofood, individualmente, la multa máxima aplicable a la presunta conducta en virtud del DL 211 en vigencia entre 2009 y 2016, es decir, una multa de 30.000 UTA; y (4) ordenara a las Requeridas el pago de las costas.

II. INFORMACIÓN DE LA SOCIEDAD

4. Skretting⁴ es una empresa que ofrece soluciones nutricionales innovadoras y sustentables para la industria de la acuicultura.

5. Skretting produce alimentos para peces para el mercado chileno, principalmente para el salmón del Atlántico y otras especies como el salmón del Pacífico y la trucha, en dos lugares: Osorno y Pargua. Además de estas instalaciones de producción, Skretting también tiene una bodega externa para materia prima en La Unión.

III. MERCADO DE ALIMENTOS PARA SALMONES Y SKRETTING

A. Contexto económico: intercambio de información sobre los costos de las materias primas en una cadena de producción de salmón y trucha altamente competitiva

6. Los productores de salmón y trucha para el consumo humano utilizan el alimento para salmones. El salmón es un importante producto de exportación para Chile y el salmón chileno se exporta a países de todo el mundo. Por lo tanto, los productores de salmón chilenos compiten con los principales productores de

⁴ “Skretting” es el nombre comercial registrado bajo el cual se desarrollan todas las actividades de acuicultura de Nutreco N.V., su sociedad matriz.

salmón de Noruega, Canadá y Escocia, principalmente. Operan en mercados mundiales altamente competitivos.

7. Los costos de los alimentos para salmón representan una parte importante de los costos totales de la producción de salmón. Algunos de los productores de salmón están integrados verticalmente y, por lo tanto, controlan una gran parte de su propia cadena de producción. Otros productores compran sus alimentos a terceros, como Skretting. Para estos productores de salmón es de vital importancia asegurarse de hacerlo en condiciones competitivas. Por lo tanto, los productores de salmón ejercen una presión continua sobre sus proveedores de Dieta para que reduzcan sus precios. Esto es necesario para que tengan éxito en los mercados internacionales de pescado.

8. Dado que los proveedores de Dieta dependen en gran medida del éxito de sus clientes en los mercados mundiales y no tienen otra opción que suministrar a estos clientes, no pueden ignorar esta presión. Por consiguiente, los proveedores de Dieta tienen incentivos para mantener sus precios competitivos. Frente a clientes poderosos, para seguir siendo competitivos, los proveedores de Dieta necesitan abastecerse de sus materias primas a los precios más bajos posibles.

9. Los alimentos para peces se componen de 4 grupos principales de materias primas: subproductos marinos (por ejemplo, harina de pescado, aceite de pescado y mezclas de aceite de pescado), proteínas y aceites vegetales (por ejemplo, aceites de raps, aceites vegetales, soja, lecitina, harina de girasol), proteínas animales (por ejemplo, harina de plumas, hemoglobina) y micronutrientes (vitaminas y minerales). Las materias primas que contienen las proteínas, los carbohidratos y las grasas se denominan a veces macro ingredientes. La harina y el aceite de pescado

se producen a partir de pescados normalmente no utilizados para el consumo directo de humanos o de residuos del procesamiento del pescado⁵. Otras materias primas relevantes, tanto para la composición como para el costo de las Dietas, son las pre-mezclas de vitaminas y los carotenoides⁶ (que también son una parte relevante del costo de las Dietas).

10. Todos estos materiales se comercializan internacionalmente como *commodities*, lo que incluso es reconocido por la FNE en su Requerimiento. De hecho, los proveedores de Dietas usualmente importan estas materias primas⁷, a pesar de la posibilidad de adquirirlas localmente.

11. Además, y esto es aún más importante, los precios de estos productos no son ningún secreto y están disponibles en diferentes fuentes (por ejemplo, The Marine Ingredients Organisation⁸, Chicago Board of Trade⁹, Jacobsen¹⁰, Holtermann¹¹, etc.), de manera que las partes interesadas (por ejemplo, las empresas productoras de salmón) pueden, al menos, encontrar una referencia de la

⁵ En Chile, gran parte de los residuos de los criaderos de salmón se utilizan para producir harina y aceite de pescado.

⁶ Pigmentos (por ejemplo, la astaxantina, que potencia el color rosado del salmón).

⁷ Por ejemplo, Skretting obtiene sus materias primas de las siguientes fuentes: (i) Subproductos marinos: Perú, Chile, México y China; (ii) Proteínas y aceites vegetales: Estados Unidos, Canadá, Brasil, Europa, China y Chile; (iii) Proteínas animales: Estados Unidos de América, Francia, Alemania, Brasil, Argentina y Chile. Estos materiales se compran a comerciantes, no se importan directamente; y (iv) Micronutrientes: Principalmente de Guatemala y los Estados Unidos de América (comprados a la empresa relacionada Trouw Nutrition), pero también a partes no relacionadas en Chile.

⁸ Proporciona información sobre subproductos marinos.

⁹ Proporciona información sobre proteínas y aceites vegetales.

¹⁰ Proporciona información sobre proteínas animales.

¹¹ Proporciona información general sobre materias primas.

gama de precios que se pueden cobrar por ellos¹², lo que les proporciona una buena, pero imperfecta, estimación de los costos de las materias primas.

12. Este es el contexto económico en el que operan las partes acusadas. También es el contexto económico en el que debe evaluarse su presunta conducta. Concordantemente, se pueden extraer algunas conclusiones inmediatas de este contexto económico:

13. En primer lugar, no hay razones obvias para presumir *ex ante* que Skretting (y sus competidores) posea poder de mercado¹³, **lo cual, de acuerdo con el DL 211 aplicable (ya sea el DL 211 en vigencia entre 2003 y 2009¹⁴ o el DL 211 en vigencia entre 2009 y 2016¹⁵), es un requisito para que la supuesta conducta colusoria sea atribuida a Skretting.**

14. En segundo lugar, la presunta conducta consistió, en gran medida, en el intercambio de información sobre los precios de las materias primas. No se puede

¹² A este respecto, aunque los precios mundiales de las materias primas no son necesariamente los mismos que los precios contractuales chilenos, son referencias buenas pero imperfectas para cualquier comprador de alimentos para salmones. Sin embargo, estos precios contractuales varían ya que dependen del precio de licitación acordado, el nivel de la oferta (existencias) y el nivel de la demanda, que suele variar cada 1 a 6 meses.

¹³ Especialmente si, al analizar el contexto económico (véase *supra*), hay fuertes argumentos para considerar que los productores de salmón tienen poder de negociación frente a los proveedores de la Dieta.

¹⁴ "Artículo 3: (...) Se considerarán, entre otros como hechos, actos o convenciones que impidan, restrinjan o entorpecen la libre competencia: a) Los acuerdos expresos o tácitos entre agentes económicos, o las prácticas concertadas entre ellos, que tengan por objeto fijar precios de venta o de compra, limitar la producción o asignarse zonas o cuotas de mercado, **abusando del poder** que dichos acuerdos o prácticas les confieren. (...)" (énfasis añadido).

¹⁵ "Artículo 3: (...) Se considerarán, entre otros como hechos, actos o convenciones que impidan, restrinjan o entorpecen la libre competencia, o que tiendan a producir dichos efectos: a) Los acuerdos expresos o tácitos entre competidores, o las prácticas concertadas entre ellos, **que les confieran poder de mercado** y que consistan en fijar precios de venta, de compra u otras condiciones de comercialización, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado, excluir competidores o afectar el resultado de procesos de licitación. (...)" (énfasis añadido).

presumir que el objeto de estos intercambios sea la restricción de la competencia o que tenga por objeto la fijación de los precios, en lugar de ser un intento legítimo de las Requeridas de seguir siendo competitivas.

15. Dado que los intercambios de información pueden no tener efectos, tener efectos pro-competitivos o anticompetitivos en la competencia, la alegación de que este último comportamiento restringió la competencia debe incluir una descripción clara, basada en principios económicos sólidos y teniendo en cuenta las condiciones de mercado imperantes, en la que se explique por qué el intercambio de información pudo restringir la competencia y, de hecho, dio lugar a un comportamiento coordinado. Tal descripción no figura en el Requerimiento.

B. Contexto económico: las Dietas son productos diferenciados

16. La FNE clasifica la conducta como coordinación de precios. Para que (cualquier) coordinación de precios sea efectiva, deben cumplirse varias condiciones. Para que estas condiciones se cumplan, el mercado relevante debe tener ciertas características. Por el contrario, la diferenciación de productos, como la que existe entre cada Dieta y, además, entre las Dietas de las Requeridas, puede obstaculizar cualquier coordinación efectiva de precios.

17. Como señala la FNE en su Requerimiento, el mercado de alimentos para salmones se caracteriza por una importante diferenciación del producto¹⁶. En

¹⁶ Requerimiento de la FNE, párrafo 30: "Las dietas de los proveedores de alimento no son enteramente comparables entre sí. Existen diferencias en la composición que pueden llegar a ser relevantes en términos de productividad y que, por lo tanto, hacen que exista heterogeneidad respecto del producto en una industria que ha

efecto, los alimentos para salmones se ofrecen con diferentes especificaciones, cantidades y contenido de materia prima para las distintas etapas del proceso de producción e incluso se adaptan a las necesidades específicas de cada cliente. Esto da lugar a una gran variedad de Dietas.¹⁷ Como se observará más adelante, las Dietas para cada etapa son diferentes, en función de las distintas cantidades y la composición de las materias primas.

18. De hecho, Skretting ha desarrollado un producto diferenciado basado en su I+D. Esto aplica tanto a las Dietas de especialidad (es decir, Dietas con nutrientes adicionales para eventos específicos, como enfermedades, traslados, reproducción, etc.)¹⁸ como a las Dietas *commodity* (es decir, Dietas con nutrientes mínimos, centradas en la engorda del salmón)¹⁹, en las que Skretting sigue añadiendo valor a través de su *know-how*. Por lo tanto, la I+D de Skretting reflejada en fórmulas específicas hace que sus Dietas sean diferentes de las Dietas de otras Requeridas, aunque sea para la misma necesidad de un productor de salmón específico. Sobre la base de esta diferenciación, en teoría, sería ciertamente difícil definir un punto focal para la supuesta coordinación de precios.

19. Aunque en el Requerimiento se reconoce el alto grado de diferenciación de los productos, la FNE no indica cómo podría, no obstante, llegar a la conclusión de que la supuesta conducta dio lugar a una (efectiva) coordinación de precios.

evolucionado hacia un gran número de dietas. Estas diferencias se deben, por ejemplo, a los porcentajes de inclusión de las materias primas en el alimento o a la incorporación de determinados ingredientes que puedan servir para fines específicos".

¹⁷ Requerimiento de la FNE, párrafo 31. También hay que tener en cuenta que, en más de 250 Dietas, Skretting utiliza diferentes combinaciones y cantidades de lo siguiente: aceite de pescado; harina de pescado; harina de aves; harina de plumas; harina de sangre; trigo; gluten de trigo; gluten de maíz; proteína concentrada de soja; harina de soja; girasol; harina de canola; y lupinos.

¹⁸ Representan aproximadamente el 20% de las Dietas de Skretting y es donde se utiliza la I+D y el *know-how* específico para distinguirlas de las Dietas producidas por otras Requeridas.

¹⁹ Representan aproximadamente el 80% de las Dietas de Skretting.

C. Contexto económico: mercado inestable

20. La teoría económica también dice que la coordinación efectiva de los precios es menos probable en los mercados que son inestables. Durante el período de la presunta conducta, que la FNE caracteriza como una infracción continua, el mercado de alimentos para salmones ha estado lejos de ser estable. La evolución histórica del mercado de alimentos para salmones en general mostró fuertes oscilaciones en las ventas debido a circunstancias como la crisis de la anemia infecciosa del salmón (ISA), que duró de 2007 a 2009, y la masiva proliferación de algas que afectó a la industria salmonera y truchera chilena a principios de 2016, causando altas tasas de mortalidad.

21. Además, diversos acontecimientos ambientales han condicionado el suministro de materias primas a los proveedores de Dieta, entre ellos: la corriente de El Niño, la congelación de ríos (v.gr. Mississippi) y las estaciones secas. En promedio, cada 2 o 3 años se producen determinados acontecimientos que afectan al precio de las materias primas²⁰.

22. Las caracterizaciones realizadas en el Requerimiento sugieren que la inestabilidad del mercado, que se refleja en la alta variabilidad de la demanda y las cuotas de mercado, no fue tomada en cuenta por la FNE cuando concluyó que las Requeridas eran parte en un plan de coordinación de precios.

²⁰ Por supuesto, en teoría, cuantas más materias primas componen una Dieta, más diversificado es dicho proveedor y, por lo tanto, los riesgos de un fuerte impacto en los precios disminuyen. Sin embargo, no siempre fue así, ya que en los primeros años de la supuesta conducta anticompetitiva se utilizaron menos componentes en las Dietas.

23. Tampoco proporciona ningún detalle sobre la forma en que dicho plan habría funcionado y continuado siendo efectivo durante un período de al menos 13 años, lo que ha puesto de manifiesto importantes cambios en las condiciones del mercado e incluso graves crisis. Según la teoría económica bien establecida, un intercambio de información sólo puede ser eficaz si da lugar a un punto focal de coordinación, es decir, un entendimiento común de las condiciones de la coordinación. Incluso si (parte de) la presunta conducta no se considerara un intercambio de información, sino que prácticas colusorias, para que la coordinación fuera eficaz, aún habría sido necesario disponer de un mecanismo de vigilancia, que garantizara que se observaran las desviaciones de las condiciones de coordinación, y un mecanismo de sanción, capaz de disuadir eficazmente a las Requeridas de desviarse de las condiciones de coordinación en el futuro. **A falta de un punto focal, de un sistema de monitoreo y de sanciones**, ninguna de las acusaciones contra Skretting puede prevalecer.

D. Contexto económico: transacciones negociadas individualmente

24. Como se ha indicado, la coordinación eficaz puede lograrse más fácilmente en los mercados altamente *comoditizados*. Los mercados *comoditizados* no sólo se caracterizan por productos estandarizados sino también por contratos estandarizados, ya que en los mercados de bienes homogéneos, cualquier contrato con condiciones menos favorables provocaría que los clientes cambiaran a otros proveedores. Esta no es la situación del mercado de alimentos para salmón. Al contrario: cada transacción de Dieta se negocia con cada cliente de forma individual. Tales negociaciones dan lugar a contratos privados, cuyas condiciones

específicas no son conocidas por los competidores²¹, incluyendo esquemas contractuales diferenciados y altamente personalizados, ofrecidos por Skretting (y probablemente también por sus competidores) con el fin de satisfacer las necesidades de sus clientes. Los términos de esos contratos no suelen ser públicos.

25. El Requerimiento no contiene ninguna indicación de cómo, en un mercado con las características mencionadas, las Requeridas habrían podido coordinar eficazmente los precios. De hecho, como se ha señalado anteriormente, la FNE parece haber ignorado por completo el hecho de que: (i) los proveedores de Dietas no tienen opciones externas, por lo que necesitan seguir siendo competitivos; (ii) las Dietas son productos significativamente diferenciados; (iii) durante el presunto período, el mercado de alimentos para salmones ha sido muy inestable; y (iv) el alto nivel de adaptación de los contratos hace prácticamente imposible coordinar eficazmente los precios mediante el intercambio de información sobre los precios de las materias primas (que, además, representan sólo una parte del precio final cobrado al cliente).

IV. ALEGACIONES Y/O DEFENSAS

26. En el Requerimiento, la FNE alega que las Requeridas participaron en una conducta anticompetitiva, en forma de una infracción única y continua, que tenía por objeto fijar los precios de las Dietas comercializadas en Chile. La FNE argumenta que dicha conducta supuestamente tuvo una duración de por lo menos 13 años, desde 2003 hasta 2015. Como se explicará a lo largo de este capítulo, con base en la información contenida en el Requerimiento, las acusaciones de la FNE

²¹ De hecho, la FNE no alega que las Requeridas hayan compartido o hayan tenido información sobre todas las condiciones contractuales de sus rivales.

son incorrectas ya que las conclusiones a las que llega la FNE no están sustentadas, ni por la legislación o jurisprudencia chilena aplicable, ni por la teoría económica.

27. Como se desarrollará más adelante, sobre la base de la limitada evidencia y las vagas acusaciones de la FNE, no se cumplen las condiciones legales para establecer la existencia de un acuerdo colusorio (Sección A). Lo anterior implica que las vagas acusaciones y la escasa información presentada en el Requerimiento no cumplen con el estándar legal y la carga de la prueba que la FNE está obligada a cumplir (Sección B). Además, como la mayor parte de la información contenida en el Requerimiento parece haber sido proporcionada por Ewos –un postulante a delación compensada que también fue un presunto miembro de la conducta identificada en el Requerimiento–, este H. Tribunal debe evaluar críticamente el peso probatorio de esa información (sección C). Por lo tanto, una conclusión lógica debería llevar a este H. Tribunal a determinar que la FNE no ha fundamentado de forma *clara y concluyente* la existencia de un supuesto acuerdo entre Skretting y las demás Requeridas (Sección D).

28. En el improbable caso de que este H. Tribunal llegue a una conclusión opuesta, debería determinar que la FNE no ha presentado pruebas *claras y concluyentes* que establezcan la existencia de una infracción única y continuada (es decir, no hay un vínculo común entre las diferentes interacciones a las que se refiere el Requerimiento). Por el contrario, como se explicará más adelante, las interacciones aisladas a las que se refiere el Requerimiento se refieren a diferentes materias que se produjeron en distintas fechas. Aunque Skretting rechaza la existencia del presunto acuerdo, a efectos prácticos y para mayor facilidad, se trazará una línea entre la ocurrencia de las diferentes interacciones para ilustrar la

aplicabilidad de las diferentes versiones del DL 211: la que estuvo en vigencia entre 2003 y 2009 y la que estuvo en vigencia entre 2009 y 2016 (sección E).

29. Además, teniendo en cuenta la falta de un vínculo común, todas las supuestas interacciones correspondientes al primer período (es decir, 2003 - 2009) deben considerarse prescritas. En consecuencia, las únicas interacciones relevantes para efectos de estos procedimientos (si las hubiera) serían el muy limitado número de interacciones presentadas por la FNE, en su Requerimiento, con respecto al último período (2009 - 2016). Como se argumentará, estas interacciones, a lo sumo, podrían caracterizarse como potenciales intercambios de información, que es una conducta que no fue imputada por la FNE (Sección F). En cualquier caso, y lo que es más importante, las interacciones realizadas por Skretting dentro de cualquiera de estos períodos, si se considerasen anticompetitivas, se encuentran prescritas, de acuerdo con las normas de prescripción aplicables previstas para las infracciones generales de la ley de defensa de la libre competencia dentro de la versión correspondiente del DL 211 (Sección G).

30. En el improbable caso de que el limitado intercambio de información entre Skretting y las demás Requeridas sea caracterizado como una supuesta infracción anticompetitiva no prescrita, entonces este H. Tribunal debe rechazar todos los cargos formulados en la acusación dado que la FNE no presentó (i) teorías plausibles de daño que expliquen cómo el supuesto intercambio de información podría haber reducido la competencia en el mercado de alimentos para salmones en detrimento de los productores y consumidores de salmón; y (ii) evidencia de los efectos anticompetitivos. Además, dado que los intercambios de información no constituyen un acuerdo o práctica concertada anticompetitiva: (i) tanto la delación compensada como las facultades intrusivas utilizadas por la FNE, en virtud de las

cuales se obtuvieron sus supuestos elementos de prueba, habrían sido obtenidos ilegalmente, ya que se trata de herramientas reservadas exclusivamente para los acuerdos colusorios; y (ii) se deberían haber incluido como un cargo específico. No lo fueron y, por lo tanto, existe la imposibilidad legal de que la FNE procese a Skretting (Sección H).

31. Por último, cabe señalar que el Requerimiento de la FNE no ha presentado ninguna prueba *clara y concluyente* que demuestre que se cumplían las condiciones para una coordinación efectiva entre Skretting y las demás Requeridas (Sección I), ni que la supuesta conducta podría haber otorgado poder de mercado a las Requeridas, como una forma de efectos anticompetitivos (Sección J).

A. La FNE está obligada a probar que se han cumplido los requisitos establecidos en el artículo 3 inciso segundo letra a) del DL 211

32. La FNE declaró que la supuesta conducta duró, al menos, desde 2003 hasta 2015. En consecuencia, para declarar la existencia de un acuerdo anticompetitivo o práctica concertada en ese período de tiempo, la FNE deberá demostrar el cumplimiento de los requisitos establecidos ya sea en el DL 211 en vigencia entre 2003 y 2009, o en el DL 211 en vigencia entre 2009 y 2016, según corresponda.

33. La versión del DL 211 en vigencia entre 2003 y 2009 estableció los siguientes requisitos para demostrar la existencia de una conducta colusoria²²:

²² Durante la aplicación del DL 211 en vigencia entre 2003 y 2009, la jurisprudencia identificó los siguientes requisitos para la existencia de colusión:

- (i) Que exista de hecho un acuerdo entre competidores;
- (ii) Que el acuerdo se refiera a un elemento sustancial de la competencia;
- (iii) Que este acuerdo confiera poder de mercado a los miembros; y
- (iv) Que los miembros del acuerdo abusen realmente o puedan eventualmente abusar de ese poder de mercado.

- (i) La existencia de un acuerdo expreso o tácito o una práctica concertada;
- (ii) Que el supuesto acuerdo o práctica concertada mencionado en el apartado (i) haya sido acordado entre agentes económicos;
- (iii) Que el supuesto acuerdo o práctica concertada mencionado en el apartado (i) haya tenido por objeto fijar precios de venta o de compra, limitar la producción, asignar zonas de mercado o repartir cuotas de mercado;
- (iv) Que el supuesto acuerdo o práctica concertada mencionado en el apartado (i) haya conferido poder de mercado a las Requeridas; y
- (v) Que las Requeridas hayan abusado del poder de mercado a que se refiere el apartado (iv).

34. En cuanto a la versión del DL 211 en vigencia entre 2009 y 2016, los requisitos son los siguientes²³:

A este respecto: "FNE contra Isapre ING y otros" (Causa Rol N° C-77-2005); y "FNE contra MK Asfaltos Moldeables Chile S.A. y otros" (Causa Rol N° C-132-07).

²³ Durante la aplicación del DL 211 en vigencia entre 2009 y 2016, la jurisprudencia identificó los siguientes requisitos para la existencia de colusión:

- (i) Que exista de hecho un acuerdo entre competidores;

(i) La existencia de un acuerdo expreso o tácito o una práctica concertada;

(ii) Que el supuesto acuerdo o práctica concertada mencionado en el apartado (i) haya sido acordado entre competidores;

(iii) Que el supuesto acuerdo o práctica concertada mencionado en el apartado (i) tuviera por objeto fijar precios de venta o de compra, limitar la producción, asignar zonas de mercado, asignar cuotas de mercado o boicotear a los competidores o afectar al resultado de los procesos de licitación; y

(iv) Que el supuesto acuerdo o práctica concertada mencionado en el apartado (i) haya conferido poder de mercado a las Requeridas.

35. Sobre la base de lo anterior, cabe señalar que, en su Requerimiento, la FNE no ha abordado correctamente ninguno de los requisitos mencionados. La FNE debe probar de manera *clara y concluyente*: (1) la existencia de un acuerdo o práctica concertada; (2) que el supuesto acuerdo o práctica concertada haya tenido por objeto la fijación de los precios de venta de las Dietas; y (3) que dicho supuesto

(ii) Que el acuerdo se refiera a un elemento sustancial de la competencia; y

(iii) Que este acuerdo confiera poder de mercado a los miembros.

A este respecto, Sentencia N° 112/2011, C. 66 de este H. Tribunal.

acuerdo o práctica concertada haya conferido a las Requeridas un poder de mercado que les habría permitido impedir, restringir u obstaculizar la competencia en un determinado mercado relevante o, al menos, que tendería a producir tales efectos.

36. En los siguientes apartados explicamos que la carga de la prueba recae en la FNE, la que, en su Requerimiento, ha fallado en demostrar cualquiera de estos requisitos copulativos.

B. La carga de la prueba corresponde a la FNE

37. En primer lugar, en un procedimiento como éste, el estándar legal que debe cumplir la FNE para fundamentar la existencia de una supuesta conducta anticompetitiva es: prueba *clara y concluyente*. Como lo ha establecido la jurisprudencia chilena²⁴, este estándar es un estándar intermedio entre el estándar de *prueba preponderante*, de materia civil, y el estándar de *más allá de toda duda razonable*, de materia penal.

38. Con base en lo anterior, de acuerdo con la regla de que *quien reclama algo debe probarlo*, es la carga de la FNE probar, entre otras cosas: (1) el mercado relevante aplicable al caso; (2) la existencia efectiva de un acuerdo o práctica concertada (es decir, la expresión fiel de una voluntad única de los competidores)

²⁴ La prueba *clara y concluyente* es un estándar intermedio, similar a lo que se ha denominado en la jurisprudencia como prueba clara y convincente o estándar intermedio y que se traduce en "*mucho más probable a que no*", que requiere una convicción superior al estándar civil (es decir, 50% + 1), pero inferior al estándar probatorio en materia penal (es decir, "*más allá de toda duda razonable*"). En la práctica, en términos porcentuales, este estándar intermedio requiere un nivel de convicción que varía entre el 60-70%. Tanto los precedentes de este H. Tribunal (a este respecto, véase, entre otros: Sentencia N° 136/2014, C. 70; Sentencia N° 137/2014, C. 31; y Sentencia N° 154/2016, C. 92) como de la Corte Suprema (a este respecto, véase, entre otros: Sentencia N° 2.578-2012, C. 11; Sentencia N° 2666-2013, C. 10; Sentencia N° 27.181-2014, C. 43; y Sentencia N° 5.128-2016, C. 9) han establecido que el estándar probatorio en el derecho de la libre competencia es el que requiere pruebas claras y concluyentes.

con un punto focal, un sistema de monitoreo y un mecanismo de sanción; (3) que las interacciones están vinculadas de tal manera que implican la existencia de una infracción única y continua dentro del mercado relevante; (4) que este supuesto acuerdo tenía el propósito u objeto de fijar el precio de las Dietas; (5) que dicho acuerdo otorgaba poder de mercado a las Requeridas o tenía la capacidad causal de causarlo; (6) los efectos anticompetitivos que el supuesto acuerdo causó en el mercado; (7) que las justificaciones alternativas de las Requeridas no son válidas; y (8) una justificación de la severidad de las sanciones solicitadas.

39. H. Tribunal, la FNE tendrá dificultades para probar la existencia de todos estos requisitos, ya que los hechos del caso no se produjeron tal como la FNE los presenta en su Requerimiento. El examen del Requerimiento de la FNE revelará que, debido a su falta de pruebas, así como de argumentos jurídicos y económicos, existe una metodología errónea en el Requerimiento que conduce a una conclusión intencionadamente anticipada. De hecho, la FNE ha creado una narración en la que ha malinterpretado hechos aislados y no relacionados entre sí y los ha presentado como de carácter sistemático. Al actuar de esta manera, la FNE está haciendo caso omiso de cualquier explicación alternativa en apoyo de una teoría de los daños que no se ha fundamentado.

C. Valor probatorio de la Solicitud de Delación Compensada de Ewos

40. Además, el beneficio de delación compensada que se concedió a Ewos no debería implicar que el valor probatorio de la información proporcionada por dicha empresa cumpla la norma de plena prueba de las presuntas conductas. En este sentido, evidenciar los intercambios de información, sin mostrar nada más que pueda probar la existencia de una infracción del artículo 3 inciso segundo letra a)

del DL 211, no es suficiente para cumplir con la carga de la prueba exigida a la FNE.

41. Por lo tanto, debe concluirse, H. Tribunal, que la solicitud de delación compensada de Ewos no es una confesión *per se* y que, como cuestión de derecho, la información proporcionada a través de la solicitud de delación compensada debe ser tratada como cualquier otra prueba, testimonial en el mejor de los casos, y valorada sólo si coincide con los hechos que finalmente se prueban a este H. Tribunal²⁵, de acuerdo con los estándares de prueba aplicables para una prueba *clara y concluyente*. Por lo tanto, esta información no debe considerarse, en sí misma, como plena prueba.

42. En consonancia con lo anterior, este H. Tribunal ha declarado que "(...) *la confesión de un miembro de un cartel constituye una prueba directa del acuerdo y que, desde el punto de vista procesal, cuando es usada contra los demás demandados, ha de otorgársele el valor de una prueba testimonial*"²⁶. En relación con lo anterior, este H. Tribunal señaló que "*[l]a confesión de un miembro del cartel constituye una prueba directa del acuerdo. Ahora bien, es necesario notar que, desde un punto de vista procesal, la confesión, cuando es usada contra los demás demandados, es prueba testimonial*"²⁷, cuyo valor probatorio debe ser analizado por este H. Tribunal de acuerdo con las reglas de la sana crítica, para lo cual se valorará especialmente la precisión y plausibilidad de la declaración, así como su conformidad con las demás pruebas del proceso.

²⁵ Sentencia de la Corte Suprema de fecha 12 de octubre de 2016, Rol N° 5128-2016, C. 36.

²⁶ Sentencia N° 122/2013 de este H. Tribunal., C. 25.

²⁷ Sentencia N° 119/2012 de este H. Tribunal , C.64.

43. Tanto la carga de la prueba de la FNE como el valor de la solicitud de delación compensada de Ewos son dos temas que deben considerarse al analizar el Requerimiento.

44. Finalmente, como se desarrollará más adelante, este H. Tribunal debe considerar que si una infracción del artículo 3 inciso segundo letra a) del DL 211 no es probada de manera *clara y concluyente* por la FNE, entonces la prueba obtenida a través de la solicitud de delación compensada de Ewos debe ser totalmente desestimada, ya que no puede ser utilizada legalmente para las infracciones del artículo 3 inciso primero.

D. Pruebas y argumentos jurídicos y económicos insuficientes para verificar la existencia de un acuerdo o práctica concertada

45. El Requerimiento no presenta pruebas suficientes para afirmar que la única explicación plausible de las interacciones es un acuerdo anticompetitivo o práctica concertada, ni presenta pruebas, ni argumentos jurídicos y económicos para verificar la existencia de los requisitos legales para que existan esas conductas anticompetitivas y concluir que Skretting participó en ellas. Esto hace que el Requerimiento sea defectuoso desde su inicio.

46. En efecto, como ya ha dictaminado este H. Tribunal en varias ocasiones, para que exista un acuerdo o práctica concertada debe haber una "(...) *supresión de la voluntad individual de dos o más agentes competidores y su cambio por una voluntad colectiva unificadora de sus decisiones*²⁸".

²⁸ Sentencia de este H. Tribunal, N° 167/2019, C. 34 y Sentencia N° 145/2015, C. 5.

47. Por consiguiente, por medio de esta presentación rechazamos en su totalidad la acusación y todos los cargos formulados por la FNE, al no estar fundamentados en pruebas ni en argumentos jurídicos ni económicos.

48. En este sentido, cabe señalar que la FNE se limita a afirmar la existencia de un acuerdo o práctica concertada, pero en el Requerimiento de la FNE no se aprecia en ningún lugar un verdadero *encuentro de mentes* (*meeting of the minds*), ni existe ninguna justificación o explicación sobre cómo debe interpretarse cualquiera de las interacciones entre las Requeridas como una expresión de consentimiento o como una cooperación real entre ellas, ni cómo dichas interacciones habrían producido o tenido la capacidad de producir algún efecto anticompetitivo en el mercado relevante.

49. Por el contrario, Skretting ha actuado siempre en el mercado de forma independiente, basándose en su propio modelo de negocio y en su propia inteligencia y conocimiento del mercado.

50. Mientras que la acusación carece de la explicación necesaria para establecer la existencia de un *encuentro de mentes*, la narrativa que subyace a ella parece excesivamente artificial. En efecto, la acusación de un acuerdo anticompetitivo o práctica concertada en virtud del cual las Requeridas aumentaron los costos declarados de las materias primas (*commodities*) para obtener beneficios anticompetitivos (*rentas supra-normales*) se presenta a este H. Tribunal como una conclusión anticipada y, sin embargo, la FNE ni siquiera analiza las hipótesis alternativas a su acusación ni explica por qué deben descartarse, como le corresponde hacerlo. Tampoco explica cómo, por ejemplo, en 2015 los productores de salmón chilenos pudieron ser los segundos mayores del mundo si una parte

significativa de sus costos totales (correspondientes a los precios de las Dietas de los salmones) hubiera sido aumentada artificialmente por las Requeridas durante un período de al menos 12 años.

51. H. Tribunal, después de haber ejercido las facultades establecidas en el artículo 39 letra n) y en el artículo 39 bis del DL 211, la FNE busca justificar la existencia de un acuerdo anticompetitivo o práctica concertada sobre la base de supuestos hechos aislados, una cantidad considerable de conjeturas y escasa evidencia que, como parecería de su Requerimiento, está compuesta en su mayoría por correos electrónicos internos emitidos por las demás Requeridas y no por Skretting.

52. El Requerimiento no da cuenta de un acuerdo o práctica concertada que pueda servir para establecer de forma *clara y concluyente* la expresión fiel de la voluntad de los competidores. Tampoco hay pruebas de que la supuesta conducta pudiera haber tenido siquiera la capacidad de reducir la incertidumbre en el mercado relevante supuestamente afectado.

E. Si este H. Tribunal considera que existió una infracción, la FNE no cumplió con los requisitos para apoyar la existencia de una infracción única y continuada

53. Como ya se ha dicho, el Requerimiento no presenta argumentos convincentes ni pruebas suficientes sobre la supuesta acusación de que Skretting llegó a un acuerdo o práctica concertada con las demás Requeridas.

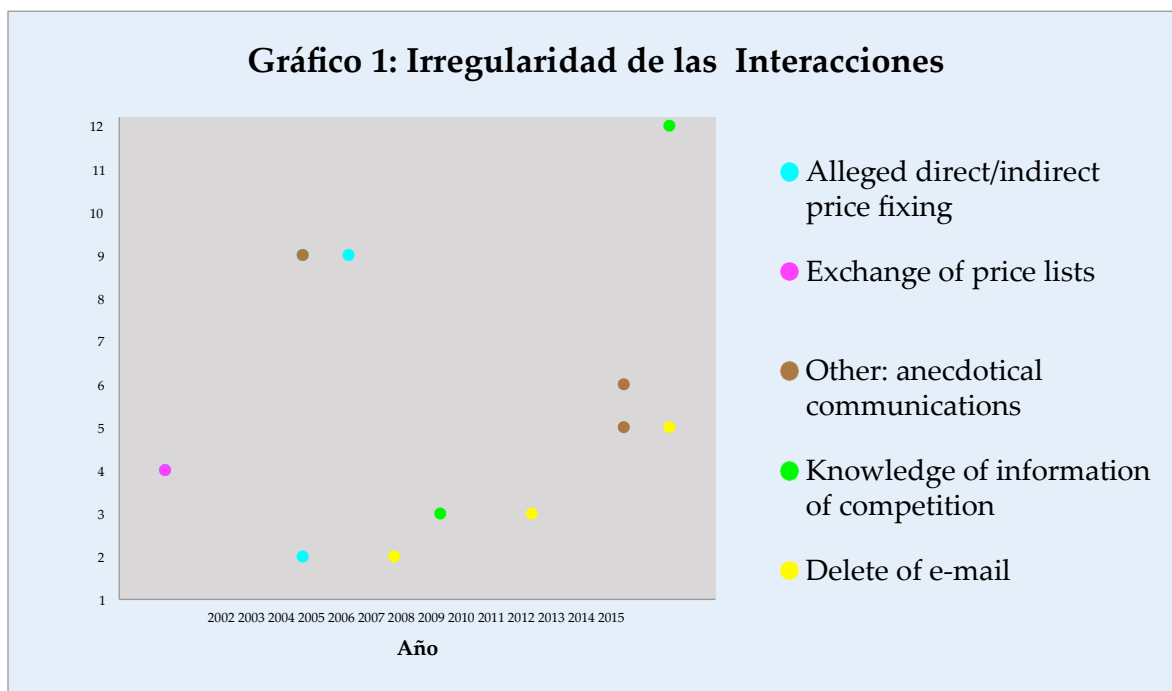
54. Además, incluso si los correos electrónicos y documentos mencionados en el Requerimiento se consideraran prueba suficiente de un acuerdo o práctica

concertada, no hay pruebas suficientes de que existiera una infracción única y continuada, ya que el Requerimiento no explica ni apoya ninguna prueba sobre la supuesta conexión entre las diversas "interacciones" de 2003 a 2015 y las formas en que se aplicó ese supuesto acuerdo o práctica concertada.

55. El siguiente gráfico incluye las diferentes comunicaciones o supuestas interacciones que fueron mencionadas en el Requerimiento de la FNE. Si bien la narrativa de la FNE alude a un supuesto vínculo común entre ellas, cuando las interacciones se observan desde una perspectiva más elevada, queda claro que las diferentes temáticas²⁹ y la amplitud general entre las interacciones conforman un conjunto desorganizado de supuestas comunicaciones, sin ningún propósito, sistema o periodicidad de vinculación³⁰.

²⁹ Cabe señalar que, incluso en lo que respecta a las interacciones con un asunto común preliminar (como las utilizadas en el gráfico), la FNE debe presentar pruebas sobre la forma en que las supuestas interacciones se relacionan y/o vinculan entre sí. Como se ha señalado, la posición de Skretting es que todas estas interacciones son independientes y no tienen ningún vínculo común entre ellas.

³⁰ Se hace presente a este H. Tribunal que en el Gráfico 1 existen diversos correos que no se reflejan, ya que existe un traslape entre éstos. Para el completo análisis de los correos, refiérase a la Tabla 1 siguiente. Para efecto de este gráfico: "Alleged direct/indirect price fixing" se refiere a "Supuesta fijación directa/indirecta de precios"; "Exchange of price lists" se refiere a "Intercambio de listas de precios"; "Other: anecdotal communications" se refiere a "Otros: comunicaciones anecdóticas"; "Knowledge of information of competition" se refiere a "Conocimiento de la información de la competencia"; y "Delete e-mail" se refiere a "Eliminación de correo electrónico".



56. Para este gráfico, utilizamos la siguiente metodología: (1) Incluimos todos los correos electrónicos y el documento Excel referidos por la FNE en su Requerimiento desde el 2003 hasta el 2015³¹; (2) Por su resumen o descripción general, clasificamos las referidas interacciones según se muestra a continuación; y (3) Con base en esta información y clasificación, elaboramos un gráfico que agrupó las diferentes interacciones durante el supuesto tiempo de la conducta (es decir, 01/2003 - 12/2015). El siguiente cuadro es ilustrativo de la documentación utilizada:

TABLA 1: DOCUMENTACIÓN DEL REQUERIMIENTO UTILIZADA PARA EL GRÁFICO 1

Párrafo	Tipo de documento	Fecha (día-mes-año)	Asunto (para efectos del gráfico)
8	INTERNO: Email Salmofood	01-04-2003	Supuesta fijación directa/indirecta de

³¹ El correo electrónico posterior al período de la supuesta infracción (es decir, el correo electrónico de fecha 31 de marzo de 2016) y las referencias a las deposiciones no fueron incluidos, ya que no son útiles para el presente análisis.

17	EXTERNO: Email Biomar/Alitec-Skretting	01-02-2006	precios Supuesta fijación directa/indirecta de precios
13	INTERNO: Email Ewos	06-09-2006	Supuesta fijación directa/indirecta de precios
16	INTERNO: Email Ewos	21-09-2007	Supuesta fijación directa/indirecta de precios
16	EXTERNO: Email Ewos/Skretting	25-09-2007	Supuesta fijación directa/indirecta de precios
10	INTERNO: Email Alitec	11-04-2003	Intercambio de listas de precios
9	EXTERNO: Email Salmofood/Ewos	14-04-2003	Intercambio de listas de precios
19	INTERNO: Email Ewos	28-09-2006	Otros: comunicaciones anecdóticas
22	INTERNO: Email Biomar	31-05-2013	Otros: comunicaciones anecdóticas
22	INTERNO: Email Biomar	06-2013	Otros: comunicaciones anecdóticas
21	EXCEL: Skretting	03-03-2009	Conocimiento de información de la competencia
23	INTERNO: Email Biomar	23-12-2014	Conocimiento de información de la competencia
19	Email	22-02-2008	Eliminación de correo electrónico
19	Email	30-03-2011	Eliminación de correo electrónico
19	Email	09-05-2014	Eliminación de correo electrónico

57. La irregularidad del objetivo y el momento de las interacciones es particularmente relevante si se tiene en cuenta el espacio de tiempo que existe

entre algunas de esas comunicaciones³² y el diferente contenido que tienen (es decir, la presunta fijación directa/indirecta de precios; el intercambio de listas de precios; otras comunicaciones anecdóticas; y la eliminación del correo electrónico). En su Requerimiento, la FNE no presentó ninguna teoría unificadora del daño, una explicación creíble o un hilo conductor que uniera los hechos identificados en el Requerimiento.

58. En consecuencia, las siguientes afirmaciones se pueden deducir fácilmente del Gráfico 1 y de la Tabla 1:

- (i) Hay varios períodos en los que existe un gran espacio en el que no hay pruebas de interacciones (por ejemplo, 14 de abril de 2003 - 1 de febrero de 2006; 22 de febrero de 2008 - 3 de marzo de 2009; 3 de marzo de 2009 - 30 de marzo de 2011; 30 de marzo de 2011 - 31 de mayo de 2013).
- (ii) El "intercambio de listas de precios" habría ocurrido en abril de 2003. Por lo tanto, si se demuestra que las interacciones aisladas están efectivamente vinculadas entre sí, estarían prescritas.
- (iii) La "supuesta fijación directa/indirecta de precios" habría ocurrido entre abril de 2003 y septiembre de 2007. Por lo tanto, si se demuestra que las interacciones aisladas están efectivamente vinculadas entre sí, estarían prescritas.

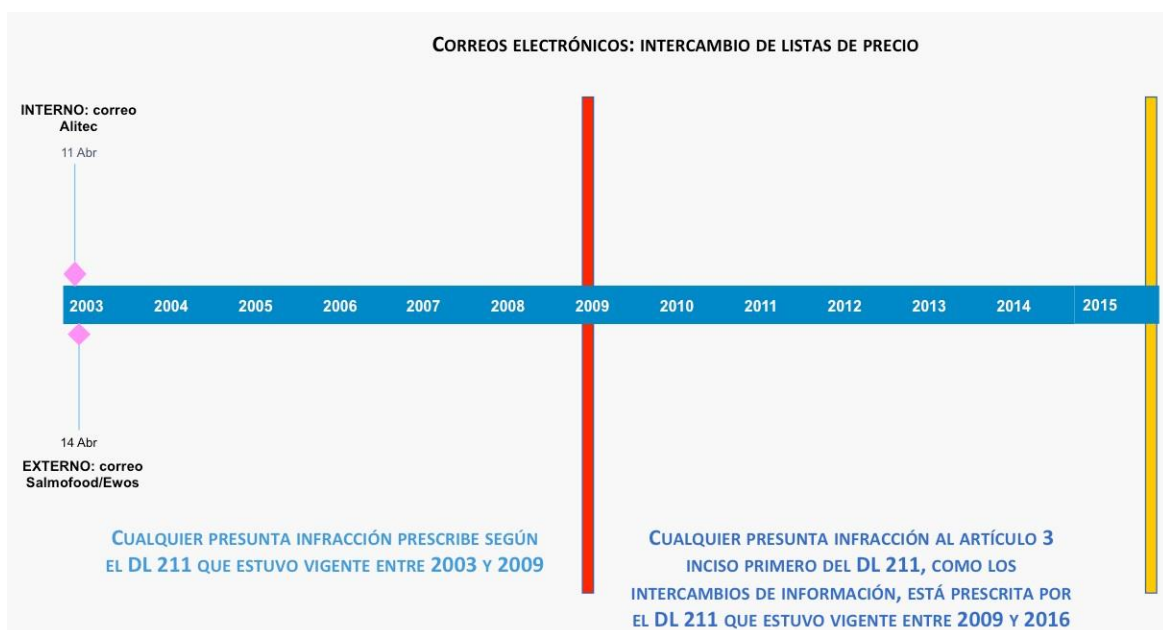
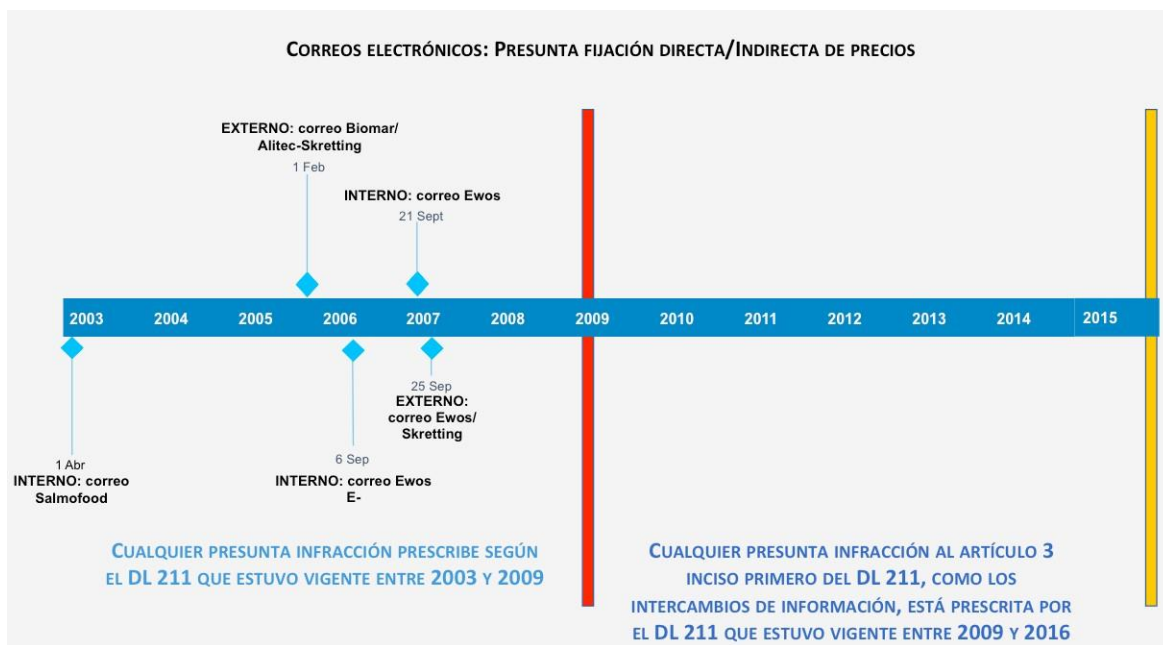
³² Además, cabe señalar que los ajustes de los precios cobrados a los clientes se hicieron cada trimestre y para muchos clientes al mismo tiempo, por lo que sería razonable pensar que estas comunicaciones esporádicas no permitirían la coordinación entre las Requeridas.

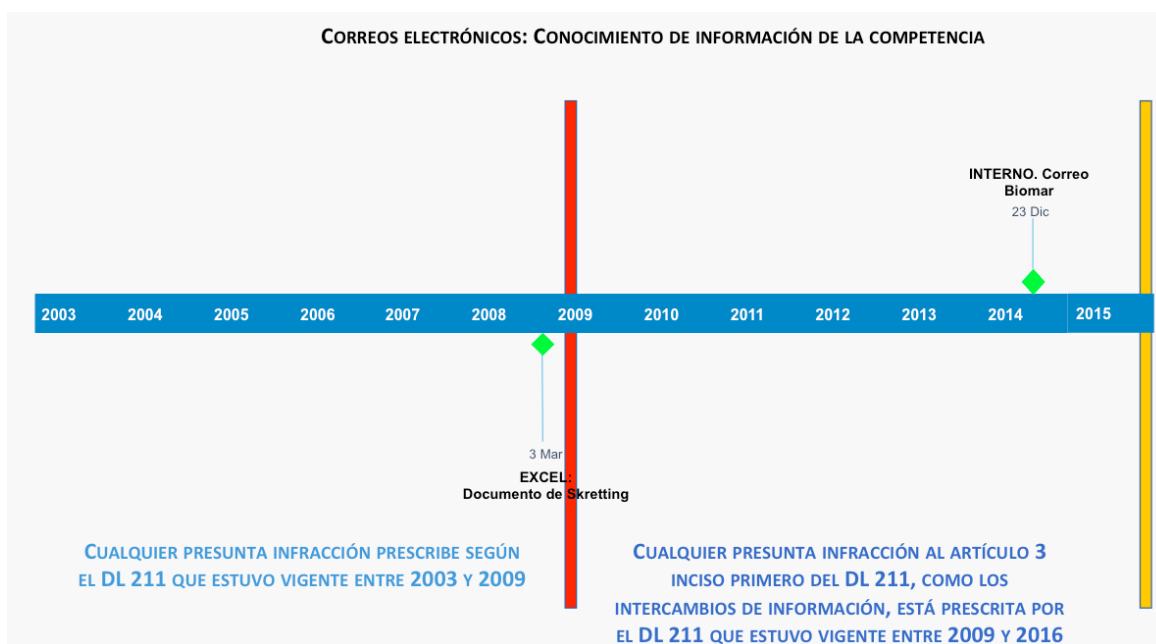
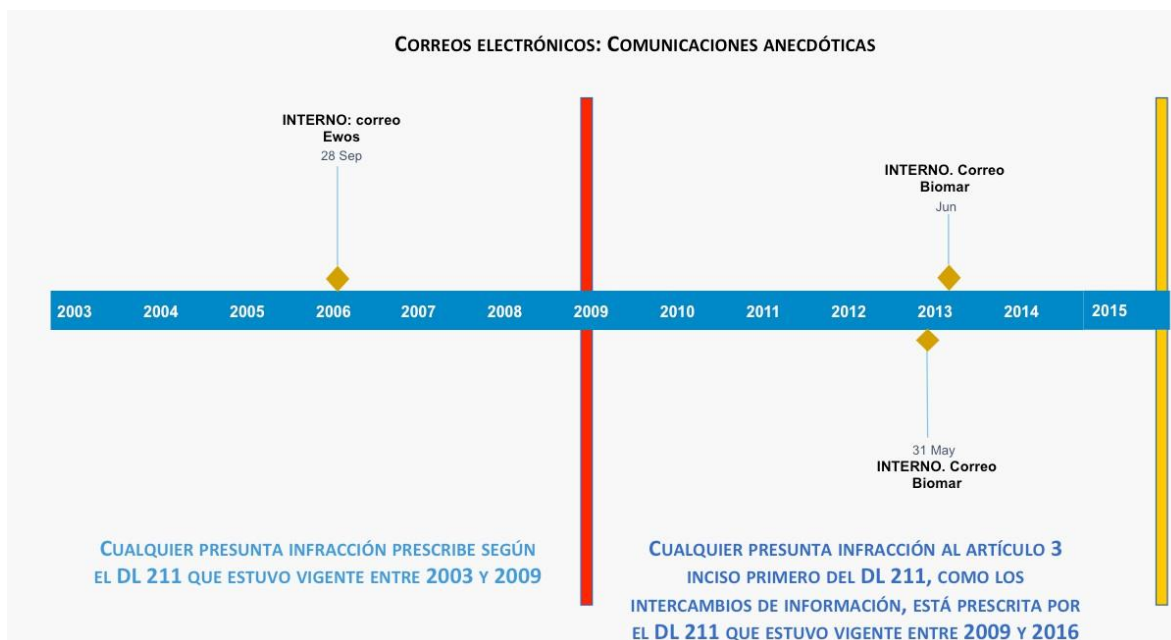
- (iv) El "conocimiento de la información sobre la competencia" no está relacionado con la "supuesta fijación directa/indirecta de precios" ni con el "intercambio de listas de precios". Teniendo en cuenta el período concreto, cabe señalar que dichas interacciones coinciden con el cambio de administración de Skretting en 2008³³.
- (v) No hay ninguna comunicación emitida por Skretting. La única documentación en la que Skretting aparece como emisora es un Excel de marzo de 2009.

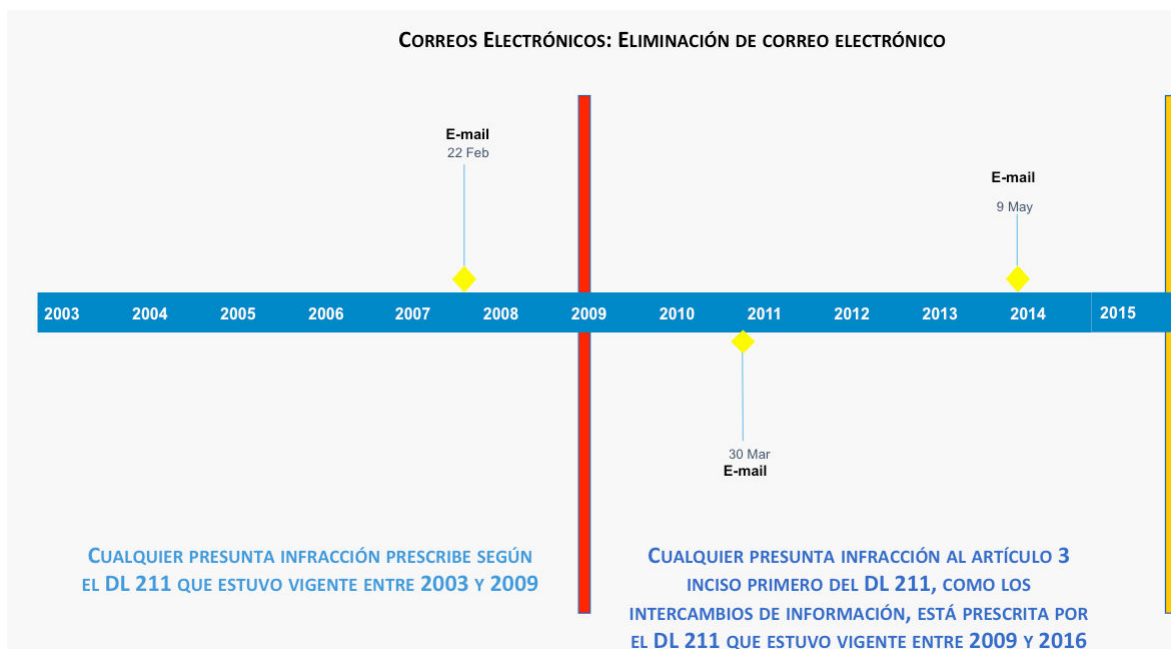
59. Adicionalmente, las siguientes líneas de tiempo ilustran cómo las interacciones resaltadas por el Requerimiento de la FNE no están relacionadas entre sí y, como será presentado más adelante por Skretting, se encuentran prescritas³⁴:

³³ De hecho, la acusación de la FNE suele referirse a los ejecutivos de la administración anterior de Skretting, pero no a los posteriores a 2008.

³⁴ Véase la nota al pie de página 30. Debe tenerse en cuenta el mismo comentario.







60. A diferencia de los casos anteriores de infracción única y continuada³⁵, en el caso de autos no existe ningún precedente que, tras una evaluación holística, permita determinar de manera *clara y concluyente* la existencia de una infracción única y continua. De hecho, según el informe jurídico emitido por el Dr. Florian Wagner-von Papp ("Informe Wagner-von Papp")³⁶, —que fue presentado y argumentado por la FNE en el expediente C-312-2016—, para probar la existencia de una infracción única y continuada en los Estados Unidos de América, se deben cumplir los siguientes requisitos: (1) que los actos individuales tuvieran un objetivo común; (2) que el esquema de implementación fuera el mismo; y (3) que los participantes, a nivel empresarial o individual, fueran más o menos los mismos. En el caso *sub lite*, el Requerimiento no abordó ninguna prueba o argumento que cumpliera con los dos primeros requisitos antes mencionados y, por lo tanto, convirtió la teoría del daño de la FNE en una acusación infundada.

³⁵ Sentencias N° 160/2017, 165/2018 y 171/2019 de este H. Tribunal.

³⁶ Vid. P 2551 de la Causa Rol C-312-2016.

61. Por otra parte, la FNE, como requirente y como autoridad, no puede ir en contra de sus propios actos, *venire contra factum proprium non valet*, principio que en términos administrativos se traduce en una legítima confianza en la autoridad. Por lo tanto, si no se cumplen los requisitos legales para estar en presencia de una infracción única y continuada —tal como se expone en el Informe Wagner-von Papp a este mismo H. Tribunal, en su calidad de perito contratado por la FNE—, entonces, la FNE no podrá —en la medida en que lo desee— exponer argumentos o teorías diferentes para obtener una condena, ya que irían en contra de su propio comportamiento anterior.

62. La FNE está conectando intencionadamente hechos aislados e interacciones distintas para presentar una infracción única y continuada (que, a su juicio, duró, al menos, de 2003 a 2015), ya que necesita esa conexión para que su acusación tenga alguna posibilidad de éxito.

63. Sin embargo, la FNE no ha presentado pruebas ni argumentos jurídicos y económicos suficientes que expliquen o justifiquen por qué la hipótesis más probable para explicar estas interacciones es que están vinculadas a través de un objeto o propósito único.

64. Tal es la carga de la prueba que tiene la FNE y, por su omisión, la FNE está alterando de hecho la carga de la prueba como si las Requeridas se presumieran culpables hasta que se demuestre su inocencia.

65. Por el contrario, H. Tribunal, como asunto de derecho, la metodología jurídica apropiada para analizar el caso sometido a su conocimiento es, al menos³⁷, diferenciar dos grupos de interacciones: (1) aquellos que se habrían producido con arreglo a la versión del DL 211 en vigencia entre 2003 y 2009; y (2) las que se habrían producido con arreglo a la versión del DL 211 en vigencia entre 2009 y 2016.

66. Al hacer esto, se derivan las siguientes consecuencias jurídicas:

- (i) Carga de la prueba: Skretting sostiene ante este H. Tribunal que la FNE no ha presentado pruebas ni argumentos suficientes para la existencia de estos supuestos acuerdos, independientemente de cuándo se produjeron. Además, y sin reconocer la existencia de acuerdo en período alguno, es absolutamente claro que las interacciones irregulares y desvinculadas que pudieran haber tenido lugar en el segundo período (2009 - 2015) —como lo presenta la FNE en su Requerimiento— son extremadamente limitadas en número y alcance, por lo que existe una falta crítica de evidencia para sustentar la existencia de un acuerdo basado en ellas.

De hecho, la FNE funda la supuesta existencia de un acuerdo, principalmente sobre 16 correos internos aislados de las respectivas Requeridas, sin pruebas de interacción, comunicación y coordinación

³⁷ A este respecto, tenga en cuenta que, ante la imposibilidad de conectar las diferentes interacciones, esta distinción es útil para el análisis relativo a la aplicación del plazo de prescripción aplicable a las diferentes interacciones si éstas se consideraran anticompetitivas. Esto, a pesar de los argumentos antes mencionados: (i) aunque se intente agrupar las supuestas interacciones, de cualquier manera posible, no hay prueba de la existencia de un acuerdo o práctica concertada; y (ii) los diferentes temas de las supuestas interacciones y el período en que se produjeron hacen imposible presentar la existencia de una infracción única y continua. No existe un vínculo común entre ellos.

efectivas, y esto es particularmente cierto en el caso de las interacciones que pueden haber ocurrido durante el segundo período (es decir, entre el 13 de julio de 2009 y finales de 2015).

- (ii) Prescripción: Aunque los correos electrónicos y documentos, de 2003 a 2009, a los que se hace referencia en el Requerimiento, no son prueba suficiente de un acuerdo, en el caso improbable de que este H. Tribunal llegara a la conclusión contraria, la infracción anticompetitiva estaría prescrita. Asimismo, las conductas que la FNE alega en el Requerimiento, que se produjeron entre 2009 y 2015, deben considerarse prescritas, ya que estas supuestas conductas podrían constituir, como máximo, un intercambio de información. Esta cuestión se analizará más a fondo en la sección G posterior.
- (iii) Sanciones: Las sanciones y multas aplicables a estos dos conjuntos diferentes de presuntas interacciones deben considerarse de conformidad con la legislación vigente al momento en que se produzcan. En consecuencia, dado que las interacciones del primer período estarían prescritas, las sanciones o multas que pudieran aplicarse por las supuestas conductas relacionadas con el segundo período, en caso de que este H. Tribunal no considerara que las conductas también estuvieran prescritas, deberían ser significativamente inferiores a las solicitadas por la FNE, ya que sólo deberían considerar las interacciones que pudieran haber ocurrido entre 2009 y 2015.

F. En todo caso, las supuestas interacciones a partir de julio de 2009 sólo constituirían intercambios de información: El Requerimiento no respalda la existencia de un acuerdo de fijación de precios.

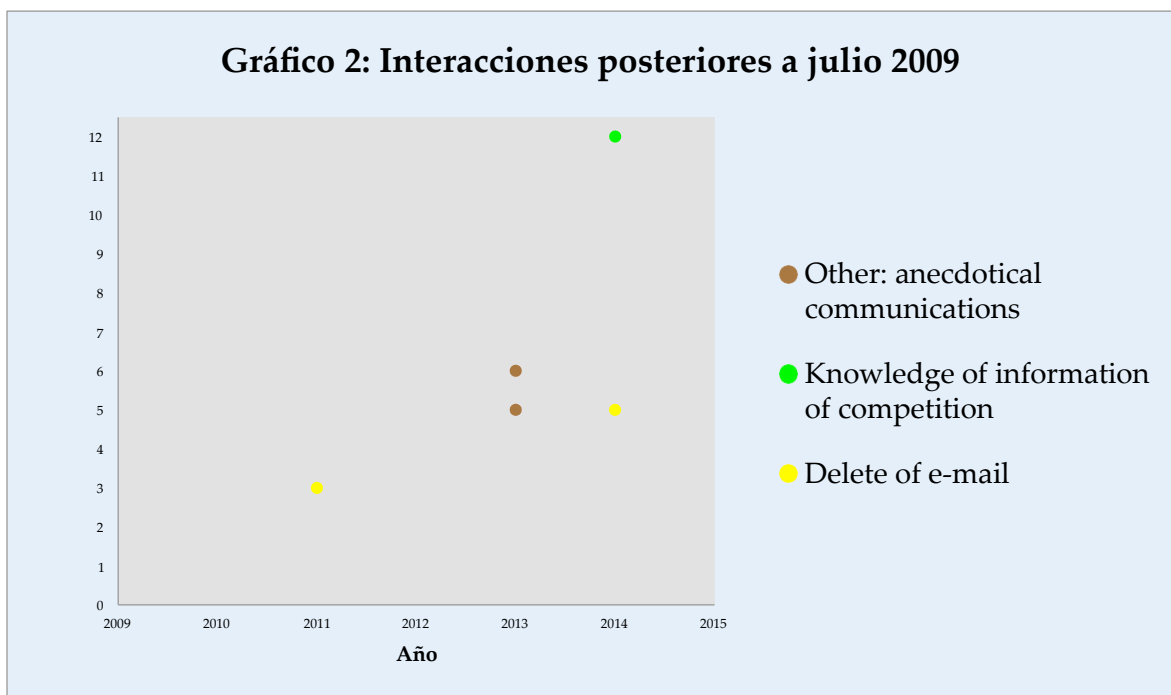
67. Independientemente de las pruebas que puedan presentarse en una etapa posterior del juicio, en su intento de construir su caso, a partir de julio de 2009, el Requerimiento se limita a hacer referencia a interacciones aisladas entre las Requeridas. Esta información por sí misma no respalda la existencia de un acuerdo de fijación de precios.

68. El siguiente gráfico resume las supuestas interacciones a julio de 2009^{38 39}:

³⁸ Véase la nota al pie de página 30 y 31. Debe tenerse en cuenta los mismos comentarios.

³⁹ En cuanto al documento Excel de 2009, denominado (según el pie de página número 24 del Requerimiento) "COMPETENCIA 2009", se hace presente a este H. Tribunal que la fecha de creación debe considerarse como la fecha del documento. El mero hecho de que cualquier persona conserve un documento o haga pequeñas modificaciones en él (circunstancias que darían cuenta de una "última modificación"), no es prueba suficiente de que: (1) quien quiera que haya hecho las modificaciones sabía que el documento era de un origen supuestamente espurio; (2) la modificación implicaba el uso de información obtenida de las demás Requeridas; o (3) la fecha del documento es la fecha de la última modificación. En este sentido, la FNE debería probar que estas modificaciones al documento fueron sustanciales, ya que parecería que el objetivo de la FNE sería hacer aplicable el DL 211 en vigencia entre 2009 y 2016, lo cual sería una táctica errónea y artificial.

No obstante lo anterior, aún en el caso de que este H. Tribunal considere que la mencionada hoja de cálculo de Excel corresponde a interacciones que supuestamente habrían tenido lugar después de julio de 2009, la hipótesis mencionada no cambia.



69. Como puede verificar este H. Tribunal a partir de la información proporcionada por la FNE en su Requerimiento, las pruebas presentadas por la FNE constituyen piezas aisladas, que no están conectadas en absoluto, y que no se puede considerar que cumplan con el estándar jurídico exigido por la ley y la jurisprudencia emanada de este H. Tribunal y de la Corte Suprema.

70. Consistentemente con lo anterior, faltan todos los requisitos establecidos por la Corte Suprema⁴⁰ para determinar la existencia de una infracción de aquellas indicadas en el artículo 3, inciso segundo letra a) del DL 211:

(1) No hay pruebas de un acuerdo, sino meras interacciones entre competidores;

(2) Aunque este H. Tribunal llegue a la conclusión de que existía un acuerdo, no es posible concluir que su

⁴⁰ Sentencia de la Corte Suprema de fecha 29 de octubre de 2015, Causa Rol N° 27.181-2014.

objeto fuera, efectivamente, fijar los precios de las Dietas.

(3) De la lectura del Requerimiento no se desprende ninguna prueba de efectos anticompetitivos reales o potenciales asociados a la supuesta infracción; y

(4) La FNE no hizo ningún esfuerzo para constatar una voluntad y decisión conjunta de aplicar el supuesto acuerdo.

71. En ausencia de indicios *prima facie* y basándose en la teoría de los factores adicionales, la FNE debería haber presentado la existencia de un conjunto de factores (por ejemplo, la existencia de un motivo racional para coludirse; la oportunidad para coludirse; la participación en otros cárteles; la comunicación por medio de señales; etc.)⁴¹ que, conjuntamente, puedan convencer a este H. Tribunal, de manera *clara y concluyente*, de que la hipótesis de colusión es más probable que cualquier otra hipótesis. Sin embargo, H. Tribunal, este no es el caso.

72. Cabe destacar que, en general, no hay ninguna razón *ex ante* para suponer que los intercambios de información son anticompetitivos en sí mismos. En concordancia con lo anterior, si la FNE evaluara –como aún no lo ha hecho– que los supuestos intercambios de información son de naturaleza anticompetitiva, debe presentar pruebas, así como argumentos jurídicos y económicos al respecto.

⁴¹ GRUNBERG, Jorge y MONTT, Santiago. La prueba de la colusión. In: Reflexiones sobre el derecho de la competencia. pp. 305 - 383.

73. En efecto, los intercambios de información no constituyen un ilícito *per se*, y de hecho pueden justificarse, por ejemplo, por ser benignos o incluso tener efectos pro-competitivos para la competencia, como por ejemplo: (1) mejorar la producción o la toma de decisiones logísticas de las empresas; (2) mejorar el posicionamiento de un producto en el mercado; o (3) permitir el funcionamiento de empresas más eficientes en el mercado.

74. Las alegaciones de la FNE no pueden considerarse, por sí solas, prueba suficiente de los efectos anticompetitivos, ya que ello implicaría, en efecto, una alteración del *onus probandi* y, más importante aún, implicaría una violación de la presunción constitucional de inocencia. En efecto, como se mencionó anteriormente, los intercambios de información bien podrían haber sido de naturaleza benigna, inútil o incluso pro-competitiva, e incumbe a la FNE presentar pruebas contra esta presunción *prima facie*.

75. Lo anterior significa, por ejemplo, que una hipótesis alternativa plausible y razonable a las interacciones identificadas por la FNE es que los supuestos intercambios de información podrían haber generado eficiencias, por ejemplo, en la adquisición de materias primas, ya que podrían haber mejorado la posición negociadora de las Requeridas frente a los proveedores, permitiendo mejores condiciones de comercialización.

76. En el Requerimiento no se presenta ni se descarta justificadamente hipótesis alternativa alguna, ya que la FNE optó por presentar sólo una explicación de las interacciones sin proporcionar un examen razonado de por qué las pruebas que ha

recopilado sólo permitirían una interpretación exclusiva. Al actuar así, la FNE está, en efecto, traspasando la carga de la prueba a las Requeridas, que ahora se enfrentan a una presunción *ex ante* de mal actuar. Este enfoque no está respaldado por la ley y contradice los criterios generalmente aceptados que han sido confirmados exhaustivamente por la Corte Suprema.

77. En este sentido, este H. Tribunal incluso ha destacado la importancia de realizar un análisis exhaustivo en los casos de intercambio de información cuando estableció que *"(...) si bien es cierto que el intercambio de información comercial sensible entre competidores puede constituir una práctica que facilite la coordinación ilícita entre agentes económicos y que, por lo tanto, no debería producirse, ella por sí sola no basta para acreditar una colusión si no se acompañan otros antecedentes probatorios"*⁴². Estos principios ni siquiera fueron abordados por la FNE, lo que evidencia la falta de una adecuada fundamentación del Requerimiento.

78. Entonces, en ausencia de estos factores adicionales, la FNE busca beneficiarse de la vaguedad del concepto de acuerdo o práctica concertada y atribuir a las Requeridas —sin pruebas ni argumentos jurídicos o económicos— la existencia de un acuerdo colusorio.

G. Prescripción

79. Para el improbable caso de que este H. Tribunal considere que existió un acuerdo colusorio, no habría una infracción única y continuada: tal como se ha señalado en la Sección E *supra*, dado que no se ha fundamentado ninguna prueba ni ningún argumento jurídico o económico que respalde el vínculo entre las

⁴² Sentencia de este H. Tribunal, N° 137/2014, C. 48.

interacciones aisladas que se produjeron entre 2003 y finales de 2015, este H. Tribunal debe aplicar diferentes versiones del DL 211, como se explica a continuación.

80. De acuerdo con un análisis de las normas de prescripción, dado que no existe una infracción única y continuada, si las supuestas interacciones ocurridas entre 2003 y el 12 de julio de 2009 se consideran un comportamiento colusorio, independientemente de su contenido o propósito, entonces ese presunto comportamiento anticompetitivo estaría prescrito, ya que la normativa aplicable es la versión del DL 211 en vigencia entre 2003 y 2009. En virtud del artículo 20 de dicha normativa el plazo de prescripción de todas las conductas anticompetitivas (incluidos, por cierto, acuerdos y prácticas concertadas) era de **2 años contados a partir de la ejecución de la conducta anticompetitiva**⁴³.

81. Por otra parte, la FNE no ha presentado ninguna prueba, ni argumentos jurídicos o económicos para concluir efectivamente que las supuestas interacciones que tuvieron lugar entre el 13 de julio de 2009 y finales de 2015, constituyen un acuerdo de fijación de precios. En efecto, una vez eliminados los vínculos artificiales presentados por la FNE entre el primer grupo de interacciones (es decir, entre 2003 y el 12 de julio de 2009) y el segundo grupo de supuestas interacciones (es decir, entre el 13 de julio de 2009 y finales de 2015), lo que queda debe ser considerado como intercambio de información, salvo que se demuestre efectivamente lo contrario —lo que no hace el Requerimiento—. A este respecto, H. Tribunal, a lo sumo, estos intercambios podrían ser punibles con arreglo al artículo

⁴³ "Artículo 20° (...) Las acciones contempladas en esta ley, prescriben en el plazo de dos años, contado desde la ejecución de la conducta atentatoria de libre competencia en que se fundan. Esta prescripción se interrumpe por requerimiento del Fiscal Nacional Económico o demanda de algún particular, formulados ante el Tribunal. (...)" (el destacado es nuestro).

3 inciso primero del DL 211. Sin embargo, según la hipótesis de la FNE, las supuestas conductas terminaron a finales de 2015 y, como tales, prescriben por el **plazo de prescripción vigente de tres años**⁴⁴.

H. Imposibilidad e ilegalidad de condenar los intercambios de información

82. Si se establece —como sostiene esta parte— que las supuestas interacciones relativas a los costos de las materias primas no equivaldrían a un acuerdo colusorio sobre el precio de las Dietas, es importante señalar que la FNE no presentó en su Requerimiento ninguna teoría plausible y específica de daño anticompetitivo por los intercambios de información, ni tampoco presentó ninguna prueba real de efectos anticompetitivos derivados de los intercambios de información.

83. Además, dado que el Requerimiento de la FNE no incluye ningún cargo contra las Requeridas por intercambios de información anticompetitivos, que sólo podrían ser punibles en virtud del artículo 3 inciso primero del DL 211, como cuestión de derecho, existe la imposibilidad jurídica de condenar a alguien por un cargo que no se ha formulado. El Requerimiento de la FNE se limitó exclusivamente a un supuesto acuerdo colusorio sobre el precio de las Dietas, no a supuestos intercambios de información anticompetitivos.

⁴⁴ El plazo de prescripción regulado por la versión del DL 211 en vigencia entre 2003 y 2009, estableció un plazo de prescripción de 2 años a partir de la ejecución de la práctica anticompetitiva para todo tipo de conducta anticompetitiva. El plazo de prescripción regulado en la versión del DL 211 en vigencia entre 2009 y 2016, en su artículo 20 estableció diferentes plazos de prescripción para dos categorías distintas de conductas anticompetitivas. Un primer plazo de prescripción exclusivamente para la colusión de 5 años contados a partir del término de los efectos de la colusión dentro del mercado afectado y, un segundo plazo de prescripción de 3 años contados a partir de la ejecución de la conducta para cualquier práctica anticompetitiva distinta de la colusión. En este sentido: "Artículo 20 (...) Las acciones contempladas en esta ley, prescriben **en el plazo de tres años, contado desde la ejecución de la conducta atentatoria de la libre competencia** en que se fundan. Esta prescripción se interrumpe por requerimiento del Fiscal Nacional Económico o demanda de algún particular, formulados ante el Tribunal. (...)" (el destacado es nuestro).

84. En este sentido, si bien la FNE en su acusación se refirió tanto al artículo 3 inciso primero como al artículo 3 inciso segundo, letra a) del DL 211 como disposiciones que habrían sido infringidas por las Requeridas, dicha referencia se debe a la necesaria dependencia entre el inciso segundo y primero, que están conectados a través de una relación jurídica género/especie.

85. De hecho, como bien sabe este H. Tribunal, el artículo 3 inciso segundo del DL 211 es una especificación a través de meros ejemplos de la disposición y norma más general establecida en el artículo 3 inciso primero del DL 211. En consecuencia, para presentar cargos basados en una infracción al inciso segundo, la FNE debe incluir una referencia al inciso primero^{45 46}. Sin embargo, dicha referencia no amplía, por sí misma, el contenido del Requerimiento más allá de las conductas que se han abordado específicamente en él.

86. En consecuencia, —como lo exige el principio de legalidad— la FNE debe siempre identificar de manera clara y precisa los cargos que se imputan a las requeridas. En el caso *sub lite*, la FNE no presentó cargos en relación con los

⁴⁵ El origen del diseño actual de la estructura se remonta a la Ley 19.911. A este respecto, la Historia de la Ley dice: "El nuevo artículo 3° recoge, a vía meramente ejemplar, tres figuras tradicionales de actos contrarios a la competencia, como son los carteles, los abusos de posiciones dominantes y las conductas predatorias. La idea es presentar estas figuras de manera general, dejando la calificación específica de cada caso particular a la jurisprudencia del Tribunal de Defensa de la Competencia, el que siempre deberá tener presente el objetivo de la ley descrito en el artículo 1°." (Mensaje del Ejecutivo. Historia de la Ley N° 19.911, pp. 5-6).

⁴⁶ En efecto, este Tribunal ha considerado que el artículo 3 inciso segundo, letra a) "no es más que una especificación de lo dispuesto en el inciso primero de dicho artículo" (Sentencia N° 167/2019, C. 27), ya que también ha señalado que "[L]a jurisprudencia en materia de libre competencia ha sido clara y consistente en señalar que cualquier infracción a las "letras" del inciso segundo del artículo 3° del D.L. N° 211 es siempre una infracción al enunciado general del inciso primero, pues las mismas no son más que ejemplos de las conductas mencionadas en este último (...). De aquí que no existan requisitos distintos que probar en uno y otro caso cuando se trata de una conducta colusoria." (Sentencia N° 167/2019, C. 28).

intercambios de información, con lo cual se hace ilegal cualquier condena contra las Requeridas en relación con supuestos intercambios de información que tengan un efecto anticompetitivo⁴⁷.

87. No obstante lo anterior, en el improbable caso de que la FNE alegue que la supuesta infracción equivaldría a intercambios de información que deberían ser sancionados de conformidad con el artículo 3 inciso primero del DL 211, hacemos presente lo siguiente:

- (1) El Requerimiento sería nulo, ya que se basaría en pruebas ilegales obtenidas en el marco de las facultades especiales de investigación del artículo 39, letra n) y del artículo 39 bis del DL 211, que son específicas para los casos de colusión y, por lo tanto, no pueden utilizarse en el contexto de los intercambios de información;
- (2) Las conductas estarían prescritas⁴⁸. En efecto, los intercambios de información, aun cuando pudieran ser considerados como una práctica anticompetitiva autónoma de conformidad con el derecho de la competencia —que en sí mismo no tiene precedentes en el panorama chileno de la libre competencia— estarían sujetos a la prescripción general y no a aquella aplicable a las conductas colusorias; y

⁴⁷ En efecto, como declaró este H. Tribunal en su Sentencia N° 171/2019 (C. 219), en los casos en que se hace una denuncia de colusión, no corresponde a este H. Tribunal pronunciarse sobre la legalidad de un intercambio de información, ya que ese comportamiento no formaba parte de las acusaciones formuladas contra la requerida.

⁴⁸ A este respecto, refiérase a la sección sobre la prescripción.

- (3) Si se impone una sanción, ésta debe ser significativamente inferior a las solicitadas originalmente por la FNE, ya que una infracción del artículo 3 inciso primero del DL 211 es menos grave que una infracción del artículo 3 inciso segundo, letra a) y tiene una multa máxima inferior.

I. El Requerimiento no demostró que se cumplieran las condiciones para una coordinación efectiva

88. Como bien sabe este H. Tribunal, según la teoría económica bien establecida, en general se reconoce que los intercambios de información pueden no tener efectos, tener efectos favorables o contrarios a la competencia.⁴⁹ Por ejemplo, según la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico ("OCDE"):

"En la literatura económica, la transparencia del mercado se considera tradicionalmente pro-competitiva, ya que elimina las asimetrías de información, mejora la elección informada de los participantes en el mercado y, en algunos casos, incluso permite el funcionamiento de determinados mercados (como ocurre, por ejemplo, en los mercados de seguros)".⁵⁰

⁴⁹ Directrices sobre la aplicabilidad del Artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal Texto pertinente a efectos del EEE, DO C 11 de 14.1.2011; OCDE, Intercambio de información entre competidores en virtud del Derecho de la Libre Competencia, DAF/COMP (2010) 37; Bennett & Collins, 'The law and economics of information sharing: the good, the bad and the ugly' European Competition Journal 2010, p. 311-337.

⁵⁰ OCDE, Intercambio de información entre competidores en virtud del Derecho de la Libre Competencia, DAF/COMP (2010) 37, p. 9/10. Traducción libre de: *"In economic literature, market transparency is traditionally considered pro- competitive as it eliminates information asymmetries, enhances informed choice on the part of market participants and in some instances even allows for certain markets to function (as is the case, for example, in insurance markets)."*

89. Las supuestas interacciones descritas por la FNE en el Requerimiento deben distinguirse claramente de un "cártel clásico", que implica, por ejemplo, acuerdos de fijación de precios o de asignación de mercados o clientes, y respecto del cual cabe presumir que se producen efectos anticompetitivos. Por el contrario, en el presente caso, el hecho de que la conducta alegada por la FNE haya causado o no efectos anticompetitivos requiere una evaluación detallada de las características de este caso.

90. Para que sea posible una coordinación eficaz, es necesario que se cumplan tres condiciones:

- (i) El intercambio de información debe permitir a las empresas establecer un "punto focal" para la coordinación, es decir, un entendimiento común sobre el nivel de los precios de venta;
- (ii) El intercambio de información debe permitir a las empresas monitorear el cumplimiento del comportamiento coordinado, es decir, la condición de monitoreo. Si el monitoreo no puede tener lugar, las empresas no pueden resistir la tentación de obtener beneficios mediante la subvaloración de los precios y, en consecuencia, aumentar sus ventas; y
- (iii) Debe existir un mecanismo eficaz de disuasión y castigo: las empresas deben comprender que no pueden eludir la detección si se desvían y que cualquier desviación provocará una reacción de otras empresas, es decir, la condición de

castigo. Una vez más, de lo contrario las empresas no pueden resistir la tentación de bajar los precios⁵¹.

91. Según se desprende de lo anterior, el mecanismo de coordinación eficaz es frágil. Supongamos que una sola empresa no comparte el mismo entendimiento común y fija su precio por encima del punto de referencia del precio que fue entendido por los demás. Cuando esa empresa observe que otras empresas están por debajo de su punto de referencia, concluirá que la coordinación no es eficaz e incorporará nuevamente precios competitivos. En el caso contrario, si esa empresa entendió que el punto focal es inferior al que entendieron las otras empresas, las otras empresas establecerán una desviación y la coordinación también se desmoronará. Por lo tanto, incluso pequeños malentendidos se interponen en el camino de la coordinación efectiva.

92. Es importante tener en cuenta que la teoría económica sólo explica las circunstancias en las que es más o menos probable que se produzca una coordinación efectiva y, por tanto, una coordinación que tenga el efecto de restringir la competencia. No predice si esa coordinación se produjo realmente o si tuvo algún efecto. Incluso si se cumplen las tres condiciones, es posible que no haya ningún efecto en el mercado. Por otra parte, en caso de que no se cumplan una o más de las condiciones, es muy improbable que se alcance o mantenga una coordinación efectiva.

93. En consecuencia, cabe señalar que la FNE ni siquiera identificó la forma concreta en que las Requeridas habrían podido coordinar eficazmente los precios

⁵¹ J.D. JASPERS, Managing Cartels: how Cartel Participants Create Stability in the Absence of Law, Eur J Crim. Policy, Res (2017) 23:319-335.

de las Dietas. Como se ha explicado anteriormente, la FNE sólo se refirió a interacciones aisladas. Según se ha desarrollado en la Sección F anterior, tales interacciones constituirían, a lo sumo, intercambios de información, que en sí mismos no equivalen a una colusión y, en este caso concreto, no se ha demostrado que hayan impedido, restringido o entorpecido necesariamente la competencia o que hayan tenido la capacidad causal para hacerlo.

94. Como se ha explicado, según la teoría económica, para poder restringir la competencia, los competidores deben poder desarrollar el denominado "punto focal", es decir, un entendimiento común sobre los términos de la coordinación. En este caso, ese entendimiento común sería el alcance y el nivel en que se fijarían los precios de las Dietas. El hecho de que sea probable o no que los competidores hayan podido llegar a ese entendimiento común depende de las características del mercado, el tipo de información intercambiada y su valor estratégico. Sin embargo, la FNE no explicó cómo las características del mercado de alimentos para salmónidos, en el que, como se ha explicado anteriormente, los productos tienen un alto grado de diferenciación⁵², el tipo de información que supuestamente se intercambió y el valor estratégico de esa información habrían permitido a las Requeridas llegar a un entendimiento común sobre el nivel de los precios de los alimentos para salmónidos. **Por el contrario, la FNE afirma explícitamente en el Requerimiento que el mercado de alimentos para salmónidos es un mercado heterogéneo, con un alto grado de diferenciación, lo que es un factor que dificulta el establecimiento de una coordinación.**

⁵² De hecho, la teoría económica básica afirma que, la diferenciación de productos no sólo puede obstaculizar un entendimiento común sobre los términos de un acuerdo (es decir, la ausencia de un punto focal). De este modo, la teoría económica indica que en presencia de una diferenciación vertical (que puede equivaler a asimetrías de costos entre empresas), es menos probable que se produzca un equilibrio colusorio, ya que las empresas de mejor calidad tendrían mayores incentivos para desviarse del punto focal.

95. En lo que respecta a los otros dos elementos de una coordinación eficaz, cabe señalar que, para que una colusión sea eficaz y se mantenga en el tiempo, a pesar de la existencia de confianza entre sus participantes, debe existir un sistema de monitoreo y un mecanismo de castigo creíbles, a fin de identificar y castigar a los miembros que hacen trampas. Incluso si este H. Tribunal considerara que las supuestas interacciones posteriores a julio de 2009 no sólo constituirían intercambios de información sino que serían el equivalente de un acuerdo o práctica concertada, sólo podría surgir una coordinación eficaz si existiera un sistema de monitoreo y un mecanismo de castigo creíble.

96. De hecho, dado que la supuesta coordinación se relaciona con el costo de las materias primas, en su Requerimiento, la FNE debería haber presentado pruebas de cómo las Requeridas podrían haber logrado un sistema de monitoreo que hubiera controlado el cumplimiento en el mercado de alimentos para el salmón, teniendo en cuenta que el mercado de las Dietas no es transparente, ya que los contratos son privados y confidenciales.

97. Además, la única referencia real de la FNE a un sistema de monitoreo — como elemento de coordinación efectiva — se explica resumidamente en el párrafo 17 del Requerimiento, en el que la FNE afirma que *"(e)n ocasiones los reclamos de los clientes podían servir a las Requeridas para monitorear posibles desvíos del Acuerdo (...)"*. En este sentido, la FNE no ha explicado cómo tal hipótesis sería un sistema de monitoreo efectivo para una conducta que supuestamente habría durado 13 años, más aún en un mercado inestable como es el del alimento para salmones⁵³. Por ello, la única supuesta posibilidad de control de los términos de la coordinación — como la que incluye la FNE en el Requerimiento — no puede considerarse suficiente para que este H. Tribunal se convenza, de manera *clara y concluyente*, de que ese fue el sistema de monitoreo que efectivamente habría sido utilizado por las Requeridas⁵⁴.

98. Asimismo, la FNE no indicó ninguna forma de sanción creíble que hubiera sido efectivamente implementada por las Requeridas, tales como el recorte de precios o la amenaza de guerra de precios. Desde la teoría económica básica, sin la amenaza de un castigo, ninguna empresa puede resistir racionalmente a la tentación de socavar a sus rivales para beneficiarse del aumento de las ventas y cualquier potencial coordinación se desmorona rápidamente.

99. En este sentido, sin duda habría sido clave para la FNE haber presentado pruebas o argumentos jurídicos y económicos sobre cómo las Requeridas podrían haber monitoreado y castigado el engaño. Sin embargo, la FNE no lo ha hecho.

⁵³ Sobre todo porque, como afirma la FNE en su Requerimiento, los clientes solían mentir mientras se quejaban y porque este "mecanismo de control" depende de las acciones de un tercero.

⁵⁴ Por otra parte, cabe señalar que el único mecanismo de vigilancia presentado por la FNE (es decir, las quejas de los clientes) es defectuoso, ya que éstos suelen mentir. Además, los competidores no tienen ningún mecanismo para verificar que los precios de las materias primas proporcionados por los rivales son verdaderos (y en el mecanismo colusorio presentado por la FNE, existe un claro incentivo para mentir informando de costos más altos que los reales).

100. La ausencia de toda mención efectiva de estos mecanismos en el Requerimiento pesa mucho en la plausibilidad de las acusaciones de la FNE. En efecto, no hay referencia ni explicación sobre cuál sería el punto focal, ni cómo los intercambios de información habrían ayudado a la formación de éste. También hay una ausencia de pruebas y argumentos sobre qué dispositivo de vigilancia habrían utilizado las partes para vigilar las desviaciones del punto focal y qué sanciones creíbles y compatibles con los incentivos habrían utilizado las Requeridas para castigar las desviaciones.

101. A este respecto, la falta de pruebas y de comprensión sustantiva del Requerimiento sobre estos aspectos críticos de la presunta infracción es particularmente preocupante si se tiene en cuenta que se trata de un caso en el que la FNE tuvo una postulación de delación compensada por parte de Ewos y en el que el estándar legal para conceder el beneficio de la delación compensada es la presentación de información que constituya una *contribución efectiva a la constitución de pruebas suficientes* para respaldar el Requerimiento.

102. A este respecto, no parece razonable concluir que una supuesta colusión que habría durado al menos 13 años, en la que la mayoría de los ejecutivos de las Requeridas cambiaron repetidamente durante ese tiempo, fuera sostenible sin estos mecanismos o, al menos, sin que las Requeridas hubieran dejado algún rastro significativo de ellos. Por el contrario, lo más razonable es que la FNE pida a este H. Tribunal que desestime toda teoría económica sobre la coordinación efectiva para perseguir quimeras.

J. Aplicación de la regla de la razón: la FNE no ha explicado y ni siquiera ha considerado cómo la supuesta conducta habría otorgado a las Requeridas poder de mercado, como una forma de efectos anticompetitivos

102. H. Tribunal, el Requerimiento carece de pruebas sobre qué efectos anticompetitivos podría haber causado la supuesta conducta o si las supuestas interacciones tenían la capacidad causal de producirlos y sostenerlos. Además, no se explica ni se demuestra si la supuesta conducta otorgó a las Requeridas poder de mercado, siendo este último uno de los requisitos adicionales establecidos en el DL 211. El razonamiento de la FNE es circular, ya que concluye que hubo poder de mercado con base en su propia afirmación de que hubo un acuerdo o práctica concertada, en lugar de explicar por qué el supuesto acuerdo o práctica concertada crearon poder de mercado o tuvieron la capacidad causal de hacerlo a la luz de las condiciones específicas del mercado.

103. A este respecto, como ya se ha señalado, la reglamentación aplicable a las supuestas conductas —en cualquier escenario potencial— requiere una prueba *clara y concluyente* de los efectos anticompetitivos o, como mínimo, la prueba de que las conductas tuvieron la aptitud causal de producir efectos anticompetitivos. Más concretamente, el requisito legal —según cualquiera de las versiones del DL 211 que puedan ser aplicables a este caso⁵⁵— es que la supuesta conducta pueda haber concedido, de manera *clara y concluyente*, poder de mercado a las Requeridas como una forma específica de efecto anticompetitivo⁵⁶.

⁵⁵ Véase Sección A anterior.

⁵⁶ Hay que tener en cuenta que, legalmente, sólo en agosto de 2016, a través de la Ley N° 20.945, se eliminó este requisito (es decir, el poder de mercado) por infracciones al artículo 3 inciso segundo, letra a) del DL 211.

104. Para afirmar incluso la existencia de efectos anticompetitivos, al menos en forma de poder de mercado, la FNE debe realizar un análisis de la regla de la razón⁵⁷ según la cual, para declarar la ilegalidad de uno o más acuerdos entre competidores, sería necesario realizar un análisis comparativo y detallado de los efectos de la supuesta conducta y un balance de los efectos anticompetitivos y pro-competitivos que puedan haber sido causados por la misma. Así pues, sólo si existieran efectos anticompetitivos que no fueran superados por los efectos pro-competitivos, la presunta conducta podría considerarse ilegal para el derecho de la libre competencia.

105. A tal efecto, H. Tribunal, un razonamiento en virtud de la regla de la razón debe ser extenso y requiere un análisis a fondo de múltiples y complejos elementos, *“tales como participación de mercado, carácter principal o subordinado de una colusión monopólica, objetivos pretendidos por las partes, impacto de una convención en la libre competencia del respectivo mercado relevante, valoración de eficiencias versus efectos anticompetitivos, medios alternativos que preserven las eficiencias sin vulnerar el bien libre competencia, etc.”*⁵⁸.

106. Con base en el Requerimiento, la FNE no ha presentado ni argumentos jurídicos ni pruebas fácticas para fundamentar y apoyar su razonamiento sobre los efectos de las supuestas interacciones. El Requerimiento no contiene un análisis de la regla de la razón, como lo exigiría la reglamentación, ni aporta pruebas suficientes de la existencia de los supuestos efectos anticompetitivos, ni presenta

⁵⁷ A diferencia de la regla *per se*.

⁵⁸ VALDÉS, Domingo. Típico y Regla Per Se. Revista Derecho UC: Asuntos de Competencia, (4): 81-123, 2008.

pruebas para concluir que las supuestas conductas habrían tenido la aptitud causal de producir efectos anticompetitivos. Por consiguiente, el Requerimiento debe desestimarse en su totalidad.

V. REDUCCIÓN DE LA MULTA

A. Información general

107. En el improbable caso de que este H. Tribunal considere que las supuestas interacciones entre las Requeridas pueden ser consideradas anticompetitivas, solicitamos que, como alternativa a nuestra defensa principal, este H. Tribunal imponga a Skretting una multa sustancialmente menor que la solicitada por la FNE.

108. En este sentido, la solicitud de una multa de 30.000 UTA es infundada, desproporcionada y no tiene en cuenta ninguno de los factores atenuantes que la jurisprudencia⁵⁹ y la versión actual del DL 211 consideran que pueden y deben aplicarse a este tipo de casos.

109. Por lo tanto, si se impusiera una multa, ésta debería reducirse sustancialmente, ya que la FNE está solicitando las multas máximas permitidas por la normativa, sin siquiera haber presentado pruebas de que el supuesto acuerdo en cuestión: (i) haya tenido algún efecto anticompetitivo; y/o (ii) hubiese generado algún beneficio para Skretting, ni el monto del mismo, que pudiera justificar la imposición de la multa solicitada, independientemente de cualquier otra consideración.

⁵⁹ Sentencia N° 145-2015 y 147-2015 de este H. Tribunal, y Sentencia de la Corte Suprema en Causa Rol N° 27.181-2014.

110. Además, como se ha mencionado anteriormente, en el mejor de los casos, habría diferentes supuestas conductas, independientes y no relacionadas, por lo tanto, sujetas a una reglamentación diferente. En consecuencia, dado que todas las supuestas interacciones que pudieran haberse producido durante el primer período (es decir, entre 2003 y el 12 de julio de 2009) estarían prescritas, las sanciones o multas que se aplicaran deberían ser significativamente inferiores a las solicitadas por la FNE, ya que sólo deberían considerar la infracción que se hubiera producido durante el segundo período (entre el 13 de julio de 2009 y el final de 2015), en caso de que esta infracción no se considerara igualmente prescrita.

111. Por lo tanto, las sanciones y multas aplicables a estas dos supuestas conductas diferentes deben ser consideradas de acuerdo con la legislación vigente al momento de la ocurrencia de cada supuesto caso.

B. La multa solicitada por la FNE no tiene fundamento para su determinación.

112. Parece que la FNE se limita a la multa máxima aplicable para el DL 211 en vigencia entre 2009 y 2016, en lugar de hacer un análisis *ad hoc* de la multa que realmente debería corresponder a la supuesta infracción. En este sentido:

- (i) El supuesto acuerdo tuvo lugar supuestamente mientras estaban en vigencia diferentes versiones del DL 211: De conformidad con las normas y principios más básicos del derecho penal (es decir, la irretroactividad de la ley; *in dubio pro reo* y el principio de legalidad) que son aplicables a los

procedimientos administrativos sancionadores como el presente caso⁶⁰, si se demuestra una infracción a la que podrían aplicarse varias sanciones diferentes, este H. Tribunal debería considerar como pena máxima posible la sanción más baja que pudiera haber estado en vigencia durante el período afectado (es decir, 20.000 UTA). Esto también es conforme al principio más generalizado y fundamental del marco constitucional y legal chileno de irretroactividad en la aplicación de la ley (artículo 19 N° 3, incisos 7 y 8 de la Constitución Política de Chile).

- (ii) La gravedad de la conducta imputada no debe analizarse en abstracto: H. Tribunal, la FNE justifica la gravedad de la conducta imputada y, por tanto, de la multa solicitada, porque se trataría de una supuesta colusión, como si el hecho de identificarla como tal fuera prueba o argumento suficiente para la severidad de la pena. Sin embargo, esto es jurídica y analíticamente incorrecto, ya que, de ser así, todas las colusiones tendrían la misma naturaleza y estarían siempre irremediablemente sujetas a una imposición sumaria de la pena máxima aplicable basada en justificaciones abstractas. Sin embargo, esa conclusión no puede ser aceptable en el marco del estado de derecho, ya que haría caso omiso de los principios constitucionales, penales y administrativos aplicables de la justicia material. Así pues, es necesario un

⁶⁰ Los principios del derecho penal se extienden al derecho administrativo punitivo y desde hace mucho tiempo se considera que los procedimientos de libre competencia comparten esa naturaleza jurisdiccional.

análisis de los hechos específicos del caso para que este H. Tribunal pueda comprender todas las circunstancias aplicables a fin de calibrar los rangos de la pena abstracta potencialmente aplicable.

- (iii) Ausencia de circunstancias agravantes: En cuanto a las circunstancias agravantes, si bien es cierto que este H. Tribunal tiene la facultad exclusiva de analizar y valorar la gravedad de una conducta, no es menos cierto que la FNE no ha presentado ninguna prueba ni argumento de la existencia de circunstancias agravantes. En efecto, corresponde a la FNE, si solicita las máximas penas aplicables, presentar dichas pruebas ante este H. Tribunal, ya que esta parte no debe ni puede probar un hecho negativo.
- (iv) No hay pruebas de que Skretting obtenga un beneficio económico y/o que la supuesta conducta pueda haber resultado en un daño al mercado: La calibración de las multas impuestas por prácticas anticompetitivas debe ser proporcional tanto al beneficio económico obtenido a través de ella como al daño causado por la misma⁶¹. Concordantemente, para que la imposición de las multas máximas sea siquiera considerada por este H. Tribunal, la FNE debe presentar pruebas de la existencia de un beneficio

⁶¹ En consecuencia, debe tenerse en cuenta, por ejemplo, la llamada "*notificación de minimis*" de la Comisión Europea, que prevé multas sobre la base de intensidades proporcionales a los beneficios obtenidos por los infractores. Estas normas son de aplicación general para la Comisión y no se aplican únicamente a los casos de infracciones por objeto (*hardcore*).

económico y/o un daño al mercado. La FNE no ha presentado ninguna de estas pruebas y no se puede suponer legalmente que existan en abstracto simplemente porque sean afirmadas por la entidad fiscalizadora.

(v) Factores atenuantes implicados: Las siguientes circunstancias deben considerarse para reducir la posible multa⁶²:

(1) Irreprochable conducta anterior de Skretting: La irreprochable conducta anterior⁶³ constituye un factor atenuante.

En este sentido, H. Tribunal, Skretting nunca ha sido condenada por este H. Tribunal, y, aún antes del allanamiento sorpresivo realizado por la FNE, Skretting promulgó y ahora continúa haciendo cumplir un estricto protocolo y programas de cumplimiento de las normas de competencia, capacitándose y haciendo constantes esfuerzos para cumplir, no sólo con la ley, sino también con las directrices y procedimientos que se han proporcionado en esta área.

(2) Colaboración con la FNE: Con base en el expediente de investigación, este H. Tribunal podrá corroborar que

⁶² Cabe señalar que esta sección corresponde a una lista no exhaustiva de circunstancias. A este respecto, véase la Sentencia de la Corte Suprema, en la causa N° 27.181-2014, C. 89°.

⁶³ Esta conducta irreprochable consiste, concretamente, en el hecho de que el delincuente no ha sido condenado anteriormente, y por el mismo delito. Las sentencias de este Tribunal son las siguientes: Sentencia N° 136, C. 137; Sentencia N° 133, C. 203; y Sentencia N° 63, C. 158.

Skretting se preocupó en proporcionar toda la información requerida mediante oficios y declaraciones, así como cualquier otra información que la FNE necesitó para su investigación.

C. La multa solicitada por la FNE no es consistente con la establecida para casos similares decididos por este H. Tribunal y la Corte Suprema

113. Este H. Tribunal y la Corte Suprema han controlado las multas solicitadas por la FNE en diferentes casos de colusión en el pasado. El siguiente cuadro ilustra lo anterior⁶⁴:

⁶⁴ De hecho, este H. Tribunal y la Corte Suprema han considerado anteriormente varios factores para reducir las multas solicitadas, entre ellos: (i) beneficio económico asociado a la infracción; (ii) gravedad de la supuesta conducta; (iii) comportamiento previo; (iv) existencia de un programa de cumplimiento; (v) colaboración con la FNE antes o durante la investigación; (vi) duración de la infracción; y (vii) prescripción de algunas conductas.

	TDLC N°	CASO	MULTAS (UTA*)			
			Multa máxima aplicable	MULTA SOLICITAD A POR FNE	MULTA TDLC	MULTA CS
Casos por conductas que terminaron antes de julio de 2009 - Multa máxima aplicable: 20.000 UTA	C 01-04	REQ.FNE Y R.RECL. DE SOPROLE Y LONCOLECHE CONTRA D.1/96 DE LA C.P. IX REGION.	20000	N/A	41,7	41,7
	C 10-04	REQ.FNE C/EMPRESAS DISTRIBUIDORAS DE COMBUSTIBLES LIQUIDOS	20000	N/A	0	0
	C 74-05	REQUERIMIENTO DEL FISCAL NACIONAL ECONOMICO CONTRA AIR LIQUIDE CHILE S.A. Y OTROS	20000	11900	3200	0
	C 75-05	REQUERIMIENTO DE LA FNE CONTRA ISAPRE ING S.A. Y OTROS	20000	50000	0	0
	C 103-06	REQUERIMIENTO DE LA FNE Y DEMANDA DE BANCO DE CHILE CONTRA FALABELLA Y PARIS S.A.	20000	20000	13000	9750
	C 121-06	REQUERIMIENTO DE LA FNE CONTRA AM PATAGONIA S.A Y OTROS	20000	4500	92,5	9,25
	C 132-07	REQUERIMIENTO DE LA FNE CONTRA ASFALTOS MOLDEABLES DE CHILE S.A. Y OTROS	20000	650	0	0
	C 140-07	REQUERIMIENTO DE LA FNE CONTRA LA ASOCIACION GREMIAL DE BUSES INTERBUS Y OTROS	20000	60	60	30
	C 149-07	REQUERIMIENTO DE LA FNE CONTRA TRANSPORTES CENTRAL Y OTROS	20000	1050	88	245
	C 163-08	REQUERIMIENTO DE LA FNE CONTRA BERTONATI VEHICULOS ESPECIALES LTDA. Y OTROS	20000	9900	0	N/A
	C 177-08	REQUERIMIENTO DE LA FNE CONTRA ACHAP A.G. Y OTROS	20000	78200	177,5	177,5
	C 184-08	REQUERIMIENTO DE LA FNE CONTRA FARMACIAS AHUMADA S.A. Y OTROS	20000	40000	40000	40000
	C 191-09	REQUERIMIENTO DE LA FNE CONTRA AGMITAL	20000	100	50	50
	C 194-09	REQUERIMIENTO DE LA FNE CONTRA CORPORACIÓN DE RADIO VALPARAISO Y OTROS	20000	10470	632	632
	C 197-09	REQUERIMIENTO DE LA FNE CONTRA ABERCROMBIE & KENT Y OTROS	20000	5000	0	250
	C 207-10	REQUERIMIENTO DE LA FISCALÍA NACIONAL ECONOMICA CONTRA TECUMSEH DO BRASIL LTDA. Y OTRO	20000	15000	10500	5000
Casos de conductas que terminaron antes de agosto de 2016 - Multa máxima aplicable: 30.000 UTA	C 217-11	REQUERIMIENTO DE LA FNE CONTRA SOCIEDAD AGRÍCOLA COMERCIAL Y GANADERA PALO SANTO LTDA. Y OTROS	30000	120	30	30
	C 223-11	REQUERIMIENTO DE LA FNE CONTRA EMPRESA DE TRANSPORTES RURALES LTDA. Y OTROS	30000	42000	3652	3652
	C 224-11	REQUERIMIENTO DE LA FNE CONTRA SERVICIOS PULLMAN BUS COSTA CENTRAL S.A. Y OTROS	30000	7000	1730	1730
	C 234-11	REQUERIMIENTO DE LA FNE CONTRA SERVICIOS PULLMAN BUS COSTA CENTRAL S.A. Y OTROS	30000	5600	110	110
	C 236-11	REQUERIMIENTO DE LA FNE CONTRA AGRÍCOLA AGROSUPER S.A. Y OTROS	30000	90000	72000	74000
	C 244-12	REQUERIMIENTO DE LA FNE CONTRA SOCIEDAD DE TRANSPORTES LÍNEA UNO COLICO S.A. Y OTROS	30000	366	122,5	N/A
	C 248-13	REQUERIMIENTO DE LA FNE CONTRA CASTHER Y OTROS	30000	1200	90	262
	C 265-13	REQUERIMIENTO DE LA FNE CONTRA LA ASOCIACIÓN GREMIAL DE GINECÓLOGOS OBSTETRAS DE LA PROVINCIA DE ÑUBLE Y OTROS	30000	870	98,42	98,42
	C 280-14	REQUERIMIENTO DE LA FNE CONTRA ASFALTOS CHILENOS S.A. Y OTROS	30000	11500	4138	943,9
	C 292-15	REQUERIMIENTO DE LA FNE CONTRA CCNI S.A. Y OTRAS	30000	60000	10509	Pendiente
	C 299-15	REQUERIMIENTO DE LA FNE CONTRA CMPC TISSUE S.A. Y OTRA	30000	20000	20000	50000
	C 304-16	REQUERIMIENTO DE LA FNE CONTRA CENCOSUD S.A. Y OTRAS	30000	90000	13947	29568
	C 312-16	REQUERIMIENTO DE LA FNE EN CONTRA DE FRESENIUS Y OTROS	30000	20000	32463	20000
	C 321-17	REQUERIMIENTO DE LA FNE CONTRA INDUSTRIAL Y COMERCIAL BAXTER DE CHILE LTDA Y OTRA	30000	400	400	Pendiente

114. Con base en esta información —que se refiere a algunos de los casos de colusión más relevantes y críticos que se han seguido ante este H. Tribunal—, así como en la notoria falta de pruebas presentadas para fundamentar realmente por qué la FNE ha solicitado las multas máximas aplicables, en el improbable evento de que este H. Tribunal considere que las supuestas interacciones entre las Requeridas equivalen a una infracción al derecho de la competencia, este H. Tribunal debería reducir las multas solicitadas por la FNE, ya que son excesivas y no están fundamentadas.

VI. CONCLUSIONES

115. H. Tribunal, sin extenderse más de lo necesario, en esta presentación nos hemos referido a los errores, inexactitudes e incluso ciertas tácticas argumentales y conceptuales que la FNE ha utilizado en el Requerimiento en su búsqueda de obtener una condena por interacciones aisladas de las Requeridas, lo que debe llevar a la directa desestimación de la acusación de la FNE.

116. A continuación, se enumeran brevemente los principales argumentos de defensa que se han desarrollado *supra*:

- (1) No hay pruebas suficientes y hay falta de argumentos jurídicos y económicos para la acusación infundada de que Skretting habría participado en un acuerdo o práctica concertada con las demás Requeridas. Por el contrario, Skretting rechaza todas las acusaciones efectuadas por la FNE y sostiene que no se cumplen los requisitos para una infracción del artículo 3 inciso segundo, letra a) del DL 211.

- (2) Es fundamental distinguir las conductas que la FNE ha vinculado artificialmente, entre las supuestas interacciones irregulares que pueden agruparse antes o después de julio de 2009.

Tal distinción implica que, incluso en un supuesto de colusión, **cualquier acuerdo o práctica concertada anterior a julio de 2009 quedaría prescrito por la regulación de prescripción aplicable**. Además, no hay pruebas suficientes ni argumentos jurídicos ni económicos que apoyen la acusación de que, consideradas por sí mismas, las limitadas interacciones que se habrían producido después de 2009 constituirían un acuerdo ilícito entre competidores. Éstas podrían ser, a lo sumo, meros intercambios de información.

- (3) Dado que las interacciones podrían ser, a lo sumo, intercambios de información, la acusación no puede prosperar, debido a que la FNE no ha presentado: (i) teorías plausibles de daño de los intercambios de información anticompetitiva; (ii) evidencia de efectos anticompetitivos derivados de los intercambios de información. Además: (i) la reclamación de la FNE en el Requerimiento es la declaración de la ilegalidad de un acuerdo colusorio y no efectúa cargos por los intercambios de información; (ii) la FNE utilizó las facultades del artículo 39, letra n) y del artículo 39 bis del DL 211 para fundamentar su Requerimiento, por lo tanto para cualquier otra conducta distinta a la referida en el artículo 3

inciso, letra a) del DL 211 (que no incluye los intercambios de información), este H. Tribunal debe desestimar y declarar la ilegalidad de cualquier prueba obtenida en virtud de esas facultades especiales; y (iii) los presuntos intercambios de información estarían prescritos.

- (4) No se cumple ninguna de las condiciones para una coordinación efectiva.
- (5) Este H. Tribunal debe analizar el caso bajo la regla de la razón. Precisamente por ello, la FNE no sólo tiene la carga de la prueba, sino que también debe presentar pruebas suficientes para que, tras una valoración conforme a la regla de la razón, este H. Tribunal pueda llegar a una conclusión *clara y concluyente*.

Lo anterior, sin perjuicio de las pruebas en contrario que Skretting y las otras Requeridas puedan presentar en la etapa pertinente del procedimiento.

- (6) Alternativamente, este H. Tribunal debería reducir la multa solicitada por la FNE contra Skretting, ya que existen factores atenuantes y ninguna circunstancia agravante que justifique una multa como la solicitada por la FNE.

POR LO TANTO,

A ESTE TRIBUNAL, RESPETUOSAMENTE PEDIMOS: Tener por contestado el Requerimiento, rechazándolo en todas sus partes, con expresa condena en costas y, alternativamente, en el improbable caso de que este H. Tribunal decida acoger el Requerimiento, solicitamos que las multas impuestas se reduzcan sustancialmente en vista de las circunstancias antes mencionadas.

EN EL PRIMER OTROSÍ: En cumplimiento de lo dispuesto en el Auto Acordado N° 7/2006, solicitamos a este H. Tribunal tener por acompañada una versión electrónica de esta presentación.

EN EL SEGUNDO OTROSÍ: Con base en lo resuelto por este H. Tribunal a fojas 212 de autos y en consideración que, según estableció este H. Tribunal, la exhibición de documentos solo puede ser decretada respecto de aquellos que tengan relación directa con la cuestión debatida, la que solo puede ser determinada una vez que se han presentado todas las contestaciones al requerimiento deducido, cuestión que ocurre con esta fecha, solicitamos al H. Tribunal acceder a lo solicitado a fojas 55 y siguientes de autos, ordenando a la Fiscalía Nacional Económica exhibir y acompañar copia del expediente de investigación Rol N° 2.406-2016, en los términos definidos en la solicitud de fojas 55 y siguientes de autos.

EN EL TERCER OTROSÍ: Por este acto, designamos en calidad de ministro de fe, para efectos de practicar citaciones, notificaciones, así como cualquier otra actuación procesal a la que haya lugar, al receptor judicial don Luis Rodríguez Pino, con

domicilio en Rosa Rodríguez 1375, oficina 303, comuna de Santiago, Región Metropolitana.

**Ignacio
José
Larraín
Jiménez**

Firmado
digitalmente por
Ignacio José
Larraín Jiménez
Fecha: 2020.05.19
10:00:12 -04'00'

**Álvaro
Ignacio
Espinosa
Vásquez**

Firmado
digitalmente por
Álvaro Ignacio
Espinosa Vásquez
Fecha: 2020.05.19
11:19:18 -04'00'

**Gabriel
Iván Budnik
Ojeda**

Firmado
digitalmente por
Gabriel Iván Budnik
Ojeda
Fecha: 2020.05.19
01:08:41 -04'00'

**Elias Ruben
Astudillo Roman**

Firmado
digitalmente por
Elias Ruben
Astudillo Roman
Fecha: 2020.05.19
11:59:43 -04'00'

**JUAN
CRISTOBAL
GUMUCIO
SCHONTHALER**

Firmado digitalmente
por JUAN CRISTOBAL
GUMUCIO
SCHONTHALER
Fecha: 2020.05.19
13:15:37 -04'00'