

COLUSIÓN EN CHILE: EL CASO DEL OXÍGENO Y REPERCUSIONES POSTERIORES

JUAN JOSÉ ROMERO GUZMÁN¹

RESUMEN EJECUTIVO

El artículo examina la sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, revocada por la Corte Suprema, en virtud de la cual se condena a cuatro empresas de coludirse frente a una licitación para la provisión de oxígeno a hospitales públicos. Luego de desestimarse por falta de pruebas la acusación de práctica concertada para el reparto de mercado, se llega a la condena por la existencia de colusión frente al proceso de licitación atendiendo a indicios y presunciones derivadas del comportamiento de estas empresas y de la estructura de la industria. Este trabajo intenta explicar, entre otras cosas, cuál debiera ser el estándar de prueba más allá del cual sería admisible

1 Profesor e investigador de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Master of Science in Regulation (utilities regulation), The London School of Economics and Political Science. Candidato a Doctor en Derecho, Universidad de Salamanca. jromerog@uc.cl

sancionar casos como el estudiado. Para tal propósito se distingue según el carácter civil, administrativo y penal del caso, lo cual derivaría en la utilización de un estándar probatorio distinto según la probabilidad o fortaleza de la convicción. Así, se estima que no basta para sancionar que la tesis de colusión, sea plausible o, incluso, más probable que improbable. El grado de convicción debiera ser mayor, aún cuando se plantee que no lo suficiente como para aplicar el estándar típicamente criminal basado en que no exista una duda razonable. Dada la alta exigencia probatoria sugerida y considerando el peligro que para la sociedad revisten los carteles, se sugiere aprovechar las buenas prácticas de otros países adoptando un programa de inmunidad (leniency) y otorgando facultades de registro e incautación de documentos e interceptación de comunicaciones. Aunque sea a través de evidencia circunstancial o indirecta, la prueba de la existencia de contacto o comunicación (ni siquiera de entendimiento o acuerdo) entre las empresas es clave. En nuestra opinión, la ausencia de tal evidencia debilitó el caso. En consideración a los desarrollos jurisprudenciales posteriores, es posible sugerir que este caso constituye un punto de inflexión en el tratamiento de la colusión por parte del Tribunal, de la Corte Suprema y de la Fiscalía Nacional Económica.

Palabras clave: colusión, carteles, estándar de prueba, carga de la prueba, proceso de licitación, derecho de la competencia.

COLLUSION IN CHILE: THE OXYGEN CASE AND LATEST REPERCUSSIONS

ABSTRACT

This article examines the decision taken by the Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (revoked by the Corte

Suprema), whereby four companies were condemned of collusion in the tendering process for the provision of oxygen to public hospitals. After the prosecution for market allocation cartel was dismissed for being unproved, the tribunal reaches a condemnation decision regarding the tender process based on circumstantial or inferential evidence from the behavior of the companies and the structure of the industry. This paper tries to explain, among other things, which should be the standard of proof to impose a penalty in this kind of cases. For that purpose, the civil, administrative and criminal nature of the case was distinguished. Thus, it is argued it is not enough to demonstrate that collusion was plausible or, still, more probable than not. The degree of conviction should be higher, even though not so high as to apply the “beyond reasonable doubt” criminal standard. Because of the high evidentiary hurdles suggested and considering the risk that cartels imposed on society, it is suggested to follow good practices from overseas. Hence, leniency programs, dawn raids and the possibility to gather evidentiary documents and to intercept communications were considered necessary. Evidence of contact or communication among the undertakings (even a circumstantial one) is a key piece of proof to succeed in this kind of prosecutions. In our opinion, the absence of such evidence undermined the case. Considering later judicial decisions developments, it is possible to suggest that this case constitutes a turning point in the treatment of collusion by the Tribunal, de Supreme Court and the National Economic Prosecutor.

Key words: *collusion, cartels, standard of proof, legal burden, bidding process, competition law.*

1. INTRODUCCIÓN

El caso en el que se discutió sobre la colusión de las empresas de oxígeno en el mercado hospitalario público debe ser uno de los más importantes que han tenido lugar bajo la actual institucionalidad de libre competencia. Debe ser el primero en que se ha intentado probar la existencia de un cartel utilizando de forma tan extendida y profunda una evidencia de carácter circunstancial o basada en la apreciación conjunta de variados indicios (prueba indiciaria). Asimismo, la relevancia del caso se ve respaldada por recaer en una industria con una larga historia de sospechas (fundadas o no) sobre comportamientos anticompetitivos de sus proveedores y en que los potenciales efectos de su buen o mal comportamiento impactan en un sector altamente sensible como el de los hospitales públicos. Su significancia se entiende, igualmente, si se considera que el caso es uno sobre carteles duros, de lo más grave en materia de libre competencia. De hecho, se trata de uno de los tópicos más recurrentes y abordados en foros internacionales especializados. A mayor abundamiento, se trata de un caso en donde la Corte Suprema revocó la sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, lo que es de suyo poco común. Finalmente, en lo que a la importancia se refiere, no puede dejar de destacarse el esfuerzo encomiable de los actores (la FNE, las empresas, el TDLC y la CS) por desplegar sus evidencias y argumentos, los cuales dieron lugar a un expediente de alrededor de dos mil quinientas fojas que, más allá de su número, dejan en evidencia la actual profesionalización y buen desarrollo en la resolución de los casos de libre competencia.

Son variados los temas que se abordan en este trabajo. Sin embargo, el punto neurálgico del mismo versa sobre la pregunta de si hubo evidencia suficiente para acreditar la existencia de una colusión en el caso “Oxígeno” y la respuesta es que no la hubo. Pero dicha conclusión no se funda en la línea de pensamiento o argumentación elaborada por la CS (de cuyo fallo se critica, precisamente, la ausencia de una) ni necesariamente de lo que pueda haberse manifestado en el fallo de minoría o en la posición de las empresas. Lo que intenta explicarse es cuál debiera ser el estándar de prueba más allá del cual sería admisible

sancionar casos como el estudiado. Para tal propósito se distingue según el carácter civil, administrativo y penal del caso, lo cual derivaría en la utilización de un estándar probatorio distinto según la probabilidad o fortaleza de la convicción. Así, se estima que no basta para sancionar que la tesis de colusión sea plausible o, incluso, más probable que improbable. El grado de convicción debiera ser mayor, aún cuando se plantee que no lo suficiente como para aplicar el estándar típicamente criminal basado en que no exista una duda razonable.

Este trabajo intenta, sobre la base del análisis de un caso particular, hacer un paseo por diferentes temas o subtemas a que nos convoca el tópico de la colusión o los carteles. En términos generales este artículo se distribuye, temáticamente, en tres grandes partes. Una primera destinada a describir en general el marco o panorama característico cuando se habla, tanto jurídica como económicamente, de prácticas concertadas entre competidores o carteles. Una segunda y más importante centrada en el caso objeto de estudio y en donde se muestra la evidencia y argumentación desplegada, así como nuestra valoración sobre el particular, punto a partir del cual se intenta sugerir un marco analítico distinto al utilizado y esbozado por los diferentes actores que se han pronunciado en el caso. El tercer y último bloque aspira, bajo una mirada de futuro, a destacar la necesidad de ciertas herramientas para la persecución de los carteles así como la relevancia de cierta discusión teórica sobre la actual ley.

Específicamente, el trabajo se inicia con la identificación de la sentencia a comentar, identificando, posteriormente, cuáles son las infracciones imputadas y su sustento legal. Se analiza, después, el sentido y alcance de la expresión legal “acuerdos expresos o tácitos entre agentes económicos, o las prácticas concertadas entre ellos”. Para tal efecto se hace acopio de la jurisprudencia y doctrina europea y norteamericana, intentándose, además, realizar una síntesis del estado de la cuestión sobre la materia, incluyéndose, para tal efecto, el tema de los mercados oligopólicos y el problema de la interdependencia. Más adelante, se pretende familiarizar al lector no ya con la dimensión jurídico-teórica relevante, sino también con aquellos signos que permiten reconocer la existencia de una práctica concertada o cartel. Para tal

efecto se distingue entre los signos derivados de la industria con aquellos derivados del comportamiento de los participantes, todo lo cual aspira a brindar una mayor sensibilización sobre el tipo de indicios que uno esperaría encontrar en este tipo de casos. Igual cosa se hace cuando la preocupación radica en la posibilidad de colusión en los procesos de licitación, para lo cual se identifican típicas conductas sospechosas. A continuación se explica en qué ha consistido la evidencia desplegada para probar la existencia o inexistencia de colusión (distinguiendo según el tipo de imputación que se hace) para, luego, preguntarse si el estándar de prueba utilizado por el TDLC es suficiente para acreditar una concertación en el proceso de licitación, que fue, específicamente, el comportamiento que dio lugar a la sanción por parte de dicho tribunal. Se analiza y teoriza un poco sobre la carga de la prueba y su repercusión en el caso estudiado, para, en seguida, explicar cuáles son los diferentes estándares de prueba disponibles y cuál de ellos sería el más aplicable para el caso bajo análisis. Se evalúa, dentro de este capítulo, asimismo, el fallo revocatorio de la Corte Suprema. Como comentario marginal en lo que a la sentencia se refiere, pero importante de tener presente en un análisis de políticas públicas, se toca, en otro acápite, el tema de la eficiencia de los hospitales públicos, las licitaciones del sector público y su incidencia en materia de libre competencia. Ya en la parte final de este trabajo, y bajo la óptica de algunas herramientas que se echan de menos en el combate chileno contra los carteles, se aboga por la necesidad de que nuestra legislación consagre facultades nuevas y aproveche la experiencia de otros países en la materia. Siguiendo la línea del combate a los carteles por parte de nuestro país, el artículo trata como último tema las divergencias (y eventuales limitaciones) que se derivan de diferentes interpretaciones al tipo infraccional genérico y específico contemplado por nuestra ley. Finaliza el presente artículo

-
- 2 El Ministro Sr. Menchaca, en su voto disidente, estuvo por rechazar en todas sus partes el requerimiento de la FNE, contrastando su postura particularmente en lo referente a la imputación de actuación concertada de las empresas de oxígeno en la licitación, al concluir que “no se encuentra acreditado en forma legal el hecho que las requeridas hayan actuado coludidas en la licitación”.

con una síntesis, la cual contiene algunas conclusiones fundamentales que se desean destacar.

2. LA SENTENCIA A COMENTAR

El análisis del presente capítulo versará sobre la sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) No. 43, de fecha 7 de septiembre del año 2006 recaída en el requerimiento deducido por el Fiscal Nacional Económico (FNE) en contra de las empresas AIR LIQUIDE CHILE S.A., INDURA S.A.; AGA S.A. y PRAXAIR CHILE LIMITADA, fundamentando su acción en que dichas empresas habrían incurrido en actuaciones concertadas con el propósito de restringir la competencia y de discriminar a sus clientes, particularmente los hospitales públicos, en los términos del artículo 3° del Decreto Ley 211.

El TDLC examinó la evidencia para las diferentes infracciones imputadas bajo la expresión genérica precedente, absolviendo a las empresas involucradas de algunas de las infracciones imputadas, pero acogiendo parcialmente el requerimiento al declarar que

“las requeridas han incurrido en una práctica concertada, con el objeto de hacer fracasar la licitación a que llamó la Central Nacional de Abastecimiento del Ministerio de Salud en el año 2004 para proveer a los hospitales públicos de oxígeno medicinal”.

En virtud de la constatación anterior y por fallo dividido², se condenó a las empresas requeridas a las siguientes multas a beneficio fiscal: a Indura S.A. 1.300 (mil trescientas) Unidades Tributarias Anuales; a AGA S.A. 1.100 (mil cien) Unidades Tributarias Anuales; a Air Liquide Chile S.A. 600 (seiscientas) Unidades Tributarias Anuales; y a Praxair Chile Limitada 200 (doscientas) Unidades Tributarias Anuales.

Con fecha 22 de enero del año 2007, la Exma. Corte Suprema (CS), conociendo de los recursos de reclamación deducidos en contra de la sentencia del TDLC por todas las partes, dictó sentencia (Rol 5057-2006) resolviendo rechazar el recurso de reclamación interpuesto por la FNE y acoger los recursos de reclamación deducidos por cada

una de las empresas de oxígeno. Dichas empresas fueron, en definitiva, absueltas al no haberse acreditado que éstas “hayan incurrido en la conducta descrita en el artículo 3 letra a) del DL 211 de 1973”.

3. ¿CUÁLES SON, EN TÉRMINOS ESPECÍFICOS, LAS INFRACCIONES IMPUTADAS?

Tal como consta en el punto 1.7 de los Vistos de la sentencia del TDLC (p. 7), la FNE distingue tres tipos de comportamiento anticompetitivos. Así, pues, solicita al TDLC que declare:

“a. Que las requeridas han incurrido en conducta anticompetitiva, consistente en **actuar concertadamente** para eliminar, restringir o entorpecer la libre competencia en este mercado del oxígeno, *por la vía del reparto de mercado*.

b. Que *en virtud de tal acuerdo*, las requeridas han **ejercido abusivamente el poder de mercado** logrado, mediante la *determinación anticompetitiva de precios* excesivos y la *discriminación por precios*; todo lo anterior, en especial perjuicio de los establecimientos hospitalarios del Sistema de Salud Público.

c. Que han **actuado concertadamente** *frente a una licitación*, en perjuicio de los hospitales públicos del país”.

Para efectos analíticos, el TDLC agrupó las conductas eventualmente constitutivas de infracción en dos grupos³:

- (1) práctica concertada de reparto de mercado cuya expresión y efecto es la determinación anticompetitiva de precios y la discriminación de los mismos, así como, la dispersión de precios e imposición de precios muy por encima de los que pagaban otros clientes con niveles de consumo similares. Y

3 Ver considerando número 42 (C.42), página 96.

- (2) práctica concertada para eliminar o restringir la libre competencia en el proceso de licitación de Cenabast para la provisión de oxígeno líquido al sistema de salud pública, del año 2004.

¿CUÁL ES EL SUSTENTO LEGAL?

Ambas conductas imputadas como anticompetitivas pueden subsumirse sin inconveniente alguno en el tipo infraccional ampliamente genérico establecido en el Art. 3° del DL. 211, el cual alude, en su inciso primero a “[e]l que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos”.

Los acuerdos o prácticas concertadas o de coordinación entre competidores es una de las más tradicionales infracciones anticompetitivas. En Chile, la letra a) del Art. 3° se refiere, por vía ilustrativa, precisamente a este tipo de infracción, al establecerse que

“[s]e considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen 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 confieran”.

Un análisis más detallado de algunas diferencias interpretativas que surgen de la relación entre el tipo infraccional genérico y el más específico se afrontará en la parte final del presente trabajo. Lo que a continuación se abordará será el alcance de lo que debe entenderse por acuerdo expreso o tácito y por práctica concertada.

4. ¿A QUÉ SE ESTÁ HACIENDO REFERENCIA CON LA EXPRESIÓN
“ACUERDOS EXPRESOS O TÁCITOS ENTRE AGENTES ECONÓMICOS,
O LAS PRÁCTICAS CONCERTADAS ENTRE ELLOS”?

En el centro del debate suscitado en el caso objeto de estudio está el dilucidar si las empresas de oxígeno actuaron de manera independiente o de si, por el contrario, actuaron concertadamente. A continuación se desarrollará un breve análisis del ámbito y extensión del tipo infraccional, para progresivamente ir focalizándose en los puntos más fundamentales y, también, más complejos.

En primer lugar, este acuerdo o práctica concertada debe ser entre “agentes económicos”, expresión lo suficientemente amplia como para incluir, no sólo a las empresas (en este caso las de oxígeno), sino, en general, a cualquier persona natural o jurídica capaz de llevar a cabo una actividad económica o comercial relacionada con bienes y servicios, cualquiera sea su estatus legal (con lo que no resultaría, *a priori*, una excusa válida, que se diga que se está ante una persona sin fines de lucro, como podría ocurrir con una corporación, fundación o una asociación gremial).

En seguida, conviene tener presente que cuando se habla de acuerdo o práctica concertada no se está haciendo referencia a una conducta individual (no por casualidad la expresión agentes económicos está en plural). Las conductas individuales se aprecian, básicamente, bajo la figura del abuso de posición dominante. Lo anterior es válido sin perjuicio que a veces se utiliza la noción de dominancia colectiva⁴.

Igualmente, cuando nos referimos a conductas individuales se quiere expresar que tampoco se está aludiendo a aquellos acuerdos o prácticas concertadas donde hay un solo agente económico. Es decir, creemos (basados en la doctrina y jurisprudencia extranjera dominante) que la infracción examinada no se aplica a acuerdos entre partes que forman una sola unidad económica, como la que podría ocurrir entre la matriz y su subsidiaria o entre dos compañías que estén bajo el control de una

4 En la legislación chilena, por ejemplo, se coloca en casos en que una colusión puede dar lugar a un abuso, el cual será, por lo mismo, colectivo.

tercera, bajo el entendido que la o las subsidiarias no tienen real libertad para determinar su curso de acción en el mercado. Desde luego, si existe o no real independencia económica y, por ende, pueda o no considerárseles como agentes económicos distintos dependerá, en cada caso, de los hechos⁵.

Siguiendo con los matices e introduciéndonos paso a paso en los temas más centrales del caso, cabe señalar que la legislación chilena utiliza los vocablos “acuerdos” y “prácticas concertadas”, de manera similar a la legislación sobre libre competencia de la Unión Europea (y a la de muchos de sus países miembros), y un poco distinto (en la forma más que en el fondo) a los términos utilizados por la Sherman Act de EE.UU., en la cual se habla de “contrato, combinación, ... o conspiración”. De hecho, la expresión “práctica concertada”, la cual está en el centro de la imputación hecha por la FNE, no se encontraba en la antigua legislación nacional, tomándose “prestada” de la legislación comunitaria europea (artículo 81 —antes 85— del Tratado de la Comunidad Económica Europea).

Pero, antes de abordar lo que debiéramos entender por práctica concertada, conviene detenerse en la noción de “acuerdo”, la cual es distinta⁶. En general, se ha entendido que la expresión “acuerdo” tiene un significado amplio, cubriendo tanto los acuerdos legalmente vigentes o no, como aquellos escritos u orales. Más importante aún, no es necesario para que se verifique la existencia de un acuerdo, para estos efectos, que haya habido una reunión física de las partes del mismo: un intercambio de cartas o unas llamadas telefónicas bastarían si se alcanza un consenso acerca del comportamiento que cada parte adoptará.

Hay que tener presente que el hecho que una parte haya jugado un papel menor en el acuerdo, o que no haya estado muy comprometida en su implementación o, incluso, que haya concurrido al mismo bajo presión de otras partes no significa que no haya sido parte en el acuerdo,

5 OFT (1999) y OFT (2004 a).

6 En el requerimiento de la FNE en donde se hacen tres acusaciones, luego de la primera (letra a.) en la cual se habla de “actuaciones *concertadas*”, la acusación b) comienza con la expresión “que en virtud de tal *acuerdo* ...”, con lo cual se asimilan uno y otro término.

independiente que la autoridad pertinente (en este caso el TDLC) pueda tomar en cuenta las diferencias para efecto de fijar la multa, como de hecho ocurrió⁷.

La legislación nacional especificó que el acuerdo podría ser expreso o tácito, con lo cual, condensó en una palabra (“tácito”) parte importante de desarrollos interpretativos anteriores. Pero no sólo eso. Como ya hemos dicho, se incorporó la nueva expresión “prácticas concertadas”, la cual, como se verá, va más allá de lo que puede considerarse un acuerdo, particularmente uno expreso, aunque no mucho más allá (o al menos no claramente) de lo que sería un acuerdo tácito. En términos generales, la diferencia fundamental entre un acuerdo y una práctica concertada radica en que ésta última puede existir donde hay una cooperación informal sin que haya una decisión o acuerdo formal.

Dado que la primera inclusión en un texto legal del término práctica concertada se encuentra en la legislación europea, resulta del todo útil aproximarse un poco a cómo su jurisprudencia ha ido dando forma al mencionado concepto, lo cual será abordado en el siguiente apartado⁸.

NOCIÓN DE PRÁCTICA CONCERTADA

En general, los precedentes legales recalcan que incluso si las partes no han alcanzado aquella etapa donde un acuerdo propiamente denominado ha sido celebrado, habría práctica concertada si ellos, a sabiendas,

-
- 7 A Praxair se le fijó una multa menor a las otras empresas en consideración a su comportamiento o cambio de comportamiento (según como se quiera ver) en la licitación.
 - 8 Cabe hacer notar que a pesar que la primera consagración legal o estatutaria la encontramos en la legislación europea, si consideramos la elaboración jurisprudencial en EE.UU. debiera reconocerse en dicho país el origen primario de la expresión “practica concertada”. GOYDER (1998, p. 98) nos recuerda claramente lo anterior al afirmar que “vale la pena hacer notar que al tiempo de la celebración del Tratado de Roma en 1957, ninguno de los Estados Miembros, incluso si ellos contemplaban una legislación sobre libre competencia en su legislación doméstica, tenían en ésta el equivalente a una ‘acción concertada’ o ‘práctica concertada’. Su introducción puede indudablemente ser atribuida a la influencia del derecho antimonopolio norteamericano, donde el concepto de ‘acción concertada’ ya era familiar tanto respecto de las relaciones horizontales como verticales” [traducción libre].

sustituyen el riesgo propio de un ambiente competitivo por la cooperación entre ellos⁹.

En el caso *Dyestuffs*, el primero importante sobre la materia, la Comisión Europea de la Competencia multó a varios productores por haber actuado concertadamente para fijar precios, lo cual se habría llevado a cabo, fundamentalmente, a través del anuncio anticipado (3 meses) de la intención de incrementar precios por parte de la empresa líder, alza que se habría materializado con posterioridad en forma coordinada o paralela por parte de las empresas involucradas¹⁰. En dicho fallo, la Corte destacó el carácter anticompetitivo que tendría una cooperación entre competidores “en orden a determinar un curso de acción coordinado” para incrementar los precios y “asegurar su éxito a través de la previa eliminación de toda incertidumbre”¹¹. Se estimó que

“aunque un comportamiento paralelo no puede en sí mismo ser identificado con una práctica concertada, puede sin embargo considerarse una evidencia sólida de tal práctica si da lugar a condiciones de competencia que no correspondan a las condiciones normales del mercado, teniendo en consideración la naturaleza de los productos, el tamaño y número de agentes económicos y el volumen del aludido mercado”¹².

-
- 9 El lenguaje exacto utilizado en la decisión de la Corte en el caso *Dyestuffs* (64) [1972] E.C.R. 619 es el siguiente: “... a form of coordination between undertakings which, without having reached the stage where an agreement properly so-called has been concluded, knowingly substitutes practical cooperation between them for the risk of competition”. Párrafos seleccionados de este caso pueden encontrarse, también, citados en KORAH, VALENTINE (1994).
- 10 Se evidenció una similitud de la tasa y oportunidad (*timing*) en el incremento de precios. Hubo evidencia, también, de instrucciones enviadas por una compañía matriz a sus subsidiarias, así como del hecho de que habrían habido contactos informales entre las firmas involucradas.
- 11 *Dyestuffs* (118) [1972] E.C.R. 619. La versión más precisa en idioma inglés es la siguiente: “Although parallel behaviour may not by itself be identified with a concerted practice, it may however amount to strong evidence of such a practice if it leads to conditions of competition which do not correspond to the normal conditions of the market, having regard to the nature of the products, the size and number of the undertakings and the volume of the said market”.
- 12 *Dyestuffs* (66) [1972] E.C.R. 619.

En la línea anterior, en el caso conocido como *Cartel del azúcar*, se repitió parte de las afirmaciones contenidas en *Dyestuffs* aludidas precedentemente, agregando que

“... la cooperación práctica [entre competidores] da lugar a una práctica concertada, particularmente si permite a las personas involucradas consolidar sus posiciones ya establecidas en detrimento (...) de la libertad de los consumidores de elegir a sus proveedores”¹³.

En *Cartel del azúcar* se desestimaron las alegaciones de los productores en el sentido de que no habría habido un plan para proteger sus posiciones. La Corte reafirmó la relevancia como elemento probatorio que significaba cualquier contacto directo o indirecto entre los operadores, cuyo objeto o efecto haya sido influenciar la conducta en el mercado de un competidor actual o potencial o diseminar a tal competidor información sobre el curso de acción que ellos mismos han decidido o contemplado adoptar en el mercado¹⁴.

Este *consenso mental* dirigido a sabiendas o conocidamente a sustituir la competencia por una cooperación práctica¹⁵, ha sido tomado como base para la aproximación de algunas autoridades de la competencia en ciertos países. Por ejemplo, la Office of Fair Trading del Reino Unido ha considerado en su *guideline* sobre la materia que tomará en consideración los siguientes factores, a modo ilustrativo, para determinar si se está o no en presencia de una práctica concertada:

“[S]i las partes entraron o no en una cooperación práctica conscientemente o a sabiendas (*knowingly*);

Si el comportamiento en el mercado es influenciado como resultado de **contactos** directos o indirectos entre empresas;

13 *Suiker Unie v. Commisson* [1975] E.C.R. 1916.

14 La versión textual en inglés es la siguiente: “any direct or indirect contact between such operators, the object or effect whereof is either to influence the conduct on the market of an actual or potential competitor or to disclose to such a competitor the course of conduct which they themselves have decided to adopt or contemplate adopting on the market”. *Suiker Unie v. Commisson* [1975] E.C.R. 1663-1942.

15 WHISH, 1993, pág.196.

Si el **comportamiento paralelo** es el resultado de un contacto entre empresas que dé lugar a **condiciones de competencia que no corresponden a las condiciones normales del mercado**;

La **estructura del mercado** relevante y la naturaleza del **producto** involucrado;

El **número de empresas** en el mercado y, cuando hay sólo pocas empresas, si éstas tienen una **estructura de costos y resultados** similares¹⁶.

La aproximación a la noción de práctica concertada ensayada con anterioridad permite entender la lógica y el tipo de evidencia esgrimida por la FNE y por el TDLC. Lo normal será que no exista evidencia directa de la existencia de un acuerdo propiamente tal. Lo problemático será, a su vez, determinar qué tan lejos se puede llegar con las inferencias (o cuánta evidencia es suficiente) y hasta qué punto pueden atacarse comportamientos empresariales propios de mercados oligopólicos en que no hay intención consciente de coordinación o cooperación, pero que mirado en sus efectos, no es distinguible de aquel comportamiento colusivo o cooperativo. O, incluso, dudas surgirán en aquellos casos en que habiendo conciencia de que se está actuando con paralelismo o coordinadamente, esto no responde a una intención de coludirse o concertarse, sino más bien a una estrategia racional dictada por la estructura del mercado.

5. EL MERCADO OLIGOPÓLICO RELEVANTE Y EL PROBLEMA DE LA INTERDEPENDENCIA

En términos muy simples, un oligopolio es un mercado caracterizado por unos pocos vendedores o prestadores de servicio¹⁷. En el caso en cuestión, el mercado relevante es el de provisión de oxígeno líquido medicinal a hospitales del sistema público de salud, para tres áreas

16 Office of Fair Trading (2004 a), Párrafo 2.13.

17 Otros, como WHISH (1993, p. 467), caracterizan el oligopolio “por la presencia de unos pocos proveedores, ninguno de los cuales está individualmente en una posición de dominancia de mercado, pero en que cada uno de ellos es relativamente grande”.

geográficas determinadas¹⁸. Dicho mercado podría considerarse, si se atendiera solamente al número de actores, como oligopólico, toda vez que existen, básicamente, cuatro empresas proveedoras¹⁹. En todo caso, cuando se habla de un oligopolio hay que tener presente, tal como lo plantea WHISH (1993, p. 467), que “los mercados oligopólicos varían grandemente de uno a otro; algunos están al final del *continuum* en el cual los mercados son competitivos, mientras que en otros, uno de los oligopolistas puede estar cercano a una posición de dominancia de mercado”.

Existe una teoría en virtud de la cual se ha caracterizado el comportamiento en los mercados oligopólicos por la interdependencia de acción entre los competidores. Esta interdependencia que tendrían los actores sugiere que antes de tomar una decisión en relación a diferentes aspectos tales como el precio de sus productos o el volumen de producción, cada uno de los competidores toma en consideración las reacciones de mercado de los otros. Como lo describen SULLIVAN y HARRISON (1994, p. 134) la “[a]nticipación, reacción y coordinación de los movimientos de mercado de un competidor es central en la teoría de los precios oligopólicos. [] Dada la estructura del mercado, entonces, los productores estarán atentos a la reacción de los competidores a cambios en el precio y tomarán esto en consideración

18 La sentencia en su considerando 47 ha destacado la distinción entre dos submercados para el oxígeno líquido o gaseoso al determinar que “el oxígeno líquido o gaseoso para fines comerciales se distribuye principalmente en dos canales o mercados que, por sus características, son en principio distintos: el denominado mercado industrial, y el así llamado mercado medicinal, presentándose en ambos características diferenciadoras que, a juicio de este Tribunal, están suficientemente acreditadas en autos”. Hay que recordar que la FNE no realizó distinción alguna entre estos dos segmentos.

19 Hay que reconocer, no obstante, que se discute en doctrina respecto de cuán pocas compañías tienen que haber en un mercado para que éste pueda ser considerado un oligopolio. Sin embargo, independiente de las muchas consideraciones que puedan plantearse al respecto, entre las cuales está la consideración de una dimensión más dinámica que permita verificar el nivel de competencia potencial existente y el grado de eficiencia alcanzado por los actuales competidores, lo importante de tener presente es que la estructura de mercado no es un antecedente inocuo en la determinación de si ha existido o no una práctica concertada.

cuando tomen sus decisiones de precio. El interés común y el mutuo entendimiento dictan que los competidores en mercados concentrados se olviden de la competencia en precios. La pregunta es si tal interdependencia de mercado, conocida como precios oligopólicos, constituye un acuerdo o combinación en violación a la [sección 1], o si el comportamiento oligopólico es natural y racional a la luz de la estructura de mercado”²⁰.

-
- 20 Hay autores, como POSNER, que rechazan la idea de que en mercados oligopólicos el comportamiento interdependiente que lleva a un paralelismo en la conducta de sus actores sea una consecuencia natural e inexorable de la estructura del mercado. Por el contrario, éste plantea que siempre será posible para las empresas un actuar independiente, de modo que si existen indicios de tal tipo de comportamiento, equivalente en sus efectos a lo que podría considerarse una colusión o entendimiento tácito, caerían dentro de la prohibición pertinente de la Sherman Act. Siguiendo a STIGLER, el cual apuntó que los miembros de un cartel no solamente deben elegir un precio común sino también detectar y castigar a los discolos que lo rompan, POSNER cree —sin embargo— que será difícil, en la práctica, la existencia de estos comportamientos contrarios a la libre competencia. Teorías más recientes, las cuales tratan los problemas de coordinación no como resultado de un solo encuentro (‘one shot’ encounter) sino como un juego repetido (‘repeated game’) en la cual los participantes de la industria esperan interactuar con el otro una y otra vez en el tiempo, tienden a destacar la mayor probabilidad de coordinación tácita entre ellos (se suele mencionar el trabajo de YAO y DESANTI). Para que exista por parte de las empresas una exitosa coordinación tácita (con efectos indeseables desde el punto de vista de la libre competencia) se resaltan dos condiciones importantes, pero sutiles a la vez: (i) la identificación por parte de éstas de ciertas señales claves o puntos focales (‘focal points’) alrededor de los cuales las compañías pueden organizar sus decisiones de precio; y (ii) que exista el convencimiento entre los competidores que se castigará a aquellas empresas que se desmarquen de aquel comportamiento acordado en atención a los puntos focales. Para un adecuado monitoreo de la coordinación alcanzada se destaca la existencia, por ejemplo, de ciertas tácticas basadas en cláusulas contractuales que permita a un actual proveedor de algún cliente darse cuenta del desmarque de algún participante en el plan de acción tácito. Interesantes síntesis de estas líneas de pensamiento pueden encontrarse, entre otros, en GELLHORN y KOVACIC (1994, págs. 268-272) y en AREEDA y KAPLOW (1997, págs. 227-232).

¿ES UNA ACCIÓN (TÁCITAMENTE) CONCERTADA LO MISMO QUE UNA ACCIÓN INTERDEPENDIENTE EN UN MERCADO OLIGOPÓLICO?

Aún reconociendo que la línea divisoria puede resultar ser muy tenue, habría que afirmar que (desde el punto de vista legal) no son lo mismo. Una acción concertada o tácitamente colusiva, es distinto que un comportamiento interdependiente y, ciertamente, que una conducta enteramente independiente, esta última en el sentido de que sus decisiones hayan sido efectuadas sin consideración a la reacción de las empresas rivales.

Tanto un comportamiento interdependiente como uno independiente puede dar lugar a un **paralelismo conductual**. Por ejemplo, es perfectamente posible que en un mercado competitivo los precios tiendan a uniformarse y a cambiar en paralelo cuando existe una alteración en la demanda y/o en los costos. En tal caso, ningún tipo de consideración al comportamiento de los competidores se ha llevado a cabo²¹. A su vez, puede darse el caso de que una compañía decida qué hacer independientemente en el sentido de no consultar con sus rivales, pero su decisión es interdependiente en el sentido de que la ganancia percibida de su elección depende enteramente de su estimación de cómo los competidores responderán al paso que se esté dando²². En efecto, en un mercado perfectamente competitivo, si una compañía baja sus precios, su acción tendrá un efecto imperceptible para sus competidores, por lo que no habrá necesidad por parte de éstos de responder. En un oligopolio, en cambio, una reducción en el precio provocará una reacción de los otros dos o tres competidores los cuales si no emparejan inmediatamente la reducción inicial se verán muy perjudicados. Igualmente, un oligopolista no podría incrementar su precio

21 Muchas veces, la existencia de un cierto paralelismo en los precios cobrados por los actores en un mercado con pocos participantes, más que significar un daño a la libre competencia son reflejo de una fuerte competencia que da lugar a precios más bajos y márgenes más estrechos. El caso del Retail en nuestro país parece (al menos desde una mirada superficial) responder a la pauta anterior.

22 AREEDA Y KAPLOW, 1997, pág. 265.

unilateralmente, debido a que sería derechamente abandonado por sus clientes o consumidores²³.

Así como se ha ilustrado cómo un paralelismo en el comportamiento de unos pocos actores en un mercado (que para estos efectos se ha denominado oligopolio) puede ser el resultado de un *actuar enteramente independiente* y de uno *puramente interdependiente*, más no colusivo, también dicho paralelismo puede ser reflejo de una *conducta tácitamente colusiva o concertada*. En efecto, no puede descartarse la existencia de un cierto paralelismo en los comportamientos tendientes a mantener un beneficio *statu quo* como un indicio de la existencia de una acción concertada de las empresas de un determinado rubro, como podría ocurrir con el mercado del oxígeno vendido a los hospitales públicos de nuestro país. Sin embargo, y aunque hay que reconocer que algún grado de discusión existe²⁴, la pura existencia de un paralelismo consciente no constituye una violación a las normas sobre libre competencia, es decir, no es prueba suficiente de una acción concertada o de una colusión tácita²⁵.

Como ya se ha visto de la jurisprudencia europea y de las pautas utilizadas por la OFT del Reino Unido, las cuales reflejan la doctrina emanada de las primeras, pareciera favorecerse la visión de que si bien la existencia de paralelismo puede ser un elemento probatorio importante, se requieren más indicios para que, considerados en conjunto (como ocurre con la prueba indiciaria o circunstancial, común en estos casos) pueda llegar a acreditarse la existencia de una acción concertada de los competidores en un mercado.

23 WHISH, 1993, pág. 468.

24 Como lo señalan GELLHORN y KOVACIC (1994, pág. 234) para el caso de EE.UU., “Las Cortes han luchado con el tema de si una conducta paralela que parece fluir de un reconocimiento de interdependencia es suficiente, sin más, para inferir que ha habido un acuerdo” (traducción libre).

25 Esta conclusión parece diferir de la sostenida por la FNE la cual ha manifestado en alguna ponencia escrita (ver OECD, 2006, pág. 87) que la alusión que hace el artículo 3 inc. 2 letra a) del DL 211 a la voz “acuerdos ... tácitos entre agentes económicos” hace referencia a las conductas paralelas conscientes (“The cartel under an ‘implicit agreement’ creates a consciously parallel conduct”).

En el caso de EE.UU. la línea jurisprudencial y doctrinaria dominante va en la misma dirección. Al respecto, la enfática decisión de la Corte Suprema en el caso *Theatre Enterprises* en 1954 parece haber inclinado la balanza luego de algunas importantes decisiones anteriores que, según algunos, podrían haber implicado dejar abierta las puertas para la consideración de que un puro paralelismo interdependiente de precios bastaba para ser considerado un acuerdo anticompetitivo según la sección 1ª de la Sherman Act.²⁶ En el aludido fallo, se manifiesta que “esta Corte nunca ha sostenido que la prueba de un comportamiento de negocios paralelo establece conclusivamente [la existencia de] un acuerdo (...) el ‘paralelismo consciente’ no puede ser aún leído como conspiración”²⁷.

6. ¿CÓMO RECONOCER LA EXISTENCIA DE UNA PRÁCTICA CONCERTADA O CARTEL?

Profundizando y complementando un poco más los criterios utilizados por la OFT ya mencionados, es posible advertir ciertos signos que permitirían sospechar de la existencia de un cartel. Estos *signos* pueden ser encontrados tanto en la naturaleza y características de la *industria* como en el *comportamiento* de los actores de una determinada industria.

Cierto es que estos signos pueden ser reflejo de actividades legítimas, pero pueden también ser indicativos de la existencia de un cartel. De hecho, si a la presencia (cuidadosamente analizada) de algunos de los signos de la industria y de aquellos derivados del comportamiento de

26 Se está haciendo referencia a los casos: Interstate Circuit (de 1939) y American Tobacco (de 1946). No obstante el debate existente respecto de la interpretación completa de ambos casos, de la lectura (parcial) de ambos parece desprenderse la necesidad de indicios adicionales para acreditar que la conducta ha infringido la sección 1ª de la Sherman Act.

27 En la versión completa en inglés, citada por GELLHORN y KOVACIC (1994, pág. 273), se dice lo siguiente: “[T]his Court has never held that proof of parallel business behaviour conclusively establishes agreement or, phrased differently, that such behavior itself constitutes a Sherman Act offense ... ‘conscious parallelism’ has not yet read conspiracy out of the Sherman Act entirely”.

sus participantes se agrega evidencia (utilizando el lenguaje de la OFT) de que “el comportamiento en el mercado es influenciado como resultado de *contactos* directos o indirectos entre empresas”²⁸, constitutivos de una “cooperación práctica conscientemente o a sabiendas (*knowingly*)”²⁹, se tendrá un muy buen caso para atacar legalmente la concertación horizontal o cartel.

Cuando la OFT hace, además, referencia a “[l]a estructura del mercado relevante y la naturaleza del producto involucrado”, así como al “número de empresas en el mercado y, cuando hay sólo pocas empresas, si éstas tienen una estructura de costos y resultados similares”, se está haciendo relación a las características estructurales de la industria (y de las empresas) cuya presencia tendería a favorecer la existencia de una coordinación entre los competidores. En último término, cuando la misma OFT se pregunta “[s]i el comportamiento paralelo es el resultado de un contacto entre empresas que dé lugar a condiciones de competencia que no corresponden a las condiciones normales del mercado”³⁰, se está aludiendo a la conducta misma de los

- 28 La prueba de la existencia de contacto puede constituir un elemento importantísimo en la configuración de los indicios dirigidos a probar una práctica concertada. Muchos fallos han considerado la evidencia de contacto (no de un acuerdo, evidentemente) como uno de los factores adicionales más significativos (por ejemplo, a un paralelismo consciente - ‘paralelismo plus’). El intercambio o diseminación de información entre los competidores puede ser indicativo de la existencia de un contacto. El vehículo y la instancia en virtud del cual se traspa información pueden ser diversos. Cuidado deben tener, a este respecto, las asociaciones gremiales. Desde luego, la existencia del testimonio de algún *insider* puede ser importantísimo como evidencia. Posiblemente la ausencia de prueba respecto de la existencia de contacto sea uno de los puntos débiles en la configuración de la infracción por parte del TDLC en el caso en estudio.
- 29 A este respecto, VALDÉS PRIETO (2006, págs. 526 y 527) plantea que “toda fórmula colusiva o conspirativa exige conocimiento y voluntad por parte de sus adherentes y no puede bastar ni el mero conocimiento de un cartel ni la mera voluntad desinformada de las características fundamentales de aquel acuerdo contrario a la libre competencia”. (...) [M]ás que exigirse un plan común ha de buscarse una exigencia de reciprocidad que acredite una cooperación práctica entre competidores”.
- 30 Siempre será una buena defensa por parte de los imputados demostrar la razonabilidad económica y comercial de su conducta. Es decir, y si es el caso (como ante la imputación de reparto de mercado por parte de las empresas de oxígeno), explicar, por ejemplo, por qué los precios cobrados difieren unos a otros, incluso ante similar volumen.

participantes de una determinada industria o mercado, la cual, en caso de existir un cartel, se suele reflejar en ciertos signos más o menos característicos.

A continuación se enumerarán ciertos **signos de la industria** cuya presencia (y con la advertencia de que no constituyen por sí mismo prueba suficiente) ayudan a reconocer la existencia de un cartel. La literatura especializada³¹ sugiere que la ocurrencia de estas actuaciones concertadas puede ser más probable que ocurra en industrias donde los vendedores, compradores, producto y condiciones de mercado tienen ciertas características. Siguiendo a la Australian Competition and Consumer Commission - ACCC, (2005) es posible sintetizar tales características de la siguiente manera:

- 1) *Vendedores o proveedores.* Es más probable que se configure un cartel en conductas donde: (a) es costoso o dificultoso para nuevos proveedores entrar en la industria; (b) hay sólo unos pocos proveedores o un pequeño grupo controla la mayor parte del mercado; (c) los proveedores tienen costos similares o los costos fijos explican una alta proporción de los costos totales; y (d) hay una activa asociación gremial que da a los competidores la posibilidad de reunirse y discutir la industria.
- 2) *Compradores.* Un cartel es más probable de ser encontrado donde: (a) hay muchos compradores; (b) los compradores pueden ser fácilmente monitoreados; y (c) los compradores carecen de *expertise*.
- 3) *Producto.* Mientras más estandarizado sea un producto más fácil será para los proveedores competidores alcanzar un acuerdo. Así, es posible argüir que es más probable que exista un cartel donde: (a) el producto o servicio es relativamente simple; (b) producto es un *commodity*; y (c) el producto o servicio tiene pocos o ningún sustituto cercano.

31 Véase, por ejemplo, a IVALDI, MARC BRUNO JULLIEN, PATRICK REY, PAUL SEABRIGHT, y JEAN TIROLE (2003); y a GROUT PAUL A. y SILVIA SONDEREGGER (2005).

- 4) *Características del mercado.* Habrá mayor probabilidad de que se esté en presencia de un cartel en mercados donde: (a) la demanda por el producto o servicio es estable; (b) su crecimiento es moderado; y (c) la participación de mercado es importante.

Además de aquellos signos de la industria anotados precedentemente, es importante notar **signos derivados del comportamiento de los participantes**:

- 1) *Precios.* Las siguientes conductas pueden indicar que un cartel está operando: (a) cuando los precios o descuentos ofrecidos por los proveedores son similares o idénticos; (b) cuando se produce un incremento inesperado o injustificado de precios, o diferentes proveedores elevan sus precios en un monto similar y por el mismo tiempo; (c) cuando los proveedores cobran diferentes precios en ciertas áreas geográficas; (d) cuando un cambio en los precios sugiere que un proveedor es el líder y los otros lo siguen; y (e) cuando el rango de los precios anunciados o los mecanismos de descuentos existentes han cambiado repentinamente.
- 2) *Declaraciones de proveedores.* Puede ocurrir que los proveedores, accidentalmente, proporcionen indicios de su involucramiento en un cartel: (a) usando las mismas palabras o ideas al momento de explicar un incremento de precios; (b) manifestando que “la industria” ha decidido incrementar sus márgenes; (c) diciendo que no pueden venderte a ti, o que no pueden vender en tu área, debido a un acuerdo con otra compañía; o (d) diciendo que otro proveedor debiera haberte vendido a ti.
- 3) *Licitaciones.* También puede ocurrir que la colusión se dé frente a un proceso de licitación. De hecho, hay que recordar que la sentencia del TDLC encontró, precisamente, que hubo una acción concertada por parte de las empresas de oxígeno con ocasión del proceso de licitación de CENABAST. En el apartado siguiente se hará referencia específicamente y con algún mayor detalle a aquellos

signos sospechosos derivados de conductas de competidores en procesos de licitación

7. CONDUCTAS SOSPECHOSAS DE COLUSIÓN O CONCERTACIÓN EN PROCESOS DE LICITACIÓN

Este tipo de conductas, también conocida como *Bid-rigging*, es junto a la concertación para fijar precios y aquella utilizada para repartirse mercados un típico comportamiento ilustrativo de lo que se suele denominar como carteles duros o *hard cartels*. En términos generales, se está en presencia de *Bidrigging* cuando un comprador (en el caso en estudio, los hospitales a través de la CENABAST) licita la compra de bienes y servicios. Los postores o *bidders* acuerdan de antemano quién presentará la postura u oferta ganadora. El comprador, quien depende de la existencia de competencia entre las empresas participantes para obtener el más bajo precio competitivo posible, recibe como oferta más baja, en cambio, una que es mayor que aquella que un mercado competitivo produciría.

Siguiendo en este tema a la USDOJ³², se suelen identificar cuatro mecanismos básicos involucrados en muchas conspiraciones frente a procesos de licitación. Un primer tipo de mecanismo se conoce como *Bid Suppression*, en el cual uno o más competidores se coluden para no hacer posturas o para retirar una oferta presentada previamente, de modo que la empresa postora designada sea la que gane. Bajo este mecanismo, es esperable que el competidor que se “bajó” reciba algún tipo de recompensa, sea por la vida de una subcontratación, un pago o cualquier otro sistema.

Un segundo mecanismo, dirigido fundamentalmente a dar una apariencia de competencia, se denomina *Complementary Bidding*.

32 Véase United State Department of Justice (USDOJ), Antitrust Division: “Preventing and Detecting Bid Rigging, Price Fixing, and Market Allocation in Post - Disaster Rebuilding Projects. An Antitrust Primer for Agents and Procurement Officials”, págs. 2-4.

Aquí los conspiradores presentan (como señal o gesto) una oferta intencionalmente alta o que intencionalmente falla en satisfacer todos los requerimientos exigidos en la licitación en orden a perder el contrato.

Una tercera forma es conocida como *Bid Rotation*, en donde todos los conspiradores presentan una oferta o postura, pero que, en virtud de un acuerdo entre ellos, se van turnando para la realización de la oferta con el menor precio (o la mayor según el caso).

Por último, también se ha categorizado aquella variedad identificada como *Customer or Market Allocation*. Bajo este esquema los co-conspiradores acuerdan dividirse los clientes y las áreas geográficas. El resultado es que éstos no realizarán posturas o harán sólo una de carácter complementaria cuando se licita el área no asignada previamente a ellos.

Muchas de las consideraciones anteriores sobre cuáles son los elementos a tener en consideración para verificar la existencia de una práctica concertada anticompetitiva son también válidos en este caso. Sin embargo, en los casos de una acción concertada frente a un proceso de licitación es posible identificar algunos patrones de conducta específicos que permiten sospechar (y eventualmente, junto a otras evidencias, probar) la existencia de este tipo de fraude o colusión.

Con base en lo dispuesto por la USDOJ, algunos indicadores eventualmente sospechosos de la existencia de colusión en un proceso de licitación serían los siguientes³³: (a) cuando se reciben ofertas o posturas idénticas de diferentes compañías; (b) cuando las ofertas son por un precio mayor que el de referencia estimado por el licitante o superior a lo cobrado por las mismas compañías en otras áreas u oportunidades; (c) cuando la compañía ganadora de la licitación subcontrata parte del negocio a uno o más de los postores perdedores; (d) cuando hay alguna indicación de una alteración física de las ofertas

33 Como ya se ha señalado con anterioridad, los indicadores mencionados no constituyen prueba de colusión. Por ejemplo, bien puede ocurrir que en una licitación una compañía haya entregado una oferta intencionalmente alta y respecto a la cual no espere su éxito por sus propias razones comerciales independientes, tales como estar demasiado ocupado para realizar el trabajo, pero desear estar en la lista de las compañías postoras.

o posturas, particularmente en el último minuto; (e) cuando las posturas de algún oferente difieren sustancialmente para uno u otro caso sin relación con los costos; (f) cuando el rango de las ofertas entregadas muestran una clara distancia entre el ganador y todos los demás; (g) cuando se aprecia que las ofertas de todas las compañías son muy cercanas (indicativo, eventualmente, de que los postores conocían el precio que iban a ofrecer los demás); (h) cuando se aprecia el mismo incremento o rebaja entre las ofertas de cada compañía, (i) cuando las compañías presentan posturas diferentes por el mismo (o muy similar) producto o servicio respecto de licitaciones cercanas en el tiempo; (j) cuando hay cierta evidencia física de colusión, tal como ocurriría si diferentes compañías entregan sus ofertas con la misma caligrafía a mano o en los mismos sobres, o con los mismos errores matemáticos u ortográficos, etc.; (k) postulantes calificados no realizan posturas, especialmente si ellos dan, inicialmente, pasos para entregar una oferta; (l) cuando un contrato es vuelto a licitar debido a que todas las ofertas iniciales eran inaceptables y los postores vuelven en el mismo orden; (ll) cuando hay incrementos significativos por muchos postores en relación a los precios previos, no habiendo habido un incremento sustancial en los costos; (m) cuando los precios ofrecidos caen misteriosamente cuando un nuevo postor aparece en escena; (ñ) cuando los competidores han sido vistos recién antes o después de que las posturas han sido entregadas; etc. Debe quedar claro, en todo caso, y tal como se suele enfatizar cada vez que se hacen este tipo de listas, que los indicadores de colusión solamente llaman a profundizar una investigación para determinar, en definitiva, si existe realmente colusión o si hay una explicación inocente de los eventos en cuestión.

En los acápite precedentes se ha intentado pintar un panorama teórico y global del tema de la colusión o práctica concertada (horizontal) entre competidores, lo cual también da lugar a su denominación como “cartel”. El propósito fundamental ha sido permitir que el lector se forme una idea más acabada (i) de las características conductuales y estructurales de aquellos mercados en donde podría existir una mayor probabilidad de concertación anticompetitiva o cartelización; (ii) del tipo de indicio que puede resultar común encontrar

cuando se discute sobre estos temas; así como (iii) de los requerimientos legales usualmente exigibles para que se configure una infracción como la que es objeto de estudio. En los próximos capítulos se sintetizará el razonamiento y evidencia desplegada respecto de cada uno de los dos grupos de infracciones imputadas, para, posteriormente, tratar el tópico relativo a la carga de la prueba e intentar dar alguna luz sobre el importante y poco discutido tema (al menos en nuestro país) de cuál debiera ser el estándar de apreciación probatoria formal exigible.

8. ¿EN QUÉ HA CONSISTIDO LA EVIDENCIA DESPLEGADA?

A) LA EVIDENCIA DESPLEGADA SOBRE LA ALEGACIÓN DE CONCERTACIÓN PARA REPARTIRSE EL MERCADO

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

La FNE ha intentado probar el caso atendiendo a la estructura del mercado, así como a la conducta de los actores del mismo. El camino anterior resulta razonable, pero, como el mismo TDLC lo ha constatado, la evidencia ofrecida es limitada e incompleta.

Luego de identificar el *mercado relevante* (desde el punto de vista geográfico como del producto), el *número de actores* y la *participación de mercado* de los mismos, y las posibles *barreras de entrada*, la FNE se enfoca en el comportamiento de las empresas a través del cobro de *precios*. Estos últimos (unido a los elementos estructurales ya aludidos) serían indicativos, según el requerimiento, de la existencia de una concertación para restringir la competencia entre

los competidores. Éstos ya no competirían para disputarse los clientes actuales, lo cual se reflejaría en el abuso (y consiguiente beneficio) derivado del *cobro de precios de venta distintos para situaciones que serían razonablemente similares*. Para lo anterior se utiliza la expresión “dispersión de precios” y “discriminación de precios”, tanto en relación a la diferencia de precios cobrados a los hospitales públicos, como a la diferencia en el trato entre éstos últimos y los clientes industriales.

Este comportamiento aparentemente errático o disperso de las empresas competidoras, si bien no es paralelo (como es esperable que ocurra ante una hipótesis de fijación de precios), sería al menos consistente (desde el punto de vista de la FNE) con la hipótesis de reparto de mercado. Este escenario anticompetitivo da lugar, según la FNE, a la distorsión de que “[e]n resumen, los hospitales le compran los mayores volúmenes de oxígeno líquido a las empresas que cobran los precios más altos del mercado”. (Requerimiento de la FNE, p. 8).

El TDLC relata la posición de la FNE de la siguiente forma:

“Según la FNE, puede observarse una gran dispersión de precios, sin que se observe una relación entre éstos y las cantidades consumidas, o entre el precio y las distancias desde los centros de abastecimiento hasta los hospitales.

En el pasado, en el momento de renovar contratos, los hospitales, si es que llegaban a cotizar, recibían respuestas del resto de las empresas proveedoras levemente mejores a la cotización vigente, pero éstas eran mejoradas por la empresa cuyo contrato estaba por vencer, lo que evidencia, en concepto de la FNE, un pacto de no agresión.

En definitiva, la FNE considera que el hecho que los hospitales no dirijan sus compras a los proveedores que cuentan con precios más bajos es el más claro indicador de reparto de mercado bajo la forma de un pacto para no disputar a los clientes actuales. La forma en que se cumpliría dicho acuerdo sería la negativa de venta por parte de cada requerida, ante la solicitud de un hospital que pertenece a la nómina de clientes de algún competidor, lo que es facilitado por la propiedad que detenta cada proveedor de los estanques de almacenamiento, lo que implica el dominio sobre una instalación esencial. Así, todas y cada una de las empresas tienen poder de mercado para fijar

precios y discriminar clientes, porque se lo han otorgado sucesiva y recíprocamente”. (Vistos, punto 1.7 a), p. 2).

Se ha mencionado en acápite anteriores de este trabajo que puede haber numerosos y variados parámetros indicativos de una mayor probabilidad o no de ocurrencia de colusión. La FNE intenta, como sería razonable esperar, destacar la presencia de aquellos criterios que estarían en línea con el comportamiento que pretende demostrar. Dentro de los factores estructurales, parece evidente que el reducido número de empresas oferentes, los cuales abarcan la totalidad del mercado de venta de oxígeno a los hospitales, es un antecedente que está más en línea con la probabilidad de ocurrencia de una colusión entre competidores³⁴. Igualmente, se destaca (mirando la demanda) el escaso poder de la contraparte compradora (los hospitales) los cuales “actuaban, antes de la licitación de Cenabast, de manera dispersa y no coordinada”³⁵, y que, a veces, ni siquiera habrían pedido cotizaciones que permitieran un mejor aprovechamiento de las fuerzas del mercado³⁶.

Así como se destacan aquellos elementos más en línea con la existencia eventual de colusión, la FNE omite otros parámetros, sea por inconveniencia o, simplemente, por no contar con datos suficientes para ello.

Pero quizá más problemático para el caso que pretende probar la FNE, es el hecho de que en el análisis y presentación de aquellos parámetros que supuestamente le ayudarían en su causa, se aprecia cierta debilidad. A continuación se comentarán brevemente algunas argumentaciones y antecedentes:

En primer lugar (aunque no en importancia), no se acredita la existencia de barreras de entrada. En efecto, se desestimó por el TDLC

34 Independiente que se diga que los niveles de concentración en un mercado no son indicativos de poder de mercado (algo que, por lo demás, no requiere probarse ante el tipo de infracción imputada), resulta claro que constituye un elemento (entre otros y junto a otros) a favor de la demostración de colusión.

35 Considerando 55.

36 Con posterioridad se hará referencia a la ineficiencia de los hospitales públicos para obtener provecho de la competencia en el mercado (aunque ésta no sea mucha).

que la propiedad sobre los estanques de almacenamiento por parte de los respectivos proveedores implicara tal calificación³⁷. Si bien para algunos podría significar una radical debilidad en el caso levantado por la FNE tal constatación, no lo apreciamos de esa forma. Indudablemente que habría sido de alguna utilidad la acreditación de barreras significativas de entrada, pero se trata de un elemento más entre varios en un mercado que durante un importante número de años se ha mantenido con casi los mismos actores.

Afectó, también, las pretensiones de la FNE, la reducción que se hizo del mercado relevante. La FNE no hacía distinción entre el mercado hospitalario y el industrial³⁸. Parte de la evidencia de la FNE consistía en ilustrar la gran diferencia en el precio cobrado a los hospitales en comparación a aquel que se hacía a clientes industriales, a pesar de tratarse de cantidades similares y, en muchos casos, de una ubicación parecida. Al determinarse que el producto y el servicio a los hospitales tenían características diferentes al de los clientes industriales, terminaba desestimándose, por ende, la evidencia indiciaria propiciada por la FNE. A continuación se ilustra una de las argumentaciones recurrentes del TDLC sobre el particular³⁹:

“la FNE ha señalado que Air Liquide vendió, el año 2003, 100.930 m3 de oxígeno líquido al Hospital Roberto del Río, a un precio promedio de \$433/m3; en circunstancias que, en el mismo año, vendió 97.073 m3 de oxígeno líquido a Minera Meridian Ltda., a un precio de \$189/m3. (...) A juicio de este Tribunal, la FNE compara en este caso precios cobrados en dos mercados que, como ya se ha establecido precedentemente, son vecinos o conexos” (C.67; pp. 109-110).

37 En el considerando 52 se plantea que:

“[e]n opinión de este Tribunal, el hecho que dichos estanques sean de propiedad de las empresas no se puede considerar una barrera de entrada o de salida, si no que, más bien, constituye un costo de ingreso o de cambio que no supone un obstáculo insuperable para un potencial entrante al mercado”.

38 Véanse considerandos 47 a 49.

39 No obstante, cuando se analiza el segundo grupo de infracciones el TDLC sí valida y utiliza como argumento estas diferencias de precios entre clientes industriales y hospitalarios.

Igualmente, hubo varios contratos (parte del conjunto de indicios presentados por la FNE) que fueron desestimados (erróneamente en nuestra consideración)⁴⁰ en razón de haber operado la prescripción de dos años contado desde la ejecución de la conducta atentatoria de la libre competencia⁴¹. Los mismos hechos recién citados recibieron la misma impugnación por el TDLC:

“[la FNE] utiliza, como elementos a comparar, un contrato —el del Hospital Roberto del Río— y otro —el de Minera Meridian— celebrados ambos en fechas anteriores al tres de agosto de 2003, por lo que la acción ejercida a su respecto por la Fiscalía es de aquellas a las que debe aplicarse la prescripción, tal como se ha determinado en el considerando trigésimo cuarto, precedente; razón por la cual esta acusación será rechazada”. (C.67; pp. 109-110).

No obstante lo anterior, la debilidad más significativa del caso levantado por la FNE, radica en que muchas de las diferencias de precio,

40 Estimamos que en relación al tema de la prescripción la posición de la FNE es la correcta. Tal como se relata en el considerando 6 (foja 13) de la sentencia de la Corte Suprema en el recurso de reclamación a la sentencia del TDLC, la FNE plantea que:

“[l]a ejecución del acuerdo de reparto provoca efectos permanentes, y por ello el plazo de prescripción debe contarse desde la fecha de término del contrato, y no como lo hace el fallo impugnado, desde la de su celebración”.

La Corte Suprema no se pronunció directamente sobre este tema en su sentencia.

41 Independiente de la discusión de a partir de cuándo debe contarse el lapso de dos años, también reviste importancia el tema de cuándo dicho lapso puede ser interrumpido (dejando eventualmente sin efecto la prescripción). La norma actualmente vigente establece que la prescripción se interrumpe por la presentación de un requerimiento de la Fiscalía ante el TDLC. En el proyecto de ley actualmente en curso se propone una modificación en que se establece que dicha interrupción ocurrirá cuando el Fiscal inicie una investigación, y la Fiscalía de noticia de tal hecho al investigado. La reforma propuesta parece razonable. Se estima acertada, en todo caso, la sugerencia del Instituto Libertad de Desarrollo, a través de A. Bucheister, quien (tal como aparece relatado en el Primer Informe de la Comisión de Economía de la Cámara de Diputados) sostiene que “[s]i bien es razonable la modificación de radicar la interrupción en las actuaciones de investigación del Fiscal, no lo es la imprecisión con que se establece: la mera noticia, lo que es vago y generará problemas de interpretación. Debiera decir desde que notifique al afectado de haberse iniciado una investigación en su contra y por determinados hechos. Los ciudadanos tienen el derecho saber que son investigados y por qué razón”.

supuestamente indicativas de un comportamiento concertado, podían responder a diferencias concretas y, eventualmente, justificadas para cada caso particular. Es decir, la discriminación de precios no necesariamente se daba ante situaciones razonablemente similares, en cuyo caso habría resultado difícil explicar el comportamiento de las empresas de oxígeno. En opinión del TDLC, si bien no es posible avalar que las diferencias respondan a múltiples factores diferentes de la hipótesis de colusión, no es posible desestimarlos como circunstancias justificatorias:

“Que, a juicio de este Tribunal, de la evidencia aportada por las partes al proceso **no es posible concluir si la dispersión de precios observada antes de la licitación de Cenabast** es expresión o efecto de una conducta concertada de las requeridas en orden a repartirse el mercado del oxígeno medicinal, o si, en cambio, **no es más que una consecuencia natural de la opacidad antes referida y de la conjunción de diversos factores concomitantes, tales como, entre otros,** (a) la ubicación geográfica de las plantas de producción de oxígeno en relación con la ubicación de los distintos hospitales (aun cuando no existe evidencia en autos de que, para todos los casos, exista necesariamente una correlación directa entre ambas ubicaciones y la dispersión observada); (b) la disímil duración de los contratos y de las relaciones cliente-proveedor; (c) las diferencias observadas en la capacidad de negociación de los distintos hospitales; (d) las diferentes condiciones de pago asociadas a cada cliente según su comportamiento histórico al respecto; y, (e) excedentes de producto disponible en planta al momento de firmar el contrato respectivo; circunstancias todas acerca de las cuales se han aportado abundantes antecedentes en autos”. (C.59) (énfasis agregado).

Cabe destacar, también, que sí hubo casos en que, en opinión del TDLC, no hubo una explicación razonable de la diferencia de precios cobrada, pero, al mismo tiempo, determinó que no había pruebas suficientes para acreditar lo contrario, esto es, la existencia de concertación. En otras palabras, se constató en algunos casos debilidad en la defensa (de las compañías), pero, también, una debilidad en el ataque (de la FNE). Esto se puede apreciar, por ejemplo, del siguiente párrafo de la sentencia (considerando 64):

“... corresponde analizar si la dispersión de precios que aquí imputa la FNE, evaluada en contexto, revela o no una práctica concertada de reparto de mercado cuya expresión y efecto es la determinación anticompetitiva de precios y la discriminación de los mismos. A juicio de este Tribunal, si bien la imputada en este caso no probó que tal dispersión de precios era consistente cuantitativamente con diferencias de costos, la FNE tampoco aportó antecedentes adicionales sólidos que permitan arribar a estos sentenciadores a la convicción de que, de la determinación del precio y su discriminación, deba desprenderse una práctica concertada de las requeridas”.

Así, pues, el TDLC arribó, sobre la imputación de concertación para repartirse el mercado, a la siguiente conclusión:

“Que, al tenor de las consideraciones precedentes, es posible concluir que no existe evidencia ni indicios suficientes para acoger la pretensión de la FNE respecto del primer grupo de conductas que ha imputado a las requeridas como indicadores de una práctica concertada de reparto de mercado, debiendo tenerse presente, sin embargo, que tales conductas, tal como se ha demostrado, se llevaron a cabo en el contexto de un mercado caracterizado por un elevado grado de opacidad que, sin duda, afectaba a los demandantes de oxígeno medicinal en el sector público de salud; y que, además, permitía a los oferentes en este mercado —y en su vecino, el del oxígeno industrial— extraer de sus clientes un excedente del consumidor superior al que podría haberse obtenido de los mismos en condiciones de mayor transparencia. Lo anterior, como se verá, es un elemento de juicio importante para el análisis del segundo grupo de conductas imputadas a las requeridas, esto es, la circunstancia de haberse coludido con el propósito de hacer fracasar, en su propio beneficio, la licitación convocada por Cenabast para, precisamente, poner término a las asimetrías de información que afectaban a los hospitales. Adicionalmente, debe tenerse también en cuenta que, tal como consta de los documentos que rolan a fs 188 y 189 del cuaderno de documentos que contiene los antecedentes remitido a este Tribunal por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia de la República Argentina, **existen indicios de contactos e intercambios de información entre las empresas oferentes en estos mercados,** orientados a aprovechar, con algún grado de coordinación, las ventajas que el referido contexto de opacidad les proporcionaba. Esta modalidad de coordinación, por lo demás, presenta cierto arraigo en la industria, tal como se evidencia de la jurisprudencia europea de defensa de la competencia, que ha fallado en el pasado casos similares, sancionando conductas coordinadas de empresas relacionadas con las requeridas de autos. Así consta, por ejemplo, en la

decisión COMP.37.600 de la Comisión Europea, de fecha 24 de julio de 2002 (que puede consultarse en: http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/cases/index/by_nr_73.html#i36_700);” (énfasis agregado) (C.69).

Finalmente, debe recalcarse la ausencia de evidencia no ya de un entendimiento (lo que constituiría una evidencia directa), sino, simplemente, de contacto (directo o indirecto) entre las empresas competidoras. El intercambio de información en el mercado argentino al que se hace referencia resulta ser demasiado colateral y débil⁴². Si bien el TDLC no lo dice, estimamos que por muy plausible que pueda ser la evidencia circunstancial económica (cosa que no ocurre respecto de esta específica imputación) resulta extremadamente difícil, sino imposible, que se llegue a acreditar o probar la existencia de una colusión o práctica concertada. No es casualidad que la OFT (símil de la FNE en el Reino Unido), haya mencionado expresamente en sus *guidelines* o directrices la evidencia de contacto como elemento probatorio. La jurisprudencia europea y norteamericana ante un comportamiento paralelo consciente parece sugerir la necesidad de que se acredite la existencia de contacto (directo o indirecto). En consecuencia, a este respecto la posición del TDLC parece correcta.

B) LA EVIDENCIA DEL TDLC PARA CONCLUIR QUE HA EXISTIDO UNA ACCIÓN CONCERTADA DE LAS EMPRESAS DE OXÍGENO FRENTE A LA LICITACIÓN

Para el caso de concertación frente al proceso de licitación, se reseña por el TDLC paso a paso las posturas de las empresas y de cómo, en un

42 El intercambio de información es una forma de contacto. Pero el caso argentino aludido se trata de un escenario legal y fáctico distinto. Estos hechos, además, parecen no estar fehacientemente probados. Hay que reconocer, en todo caso, que aunque se trate de antecedente débil, es un “grano de arena” más en el intento de probar la colusión. Es decir, no se trata de un antecedente completamente inocuo, aunque sí de una utilidad poco significativa.

determinado momento, la colusión entre los postulantes se habría roto, bajándose abrupta y significativamente los precios ofrecidos.

Como en toda prueba conjetural, la evidencia deriva de la explicación lógica de un conjunto de hechos o indicios. En su intento por demostrar la existencia de colusión, el TDLC sustenta su convicción en indicios estructurales y conductuales. Los primeros, referidos a las condiciones estructurales del mercado, fueron en su mayoría reseñados ya con ocasión del examen de la imputación colusión para repartirse el mercado. El segundo tipo de indicios, la mayoría de ellos derivados de la conducta de las empresas involucradas, son (en general) los que se indican a continuación:

- (a) El precio ofrecido por las empresas de oxígeno en las primeras rondas del proceso de licitación (descrito detalladamente en el considerando 70) fue muy superior tanto al precio que, en general, se cobraba a los hospitales, como al precio mínimo de referencia (el cual si bien se mantuvo en reserva durante las primeras etapas, se sabía —por la propia Cenabast— que sería inferior a los precios vigentes a aquella época):

“los precios mínimos cobrados a los hospitales públicos en el período previo a la licitación de Cenabast eran, tal como se describirá a continuación, sustancialmente inferiores a los ofrecidos por las empresas en las primeras rondas de la licitación, y bastante próximos a los precios de referencia que contemplaba dicho proceso licitatorio. Lo anterior constituye, a juicio de este Tribunal, un primer indicio relevante para establecer si en esta licitación concurrieron o no los incentivos que, según la FNE, habrían llevado a los participantes a coordinar su comportamiento.” (C.60, p. 11).

- (b) Las condiciones de licitación implicaban una reducción de costos y de incertidumbre para los oferentes, lo cual (en opinión del TDLC) hace injustificable el diferencial de precio aludido en (a):

“Ello, a pesar de que las requeridas, con el objeto de justificar las diferencias entre los precios prevalecientes antes y después de la licitación, han argumentado que las condiciones establecidas por la Cenabast reducían costos e incertidumbre para los oferentes, por contemplar una asignación de

plazo fijo por cinco años, con mayores volúmenes de venta, con una reducción importante en la probabilidad de mora, y sin exigir la provisión de estanques, entre otros factores”. (C.72, p. 114).

[...]

“Que, así las cosas, **no existe a juicio de este Tribunal justificación económica alguna para que no haya habido más competencia durante las primeras etapas de la licitación, y para que los precios ofrecidos por las requeridas desde su inicio no reflejaran las condiciones planteadas por la misma, las que implicaban menores costos y menores riesgos para los proveedores en comparación con la situación existente antes de la licitación de Cenabast**”; (C.75, p. 116) (énfasis agregado).

- (c) La negativa de Indura (quien había ofrecido el menor precio al término de la ronda anterior) de igualar el precio de referencia, a pesar de que habrían existido antecedentes (según el TDLC) de que dicha empresa sí podía suministrar rentablemente el servicio a este último precio. Un razonamiento parecido se hizo con AGA, la cual en todos los casos declinó variar su oferta inicial⁴³:

“Para la Zona Centro Extendida, Indura, que fue consultada en primer lugar y que llegó con un valor de \$465, declinó igualar el precio de referencia de \$301.

Este hecho no puede dejar de destacarse, toda vez que, como se consignará más adelante, obra en autos un indicio inequívoco de que esta compañía tenía capacidad para suministrar rentablemente el producto a ese precio”. (C.70, número 5), p. 113).

- (d) El comportamiento de las empresas (la discriminación y dispersión de precios) se explicaría, en parte, según el tipo de cliente de que se trate⁴⁴. Por un lado estarían aquellos denominados “clientes

43 Véase el considerando 74, págs. 115-116.

44 Se distingue entre (i) Clientes “proceso”, los cuales son aquellos grandes demandantes a quienes se les construye *in situ* una planta dedicada de producción de oxígeno líquido para fines industriales, y (ii) los otros clientes, denominados “no proceso”, en el cual se abarca tanto a aquellos hospitales a los cuales se les vende oxígeno

proceso” (grandes demandantes o clientes), para los cuales se justifican contratos de largo plazo, además de la inversión *in situ* de cierta infraestructura. Para este segmento las barreras de entrada no serían significativas, existiendo los incentivos para que se dé una fuerte competencia *ex ante*⁴⁵. Pero, según el TDLC, habrían “clientes no proceso” a los cuales se les proveía el servicio en un escenario opaco (y poco competitivo) que fomentaría la discriminación de precios (con los consiguientes beneficios para los proveedores). Según el TDLC, la licitación de Cenabast pondría en riesgo este atractivo escenario, lo que explicaría el incentivo de las empresas a coludirse para lograr su fracaso (ofrecimiento relativamente parejo de precios muy superiores). Se destaca que una de las empresas reconoce (aunque no respecto de ella) que para un competidor una alteración del escenario de opacidad pre-licitación (vía sinceramiento de costos y precios) resultaba inconveniente, dada la reacción que gatillaría en los clientes “no proceso” para presionar por una baja de precios:

“[E]s difícil determinar los costos marginales de cada producto. Si a ello se agrega que no hay competencia efectiva dado que el productor que tiene un cliente proceso en la cercanía de un cliente pequeño tendrá ventajas en la provisión del producto a éste último, y puesto que a ese nivel de demanda no hay incentivos para la entrada de una planta adicional y los costos de transporte son importantes —según lo alegado— las mismas requeridas (sic), no hay en este mercado un grado de rivalidad que tienda a igualar los precios a los costos marginales, sino que, más bien, lo que ocurre es que a cada cliente se le cobra el mayor precio que se pueda obtener en la negociación”. (C.82, p. 117).

[...]

“[E]sta —administración de ingresos— o, más directamente, discriminación de precios sólo es posible en el contexto de un mercado opaco,” (C.83, p. 117).

medicinal como a empresas industriales cuyo volumen de consumo no justifica una planta procesadora dedicada. Ver considerandos 77 y 78, pág. 116.

45 Por lo mismo, el TDLC estima que no se comprende que no haya suficiente competencia por su provisión (véase párrafo final del considerando 79).

[...]

“Pero si las disponibilidades a pagar de los clientes no son significativamente distintas, o sus diferencias no se pueden capturar por diferentes características del producto, como en el ejemplo anterior, sólo queda la negociación caso a caso y ésta siempre va a ser más favorable para el vendedor si hay opacidad en cuando a los precios que cobra al resto de sus clientes, como es el caso de autos”; (C.83, p. 118).

[...]

“[E]ste Tribunal considera que la opacidad en el mercado en el que participan los clientes “no proceso” estaba fuertemente amenazada por la licitación de Cenabast. En el informe acompañado por Praxair, se argumenta que **a Indura no le convenía transparentar sus costos porque mantenía un monto significativo de contratos con hospitales públicos** (página 14). **Si ocurría lo anterior, el resto de sus clientes “no proceso” presionarían por una reducción de los precios que estaban pagando.** Este Tribunal considera que dicho argumento es incompleto, **aunque constituye un indicio más** de los incentivos que primaron en esta licitación; incentivo que es apto para establecer la existencia de una práctica concertada por las requeridas en orden a hacer fracasar la licitación de Cenabast” (C.84, p. 118) (énfasis agregado).

[...]

“Que, en efecto, **este Tribunal estima que a todos los agentes del mercado que ya tenían una alta penetración en el segmento de los clientes no proceso., les era inconveniente que se transparentara el mismo**”. (C.85, p. 118) (énfasis agregado).

- (e) No era inocuo el monto de las ofertas en las primeras rondas, ya que de ello dependía quiénes clasificaban (y quién quedaba eliminado), así como el orden en que ellas iban a poder optar por alcanzar el precio de referencia u otro menor según el caso.

“AGA intentó desvirtuar cualquier conclusión que pudiese obtenerse de la diferencia de precios entre las etapas iniciales de la licitación y el precio de referencia, que fue el finalmente aceptado. Este Tribunal desechará este argumento, porque los precios de cada etapa efectivamente tenían relevancia,

tanto para descartar a la empresa con precio más alto como para luego establecer el orden en que recibirían la opción de aceptar el precio de referencia”; (C.93, p. 192).

Entonces, si para las empresas con mayor penetración en el mercado de clientes no proceso era conveniente que la licitación se declarara desierta (para evitar que se transparentara el mercado); si las empresas ofrecieron en las primeras rondas un precio menor del que podían (incluso a pesar del atractivo de lo licitado en términos de volumen y riesgo); y si no daba lo mismo el monto ofrecido en las primeras rondas; la pregunta de rigor era cómo podía cada licitante confiar en que ninguno de los otros iba a ofrecer menores precios, ni aceptar el precio de referencia en las primeras rondas del proceso de licitación. Para el TDLC, los múltiples indicios aportados unidos al razonamiento lógico propio de la sana crítica permiten concluir que la respuesta natural y obvia es la colusión entre los oferentes para hacer fracasar la licitación:

“Que ha quedado así establecido que, para los oferentes con mayor penetración en el mercado de clientes “no proceso”, era conveniente que la licitación se declarara desierta. Asimismo, se ha demostrado que tales empresas no ofrecieron en la licitación precios ni siquiera comparables con los que cobraban antes de la misma (descontando los costos de los estanques y otros relacionados). En estas circunstancias, **cabe preguntarse cómo podía cada licitante confiar en que ninguno de los otros iba a ofrecer menores precios, ni aceptar el precio de referencia**, precio éste último que era predecible que fuera sustancialmente menor al promedio vigente y cercano al más bajo que pagaba un hospital público (en este caso, \$329/m³ que se cobraba al Hospital de Talca, según consta en el documento aportado por Cenabast a fojas 623). **Esta pregunta resulta particularmente importante si se tiene en cuenta que competía en la licitación Praxair, ya que a esta empresa no le afectaba mayormente que se transparentara el mercado, pues esta compañía cubría un porcentaje mínimo del mercado de clientes no proceso (entre 2% y 3%). La respuesta natural y obvia para esta pregunta es la colusión entre los oferentes con el objeto de hacer fracasar la licitación.** De hecho, en el informe económico acompañado por Indura a fojas 694, se admite explícitamente que los hechos pueden explicarse por la colusión (página 70). Sin embargo, todas las requeridas presentaron teorías alternativas para intentar explicar la dinámica de esta licitación; explicaciones que, a juicio de estos sentenciadores, no han sido justificadas con evidencia ni

indicios suficientes para desvirtuar la presencia de colusión”; (C.88, p. 120) (énfasis agregado).

Junto a los indicios mencionados precedentemente, el TDLC destaca la supuesta inconsistencia lógica de algunas hipótesis alternativas, lo que le permitía, eventualmente, mantener incólume la razonabilidad y mayor probabilidad de sus tesis frente a otras alternativas⁴⁶.

Entre las argumentaciones de las empresas de oxígeno dirigidas a debilitar la tesis de la colusión en la licitación (propugnada por la FNE y que reelaborara con mayor profundidad en la sentencia el TDLC), se destacó aquella que sostenía el poco incentivo en términos costo-beneficio que habría en coludirse por un mercado tan pequeño dentro de su cartera de clientes. Junto con exponer tal argumentación, el TDLC retruca sosteniendo la importancia de lo que estaba en juego:

“[L]as requeridas han argumentado en su favor que la tesis de colusión para el mercado del oxígeno medicinal para los hospitales públicos es débil, puesto que representa sólo un 9% del mercado total del oxígeno, medido en términos de ventas (estimado a partir de la información del informe de Cenabast acompañado a fojas 556). Por tanto, y siempre según las requeridas, nadie estaría dispuesto a asumir los costos de coordinación necesarios para cartelizar un segmento tan despreciable del mercado. Sin embargo, a juicio de este Tribunal, dado que la opacidad beneficiaba las negociaciones de las empresas requeridas tanto en el mercado medicinal público, como en el medicinal privado, y en el mercado industrial no proceso, el porcentaje de ventas afectado por la mayor transparencia de una licitación exitosa era muy superior,

46 Se transcribe, a continuación, el examen de uno de los planteamientos de Praxair y la reorientación del mismo para los propios propósitos argumentativos del TDLC: “Sin embargo, el argumento contenido en el informe [de Praxair] antes citado debe completarse en el sentido que, para cada empresa, era tan inconveniente que el proceso de sinceramiento de los costos se diera por una oferta propia como que se produjera por una oferta de un competidor. Es por ello que no es verosímil la explicación contenida en el informe económico acompañado por Praxair a fojas 753, en cuanto a que **dentro de los costos considerados por cada empresa para formular su oferta en la licitación se debió incluir la rebaja de precios que se verían forzados a otorgar al resto de sus clientes y que, por eso, no pujaron más hacia la baja;** y no parece verosímil por cuanto para cada empresa era igualmente perjudicial que la transparencia en el mercado se diera por su propia oferta en la licitación que por oferta de sus competidores;” (C.85, págs. 118-119).

llegando a ser siete veces la que estaba en juego en la licitación, como se desprende de los documentos reservados acompañados por la Fiscalía Nacional Económica a fojas 717 y que están contenidos en los cuadernos formados según solicitó dicha Fiscalía a fojas 943 y según dispuso este Tribunal a fojas 944. En consecuencia, si bien es cierto que la licitación abarcaba un pequeño porcentaje del mercado, una licitación exitosa amenazaba la política de precios para una parte importante del mercado del oxígeno, lo que constituye otro indicio apto para establecer la existencia de una práctica concertada entre las requeridas;" (C.87, p. 119) (énfasis agregado).

Para empezar a finalizar este acápite, se transcribe la propia síntesis de la tesis levantada por el TDLC y que le permitiría avalar su convicción de que hubo una práctica concertada de las empresas de oxígeno dirigida a hacer fracasar la licitación:

"Que, en síntesis, dado lo expuesto y habiéndose acreditado que el éxito de la licitación de Cenabast implicaba transparentar un mercado sumamente opaco, como en definitiva ocurrió, los incentivos reales de Indura, y también los de AGA y Air Liquide, eran que la licitación fallara. Para que fallara, era necesario que nadie aceptara el precio de referencia y, para lograr esto, se requería a su vez de algún tipo y grado de coordinación". (C.86, p. 119).

La argumentación del TDLC, en nuestra opinión, refleja un completo e inteligente esfuerzo por hilar diferentes indicios de modo que, apreciados en su conjunto, permitan sostener una tesis plausible de colusión. Pero, ¿es dicha plausibilidad suficiente para tenerse por probada la infracción y, en definitiva, sancionar? En el siguiente capítulo se abordará el tema con mayor profundidad. Basta, por ahora, adelantar nuestra respuesta negativa a la interrogante planteada.

Hay que consignar que así como existían indicios a favor de la tesis de colusión, también los había en el sentido contrario, los cuales aunque no fueran suficientes para hacer predominar (en términos de probabilidades) explicaciones alternativas, constituían elementos debilitadores de la fortaleza del planteamiento a favor de la colusión. El voto de minoría los detalla con bastante claridad⁴⁷. Sólo a modo de

47 Ver al respecto el considerando 9 del voto de minoría de la sentencia del TDLC.

síntesis, se pueden mencionar los siguientes: (i) el presumible conocimiento de que la licitación había sido diseñada con el objeto de romper cualquier acuerdo oligopólico que pudiera existir entre las requeridas; (ii) el hecho de que, en definitiva, los resultados de la licitación no fueran consecuencia del acuerdo; y (iii) los dos testimonios y un documento que dan cuenta que a lo menos Praxair y AGA contrataron profesionales expertos para planificar una estrategia que les permitiera ganar la licitación, además de la constancia de las reuniones pertinentes celebradas para el efecto.

De hecho, y en línea con aquellos indicios debilitadores de la plausible tesis de colusión desarrollada por el TDLC, merece atención el caso de Praxair. Fue dicha empresa la primera en aceptar una baja radical a los precios que se venían ofreciendo en las primeras rondas del proceso de licitación y, a su vez, aquella que tenía el mayor interés por capturar mayores cuotas de mercado de manos de las empresas con mayores participaciones de mercado. La teoría, como se ha reseñado en los primeros acápites, ha resaltado, además, lo complejo que resulta arribar a una colusión con empresas tan disímiles en su participación de mercado. En un escenario de racionalidad de los distintos actores, cuesta imaginar que las demás empresas —en el supuesto de haber habido colusión— no hubieran previsto la posibilidad de una “traición” de Praxair (beneficiosa para ésta y perjudicial para los demás). Lo anterior debilita aún más la convicción pro-colusión a la que pudiera llegarse si se asume que las posibilidades de una retaliación suficiente y oportuna por las demás en contra de ésta (propias de toda colusión que se precie de tal) no se vislumbra con claridad, menos en un proceso breve y determinante como el de la licitación. Además, debe considerarse, tal como se alude en el párrafo anterior, que dicha empresa se apoya en otros indicios que favorecen su causa, como lo constituyen ciertos testimonios y documentos que darían cuenta de su planificación estratégica para aprovechar y vencer en esta oportunidad que se le estaba abriendo. A continuación se transcribe la aludida explicación, la cual, en nuestra opinión, no resulta todo lo convincente que uno esperaría, dada la especial situación de dicha empresa:

“El único actor con casi nula participación en el mercado opaco (el de los clientes “no proceso”) era Praxair, tal como lo acreditan los documentos reservados acompañados por la Fiscalía Nacional Económica a fojas 717 y que están contenidos en los cuadernos formados según solicitó dicha Fiscalía a fojas 943 y según dispuso este Tribunal a fojas 944. Por otra parte, si bien Praxair no tenía los mismos incentivos para provocar el fracaso de la licitación, dada su baja participación en el mercado, también tenía incentivos para ser parte de y apoyar el acuerdo colusivo, pues de esta forma eliminaba la competencia en la licitación, y así aumentaba la probabilidad de adjudicársela”; (C.86, p. 119).

En fin, la prueba circunstancial sobre la que el TDLC sustenta su pronunciamiento se basa en múltiples indicios que apreciados en su conjunto permitirían levantar en forma plausible y, eventualmente, con alguna mayor probabilidad que improbabilidad la tesis de colusión. Atentan en contra de una mayor fortaleza en la convicción alcanzada y de la probabilidad consiguiente aquellos indicios que operan en la línea opuesta y, más fundamentalmente, en nuestra opinión, la ausencia de evidencia directa o indirecta de contacto o comunicación entre las empresas de oxígeno.

9. ¿ES EL ESTÁNDAR DE PRUEBA UTILIZADO POR EL TDLC SUFICIENTE PARA ACREDITAR UNA CONCERTACIÓN EN LA LICITACIÓN?

La insatisfacción por parte de las empresas de oxígeno y quizá de la FNE con las conclusiones del TDLC llevó a los mencionados a entablar un recurso de reclamación de la sentencia ante la Corte Suprema. El punto neurálgico de la discusión consistió en si existió o no evidencia suficiente para acreditar la existencia de la infracción de concertación en el proceso de licitación, la cual dio lugar a severas multas para las empresas.

Esta parte se desarrollará de la siguiente manera. En primer lugar, se analizará la discusión suscitada respecto de la carga o peso de la prueba. En segundo lugar, desarrollaremos el importante tópico relativo a cuál es el estándar de prueba exigible para casos de colusión, lo cual nos

permitirá entender las razones teóricas detrás de la respuesta a la pregunta que intitula este trabajo. En tercer y último lugar, examinaremos lo que nos dice en materia de prueba la sentencia de la CS.

La Corte Suprema, luego de resumir la argumentación de las empresas de oxígeno, hace lo mismo con la FNE, a continuación de lo cual rebate la idoneidad probatoria de los antecedentes aportados por ésta. En la parte final hace lo mismo con la argumentación del TDLC.

En síntesis, las principales argumentaciones de las empresas son las siguientes: (A) se habría alterado el peso de la prueba; (B) se habría infringido el estándar mínimo de apreciación de la prueba; y (C) no habría existido lesión alguna a la libre competencia⁴⁸. A continuación se desarrollarán los dos primeros puntos (A y B):

(A) SE HABRÍA ALTERADO EL PESO DE LA PRUEBA

En nuestra opinión, el alegato de que se habría modificado la carga de la prueba deriva en parte de la postura sobre el tema de la FNE (y en menor medida del TDLC) y en parte, posiblemente, de una equivocada concepción del estándar de prueba exigido, es decir, del grado de convicción aceptable.

Tal como consta en la sentencia de la CS, la FNE plantea que una vez presentado un importante cúmulo de antecedentes e indicios demostrativos de un comportamiento concertado, “era a éstas [las empresas] a quienes les correspondía probar los diversos factores que entregarían una explicación diversa de aquella a la que conduce la lógica y las máximas de la experiencia” (C.7, p. 14). Más adelante refuerza nuevamente lo mismo al manifestar que “aunque el fallo [del TDLC] sostuvo que las requeridas no probaron las circunstancias o motivaciones de su conducta, de todas formas las absolvió, pese a que era a ellas a quienes correspondía probar tales circunstancias” (C.7, p. 15).

48 Este último aspecto se tratará más adelante en el capítulo XII.

Según las empresas⁴⁹, el TDLC también habría alterado el *onus probandi* al señalar en su sentencia que “[s]in embargo, todas las requeridas presentaron teorías alternativas para intentar explicar la dinámica de esta licitación; **explicaciones que, a juicio de estos sentenciadores, no han sido justificadas con evidencia ni indicios suficientes para desvirtuar la presencia de colusión**”; (C.88, p. 120).

La CS no entró en mayores disquisiciones sobre el tema de la carga de la prueba, sin perjuicio de lo cual en uno de los pasajes de la sentencia recordó que “correspondía a quien formuló tal imputación, la Fiscalía Nacional Económica, probar la existencia de tal infracción, lo que no ocurrió” (C.12, p. 20).

¿SON ERRADAS LAS APRECIACIONES VERTIDAS POR LA FNE Y EL TDLC?

Mientras la CS hace referencia a lo que siempre se ha entendido como la carga legal de la prueba (*legal burden* o *burden of persuasion*), consistente en la obligación de la FNE como parte demandante o requirente del proceso contencioso en comento de ser ella quien tenga que probar la infracción de los demandados o imputados hasta satisfacer el estándar de evidencia requerido para formarse una convicción, la FNE está refiriéndose a lo que en el mundo anglosajón se conoce como *evidentiary burden* o *burden of leading evidence*. Esto último se caracteriza porque la obligación probatoria cambia a la otra parte (en este caso los demandados) una vez que la evidencia proporcionada por el demandante es considerada por el tribunal o por la ley *prima facie* prueba de algún punto controvertido. En tal caso, se dice que la carga de refutar la presunción recae en la otra parte.

Un comentado ejemplo de algo similar a lo que se ha descrito en el segundo caso (*evidentiary burden*) lo constituye la nueva ley de la

49 Véase, por ejemplo, el argumento relatado por el considerando 4 de la Sentencia de la Corte Suprema. Hay que consignar, también, que el voto de minoría de la sentencia del TDLC (ver considerando 6) hace bastante énfasis en lo que, en su opinión, constituiría una alteración en el *onus probandi*.

libre competencia de Turquía, en el cual se adoptó la figura de la presunción de práctica concertada una vez que se haya probado un paralelismo consciente en el comportamiento de los imputados, los cuales una vez comprobado lo anterior, tienen el peso de demostrar su inocencia⁵⁰. Desde luego, en Chile no existe ningún tipo de presunción legal sobre el particular. En nuestra opinión, los comentarios citados de la FNE van más allá de lo admitido en nuestra legislación y, como se explicará, constituyen una aproximación distinta a la que ha tenido el TDLC según el párrafo citado (la similitud es sólo aparente).

Lo que ha hecho el TDLC no es cambiar la carga de la prueba, sino sólo analizar y evaluar las hipótesis o tesis alternativas presentadas por las partes. Cuando el TDLC plantea que las explicaciones alternativas “no han sido justificadas con evidencia ni indicios suficientes para desvirtuar la presencia de colusión”, lo que está haciendo es testear (o someter a verificación) la tesis argumental desarrollada por el mismo tribunal y, en definitiva, validarla lógica y racionalmente. De hecho, habría constituido una debilidad argumental de la sentencia si no se hubiese hecho. Incluso más, ante un escenario en que la prueba no es directa, sino conjetural (vía indicios), sería del todo razonable que el TDLC igual hubiera explicitado un razonamiento que ensayara explicaciones alternativas razonables como forma de verificar la fortaleza de las inferencias y razonamientos lógicos. Obviamente que no basta con sostener que las hipótesis de las empresas demandadas carecen de justificación para entender que se ha probado la existencia de la infracción. Pero este no es el caso. Se trata de un fallo de 130 páginas en el que el TDLC ha ocupado muchísimos considerandos en explicar paso a paso el encadenamiento lógico de la evidencia indiciaria que lo ha llevado a levantar una tesis constitutiva de la convicción que ésta tiene de la existencia de una acción concertada de las empresas de oxígeno en el proceso de licitación.

50 Véase a ATIYAS ÍZAK y GÖNENK GÜRKAINAK (2006): “Presumption of Concerted Practice: a Legal and Economic Analysis”. 4th Symposium on Recent Development in Competition Law, Erciyes University, 7 de abril.

(B) SE HABRÍA INFRINGIDO EL ESTÁNDAR MÍNIMO
DE APRECIACIÓN DE LA PRUEBA

En la discusión de la primera parte respecto de qué debiera entenderse por práctica concertada y en la más reciente sobre la evidencia desplegada por las partes para acreditar la existencia o inexistencia de la misma, se está haciendo referencia a lo que podría denominarse el estándar sustantivo de prueba. El tema que se abordará a continuación dice relación, en cambio, con el estándar “formal” de prueba, esto es, con el grado de convicción necesario para arribar a la conclusión de que ha habido una infracción a la libre competencia en razón de haberse incurrido en una práctica concertada. Sobre el particular es posible distinguir, para estos efectos, tres tipos de estándares, los cuales más allá de sus denominaciones anglófonas (y no por ello despreciables para nuestro mundo jurídico)⁵¹ constituyen criterios utilizados en materias de libre competencia tanto en EE.UU. (y demás países de raíz anglosajona) como en Europa. Nos estamos refiriendo al criterio típicamente civil fundado en el balance de probabilidades (*The balance of probabilities*), al criterio penal que hace alusión a una convicción que vaya más allá de una duda razonable (*beyond reasonable doubt*); y, por último, a un criterio intermedio caracterizado por la existencia de una evidencia clara y convincente (*clear and convincing evidence*).

The balance of probabilities: este estándar conocido como *preponderance of the evidence* en EE.UU. es el estándar usualmente exigido en material civil y significaría, si se aplicara para este caso en concreto, que la colusión estaría acreditada si la evidencia desplegada indica que es más probable que aquello haya sucedido a que no haya ocurrido. En otras palabras, el estándar se entiende satisfecho si hay una probabilidad de más de un 50% de que la afirmación sea verdadera. A estas alturas lo que se está diciendo podría parecer descabellado si

51 Lo relevante, más allá del nombre que pueda proporcionarse para los distintos criterios, radica en que aluden a parámetros (mentales) presentes al apreciar la prueba que no pueden soslayarse en nuestro ordenamiento jurídico, ni menos cuando debe decidirse un caso de libre competencia.

nos colocáramos en un escenario “blanco o negro” en donde sólo son aceptables dos tipos de posiciones: o está probado o no está probado. Pero, hay que tener presente que lo anterior no implica que el tribunal no haya llegado a una convicción. Lo que quiere decirse es que el grado de convicción admite variaciones⁵².

Beyond a reasonable doubt: este parámetro es el requerido en material penal y, como sería razonable esperar, contiene una exigencia mayor en el grado de convicción (y apreciación de la prueba) que la que opera en materia civil. En materia criminal, el derecho se expresa en su forma más violenta (piénsese en una pena privativa de libertad) y, por ello, el grado de seguridad en sus convicciones que deben tener los sentenciadores para declarar culpable a un individuo debe ser altísima. En términos de probabilidades, algunos hablan de 99% y otros de 90%⁵³.

Clear and convincing evidence: este criterio representa un término medio de los dos anteriores. Para satisfacerlo no basta que haya más probabilidades de que exista colusión a que no, de acuerdo a la evidencia desplegada y a la apreciación de la misma. Lo exigido no es que haya una mayor probabilidad, sino que ésta sea bastante clara, mucho más alta.

52 Permítasenos, a modo ilustrativo, rescatar la construcción lógica que se desprende de parte del lenguaje utilizado en una oración del voto de minoría: “Que, si bien ninguno de los antecedentes antes reseñados prueba que no haya existido colusión, hecho negativo que no puede probarse ni corresponde a las requeridas hacerlo, éstos **fortalecen la convicción a que este sentenciador ha llegado**” (Voto de minoría, C.13, pág. 129). Independiente de que nuestra apreciación pueda ser un poco más benigna respecto de la plausibilidad y probabilidad de la tesis de colusión a la que ha llegado el TDLC, cuando el ministro en dicho voto disidente habla fortalecer su convicción, esto no indica que sin estos antecedentes él no pueda arribar a una convicción probatoria. Lo que se puede sugerir es que su convicción puede ser aún mayor, es decir, con una aún mayor seguridad o una aún mayor probabilidad de certidumbre.

53 Como puede intuirse, hablar de probabilidades puede resultar un poco jabonoso. Aquello no puede negarse, pero no parece insensato, y al final de utilidad, realizar este tipo de ejercicio.

¿CUÁL DEBIERA SER EL ESTÁNDAR DE PRUEBA EXIGIBLE PARA CASOS DE PRÁCTICAS CONCERTADAS ENTRE COMPETIDORES?

Para comenzar a contestar esta interrogante queremos dejar claro que, en nuestra opinión, debe existir un estándar mayor que para casos puramente civiles en donde, por ejemplo, el tipo de sanción que pudiera estar involucrada es una de carácter básicamente compensatoria. Es decir, no bastaría, desde luego, con argüir que la tesis del TDLC es simplemente plausible (posible, pero no probable), plausibilidad reconocida por una de las empresas. Pero tampoco sería suficiente admitir que la tesis avalada por el TDLC es más probable que improbable de acuerdo a un balance de probabilidades (*balance of probabilities*).

No debiera perderse de vista que lo que está en juego aquí es la imposición de una sanción reflejo de la acción punitiva del Estado. Ciertamente la infracción imputada no es aún una de carácter penal (como en otras jurisdicciones) lo que implicaría un estándar de prueba altísimo (*beyond reasonable doubt*)⁵⁴. Sin embargo, y dada la naturaleza administrativa (y por ende, punitiva) de la sanción, la apreciación de la prueba no debiera ser inferior al tercero de los estándares mencionados, esto es, que exista una evidencia clara y convincente (*clear and convincing evidence*).

Ilustrativo del exigente estándar requerido en este tipo de infracciones nos lo recuerda Graeme SAMUEL (2005, p. 14) *chairman* de la Australian Competition and Consumer Commission (ACCC) quien afirma que

“debido a la naturaleza de la pena bajo la *Trade Practices Act* la ACCC debe probar estos asuntos bajo un estándar que es superior que la usual carga civil del ‘balance de probabilidades’. [] La ACCC debe probar su caso bajo un estándar *quasi-criminal*, donde la existencia de los hechos materiales debe ser probada ‘claramente’, ‘inequívocamente’, ‘estrictamente’ o ‘con

54 No es algo que se discuta en EE.UU. que el estándar de prueba para los casos de carteles (colusiones) sea aquel propio de casos criminales. Hay que recordar que en dicho país, a diferencia del nuestro, la infracción está tipificada como delito.

certidumbre'. [] Cuando sanciones criminales son introducidas, y es necesario probar el asunto 'más allá de una duda razonable', los obstáculos probatorios serán incluso mayores".

En nuestra opinión, y aún reconociendo la dificultad que existe en apreciar la prueba de un caso de varios centenares de páginas de acuerdo, principalmente, a lo relatado en la sentencia del TDLC, creemos que no se alcanzó el estándar de prueba suficiente. En otras palabras, pensamos que se ha acreditado de sobra la plausibilidad de la hipótesis de colusión de las empresas en el proceso de licitación. También se puede considerar (gracias a un inteligente y trabajado proceso lógico de inferencias de los indicios acreditados) que la explicación de colusión, bajo nuestra visión, es más probable que improbable (y, por ende, que es más probable que las explicaciones alternativas levantadas por las empresas)⁵⁵. No obstante, consideramos que la evidencia (y el grado de convicción derivado) no alcanza aquel estándar en virtud del cual la probabilidad es sumamente clara y alta.

Creemos que la razón fundamental de lo anterior radica en la ausencia de evidencia de algún tipo de contacto o intercambio de información entre las empresas de oxígeno. La evidencia circunstancial resulta importantísima y en este artículo (a diferencia de lo que podría eventualmente sugerir la sentencia de la CS—dependiendo de cómo se interprete—) hemos intentado destacarlo. Pero no puede soslayarse que el uso de la evidencia circunstancial puede ser problemática. Como se ha reconocido en el reciente documento de la OECD “Prosecuting Cartels without Direct Evidence of Agreement” (2006, p. 9) “tal evidencia [la circunstancial], especialmente la evidencia económica, puede ser ambigua. Esta debe ser correctamente interpretada por los investigadores, las agencias de competencia y los tribunales. Importantemente, la evidencia circunstancial puede ser, y a menudo lo es, usada junto a evidencia directa”. Para algunos, “la evidencia

55 Recordemos, nuevamente, que la comparación respecto del grado de plausibilidad o probabilidad entre tesis alternativas no es esencial. La tesis de colusión en sí misma (aún sin explicitación de explicaciones alternativas) debe reunir el grado de convicción o probabilidad suficiente.

circunstancial puede ser el humo, pero se necesita más”⁵⁶. Como lo plantea SAMUEL (2005, p. 15) lo común es que no haya un acuerdo expreso, en cuyo caso la ACCC debe descansar en una mezcla de evidencia directa y circunstancial o inferencial para probar la contravención.

Sin perjuicio de lo anterior, debe tenerse presente que hay básicamente dos tipos generales de evidencia circunstancial: la evidencia económica ya aludida y la evidencia de comunicación entre los operadores del cartel, como podría ser aquella que se refiere a evidencia de conversaciones telefónicas o reuniones⁵⁷. Como lo reconoce el documento aludido de la OECD (2006, p. 10) “casi todos los casos de [evidencia] circunstancial descritos por las delegaciones incluyeron evidencia de comunicación”. En el caso que hemos comentado, la evidencia circunstancial presentada por la FNE y en el cual se ha basado (con refinaciones adicionales) el TDLC es de carácter económica más que (utilizando la categorización aludida) “de comunicación”. Como ya lo planteáramos, es precisamente la ausencia de evidencia de contacto o comunicación el “talón de Aquiles” de una muy lógica argumentación por parte del TDLC.

DESPENALIZACIÓN Y ESTÁNDAR DE PRUEBA

Ya se ha afirmado precedentemente (aludiendo a las palabras de SAMUEL) que cuando sanciones criminales o penales son introducidas (entendiendo por tales aquellas que derivan del establecimiento de delitos —no ya de infracciones administrativas)⁵⁸, los obstáculos

56 Prof. FRANK ZUMBO, citado por SAMUEL 2005, pág. 15.

57 Hablamos de evidencia circunstancial (y no directa) en aquellos casos en que no se sabe la sustancia de la conversación.

58 Que las sanciones penales y las sanciones administrativas deriven, ambas, del *ius puniendi* del Estado no significa que sean iguales. Del mismo modo, no es lo mismo que se establezca una infracción administrativa a que lo que se consagre sea un delito propiamente tal. Se plantea lo anterior aún admitiendo que estas disquisiciones son objeto de amplios análisis por parte de la literatura especializada y, en el último tiempo, por parte de la jurisdicción constitucional.

probatorios son mayores⁵⁹. Es por ello que se suele distinguir entre estándares criminales y *quasi*— criminales. Igualmente importante, en todo caso, es destacar que la exigencia probatoria para aquellos casos en que se imponen sanciones penales o administrativas es mayor que cuando lo que se decide es un asunto civil, estos últimos los cuales (como ya se manifestara) son resueltos bajo el estándar del balance de probabilidades.

Además, vale la pena estar consciente que esta mayor exigencia en términos probatorios (en la apreciación de la prueba) hace que resulte más difícil (no imposible), en la práctica, la admisión de la prueba circunstancial. Tal como lo sintetiza la OEDC (2006, p. 10) el carácter administrativo o penal de la infracción puede afectar el estándar de prueba en el tratamiento de los carteles a nivel nacional y, por ende, el uso de evidencia circunstancial. Lo anterior es ilustrado, entre otros, con lo ocurrido en EE.UU., donde la persecución criminal de los carteles ha implicado que “virtualmente todos sus casos están contruidos sobre evidencia directa”, de lo que no se deriva, en cualquier caso, que la evidencia circunstancial no sea admisible y útil en dicho país como en cualquier otra parte⁶⁰.

EL FALLO DE LA CORTE SUPREMA

En la sentencia de la CS recaída en los recursos de reclamación interpuestos ésta manifiesta que ni la colusión para repartirse el mercado ni la concertación para hacer fracasar el proceso de licitación se acreditó debidamente. Sólo para ilustrar el estilo de las opiniones que el fallo vierte sobre la evidencia desplegada se señalan, a continuación, algunas

59 Los documentos emitidos por la USDOJ o sus directivos dan cuenta de la misma línea de pensamiento.

60 Quizás en consideración a lo anterior es que puede también entenderse lo manifestado por el ejecutivo en el Proyecto de Ley en donde se expresa que “la supresión del carácter penal de las sanciones para quienes atentan contra la libre competencia, ha provocado que los agentes económicos, en tanto sujetos racionales, asuman un riesgo real de ser sancionados”.

de las expresiones usadas: “... no es concluyente para este fin”, “... en ningún caso es posible colegir de ella el acuerdo ...”, “... el informe ... formula sólo una conjetura”, “... el informante no tiene certeza de la existencia de un acuerdo”, “... documentación ... carente de todo valor probatorio ...”, “... en ningún caso se refiere a una situación que en forma inequívoca pudiese llegar al establecimiento de la concertación ...”, etc.⁶¹. Está claro que para la CS el estándar para apreciar la prueba es más alto que el utilizado por el TDLC (y por el de la FNE), pero a lo largo de la sentencia no explica muy claramente (al menos en opinión del suscrito) en qué consiste o por qué.

Aún reconociendo la complejidad de estos casos (y más aún en un expediente de más de dos mil fojas), no es fácil deducir de lo manifestado por la CS una doctrina clara y asertiva sobre la materia. Su fallo podría dar lugar a diferentes interpretaciones en lo que se refiere al estándar de prueba exigido. Es cierto que en el resultado final lo manifestado en este artículo concuerda con el pronunciamiento final de la CS, pero la ausencia de un pensamiento elaborado o de una doctrina positiva para llegar a tal conclusión nos dejan un poco en la penumbra.

Lo que sería negativo, en nuestra opinión, es que terminara imponiéndose una interpretación de los pronunciamientos de la CS que fueran por un camino en que predominara una lógica blanco o negro desestimando el matiz explicado respecto de los grados de convicción y las probabilidades involucradas, así como la lógica detrás de la prueba indiciaria. No puede olvidarse que una de las gracias de este nuevo TDLC (y su integración mixta de economistas y abogados) radica en los nuevos aires respecto de la apreciación de la prueba y la importancia de la prueba circunstancial o por indicios.

61 Las expresiones que se citan nos permiten, de acuerdo a nuestra percepción, ilustrar el desacuerdo de la CS con la evidencia con que se intenta probar la colusión. Son expresiones de rechazo. Se nos está diciendo, enfáticamente, que no se ha alcanzado el estándar de prueba necesario. Pero de la lectura completa del fallo, pensamos que no podría decirse que se está en presencia de un fallo cuya doctrina nos servirá de clara guía para el futuro.

A modo de ejemplo, en seguida se hará un comentario breve a la opinión de la CS sobre la evidencia probatoria desplegada por el TDLC, la cual se contiene básicamente en los considerandos 13 y 14. Comienza el análisis expresando su intención de referirse a los indicios probatorios desplegados:

“Que cabe analizar a continuación, si los antecedentes que el tribunal de defensa de la libre competencia denomina ‘indicios relevantes’, para establecer si en la licitación de autos concurren o no los incentivos que, según la requirente, habrían llevado a las participantes a coordinar su comportamiento, realmente tienen ese carácter. En efecto, los indicios o presunciones requieren de la existencia cierta de hechos en base a los cuales es posible deducir otros”. (C.13, pp. 22-23).

Hecha sin embargo la introducción, aparece una evaluación de la misma por parte de la CS, la cual, luego de la cita, se intentará demostrar por qué puede causar cierta perplejidad:

“En este caso no existen hechos probados que sirvan de indicios suficientes para acreditar que las requeridas actuaron concertadamente. **La sentencia lo concluye del único hecho acreditado**, cual es, que en las primeras etapas de la licitación las empresas de autos ofrecieron precios muy superiores al precio que cobraban a los hospitales antes de dicho proceso, y por cierto mayor que el precio de referencia, que fue por el que finalmente se adjudicaron los contratos, agregando que, a juicio de los sentenciadores, no existe justificación económica para la falta de competencia en dicha etapa”. (C.13, p. 23) (énfasis agregado).

Se ha adelantado que dicho párrafo puede causar perplejidad. Creemos que esto puede ser así en razón de que a diferencia de lo que se plantea por la CS hubo muchos hechos o circunstancias probadas o acreditadas (y no sólo uno) que sirvieron de fundamento para la tesis del TDLC. Sobre lo anterior se ha hecho referencia en este trabajo en el acápite VIII.-B. En efecto, el fallo de la CS parece haber olvidado no sólo que hubo un cúmulo de indicios estructurales (de la industria) que sirvió a los propósitos del TDLC (antecedentes que no pueden ser descartados de su calidad de indicios), sino, también, que hubo a lo

menos cinco antecedentes o indicios conductuales (de cuya existencia no se discute), que mirados en su conjunto (todos ellos) permiten construir el escenario o panorama global en base al cual se realizaron las deducciones pertinentes. Tal apreciación de la CS pueden dejar la duda de qué tanto entendimiento existe respecto de la naturaleza de la prueba indiciaria y del tipo de razonamiento lógico utilizado en la argumentación de casos de libre competencia⁶².

Ahora bien, distinta es la discusión de si la prueba circunstancial aportada es suficiente o no para probar la colusión, aspecto sobre el cual ya nos hemos referido y que nos ha permitido llegar a una conclusión negativa. Habría resultado interesante, sobre el particular, una profundización por parte de la CS a partir de lo que siguió manifestando en su fallo:

“Comienza entonces un análisis de las distintas hipótesis posibles, y concluye que la más plausible es la teoría de la colusión, **lo que por cierto es del todo insuficiente para poder determinar fehacientemente su existencia**, máxime, si como se reconoce en el fallo, el proceso de licitación resultó un éxito.

[]

[A]ún cuando se estimara que efectivamente a todas las empresas les convenía que el proceso de licitación fracasara, **ello por sí solo, desde luego no comprueba que existió, entonces, una colusión de éstas para lograrlo**. Tampoco es posible desprenderlo de las conductas desplegadas por las empresas, desde que es perfectamente posible, como lo señalaron al formular sus descargos, que ello obedeciera a una estrategia ...” (C.13 y 14, p. 23) (énfasis agregado).

La cita recién transcrita nos permite sugerir dos reflexiones sucintas. En primer lugar, plantear que evidentemente no podría bastar con sostener que “a todas las empresas les convenía que el proceso de licitación fracasara” para desprender de ello la existencia de una

62 Ciertamente es que pueden existir indicios más directos e indirectos o inmediatos y mediatos, pero el planteamiento de que la sentencia del TDLC se funda tan sólo en un único indicio resulta bastante equívoca.

colusión. El punto es que el razonamiento del TDLC fue bastante más profundo que eso. Y, en segundo lugar, manifestar que cuando la CS sostiene que “[la teoría de la colusión] es del todo insuficiente para poder determinar fehacientemente su existencia” habría sido interesante una profundización de la misma acerca de por qué no es suficiente. ¿Es insuficiente, acaso, por la metodología de razonamiento desplegada, o lo es, por ejemplo, porque el grado de plausibilidad o probabilidad no es suficiente? En fin, deberemos esperar nuevos pronunciamientos de la CS para advertir con mayor claridad el valor de los precedentes que debieran servirnos de guía, sin evitar manifestar, por último, que dejamos abierto un tema distinto e importante que amerita en el futuro un examen: ¿Cuál debiera ser el rol de la CS en la resolución de recursos de reclamación y cuál debiera ser el estándar de revisión pertinente?

10. LA EFICIENCIA DE LOS HOSPITALES PÚBLICOS, LAS LICITACIONES DEL SECTOR PÚBLICO Y LA COMPETENCIA

En la primera parte de este trabajo se señalaron algunos elementos que aumentaban la probabilidad de que en un mercado existieran comportamientos concertados. Dentro de éstos se mencionó la incidencia de la parte correspondiente a los “compradores”. Textualmente se dijo que “[u]n cartel es más probable de ser encontrado donde: (a) hay muchos compradores; (b) los compradores pueden ser fácilmente monitoreados; y (c) los compradores carecen de *expertise*.”. Salvo lo indicado en la letra (b), en el caso en estudio, donde los compradores eran los hospitales públicos, se habría dado de manera bastante clara lo expuesto en las letras (a) y (c)⁶³.

Lo que nos interesa destacar aquí, brevemente, es que no solamente puede hablarse de falta de *expertise* por parte de los hospitales públicos

63 En aquellos casos en que los contratos entre los hospitales y los proveedores de oxígeno eran celebrados por escritura pública (como parece haber ocurrido en algunos casos), se facilita la posibilidad de monitoreo.

en su gestión relativa a la compra de oxígeno como insumo, sino que es posible hablar, derechamente, de ineficiencia, con lo cual aparecen las sombras del recurrente tema de la mala administración de los hospitales públicos en particular y de los problemáticos incentivos de las empresas de propiedad pública en general para alcanzar adecuados niveles de eficiencia. A este respecto, resulta significativo el reconocimiento explícito por el TDLC de la ineficiencia de los hospitales públicos:

“Que de los antecedentes que rolan en autos este Tribunal se ha formado la convicción de que los hospitales públicos se enfrentaban, antes del llamado a licitación de Cenabast, a un mercado opaco, con grandes asimetrías de información respecto de las alternativas y precios de oxígeno medicinal, y también respecto de los precios disponibles en el mercado del oxígeno industrial. **Esta situación se veía agravada por los procedimientos poco eficientes utilizados por los hospitales para contratar el suministro de oxígeno**”. (C.56, p. 102) (énfasis agregado).

Por un lado, podría decirse que la mala gestión de los hospitales públicos puede constituir un caldo de cultivo (unido a otros factores) para la aparición de carteles o abusos anticompetitivos en contra de los cuales se debería luchar. Y por otro, dicha ineficiencia constituye una suerte exposición imprudente al riesgo que no permite un adecuado aprovechamiento de las posibilidades que brinda el mercado (piénsese en menores precios y mejores condiciones)⁶⁴.

El relativo éxito de la licitación de CENABAST constituyó un marcado contraste con la situación anterior a dicho proceso y permite valorar este tipo de mecanismos, en particular cuando se diseñan correctamente⁶⁵. En virtud de dicha licitación se buscó transparentar

64 De hecho, varias de las empresas imputadas hicieron ver en sus defensas que dicha ineficiencia no podía imputárseles a ellos (véase, por ejemplo, Vistos 4.20, p.32 de la Sentencia del TDLC).

65 No se discute que el resultado de la licitación de CENABAST constituyó una buena noticia (en especial si se la compara con la situación anterior). Lo que sí se discute es si el resultado de este proceso pudo ser mejor, tema que va relacionado con la controversia sobre si hubo o no hubo lesión a la libre competencia derivada de la imputada colusión en dicho proceso.

los términos de la contratación, eliminar las cláusulas de opción preferente, el establecimiento de contratos escriturados (por instrumento público) y con plazo fijo (5 años), propender a la seguridad en el pago y reducciones en las moras, y la eliminación de la necesidad de proveer tanques, los que serían adquiridos para cada hospital en otra licitación de CENABAST. Incluso se reconoció por una de las empresas que las condiciones conjuntas de licitación permitían aprovechar economías de escala (envueltas en la provisión a 46 hospitales, como en el caso de la licitación para la zona central). Se mencionó la presencia de ahorros en almacenamiento y logística, además de la menor incertidumbre involucrada, todo lo cual se habría reflejado en menores precios⁶⁶.

Sin duda el diseño del proceso de licitación de CENABAST era el adecuado para el caso en cuestión. De hecho, fue fruto de un cuidadoso análisis por parte de profesionales contratados para el efecto, los cuales tuvieron muy presente los riesgos de colusión existentes. Es cierto que resulta difícil dar una receta general en lo concerniente al diseño de licitaciones. Es algo que debe verse caso a caso. Sin embargo, igual puede resultar útil señalar algunas recomendaciones generales dirigidas a prevenir la colusión con ocasión del diseño e implementación de una licitación⁶⁷:

Respecto de la *búsqueda de postores*, (a) incrementar el número de postores para hacerles más difícil coludirse; (b) mantener en secreto la identidad de los postores⁶⁸. En lo concerniente a la *redacción de las bases*, (c) adoptar especificaciones genéricas y permitir que productos o servicios alternativos puedan ser ofrecidos en la medida de lo posible; (d) pedir que los postores informen sobre los potenciales subcontratistas y su tarificación⁶⁹; (e) consolidar un número de contratos pequeños en

66 Ver Vistos 2.16, p. 15. de la Sentencia del TDLC.

67 Sobre el particular nos basamos en el documento de la ACCC (2005).

68 De esta manera los potenciales conspiradores tendrán más dificultades para saber a quién llamar y, además, quedan advertidos de que pueden haber empresas nuevas o que no sean “del grupo” que pueden participar en el proceso.

69 Esto puede ayudar a identificar la existencia de mecanismos de asignación.

un gran contrato⁷⁰; (f) recordar a los participantes acerca de la colusión y obtener una declaración de éstos de que ellos no se coludirán de modo alguno en la preparación y desarrollo de la licitación. En relación a la *adjudicación de los contratos*, (g) si se reciben ofertas o posturas idénticas, tratar que la adjudicación recaiga sólo en uno o declararla desierta y proceder a una nueva. Dividir contratos cuando se han recibido ofertas idénticas permite que los competidores coludirse para compartir los contratos⁷¹.

Finalmente, conviene destacar, aunque sea someramente, la relevancia de velar por la libre competencia en los procesos de licitación del sector público. Como ya se señaló, el diseño de los procesos resulta significativo si se quiere evitar comportamientos colusivos y propender a mejores niveles de eficiencia y eficacia. Pero sería equivocado mirar sólo hacia dentro. Las compras del sector público no son inocuas para la industria. Es un hecho que éstas pueden tener efectos positivos o negativos para la competencia en el mercado. Por una parte, el sector público, en virtud de su demanda global en ciertos mercados, puede estar en una posición de proteger y promover la competencia, por ejemplo manteniendo una estructura de mercado competitiva a través de la obtención deliberada de sus requerimientos de una variedad de proveedores, incentivando a los proveedores a invertir e innovar, o ayudando a las compañías a superar barreras de entrada. Sin embargo, por otra parte, también el sector público puede restringir y distorsionar la competencia, por ejemplo, adoptando prácticas que tengan el efecto de restringir la participación en licitaciones públicas y que puedan incluso discriminar en contra de particulares tipos de compañías⁷².

70 Esto puede hacer más difícil para los proveedores acordar quién será el ganador, o puede aumentar la probabilidad de traición al interior del grupo que se haya concertado.

71 Para un análisis más profundo del tema ver a KLEMPERER, PAUL (2005).

72 Véase al respecto el documento preparado para la OFT (2004 b): “Assessing the impact of public sector procurement on competition”.

11. CHILE Y EL COMBATE CONTRA LOS CARTELES DUROS: ALGUNAS HERRAMIENTAS QUE SE ECHAN DE MENOS

En el presente trabajo se ha sugerido que la evidencia necesaria no es menor y el estándar de apreciación de la prueba no es uno bajo. De hecho, se ha estimado, en lo que se refiere a la imputación de colusión en el proceso de licitación, que la convicción del TDLC (en términos de la probabilidad de ocurrencia de la infracción) parece no ser suficiente. Por otra parte, la revocación por parte de la CS de la sentencia del TDLC (la segunda en los últimos meses sobre este tipo de casos), constituye un indudable golpe para esta última y, de paso, para la FNE. El gran peligro que se enfrenta hoy es que el riesgo percibido de ser castigado por un tipo de comportamiento absolutamente dañino a la economía y bienestar de la sociedad sea muy bajo. Para mejorar las posibilidades de castigar efectivamente a los carteles en nuestro país resulta fundamental que la evidencia aportada sea mayor, pero para lo anterior, resulta esencial, a su vez, que se le brinde a la FNE mayores facultades investigativas que aquellas con las que cuenta hoy en día. De entre éstas existen dos que merecen destacarse y que ya son parte desde hace varios años del arsenal de herramientas con las que cuentan muchas agencias de competencia extranjeras: (A) los programas de inmunidad y (B) las facultades (a través de carabineros e investigaciones) de registrar e incautar documentos e interceptar comunicaciones.

A) PROGRAMAS DE INMUNIDAD (*LENIENCY PROGRAMMES*)

Precisamente debido a que los carteles son difíciles de detectar es que muchos países han adoptado lo que se ha denominado políticas de clemencia o inmunidad, las cuales constituyen un engranaje fundamental de los programas de cooperación entre la autoridad y los actores privados. La experiencia internacional indica que el incentivo a que los hombres de negocio e individuos delaten la existencia de carteles ayuda a romper el secretismo característico de dicha actividad, aumentando la efectividad en la lucha contra ésta.

Cuando se habla de programas de inmunidad, lo que se quiere destacar es la concesión de algún tipo de clemencia o inmunidad para la persona que confiesa a la autoridad pertinente su involucramiento en un cartel. Es por lo anterior que también suele hablarse de “delación compensada”.

El proyecto de ley modificatorio del DL 211 (Mensaje 134-354 de 5 de junio de 2006) en actual tramitación parlamentaria hace suya esta necesidad. En efecto, en dicho proyecto se manifiesta que “[e]l otro eje central del proyecto es fortalecer las atribuciones que debe tener la Fiscalía Nacional Económica, en tanto órgano que investiga las conductas contrarias a la libre competencia en los mercados, particularmente en lo que dice relación con aquellas herramientas para poder detectar colusiones. Efectivamente, la experiencia nacional e internacional ha demostrado que investigar y sancionar a los denominados carteles duros es complejo y con escasos resultados, principalmente por la dificultad de obtener información eficaz respecto de quiénes participaron en la gestación o actividad del mismo. Frente a ello, un mecanismo que incentiva a revelar antecedentes en otros países es la delación compensada o leniency”.

No es el objeto del presente artículo analizar el proyecto de ley sobre la materia. No obstante, la experiencia de EE.UU. y de la Comunidad Europea pueden ser de utilidad respecto de cuáles son los elementos a tener en consideración respecto de un programa de inmunidad exitoso. No puede desatenderse el hecho que no en todos los países el éxito ha sido inmediato y que, en algunos, la legislación que los ha contemplado ha requerido de modificaciones al poco tiempo. Estas recomendaciones han sido resumidas en un reporte de la OECD (2003, pp. 22-23) de manera similar a como sigue:

(a) una completa inmunidad respecto a las sanciones debiera ser otorgada al primer postulante, lo cual se espera maximice el premio por cooperar; (b) sólo el primer postulante debiera recibir completa inmunidad, y si el programa se extiende a nuevos postulantes, la diferencia en términos de inmunidad debe ser sustancial. Lo anterior tiene como objetivo maximizar el incentivo de ser el primero en delatar; (c) el programa debiera tener el máximo grado de transparencia y

certidumbre. Quienes postulan debieran predecir apropiadamente cuál será el resultado de su postulación; (d) el programa debiera estar disponible incluso en aquellos casos en que la agencia de libre competencia ya ha iniciado la investigación. Si los miembros de un cartel están conscientes de una investigación y de la posibilidad de que uno de ellos podría beneficiarse de cierta inmunidad, es probable que la estabilidad del acuerdo sea severamente afectada; y (e) la agencia de libre competencia debiera garantizar en la máxima medida posible confidencialidad a las postulaciones y a la información resultante⁷³.

Hay que tener presente que este tipo de programas constituyen sólo una parte de un engranaje mayor. En otras palabras, si no existe una amenaza creíble de que severas sanciones serán aplicadas a los participantes de un cartel, la eficacia de este tipo de programas se puede ver muy afectada⁷⁴. Lo positivo es que un programa de inmunidad (junto a otras medidas que se reseñarán) son también capaces de afectar la posibilidad que una sanción sea aplicada al posibilitar, eventualmente, contar con mayor evidencia probatoria.

Lo interesante, en todo caso, es el creciente reconocimiento del éxito de los programas de inmunidad, los cuales se han estado implementando en cada vez más países. Ya en 2003 la OECD (p. 23) señalaba que

“el éxito demostrable de los programas de EE.UU. y la Comunidad Europea ha propiciado la adopción por parte de varios otros países de programas de inmunidad en años recientes. Canadá publicó primero su programa en 1999 e hizo revisiones al mismo 2000. Su programa ya ha generado algunos importantes casos. Otros países que recientemente han implementado programas de inmunidad o están en proceso de hacerlo son Australia, Brasil, la República Checa, Francia, Alemania, Irlanda, Corea, Holanda, Suecia, Suiza

73 Resulta interesante, también, consultar el reciente documento de la *International Competition Network* (2006): *Anti-cartel Enforcement Manual*. Chapter 2: “Drafting and Implementing an Effective Leniency Program”.

74 Es posible que el solo hecho de existir una investigación y proceso por parte de los organismos encargados de la defensa de la libre competencia tenga, por sí mismo e independiente de su suficiencia, algún efecto disuasivo.

y el Reino Unido. De estos programas más recientes, el del Reino Unido ya parece haber tenido frutos. Se ha dicho que en 2001 el programa generó 12 postulaciones”.

En el caso de Australia, el director de la ACCC ha manifestado más recientemente que

“la política de inmunidad (*leniency policy*) probó ser una de las más efectivas armas en nuestra lucha en contra de los carteles. [] Cerca de la mitad de las investigaciones en profundidad sobre carteles son el resultado directo de gente tomando ventaja de esta política”⁷⁵.

B) FACULTADES DE REGISTRO E INCAUTACIÓN DE DOCUMENTOS E INTERCEPCIÓN DE COMUNICACIONES

El proyecto de ley aludido también se hace cargo de la necesidad anotada. Tal como en él se plantea,

“[a] la figura de delación compensada que se explicó en los párrafos precedentes, el proyecto agrega como facultades de la Fiscalía la posibilidad de solicitar a carabineros o investigaciones para que allane, descerraje y registre recintos públicos o privados o incaute documentos y antecedentes. Además se le faculta para que los mismos órganos puedan interceptar toda clase de comunicaciones. [] Estas atribuciones naturalmente deben ejercerse previa autorización del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, que en esta materia actuará como tribunal de garantía de los derechos de los administrados. Con estas nuevas atribuciones, más la figura de la delación compensada, se logra un buen complemento para tener un sistema eficiente en la investigación de las conductas colusivas, al nivel de las legislaciones más modernas que existen en el derecho comparado”.

Ante lo difícil que puede resultar obtener la cooperación de testigos, la obtención de evidencia documental a través de visitas sorpresas (*dawn raids*) puede resultar de crítica importancia para llevar adelante con éxito un caso de colusión. Tal como se ha reconocido en el seno

75 SAMUEL, 2005, pág. 6.

de la OMC (2003, p. 23) “[e]l método preferido para obtener tal evidencia [la documental] en virtualmente cada país es el “*dawn raid*”, o visita sorpresa a las oficinas de los sospechosos de participar en un cartel”.

Evidentemente, debido a que se trata de un mecanismo indudablemente intrusivo, resulta del todo razonable que sea un tribunal (en este caso el TDLC) quien autorice este tipo de medidas. Lo importante, en todo caso, es que la autorización sea otorgada con un sentido de proporcionalidad en atención a la seriedad de la infracción que se sospecha se ha cometido, al riesgo de que la integridad de los documentos se encuentre comprometida y al eventual efecto disruptivo que el ejercicio de dicha medida pueda ocasionar⁷⁶. No se trata de una facultad que pueda ser ejercida improvisadamente. Resulta fundamental que exista una cuidadosa planificación y ejecución.

Del mismo modo, parece esencial la posibilidad de interceptar comunicaciones y, por sobre todo, la de capturar correos electrónicos. Si hemos destacado anteriormente la necesidad de contar con evidencia directa o indirecta de la existencia de contacto entre los participantes de un cartel como elemento probatorio clave, no puede menos que permitirse que la FNE tenga una mayor posibilidad de contar con tal tipo de evidencia.

12. ¿HASTA QUÉ PUNTO LA REDACCIÓN DE LOS TIPOS INFRACCIONALES DE LA LEY CHILENA CONSTITUYE UNA LIMITACIÓN AL COMBATE CONTRA LOS CARTELES DUROS?

A primera vista podría parecer que la gran amplitud del tipo infraccional genérico del inciso primero del artículo 3° del DL 211 difícilmente podría revestir un obstáculo para la persecución de los carteles⁷⁷. Bajo tal alero

76 Véase OECD, 2003 pág. 24.

77 Inciso primero del Art. 3° del DL. 211: “[e]l que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos”.

(y en lo que concierne a los carteles) cualquier hecho, acto o convención ejecutada o celebrada colectivamente que tan sólo entorpezca o tienda a hacerlo podría ser perseguida.

Para evitar la natural vaguedad de una infracción descrita de manera tan amplia y con el fin de lograr una mejor especificación de variados comportamientos concretos considerados por la legislación y la jurisprudencia comparada se indicaron ciertos ejemplos⁷⁸. Es así como en la letra a) del inciso 2º del artículo 3º se hace alusión a

“[I]os acuerdos expresos o tácitos entre agentes económicos, o las prácticas concertadas entre ellos, que tengan por objeto fijar precios de venta o de compra, limitar la producción o asignarse zonas o cuotas de mercado, abusando del poder que dichos acuerdos o prácticas les confieran”.

Sin embargo, esta infracción que a modo ilustrativo expresa la letra a) y que es la que más propiamente tal describe la conducta de un cartel ha comenzado a generar problemas interpretativos. Uno de éstos dice relación con la interrogante de si es necesario, más allá de acreditar el objeto anticompetitivo del acuerdo o práctica concertada, que se produzca una lesión, resultado o efecto anticompetitivo en el mercado⁷⁹.

Quienes consideran que es indispensable la acreditación de un resultado⁸⁰ o efecto perjudicial concreto para el mercado se asilan en

78 La ley utiliza la expresión “se considerarán, **entre otros**, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia, los siguientes” (énfasis agregado).

79 Incluso más, siguiendo la redacción del Art. 81 del Tratado de Roma y de la jurisprudencia europea sobre el particular, podría discutirse, también, si es o no posible obviar la acreditación del *objeto* del acuerdo acreditándose sólo la existencia del *efecto*.

80 Cuando se utiliza la expresión “resultado” se la está asimilando, para estos efectos, a la existencia de una lesión anticompetitiva. Lo anterior se menciona debido a que también podría considerarse que en el tipo infraccional genérico, cuando se alude a que también incurre en un ilícito quien *tienda* a producir un efecto anticompetitivo, también se exige la existencia de un resultado. El resultado, bajo esta óptica, podría identificarse con una situación de peligro o riesgo para la libre competencia, como cuando producto de una colusión se adquiere, preserva o incrementa el poder de mercado de los involucrados.

la frase final de la infracción aludida en la letra a) del inciso segundo, la cual utiliza la expresión “abusando del poder que dichos acuerdos o prácticas les confieran”. Argumentan que esta frase, la cual no estaba contemplada en el proyecto original del Ejecutivo que dio lugar a la reforma del año 2003, validaría una óptica basada más en la *rule of reason* (o ponderación caso a caso de las consecuencias de la acción en el mercado) que en la sanción *per se* de los carteles⁸¹.

En virtud de lo anterior, quienes aspiran a una mayor facilidad en la persecución de los carteles, como la FNE, tienden a recalcar el carácter meramente ilustrativo del tipo señalado en la letra a) y, en consecuencia, ampararse en la infracción genérica del inciso 1º del artículo 3º (en especial en la expresión “o que tienda a producir dichos efectos”). De hecho, si uno se fija en el Requerimiento de la FNE, es posible apreciar que se hace referencia no a la letra a) del inciso 2º del artículo 3º, sino, simplemente, al tipo genérico del inciso 1º de dicho artículo. Igualmente, el TDLC en su considerando 96 se refiere a que habría habido infracción al artículo 3º y no en forma específica a la letra a) del inciso 2º del artículo 3º. Lo anterior contrasta con lo resuelto por la CS, quien en su considerando 15, al acoger las reclamaciones interpuestas, lo hace señalando explícitamente que las empresas no han incurrido “en la conducta descrita en el artículo 3 letra a) del DL 211 de 1973”⁸².

81 Se ha sostenido que una interpretación más cercana a la sanción *per se* de los carteles podría ser más viable de haber permanecido inalterada la propuesta del Ejecutivo. Ver sobre el particular la explicación aparecida en Inter American Development Bank y OECD (2005): *Luchando contra los carteles duros: la perspectiva chilena*.

82 Una de las empresas argumentó en su reclamación a la CS que “[el TDLC] legisló a través de la sentencia impugnada, creando una figura contravencional que el DL 211 no sólo no contempla, sino que, excluye. Ello porque el artículo 3 del DL 211 exige no sólo la existencia de un acuerdo o práctica concertada que tenga un objeto anticompetitivo, sino que además que se abuse del poder que dicho acuerdo o práctica confiere a los que se coluden. De lo anterior [se] desprende que es indispensable para estar frente a la figura del artículo 3 del DL ya citado, que se produzca una afectación de la libre competencia en la que necesariamente se traduzca el abuso del poder que mediante el acuerdo o práctica se ha adquirido. En este caso el tribunal sancionó por un hecho distinto al contemplado en la disposición ya mencionada, y que ésta excluye. (...) [D]e manera que al decidir los sentenciadores como lo hicieron convirtieron este tipo de infracciones en figuras análogas a las que

Desde luego, esta discusión no es inocua. Cuando se sostiene que sólo puede sancionarse si se acredita la existencia de una lesión en el mercado, se está recalcando la aludida frase final de la letra a) del inciso 2º del artículo 3º. De hecho, uno de los principales argumentos del voto de minoría de la sentencia del TDLC y de las empresas de oxígeno en los recursos de reclamación ante la CS fue que la licitación de CENABAST habría sido un completo éxito y que, por ende, no se habría producido abuso o resultado anticompetitivo alguno. En efecto, el voto de minoría de la sentencia del TDLC sostiene que

“incluso de haber existido concertación entre las requeridas, ésta, no habría producido efecto alguno contrario a la libre competencia pues, como ya se ha dicho, la licitación en definitiva tuvo absoluto éxito” (C.14 voto de minoría, pp. 129-130).

Pero, ¿qué tanto éxito se puede atribuir a la licitación de CENABAST?⁸³. La respuesta dependerá del parámetro que se tenga de comparación. Si se atiende a la situación pasada y a la finalidad de evitar o romper algún acuerdo colusorio la licitación puede considerarse exitosa. Si la comparación se realiza respecto del escenario ideal o, simplemente, de uno en que hayan imperado menores precios, no puede hablarse de pleno éxito, así como tampoco de un nulo efecto perjudicial.

Como aparece en evidencia, no sólo existe una dispar opinión entre si hubo o no éxito, sino que, por consiguiente, también lo hay respecto de si hubo o no una lesión o efecto negativo en el mercado. Todo depende de “la vara con que se mida”. Lo que, en cualquier caso, no debiera olvidarse cuando se resalta el ya mencionado verbo “abusar” incluido en la letra a) del inciso 2º del artículo 3º, es que el tipo genérico

la doctrina denomina delitos de peligro, lo que importa infracción al principio de legalidad”. (Sentencia CS, C.4, págs. 8-9).

- 83 Si se atiende a lo manifestado en el considerando 86 del TDLC se reconoce que en términos de transparentar el mercado la licitación tuvo éxito. Sin embargo, si se revisa los considerandos 94 y 97, el voto de mayoría no parece avalar la tesis del “absoluto éxito” que el voto de minoría destaca. Lo anterior se puede apreciar, especialmente, si se atiende a lo que pudo haber sido y no fue, esto es, la oferta por precios aún menores.

rector también castiga los casos en que “se tienda a producir” un efecto perjudicial, algo que el TDLC tuvo la precaución de explicitar en el considerando 97 de su sentencia⁸⁴.

13. REPERCUSIONES POSTERIORES: LA JURISPRUDENCIA ÚLTIMA

Podría plantearse como hipótesis que el caso que se comenta sobre la posible colusión de las empresas de oxígeno constituye un punto de inflexión o cambio en la aproximación del TDLC, la CS y la FNE. Sin pronunciarnos acerca de si los aparentes cambios que se analizarán perdurarán o no, o de si constituyen o no un avance, es posible apreciar diferencias en la manera en que los aludidos actores han abordado el caso del oxígeno en comparación con dos casos posteriores: el de “las Isapres” y aquel conocido como el de “la guerra del plasma”.

Las materias respecto de los cuales podría haber un cambio dicen relación con aspectos tales como la manera cómo se enfrenta la hipótesis de la letra a) del Art. 3° del DL 211; con el nivel de confianza en la acreditación de una colusión vía indicios (fundamentalmente económicos); con un cambio en la configuración de las mayorías al momento de votar; y, en el caso de la FNE, con la utilización de elementos probatorios inéditos para intentar acreditar la existencia de contacto entre las partes de un eventual acuerdo colusorio. A continuación se explicará con mayor detalle lo recién expuesto distinguiendo según el órgano:

84 En dicho considerando se sostiene “Que este Tribunal estima, además, que la colusión de las requeridas así establecida **tendió a producir un efecto perjudicial** para la eficiencia económica en el mercado, que merece un juicio de reproche adicional, cual es el de impedir o entorpecer la posibilidad de que, producto de la licitación de Cenabast, se hubiese alcanzado un precio inferior al de referencia para la provisión de oxígeno líquido a los establecimientos hospitalarios del sistema público de salud. Lo anterior, puesto que, de haber existido competencia plena y efectiva en el proceso licitatorio en cuestión, se podría haber alcanzado una oferta menor a dicho precio de referencia en la segunda ronda, producto del remate a la baja efectuado” (C.97, pág. 123) (énfasis agregado).

1. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

a. *Letra a) del Art. 3º:* durante la discusión del caso del “Oxígeno” y tal como se explicó en el acápite anterior, el TDLC evita referirse a la hipótesis que ilustra la letra a) del Art. 3º del DL 211, en especial en lo referente a la frase “abusando del poder que dichos acuerdos o prácticas les confieran”. Por el contrario, en el caso “Isapres” el TDLC avanzó explícitamente una opinión respecto de cómo debe interpretarse la letra a) del Art. 3º del cuerpo legal mencionado.

En efecto, luego de sostener que las conductas descritas en las letras a), b) y c) del inciso 2º del Art. 3º constituyen ejemplos de aquellos “casos de colusión más frecuentemente reconocidos por la jurisprudencia y la doctrina”⁸⁵, y que el tipo infraccional genérico del inciso 1º del Art. 3º debe interpretarse armónicamente con los casos ilustrativos de las letras a), b) y c) del Art. 3º⁸⁶, el TDLC planteó que

“los acuerdos entre competidores para ser contrarios a la libre competencia deben permitir a sus participantes abusar del poder de mercado que dichos acuerdos les confieren, según señala la frase final del literal a) del inciso 2º, por lo que no serían contrarios a la libre competencia los acuerdos entre aquellos competidores que tienen un poder de mercado insignificante, tanto aislada como conjuntamente, pues entonces no impedirían, restringirían o entorpecerían la libre competencia, ni tenderían a producir dichos efectos en el mercado en cuestión, como exige en general para toda práctica restrictiva de la libre competencia el DL 211”⁸⁷.

El voto de minoría del caso “Isapres”, al igual que la opinión de mayoría, también intenta explicar con bastante profundidad en qué consiste el ilícito de colusión, sus requisitos y la debida interpretación que debe darse a la letra a) del artículo, algo ausente en el fallo “Oxígeno”.

85 Considerando 28º de la sentencia N° 57 del TDLC (caso “Isapres”).

86 Considerando 26º de la sentencia N° 57 del TDLC (caso “Isapres”).

87 Considerando 30º de la sentencia N° 57 del TDLC (caso “Isapres”).

b. *Acreditación de colusión vía indicios económicos*: el caso del “Oxígeno” es, probablemente, aquel en el cual de manera más evidente y profunda el TDLC ha descansado en indicios o prueba circunstancial de carácter económico para llegar al convencimiento de la existencia de una colusión. El rechazo de la CS al fallo del TDLC recaído en el caso “Oxígeno”, lo cual implicó que se revirtiera por segunda vez la acreditación de colusión a la que había llegado el TDLC, puede haber dado lugar a que los miembros del Tribunal revisaran la disparidad de criterios a nivel probatorio existente entre ellos y la suprema Corte.

En efecto, se puede levantar la hipótesis de que el Tribunal ha adquirido conciencia de que las exigencias probatorias para llegar a una convicción de la existencia de colusión son más altas que con las que se había operado hasta la fecha. Lo anterior no quiere decir, en todo caso, que el Tribunal haya desechado la posibilidad de que se acredite colusión por medio de pruebas circunstanciales, indiciarias o indirectas.

Quizás, tal como se ha manifestado al comienzo de este trabajo, la existencia de evidencia de contacto o, dicho de otra forma, la existencia de prueba circunstancial de comunicación entre los competidores puede marcar la diferencia. Parte importante de la fortaleza en la convicción de todos los miembros del Tribunal acerca de la presencia de colusión entre Falabella y Almacenes Paris (causa aún pendiente por la interposición de recursos de reclamación ante la CS) radicó, según se desprende de los considerandos 97 a 107 del fallo, no en la existencia de pruebas directas de la existencia de un acuerdo colusorio, sino en pruebas e indicios de comunicación.

c. *Votación*: Se podría argumentar que lo manifestado precedentemente se ha visto reflejado en una nueva configuración de mayorías al interior del Tribunal, en el sentido de que dos ministros que en su oportunidad concurrieron con su voto para afirmar la existencia de colusión en el caso “Oxígeno”, luego, en

el caso “Isapres”, adoptaron una posición más exigente en términos probatorios al punto de rechazar el requerimiento de la FNE.

2. Corte Suprema.

a. *Letra a) del Art. 3º*: a diferencia de lo ocurrido en el caso de las “Agencias Navieras” y, fundamentalmente, del caso “Oxígeno”, la CS (en voto de mayoría) acoge explícitamente una determinada interpretación del tipo de colusión desarrollada por el TDLC. La CS dice lo siguiente:

“4º) Que en sus motivaciones vigésimo sexta, trigésima primera y trigésima tercera, la sentencia objetada, fija acertadamente, a juicio de esta Corte, las condiciones que deben concurrir para sancionar una conducta como la denunciada, al indicar que debe acreditarse la existencia de un acuerdo entre competidores, su incidencia en algún elemento relevante de competencia; y que él permita a sus participantes abusar del poder de mercado que por su intermedio puedan alcanzar, mantener o incrementar ...”.

Hasta la fecha no era posible conocer con un nivel de exactitud mayor cuál era la interpretación de la CS respecto del tipo infraccional relativo a los acuerdos colusivos. Por de pronto, y sin perjuicio de que subsisten apreciaciones interpretativas distintas entre los miembros del TDLC respecto del tema, ha empezado a quedar claro que no corresponde exigir como requisito, para este tipo de infracciones, la existencia de un abuso efectivo (algo distinto a la potencialidad de abusar del poder de mercado)⁸⁸.

88 En el voto disidente, dos ministros del TDLC explicitaron la siguiente interpretación sobre el ilícito de colusión: “... para sancionar conductas como la denunciada basta que concurren: (a) la confluencia de voluntades o existencia de un acuerdo; y (b) el efecto negativo actual o potencial respecto de la competencia” [vm: I]. Más adelante, en el punto 3º del voto disidente se explica que “constituye un error conceptual entender que el abuso de la posición que el acuerdo permite alcanzar, mantener o incrementar, es un requisito adicional para que exista colusión, toda vez que ello supone confundir los ilícitos de colusión con una hipótesis de ilícito diferente, como es el abuso colectivo de posición dominante ...”.

b. Acreditación de colusión vía indicios económicos y votación:

La uniformidad de la CS parece haberse quebrado con la aparición de una explicación disidente en el caso “Isapres” (el fallo fue por votación dividida 3 a 2). Resulta notoria una cierta polaridad argumental. Por un lado, el fallo redactado por la mayoría de la sala de la CS es especialmente reticente a un estilo de razonamiento que no se plantee frente a los hechos con absoluta certidumbre a nivel fáctico como jurídico. Esta línea argumental que ya se pudo apreciar claramente en el caso “Oxígeno” es particularmente explícita y contundente en el caso “Isapres” a pesar de estar confirmando el resultado: “11º) ... las disquisiciones citadas en los cuatro fundamentos que anteceden, aparecen revestidas de una imprecisión y de una falta de certeza impropia de los razonamientos que deben fundar las resoluciones que adopten jueces de la República. En efecto, tales declaraciones resultan vagas, equívocas, contradictorias y poco esclarecedoras al momento de definir si, efectivamente, existe el acuerdo colusorio denunciado en autos. No basta con mencionar la concurrencia de elementos que, eventualmente, podrían servir para establecer ese punto de hecho, sino que es preciso determinar certeramente si ellos acreditan o no dicha circunstancia”. En el considerando 15º, a su vez, se manifiesta que “aparece con nitidez que la prueba de presunciones con que se pretende demostrar la existencia de colusión de que se trata, no es directa puesto que el hecho a que se refiere puede ser explicado por diversas razones”.

La postura opuesta estuvo en el voto disidente de dos ministros de la CS, los cuales estuvieron por sancionar por colusión a las isapres. Intentando, posiblemente, marcar una diferencia con el fallo de mayoría en relación a la exigencia probatoria reclamada, así como un guiño a la admisión de prueba indiciaria con contenido fuertemente económico, los ministros disidentes sostuvieron que: “el requisito de acuerdo o prácticas concertadas entre agentes económicos puede ser acreditado por prueba

directa o indirecta conforme lo establece el artículo 22 inciso segundo del Decreto Ley 211, todo lo cual guarda relación con la apreciación de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica establecido en el inciso final del artículo mencionado”⁸⁹.

3. Fiscalía Nacional Económica.

a. Espacio para la utilización de elementos probatorios inéditos: para finalizar en la descripción de los cambios posibles de apreciar en el desarrollo jurisprudencial último sobre la materia, cabe destacar la actitud del TDLC de requerir de oficio -y en forma inédita- información sobre registros telefónicos como medio para acreditar la presencia de comunicación o contacto, indicio importante en la prueba de la existencia de colusión en el caso conocido como “Guerra de Plasma”⁹⁰. Es probable esperar que dicha actuación del TDLC inspire a la FNE a utilizar este tipo de herramientas para la persecución de casos como el anotado.

14. SÍNTESIS Y CONCLUSIONES

El caso objeto de análisis cae en lo que en términos generales se suele denominar un acuerdo horizontal (colusivo) entre competidores, conocido también como cartel. El desarrollo jurisprudencial y doctrinario comparado ha entendido, no obstante, que incluso si las partes no han alcanzado aquella etapa donde un acuerdo propiamente denominado ha sido celebrado, si ellos, a sabiendas, sustituyen el riesgo propio de un ambiente competitivo por la cooperación entre ellos, se verificaría lo que se ha denominado una práctica concertada, concepto más amplio que

89 Véase considerando 8º del voto de minoría del fallo de la CS, rol 4052-2007 de fecha 28 de enero de 2008.

90 Véase sentencia 63 de fecha 9 de agosto de 2008 recaída en el requerimiento en contra de Paris S.A. y S.A.I.C. Falabella, caso conocido públicamente como la “Guerra del Plasma”.

el de acuerdo y que, desde la reforma del año 2003 ha sido adoptado expresamente por nuestra legislación.

Cuando la acción concertada se da en un mercado oligopólico, en donde los participantes son pocos, como en el caso comentado, no siempre resulta fácil distinguir el comportamiento concertado o colusivo sancionado por la legislación sobre libre competencia de conductas interdependientes en donde se actúa en reacción al comportamiento de las empresas rivales. Tanto en el primero como en el segundo caso puede darse lugar a un cierto paralelismo en los comportamientos tendientes a mantener un beneficioso *statu quo* (como en el caso de autos). En términos generales y aún asumiéndose la existencia de discusión doctrinaria, la tendencia claramente mayoritaria o prevaleciente en la doctrina y jurisprudencia comparada indica que la pura existencia de un paralelismo consciente no constituye una violación a las normas sobre libre competencia, es decir, no es prueba suficiente de una acción concertada o de una colusión tácita.

No obstante, si a la presencia descrita en el trabajo de algunos de los signos de la industria y de aquellos derivados del comportamiento de sus participantes se agrega evidencia de que el comportamiento en el mercado es influenciado como resultado de contactos directos o indirectos entre las empresas, constitutivos de una cooperación práctica consciente o a sabiendas, se tendrá un muy buen caso para atacar legalmente la concertación horizontal o cartel.

Ha sido, precisamente, la ausencia de evidencia no ya de un entendimiento (lo que constituiría una evidencia directa), sino, simplemente, de contacto (directo o indirecto) entre las empresas de oxígeno competidoras, una de las debilidades probatorias más significativas para que (en nuestra opinión) la imputaciones de colusión pudieran prosperar. Lo anterior parece particularmente cierto respecto de la imputación de colusión frente al proceso de licitación, la cual a diferencia de la otra imputación referente al reparto de mercado, mostró evidencia circunstancial o indiciaria relevante como para que se estimara plausible (e incluso más probable que improbable, mas no suficiente en términos probatorios) la existencia de una práctica concertada dirigida a hacer fracasar dicho proceso.

La parte central de este trabajo intenta explicar cuál debiera ser el estándar de prueba más allá del cual sería admisible sancionar casos como el estudiado. Para tal propósito se distinguió según el carácter civil, administrativo y penal del caso, lo cual derivaría en la utilización de un estándar probatorio distinto según la probabilidad o fortaleza de la convicción.

Así, se ha estimado que no basta para sancionar que la tesis de colusión sea plausible o, incluso, más probable que improbable (estándar conocido como *balance of probabilities*). Las evidencias que respaldan hipótesis alternativas a las del fallo de mayoría del TDLC, unidas a la ya señalada ausencia de evidencia directa o indirecta (por vía indiciaria o circunstancial) de contacto o comunicación no permiten (en nuestra opinión) arribar a una convicción lo suficientemente fuerte de la existencia de colusión. Somos de la opinión, al igual que como se desprende de la experiencia comparada, que el grado de convicción debiera ser mayor al típicamente civil del “balance de probabilidades”. Aún así, se puede afirmar que dado que no se está en presencia de un delito, el estándar de prueba no puede alcanzar la exigencia del estándar típicamente criminal basado en que no exista una duda razonable (*beyond reasonable doubt*). Es decir, el estándar de prueba aplicable debiera ser al menos aquel conocido en otras jurisdicciones como *clear and convincing evidence*.

Nada parecido a la lógica anterior se desprende del fallo de la CS (del cual se critica la ausencia de una doctrina positiva que sirva para iluminar estos casos y para respaldar una revocación al fallo de un tribunal especializado, algo de suyo delicado). Tampoco aparece este tipo de razonamiento en el voto de minoría ni en la posición de las empresas.

Se abordó, también, el discutido tema de la carga de la prueba, planteándose que lo que hizo el TDLC (a diferencia de la FNE) no fue cambiar dicho *onus probandi* (como se argumentó por sus detractores) sino evaluar las diferentes hipótesis y, en definitiva, someter a verificación la misma tesis desarrollada por el mismo tribunal.

Dado que en el presente trabajo se ha sugerido que la evidencia necesaria no es menor y que el estándar de apreciación de la prueba

no es uno bajo, puede resultar inquietante que la lucha contra este tipo de comportamiento, abiertamente perjudicial para la economía y la sociedad, pueda verse severamente afectada. En este artículo se ha planteado que Chile debiera aprovechar la bastante validada experiencia extranjera sobre el particular y modificar su legislación para proporcionar mayores herramientas para la lucha en contra de este tipo de enfermedades. Así se han destacado los programas de inmunidad (*leniency*) y las facultades de registro e incautación de documentos e intercepción de comunicaciones.

Por último, este artículo ha pretendido esbozar algunos aspectos diferenciadores de la jurisprudencia sobre colusión posterior al caso objeto de análisis. Sin intentar hacer un juicio valorativo, se ha sostenido que es posible apreciar diferencias en la manera en que el TDLC, la CS y la FNE han abordado el caso del oxígeno en comparación con dos casos posteriores: el de “las Isapres” y aquel conocido como el de “la guerra del plasma”. Las materias respecto de los cuales podría haber un cambio dicen relación con aspectos tales como la manera cómo se enfrenta la hipótesis de la letra a) del Art. 3° del DL 211; con el nivel de confianza en la acreditación de una colusión vía indicios (fundamentalmente económicos); con un cambio en la configuración de las mayorías al momento de votar; y, en el caso de la FNE, con la utilización de elementos probatorios inéditos para intentar acreditar la existencia de contacto entre las partes de un eventual acuerdo colusorio. A modo de hipótesis, se puede plantear que existe por parte del TDLC una mayor conciencia de la exigencia probatoria esperada, especialmente por parte de la CS y un mayor desarrollo interpretativo respecto del ilícito de colusión. Respecto de la CS, aparece particularmente destacable la irrupción de una opinión disidente respaldada por dos de los tres ministros que integran la sala pertinente y, finalmente, en relación a la FNE, llama la atención su voluntad de recurrir a medios probatorios no utilizados con anterioridad (o al menos no usualmente) con el fin de acreditar la existencia de contacto o comunicación entre los competidores, indicio o circunstancia clave si se quiere prosperar en la sanción de las prácticas colusorias que pudieran existir.

BIBLIOGRAFÍA

- PHILLIP, AREEDA & KAPLOW, LOUIS, *Antitrust Analysis. Problem, Text, Cases*. Aspen Law & Business. A Division of Aspen Publishers, Inc. Fifth edition. 1997.
- ÍZAK, ATIYAS & GÜRKAINAK, GÖNENK, “Presumption of Concerted Practice: a Legal an Economic Analysis”. *4th Symposium on Recent Development in Competition Law, Erciyes University*, 7 de abril, 2006.
- Australian Competition and Consumer Commission (ACCC) (2005): *Cracking cartels: Warning signs during the procurement process* (text version of presentation). 4 de julio. Disponible en <http://www.accc.gov.au/content/index.phtml/itemId/695035>
- Boletín 4234-03 - Informe de la Comisión de Economía, Fomento y Desarrollo (2006): Informe recaído en el proyecto que modifica el decreto con fuerza de Ley 1 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, de 2004, referido al tribunal de defensa de la libre competencia. Diciembre.
- Boletín 4234-03 - Mensaje 134-354 (2006): Proyecto de ley que modifica el Decreto con Fuerza de Ley 1 de Economía, Fomento y Reconstrucción, de 2004, publicado el 7 de marzo de 2005, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley 211 de ese Ministerio, de 1973 y sus modificaciones introducidas por la Ley 20.088. Junio.
- GELLHORN, ERNEST & KOVACIC, WILLIAM E., *Antitrust Law and Economics in a Nutshell*. West Publishing Co. St. Paul, Minn. USA. Fourth Edition. 1994.
- GOYDER, D.G., *EC Competition Law*. Clarendon Press. Oxford UK. Third Edition. 1998.
- GROUT, PAUL A. & SONDEREGGER, SILVIA. *Predicting Cartels*. Economic Discussion Paper. Documento preparado para la Office of Fair Trading. OFT 773. March. Disponible en www.ofg.gov.uk, 2005.
- Inter American Development Bank y OECD (2005): *Luchando contra los carteles duros: la perspectiva chilena*. Disponible en http://www.iadb.org/europe/files/news_and_events/lacf_2005/Chile_contribution_cartels.pdf
- International Competition Network (2006): *Anti-cartel Enforcement Manual*. Chapter 2: “Drafting and Implementing an Effective Leniency Program”. Cartel Working Group (Subgroup 2. Enforcement Techniques). Abril.
- IVALDI, MARC; BRUNO, JULLIEN; REY, PATRICK; SEABRIGHT, PAUL & TIROLE, JEAN, *The Economics of Tacit Collusion*. IDEI, Toulouse. Interim Report for DG Competition, European Commission. March. 2003.

- KLEMPERER, PAUL, *Bidding Markets*. UK Competition Commission. Disponible en <http://www.competition-commission.org.uk> 2005.
- KORAH, VALENTINE, *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*. Sweet & Maxwell, London. Fifth edition, 1994.
- Office of Fair Trading –OFT, “The Chapter I Prohibition”. *The Competition Act 1998*. OFT 401. London. March. 1999.
- Office of Fair Trading –OFT. “Agreements and Concerted Practices: understanding competition law”. *Competition Law Guideline*. OFT 401 (Revised). London. December. Disponible en www.of.gov.uk, 2004a.
- Office of Fair Trading –OFT, *Assessing the impact of public sector procurement on competition*. Documento preparado para la OFT por “econ.”. OFT 742a. Septiembre. Disponible en www.of.gov.uk, 2004b.
- Organisation for Economic Co-Operation and Development - OECD. *Hard Core Cartels: Recent Progress and Challenges Ahead*. Report by the OECD Competition Committee. Este documento se encuentra disponible en el siguiente sitio: www.oecd.org/competition, 2003.
- Organisation for Economic Co-Operation and Development - OECD, *Prosecuting Cartels Without Direct Evidence of Agreement*. Global Forum on Competition. Directorate for Financial and Enterprise Affairs. Competition Committee. 11 de septiembre. <http://www.oecd.org/dataoecd/19/49/37391162.pdf>2006.
- SAMUEL, GRAEME, *The ACCC approach to the detection, investigation & prosecution of cartels*. Economics Society of Australia Detection of cartels symposium. 28th September. Disponible en http://www.accc.gov.au/content/item.phtml?itemId=709298&nodeId=f28aff772612974642756d8c555f6ae0&fn=20050928_Economics%20Society_Cartels.pdf2005
- SULLIVAN, E. THOMAS & JEFFREY L., HARRISON, *Understanding Antitrust and its Economic Implications*. Legal Text Series, Matthew Bender, New York, USA. Second edition. 1994.
- United State Department of Justice (USDOJ), Antitrust Division: *Preventing and Detecting Bid Rigging, Price Fixing, and Market Allocation in Post - Disaster Rebuilding Projects. An Antitrust Primer for Agents and Procurement Officials*. Disponible en http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/disaster_primer.pdf
- VALDÉS PRIETO, DOMINGO, *Libre competencia y monopolio*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 2006.
- WHISH, RICHARD, *Competition Law*. Butterworths, London, Edinburgh. Third edition, 1993.