

DOCTRINA DE LA CORTE SUPREMA EN LA COLUSIÓN DE LOS POLLOS

JUAN CRISTÓBAL GUMUCIO SCH. Y ELÍAS ASTUDILLO R.¹

RESUMEN: El presente artículo analiza la sentencia de 29 de octubre de 2015 de la Corte Suprema, que puso fin al llamado “Caso Pollos”, sancionando a Agrícola Agrosuper S.A., Empresas Ariztía S.A., Agrícola Don Pollo Limitada y a la Asociación de Productores Avícolas de Chile A.G., en razón de haber participado en una colusión tendiente a limitar la producción y asignar cuotas en el mercado de la carne de pollo.

En particular, se destacan ciertos aspectos doctrinarios que pueden ser relevantes en la decisión de futuros casos de libre competencia, que guardan relación con (i) la posibilidad que una sociedad holding pueda ser demandada por conductas cometidas por sus filiales, (ii) la posibilidad que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia aplique medidas preventivas en el marco de procedimientos contenciosos, (iii) las circunstancias que deben concurrir para que dos acuerdos diferentes se entiendan formar parte de una misma infracción, (iv) la legislación que debe aplicarse a una infracción de carácter permanente que se ha ejecutado durante la vigencia de más de un régimen legal, (v) que para que una conducta colusiva sea sancionada no es necesario acompañar prueba económica que acredite sus efectos, bastando con probar su aptitud objetiva para producirlos, y (vi) las exigencias en materia de fundamentación de sentencias que las normas sobre sana crítica imponen al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y otros tribunales que tengan jueces no letrados.

SUMARIO: 1. Antecedentes. El fallo previo del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia; 2. El fallo de la Corte Suprema; 3. Doctrina; (3.1) Legitimidad pasiva. Posibilidad de demandar a la sociedad holding por las conductas de sus filiales; (3.2) Ultrapetita e improcedencia de ordenar medidas preventivas en un procedimiento contencioso; (3.3) Principio de Congruencia. No basta acusar de colusión a las requeridas y omitir los principales elementos de cómo se llevó a cabo la conducta; (3.4) Infracción de carácter permanente. Ley aplicable, régimen sancionatorio y prescripción; (3.5) Prueba directa e indirecta. No es necesario probar efectos, basta la aptitud objetiva de producirlos; (3.6) Sana crítica. Estándar aplicable a tribunales no letrados. Fundamentación de las sentencias del TDLC; 4. Normas citadas; 5. Jurisprudencia citada.

¹ Los autores agradecen la valiosa colaboración de Cristóbal Lema en la preparación de este artículo.

1. ANTECEDENTES. EL FALLO PREVIO DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

El 5 de septiembre de 2014, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“TDLC”), dictó la Sentencia N° 139/2014 que acogió el requerimiento presentado el año 2011 por la Fiscalía Nacional Económica (“FNE”) en contra de Agrícola Agrosuper S.A. (“Agrosuper”), Empresas Ariztía S.A. (“Ariztía”), Agrícola Don Pollo Limitada (“Don Pollo”) y la Asociación de Productores Avícolas de Chile A.G. (“APA”), que alegaba conductas colusivas que tenían por objeto limitar la producción y asignarse cuotas de mercado.

La sentencia referida dio por acreditada la existencia de un acuerdo colusivo entre Agrosuper, Ariztía y Don Pollo, que habría tenido lugar entre los años 1994 y 2010. De acuerdo al fallo, en una primera etapa (1994-1995), la colusión habría recaído sobre precios de referencia obligatorios para los distintos productos avícolas, diferenciales obligatorios de precio por zona, y la definición de condiciones de comercialización comunes. Posteriormente, el objeto del acuerdo habría devenido en la limitación y asignación de cuotas de producción de carne de pollo destinada al mercado nacional.

El TDLC atribuyó gran importancia al rol de la APA, encargada de coordinar a las demás requeridas mediante un modelo teórico que permitía proyectar la demanda de pollo, y distribuir las cuotas de producción entre las empresas. Adicionalmente, la asociación gremial referida se habría encargado de monitorear el cumplimiento del acuerdo y comunicar las medidas de ajuste necesarias para que la producción de cada una de las empresas intervinientes se ajustase a los términos acordados.

Atendida la infracción al artículo 3 letra a) del Decreto Ley 211 (“DL 211”), el TDLC decidió:

- Condenar a Agrosuper y Ariztía al pago de una multa de 30.000 UTA, cada una, y a Don Pollo al pago de una multa de 12.000 UTA;
- Ordenar la disolución de la APA; y
- Ordenar a Agrosuper consultar al TDLC, en forma previa a su materialización, cualquier operación de concentración en el mercado avícola.

2. EL FALLO DE LA CORTE SUPREMA

La sentencia del TDLC fue reclamada ante la Corte Suprema por cada una de las partes del juicio. Las requeridas solicitaron que se dejara sin efecto el fallo del TDLC y la FNE solicitó que se aumentara la multa a Don Pollo (de 12.000 a 30.000 UTA) y se multara a la APA con 20.000 UTA.

El 29 de octubre de 2015, la Corte Suprema se pronunció sobre los recursos de reclamación interpuestos, mediante una extensa sentencia² en que, si bien exhibió algunas diferencias de criterio con el fallo del TDLC, confirmó lo señalado por este, en cuanto a que Agrosuper, Ariztía y Don Pollo se habían coludido, a través de la APA, para limitar y asignarse cuotas de producción de carne de pollo en el mercado nacional.

En la parte resolutive de su sentencia, que resolvió de manera definitiva el llamado “Caso Pollos”, la Corte Suprema:

- Mantuvo las multas que el TDLC aplicó a las empresas avícolas;
- Mantuvo la decisión de disolver la APA, imponiéndole además una multa de 2.000 UTA; y
- Dejó sin efecto la orden a Agrosuper de consultar, en forma previa a su materialización, cualquier operación de concentración en el mercado avícola.

Entre los aspectos de la sentencia que acapararon la atención de la opinión pública se puede mencionar que aquella (i) impuso las multas más altas que se hayan aplicado a la fecha por infracciones a la libre competencia; (ii) confirmó la primera decisión en la historia del TDLC de disolver una asociación gremial; (iii) sancionó el “*cartel más grande desbaratado en la historia*” (según los dichos de la FNE)³, y (iv) puso fin a uno de los primeros casos donde la FNE ejerció exitosamente las medidas intrusivas de allanamiento e incautación del artículo 39 letra n) del Decreto Ley 211.

² Rol de Ingreso N° 27.181-2014 de la Corte Suprema.

³ Declaraciones del Fiscal Nacional Económico, reproducidas en el *Diario Financiero*, con fecha 26 de septiembre de 2014.

Adicionalmente, el fallo de la Corte Suprema abordó una serie de aspectos doctrinarios que pueden ser relevantes en la decisión de futuros casos, motivo por el cual hemos optado por centrarnos en algunos de ellos en las páginas siguientes.

3. DOCTRINA

Para desechar los recursos de reclamación interpuestos contra la sentencia previa del TDLC, la Corte Suprema se hizo cargo de una gran cantidad de alegaciones tanto de hecho como jurídicas. Nuestro análisis se centrará en algunas de estas últimas.

3.1. Legitimidad pasiva. Posibilidad de demandar a la sociedad holding por las conductas de sus filiales

Una de las alegaciones realizadas por Empresas Ariztía S.A. ante el requerimiento de la FNE, fue una supuesta falta de legitimidad pasiva por cuanto dicha sociedad es una sociedad de inversiones que opera como holding del Grupo Ariztía, pero la sociedad que ejerce el giro avícola es su filial, Empresas Ariztía Limitada, que no fue requerida.

Frente a dicha alegación, la Corte Suprema estimó que “(...) *el ordenamiento jurídico, en el espectro del derecho antimonopolio, no contempla excluir de responsabilidad a las entidades que constituyen el eje central de la decisión empresarial*”⁴.

Adicionalmente, la Corte señaló que la sociedad holding, Empresas Ariztía S.A., era la que controlaba a Empresas Ariztía Limitada, por lo que esta “*carecía de autonomía real que justificara considerarla independientemente*”⁵. A mayor abundamiento, el fallo sostiene que la FNE dirigió su requerimiento en contra de Empresas Ariztía S.A, “(...) *respecto de los hechos cometidos por sí o por medio de sus sociedades relacionadas*”⁶ y que, “*en la resolución del asunto debe prevalecer aquella interpretación que conlleve una mayor protección y seguridad de la tutela de la libre competencia*”, concluyendo que en el derecho comparado también se ha otorgado una mayor flexibilización en materia de libre competencia para priorizar la “*autonomía econó-*

⁴ C° 23.

⁵ *Ibíd.*

⁶ *Ibíd.*

mica” antes que “(...) *la independencia que puede otorgar el estatuto jurídico*”⁷.

En vista de estas consideraciones, la Corte Suprema desechó la alegación de falta de legitimidad pasiva de Empresas Ariztía S.A., decisión que genera incertidumbre en relación a quienes pueden ser potenciales sujetos pasivos de una acción antimonopolios.

3.2. Ultrapetita e improcedencia de ordenar medidas preventivas en un procedimiento contencioso

El TDLC ordenó a Agrosuper consultarle, en forma previa a su materialización, cualquier operación de concentración en el mercado avícola en que quisiera participar⁸. Esta medida no fue solicitada por la FNE en su requerimiento.

La Corte Suprema decidió dejar sin efecto la medida preventiva referida, señalando en el Considerando 35 de su sentencia que “sin perjuicio de su procedencia como eventual medida preventiva al tenor de la incorporación introducida al artículo 3° del Decreto Ley N° 211 en virtud de la Ley N° 20.361⁹, corresponde consignar que la Fiscalía Nacional Económica se limitó a solicitar en el requerimiento respecto de las empresas avícolas requeridas la imposición de sanciones de multa con arreglo a lo dispuesto por el artículo 26 del Decreto Ley mencionado. En tales circunstancias y atendida la naturaleza de la medida dispuesta que reconoce un procedimiento especialmente regulado para su conocimiento y sustanciación, distinto del contradictorio sustanciado en autos, corresponde que la misma sea dejada sin efecto”.

El párrafo en cuestión no es claro en cuanto a si la Corte deja sin efecto la medida en razón de no haber sido solicitada por la FNE,

⁷ *Ibíd.*

⁸ Los ministros Butelmann y Depolo estuvieron por extender dicha obligación a las demás empresas avícolas requeridas, y por imponer una medida preventiva adicional, consistente en la obligación de las empresas avícolas requeridas de consultar previamente al tribunal en caso de que en el futuro quisiesen reunirse en un organismo similar a la APA.

⁹ Artículo 3 “El que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos, será sancionado con las medidas señaladas en el artículo 26 de la presente ley, sin perjuicio de las medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan disponerse en cada caso” (el subrayado es nuestro).

o por no proceder su aplicación en un procedimiento contencioso. Sin embargo, la idea de que no sería posible imponer esta medida en un procedimiento contencioso se ve fortalecida en los párrafos siguientes al señalarse que “las medidas a que se refiere la parte final del inciso primero del artículo 3 del DL 211 (actual), distintas de aquéllas de carácter eminentemente sancionatorio que prevé el artículo 26 del mismo texto, son llamadas “medidas propiamente tales” por el autor Domingo Valdés Prieto quien en su obra “Libre Competencia y Monopolio”, página 374, afirma que “las medidas propiamente tales solo pueden resultar del ejercicio de la potestad pública para absolver consultas y corresponde a las impropiedades llamadas “condiciones” que pueden ser exigidas para la ejecución o celebración de determinados hechos, actos o convenciones. Estimamos que estas medidas propiamente tales se disponen para casos particulares, según lo confirma la parte final del inciso primero del artículo tercero del Decreto Ley 211 al señalar: que respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan disponerse en cada caso”¹⁰.

Pareciera ser aventurado sacar conclusiones, no solo porque la redacción del fallo dista de ser clara en esta materia, sino también porque el libro del Profesor Valdés, citado en el fallo, fue publicado con anterioridad a la modificación de la norma en cuestión.

3.3. Principio de congruencia. No basta acusar de colusión a las requeridas y omitir los principales elementos de cómo se llevó a cabo la conducta

La FNE requirió por un acuerdo colusivo que tuvo por objeto limitar la producción y asignar cuotas entre los miembros de la APA.

El fallo del TDLC sin embargo, estimó que las entidades requeridas habrían celebrado solo un gran acuerdo anticompetitivo, cuya extensión iría entre los años 1994 y 2010¹¹. Lo anterior, pese a establecerse que las variables competitivas involucradas en el acuerdo vigente durante 1994 y 1995 (precios de referencia obligatorios, condiciones comerciales comunes y otras) eran distintas de aquellas afectadas en el período 2000-2010 y que habían sido objeto del requerimiento (limitación y repartición de cuotas de producción).

¹⁰ C° 35.

¹¹ Ver C° 300 a 306 del fallo del TDLC.

El TDLC estimó en su Considerando 301°, que “el hecho de que las partes implicadas en una colusión cambien la variable competitiva en la que se coordinan durante la existencia de un cartel no obsta a que se trate de un único acuerdo, siempre y cuando se mantenga la lógica de coordinación anticompetitiva en el que descansa”¹².

A mayor abundamiento, en el Considerando 302° sostuvo que “el acuerdo de voluntades pasó desde recaer, entre otras variables, sobre la fijación de precios de referencia para los diversos productos avícolas durante los años 1994 y 1995 (...) hasta referirse a la asignación de cuotas de producción en el mercado nacional (...) Estas cuotas se habrían obtenido utilizando el resultado del modelo de proyección de demanda analizado en las consideraciones centésimo quincuagésima a centésimo sexagésimo octava, a partir del cual se habría determinado año a año la producción de carne de pollo destinada al mercado nacional. Para determinar dicho nivel de producción se consideraron distintos escenarios de precios, para luego elegir las Empresas Avícolas Requeridas, dentro del directorio de la APA, cuál sería el escenario –y por lo tanto el precio o rango de precios– para el año siguiente (...) como consecuencia de lo cual, a juicio de este Tribunal, no se aprecia solución de continuidad alguna en el acuerdo de voluntades anticompetitivo de las Empresas Avícolas Requeridas, pues, en último término, ésta incidió sobre la misma variable de competencia”.

Es decir, si bien el TDLC estimó que no es necesario, en orden a considerar que estamos ante un mismo acuerdo, que la coordinación entre las partes recaiga siempre sobre la misma variable competitiva, en el caso de las empresas avícolas requeridas el acuerdo siempre habría recaído, en último término, sobre la misma variable (precio). Lo anterior por cuanto la determinación de un nivel de producción para el año siguiente, necesariamente implicaría determinar el precio o rango de precios existente durante dicho período.

¹² Para dichos efectos el TDLC hizo referencia a su jurisprudencia previa, señalando en el Considerando 302 que “como ha resuelto este Tribunal en su sentencia N°133/2014, consideración trigésimo octava: “(...) la circunstancia de que pueda ir variando en el tiempo la forma en que se manifiesta el acuerdo, no implica que se trate de acuerdos independientes, pues subyace a todas esas formas el interés común de sustituir los riesgos de la competencia por los beneficios anticompetitivos de la coordinación”.

La Corte Suprema disintió del criterio del TDLC, al considerar que los acuerdos realizados entre los años 1994-1995 y 2000-2010 recayeron sobre variables competitivas distintas, por lo que no podían considerarse como parte de una misma infracción. Así queda de manifiesto en el Considerando 30° de su sentencia, en el que señala que “el acuerdo colusivo imputado, integrado por los elementos consistentes en limitar la producción y asignarse de cuotas de producción –al margen de otros componentes accesorios que pudieron o no estar consignados en el requerimiento–, recién vino a completarse o configurarse el año 2000. Sin embargo, aun cuando esta Corte acepta que el ilícito perseguido no pudo entenderse integrado y operativo con los componentes que lo tipifican desde los años 1994 a 1995, sino a partir del año 2000 –como en el hecho ocurrió–, tal conclusión en nada altera por sí sola los resultados a que corresponda arribar en lo que sigue del fallo, toda vez que no incide en el régimen sancionatorio aplicable, ni altera la configuración del pacto colusorio con los medios de prueba y antecedentes que la propia sentencia valora a partir de los correos electrónicos mencionados, así como tampoco hace variar la calificación de largo tiempo de vigencia del pacto, de tal manera que el defecto atribuido carece de relevancia para producir efectos perjudiciales a las requeridas que lo han hecho valer”.

El criterio de la Corte Suprema, distinto del desarrollado por el TDLC, puede tener relevancia en futuros casos de libre competencia, porque no bastaría alegar de modo general la existencia de un acuerdo colusorio, sino que habría que explicar las variables competitivas afectadas, y, si la colusión ha mutado a lo largo del tiempo en acuerdos que afectan distintas variables competitivas, eventualmente podrían ser distintos acuerdos colusorios, de tal forma que el primero de ellos podría estar prescrito o no ser objeto del requerimiento, a menos que se haya descrito adecuadamente.

3.4. Infracción de carácter permanente. Ley aplicable, régimen sancionatorio y prescripción

Agrosuper reclamó que las conductas requeridas por la FNE no formaban parte de un solo acuerdo sino que consistían en una sucesión de acuerdos anuales independientes entre sí. Sin embargo, tanto el TDLC como la Corte Suprema señalaron que los supuestos acuerdos anuales formaban parte de un gran acto colusivo que se había estado ejecutando a lo largo de varios años.

Tanto el TDLC como la Corte Suprema coinciden en calificar a la colusión como un ilícito de carácter permanente, cuya consumación perdura en el tiempo y que está conformado por un conjunto de acciones u omisiones distintas que la ley cubre con un tipo único.

En efecto, el TDLC ha señalado “los acuerdos entre competidores (...) se extienden temporalmente mientras subsiste la supresión de la competencia entre los partícipes que resulta de los mismos. Lo anterior, dado que en este caso existiría una unidad de acción y no una serie de ilícitos distintos e independientes entre sí”¹³, agregando que “los acuerdos entre competidores no son conductas de ejecución instantánea, sino que responden a lo que la doctrina ha calificado como conductas de ejecución permanente, esto es, “aquellas en que existen simultánea o sucesivamente varias acciones distintas a las que la ley cubre con un tipo único, manteniéndose la infracción hasta que el autor cambia su conducta”¹⁴. Por su parte, la Corte Suprema ha confirmado dicha postura¹⁵. Particularmente claro es el Considerando 78° de la sentencia de la Corte Suprema, que declara “Que el carácter de ilícito permanente o de duración continua de la colusión es susceptible de configurarse al existir una vinculación, sin interrupción, entre los elementos del cartel, tanto desde el punto de vista de la identidad objetiva como subjetiva (...)”¹⁶.

¹³ FNE con Tecumseh (2012).

¹⁴ FNE con Pullman (2014), FNE con ISAPRE (2007), FNE con Agrosuper (2014) y FNE con Soc. de Transportes Línea Uno (2014).

¹⁵ Sentencias FNE con Pullman (2015) y FNE con Tecumseh (2013).

¹⁶ El texto completo de dicho considerando es el siguiente: “Que el carácter de ilícito permanente o de duración continua de la colusión es susceptible de configurarse al existir una vinculación, sin interrupción, entre los elementos del cartel, tanto desde el punto de vista de la identidad objetiva como subjetiva.

Desde la perspectiva de la identidad del objeto:

-Por la existencia de un objetivo común correspondiente a la restricción de la producción y a la asignación de cantidades de ella, o cuotas de mercado.

-Porque se trata de un mismo bien afectado, a saber la carne de pollo fresco.

-Por cuanto corresponden a unas mismas empresas implicadas. En la especie ha sido posible incluso advertir identidad de las personas físicas intervinientes por cuenta de las empresas.

-Porque existió una misma forma de ejecución, basada en la relación necesaria de intercambio de información, modelo de proyección de demanda, asignación de carga anual y semanal, monitoreo de la proyección consistente en la comparación de las ventas efectivas y las cuotas asignadas y los ajustes de las cantidades de producción.

-Además concurrió el elemento relativo a la identidad del ámbito de aplicación geográfico de la práctica.

Establecido el carácter de ilícito permanente de la colusión, uno de los aspectos que generó más discusión fue la determinación del régimen legal con arreglo al cual debía juzgarse una conducta que, como se señaló, perduró durante varios años (según el TDLC, entre 1994 a 2010, y según la Corte Suprema, entre 2000 y 2010).

Como explica el Considerando 308 del TDLC, durante la vigencia del acuerdo imputado a las requeridas, estuvieron vigentes tres versiones distintas del DL 211, esto es: “(i) el Decreto Ley N° 211, de 1973, que puede denominarse como el “D.L. N° 211 original”, vigente desde diciembre de 1973, y que atribuía el carácter de delito penal a la colusión; (ii) el mismo Decreto Ley N° 211, modificado por la Ley N° 19.911, que despenalizó las conductas lesivas de la libre competencia y entró en vigencia a partir del 13 de febrero de 2004 (el D.L. N° 211 “intermedio”); y (iii) el Decreto Ley N° 211 nuevamente modificado, esta vez por la Ley N° 20.361, que introdujo algunos cambios a la descripción de la colusión como conducta sancionable e incrementó en su respecto tanto las atribuciones del Fiscal Nacional Económico como el monto máximo de la multa aplicable, estableciendo además la figura de la denominada delación compensada, y que es el texto normativo en vigor hasta hoy y desde el día 13 de octubre de 2009 (D.L. N° 211 “actual” o “vigente”)”.

La determinación del régimen legal aplicable influye en: (i) el carácter antijurídico de la conducta imputada; (ii) las normas sobre prescripción aplicables al caso; y (iii) el régimen de sanciones.

En el caso en cuestión, la determinación de la legislación aplicable no era relevante en lo relativo a la antijuridicidad de la conducta, en vista que los tres regímenes legales vigentes durante su ejecución castigaban la colusión. Donde sí era importante determinar la ley aplicable era en lo relativo a la prescripción y a las sanciones aplicables, que diferían de un régimen legal a otro.

Tanto el TDLC como la Corte Suprema debieron hacerse cargo de dos tesis contrapuestas en este respecto, la de la FNE y la de las requeridas.

Desde la perspectiva de la identidad subjetiva, en atención a que existe la implicación de las mismas partes, que son conscientes del hecho de estar participando activamente y/o apoyando un objetivo común”.

Aunque con ciertas diferencias, las tesis defendidas por las requeridas señalaban, de manera más o menos uniforme, que, de considerarse que se estaba ante una infracción de carácter permanente, la elección de la ley aplicable debía estar determinada por los principios de irretroactividad de la ley sancionatoria y de elección del régimen más favorable para el infractor.

Lo anterior implicaba que la ley a aplicar fuese la contenida en el DL 211 original, en razón de contener multas que llegaban a un máximo de 10.000 UTM (las más bajas entre los tres regímenes legales existentes), y un plazo de prescripción de 6 meses como norma general y supletoria para las faltas a la Libre Competencia conocidas por las Comisiones Antimonopolio, con plazo de 5 años respecto a la acción penal¹⁷. En caso de considerarse que el DL 211 no era el más favorable, por razón de consagrar penas corporales, el régimen que debía aplicarse era el DL 211 en su texto intermedio, que establecía una multa máxima de 20.000 UTA, y un plazo de prescripción de dos años desde la ejecución de la conducta.

En ningún caso, señalaban las requeridas, podía aplicarse el DL 211 actual a conductas que habían sido cometidas con anterioridad a su entrada en vigencia, porque era el más severo de los tres regímenes en cuestión, al contener multas máximas de 30.000 UTA y un plazo de prescripción de 5 años, que en el caso de la colusión no comienza a correr mientras persistan sus efectos.

Por su parte, la FNE sostuvo que la conducta de las requeridas debía ser juzgada de acuerdo al DL 211 actual. Según el órgano persecutor, no hay aplicación retroactiva de la ley sancionatoria, sino que aplicación de una ley que se encontraba vigente durante la comisión, al menos de parte de la conducta punible.

Tanto el TDLC como la Corte Suprema concordaron con la tesis de la FNE. El Considerando 314° del fallo del TDLC señaló que *“este Tribunal coincide con la tesis presentada por el informe en derecho acompañado por la FNE a fojas 14.064 del cuaderno principal, en cuanto a que lo que corresponde en el caso concreto es aplicar, al cartel acreditado en autos, el D.L. N° 211 actual, para lo cual basta como*

¹⁷ Considerando que según el Decreto Ley 211 original la pena asignada a las infracciones a la Libre Competencia corresponde a presidio menor en cualquiera de sus grados, por lo que serían simples delitos según la clasificación del art. 21 del Código Penal.

requisito con que la parte de ejecución de la conducta que corresponda a la vigencia de dicho D.L. N° 211 actual cumpla con los requisitos del tipo que este establece, lo que, como ya se ha establecido precedentemente, concurre en la especie. No hay, pues, irretroactividad de la ley posible, ni ley más o menos desfavorable que aplicar, pues, por definición, el régimen legal que se aplica es siempre el régimen vigente al tiempo de la ejecución de la conducta ilícita. De no seguirse esta doctrina, además de producirse una serie de problemas de orden lógico y jurídico —entre los que cabe destacar, por ejemplo y si se optara por aplicar el D.L. N° 211 original, la aplicación de una ley derogada a acciones u omisiones punibles cometidas con posterioridad a su derogación— se caería en el absurdo de favorecer a quien hace del ilícito un hábito, lo que repugna al sentido de justicia y torna en inútil la dictación de leyes más severas para su represión, pues el hechor siempre podría ampararse en la ley original o intermedia que le fuera más favorable”.

Al abordar esta materia, la Corte Suprema hizo referencia al principio general que debe regir la determinación del régimen legal sancionatorio aplicable a un caso concreto, estableciendo en el Considerando 76 que *“para dilucidar la cuestión jurídica esencial consistente en definir el régimen sancionatorio que rige al caso, es pertinente señalar que el principio fundamental a considerar para la determinación del derecho que rige el caso es el que conduce a la aplicación de la ley vigente a la fecha en que los hechos fueron ejecutados. Es así entonces que en el derecho sancionador y específicamente en materia de libre competencia, no existe modificación al principio general, en cuanto a que la ley que rige los hechos y por ende el estatuto sancionatorio aplicable, es la ley vigente a la fecha de la comisión de los mismos”.*

Luego, en opinión dividida¹⁸, señaló en el Considerando 80 que *“en las infracciones de carácter permanente o de duración continua en*

¹⁸ La Ministra Sra. Egnem planteó una disidencia en este punto, adhiriendo a las tesis de las requeridas. En efecto, señaló que no era posible concebir que existiese un delito penal o sanción administrativa sin que una ley, en forma previa a la comisión del hecho, lo haya descrito y tipificado como ilícito. Según la Ministra, en el caso específico “en el que la ejecución del ilícito ha tenido lugar durante la vigencia de tres regímenes distintos, perentorio resulta, en concepto de quien disiente, dar aplicación al principio de la ley más favorable al infractor que informa, como a otros, al procedimiento administrativo, y particularmente en un caso como el de la especie en que se ejerce la potestad sancionadora o infraccional (...) teniendo en cuenta que las avícolas requeridas han considerado entre sus planteamientos la posibilidad de no estimarse como ley más favorable el texto original por contener a la vez sanciones penales, evento en

las que solo existe una voluntad inicial, habrá de estarse –tal como se consignó en el fallo impugnado– al último acto constitutivo de la infracción para los efectos de determinar la ley aplicable. De esta forma y teniendo en consideración, como acaba de consignarse, que el último acto registrado de colusión tuvo lugar en el mes de noviembre de 2010, corresponde dar aplicación a la normativa del actual texto del DL 211”.

El fallo se encarga también de desvirtuar la alegación de las requeridas en cuanto se estaría aplicando retroactivamente un régimen jurídico más gravoso, al establecer en su Considerando 81° “(...) *quien ejecuta una conducta de carácter permanente sabe o se presume que conoce el régimen jurídico que cubre su conducta, así como también sabe o conoce cuando este ha mutado imponiendo –como en la especie– una sanción más severa y sin embargo opta por perseverar en ella*”¹⁹.

Finalmente el fallo determina en su Considerando 84° que el momento en que una colusión cesa, y, en consecuencia, comienza a computarse el plazo de prescripción, es aquel en “(...) *que ha terminado la voluntad, expresa o tácita de sus partícipes, de permanecer en él y, por ende, no ha comenzado a correr término de prescripción alguno en tanto las requeridas han continuado asignándose cuotas de producción, por cuanto la conducta abusiva ha seguido verificándose. En tal sentido, el acuerdo entre competidores para limitar la producción no se agota con una decisión de acuerdo, sino que conlleva una serie de actos posteriores para su implementación y cumplimiento por parte de quienes concurren a él. Surge entre los competidores de un cartel un vínculo que subsistirá mientras se siga aplicando el plan que han diseñado –como en la especie– asignarse las cuotas de producción. Solo una vez suprimida la situación antijurídica que se ha creado, comenzará a correr el plazo de prescripción*”.

el que impetran la aplicación de la normativa intermedia, esto es, el texto del DL 211 con las modificaciones introducidas por la Ley 19.911 de 14 de noviembre de 2003, la disidente estima que, en estas condiciones ha correspondido sancionar el ilícito con arreglo a esta última normativa. En este escenario y dando aplicación además al principio de proporcionalidad a que se ha hecho referencia en este fallo, era procedente –en su concepto– imponer a cada una de las requeridas Agrosuper y Ariztía el máximo de las multas determinadas en el texto recién citado, esto es, de 20.000 UTA, y a Don Pollo, la multa ascendente a 8.000 UTA”.

¹⁹ El destacado es nuestro.

El considerando en cuestión parece asimilar el momento en que comienza a contarse el plazo de prescripción con aquel en que se cesa la ejecución de la colusión. De tal forma, la redacción actual del artículo 20 del DL 211, al señalar que el plazo de cinco años “(...) *no se iniciará mientras se mantengan en el mercado los efectos imputables a la conducta objeto de la acción*”, se referiría a las conductas ejecutadas por los infractores, y mientras no cese la última de estas conductas, la prescripción no comenzaría su cómputo. Esta interpretación otorga mayor certeza que aquella que se centre puramente en los efectos en el mercado, los cuales pueden ser de muy difícil determinación y más difícil aún, determinar la fecha de cesación, especialmente si se considera que la conducta es sancionable si tiene la aptitud objetiva de producir efectos, sin importar si los produce o no.

3.5. Prueba directa e indirecta. No es necesario probar efectos, basta la aptitud objetiva de producirlos

Las requeridas alegaron que el TDLC no ponderó adecuadamente la abundante prueba económica acompañada, que, según ellas, no era consistente con un escenario colusivo²⁰.

²⁰ En el transcurso del proceso las partes acompañaron una serie de informes económicos:

- Informes acompañados por Ariztía: “Análisis del mercado mayorista de la carne de pollo en Chile”, elaborado por los señores Cristián Echeverría y Felipe Morandé; “Análisis financiero de Agrícola Ariztía Ltda. y grupo de empresas relacionadas: individual y comparado con Agrosuper S.A. y sus subsidiarias y Sopraval S.A.”, elaborado por el señor Carlos Antonio Díaz; “Declaration of Daniel Rubinfeld”, elaborado por el señor Daniel Rubinfeld; “Comparación de volúmenes de ventas de pollo de Empresas Ariztía S.A. y sus empresas relacionadas, con la proyección y los ajustes sugeridos por la Asociación de Productores Avícolas de Chile A.G.”, elaborado por los señores Marco Schwartz, Ricardo Marchant y Werther Kern.
- Informes acompañados por Agrosuper “Estudio comparativo de las ventas de pollos de Agrosuper S.A. con la sugerencia de la APA”, elaborado por el señor Sergio Maturana (DICTUC); “Análisis estadístico comparativo de nutrientes en distintos corte de carne de pollo”, elaborado por el Instituto de Nutrición y Tecnología de los Alimentos de la Universidad de Chile; “Hábitos de consumo en el mercado de productos de pollo”, elaborado por el señor René Nanjarí (IPSOS); y “A competition analysis of Chile’s wholesale chicken market”, elaborado por los señores Juan Pablo Montero, Joseph Harrington y Francisco Gallego.
- Informes acompañados por la APA: “Análisis Metodológico del Estudio ‘Un análisis Económico del Mercado Chileno de la Carne de Pollo’”, elaborado por el señor Raimundo Soto; “Desarrollo del sistema de gestión sanitaria animal para el comercio internacional y la contribución del sector avícola”, elaborado por el señor Hernán Rojas; “Apertura comercial negociada: participación del sector privado. Impacto en la industria Avícola”, elaborado por el señor Carlos Furche; “El mercado relevante de la

Al respecto, la Corte Suprema distinguió entre prueba dura (directa) y circunstancial (indiciaria o indirecta). “*La evidencia del primer tipo corresponde a pruebas materiales, como documentos, minutas, grabaciones, correos electrónicos que muestran claramente que ha existido comunicación directa entre empresas para acordar precios o repartirse el mercado*”. Por su parte, la evidencia circunstancial infiere, deduce o presume las conductas de las empresas, a partir de la observación de su comportamiento comercial. Entre esta prueba, la Corte identifica la prueba económica, en la que se encontrarían los informes acompañados, y la evidencia de comunicación, como las conversaciones telefónicas o reuniones, donde no se tiene registro del contenido de dichas conversaciones o reuniones²¹.

Al respecto, la Corte le asigna mayor relevancia a la prueba dura, señalando que “*Puede resultar que una sola evidencia si es grave y precisa puede ser suficiente para lograr convicción del establecimiento de los hechos, por ejemplo, un solo correo*”²².

En el caso concreto, el fallo cita extensamente numerosa correspondencia de las requeridas y concluye, en el Considerando 45, que “*en la especie se cuenta precisamente con evidencia dura acerca de la existencia del acuerdo de colusión. En efecto, como resultado de la diligencia de entrada, registro e incautación de evidencias practicada con fecha 12 de enero de 2011 en las dependencias de APA y de Don Pollo, en ejercicio de las facultades del artículo 39 letra n) del Decreto Ley N° 211, se allegaron una serie de correos electrónicos, actas y minutas de reuniones en las que se consigna la intervención directa de los involucrados. En otras palabras, conforme a la terminología empleada en materia de libre competencia, existe prueba dura o directa a los efectos*

carne de pollo en Chile”, elaborado por los señores Jorge Quiroz y Felipe Givovich; “Informe sobre disponibilidad y acceso a información del sector avícola en los Estados Unidos”, elaborado por el señor Eduardo Santos; “Replicabilidad de los reportes preparados por APA”, elaborado por el señor Óscar Melo (Departamento de Economía Agraria, Facultad de Agronomía PUC); “Complementa informe sobre disponibilidad y acceso a información del sector avícola en los Estados Unidos”, elaborado por el señor Eduardo Santos.

²¹ Informes acompañados por la FNE: “Referato de ‘Un análisis económico del mercado chileno de la carne de pollo’ (Díaz, F., Galetovic, A. y Sanhueza, R.) y ‘Estimación de los daños económicos generados por la colusión en la industria de pollo en Chile’ (Gómez-Lobo, A. y Lima, J.J.)”.

²¹ Considerando 43°.

²² *Ibíd.*

de determinar la acreditación del acuerdo colusorio y la forma de participación de los operadores económicos. Es así como invariablemente las alegaciones de las partes implicadas se han visto enfrentadas a la evidencia dura de la que da cuenta el fallo atacado”.

A mayor abundamiento, en el Considerando 48 decide “*desestimar las alegaciones de los involucrados tendientes a negar la existencia de un acuerdo anticompetitivo*”, en vista de que “*La piedra angular de las conclusiones incriminatorias fluye de la propia literalidad de las comunicaciones que tuvieron lugar entre los altos ejecutivos de las empresas recurridas y el Presidente de la APA, o de alguno de sus funcionarios. En efecto, en gran parte de esas comunicaciones se alude directamente a un acuerdo o convenio entre las partes*”.

Atendida la prueba dura existente, la Corte Suprema estima que hay prueba clara y concluyente que acredita la colusión²³. A pesar de lo anterior, la Corte se detiene a analizar las alegaciones de las requeridas en cuanto a que la evidencia económica no es consistente con un escenario colusorio. Conjuntamente con desechar dichas alegaciones, la Corte establece que el ilícito de colusión es una infracción de “*peligro concreto*”, que requiere una aptitud objetiva para producir efectos en el mercado, pero conforme al artículo 3 del DL 211, basta que tienda a producir dichos efectos para que la conducta sea sancionable, sin que sea necesario que los efectos nocivos se hayan verificado²⁴.

En cuanto a los acuerdos celebrados entre las requeridas y la APA, la Corte estimó que estos tenían por objeto infringir la libre competencia (“*intrínsecamente colusivo*”), de tal forma que correspondía sancionarlos, sin detenerse a analizar en detalle el real impacto en el mercado que pudieron haber causado, aun cuando concluye que “*dicha restricción efectivamente se produjo*”²⁵.

²³ Considerando 43º: “(...) cabe recordar que el grado de convicción que ha sido requerido por esta Corte para sancionar un ilícito de esta clase es la existencia de una prueba clara y concluyente (...)”.

²⁴ Considerandos 41º y 42º.

²⁵ Considerando 67º.

3.6. Sana crítica. Estándar aplicable a tribunales no letrados. Fundamentación de las sentencias del TDLC

Las requeridas alegaron infracciones a las reglas de la sana crítica cometidas por el TDLC, en razón de que:

- Tuvo por acreditada la colusión en base a conjeturas y considerando como ciertos a hechos que reconoce imposibles de acreditar;
- Consideró documentos que ni siquiera tenían autoría definida;
- No revisó diligente, acuciosa e imparcialmente los antecedentes del proceso, al no valorar todos los medios producidos, o hacerlo parcialmente, tomando solo los aspectos que resultasen útiles a la decisión a la que se busca arribar.

La Corte Suprema desechó estas alegaciones asegurando que el TDLC, *“cumpliendo con su deber de fundar su determinación tiende a destacar aquello que tiene mayor relevancia para la comprensión y convicción de las conclusiones que ha asentado, sin que ello importe que ha dejado de ponderar toda la prueba”*.

En este caso, la Corte Suprema aplica un estándar menos riguroso al TDLC en comparación a otros tribunales, en lo relativo a la fundamentación de sus sentencias. El Considerando 73 señala que *“en determinados procedimientos el estándar adoptado por la jurisprudencia está marcado por la exigencia de analizar y ponderar la prueba que sirve al juzgador para fundar los hechos que se tienen por establecidos, pero requiriéndose además enunciar aquella de la que no es posible extraer antecedente alguno útil, agregando la jurisprudencia la necesidad de indicar, en uno y otro caso, las razones por las que los primeros integran su convicción para fijar un antecedente fáctico o, en su caso, los motivos que le persuaden para descartar los otros. Esta exigencia es posible de formularse de manera perentoria a los jueces letrados y con mayor razón en un sistema de libre convicción; sin embargo, en la competencia económica, en la que participan jueces no letrados, resulta desproporcionado exigir un desarrollo de suyo exhaustivo y rígido de esta labor²⁶, menos aun en una situación como la de la especie, en que*

²⁶ Subrayado es nuestro.

la sentencia contiene los antecedentes y razones que han persuadido al tribunal para sostener sus conclusiones”.

Así las cosas, no correspondiendo realizar la exigencia referida al TDLC (en razón de contar con algunos miembros no abogados), la Corte limita el ámbito de la actividad recursiva de las partes, al afirmar que estas *“han de entender descartada la prueba no integrada en el análisis para establecer y fijar los hechos, debiendo centrar su cuestionamiento, por un lado en los medios en que se sustenta la determinación del tribunal para desvirtuar tal razonamiento, así como también en aquella no considerada y a cuyo respecto el impugnante entiende que sí es posible extraer consecuencias que sostengan sus alegaciones”.*

La posición en este fallo difiere de lo señalado previamente por la misma Corte en materia de libre competencia, cuando sostuvo que *“El análisis y ponderación de la prueba debe ser efectuado de manera integral, esto es, haciéndose cargo y examinando en la fundamentación destinada a la fijación de los hechos de toda la prueba producida por las partes en el juicio, tanto en la que sustenta su convicción, como aquella que es descartada”*²⁷.

El fallo tampoco se condice con la jurisprudencia de la Corte Suprema en materia ambiental, donde se ha establecido *“Que la Ley N° 19.300 en el artículo 62²⁸ inciso primero vigente al sustanciarse la causa prescribía: “el juez apreciará la prueba conforme a las reglas de la sana crítica y será admisible cualquier medio de prueba, además de los establecidos en el Código de Procedimiento Civil”. En la sana crítica el juez tiene la obligación de explicitar las razones lógicas, científicas y de experiencia por medio de las cuales obtuvo su convicción,*

²⁷ Sentencia Corte Suprema en causa Rol N° 8243-2012 (Recalcine con Roche (2013)). En la sentencia citada se alude al C° 13 de la sentencia de reemplazo dictada por la Corte Suprema en causa Rol N° 396-2009, en que el máximo Tribunal establece los lineamientos de la sana crítica como sistema de valoración de la prueba.

²⁸ Ley 19.300, versión vigente entre 30 de julio de 2008 y 12 de noviembre de 2010, art. 62:

“Artículo 62.- El juez apreciará la prueba conforme a las reglas de la sana crítica y será admisible cualquier medio de prueba, además de los establecidos en el Código de Procedimiento Civil.

El recurso de apelación solo se concederá en contra de las sentencias definitivas, de las interlocutorias que pongan término al juicio o hagan imposible su prosecución y de las resoluciones que se pronuncien sobre medidas cautelares.

Estas causas tendrán preferencia para su vista y fallo, en ellas no procederá la suspensión de la causa por ningún motivo, y si la Corte estima que falta algún trámite, antecedente o diligencia, decretará su práctica como medida para mejor resolver.”

*exteriorizando las argumentaciones que le sirven de fundamento, analizando y ponderando toda la prueba rendida de una forma integral, tanto de la que le sirve de sustento como la que se descarta, teniendo en especial consideración la multiplicidad, gravedad, precisión y concordancia de la prueba rendida*²⁹.

El requisito de examinar toda la prueba también es una exigencia legal en otras materias que utilizan la sana crítica como forma de valorar la prueba. En este sentido tanto el procedimiento ante tribunales de familia³⁰, como el sistema penal³¹ y el laboral³² exigen que los jueces valoren toda la prueba al momento de fundamentar su sentencia.

En suma, es de esperar que este estándar “relajado” para tribunales no letrados, aplicado al TDLC, no se convierta en la regla general, sino que en futuros casos la Corte Suprema vuelva a su doctrina de exigir una apreciación completa de la prueba.

JURISPRUDENCIA CITADA

FNE con ISAPRE ING S.A. y otros (2007): TDLC, 12 de julio de 2007.

Asociación de Canalistas de Embalse con Soc. Conc. Rutas del Pacífico (2011): Corte Suprema, 20 de abril de 2011 (Rol de Ingreso 396-2009).

Fisco de Chile con Tribasa Conosur S.A. (2012): Corte Suprema, 29 de mayo de 2012 (Rol de ingreso 8.339-2009).

FNE con Tecumseh Do Brasil Ltda. y otro (2012): TDLC, 14 de junio de 2012.

Laboratorios Recalcine S.A. con Roche Chile Ltda. (2013): Corte Suprema, 23 de julio de 2013 (Rol de ingreso 8243-2012).

FNE con Tecumseh Do Brasil Ltda. y otro (2013): Corte Suprema, 24 de septiembre de 2013 (Rol de ingreso 5.308-2012).

²⁹ Sentencia de Corte Suprema en causa Rol N° 8339-2009 (Fisco con Tribasa (2012)).

³⁰ Ley N° 19.968 de 2004, art. 32.

³¹ Código Procesal Penal, art. 297

³² Código del Trabajo, arts. 456 y 459 numeral 4°.

FNE con Servicios Pullman Bus Costa Central S.A. y otros (2014): TDLC, 15 de enero de 2014.

FNE con Agrícola Agrícola Agrosuper S.A. y otros (2014): TDLC, 25 de septiembre de 2014.

FNE con Sociedad de Transportes Línea Uno Collico S.A. y otros (2014): TDLC, 4 de noviembre de 2014.

FNE con Servicios Pullman Bus Costa Central S.A. y otros (2015): Corte Suprema, 20 de abril de 2015 (Rol de ingreso 6.249-2014).

FNE con Agrícola Agrícola Agrosuper S.A. y otros (2015): Corte Suprema, 29 de octubre de 2015 (Rol de ingreso 27.181-2014).