

Recurso 6615/2010 - Resolución: 2273 - Secretaría: UNICA

Santiago, catorce de enero de dos mil once.

Vistos:

En estos autos rol N° 6615-2010, con fecha 16 de junio de 2009, la Fiscalía Nacional Económica interpuso requerimiento en contra de la Asociación Gremial de Dueños de Mini Buses Agmital por supuestas conductas contrarias a la libre competencia en el mercado del transporte rural de la Región del Maule, consistentes en la fijación de tarifas por debajo de los costos, rotación de sus asociados con el objeto de repartirse los costos de esta medida, hostigamientos en contra del nuevo competidor José Muñoz Ortega que ingresaba al mercado, para finalizar con el ofrecimiento de un acuerdo con el competidor entrante para alzar tarifas.

A fojas 55 la requerida contestó el requerimiento solicitando su rechazo o en subsidio la aplicación de la mínima sanción prevista en el Decreto Ley N° 211. En su defensa opuso la excepción de prescripción para luego rebatir los fundamentos del libelo deducido en su contra.

A fojas 71 se recibió la causa a prueba, rindiéndose la que consta en autos.

A fojas 925 se dictó la sentencia N° 102/2010 que en lo resolutivo rechazó la alegación de prescripción opuesta por la requerida y acogió el requerimiento en cuanto se declaró que la Asociación Gremial de Dueños de Mini Buses Agmital ha incurrido en prácticas contrarias al artículo 3° del Decreto Ley N° 211 y le impuso una multa de 50 Unidades Tributarias Anuales, ordenó el cese de todo acto o conducta cuyo objeto o efecto sea excluir en forma ilícita a competidores de sus socios que operen en los distintos segmentos del recorrido Talca-Los Almendros-Queri- Población Buenos Aires, o el de impedir ilícitamente el ingreso de nuevos competidores a dicho recorrido; así como abstenerse de realizar dichos actos en el futuro, tanto en esos tramos como en los demás en los que presten servicios sus asociados. Finalmente recomendó al Ministro de Transporte y Telecomunicaciones que ponga en conocimiento de todos los Secretarios Regionales Ministeriales de su cartera la presente sentencia, a fin de que, en lo sucesivo, se abstengan de realizar cualquier práctica que pueda facilitar acuerdos contrarios a la libre competencia entre los agentes económicos que participan en las distintas industrias y mercados de su sector.

A fojas 956 la Fiscalía Nacional Económica dedujo recurso de reclamación en contra de la referida sentencia por el que solicita se condene a la requerida al

pago de una multa ascendente a 100 Unidades Tributarias Anuales o lo que esta Corte estime, con costas.

A fojas 968 la Asociación Gremial de Dueños de Minibuses Agmital dedujo recurso de reclamación en contra de la sentencia dictada en estos autos solicitando que sea revocada y se la absuelva de los cargos formulados en su contra, o en subsidio se le aplique una mínima sanción para las infracciones denunciadas.

A fojas 1007 se trajeron los autos en relación.

Considerando:

I.- En cuanto al recurso de reclamación deducido por la Fiscalía Nacional Económica:

Primero: Que la Fiscalía Nacional Económica ha deducido recurso de reclamación en contra de la sentencia Nº 102/2010 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia por el que pretende se resuelvan dos solicitudes efectuadas por su parte y no resueltas, a saber, la condena en costas de la requerida y el remitir los antecedentes al Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción para que fiscalice los hechos de su competencia descritos en el requerimiento. Pretende además que se eleve la multa impuesta a la requerida basándose para ello en la gravedad de las conductas ejecutadas, en la circunstancia de tratarse de dos tipos de reproches diferentes que se cuestionan, como son las prácticas exclusorias y el acuerdo entre competidores, y en que si bien la requerida no es reincidente en ellos, no es menos cierto que ha habido una reiteración de su proceder, como menciona el considerando cuadragésimo noveno de la sentencia. Explica que debe considerarse además el efecto disuasivo que deben tener las multas para impedir la repetición de este tipo de hechos. Critica también la atenuación de responsabilidad que efectuó el fallo en lo que dice relación con el acuerdo de tarifas y horarios entre competidores por la circunstancia de haberlo facilitado la autoridad sectorial, por cuanto si bien lo realizado por la autoridad no importa un respeto a las normas que regulan la libre competencia, ello no aminora la responsabilidad de los agentes porque son éstos quienes deben respetar y acatar dichas normas. Alude finalmente a la calidad de servicio esencial que tiene el transporte, lo que aumenta el reproche al actuar de la requerida, haciendo presente que en el pasado se aumentaba en un grado la pena impuesta a los delitos que incidían en artículos o servicios esenciales, concluyendo que de este modo no se ha dado cabal cumplimiento al artículo 26 del Decreto Ley Nº 211.

Segundo: Que en lo que dice relación con las solicitudes denunciadas como no resueltas en la sentencia, esto es la condena en costas de la requerida y el envío de los antecedentes al Ministerio de Economía Fomento y Reconstrucción, cabe considerar que en lo que dice relación a las costas de la causa, no corresponde

imponerlas a la requerida, como quiera que no ha resultado totalmente vencida en autos; y en cuanto a la remisión de la sentencia al Ministerio citado, no se divisa la razón para disponerla, máxime cuando la Fiscalía Nacional Económica no explica mayormente ni justifica tal petición.

Tercero: Que en cuanto al monto de la multa impuesta a la requerida, el artículo 26 letra c) del Decreto Ley N° 211 dispone que para la determinación de las multas se considerarán, entre otras, las siguientes circunstancias: el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción, la gravedad de la conducta, la calidad de reincidente del infractor y para los efectos de disminuir la multa la colaboración que éste haya prestado a la Fiscalía antes o durante la investigación.

Cuarto: Que revisados los antecedentes del caso, esta Corte no encuentra fundamento para elevar el monto de la multa impuesta a la requerida por cuanto ella ha sido regulada de acuerdo al mérito del proceso, teniendo en consideración que no ha logrado determinarse con certeza el beneficio económico obtenido con motivo de las infracciones y que la requerida no es reincidente en este tipo de conductas. En cuanto a la gravedad de su proceder, cabe considerar que uno de los reproches que se formulan en el reclamo es el haber participado en un acuerdo de precios y horarios, acuerdo en el que participaron tres partes. No obstante a este respecto cabe destacar que sólo se comprendió en el requerimiento a Agmital, y en tal situación únicamente ella ha sido sancionada y no los otros dos intervinientes, por lo que no parece justo aumentar la sanción.

Quinto: Que encontrándose la sanción dentro de los límites que fija la ley, no se accederá a lo solicitado por la Fiscalía Nacional Económica en cuanto persigue que ella sea elevada.

II.- En cuanto al recurso de reclamación presentado por la Asociación Gremial de Dueños de Minibuses Agmital.

Sexto: Que el recurso interpuesto por la requerida ataca diversos fundamentos de la sentencia impugnada. Lo primero que reprocha dice relación con la excepción de prescripción opuesta por su parte y rechazada por la sentencia reclamada. Posteriormente y en cuanto a los argumentos de fondo impugna las consideraciones de la sentencia relativas al establecimiento del mercado relevante, al poder de mercado que se le atribuye, a las variaciones en las tarifas de los servicios, al no estudiar ni establecer con detalle los recorridos que realizan los competidores, al sistema de rotación y la supuesta discriminación arbitraria en que habría incurrido, a las prácticas de hostigamiento y al acuerdo de tarifas que se le imputa, argumentos todos que se analizarán a continuación.

Séptimo: Que en lo que dice relación con la excepción de prescripción la reclamante argumenta que el fallo razona sobre la base de que los hechos objeto

del requerimiento tendrían el carácter de continuados, lo que vulnera la forma de computar el plazo de prescripción establecido en el artículo 17 del Decreto Ley N° 211 como también lo dispuesto en el artículo 2514 del Código Civil sobre la materia, al disponer que el cómputo comienza desde el cese de la conducta reprochada y no desde su ejecución como mandan las normas en referencia. En el caso de autos refiere que el denunciante ha tenido la disponibilidad de la acción desde que se ejecutó la conducta materia del reproche que el mismo fija en octubre de 2006, por lo que la acción se encuentra prescrita.

Octavo: Que el artículo 20 del Decreto Ley N° 211 dispone que el plazo de prescripción se cuenta desde la ejecución de la conducta atentatoria contra la libre competencia, plazo que dada la época de presentación del requerimiento es de dos años. Por su parte la sentencia reclamada para resolver como lo hizo consideró que la infracción atribuida a la requerida constituye una actividad continuada, que se habría verificado o ejecutado cada vez que los minibuses de empresarios miembros de Agmital cobraron tarifas relativamente bajas, sirvieron determinados recorridos en ciertos horarios y realizaron supuestos actos de hostigamiento con el presunto fin de expulsar a un competidor entrante. Luego concluyó que el plazo de prescripción sólo podría computarse a partir del momento en que la requerida hubiere puesto fin a la ejecución de las conductas en cuestión, lo que como se dijo y de acuerdo a los antecedentes del proceso ocurrió en el mes de noviembre de 2007, cuando se alcanzó un acuerdo para fijar tarifas y horarios entre la requerida y sus competidores.

Noveno: Que la norma del artículo 20 antes aludida es clara en señalar que el plazo de prescripción se cuenta desde la ejecución de las conductas atentatorias a la libre competencia. Ahora bien, en algunos casos, como ha señalado esta Corte con antelación, la ejecución de las conductas ocurre día a día, mientras el agente económico mantiene la realización de actos que pugnan contra la libre competencia, por lo que cada vez que la requerida mantuvo su política de baja en los precios y la prestación de los nuevos servicios incorporados en los horarios que implementó a partir del ingreso del nuevo competidor, significó en los hechos la ejecución de una conducta cuestionada a la luz de la libre competencia y por ende que habilitaba para denunciarla o requerir.

Décimo: Que si bien la sentencia en análisis dice que el plazo de prescripción sólo podría computarse a partir del momento en que la requerida hubiere puesto fin a la ejecución, ello no se contradice con el texto de la ley, por cuanto el cómputo se hace a partir de la ejecución de la conducta. Lo que sucede es que en ese evento la ejecución coincide con el momento de término del comportamiento criticado, por cuanto la ley no distingue entre ejecuciones aisladas con efectos anticompetitivos o ejecuciones que se mantienen en el tiempo con efectos de igual carácter.

Undécimo: Que conforme a lo anterior, la alegación de prescripción ha sido correctamente desechada por el tribunal.

Duodécimo: Que en lo que dice relación con el asunto de fondo, la reclamante parte haciendo una crítica a la determinación del mercado relevante que ha hecho la sentencia. Aduce que el requerimiento situó dicho mercado en el transporte de pasajeros desde Talca a las localidades que cita, específicamente en los horarios 11:30, 15:30 y 18:40 horas y sin embargo el fallo termina analizando un mercado distinto, como es el de transporte público rural de pasajeros desde la ciudad de Talca hacia cada una de las localidades de Los Almendros, Queri y Población Buenos Aires y el mismo trayecto en sentido contrario, dentro de ciertos márgenes horarios. Explica que ello es trascendente por cuanto su parte se defendió de las imputaciones efectuadas en el requerimiento para lo cual argumentó que en ese mercado relevante cada actor coloca a disposición de los usuarios una máquina por cada recorrido, de tal manera que se encuentran en igualdad de condiciones y en consecuencia son otros los elementos que determinarán las preferencias del público. Del mismo modo, asevera que al estar compartido dicho mercado en un cincuenta por ciento por cada actor no existe un poder de mercado que permita considerar un ilícito de abuso. Así, en su opinión, la sentencia infringe el concepto de competencia específica que consagra el artículo 19 N° 3 inciso 5° de la Constitución Política de la República y 17 letra c) N° 1 en relación con la letra e) del artículo 17, que establecen las competencias del tribunal para conocer del requerimiento. Finalmente aduce que considerar un mercado relevante más amplio que el del requerimiento condujo al tribunal a razonamientos y conclusiones diversas.

Décimo tercero: Que la determinación del mercado relevante que ha hecho el Tribunal no necesariamente debe estar circunscrita a aquel que señalan las partes en sus escritos de discusión. En efecto, de acuerdo al artículo 2 del Decreto Ley N° 211 corresponde al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en la esfera de sus respectivas atribuciones, dar aplicación a la presente ley para el resguardo de la libre competencia en los mercados. Por su parte el artículo 1° del mismo texto legal dispone que los atentados a la libre competencia en las actividades económicas serán corregidos, prohibidos o reprimidos en la forma y con las sanciones previstas en la ley. Ello significa que dado el bien jurídico protegido ?la libre competencia en los mercados- corresponde al Tribunal la correcta determinación de este mercado, lo que podrá realizar precisamente en el momento en que tiene a su disposición todos los argumentos y pruebas allegados por las partes; y desde esa perspectiva más amplia que aquella que existe cuando recién se inicia la controversia es que está en condiciones de efectuar la correcta determinación del mercado. Además, ello lo habilita para poder tomar en caso de

ser necesario las medidas de corrección, prohibición o sanción que estime oportunas para velar por el bien jurídico antes descrito.

Décimo cuarto: Que, por lo demás, es lógico pensar que para una adecuada revisión de las conductas reprochadas deba visualizarse todo el espectro de actividades que realizan los agentes económicos involucrados, estimándose valedero el razonamiento del tribunal en cuanto considera razonable esperar que los distintos horarios de salida de los buses constituyan servicios de transporte que puedan ser considerados sustitutos cercanos desde el punto de vista de la demanda.

Décimo quinto: Que tampoco se vislumbra que con la determinación realizada se haya afectado la adecuada defensa de la requerida, como quiera que ésta ha incorporado argumentos relativos por ejemplo al tema de la rotación, que se analizará más adelante, pero que sin duda exceden el marco del mercado circunscrito a sólo ciertos y determinados horarios, por cuanto para explicar el comportamiento cuestionado la Asociación ha señalado al tribunal cómo opera en general el funcionamiento del transporte que se realiza entre los distintos asociados y ello evidentemente no está sólo referido a los horarios primitivamente indicados. De este modo debe descartarse este argumento esgrimido en la reclamación.

Décimo sexto: Que el recurso también se refiere a la aseveración de que Agmital posee un poder de mercado. Sostiene que sin perjuicio de insistir en su argumento de que su representada no tiene un poder de mercado, por cuanto en el mercado relevante que cita el requerimiento las participaciones de los actores son paritarias, no obstante ello se hace cargo de los asertos de la sentencia que concluyen lo contrario. Asevera que las afirmaciones del fallo adolecen de errores formales y sustantivos. En lo formal no se explica el modo de razonar ni menos de construir sobre reglas jurídicas o conforme a un proceso de raciocinio lógico las consecuencias que obtiene. De este modo la sentencia, a partir de la premisa constituida por el tamaño de la empresa infiere la existencia de subsidios sin explicar el nexo causal para obtener esta consecuencia. En lo sustantivo existe error porque de las pruebas rendidas no puede inferirse la existencia de subsidios entre los asociados de Agmital. Alude también a que una posición dominante por sí misma no es reprochable, por lo que aun si se estimara que su parte tiene una posición dominante en el mercado ella no es contraria a la libre competencia porque tiene claramente su origen en medios lícitos, como lo son una larga trayectoria de servicio en la zona, una política de precios razonables, buena administración, servicios de calidad, etc.

Décimo séptimo: Que la crítica que se hace sobre este punto por la reclamante alude a la forma de razonar de los sentenciadores en orden a que, en su

concepto, se extraen consecuencias sin explicar cómo se llega a ellas, es decir cuál es el nexo causal entre los antecedentes y las consecuencias a que se arriba. De igual manera reprocha el acudir a las declaraciones que se rindieron ante la Fiscalía Nacional Económica durante la investigación que ésta llevó, por considerar que carecen de mérito probatorio al no haberse obtenido dentro del juicio.

Décimo octavo: Que sin perjuicio de que se analizarán por separado las argumentaciones que da la reclamante para los diversos capítulos que comprende su reclamación, cabe desde ya desestimar el cuestionamiento a utilizar los antecedentes que se obtuvieron durante la etapa de investigación que sustanció la Fiscalía. Primero, por cuanto todo ese material ha sido debidamente acompañado al juicio, con citación de la requerida, sin que ésta lo haya objetado u observado. Por lo demás, si estimaba que alguno de los dichos de las personas que declararon eran falsos pudo perfectamente citarlas como testigos y así dilucidar si aquellos testimonios eran o no verídicos, por lo que no puede ahora pretender obviarlos. Refuerza lo anterior lo dispuesto en la parte final del inciso 3º del artículo 42 del Decreto Ley N° 211 que permite que toda información, dato o antecedente de que pueda imponerse la Fiscalía con motivo u ocasión del ejercicio de sus labores pueda utilizarse para el cumplimiento de las funciones de ésta y para el ejercicio de las acciones ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia o los Tribunales de Justicia. Así resulta inconcuso que todo el material que sirve de sustento a la investigación puede utilizarse para el ejercicio de la acción; y si ello es así, nada impide obviamente que sean ponderados por el Tribunal al momento de adoptar su decisión.

Décimo noveno: Que descartado el argumento anterior, corresponde analizar ahora el error atribuido al fallo en lo que dice relación con la manera de cómo ha extraído las conclusiones a las que ha arribado para concluir que la requerida tiene un poder de mercado. Sobre el particular refiere que la sentencia a partir del tamaño de la empresa, ha inferido la existencia de subsidios sin explicar el nexo causal que le permita obtener esa conclusión. Al respecto esta premisa se contiene a partir del considerando vigésimo noveno del fallo que se revisa. Así, la sentencia parte haciendo referencia a diversos antecedentes que constan en el requerimiento y en otras piezas del proceso, para efectuar una primera conclusión que consiste en aseverar que los asociados de Agmital representan una flota de entre 49 y 53 minibuses, que sirven distintas rutas o recorridos; luego dice que este hecho permite subsidiar los costos en los que puedan incurrir sus asociados en una ruta determinada con los beneficios que obtienen éstos en otros trayectos. Posteriormente, en el motivo trigésimo se contiene la explicación que la requerida echa de menos. Así dice que consta a fojas 209 que los asociados sirven distintos trayectos, que en estos recorridos enfrentan distintos grados de competencia, en

algunos ninguna, según consta de fojas 660 bis a fojas 772; que en estas rutas cumplen múltiples horarios de salida; que se han organizado en un sistema de turnos que sólo exigía servir a cada asociado la ruta en la que competía con el nuevo competidor cada 49 días, según declaraciones del propio Presidente de Agmital, lo que le permitía distribuir entre sus asociados los costos de cobrar una tarifa reducida durante el período denunciado. De lo dicho puede advertirse que existe una explicación de la conclusión a la que arribó el tribunal, con lo que se satisface la exigencia de razonamiento que debe tener un fallo para decidir en un determinado sentido, lo que difiere de la circunstancia de que se compartan o no los razonamientos; es decir, el hecho que los fundamentos no sean del gusto de la requerida no significa que el fallo carezca de ellos, el que como se ha visto sí los posee.

Vigésimo: Que en cuanto a que no se encuentre acreditado que los asociados de Agmital subsidien los costos en los que puedan incurrir en una ruta determinada con los beneficios que obtienen en otros trayectos, la aseveración efectuada por el Tribunal no aparece desvirtuada con los antecedentes del proceso. En efecto, considerando el subsidio bajo la misma acepción que proporciona la requerida, es decir como “ayuda extraordinaria de carácter económico”, ello comprende entonces el hecho que un determinado mayor costo que tenga un asociado por servir un trayecto se compense con un mayor beneficio que obtenga por servir otro y esto es evidentemente una ayuda que no tiene un empresario individual, como lo es el nuevo competidor que entra al mercado. Por lo demás la propia reclamante a fojas 990 de su recurso explica el sistema de turnos como “una medida de equilibrio entre quienes se encuentran asociados a Agmital”; luego, precisamente eso es lo que el fallo imputa a la requerida, es decir la cantidad de asociados permite equilibrar entre ellos los mayores costos en que se incurre en determinados recorridos. A contrario sensu, si no existe esa gran cantidad de asociados o si se trata de un solo empresario no se logra entonces el equilibrio aludido y por ende sólo en ese recorrido que se sirva deberán adoptarse las medidas tendientes a paliar los costos, por lo que las situaciones de los asociados de Agmital y la del nuevo entrante al mercado no son las mismas, como pretende la requerida.

Vigésimo primero: Que de acuerdo a lo anteriormente razonado, esta Corte comparte entonces la aseveración de la sentencia en cuanto concluye que Agmital, dentro del mercado relevante fijado, tiene una posición dominante en relación al nuevo competidor que le permite fijar precios dentro de este mercado con mayor holgura que el empresario individual.

Vigésimo segundo: Que en cuanto a que la existencia de un poder de mercado no es por sí solo reprochable, cabe estimar que la sentencia no dice lo contrario

sino que lo que critica a la requerida es el abuso que hace de ese poder. Por ello, luego de concluir de que la reclamante tiene poder de mercado, comienza a partir del considerando trigésimo segundo a examinar las conductas objeto de reproche, para concluir luego de darlas por acreditadas que ellas son manifestaciones del ejercicio abusivo del poder de mercado que busca ampliar y prolongar, como puede leerse en el fundamento sexagésimo cuarto del fallo y es ello lo que habilitó para sancionarla.

Vigésimo tercero: Que otro de los aspectos del recurso está relacionado con la variación de tarifas. Reprocha aquí los antecedentes considerados en el fallo para sostener que se habrían rebajado los precios para desplazar al nuevo competidor, constituyendo un error no fijar cuál fue el precio de entrada al mercado por parte del denunciante, lo que era relevante ya que dicho precio fue más bajo que aquel que existía hasta antes de su ingreso, de modo que si el nuevo competidor ingresaba con una tarifa más baja, la rebaja efectuada por Agmital no sería ilegal. Arguye además que todo esto incentiva la competencia y la fortalece. Del mismo modo hace referencia al concepto de precio injusto y justo, entendiendo por el primero aquel que se sitúa bajo los costos y por el segundo los demás y atribuye así a la sentencia un razonamiento paradójico cuando por un lado concluye que no hay prueba suficiente para estimar que la tarifa cobrada haya estado por debajo de su costo medio evitable ?descartando así una práctica de precios predatorios- y sin embargo estima como injusto y contrario a la libre competencia el precio cobrado por su parte de acuerdo a los fundamentos dados en el considerando sexagésimo cuarto como conclusión para sancionar.

Vigésimo cuarto: Que en lo que respecta a este punto -las tarifas cobradas por el servicio- la sentencia acude a diversos antecedentes para concluir que desde que entró el nuevo competidor al mercado la Asociación requerida varió estas tarifas, reduciéndolas. Esta Corte comparte la conclusión del tribunal, teniendo para ello especialmente presente las copias de las actas de la asociación que dan cuenta de estas medidas. Ahora bien, la circunstancia que estas variaciones en los precios sólo hayan tenido como finalidad fomentar o incentivar la competencia ante el nuevo competidor queda descartada, si se tiene en cuenta que a ello se suma los nuevos horarios implementados por Agmital, que eran coincidentes con los del agente entrante y que estos precios se cobraban sólo en los horarios de competencia, por lo que el objetivo puro de competir no se ve nítido como sí se lo ve el de excluir, máxime si el propio presidente de Agmital reconoce que se llegó a cobrar \$200 por el servicio -antes valía \$500- que era una tarifa baja pero no inferior al costo y ello lo explica por el hecho de que cada máquina servía ese recorrido cada cuarenta y nueve días. Entonces, así las cosas, si bien los argumentos no sirven para concluir la existencia de una política de precios

predatorios, sí configuran una discriminación arbitraria de precios reprochable a la luz de la libre competencia.

Vigésimo quinto: Que la reclamación también aborda el tema de los recorridos. Explica que para resolver la controversia era necesario no sólo establecer la frecuencia de los mismos sino también los trazados de los servicios, y para ello se utiliza en el recurso un cuadro comparativo entre los recorridos que hace un bus de Agmital y el del competidor, concluyendo que las rutas utilizadas son distintas, de modo que la instalación de más servicios no hace sino aumentar la competencia mediante el ofrecimiento de un mejor servicio al usuario.

Vigésimo sexto: Que en cuanto a los trazados de los servicios, Agmital refiere que éstos no son idénticos a los del nuevo competidor; sin embargo, ello es incongruente con los argumentos que esgrime para la baja de las tarifas. En efecto, si la requerida afirma que las rutas no son las mismas, entonces no se justifica que haya bajado los precios ante la entrada de un nuevo competidor y si aun así los bajó es porque su competencia se veía afectada con el entrante, de modo que la diversidad de trazados no tiene influencia como para revertir el reproche que se hace a su conducta.

Vigésimo séptimo: Que la reclamante sostiene además que antes de la entrada del nuevo competidor ella operaba con multiplicidad de salidas diarias, por lo que instalar tres recorridos más no puede considerarse injusto o ilícito. Tal afirmación considerada aisladamente puede resultar valedera, pero no lo es si a ello se suma que junto con la instalación de los nuevos servicios se bajaron los precios precisamente en los horarios compartidos con el entrante y que esos precios, si bien se consideraban bajos, asumieron los costos con la medida de rotar cada cuarenta y nueve días el turno para ese recorrido, lo que no se justifica bajo el solo argumento de otorgar un mejor servicio, menos aún si se adicionan los otros comportamientos que se le censuran y que se analizarán a continuación.

Vigésimo octavo: Que otro de los capítulos de la reclamación está dedicada al sistema de rotación y a la supuesta discriminación arbitraria. Explica que respecto a este punto se comete por la sentencia el mismo error formal antes denunciado, cual es la falta de conexión entre los hechos asentados y las conclusiones. Critica el mérito de los antecedentes que tuvieron en vista los ministros del tribunal para establecer la existencia de una rotación entre los asociados para prestar el servicio. Tampoco es factible deducir una intención exclusoria con las declaraciones que se citan en el fallo, por cuanto no fueron prestadas en el juicio y carecen por lo demás de la debida precisión como para formar una convicción. Explica que el sistema de rotación existe, pero no del modo ni con el fin que se señala en la sentencia sino que está más bien consagrado como un sistema de carácter general, aplicable a todas las máquinas, a todos los recorridos y a todos

los horarios, por lo que constituye una medida de equilibrio entre los asociados que existía desde mucho antes del ingreso del nuevo competidor al mercado.

Vigésimo noveno: Que sobre el tema de la consideración de los antecedentes que aportó la Fiscalía Nacional Económica al proceso y obtenidos durante la investigación cabe reiterar lo dicho con antelación sobre el mismo punto en el considerando décimo séptimo de este fallo, lo que se da por reproducido. En cuanto a la crítica en el modo de razonar, ello también es desestimado por cuanto la sentencia primero explica el sistema de rotación a partir del considerando quincuagésimo acudiendo para ello a las declaraciones del propio presidente de Agmital, lo que permitió discriminar precios cobrando una tarifa menor en los horarios que eran servidos por el nuevo competidor. Sobre el punto en discusión la requerida reconoce la existencia del sistema de turnos, pero dice que éste se creó con antelación al ingreso al mercado del señor Muñoz y con una finalidad diversa. Sin embargo, aun cuando ello sea efectivo, eso no significa que la Asociación no haya utilizado este sistema como un modo de paliar los perjuicios económicos que le significaba la baja de las tarifas sólo en los horarios y recorridos compartidos con el entrante. Es más, debe recordarse que ha sido su propio presidente quien reconoció que “no significó gran pérdida porque le tocaba a cada máquina cada 49 días asumir el costo”. Por lo tanto, el uso del sistema con un fin diverso al que supuestamente se instauró lo transforma en reprochable.

Trigésimo: Que la reclamación también impugna lo relativo a las prácticas de hostigamiento. Para ello acude al concepto que da el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, que lo define como “molestar a alguien o burlarse constantemente de él”, de lo que se infiere un elemento de permanencia en la conducta. Luego critica los antecedentes tomados en consideración por la sentencia para dar por acreditada la existencia de este comportamiento, reprochando la carencia de valor de las declaraciones no prestadas en este juicio, la falta de precisión de las mismas y la inexistencia de denuncia sobre el particular, por lo que no puede estimarse culpable a su parte sobre la base de una conducta que no se encuentra establecida.

Trigésimo primero: Que al respecto esta Corte tiene nuevamente presente las reflexiones del considerando décimo séptimo y estima además que los antecedentes reseñados en el fallo para dar por acreditados los actos de hostigamiento satisfacen los parámetros que de acuerdo a la lógica y a las máximas de la experiencia se necesita para sancionar. En efecto, quienes declaran coinciden en que las conductas de los asociados de Agmital consistían en entorpecer el paso del bus del señor Muñoz, ya fuera atravesándose en la ruta o increpándolo en el terminal y si bien los deponentes no hablan circunstanciadamente de horarios o fechas determinadas, no es menos cierto que

lo lógico indica que quien presencia tales actos recuerde el hecho mismo y a ello le dé relevancia, más que a la hora o día en que ocurrió. Y en cuanto al elemento de permanencia del comportamiento cuestionado, las propias declaraciones que incluso reproduce la reclamante en su libelo a fojas 994 hablan de “muchas veces...”, “muchas ocasiones”. Por ello es que debe descartarse que la conducta hostil haya sido un hecho aislado.

Trigésimo segundo: Que otro de los acápites de la reclamación está vinculado con el llamado acuerdo de tarifas. Sobre este punto aduce que el requerimiento no fue específico en cuanto a su existencia, a las particularidades del mismo y a sus efectos en el mercado, por lo que no es lícito que la sentencia lo dé por establecido, ni menos de acuerdo a la prueba que en ella se cita. Transcribe las declaraciones de rigor y concluye que éstas no son categóricas sobre el punto, omitiendo referirse a las declaraciones de los otros actores del mercado en cuanto señalan que ellos no aplicaron las tarifas señaladas en el supuesto acuerdo, por lo que sólo existió una tratativa preliminar que no se llegó a materializar, haciendo presente que la infracción al artículo 3 del Decreto Ley N° 211 es de resultado.

Trigésimo tercero: Que los antecedentes citados por la sentencia son suficientes, a juicio de esta Corte, para dar por acreditada la existencia de un acuerdo de tarifas y salidas entre los competidores. En efecto, a lo menos dos de los declarantes cuyos dichos transcribe la propia requerida a fojas 998 hablan de un acuerdo de \$600 de tarifa y precisamente éstos son dos de los tres competidores. Además, incluso la reclamante reconoce a fojas 1000 parte final que estas reuniones tuvieron un objetivo principal que fue solucionar los conflictos existentes entre don José Ortega Muñoz -denunciante- y Agmital -la requerida- y pese a plantear la posibilidad de ordenar las salidas de cada empresa a los distintos destinos, así como de fijar una tarifa similar por cada sector, este acuerdo verbal no se llegó a materializar. Con ello se reconoce la existencia del acuerdo, pero la reclamante le resta importancia porque dice que no se concretó, puesto que sólo su parte mantuvo los horarios de salida y la tarifa de \$600, pero no los otros dos competidores, de modo que concluye que sólo existió una tratativa preliminar de acuerdo. Sin embargo, ello ya es censurable para la libre competencia del mercado pues la conducta reprochada en la ley no es de resultado, como afirma la requerida, toda vez que el artículo 3 del Decreto Ley N° 211 sanciona al 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. Esto último permite afirmar que no se necesita un resultado para sancionar y que basta que se tienda a producir los efectos reprobados, por lo que la tratativa preliminar de la que habla Agmital está incluida en las conductas proscritas por la ley en el artículo 3 referido.

Trigésimo cuarto: Que la reclamación finaliza señalando que no se dan los supuestos del abuso monopólico, porque en el mercado relevante que señala el requerimiento se compite de tal forma que no existe poder de un competidor por sobre otro, porque la baja en los precios mientras éstos sean justos no es reprochable y porque al actuar como se ha obrado sólo se mejora y fortalece la competencia al entregar al usuario más frecuencias y mejores precios, por lo que solicita se la absuelva de la sanción impuesta en su contra o en subsidio se le aplique la mínima prevista por la ley para las infracciones denunciadas.

Trigésimo quinto: Que del modo que se ha razonado cabe desestimar los argumentos de la reclamante, porque -al contrario de lo por ella sostenido- ha quedado suficientemente demostrado en el mercado relevante descrito que Agmital tiene un poder dominante del cual abusó a través de las estrategias indicadas para atentar contra la libre competencia, a la que además intentó regular con un acuerdo de competidores, lo que justifica la sanción que se le ha impuesto y la cuantía de la multa aplicada.

Por estas consideraciones y lo previsto en el artículo 27 del D.F.L. N° 1 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción de 7 de marzo de 2005, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 211 de 1972, se **rechazan** las reclamaciones presentadas por la Fiscalía Nacional Económica y por la Asociación Gremial de Dueños de Minibuses Agmital en lo principal de fojas 956 y 968, respectivamente.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción a cargo del Ministro señor Carreño.

Rol N° 6615-2010.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema, Integrada por los Ministros Sr. Héctor Carreño, Sra. Sonia Araneda, Sr. Roberto Jacob, y los Abogados Integrantes Sres. Benito Mauriz y Jorge Medina. No firma, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo el abogado integrante señor Medina por estar ausente. Santiago, 14 de enero de 2011.

Autorizada por la Ministro de Fe de esta Excma. Corte Suprema.

En Santiago, a catorce de enero de dos mil once, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.