

Santiago, veintinueve de enero de dos mil trece.

VISTOS:

I. El requerimiento

1. A fojas 1, con fecha 30 de septiembre de 2008, la Fiscalía Nacional Económica (FNE) dedujo requerimiento en contra de la “Asociación Chilena de Agencias de Publicidad A.G.” (ACHAP), de su Presidente Ejecutivo, señor José Manuel Silva Silva, de sus directores, señores Samuel Benavente Meza, Rodrigo Fontaine Cox, Cristián Frederick Aldunate, Cristián Lehuedé Bromley, Agathe Porte Lemoine, Sergio Rosenbaum O’Brien, Tomás Sánchez Arriagada e Ignacio Unzueta Döll, y de las 34 agencias de publicidad agremiadas en la referida asociación, que son: Aldea S.A. (ALDEA), Armstrong & Asociados Ltda. (ARMSTRONG), Azúcar y Luco S.A. (A&L), BBDO Publicidad S.A. (BBDO), Cientochenta Grados S.A. (180°), Comunicación Comercial Sepia S.A. (SEPIA), Creart Ltda. (CREART), DDB Chile S.A. (DDB), Dittborn & Unzueta S.A. (D&U), Energía Young & Rubicam S.A. (ENERGÍA), Espina y Escalona Ltda. (EEL o TANGO), EURO/RSCG Santiago S.A. (EURO), Expert S.A. (UNITAS), Grey Chile S.A. (GREY), IDB, FCB S.A. (DRAFTFCB+IDB), J. Walter Thompson Chilena S.A.C. (JWT), Leche² S.A. (LECHE), Leo Burnett Chile S.A. (LEO BURNETT), Lowe Porta S.A. (LOWE PORTA), McCann-Erickson S.A. de Publicidad (McCann), Ogilvy & Matter Chile S.A. (OGILVY), Prolam Young & Rubicam Chile S.A. (PROLAM), Promoplan S.A. (PROMOPLAN), Proximity Chile S.A. (PROXIMITY), Publicidad Alco S.A. (ESPINACA), Publicidad Puerto Gráfico S.A. (PUERTO), Publicis Unitros S.A. (PUBLICIS UNITROS), RNL Storm Nostrum Chile S.A. (RNL), Rosenbaum, Proteína & Partners S.A. (RPP), SB & Partners Advertising S.A. (SB), TBWA Frederick S.A. (TBWA), Wunderman Chile Consultoría y Comunicaciones Ltda. (WUNDERMAN), WZ Publicidad S.A. (WZ) y Zebra Comunicaciones Ltda. (ZEBRA).

1.1. La FNE funda su acción en que las requeridas habrían infringido el artículo 3º del DL 211 mediante la celebración de acuerdos restrictivos de la competencia destinados a: (i) hacer fracasar ciertos procesos de licitación para la contratación de agencias de publicidad; (ii) imponer, en lugar de los contemplados, términos y condiciones más favorables, que incluían restringir el número de participantes y pagos a los perdedores; y, (iii) repartirse el mercado en licitaciones de publicidad. Según la FNE, las conductas en cuestión habrían sido orquestadas por el Directorio de ACHAP (cuyos asociados concentran, en total, cerca del 70% de la inversión publicitaria en medios) y, en especial, por su Presidente Ejecutivo, el señor José Manuel Silva Silva.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

1.2. Expone que los acuerdos contrarios a la libre competencia quedaron al descubierto entre marzo y abril de 2008, cuando ACHAP y el señor Silva, con el consentimiento de los demás requeridos, intentaron imponer sus términos a Metro S.A. (METRO), Transbank S.A. (TRANSBANK o TBK) y Universidad Diego Portales (UDP) en las licitaciones a las que dichos avisadores convocaron por aquel entonces para decidir la contratación de una agencia de publicidad.

1.3. La FNE relata que METRO convocó a 13 agencias de publicidad creativa, utilizando como criterio de selección el que hubiesen sido ganadores de premios Effie en los últimos dos años: BASE 1, BBDO, 180°, D&U, EURO, JWT, LECHE, LOWE PORTA, McCann, PROLAM, PROMOPLAN, PROXIMITY y WÜNDERMAN. Todas ellas retiraron las bases de la licitación.

Por su parte, TRANSBANK convocó a 8 agencias: BBDO, 180°, JWT, LECHE, LOWE PORTA, McCann, OGILVY y PROLAM. Todas ellas enviaron cartas de aceptación de las invitaciones y contratos de confidencialidad firmados.

1.4. Los procesos de licitación se desarrollaban con normalidad pero se oponían a los intereses de ACHAP y sus asociados que, desde hace un tiempo, venían discutiendo un diseño de licitaciones más adecuado a sus intereses que, en lo medular, contemplaba tres aspectos: (i) que las licitaciones se desarrollasen en dos etapas, siendo la primera de presentación de credenciales, esto es, una suerte de resumen de trayectoria de las agencias de publicidad que, en principio, estime el licitante que pueden desarrollar la función; (ii) que el número de agencias al cual se exigiera la preparación de una campaña completa, no superara las tres o cuatro. Esto, porque, naturalmente, mientras mayor sea el número de convocados, menores son las posibilidades de ganar, en un contexto en que la participación es relativamente costosa, pues los avisadores muchas veces solicitan la elaboración de campañas para adjudicar la licitación, lo que implica cierta inversión en preparación del material, con supuestos riesgos asociados a la propiedad intelectual sobre las piezas; y (iii) que se contemplase una contraprestación económica a las agencias que finalmente no resultaren adjudicadas.

1.5. Por ello, el 15 de abril de 2008 se reunió el Directorio de la ACHAP y acordó representar a METRO y TRANSBANK que el número de convocados era excesivo. En consecuencia, al día siguiente, el Presidente Ejecutivo de la ACHAP (Sr. José Manuel Silva), envió correos electrónicos al Presidente del Directorio de METRO (Sr. Clemente Pérez) y a la Subgerente de Publicidad e Imagen Corporativa de TRANSBANK (Sra. Viviana Frola), informándoles acerca de la necesidad de ajustar las licitaciones a un diseño como el antes referido.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

1.6. Ese mismo día 16 de abril de 2008, y con la intención de asegurar los resultados del plan trazado, el señor Clemente González, de JWT, actuando a nombre del Presidente Ejecutivo de ACHAP, envió un correo electrónico a todas las agencias convocadas a participar en la licitación de METRO, informándoles las gestiones realizadas al respecto e instándolas a cerrar filas con ACHAP en lo que, señaló, sería el punto de partida para imponer el acuerdo ilícito en todos los procesos a los que se convoca una gran cantidad de agencias.

1.7. También ese mismo día, frente a la resistencia de METRO, el Sr. José Manuel Silva envió otro correo electrónico al Sr. Clemente Pérez, en el cual los amenazó en orden a que si no seguían las instrucciones de ACHAP, las principales agencias no participarían en la licitación y se quedarían sin participantes, ya que la ACHAP agrupaba más del 90% de la inversión publicitaria del país.

1.8. Al día siguiente, el 17 de abril, y con el firme propósito de asegurar la implementación del acuerdo anticompetitivo tanto en estas como en las futuras licitaciones, el Sr. José Manuel Silva envió un correo electrónico a todas las agencias de publicidad agrupadas en ACHAP, que señala:

“Estamos viviendo un momento crucial en la historia de ACHAP. Como saben, una de las prioridades del Directorio es ordenar los procesos de licitaciones. Para este efecto hemos elaborado tres documentos que contienen los fundamentos, un reglamento de licitaciones y un código de buenas prácticas, los cuales se les enviarán en forma separada a este mail.

Es tan relevante el tema que la próxima semana se les solicitará su firma para ratificación y compromiso explícito de cada agencia asociada a ACHAP.

Mientras tanto estamos en medio de una situación que requiere de su máxima atención y que paso a explicar.

Metro invitó a 13 agencias a una licitación de su cuenta debiendo presentar estrategia y creatividad. Como a nivel de Directorio y en reuniones de gerentes hemos planteado que no estamos de acuerdo con botar recursos y entregar nuestro trabajo gratis, se le envió una carta planteando nuestra posición (carta adjunta).

Metro contestó ayer a través de su Presidente Clemente Pérez. Se les adjunta copia de este mail y mi respuesta.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

El propósito de Metro, tal como dice la carta, es insistir en su posición para lo cual llamarán a más agencias. Sin embargo está dispuesto a rehacer el proceso si le va mal con otras agencias y no tiene un quórum mínimo.

Señores, todas las agencias ACHAP invitadas por Metro me han contestado que están de acuerdo con la posición de esta asociación y que respaldarán su decisión. Sólo me falta 180° que formalice su apoyo.

El punto es que requerimos el apoyo explícito de todas las agencias asociadas a ACHAP, cualquiera sea su tamaño, pues es el momento para demostrar nuestra cohesión en cuanto a concordar principios básicos como son la valorización y respeto de nuestra actividad. Les solicito, en consecuencia, su respaldo a la decisión del Directorio, recomendándoles abstenerse de participar en la licitación en caso de ser convocados por Metro.”

1.9. La ACHAP obtuvo rápidamente el consentimiento de prácticamente la totalidad de las agencias asociadas, incluidas, desde luego, todas aquellas convocadas a la licitación de METRO, de modo que, con ese aval, el día 17 de abril de 2008, el Sr. José Manuel Silva le comunicó a METRO que las agencias no participarían en su licitación, en los términos en que había sido convocada.

1.10. Tratándose de TRANSBANK, habrían sido las mismas agencias convocadas por dicho avisador las que le hicieron tal advertencia -a la Sra. Viviana Frola- en la reunión de entrega de *brief* celebrada el mismo día 17 de abril en Casa Piedra.

1.11. En el caso de UDP, la agencia JWT le advirtió que si invitaba a más de 4 agencias, ninguna se presentaría a la licitación, lo cual fue refrendado el día 24 de abril de 2008 por el Sr. José Manuel Silva, con una comunicación análoga a la que envió a METRO y TRANSBANK.

1.12. Agrega la FNE que, para asegurar los resultados del acuerdo, el 21 de abril de 2008, el Sr. José Manuel Silva comunicó la posición de ACHAP a un grupo de agencias no pertenecientes a la asociación gremial, como Antillo Hasenohr, Larraín Publicidad, Doble Giro, Goya, CP Comunicaciones y Veritas. Además, para sellar el acuerdo anticompetitivo en relación a todas las licitaciones a que se convocase para contratar con una agencia de publicidad, se solicitó a los asociados reportar todo nuevo proceso del que tuvieran noticia, para así ejercer las mismas presiones ejercidas en relación a METRO y TRANSBANK.

1.13. A espaldas de los avisadores y en paralelo a esas gestiones, los requeridos, en el contexto de ACHAP, tomarían otro acuerdo, esta vez derechamente destinado a

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

restringir la oferta en los procesos de licitación. En particular, en reunión de 24 de abril, ACHAP acordó con las agencias convocadas que en cada una de las licitaciones de METRO y TRANSBANK participarían no más de tres o cuatro agencias asociadas: la que actualmente mantenía contrato y otras pocas definidas en esa reunión. Así, en la licitación convocada por METRO participarían: PROXIMITY, que tenía el contrato actual, 180°, EURO, JWT y PROMOPLAN, en tanto que en la licitación convocada por TRANSBANK participarían: LECHE, la agencia actual, BBDO, 180°, OGILVY y PROLAM.

1.14. Las restantes agencias convocadas a las licitaciones en cuestión renunciaron competir con las pocas seleccionadas en el seno de la ACHAP. De hecho, en el caso de TRANSBANK, fue necesario que las agencias que no fueron seleccionadas presentaran cartas de renuncia al proceso. Y así lo hicieron en los días 24 y 25 de abril JWT, LOWE PORTA y McCann.

1.15. Obviamente, señala la FNE, las agencias renunciantes actuaron en la convicción de que más adelante serían recompensadas de igual forma, esto es, con el privilegio de enfrentar ellas un número menor de competidores en los procesos venideros, lo que entonces añade a los acuerdos destinados a hacer fracasar las licitaciones y a restringir la oferta, uno de reparto de mercado.

1.16. En lo que respecta a los efectos de los acuerdos anticompetitivos, la FNE expresa que TRANSBANK, en un intento por salvar su proceso, accedió a modificar las bases, dividiendo la licitación en dos etapas, siendo la primera menos exigente en cuanto a plazos, contenido de la oferta y antecedentes financieros y económicos, lo que fue formalizado el 25 de abril de 2008. Luego, debió conformarse con que en su proceso de licitación se presentaran sólo las tres agencias preseleccionadas por ACHAP, con lo que perdieron la posibilidad de contar con ofertas de otras agencias que se encontraban trabajando en su campaña. Por su parte, el mismo día 25 de abril, METRO accedió a una ampliación de plazo para presentar ofertas, solicitada por las agencias que supuestamente participarían en la licitación, y se vio obligada a recurrir a la FNE ante la inminencia del boicot de su proceso de licitación, no presentando ofertas los asociados a ACHAP y hasta bloqueando la participación de otras agencias no convocadas originalmente. A su vez, UDP decidió simplemente allanarse a lo ordenado por ACHAP, ajustando su proceso de licitación a los términos impuestos, efectuando el trámite de presentación de credenciales, luego de lo cual seleccionó a sólo cinco agencias para que realizaran las ofertas, aún cuando el año 2007 había convocado a similar proceso, en el que participaron diez agencias.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

1.17. Sólo como consecuencia de la investigación iniciada por la FNE, ACHAP acordó en sesión de 30 de abril dejar sin efecto el acuerdo y comunicar esta nueva decisión a los asociados y a los avisadores afectados, METRO, TRANSBANK Y UDP, de modo que estas licitaciones “...se efectúen bajo las condiciones de concurrencia y demás términos que unilateralmente decidan dichas compañías...” (según se señala en el acta pertinente).

1.18. Ahora sin esos acuerdos, ante METRO se presentaron nueve ofertas (Base 1, BBDO, 180°, EURO, JWT, McCann, PROLAM, PROMOPLAN y PROXIMITY), ante TRANSBANK se presentaron las tres seleccionadas por ACHAP (BBDO, 180° y LECHE) y otras tres agencias que habían presentado cartas de renuncia intentaron – sin éxito– reingresar al proceso. Ello demuestra que, sin los acuerdos, el escenario más conveniente para las agencias era seguir participando en las licitaciones y que éstos produjeron pérdidas de bienestar que limitaron las alternativas de los clientes. Además, descarta cualquier explicación pro-competitiva de los acuerdos denunciados que, para entonces, ya habían producido los efectos ya señalados.

1.19. Expone la FNE que las dificultades de coordinación, amenaza creíble de castigo en caso de desviación y la probabilidad de imponer los acuerdos a los clientes, se resolvieron gracias a la ACHAP, en el seno de la cual los requeridos desarrollaron y ejercieron las presiones necesarias para implementar los acuerdos anticompetitivos.

1.20. En cuanto al mercado relevante, la FNE señala que corresponde al de “prestación de servicios de publicidad mediante relaciones de largo plazo, que involucran un contacto permanente con el cliente, destinado al desarrollo de campañas de publicidad, trabajo de marca, y/o comunicación corporativa tanto externa como interna, usualmente contratados en licitaciones”.

1.21. Indica que en la industria participan Avisadores (ANDA), Medios (ANP, ARCHI, ANATEL) y las Agencias de Publicidad (mediales y creativas). Las Agencias Creativas se relacionan directamente con los avisadores y existen asimetrías de información, ya que lo que se transa son ideas, producto cuya calidad no es previamente conocida por los Avisadores. Para reducir estas asimetrías, las Agencias necesitan señalar su calidad creando reputación: informan su tamaño y permanencia en el mercado, su pertenencia a la ACHAP o la obtención de premios (Effie).

1.22. Explica que las agencias se relacionan con los avisadores de dos maneras: servicios *spot* y contratos de largo plazo. Los servicios *spot* se refieren a trabajos o campañas puntuales y la contratación es generalmente directa. Los contratos de largo plazo (1 ó 2 años) se refieren a una parte importante de las necesidades

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

comunicacionales de los clientes, destinados al desarrollo de campañas, marca o imagen corporativa interna y externa, y la contratación usualmente se realiza por medio de licitaciones (a fin de reducir asimetrías). No cualquier agencia participa de este mercado, en que se requiere estabilidad, experiencia y dotación mínima de personal y recursos. Por ello, la FNE señala que en el mercado definido no participan agencias unipersonales o muy pequeñas que no tienen medios para prestar servicios de largo plazo y presentan una alta rotación.

1.23. En cuanto a las condiciones de acceso al mercado y, en conexión con lo anterior, la FNE señala que las agencias que pretenden ofrecer los servicios comprendidos en el mercado relevante deben contar con personal, infraestructura y experiencia (estos dos últimos son, además, requisitos de pertenencia a ACHAP). Añade que existen costos de cambio por el intercambio de la planificación estratégica y concluye que las requeridas tienen poder de mercado porque las agencias pertenecientes a ACHAP representan cerca del 70% de la inversión publicitaria en Chile, lo que muestra en una tabla elaborada con datos obtenidos de Megatime.

1.24. Respecto al número de agencias miembros de ACHAP, hace presente que muchas de ellas pertenecen al mismo controlador, tienen un socio en común o son filiales de otras agencias que también pertenecen a la ACHAP. La principal razón de lo anterior es que existe una incompatibilidad de cuentas dentro de las agencias que impide que una misma agencia se encargue de cuentas competitivas, por lo que muchas agencias crean agencias filiales para hacerse cargo de cuentas competitivas. Además, indica que existen conglomerados internacionales que participan en la propiedad de más de una empresa ligada a la publicidad en Chile.

1.25. En razón de todo lo anterior, la FNE solicita a este Tribunal que se acoja el requerimiento, con costas, que se ordene el cese inmediato de las prácticas denunciadas y su no reiteración en el futuro, y que se impongan multas de (i) 2.000 Unidades Tributarias Anuales (UTA) a la ACHAP; (ii) 2.000 UTA a cada una de las agencias de publicidad requeridas; (iii) 1.000 UTA al Presidente Ejecutivo de ACHAP; y (iv) 800 UTA a los restantes miembros del Directorio, con exclusión del Sr. Benavente que no es mencionado en el petitorio.

II. Las contestaciones

2. A fojas 3879, con fecha 26 de marzo de 2009, contestaron el requerimiento la **ACHAP**, su Presidente Ejecutivo, señor **José Manuel Silva Silva**, y sus directores señores **Samuel Benavente Meza**, **Cristián Frederick Aldunate**, **Cristián Lehuedé Bromley**, **Agathe Porte Lemoine**, **Sergio Rosenbaum O'Brien**, **Tomás Sánchez**

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Arriagada e Ignacio Unzueta Döll, en adelante también “**ACHAP y OTROS**” quienes solicitaron su rechazo, con costas, subsidiariamente la exención de multa o, en subsidio, la reducción de las mismas, por las siguientes consideraciones.

2.1. En primer término, señalan estos requeridos que han actuado de buena fe, movidos por la legítima intención de mejorar las prácticas de la industria, en beneficio de todos.

Explican que sus conductas deben contextualizarse ya que desde hace tiempo, se advierten ciertas prácticas de algunos avisadores en perjuicio de las agencias, que han llevado a impulsar la adopción de un Código de Buenas Prácticas para la industria publicitaria chilena, principal desafío del actual Directorio de ACHAP, elegido en 2007.

Específicamente señalan que la informalidad que caracteriza a la industria publicitaria y que se manifiesta en la ausencia de contratos escritos entre las agencias y los avisadores ha dado lugar a malas prácticas por parte de estos últimos no sólo durante la relación contractual, sino también en los procesos de licitación, dónde se advierte que los avisadores: (i) convocan a un número desproporcionado de agencias que deben presentar campañas publicitarias completas (costo de oportunidad de 2-5 o 5-10 millones); (ii) utilizan las ideas plasmadas en las ofertas de agencias no adjudicadas; (iii) modifican unilateral y arbitrariamente las condiciones de selección y adjudicación; y, (iv) no asumen o no cumplen con los montos de inversión publicitaria que prometen.

Estos problemas también se han producido en el extranjero, donde han motivado el surgimiento de mecanismos de autorregulación, en términos bastante similares entre sí, por medio de Códigos de Buenas Prácticas.

Los códigos de buenas prácticas extranjeros han sido empleados por la ACHAP en el borrador de aquel que se encontraba desarrollando para la industria chilena, en directa colaboración con la IAA. Éstos recomiendan la adopción de un modelo de licitación basado en tres ideas fuerza: (i) realizar dicho proceso en dos etapas, la primera para presentar el perfil de la agencia (credenciales) y la segunda para presentar campañas íntegras y completas; (ii) intentar, sólo para la segunda etapa, que el avisador elija un número adecuado y no desproporcionado de agencias que cumplan con el perfil adecuado, que va de 3 a 5; y, (iii) establecer una compensación para las agencias que no resulten adjudicadas en la segunda etapa.

Explican que el modelo propuesto es beneficioso para la industria en general, puesto que disminuye los costos (impide que se incurra en costos excesivos o injustificados)

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

para las agencias y para los avisadores (para la industria) sin afectar la competencia entre las agencias. Por el contrario, la competencia en la segunda etapa se hace más intensa porque al existir mayores probabilidades de adjudicarse la licitación, las agencias están dispuestas a invertir mayor esfuerzo en la elaboración de su oferta y se promueve la participación de agencias más pequeñas.

Agregan que, en el caso de agencias de publicidad, no es eficiente que participe un número ilimitado de oferentes, pues ello produce una pérdida de recursos y estimula trabajos incompletos o limitados. Lo importante, en cambio, y de acuerdo con lo resuelto por este Tribunal en la Sentencia N°62, es favorecer la presentación de un número de proveedores que sea “suficiente” para garantizar una efectiva competencia. En general, la literatura especializada recomienda como óptimo 5 candidatos.

2.2. Es en este contexto que ACHAP tomó conocimiento de que existían tres licitaciones (UDP, TRANSBANK y METRO) en las que los avisadores convocaban a un número desproporcionado de agencias, tomando la decisión en sesión de Directorio de 15 de abril, de “recomendarles” la adopción del modelo de licitación antes descrito y acorde con los estándares internacionales.

Precisan que la carta enviada a METRO y TBK el 15 de abril de 2008 y a UDP el 24 de abril de 2008 simplemente informa a esos avisadores respecto de los inconvenientes que implicaría convocar a un número desproporcionado de agencias que deben presentar campañas publicitarias completas; recomienda un modelo de licitación conveniente para la industria e incluido en el borrador del Código de Buenas Prácticas; y, hace presente que dicho modelo de licitación se enmarca en el respeto de la sana y libre competencia.

2.3. En lo que respecta a la licitación de UDP, expresan que este licitante no se “allanó a lo ordenado por ACHAP”, y desarrolló su licitación tal como fue diseñada desde un principio por ella, quien libre y autónomamente, optó por un diseño análogo al recomendado. Señalan que UDP no tuvo en consideración la recomendación de ACHAP, tal como expresa la trabajadora de UDP encargada de esta licitación en una declaración jurada que acompañan. Además, el trámite de presentación de credenciales y la selección de 5 agencias para presentar campañas completas (La Mesa, Familia, Hambre, UNITAS y 180°), se verificó antes de que UDP recibiera el correo de ACHAP. Por último, señalan que a esta licitación se convocó y resultó adjudicada a “La Mesa”, una agencia que no es miembro de ACHAP.

2.4. En cuanto a la licitación de TRANSBANK, indican que este licitante aceptó libre y voluntariamente algunas de las recomendaciones de ACHAP. Relatan que

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

TRANSBANK había invitado originalmente 8 agencias (BBDO, 180°, JWT, LECHE, LOWE PORTA, McCann, OGILVY y PROLAM), pero aceptó parcialmente las recomendaciones de ACHAP reduciendo a 5 (no a tres) el número de agencias que debían presentar campañas completas. Asimismo, convino en reducir –de tres a una– el número de campañas que debían presentarse por esas 5 agencias. Explican que TRANSBANK decidió libremente encargar o delegar en las agencias convocadas la tarea de elegir esas 5 agencias o hacer el “*short list*”. Las convocadas decidieron que una sería la que actualmente mantenía contrato (LECHE) y las otras 4 serían elegidas por sorteo, como consecuencia de lo cual se seleccionó a BBDO, 180°, LECHE, OGILVY Y PROLAM. Agregan que, antes de que se presentaran las campañas publicitarias completas por parte de esas 5 agencias, ACHAP informó a TRANSBANK su intención de no perseverar en la recomendación, pero TRANSBANK no modificó los términos y condiciones del proceso tras recibir dicha comunicación, pese a que las Bases le permitían desentenderse del proceso. Por último, expresan que en esta licitación se presentaron 3 ofertas (BBDO, 180° y LECHE), resultando adjudicada LECHE. Explican por qué PROLAM y OGILVY no participaron pese a que fueron seleccionadas. En el caso de OGILVY, porque antes de la fecha estimada para la presentación de ofertas, sus servicios fueron contratados por la Tarjeta Más, cuenta que es incompatible con la de TRANSBANK. Tratándose de PROLAM, explican que dicha agencia decidió dedicar sus esfuerzos a otras campañas en las que estaba participando, según informó a TRANSBANK.

2.5. En lo concerniente a la licitación de METRO, señalan que este licitante rechazó las recomendaciones de ACHAP y realizó su licitación en los términos originalmente establecidos por ella, sin que la recomendación de ACHAP o la intervención de su Presidente Ejecutivo hayan tenido o podido tener efecto alguno.

Resumidamente, indican que METRO invitó 13 agencias (BASE 1, BBDO, 180°, D&U, EURO, JWT, LECHE, LOWE PORTA, McCann, PROLAM, PROMOPLAN, PROXIMITY y WUNDERMAN) y que, en un comienzo, este licitante había encontrado razonable lo propuesto por ACHAP. No obstante, acabó por rechazar la recomendación, tal y como dan cuenta los correos intercambiados entre los señores Clemente Pérez y José Manuel Silva, que muestran también la tensión entre sus personalidades.

Exponen que, en el correo por medio del cual el Sr. Clemente Pérez rechazó la propuesta de ACHAP, METRO reconoció que: (i) la convocatoria de un número desproporcionado de agencias desincentiva la participación de agencias más pequeñas, y (ii) que las agencias “emergentes” son sustitutas de las ACHAP.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Relatan que el Sr. José Manuel Silva, actuando por cuenta propia, respondió ese correo, reafirmando su posición de que el modelo de licitación recomendado era el más conveniente para la industria; correo que, a su vez, fue contestado por el Presidente de METRO en términos displicentes e irónicos, demostrando con ello quién tiene poder de negociación.

Luego, el Sr. José Manuel Silva, también actuando por cuenta propia, envió un correo a las agencias miembros de ACHAP, recomendándoles abstenerse de participar en la licitación de METRO, en caso de ser convocadas, porque en tal caso, este avisador estaría dispuesto a modificar algunos aspectos de esta licitación. Explica que no hay un objeto anticompetitivo en este correo, y que su objeto únicamente era respaldar las iniciativas referidas al Código de Buenas Prácticas en materia de licitaciones y concordar principios que llevaran al mayor respeto y valorización de la actividad de las agencias.

Tanto las agencias convocadas por METRO, como las no convocadas, respondieron al correo del Sr. José Manuel Silva en términos generales y sin mayor precisión. De sus respuestas, se desprende que éstas respaldaban la existencia de un Código de Buenas Prácticas, o bien, en el caso de las convocadas, aceptaban la recomendación de no participar en la medida que ello contribuía a rediseñar la licitación conforme a buenas prácticas.

Con posterioridad, el Sr. José Manuel Silva envió un correo a METRO, indicándole que las agencias no estaban dispuestas a participar en su licitación, en los términos en que había sido propuesta. METRO contestó este correo, indicando que el proceso ya estaba lanzado y que concluiría de acuerdo a lo programado.

El Sr. José Manuel Silva transmitió esta información a las agencias convocadas, decidiéndose reducir a 5 el número de agencias que presentarían campañas completas. Siguiendo el mismo criterio que para TRANSBANK, las seleccionadas fueron: PROXIMITY (con contrato vigente), 180°, EURO, JWT y PROMOPLAN. Además, participaría Base 1, que no pertenece a ACHAP.

Antes de que esas agencias presentaran ofertas, ACHAP informó a METRO que retiraba su recomendación.

Finalmente, fueron nueve agencias, de las trece convocadas originalmente, las que participaron en la licitación del METRO. Las 6 mencionadas anteriormente, más BBDO, McCann y PROLAM, dando lugar a una intensa competencia. Esta licitación fue adjudicada a 180°.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Concluye que: (i) el número de agencias y ofertas presentadas fue satisfactorio para METRO, ya que de no haber sido así, METRO podría haber hecho uso de la cláusula de las Bases que le permitía desentenderse del proceso; y, (ii) que las recomendaciones de ACHAP no tuvieron efecto alguno, puesto que METRO nunca las aceptó y siguió adelante con su proceso tal como fue diseñado, incluso después de que ACHAP las retiró.

2.6. Señalan entonces que la intervención de ACHAP en las tres licitaciones mencionadas se limitó a: (i) enviar cartas a tres avisadores con recomendaciones; y (ii) 15 días después, enviar cartas a esos mismos tres avisadores, retirando esas recomendaciones.

Agregan que las demás gestiones fueron realizadas por el Sr. José Manuel Silva a título personal. Específicamente: (i) intermediar entre TRANSBANK y las agencias convocadas por éste; (ii) enviar cartas a METRO para lograr que adopte las buenas prácticas; y, (iii) recomendar a las agencias pertenecientes a ACHAP abstenerse de participar en la licitación convocada por METRO.

2.7. Con respecto a la definición de mercado relevante, estas requeridas señalan que corresponde al mercado de prestación de servicios de publicidad por agencias a avisadores en el territorio nacional, sin perjuicio de la existencia de agencias domiciliadas en el extranjero que prestan servicios a empresas nacionales, y agencias nacionales que prestan servicios a empresas domiciliadas en el extranjero.

Indican que en este mercado es posible identificar dos mecanismos de contratación que son: vía licitación o por medio de trato directo. En cuanto a las licitaciones, añaden que éstas se diseñan en términos no vinculantes para los avisadores, pudiendo ser declaradas desiertas en cualquier momento o desatenderse el llamado entregando la cuenta a un tercero. Este era el caso de TRANSBANK y METRO.

2.8. En cuanto a las características del mercado relevante, explican que éstas hacen inviable un acuerdo colusivo, o bien, hacen que un supuesto acuerdo no sea idóneo para afectar la libre competencia. Ello, por cuanto: (i) los servicios de publicidad son servicios heterogéneos (creaciones intelectuales); (ii) el mercado en que participan las agencias es atomizado (más de 200 agencias figuran en el ranking de Megatime), desconcentrado (la agencia más grande factura alrededor de un 7%), competitivo y dinámico; (iii) no hay barreras de entrada o al crecimiento (basta un creativo y un agente de cuentas), habiéndose incrementado el número de agencias entre 2001 y 2007 (de 160 a 209); (iv) el tamaño de una agencia o su pertenencia a ACHAP no es determinante de su contratación. Por el contrario, no hay economías de escala

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

relevantes (las agencias pequeñas, medianas y grandes son sustitutas entre sí), y existen agencias pequeñas y medianas que cuentan con importantes clientes pues lo determinante es la creatividad; que es lo que determina la calidad de los servicios y la reputación de una agencia. Finalmente, (v) las agencias que pertenecen a un mismo grupo empresarial compiten efectivamente entre sí cuando son invitadas a una misma licitación.

2.9. En resumen, estas requeridas indican que, en la especie, no se cumple ninguno de los requisitos que exige el artículo 3° del D.L. 211 –y precisados por la jurisprudencia de este Tribunal– para configurar un acuerdo contrario a la libre competencia. Ello porque:

2.9.1. No existe un acuerdo entre competidores para “imponer” términos y condiciones en licitaciones, hacer fracasar licitaciones o repartirse el mercado.

Primero, porque no hay acuerdo alguno y, de existir, no sería entre competidores porque la ACHAP y sus Directores no actúan en calidad de oferentes de servicios de publicidad y ni siquiera desarrollan una actividad económica. Las actuaciones de ACHAP (recomendar un modelo de licitación y dejar sin efecto esa recomendación) no obedecerían a un acuerdo con los demás requeridos, sino que serían decisiones tomadas al interior de dicha asociación gremial, por su Directorio y constituirían “recomendaciones”.

Segundo, el supuesto acuerdo –adoptado en todo caso al interior del Directorio– tampoco tenía como objetivo “hacer fracasar licitaciones”, porque las tres licitaciones en cuestión resultaron exitosas. Si las requeridas hubiesen querido hacer fracasar licitaciones, en lugar de mantener comunicaciones para convencer a los avisadores de los beneficios del modelo propuesto, habría bastado con que no se presentaran a ellas. La intención era que se llevaran a cabo las licitaciones, pero con adecuaciones que iban en beneficio de toda la industria (no sólo de los miembros de ACHAP).

Tampoco podrían los requeridos haber acordado “imponer términos y condiciones en tales licitaciones”, porque las mismas se realizaron en los términos que libre y voluntariamente definieron los avisadores. UDP implementó voluntariamente un modelo análogo al recomendado antes de recibir la recomendación. TRANSBANK acogió voluntariamente algunas de las recomendaciones. METRO no las acogió. La recomendación de no participar en esa licitación debe interpretarse como una “señal de rechazo gremial” con fines pro-competitivos.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Y, por último, no existen antecedentes que justifiquen un acuerdo para “repartirse el mercado”, ya que la decisión de qué agencia se adjudicaba la cuenta siempre correspondió a los avisadores. De hecho, la de UDP se la adjudicó una agencia no ACHAP.

2.9.2. En cualquier caso, de existir algún acuerdo entre las requeridas, aquel no incidiría en una variable de competencia, ya que el mismo diría relación con el modelo de licitación propuesto por ACHAP, de modo que éste no promueve la estandarización de los precios o de las propuestas creativas (heterogéneas) y tampoco limita el número de participantes, sino de agencias que deben presentar campañas completas, asegurando un número de preseleccionados limitado pero suficiente para permitir una competencia efectiva entre ellas. No hay pérdidas de eficiencia productiva, asignativa, ni costos sociales derivados del comportamiento de los miembros de ACHAP.

2.9.3. Además, de existir el presunto acuerdo, aquel no tendría la aptitud objetiva de afectar la libre competencia, pues no se ha generado con motivo de sus acciones una restricción probable, ni menos, efectiva de la competencia en el mercado relevante.

Lo anterior considerando: (i) las características del mercado antes señaladas. De hecho, METRO y TRANSBANK rechazaron –total o parcialmente– las recomendaciones de ACHAP; (ii) que ningún efecto pudo concretarse como consecuencia del retiro de las recomendaciones antes de la presentación de ofertas en los respectivos procesos, de modo que los licitantes pudieron haberse desentendido o desvinculado de sus procesos, haber convocado a nuevos procesos o a nuevas agencias, o bien, haber acudido a la contratación directa; y, (iii) que los procesos fueron exitosos y dan cuenta de haberse verificado una efectiva competencia entre los oferentes.

Concluye que no ha estado dentro de las posibilidades de ACHAP hacer fracasar esos u otros procesos de licitación, imponer condiciones favorables al solo interés de las agencias de publicidad involucradas o repartirse el mercado.

2.9.4. En subsidio, alegan que dichos acuerdos no serían constitutivos de infracción porque tuvieron un objeto y efectos pro-competitivos. Su objeto era la adopción de un modelo de licitación ajustado a buenas prácticas internacionalmente aceptadas. Como efecto del modelo recomendado, se permite una competencia más intensa porque: (i) las agencias estarían dispuestas a invertir más en sus propuestas, al tener cada una de ellas mayores probabilidades de ser adjudicada y enfrentar reglas claras; y, (ii) se promueve la participación de agencias más pequeñas. En suma, el modelo recomendado por ACHAP incrementaba la eficiencia y reducía los costos de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

transacción. En todo caso, los efectos pro-competitivos superaban los efectos anticompetitivos.

2.9.5. Además, indican que el retiro de las recomendaciones por parte de ACHAP, antes de llevarse a cabo la presentación de ofertas en las tres licitaciones, determina que se trate de conductas no consumadas o interrumpidas que no están tipificadas en el D.L. 211, debiendo atribuirse efectos absolutorios a dicho acto.

2.10. En relación con las multas que solicita la FNE, estas requeridas señalan que las mismas infringen una serie de principios y garantías constitucionales, a la vez que no se fundan en ninguno de los criterios de determinación de multas que establece la ley.

Específicamente, señalan que al solicitar simultáneamente y por unos mismos hechos y fundamento jurídico, sanciones para ACHAP, sus directores y su Presidente Ejecutivo, éstas contravienen el principio *non bis in idem*. Explicita que los directores actuaron en nombre y representación de ACHAP, y afirma que no corresponde atribuir responsabilidades personales, porque no es posible que una persona realice simultáneamente el mismo ilícito a nombre propio y a nombre de la persona jurídica en la que participa.

Además, indican que las multas solicitadas infringen el principio de proporcionalidad, pues resultan exageradas considerando la mínima entidad de la infracción en cuestión, que duró sólo 15 días y tuvo efectos nulos.

Por otra parte, las multas en cuestión contravienen la garantía de igualdad ante la ley, por la arbitrariedad y desproporción que suponen.

Señalan que se trata de multas que son irracionales en consideración a la capacidad económica de las requeridas -existiendo la probabilidad de que caigan en quiebra- e impugnan el criterio utilizado para calcularlas. Explican que los cálculos de la FNE se basan en la inversión publicitaria nominal informada por Megatime, que no corresponde a los ingresos de las requeridas, toda vez que las agencias obtienen un porcentaje de los montos de inversión publicitaria efectiva, que va de un 8% a un 10%, en promedio.

Por último, señalan que las multas solicitadas son arbitrarias pues no se fundan o justifican en ninguno de los criterios establecidos en el artículo 26 letra c) del D.L. 211. Ello, toda vez que las requeridas no han obtenido beneficio alguno, pues los hechos no surtieron efectos. Además, las conductas en cuestión no revisten gravedad, pues no duraron más de 15 días, no incidieron en el desenvolvimiento de las licitaciones, no

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

existió dolo y porque las requeridas colaboraron en la investigación. Por último, porque tampoco habría reincidencia.

Fojas 952: Rodrigo Fontaine Cox

3. A fojas 952, con fecha 24 de marzo de 2009, contestó el requerimiento el **señor Rodrigo Fontaine Cox**, Director de ACHAP a la fecha en que ocurrieron los hechos, quien solicitó su rechazo, con costas, y subsidiariamente la imposición de una multa sustancialmente inferior a la solicitada por el Sr. Fiscal Nacional Económico, por las siguientes consideraciones.

3.1. En primer término, este requerido opone excepción de falta de legitimación pasiva porque no concurrió a la sesión de Directorio de ACHAP de 15 de abril de 2008, en la que se habría adoptado el supuesto acuerdo ilícito que se imputa a los Directores de ACHAP y porque jamás ejecutó acto alguno tendiente a implementarlo, sino que, por el contrario, concurrió a la sesión de Directorio de ACHAP de 30 de abril del mismo año, en la que fue dejado sin efecto.

En síntesis, niega su participación en todos y cada uno de los hechos que describe el requerimiento, a excepción de la reunión de 30 de abril en que se dejó sin efecto el supuesto acuerdo anticompetitivo. Indica que no “ejecutó” ni “celebró” ninguno de los supuestos ilícitos anticompetitivos que se le imputan.

3.2. En subsidio, y para el evento de que este Tribunal estime que tuvo participación real y efectiva en los ilícitos que son objeto de este juicio, indica que la multa solicitada a su respecto es totalmente infundada, irracional y desproporcionada. Indica que el Fiscal Nacional Económico no expone en su requerimiento ninguna razón que permita justificar su solicitud en esta materia, omitiendo toda referencia a los criterios de determinación de multas que establece el D.L. 211. Precisa que esa multa sería irracional y desproporcionada porque en ningún caso se le podría imputar dolo, tampoco haber actuado con secretismos, porque los supuestos ilícitos tuvieron una brevísima duración, no produjeron daño alguno, no le reportaron beneficio alguno y, por último, porque él no es reincidente en la comisión de ilícitos contra la libre competencia. Por consiguiente, solicita que, en subsidio, se le aplique una multa sustancialmente menor a la que propone el requerimiento.

Fojas 543: SEPIA

4. A fojas 543, con fecha 9 de diciembre de 2008, contestó el requerimiento **Sepia S.A. (SEPIA)**, quien solicitó que *“se revoque en todas sus partes el requerimiento”* (sic) y, en subsidio, que se le exima de las sanciones solicitadas por la FNE, atendidas las siguientes consideraciones.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

4.1. Señala SEPIA que no ha existido acuerdo colusorio, ni le ha cabido participación en acuerdo alguno que atente contra la libre competencia. Explica que no ha existido en la especie algún acuerdo atentatorio de la libre competencia y que, en todo caso, ella no lo ratificó. SEPIA entendió que el correo enviado el 17 de abril por José Manuel Silva a las agencias de publicidad, se trataba de una propuesta para aumentar el valor y la seriedad del mercado publicitario en Chile, y que en él se solicitaba su apoyo para lograr el respeto y valorización del trabajo publicitario.

4.2. Es así como SEPIA respondió, *“Apoyamos la iniciativa de defender el valor de nuestros servicios”*, sin que hubiera en su respuesta alguna manifestación de voluntad para la gestación de acuerdos que pudieran atentar en contra de la libre competencia, ni una intención implícita o encubierta, distinta de fomentar e impulsar esquemas ordenados en el mercado publicitario, de manera tal que la industria opere de manera adecuada y justa.

4.3. Señala que, en cualquier caso, los acuerdos adoptados por ACHAP no deben ser considerados como atentatorios de la libre competencia, ni debe atribuirse a los mismos alguna intencionalidad anticompetitiva. ACHAP, como asociación gremial, tiene por función velar por el interés de sus miembros, para lo cual ejecuta una serie de acciones destinadas ello, una de las cuales es ordenar los procesos licitatorios, tal como ocurre en otros países. Explica que la autorregulación está permitida y es beneficiosa para los mercados, y que las asociaciones gremiales contribuyen a garantizar su buen funcionamiento y establecen equilibrios en la participación en procesos licitatorios.

4.4. Por último, SEPIA señala que las multas solicitadas por la FNE son excesivas y arbitrarias, ya que ella no ha participado en acuerdo alguno, no ha obtenido beneficios económicos y tampoco es reincidente. Por el contrario, afirma haber actuado de buena fe y no haber tenido intención alguna de afectar la libre competencia.

Fojas 579: UNITAS

5. A fojas 579, con fecha 29 de diciembre de 2008, contestó el requerimiento **Expert S.A. (UNITAS)**, quien solicitó que se rechace en todas sus partes el requerimiento de autos, con costas, eximiéndola de toda sanción, atendidas las siguientes consideraciones.

5.1. En primer término, UNITAS señala que no ha tenido ninguna participación en las conductas que se imputan en el requerimiento, y que la FNE ha atribuido de modo poco prolijo, a todas las agencias asociadas a ACHAP, la participación en los hechos descritos en el requerimiento, sin distinciones de ninguna especie y haciendo aparecer

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

como que en las conductas ejecutadas por algunas, hubiesen participado todas las requeridas. Ello, solicitando sanciones a su respecto que exceden sus facultades económicas.

5.2. Señala que, quizás, la razón por la que ha sido incluida en el requerimiento es porque UNITAS fue invitada a participar en la licitación de UDP, aceptó la invitación y entregó su material, recibiendo posteriormente noticia de no haber sido seleccionada. Ello, agrega, no es contrario a la libre competencia.

Fojas 599: RNL

6. A fojas 599, con fecha 29 de diciembre de 2008, contestó el requerimiento **RNL Storm Nostrum Chile S.A. (RNL)**, quien solicitó que se rechace en todas sus partes el requerimiento de autos, eximiéndola de toda sanción, y, en subsidio, que las multas solicitadas por la FNE a su respecto sean reducidas sustancialmente, atendidas las siguientes consideraciones.

6.1. Señala que no tuvo participación alguna en los hechos fundantes del requerimiento, lo que se desprende de la sola lectura de este último, donde no se le atribuye ningún hecho o acto de los que se describen en él.

Así, específicamente, RNL señala que (i) no participó (directamente ni a través de algún director) en los acuerdos presuntamente celebrados por el Directorio de ACHAP para hacer fracasar las licitaciones convocadas por METRO, TRANSBANK y UDP, ni en aquellos en los que se habría acordado cuáles agencias participarían en las licitaciones de METRO y TRANSBANK; (ii) no se “restó” de participar en ninguna licitación, ya que no fue convocada a ellas y, en la de METRO, ni siquiera podría haber participado; (iii) no le correspondió participación alguna en los actos de “implementación” que la FNE atribuye a José Manuel Silva, a Clemente González (JWT) y a las agencias convocadas. En relación a esto último, agrega, RNL no envió ningún correo y no amenazó a nadie.

En cuanto a lo que plantea el requerimiento de que la ACHAP habría obtenido el apoyo de prácticamente todas las agencias de publicidad asociadas, RNL señala que esto se refiere exclusivamente a la licitación de METRO, respecto de la cual ACHAP solicitó a sus asociados abstenerse de participar.

Transcribe el correo enviado por Claudio Abé, en respuesta al de ACHAP de 17 de abril, que señala: *“José Manuel y Andrea, RNL/VMONTT está absolutamente de acuerdo y alineado con esta postura. Es fundamental que se tomen cartas en el asunto. A nadie le gusta regalar su trabajo y perder recursos. ATTE. Claudio Abé M.”.*

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Explica que, por un lado, el Sr. Abé es un funcionario de RNL, sin poder para representarla u obligarla, y que respondió el correo de ACHAP en forma inconsulta y sin autorización del directorio; y, por otro, que el presunto consentimiento prestado por RNL es, en todo caso, una conducta inidónea para producir el efecto buscado por ACHAP (esto es “hacer fracasar la licitación de METRO), toda vez que, como se señaló, RNL carece de las credenciales y calificación necesarias para ser llamada a dicha licitación. La exigencia del resultado, es una exigencia del tipo.

6.2. Por último, en relación con las multas solicitadas por la FNE, esta requerida señala que las mismas son excesivas, ya que su eventual aplicación la conducirían a una situación de insolvencia y eventual quiebra. Además, señala que las mismas son arbitrarias, atendido que no se fundan en ninguno de los criterios para su determinación que establece el artículo 26 del D.L. N° 211.

Fojas 699: EEL

7. A fojas 699, con fecha 23 de enero de 2009, contestó el requerimiento **Espina y Escalona Ltda. (EEL)**, quien solicitó que se rechace el requerimiento de autos, con costas, eximiéndola de toda sanción, atendidas las siguientes consideraciones.

7.1. Señala en primer término que EEL no pertenece al mercado relevante definido por la FNE y difícilmente podría haber afectado la libre competencia en el mismo, toda vez que no es una agencia de publicidad medial o creativa, sino que presta servicios de organización de eventos y desarrollo de actividades promocionales que en el mercado se conocen bajo la sigla BTL (*below the line*), que se utiliza para designar actividades de promoción alternativas (*ferias, stands, teams*).

Explica que pertenece a la Asociación de Marketing Promocional A.G. (AMPRO) desde 2003 y que se incorporó a ACHAP en noviembre de 2007 con el objeto de contactar posibles clientes, pero se desafilió de esta última en agosto de 2008 dado que no se cumplió su objetivo.

7.2. Agrega que no fue invitada a ninguna de las licitaciones que se mencionan en el requerimiento y no tuvo, por lo tanto, participación alguna en ellas, como tampoco en discusiones al interior de ACHAP respecto del diseño de los procesos de licitación, sencillamente porque no le interesaban ni participaba en estos últimos. Tampoco envió ninguno de los correos que se mencionan en el requerimiento, ni participó en alguna reunión.

7.3. En relación con el correo que José Manuel Silva envió a todos los asociados el 17 de abril de 2008, EEL señala que el mismo fue dirigido al Sr. Carlos Porter, gerente

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

comercial de su empresa, que no cuenta con facultades de representación. Agrega que, además de que las materias a que se refería ese correo carecían de interés para EEL, la respuesta del Sr. Porter fue del todo indeterminada. En su respuesta señala, *“Estimados, nos suscribimos a los acuerdos y lineamientos que defina la Achap”*, sin referirse a alguna licitación en particular ni tampoco contestar la supuesta solicitud de abstención, sino a los lineamientos o acuerdos futuros que definiera la ACHAP en relación con diversos documentos que dicha agencia estaba elaborando, los que, en cualquier caso, no le interesaban, ni siquiera eran conocidos por EEL a esa fecha y, en definitiva, jamás fueron aprobados o ratificados ella.

7.4. En razón de lo anterior, EEL opone las siguientes excepciones: (i) inexistencia de los hechos denunciados; (ii) inexistencia de conducta reprochable; (iii) inexistencia de relación alguna con los hechos denunciados; (iv) inoponibilidad, específicamente del mail de respuesta del Sr. Porter al mail ACHAP, porque dicho funcionario no representa a EEL; (v) inexistencia de consentimiento, ya que no aprobó ni ratificó ninguna de las decisiones del Directorio; (vi) inexistencia de participación en la industria y en el mercado relevante, por lo que, de haber participado en los hechos denunciados, su actuación habría sido del todo inocua; y, (vi) en subsidio, solicita que se elimine o se rebaje sustancialmente la sanción de multa por ser desproporcionada a los hechos y conductas que se le puedan imputar.

Fojas 762: ARMSTRONG.

8. A fojas 762, con fecha 13 de marzo de 2009, contestó el requerimiento **Armstrong & Asociados Ltda. (ARMSTRONG)**, quien solicitó su rechazo, con costas, y, en subsidio, rebajar sustancialmente la multa propuesta por la FNE, atendidas las siguientes consideraciones.

8.1. Esta requerida señala, en primer término, no haber participado en los hechos que le imputa el requerimiento, pues su voluntad nunca ha estado encaminada a limitar, impedir o restringir la competencia, sino que sólo habría manifestado su consentimiento para proceder al perfeccionamiento de la industria y que habría aprobado el punto de vista de ACHAP, en el sentido de que ésta pudiera “sugerir” una mejora en los procesos de licitación mediante un documento meramente referencial, no obligatorio para los anunciantes. En ese contexto debe entenderse el correo que envió el 21 de abril, esto es, con posterioridad al hecho en que se funda el requerimiento, constituido por el correo por medio del cual el Sr. Silva comunicó a METRO la supuesta conducta infractora.

De hecho, esta requerida señala que no recibió ni conoció los correos enviados por el Sr. Silva los días 17 y 18 de abril de 2008 a todas las agencias, y detalla que sólo

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

respondió un correo personalizado por medio del cual el Sr. Silva insistió, con fecha 21 de abril de 2008.

Añade que tampoco tuvo conocimiento de las licitaciones convocadas por TRANSBANK y UDP, por lo que no es posible que se le atribuya participación alguna en lo concerniente a tales licitaciones.

8.2. Además, señala que no participó ni tuvo conocimiento del supuesto reparto de mercado acordado el 24 de abril de 2008. De hecho, se desprende del requerimiento que éste sólo habría sido conocido por las agencias convocadas.

Indica que recibió el correo de 24 de abril en que el Sr. Silva solicitó a las agencias informar de nuevas licitaciones de las que tuvieran conocimiento, pero no lo contestó y, en todo caso, sólo lo consideró como parte del proceso de promoción del procedimiento de licitaciones a sugerir a los anunciantes. Las interpretaciones de la FNE a este respecto, carecen de fundamentos.

8.3. Por otra parte, señala que no forma parte del mercado relevante porque no fue invitada a participar de ninguna de las licitaciones en cuestión y, a su juicio, el mercado relevante solo incluye a las agencias convocadas a tales licitaciones. De hecho, ARMSTRONG no cumplía con el parámetro fijado por los respectivos anunciantes que incluía sólo agencias ganadoras de premio en el caso de METRO, o denominadas de “gran tamaño”, en los casos de TRANSBANK y UDP.

8.4. Por último, en relación con el monto de las multas propuestas por la FNE, señala que éstas son desproporcionadas atendida su escasa participación de mercado, que no obtuvo beneficio económico y que éstas harían que muchas agencias desaparezcán del mercado.

Fojas 814: JWT

9. A fojas 814, con fecha 24 de marzo de 2009, contestó el requerimiento **J. Walter Thompson Chilena S.A.C. (JWT)**, quien solicitó su rechazo, con costas, en subsidio, que se consideren eximentes de responsabilidad y, en su mérito, se eliminen o rebajen sustancialmente las multas solicitadas por la FNE, atendidas las siguientes consideraciones.

9.1. Como antecedentes de hecho, JWT identifica aquellos que habrían sido omitidos en el requerimiento, los requisitos generales y específicos que habría de reunir la conducta denunciada y la obligación de la requirente de acreditar su concurrencia.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

JWT señala que la FNE omite o yerra en su descripción o calificación de los hechos, entre otros: (i) al no señalar la participación que corresponde a cada requerida en los hechos; (ii) al omitir que la elección de las agencias que participarían en las licitaciones en curso correspondía a los avisadores; (iii) al no indicar que los términos y condiciones de las licitaciones de publicidad son ineficientes e impuestos por los avisadores a las agencias; (iv) al afirmar equivocadamente que los acuerdos de ACHAP tendrían por objeto hacer fracasar licitaciones, en circunstancias que lo que se buscaba era un modelo para regular y ordenar tales procesos y evitar ineficiencias derivadas de costos innecesarios de participación. Se buscaba corregir imperfecciones y profundizar la competencia; y, (v) al aseverar que JWT envió a las agencias convocadas a la licitación de METRO un correo electrónico por encargo de José Manuel Silva y otro a UDP indicándole que si convocaba a más de 4 agencias ninguna se presentaría a la licitación, lo que es falso.

9.2. A continuación, se refiere a las características de los servicios de publicidad y la labor que realizan las agencias, destacando que los servicios publicitarios tienen particularidades. En especial, señala que la actividad de las agencias es compleja y da origen a productos diferenciados, únicos y a medida de los clientes (destinados a exaltar sus cualidades frente a competidores) que, por lo tanto, sólo tienen valor económico para la empresa avisadora en cuestión y no pueden ser utilizados por ninguna otra empresa, y que representa un importante costo de oportunidad (capital de trabajo e incompatibilidades derivadas de convenios de confidencialidad) y de transacción para las agencias que constituye un “costo hundido especial”. En términos de JWT, los productos en cuestión son bienes o servicios terminados, utilizables, únicos, personalísimos y perecibles, que hacen de los licitantes una suerte de monopolistas.

9.3. Luego, JWT se refiere al mercado relevante y sus características. Señala que éste correspondería al mercado de las agencias de publicidad, sin perjuicio de que podría considerarse cada una de las licitaciones como un mercado relevante distinto. Discrepa de la FNE, en síntesis, respecto al alcance y relevancia de los actores que participan en la industria, su limitación geográfica y el rol que desempeñan las asociaciones gremiales que los reúnen.

En cuanto a su estructura y características, señala que se trata de un mercado en el que no existen condiciones facilitadoras de colusión, ya que es atomizado, desconcentrado, competitivo, dinámico y sin barreras de entrada, precisando que en Chile existen más de 200 agencias de publicidad y las más grandes no concentran sobre el 8% de la inversión publicitaria. En todo caso, es abierto en fronteras porque

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

las agencias extranjeras son sustitutas de las nacionales. Agrega que, a enero de 2009, ACHAP tenía 38 socios que, aunque concentraban el 65% de la inversión publicitaria, representaban sólo el 20% del total de agencias que aparecen en el ranking Megatime. En relación con la ausencia de barreras, señala que no existen impedimentos para entrar ni para salir de este mercado, tal como lo demostraría la circunstancia de que constantemente entran y salen agencias del mercado.

Agrega que se trata de un mercado informal, donde no es habitual la existencia de contratos escritos, y que las agencias dependen de los avisadores, de lo que da cuenta el hecho de que existen incompatibilidades para atender avisadores que compiten entre sí (incompatibilidad de cuentas) ya que las agencias manejan información confidencial de sus clientes.

Asimismo, describe las formas de contratación existentes, señalando que los servicios de las agencias de publicidad pueden contratarse directamente, mediante licitación o integración vertical. Explica que, cuando se realizan licitaciones, los avisadores siempre mantienen la alternativa de la contratación directa (antes, durante y después de licitar) y, de hecho, las distintas formas de contratación conviven ya que los avisadores no asumen deberes de exclusividad con la agencia adjudicataria de una licitación.

Agrega que uno de los problemas que dan origen a este conflicto, es que los servicios de publicidad no están adecuadamente protegidos por leyes de propiedad intelectual e industrial, por lo que existe riesgo de que las licitaciones se usen para conocer los productos que serán presentados y usarlos sin retribuir.

Concluye a partir de lo anterior, que no –ni aún sobre la base del mercado relevante definido por la FNE– es posible sostener que las agencias de publicidad agrupadas en ACHAP tengan poder de mercado y que, en cambio, son los avisadores quienes imponen sus términos (abusivos, poco transparentes y discriminatorios), toda vez que en definitiva existen asimetrías en la posición negociadora de licitantes y agencias en perjuicio de éstas últimas.

9.4. A continuación, JWT hace referencia a las características de las licitaciones de servicios de publicidad, indicando las circunstancias que permitirían comprender la necesidad de un código de buenas prácticas y, por lo tanto, la licitud de su conducta, reiterando las particularidades de los servicios publicitarios, precisando que, en todo caso, lo que se licita no es la campaña publicitaria, sino la cuenta. Es decir, se trata de procesos de selección de la agencia que desarrollará la campaña, pero no queda definido el contenido de la misma ni el resultado es vinculante para el avisador.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Señala así que los avisadores imponen a las agencias términos y condiciones abusivas, poco equitativas e ineficientes tanto en las licitaciones como durante una relación comercial; los que no aseguran la obtención de los beneficios propios de la competencia.

En lo que respecta a condiciones de los procesos de licitación, cuestiona, entre otras prácticas habituales, que los avisadores no asumen obligaciones ni quedan vinculados por las licitaciones y establecen condiciones poco equitativas, opacas y discriminatorias en perjuicio de las agencias, lo que impide a éstas evaluar objetiva y comercialmente la conveniencia y costos de participar. Es común que modifiquen las bases durante o concluida la licitación, convoquen a nuevos participantes una vez iniciado el proceso, discriminen otorgando a algunos participantes la posibilidad de mejorar sus propuestas y utilicen parcialmente ideas contenidas en propuestas no adjudicadas, desconociendo la propiedad intelectual de las agencias sobre los contenidos de sus propuestas (además, pueden recibir propuestas fuera de plazo; suspender, terminar o declarar desiertos los procesos sin expresión de causa; modificar unilateralmente los valores destinados a inversión publicitaria; no asumen exclusividad y pueden contratar servicios con otras agencias; pueden eliminar, modificar o excluir los servicios de la adjudicataria; luego de la adjudicación, negociar modificaciones en el contenido y precio de las propuestas). En cambio, las agencias quedan obligadas a cumplir y desarrollar el encargo bajo las condiciones que determine el licitante.

Además, se producen prácticas cuestionables durante el curso de la relación comercial o terminada ésta: pago en plazos excesivos, término intempestivo de contrato, uso de propiedad intelectual una vez terminada la relación contractual, contratación de personal de la agencia por parte de los avisadores; incremento de servicios contratados, sin ajuste en remuneración.

En definitiva, JWT afirma que las condiciones abusivas bajo las cuales se llevan a cabo las licitaciones son ineficientes y obstaculizan la permanencia en el mercado de agencias que no tienen el capital suficiente para enfrentar la incertidumbre que conllevan. Estas circunstancias en que operan los procesos de licitación permiten comprender la necesidad de un código de buenas prácticas.

9.5. En este contexto, la actuación de ACHAP constituiría una reacción legítima frente a imperfecciones, ineficiencias y abusos.

Así, desde principios de 2008 ACHAP estaba evaluando la adopción del código de buenas prácticas y un reglamento de licitaciones porque las ineficiencias derivadas de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

los procesos de licitación eran un tema que preocupaba a la industria desde hace bastante tiempo.

De hecho, la ACHAP estaba en conversaciones con ANDA para (con la aquiescencia del mercado) establecer un Código de Buenas Prácticas que consideraba regular las licitaciones, siguiendo los estándares internacionales.

Así, siguiendo la práctica habitual a nivel internacional, el borrador proponía un esquema de selección en dos etapas o gradual, análogo al que se usa en el derecho comparado. Este contemplaba una primera etapa de presentación de credenciales y, una segunda etapa donde las tres o cuatro agencias seleccionadas por el avisador deben desarrollar el proyecto de publicidad completo. Señala que en esta segunda etapa, o etapa final, la competencia es absoluta, profunda, especializada y eficiente, toda vez que los concursantes despliegan y asumen los costos que les significa participar en un contexto de certeza jurídica y buenas prácticas comerciales.

9.6. Prosigue JWT indicando los antecedentes de hecho de las licitaciones de METRO, TRANSBANK y UDP. Indica, en síntesis, que TRANSBANK y UDP entendieron las necesidades de la industria. Precisa que TRANSBANK decidió acoger las sugerencias de ACHAP, delegó en esta última su derecho de preseleccionar y, posteriormente, las no seleccionadas renunciaron al proceso. TRANSBANK no sufrió perjuicio alguno.

En un principio, METRO también entendió, pero encontró dificultades para modificar su proceso en curso y siguió adelante según su diseño original, no sufriendo perjuicio alguno. El único pudo ser el retraso de una semana en su proceso.

9.7. Luego, JWT indica que, en la especie, no concurre ninguno de los requisitos legales tanto generales de las infracciones a la libre competencia como específicos del ilícito de colusión previsto en la letra a) del artículo 3° del D.L. N° 211, precisando que en Chile la regla *per se* no tiene cabida alguna.

En cuanto a la ausencia de los requisitos generales, señala que, en la especie: (i) las conductas no tendían a impedir, restringir o entorpecer la libre competencia y carecían de aptitud para hacerlo, ya que no tenían por “objeto” hacer fracasar licitaciones, porque los avisadores, en todo caso, mantuvieron siempre la posibilidad de proveerse con otras agencias y porque la intensidad de la competencia, en estos casos, es independiente del número de participantes. El hecho de “reducirse el número de participantes en una licitación” en una segunda etapa no lleva a una reducción de la oferta ni a un mayor precio. De hecho, los procesos de TRANSBANK y UDP

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

concluyeron en forma exitosa; (ii) la conducta imputada no es antijurídica, toda vez que no supuso la utilización de medios ilegítimos para competir, ni era idónea para producir un efecto anticompetitivo; y, (iii) no existió dolo, ya que la intención era ordenar el proceso de licitación y lograr la aprobación del Código de Buenas Prácticas, y no producir un determinado efecto anticompetitivo.

Con respecto a los requisitos específicos de la colusión, JWT señala que: (i) No hay acuerdo o este no es “completo”, ya que el supuesto acuerdo no recae en el precio, ni en la definición de los productos, ni en el reparto de la demanda, y nada aseguraba a las agencias no clasificadas que serían elegidas en licitaciones futuras. Además, la selección radicaba en los avisadores, quienes delegaron en ACHAP esta facultad; (ii) en cualquier caso, el supuesto acuerdo no tenía la idoneidad causal que la ley exige. Explica que el mismo, porque no afecta la competencia en las licitaciones ni tendría aptitud causal para impedirla, restringirla o entorpecerla, por la vía de subir los precios, reducir la calidad o restringir la producción. Explica que los licitantes podían proveerse con otras agencias, mediante trato directo, ampliando la convocatoria en estas licitaciones o realizando una nueva licitación. Es decir, la estructura del mercado hacía inviable la colusión; (iii) La conducta no permitía a las agencias alcanzar poder de mercado; (iv) tampoco se habría abusado del poder de mercado supuestamente conseguido por medio de los acuerdos; (v) la conducta no habría sido dolosa, ya que los acuerdos no fueron adoptados ni ejecutados con la intención de producir un determinado efecto anticompetitivo, sino que, por el contrario, su objeto era ordenar el proceso de licitación y lograr la aprobación de un Código de Buenas Prácticas, proteger la competencia, subsanar imperfecciones del mercado, y eliminar obstáculos y costos socialmente ineficientes; (vi) la conducta no habría sido antijurídica, ya que en todo caso, existían causales de justificación como son la no exigibilidad de otra conducta y la legítima defensa, pues se trataría de una reacción legítima frente a los abusos de que eran objeto las agencias.

JWT añade que tampoco concurren los elementos característicos del *bid rigging*, donde los efectos buscados son: aumento de precios, menor producción o menor calidad.

En la especie, por el contrario, existían efectos positivos para la competencia porque el avisador que sigue el procedimiento del Código de Buenas Prácticas recibe un producto más acabado y focalizado en su marca. Se evita un excesivo desgaste por participación de agencias con escasas posibilidades de ganar la cuenta. Ello permite que existan más licitaciones y que empresas de menor tamaño puedan participar con la legítima expectativa de ganar.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Indica que tampoco hubo boicot ya que las agencias no dejaron de competir ni se rehusaron a prestar servicios. En todo caso, agrega, tampoco es posible sostener que el proyecto de Código de Buenas Prácticas y el sistema que lo inspiraba importase un boicot en contra de las licitaciones de los avisadores. Por el contrario, buscaba contar con su aquiescencia y aprobación.

Finalmente, hace presente que, producto de la investigación de la FNE se impidió que el mercado funcionara y que los agentes del mismo lograran adoptar los acuerdos necesarios tendientes a solucionar y minimizar las imperfecciones del mercado de las licitaciones de cuentas de publicidad.

9.8. En subsidio, para el evento de considerarse que las conductas imputadas son típicas conforme al D.L. 211, JWT invoca como eximentes de responsabilidad la no exigibilidad de otra conducta y la legítima defensa.

9.9. En cuanto a las multas solicitadas por la FNE, JWT señala que las mismas son arbitrarias, desproporcionadas, que no se fundan en los requisitos establecidos en la ley (no hay beneficio, gravedad ni reincidencia), que las conductas han transcurrido en un breve lapso y no han tenido consecuencias permanentes en el tiempo (las agencias suspendieron los acuerdos y reiteraron su voluntad de participar en las licitaciones) y que, en cualquier caso, las requeridas desplegaron conductas destinadas a paliar los efectos anticompetitivos de sus acuerdos (los dejaron sin efecto).

Fojas 853: BBDO.

10. A fojas 853, con fecha 24 de marzo de 2009, contestó el requerimiento **BBDO Publicidad S.A. (BBDO)**, quien solicitó su rechazo, con costas. En subsidio, imponerle una sanción distinta y menos grave que la pecuniaria y, en subsidio, una multa sustancialmente inferior a la solicitada por la FNE, por las siguientes consideraciones.

10.1. Primeramente, esta requerida señala que el requerimiento adolece de un defecto insalvable, de indeterminación de la acusación, consistente en que no precisa qué hechos atribuye a cada una de las 44 requeridas. Agrega que, sin infringir el principio *non bis in idem*, no es posible sancionar a los directores de ACHAP por hechos ejecutados como miembros del directorio, ya que los acuerdos de directorio no corresponden a un “concierto”.

10.2. A continuación, se refiere a los hechos, indicando que en el mercado de la publicidad, algunos avisadores adoptan un comportamiento oportunista, recurriendo a procesos de selección (que no son procesos de contratación) que contienen estipulaciones abusivas, que frustran los objetivos de igualdad de competencia,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

objetividad y eficiencia, y, muchas veces, sin tener una verdadera intención de contratar.

Así, indica que muchos de estos procesos crean barreras de entrada, discriminan arbitrariamente entre las agencias, se apropian, sin retribución, de las ideas de los proponentes; y, utilizan los procesos para configurar de modo arbitrario el mercado. Además, señala también las prácticas habituales en la industria e indica que las mismas producen como resultado, entre otros, desincentivos a participar, incertidumbre y pérdida de propiedad intelectual; todo lo cual es ineficiente.

Afirma que en otros países, los conflictos de intereses entre avisadores y agencias se resuelven por medio de códigos de buenas prácticas, y que las asociaciones gremiales que impulsan estos códigos instan para que se ejercite responsablemente la libertad de fijación unilateral de precios por parte de los avisadores, pero no benefician ni perjudican a nadie. Explica que las agencias no adquieren poder de mercado por medio de las asociaciones gremiales, sino poder de negociación. De hecho, en el contexto descrito, la ACHAP, destinada a defender los intereses comunes de sus asociados, parecía la instancia naturalmente destinada a conversar con el gremio avisador.

Recogiendo la experiencia de otros países, el código de buenas prácticas que se encontraba en proceso de diseño por parte de ACHAP proponía procesos que se desarrollaran en dos etapas. La primera de ellas, de “presentación de credenciales”, para que el avisador conozca las empresas de publicidad interesadas y defina sus requerimientos; y la segunda etapa, destinada a la selección, en la cual participarían aquellas 3 ó 4 agencias escogidas libremente por el avisador, a quienes se solicitaría la preparación de una campaña completa. Dicha fórmula aseguraba la libertad del avisador para seleccionar a las empresas que estimara convenientes, y disminuía la incertidumbre de las agencias de publicidad convocadas, quienes asumían los costos de realizar la propuesta completa teniendo mayores posibilidades de que se les adjudicara el proyecto.

Señala que en ese contexto se realizaron las convocatorias de METRO y de TRANSBANK, se reunió el directorio de ACHAP y acordó enviar una nota a esos avisadores, apuntando simplemente a proponer una forma de reducir los costos desproporcionados que, por su exagerado nivel de incertidumbre, implicaba la aplicación de ese diseño en perjuicio de la industria y de los demás avisadores.

10.3. Luego, se refiere a las convocatorias materia de autos. Así, en cuanto a la convocatoria de TRANSBANK, señala que en abril de 2008 se invitó a 8 agencias.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Conforme a los términos de las bases respectivas, TRANSBANK no asumía ninguna obligación, ni siquiera adjudicar la cuenta a la mejor oferta. Añade que, de acuerdo con las comunicaciones sostenidas entre José Manuel Silva (ACHAP) y Viviana Frola (TRANSBANK), este avisador accedió a modificar el diseño original de su licitación y solicitó a ACHAP decidir cuáles cinco concurrirían, lo que se estableció por sorteo. Con posterioridad, el 7 de mayo de 2008, José Manuel Silva comunicó a TRANSBANK el retiro de la recomendación para evitar malentendidos y, el 28 de mayo del mismo año se presentaron las ofertas, entre ellas la de BBDO. Tras examinar las propuestas TRANSBANK seleccionó a LECHE, su antigua agencia.

En lo que respecta al proceso de selección de METRO, señala que en abril de 2008 se convocó a 13 agencias y su proceso, al igual que el de TRANSBANK, tampoco era vinculante para el avisador. Reseña las comunicaciones sostenidas entre José Manuel Silva y el encargado del proceso en METRO, indicando que, en un primer momento METRO se habría mostrado dispuesto a modificarlo, llegando a solicitar a las agencias de publicidad que escogieran cuáles de ellas participarían en la primera etapa (lo que éstas libraron a la suerte). No obstante, cambió luego de opinión exigiendo que este se desarrollara conforme a los términos previstos. Así, y pese a la propuesta de ACHAP, METRO decidió seguir adelante con el proceso tal como había planeado inicialmente, aunque más tarde aceptó postergar en un par de días la fecha final de recepción de ofertas. El 30 de abril ACHAP decidió retirar la recomendación y envió a METRO una carta comunicándolo. El proceso convocado por METRO siguió su curso en los términos unilateralmente diseñados por esa empresa y BBDO participó activamente en el mismo, aunque en definitiva no fue seleccionada.

En relación con la convocatoria de UDP, indica que, en abril de 2008, este avisador llamó a determinadas agencias a presentar credenciales, entre las cuales no estaba BBDO, y que, en mayo de 2008, dio a conocer cuáles eran las tres agencias seleccionadas para presentar propuestas, escogiendo con posterioridad a una de ellas.

A partir de lo anterior, BBDO concluye que la FNE considera que la modificación unilateral de voluntad de los avisadores sobre el modo de seleccionar a un eventual co-contratante sería contraria a la libre competencia, lo que no es así.

10.4. A continuación, BBDO efectúa algunas precisiones en relación con la improcedencia de ampliar los hechos sometidos por la FNE a conocimiento de este Tribunal, acotados a tres "licitaciones", y con el mercado relevante que, según BBDO fue indebidamente restringido.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

10.5. En relación a esto último, BBDO afirma que el mercado relevante o mercado en que incide el presunto acuerdo, debe incluir: (i) relaciones de corto y mediano plazo, ya que no existe relación entre licitación y contrato de largo plazo, pues lo que más se licita son servicios que se otorgan por una sola vez (“*one shot*”); (ii) agencias pequeñas, ya que éstas son perfectamente capaces de atender con calidad y disputar clientes; (iii) contratación directa, ya que esta posibilidad se mantiene abierta en las convocatorias de METRO, TRANSBANK y UDP; y, (iv) agencias domiciliadas fuera de Chile que prestan servicios en el país.

Asimismo, en lo que respecta a la ACHAP, BBDO señala que dicha asociación gremial no tiene poder de mercado, ni agrupa a todas las agencias que conforman el mercado relevante. Señala que en la actualidad existen más de 208 agencias de publicidad activas –según Megatime- y que las pertenecientes a ACHAP representan sólo un 18% del total.

Atendido lo anterior, BBDO considera que el mercado relevante en esta causa debe ser definido como el de la prestación de servicios publicitarios de corto, mediano y largo plazo otorgados por agencias de publicidad chilenas o extranjeras, las que son contratadas una vez que el avisador las ha seleccionado por cualquier vía, esto es, con presentación previa de propuestas o sin ella.

Con respecto a las características de este mercado, BBDO indica que se trata de un mercado atomizado, desconcentrado, desafiante, sin barreras de entrada y con competencia extranjera. Lo anterior, incluso sumando las participaciones de mercado de agencias que pertenecen a un mismo grupo y que, en todo caso, compiten entre sí. Asimismo, señala que es un mercado competitivo y dinámico, donde las comisiones y los ingresos de las agencias han bajado, y donde, constantemente, surgen o se incorporan al ranking Megatime nuevas agencias. Indica que en un mercado con estas características no tiene sentido la colusión.

En cuanto al tamaño de este mercado, BBDO señala que la FNE lo sobredimensiona al considerar la inversión publicitaria total, sin considerar que las agencias cobran una comisión de aproximadamente un 10% de la inversión publicitaria, y basarse en los precios lista, que son objeto de muchos descuentos. Precisa que, para medir este mercado deben tomarse en consideración los ingresos reales de las agencias.

10.6. En lo que sigue, BBDO opone las siguientes excepciones, defensas y alegaciones, en subsidio de la ya señalada improcedencia del requerimiento por grave indeterminación de los hechos que se atribuyen a cada requerida.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

10.6.1. La conducta imputada no es idónea o no tiene la virtualidad, ni aun ex ante, de atentar en contra del bien jurídico protegido por el Decreto Ley N° 211.

A este respecto, BBDO señala que conforme al artículo 3° del D.L. N° 211, la conducta debe, al menos, tener la virtualidad de afectar el bien jurídico protegido para ser ilícita y poder ser sancionada.

No obstante, en la especie, los hechos por los cuales se le pretende sancionar constituyen un ilícito imposible que, en razón de los medios, objeto o sujetos, carecen de toda idoneidad para consumarse y producir el resultado lesivo que el D.L. N° 211 disvalora, o de ponerlo en peligro. Por lo tanto, concluye, se trata de hechos atípicos que no son susceptibles de ser sancionados.

Indica que las imputaciones de la FNE se basan en supuestos o condiciones que no concurren en la especie y, particularmente, en que los procesos de selección de METRO, TRANSBANK y UDP serían licitaciones dignas de protección bajo el D.L. 211. En lugar de ello, de acuerdo a sus términos, los procesos de TRANSBANK y METRO eran meros mecanismos unilaterales de selección de eventuales co-contratantes futuros que no definían concurrencia en el mercado (no vinculaban a contratar), no tenían objeto determinado y, por último, tampoco establecían términos o condiciones transparentes, objetivas y generales.

Así, explica BBDO, no puede haber colusión si, como en la especie: (i) el proceso es discrecional para quien lo convoca, pudiendo declararlo desierto, modificarlo o sujetarse a procedimientos de contratación diferentes; (ii) el objeto que se licita no es determinado ni determinable, de modo que el resultado no es una transacción de bienes y servicios; y, por último, (iii) el proceso no está diseñado para permitir una eficiente asignación de recursos, de manera que la frustración de su resultado no puede o no tiene la virtualidad de afectar la libre competencia.

Lo que existe es imposición de condiciones de procesos de selección de un eventual contratante, previas a cualquier voluntad de contratar, y negativa a someterse esa cierta y determinada forma de selección que las agencias estimaban abusiva. Luego, concluye, el fracaso de esos mecanismos unilaterales de selección, que no definen concurrencia en el mercado, constituyen un ilícito imposible.

10.6.2. Falta de efectividad de los hechos imputados en el requerimiento y de la participación que en ellos se atribuye a BBDO.

A este respecto, BBDO niega los hechos que se le imputan y precisa que: (i) no fue invitada a la convocatoria de UDP y participó seriamente en los procesos convocados

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

por METRO y TRANSBANK; (ii) las requeridas acordaron enviar una nota para “proponer” condiciones que estimaban eficientes y adecuadas; (iii) los sorteos para determinar las agencias que concurrirían a los procesos se hicieron a instancias de los avisadores (aunque después METRO cambió de parecer); y, (iv) Las actuaciones de José Manuel Silva no necesariamente se corresponden todas con el tenor de la recomendación acordada.

10.6.3. No hay acuerdo de las requeridas que sea constitutivo de colusión.

En este contexto, BBDO niega la calificación de los hechos que efectúa la FNE en el requerimiento y, argumenta, en síntesis, que no cualquier expresión de voluntad común es constitutiva de colusión.

En cambio, la única conducta desplegada por las requeridas fue expresar, en el contexto de la ACHAP, la conveniencia de representar a los avisadores TRANSBANK, METRO y UDP cuál era el diseño de los procesos de selección que les parecía más eficiente y racional en ese mercado, y recomendar a éstos su implementación en los procesos en curso. Ello, sin que: (i) las agencias hubieren renunciado a actuar de manera individual o independiente, porque no había incentivos para actuar de manera distinta, desviarse, ni potenciales mecanismos de control y sanción; (ii) sin alguno de los objetos constitutivos de colusión, ya que la recomendación a los avisadores no incidía en las condiciones bajo las cuales se concurre al mercado (fijar precios, cuotas, zonas o limitar la producción); (iii) sin la finalidad de obtener beneficios para las agencias en desmedro de los avisadores. De hecho, la recomendación tenía por objeto el beneficio de todos y, precisamente por eso, estaba destinada a comunicarse y hacerse pública. De hecho, como consecuencia de las condiciones más racionales de competencia, los avisadores contarían con propuestas creativas de mejor calidad; (iv) en armonía con los códigos de buenas prácticas vigentes en otros países. Por lo tanto, faltando en las conductas todos los elementos que permitirían calificarlas como acuerdos colusorios, BBDO concluye que se trata de conductas permitidas y pro-competitivas consistentes en el legítimo ejercicio de actividades por parte de asociaciones gremiales.

En la especie, indica, no existió colusión para hacer fracasar las licitaciones de METRO, TRANSBANK y UDP, imponer en dichas licitaciones condiciones más favorables, repartirse el mercado ni incrementar las probabilidades de adjudicación. Por el contrario, tales finalidades aparecen como irracionales tratándose de procesos cuya decisión es discrecional para los convocantes. En cuanto a los sorteos, BBDO señala que se procedió a ellos a instancias de los avisadores, que no se estipularon

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

pagos o recompensas a las agencias no seleccionadas y que en último término, la selección de la agencia correspondía al avisador.

10.6.4. De existir el supuesto acuerdo, éste no lesionó ni puso en peligro concreto la libre competencia.

Ello, por cuanto, como se indicó, los procesos en cuestión no eran “licitaciones”, no fomentaban la libre competencia, en tanto que el diseño propuesto sí lo hacía y porque la conducta en cuestión, en todo caso, no confería poder de mercado a sus presuntos participantes.

10.6.5. Atipicidad de la conducta atribuida a BBDO por ausencia de resultado.

Explica a este respecto que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 3°, letra a), del Decreto Ley N° 211, anterior a la reforma introducida por la Ley N° 20.361, el ilícito de colusión es de resultado. En la especie no se produjo resultado alguno, ya que todos los procesos fueron exitosos por lo que la conducta es atípica.

Según BBDO, la exigencia de un resultado contenida en la letra a) del artículo 3 antes mencionado no debe confundirse con el requisito de aptitud causal del primero de los incisos de dicho artículo, aplicable a todas las figuras típicas del Decreto Ley N° 211, para el caso en cuestión. No obstante, para el evento de que el Tribunal estime que baste que el acuerdo ponga en peligro la libre competencia, ello tampoco ocurrió toda vez que se trataba de procesos abusivos y no vinculantes.

En cualquier caso, agrega, los ilícitos no consumados (tentados o frustrados) no son sancionables en sede de libre competencia, al no existir una norma especial que así lo establezca.

En subsidio, de estimarse que la tentativa y la frustración son sancionables, BBDO señala que las conductas en cuestión son igualmente impunes por haber mediado desistimiento, al haberse dejado sin efecto la recomendación formulada a los avisadores y, además, porque BBDO concurrió a las licitaciones de METRO y TRANSBANK. Esos actos positivos tuvieron la aptitud de poner fin a todos los efectos que podría haber generado su conducta previa.

10.6.6. Falta de intencionalidad contraria a la libre competencia.

BBDO señala que actuó de buena fe, en el entendido de que podrían obtener a través de la asociación gremial la capacidad de ser escuchadas de la que carecían, por sí solas, frente a METRO y TRANSBANK, e instar de ese modo a los avisadores a que

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

cesen en sus prácticas oportunistas, y con la intención de proteger la libre competencia. No hubo dolo y por lo tanto, tampoco responsabilidad subjetiva.

10.6.7. El ilícito monopólico no se configura porque la conducta desplegada estaba justificada.

A este respecto, señala que su conducta fue reactiva, o bien, que actuó en legítima defensa o en estado de necesidad de un actuar defensivo frente a los abusos de los avisadores.

BBDO señala que estaba facultada por el ordenamiento jurídico para reaccionar frente a un comportamiento oportunista de los avisadores TRANSBANK y METRO, y esa reacción sólo resultaba eficaz y proporcionada si se realizaba por intermedio de ACHAP.

10.6.8. Im procedencia de la sanción solicitada, atendida la ausencia de relevancia de los supuestos atentados.

Ello, atendida la escasa entidad y relevancia de los supuestos ilícitos, toda vez que no produjeron efecto alguno, tuvieron una escasa duración y no ocasionaron perjuicio a los avisadores.

10.6.9. En todo caso, im procedencia de la solicitud de cese de la conducta denunciada.

Resulta absolutamente innecesario acceder a esta petición toda vez que la conducta que se le atribuye fue revocada, según se comunicó a los avisadores.

10.6.10. En subsidio, desproporción de las multas solicitadas por la FNE y, bajo cualquier respecto, im procedencia de la agravación solicitada.

Señala que la multa solicitada por la FNE es manifiestamente desproporcionada atendido: (i) la escasa gravedad del hecho que se le imputa; (ii) que el ilícito que se le imputa no produjo efecto alguno; (iii) que las requeridas no obtuvieron beneficio alguno; (iv) que no ocasionaron perjuicio alguno a los avisadores; (v) que no tuvieron intención de lesionar la libre competencia, sino una motivación valiosa; (vi) que BBDO tiene una irreprochable conducta anterior; (vii) que BBDO cesó en su actuación y adoptó medidas para evitar sus efectos; (viii) el tamaño del mercado y su capacidad económica.

En cuanto a la agravación solicitada por la FNE, en aplicación de la disposición contenida en el artículo 26 del Decreto Ley No. 2.758 sobre Asociaciones Gremiales,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

señala que es improcedente ya que la norma en cuestión está tácitamente derogada por la Ley N° 19.911 que eliminó la sanción penal.

Fojas 991: Proximity.

11. A fojas 991, con fecha 24 de marzo de 2009, contestó el requerimiento **Proximity Chile S.A. (PROXIMITY)**, quien solicitó su rechazo, con costas. En subsidio, imponerle una sanción distinta y menos grave que la pecuniaria y, en subsidio, una multa sustancialmente inferior a la solicitada por la FNE, por consideraciones análogas a las expuestas en la contestación de fojas 853.

11.1. En todo caso, a diferencia de la requerida que contestó a fojas 853, y tal como señala en su contestación, PROXIMITY no fue invitada a participar en el proceso de selección de TRANSBANK, razón por la cual mal podría haberse coludido para hacerlo fracasar; pero sí fue invitada a los procesos de de METRO y UDP.

11.2. En el proceso de METRO, PROXIMITY señala que era la agencia “defensora de la cuenta” y participó seria y activamente.

11.3. En relación al proceso de UDP, indica que cuando la UDP la invitó a participar en su convocatoria, esta última ya se encontraba diseñada en dos etapas y PROXIMITY participó en la primera etapa, no siendo seleccionada por el avisador tras la fase de presentación de credenciales que *motu proprio* estableció.

Fojas 893: LECHE y LOWE PORTA

12. A fojas 893, con fecha 24 de marzo de 2009, contestaron el requerimiento **Leche² S.A. (LECHE)** y **Lowe Porta S.A. (LOWE PORTA)**, quienes solicitaron su rechazo, con costas y, en subsidio, la aplicación de una multa sustancialmente inferior a la solicitada por la FNE, por las siguientes consideraciones.

12.1. Estas requeridas alegan, principalmente, su falta de legitimidad pasiva. En subsidio, que no concurren los elementos objetivos y subjetivos del ilícito que se les imputa y, en subsidio, que el monto de la multa que propone la FNE es infundado, irracional y desproporcionado.

12.2. En relación a lo primero (falta de legitimidad pasiva), estas requeridas precisan que no adoptaron ninguno de los acuerdos que la FNE reprocha y, en particular, que no adoptaron el acuerdo de 15 de abril, que fue adoptado por el Directorio de ACHAP (Acuerdo ACHAP), ni tampoco acordaron los términos de la carta adjunta al e-mail de 16 de abril, ni envió este último correo a los avisadores (E-mail ACHAP). El mismo, en cambio, fue enviado por el Presidente Ejecutivo de la ACHAP.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

12.3. Por otra parte, señalan que LECHE y LOWE PORTA ratificaron el Acuerdo ACHAP y el E-mail ACHAP en consideración a que éstos, conforme a sus términos explícitos e inequívocos, daban cuenta de una mera recomendación o sugerencia respecto de la forma en que METRO y TRANSBANK estaban llevando a cabo sus procesos de licitación.

Por consiguiente, no había una intención u objetivo anticompetitivo. Por el contrario, LOWE PORTA y LECHE ratificaron el Acuerdo ACHAP y el E-mail ACHAP en atención a que la recomendación o sugerencia de que éstos daban cuenta respecto de la forma en que METRO y TRANSBANK estaban llevando a cabo sus procesos de licitación: (i) obedecía a un criterio de racionalidad y eficiencia económica que beneficiaba tanto a las agencias de publicidad como a los mismos avisadores, ya que permite que las agencias de publicidad asignen sus recursos más eficientemente y mejoren la calidad de sus propuestas, lo que es reconocido por los propios avisadores; (ii) permitía legítimamente disminuir un riesgo que afecta a las agencias de publicidad que participan en procesos de licitación como son los ilícitos contra la propiedad intelectual de las agencias de publicidad; y (iii) estaba en perfecta sintonía con la forma en que se realizan los procesos de licitación en el mercado publicitario en la gran mayoría de los países del mundo (Unión Europea, Estados Unidos, España, Argentina), muchos de ellos con legislaciones sobre libre competencia mucho más avanzadas que la nuestra.

12.4. En cuanto a la participación de estas requeridas en las licitaciones de METRO, TRANSBANK y UDP, LOWE PORTA señala que aunque fue convocada a la licitación de METRO, jamás tuvo la intención de participar porque su gerente general tenía la impresión de que METRO era un mal pagador y, además, estaba sobrecargada de trabajo. Por su parte, LECHE señala que, como pertenece al mismo grupo económico que LOWE PORTA, la impresión de que METRO era mal pagador le fue íntegramente traspasada a su gerente general. Además, LECHE indica que también estaba sobrecargada de trabajo en ese entonces y que tenía la mayoría de sus recursos destinados a defender la cuenta de TRANSBANK, su principal cliente.

Con respecto a la licitación de TRANSBANK, estas requeridas señalan que acordaron con este avisador, sin presiones ni coacciones de ninguna especie y con el objeto de “salvar” el proceso de licitación que ya estaba en curso, una nueva forma o diseño para el mismo. Explican que ambas habían decidido participar en este proceso por lo atractiva que esta cuenta les parecía a ambas. LOWE PORTA y LECHE concurren a la entrega del *brief* de TRANSBANK, efectuada el 17 de abril en Casa Piedra. Relatan que en esa reunión, uno de los convocados preguntó a Viviana Frola de TRANSBANK cuál era la postura de TRANSBANK respecto del e-mail enviado por

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

ACHAP el día anterior, a lo que esta respondió que no había recibido ese correo. Algunas de las agencias le explicaron el contenido de ese correo y Viviana Frola decidió suspender la reunión con el objeto de consultar, al interior de TRANSBANK, si ésta seguiría o no la recomendación y sugerencia. Esa tarde, Viviana Frola se comunicó con una de las socias de LOWE PORTA, que anteriormente había tenido la cuenta de TRANSBANK, manifestando su molestia porque no le hubieran hecho saber del contenido de ese correo con anterioridad. LOWE PORTA se disculpó y ofreció a TRANSBANK cooperar a fin de que el proceso se llevara a cabo sin contratiempos y en forma exitosa. Fue así como, en reunión sostenida el 23 de abril en oficinas de TRANSBANK, don Raúl Menjíbar y doña Claudia Meneghello, ambos de LOWE PORTA, explicaron a don Ricardo Blume y a doña Viviana Frola, ambos de TRANSBANK, cuáles eran los fundamentos técnicos y económicos de la recomendación o sugerencia de que daba cuenta el correo de ACHAP. Luego de ello, TRANSBANK decidió, sin presiones ni coacciones de ninguna especie, acotar a 5 el número de participantes en su proceso de licitación, bajo dos condiciones (i) que fueran las propias 8 agencias de publicidad originalmente convocadas a participar, a través de ACHAP, quienes decidieran cuáles participarían; y, (ii) que el proceso de licitación se desarrollara en la medida de lo posible dentro de los plazos originalmente contemplados, toda vez que existía premura en empezar a desarrollar la publicidad de su producto Redcompra. Esta decisión fue comunicada al gerente general de LOWE PORTA quien, a su vez, la informó a las agencias convocadas a la licitación. Entonces, haciendo uso de la facultad que les había entregado la propia TRANSBANK, las agencias decidieron que los 5 participantes serían determinados al azar y que LECHE participaría por “derecho propio”. A su vez, LOWE PORTA decidió desistirse de participar en el proceso porque no le pareció justo que, habiéndose acotado el número de participantes, participaran en la licitación dos agencias relacionadas. De ahí que LOWE PORTA envió el correo de 23 de abril de 2008 que cita y que al día siguiente se reunió con las demás agencias convocadas a la licitación de TRANSBANK para determinar las 5 agencias que participarían en esta licitación. Agrega que esa determinación se hizo de la manera más objetiva y transparente posible, por azar y señala, por último, que la licitación se realizó dentro de los plazos precisamente establecidos y fue exitosa. Si bien el proceso de licitación de TRANSBANK fue modificado, dicha modificación fue resuelta por la propia TRANSBANK, sin presiones ni amenazas de ninguna especie.

En cuanto a la licitación de UDP, LOWE PORTA señala que no fue invitada y, en todo caso, que estaba impedida de haber participado por tener un conflicto de interés insubsanable, consistente en que atendía la cuenta de la Pontificia Universidad Católica de Chile. LECHE, por su parte, aunque fue invitada a esta licitación, reitera

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

que estaba sobrecargada de trabajo en ese entonces y que tenía la mayoría de sus recursos destinados a defender la cuenta de TRANSBANK. Asimismo, cita una secuencia de correos intercambiados con este avisador que confirmarían el porqué decidió no participar en la licitación de UDP.

Concluye que LECHE y LOWE PORTA jamás ejecutaron ningún acto tendiente a implementar o imponer a METRO, a la UDP y a TRANSBANK, mediante presiones y amenazas con el objeto de obtener ganancias ilegítimas, la mera recomendación o sugerencia de que daban cuenta el Acuerdo ACHAP y el E-mail ACHAP. Agrega que, en el evento de que tales actos se hubiesen ejecutado, LOWE PORTA y LECHE jamás participaron ni consintieron en ellos.

12.5. En lo relativo al acuerdo de reparto de mercado que se les imputa, LECHE y LOWE PORTA señalan que jamás han intervenido o participado en un acuerdo destinado o tendiente a repartirse el mercado en las licitaciones antes mencionadas que, en los casos de METRO y UDP, ni siquiera les interesaban y estaban, en todo caso, impedidas de participar. Expresan, en lo relativo a la licitación de TRANSBANK, que el único acuerdo que implementaron fue aquél al que habían arribado con dicho avisador, cumpliendo con la condición impuesta por el mismo, en el sentido de que fuesen las agencias convocadas quienes determinaran las 5 agencias de publicidad que participarían en su licitación.

12.6. En relación a lo segundo, esto es, que no concurrirían los elementos objetivos y subjetivos del tipo infraccional estas requeridas señalan: (i) que no concurre el primero de los requisitos objetivos del tipo infraccional del artículo 3° del D.L. N° 211, esto es, que ellas hubiesen tenido participación en los ilícitos anticompetitivos. Ello, en razón de lo expuesto anteriormente; (ii) que no concurre el segundo de los requisitos objetivos del tipo infraccional, porque su actuar no habría tenido aptitud causal para producir efectos anticompetitivos y que la mejor prueba de ello es que tales procesos fueron exitosos; (iii) que no concurre el requisito subjetivo del tipo infraccional porque LECHE y LOWE PORTA actuaron de buena fe y, en cualquier caso, sin dolo. Ello queda en evidencia por la circunstancia de que ninguna de ellas actuó con secretismos, en forma reservada u oculta.

12.7. Por último, estas requeridas señalan que el monto de las multas propuestas por la FNE es infundado, irracional y desproporcionado, ya que conllevaría a su quiebra inmediata y considerando, además, la brevísima duración de los supuestos ilícitos, la circunstancia de que los mismos no causaron daño, no reportaron beneficios, y que ninguna de ellas tiene la calidad de reincidente.

**REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

Fojas 1039: GREY

13. A fojas 1039, con fecha 26 de marzo de 2009, contestó el requerimiento **Grey Chile S.A. (GREY)**, quien solicitó su rechazo, con costas, por las siguientes consideraciones.

13.1. En primer lugar, esta requerida alega su falta de participación en los hechos que se le imputan, precisando que no intervino en ninguna de las licitaciones en las que, a juicio de la FNE, se habrían verificado acuerdos contrarios a la libre competencia.

En razón de lo anterior, supone que fue requerida porque apoyó la iniciativa de ACHAP de autorregularse a través de un Código de Buenas Prácticas y un Reglamento de Licitaciones destinados a buscar valoración y respecto a la actividad, indicando que frente a ese correo GREY respondió: *“En Grey apoyamos la postura de ACHAP en relación a este tema”*.

Precisa que la FNE ha presumido mala fe por parte de las requeridas y que su entendimiento e intención era avanzar en el desarrollo de una autorregulación que ha sido implementada en otros países y que constituye una de las misiones que se propuso el Directorio de ACHAP para el período 2007-2009.

13.2. A continuación, GREY justifica la necesidad de un Código de Buenas Prácticas, señalando que éste permitiría corregir ciertas conductas que afectan la eficiencia y transparencia de la industria, logrando beneficios para avisadores, medios, agencias y consumidores; todo ello en concordancia con los criterios de licitud de condiciones de compra que ha fijado este Tribunal en casos análogos en los que existe poder de compra y se abusa de proveedores.

Concluye que la intención de las agencias era competir libre y lealmente, pero en un marco de eficiencia que resguarde un equilibrio en el mercado y el buen funcionamiento de la industria en un marco de buenas prácticas.

13.3. En cuanto a la definición del mercado relevante, GREY señala que éste corresponde a los servicios de publicidad prestados por agencias a avisadores, ambos tanto nacionales como extranjeros.

Indica que la FNE ha restringido indebidamente la definición del mercado, ya que el mismo debe incluir agencias de cualquier tamaño, relaciones de mediano plazo, contratación directa e integración vertical, así como avisadores y agencias tanto nacionales como extranjeras.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

En cuanto a las características del mercado, Grey indica que la FNE no ha reflejado las principales características de la industria de la publicidad en nuestro país, en cuanto se trata de un mercado atomizado, desconcentrado, competitivo, con experiencia en autorregulación y sin barreras de entrada.

13.4. Agrega que el apoyo prestado por su representada a la iniciativa de autorregulación de ACHAP no sólo no tuvo por objeto afectar la libre competencia sino que, además, la conducta denunciada por la FNE no habría producido efectos –ya que las licitaciones supuestamente boicoteadas se efectuaron satisfactoriamente– y no tenía ni siquiera la aptitud necesaria para atentar en contra de la libre competencia.

13.5. Por último, en relación con las multas solicitadas por la FNE, GREY señala que las mismas son improcedentes y, en todo caso, excesivas y contrarias a la libre competencia, ya que implicarían la desaparición de muchas agencias que no podrían soportarlas.

Fojas 1068: ENERGÍA y WUNDERMAN

14. A fojas 1068, con fecha 26 de marzo de 2009, contestaron el requerimiento **Energía Young & Rubicam S.A. (ENERGÍA)** y **Wunderman Chile Consultoría y Comunicaciones Ltda. (WUNDERMAN)**, quienes solicitaron su rechazo, con costas por las siguientes consideraciones.

14.1. En su relación del requerimiento, estas requeridas señalan que no tenían ni la más remota idea de que TRANSBANK y UDP se encontraban licitando sus servicios y, en el caso de ENERGÍA, tampoco sabía de la de METRO.

Precisa que los actos señalados en el requerimiento estaban encaminados a ordenar y regular las licitaciones de agencias de publicidad, corrigiendo las imperfecciones del mercado y estableciendo un proceso que permitiera profundizar la competencia y otorgar garantías a los participantes.

14.2. En cuanto al mercado relevante, estas requeridas señalan que la FNE lo ha limitado injustificadamente, ya que el mismo debe incluir agencias creativas unipersonales o muy pequeñas que son percibidas como sustitutas por los avisadores.

Asimismo, señala que el mercado es dinámico, atomizado, desconcentrado y sin barreras de entrada, no importando si una agencia pertenece o no a la ACHAP.

Agrega que, en las licitaciones a que son convocadas las agencias de publicidad, los avisadores abusan de las agencias participantes y se comportan como monopolistas. Las agencias elaboran un producto terminado que no tiene uso o valor alternativo,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

mientras que los avisadores definen las condiciones de la licitación y tienen libertad para modificarlas a mitad de camino.

14.3. En cuanto a su participación en los hechos, ENERGÍA señala que no fue convocada a ninguna de las licitaciones y que sólo fue requerida por pertenecer a ACHAP y apoyar su iniciativa de ordenar los procesos de licitación por medio de un correo electrónico de 18 de abril señalando que no han sido invitados por METRO y que “*se apoya la valiosa y necesaria iniciativa de ACHAP*”. Señala que prestó su consentimiento a dicha iniciativa estando de buena fe y jamás con la intencionalidad de obrar a espaldas de los avisadores, repartirse el mercado o boicotear procesos de licitación.

Por su parte, WUNDERMAN señala que sólo puede estar incluida en el requerimiento porque METRO la invitó a participar en su licitación, lo que se debe a que en 2007 ganó un premio *Effie* en la categoría de promociones. Precisa que su única actuación en esta licitación fue enviar a una persona a retirar las bases, pero no tuvo interés en participar porque estaban ocupados atendiendo a sus clientes en las fechas en que debían presentarse las ofertas, además de tratarse de una cuenta muy demandante y una licitación poco atractiva debido al alto número de invitados. Por lo mismo, no aparecía entre los destinatarios de los correos en los que se hace referencia a la licitación de METRO y a los mecanismos que se le estaban proponiendo para modificar su proceso de licitación. Agrega que ni siquiera contestó el correo de 17 de abril en el que ACHAP solicitó el apoyo de las agencias a la idea de autorregularse. Sin perjuicio de ello, indica que estima que la propuesta de ACHAP de acotar el número de invitados es conveniente y eficiente para todos los actores del mercado, y se adecua a la tendencia internacional.

14.4. Agregan que la iniciativa de las agencias de dictar un Código de Buenas Prácticas en materias comerciales, de licitaciones y propiedad intelectual se inserta en un contexto de autorregulación de la industria publicitaria que ha fortalecido la actividad. Así, menciona el Código Chileno de Ética Publicitaria y el Consejo de Autorregulación y Ética Publicitaria que surgieron en la década de los ochentas.

Señala que la iniciativa de autorregulación es legítima y buena desde el punto de vista de la libre competencia, pero que la FNE la ha malentendido e interpretado como un acuerdo colusorio. Ello en circunstancias que lo pretendido por el Código de Buenas Prácticas y el Reglamento de Licitaciones está conforme con la experiencia comparada que le ha servido de modelo y es precisamente lo que la FNE ha recomendado a otras industrias (proveedores de supermercados), ya que las agencias creen y entienden que es el medio más idóneo para regular su relación con los

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

avisadores, puesto que son los propios actores quienes mejor saben qué son buenas y malas prácticas.

Indica que existen varias razones a favor de que compita un número limitado de agencias. Para el avisador, un número importante de agencias compitiendo implica una inversión mayor de tiempo que no necesariamente será recompensada por mejores resultados. Para las agencias, disminuyen las posibilidades de ser seleccionada lo que, en muchos casos, reduce sus mejores esfuerzos y conlleva una menor calidad de las propuestas. En otras palabras, se produce un despilfarro de tiempo y dinero.

14.5. En relación con las multas solicitadas, estas requeridas señalan que aquellas solicitadas por la FNE son arbitrarias y excesivas, y que por la magnitud de los montos solicitados –cuya aplicación produciría la desaparición de muchas agencias– se basan en la errada creencia de que el negocio de las agencias es millonario, ya que en el requerimiento se utilizan las cifras de inversión en medios. Agrega que no se fundan en ninguna de las circunstancias legales para su determinación establecidas en el artículo 26 del D.L. N° 211.

14.6. Concluye que existe un problema de fondo que no ha sido considerado por la FNE, consistente en la ineficiencia de procesos de licitación a los que se invita a múltiples agencias y de las condiciones que los avisadores imponen a éstas, y que la FNE se basa en correos que pueden estar *“redactados de manera poco feliz”*, pero que se está frente a una iniciativa de autorregulación en cuya dirección es necesario avanzar.

Fojas 1815: PROLAM

15. A fojas 1815, con fecha 26 de marzo de 2009, contestó el requerimiento **Prolam Young & Rubicam Chile S.A. (PROLAM)**, quien solicitó su rechazo, con costas y, en subsidio, la aplicación de una multa que se ajuste a los criterios establecidos en el artículo 26 del D.L. N° 211, por las siguientes consideraciones.

15.1. Como consideraciones previas, PROLAM señala que el requerimiento no es exacto en sus afirmaciones, efectuando una serie de precisiones.

Así, señala que las agencias de publicidad que participan en licitaciones deben incurrir en “todos” los costos asociados al diseño y producción de los bienes y servicios licitados, el objeto de estas licitaciones es “siempre” una campaña terminada, y la preparación de dichas calañas requiere destinar “ingentes recursos”.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Agrega que, generalmente, es un requisito ceder las piezas al licitante a costo cero, y ello no era un “supuesto” riesgo en el caso de METRO, según puede leerse en las bases de esa licitación.

15.2. A continuación, PROLAM efectúa su propia relación de los hechos, refiriéndose a las licitaciones de servicios de publicidad, a los esfuerzos de autorregulación de ACHAP y ANDA y, por último a su participación en los procesos de selección que son materia de autos.

Explica que el objeto de las conductas de autos se justifica en las particulares características de las licitaciones de servicios de publicidad. Primero, porque la selección se realiza a producto terminado y no reutilizable. Segundo, porque las condiciones de las licitaciones en cuestión no son vinculantes para el avisador. En esas circunstancias, explica, resulta ineficiente un proceso “lo más abierto y competitivo posible” sin la presentación previa de credenciales, porque favorece la selección de las agencias grandes y establecidas que son las únicas capaces de afrontar procesos como los de autos, en los que no existe certeza de asignar eficientemente los recursos ni la intención seria del licitante de contratar.

Explica que los avisadores requieren conocer los servicios publicitarios para elegir y por ello prefieren la licitación como forma de contratación. No obstante, los costos que producen las licitaciones deben ser soportados por los avisadores y no por las agencias, como ocurre actualmente.

En las bases de estas licitaciones, que son preferidas por los avisadores como forma de contratación, se imponen generalmente una serie de condiciones abusivas que describe, las cuales producen una serie de costos e ineficiencias que desincentivan la competencia ya que generan costos hundidos, siendo las convocatorias de METRO y TRANSBANK un buen ejemplo. De hecho, afirma, las licitaciones así concebidas se constituyen en barreras de entrada artificiales y dificultan la especialización.

Es por ello que ACHAP, en cierto grado con el apoyo de ANDA, ha impulsado un mecanismo de autorregulación que perfeccione el sistema de selección de las agencias en la forma de un Código de Buenas Prácticas y un Reglamento de Licitaciones, siguiendo una exitosa trayectoria de autorregulación, en armonía con las recomendaciones de la FNE para la relación entre supermercados y proveedores, y con la experiencia comparada que contempla una etapa de preselección previa de presentación de credenciales, y una posterior entre las seleccionadas.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Agrega que, en este contexto en que existía un interés legítimo de perfeccionar en beneficio de la industria el sistema de selección de agencias de publicidad, se desarrollaron los procesos de selección materia de autos, que no contemplaban ninguna selección en particular (que no fuera haber ganado un premio *Effie* en el caso de la de METRO).

Por ello, el Presidente Ejecutivo de ACHAP hizo ver a TRANSBANK y a METRO la conveniencia de establecer un sistema previo de selección de agencias. Frente a dichas sugerencias, TRANSBANK reaccionó reconociendo la legitimidad y conveniencia de lo planteado y, encomendó a la propia ACHAP establecer un procedimiento para seleccionar un grupo de agencias entre las que habían presentado credenciales, para lo cual ACHAP optó por el mecanismo que otorgaba mayores garantías de imparcialidad, esto es, un sorteo al azar. METRO, por su parte, estimó que el planteamiento atentaba contra la libre competencia, denunció la recomendación de ACHAP ante la FNE y, de paso, afirmó el proceso ineficiente que se encontraba llevando a cabo.

Con estas recomendaciones y negociaciones de ACHAP es con lo que PROLAM estuvo de acuerdo. En ningún caso participó en negociaciones o acuerdos como los que imputa la FNE, o que le permitieran alcanzar un poder de mercado del que carece, ni mucho menos abusar de dicho poder para fijar precios, repartir cuotas de mercado, limitar cuotas de producción, boicotear licitaciones que ni siquiera son tales, o imponer términos de contratación, etc.

En cambio, señala, lo obrado por las requeridas al intentar establecer un cuerpo de autorregulación del sistema de licitaciones, tenía por objeto contribuir a la implementación de un sistema de licitaciones eficiente, reaccionar lícitamente frente a los abusos de que son objeto por parte de los avisadores y evitar así los costos que el actual sistema produce para las agencias y para los avisadores.

Precisa que se sometió al sorteo que TRANSBANK encomendó a ACHAP para seleccionar a las agencias participantes en esa licitación, y se abstuvo de participar en el proceso de METRO ante la negativa de este último a reordenar su proceso, actuando con la íntima convicción de estar participando en un legítimo esfuerzo por mejorar, ordenar y perfeccionar un aspecto clave de la industria en que compete.

Señala que a la licitación de UDP no fue siquiera invitada.

15.3. En tercer lugar, PROLAM se refiere al mercado relevante coincidiendo con la definición que del mismo efectúa la FNE, pero indicando que la requirente no

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

consideró que se trata de un mercado desconcentrado, atomizado, sin barreras de entrada, en donde existe heterogeneidad o asimetría en los costos y tamaños de los participantes, y competitivo, en el que no existen condiciones estructurales para una colusión entre las agencias de publicidad y donde son los avisadores quienes tienen poder de mercado.

15.4. Luego, indica que los hechos denunciados no importan una infracción al tipo universal antimonopólico descrito en el artículo 3° del D.L. N° 211, por cuanto no han restringido la libre competencia. De hecho, las licitaciones se llevaron a cabo en la forma que determinaron los licitantes. Tampoco han tendido a restringirla por cuanto los licitantes siempre podían proveerse con otras agencias y estas carecían de poder de mercado. Se trataba de un intercambio de opiniones destinado a implementar un esquema de autorregulación.

Señala que tampoco se ha infringido el artículo 3° letra a), toda vez que la conducta no ha sido realizada dolosamente o con el objeto de producir efectos anticompetitivos, sino que, por el contrario, su objeto era ordenar el proceso de licitación y lograr la aprobación de un Código de Buenas Prácticas, sin que pueda sancionarse en Chile la sola existencia de ese acuerdo o aplicarse la denominada regla *per se*, como pretende la FNE. Agrega que las mismas no tienen aptitud causal para otorgar poder de mercado del cual abusar, y tampoco contemplan la fijación de precios, niveles de producción o el reparto de cuotas o zonas de mercado.

En lo que respecta al supuesto boicot, PROLAM señala que los hechos que el requerimiento califica de boicot no son tales, entre otras razones porque los procesos a que se refiere no son licitaciones sino procesos de selección, ya que el avisador no se obliga a contratar con la agencia ganadora ni tampoco compromete los montos de inversión en base a los cuales las agencias generan sus ingresos. En la especie, agrega, no ha existido ninguna iniciativa de boicot y, en todo caso, dicha conducta también requeriría que la FNE acredite la idoneidad causal de la misma para impedir, restringir o entorpecer la libre competencia.

Respecto de los procesos materia de autos, explica que los mismos no son licitaciones sino meros procesos de selección de agencias creativas, toda vez que carecen del elemento que caracteriza a estas últimas, consistente en que, una vez realizada la selección y posterior adjudicación, el licitante se encuentra obligado a contratar en los términos expuestos por el adjudicatario en su propuesta. En la especie, el licitante no asumía tales obligaciones.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Concluye así que, en razón de lo expuesto, la calificación jurídica de los hechos efectuada en el requerimiento es incorrecta, y que se encontraba en la necesidad de reaccionar frente a la inminencia de soportar los costos, abusos e ineficiencias que dichos procesos le reportarían, no siéndole exigible otra conducta.

De hecho, señala que las reglas o el mecanismo que buscaban implementar las agencias eran consistentes con los objetivos de eficiencia e interés económico general que constituyen el objetivo de las normas de libre competencia, y satisfacían los criterios jurisprudenciales establecidos por este Tribunal para la licitud de los sistemas y procesos de compra y contratación, ya que, precisamente, trataban de (i) establecer mecanismos de contratación transparentes, objetivos, no discriminatorios, y precisos; (ii) fijar reglas que no pudieran ser alteradas *ex post*; (iii) hacerlas constar por escrito y ser conocidas por las dos partes; y (iv) evitar diferencias arbitrarias de remuneraciones.

15.5. En cuanto a las multas solicitadas por la FNE, PROLAM señala que las mismas son desproporcionadas y se apartan de los criterios legales para su determinación. Explica, dados los exorbitantes montos solicitados por la FNE, que sólo el 10 a 15% de la inversión publicitaria real es percibida por las agencias de publicidad, de modo que las mismas representan entre 3,7 y 7 veces la utilidad anual de toda la industria publicitaria, y su aplicación produciría la desaparición de muchas agencias y la concentración del mercado.

Fojas 1087: PUBLICIS UNITROS

16. A fojas 1087, con fecha 26 de marzo de 2009, contestó el requerimiento **Publicis Unitros S.A. (PUBLICIS UNITROS)**, quien solicitó su rechazo, con costas y, en subsidio, se le exima del pago de una multa o se rebaje ésta sustancialmente, por las siguientes consideraciones.

16.1. En su relación de hechos, señala que no existe forma de vincularla con los hechos descritos en el requerimiento, toda vez que no participó en ninguna de las conductas denunciadas por la FNE y no podría haberlo hecho toda vez que ni siquiera fue convocada a participar en alguno de ellos. Especifica, así, que no participó en ninguno de los hechos descritos por la FNE en su requerimiento, esto es, la reunión de directorio de ACHAP, correos electrónicos enviados por el Sr. Silva o por Clemente González de JWT, reunión de entrega del *brief* de TRANSBANK, reuniones que las agencias convocadas a esas licitaciones habrían llevado a cabo para repartirse el mercado. Agrega que jamás se ha restado de participar en alguna licitación en favor de otro competidor.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Indica que su única intervención en hechos vinculados a las conductas imputadas fue enviar una respuesta genérica al correo electrónico enviado por el presidente de ACHAP a todas las agencias agremiadas con fecha 17 de abril de 2008.

Precisa que su respuesta a ese correo señala, *“Estimado José Manuel: Respaldamos totalmente la posición de Achap. ¡No nos moverán!”*. El mismo constituye sólo una manifestación informal y genérica de apoyo a una iniciativa que se entendió como beneficiosa tanto para los avisadores como para las agencias, pero que ninguna relación tenía con los procesos específicos a que se refiere la FNE. Esa respuesta, señala, no puede constituir un acuerdo anticompetitivo y fue enviado con una intención completamente distinta a la que interpreta la FNE.

16.2. En virtud de lo anterior, PUBLICIS UNITROS opone las siguientes excepciones, alegaciones o defensas: (i) falta de legitimación pasiva toda vez que no intervino en los supuestos acuerdos colusorios imputados por la FNE. Precisa que corresponde a la FNE acreditar que ella, así como las demás requeridas, participó o configuró los acuerdos denunciados, así como que el contenido, objeto y efectos de tales acuerdos configuran la infracción que denuncia; (ii) en subsidio, señala que su única actuación consistió en un acto carente de toda idoneidad anticompetitiva. Precisa que el correo que contestó se refería exclusivamente a la licitación de METRO y que mal podría haber renunciado a participar en una licitación a la que no fue convocada, de suerte que su actuar es completamente irrelevante, no tiene relación causal alguna con algún efecto vulnerador de la libre competencia y, en todo caso, que ella no podría haber participado en un acto anticompetitivo del que ni siquiera tenía conocimiento; (iii) en subsidio, ausencia de culpabilidad, toda vez que no hubo dolo específico, es decir que no tuvo intencionalidad de producir un resultado o efecto anticompetitivo. La intención de PUBLICIS UNITROS fue dar apoyo a la iniciativa tendiente a resaltar la valoración de su negocio; en subsidio, solicita que se le exima o rebaje sustancialmente el monto de la multa, toda vez que considera que la multa pretendida por la FNE es absolutamente desproporcionada, excesiva, contraria a los criterios establecidos en el artículo 26 del D.L. N° 211 e implicaría la desaparición de muchas agencias, con efectos perniciosos para la libre competencia.

Fojas 1113: LEO BURNETT

17. A fojas 1113, con fecha 26 de marzo de 2009, contestó el requerimiento **Leo Burnett Chile S.A. (LEO BURNETT)**, quien solicitó su rechazo, con costas y, en subsidio, se le exima del pago de una multa o se rebaje ésta sustancialmente, por consideraciones análogas a las expuestas en la contestación de fojas 1087.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

17.1. En todo caso, a diferencia de la requerida que contestó a fojas 1087, y tal como señala en su contestación, esta requerida precisa que su respuesta al correo electrónico enviado por el presidente de ACHAP a todas las agencias agremiadas con fecha 17 de abril de 2008, es del siguiente tenor: *“Estimados Miembros de Achap: Leo Burnett Chile respalda la decisión de Achap y no participará en la licitación del Metro. No nos han invitado pero si por la cantidad de bajas que habrá lo hicieran, tampoco participaremos y les enviaré si sucede copia de la invitación y nuestra respuesta de NO Participación. Cordiales Saludos, Eduardo.”*

17.2. Explica que las referencias que efectúa ese correo a la licitación de METRO también deben entenderse como una manifestación informal y genérica de apoyo a una iniciativa que se entendió como beneficiosa tanto para los avisadores como para las agencias, puesto que se trató de afirmaciones enmarcadas en meros supuestos y eventualidades que jamás llegaron a ser reales porque sólo se puede renunciar a algo de lo que se es parte y ella jamás fue invitada a participar de dicha licitación, ni intentó por medio alguno participar en dicho proceso o hacerlo fracasar. Agrega que, en cualquier caso, su correo carecía de toda aptitud para poder provocar algún efecto, por mínimo que fuera, en la licitación referida. En efecto, indica, otorgó su respaldo a la *“decisión de Achap”*, genéricamente, es decir, a la intención de ordenar los procesos de licitaciones.

17.3. Por último, agrega, para que pueda estimarse que su correo produjo algún efecto anticompetitivo y particularmente, para que pueda haber relación causal entre el mismo y el retraso de la licitación de METRO en los términos que indica la FNE en su requerimiento, habría sido necesario que ese licitante conociera su contenido, lo que no ocurrió.

Fojas 1369: DRAFTFCB+IDB

18. A fojas 1369, con fecha 26 de marzo de 2009, contestó el requerimiento **IDB, FCB S.A. (DRAFTFCB+IDB)**, quien solicitó su rechazo, con costas, eximiéndola de las sanciones solicitadas por la FNE y, en subsidio, igualmente se le exima o se reduzca sustancialmente la sanción solicitada por la FNE, por las siguientes consideraciones.

18.1. Señala que no participó en los hechos que motivan el juicio y que sólo es requerida por pertenecer a la ACHAP ya que no fue convocada a ninguno de los procesos de contratación que son materia de autos. Por lo mismo, señala que no participó ni se abstuvo de participar, no retiró bases, no envió cartas de aceptación o renuncia, no ofertó ni asistió a ninguna reunión.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Agrega que la FNE olvida que los procesos de contratación de autos eran procesos privados de modo que las agencias no convocadas eran completamente ajenas a los mismos y los avisadores quienes restringían la posibilidad de participar en ellos.

La FNE simplemente saca de contexto y utiliza de forma indebida la escueta muestra de apoyo que realizó quién en esa época ejercía como Gerente General de DRAFTFCB+IDB (*'Respaldamos a la ACHAP'*), respecto de una iniciativa gremial de autorregulación que recoge los estándares internacionalmente aceptados para solucionar deficiencias en el mercado publicitario y que resulta completamente lícita a luz del de las normas del D.L. N° 211.

18.2. Señala que el mercado de la publicidad creativa es fuertemente competitivo y que en él tienen poder de negociación o poder de compra los avisadores, sin que las agencias miembros de ACHAP puedan imponer términos o esquemas de licitación que puedan ser perjudiciales para los avisadores. De hecho es recurrente que los avisadores tengan comportamientos abusivos y oportunistas respecto de las agencias.

Aclara que la propuesta de autorregulación no buscaba imponer términos sino simplemente sugerir un esquema de licitación en dos etapas, destinado a evitar que agencias y avisadores incurran en costos excesivos. Añade que ese modelo no limita la competencia sino que la mejora, puesto que la calidad de las propuestas mejora entre un número restringido de participantes.

Añade que es natural que los proveedores de un servicio se apoyen en la asociación gremial que los representa para evitar posibles abusos de contrapartes con mayor poder de negociación.

18.3. Por último, señala que las multas solicitadas por la FNE contravienen los criterios establecidos por el artículo 26 letra c) del DL 211, toda vez que: (i) no habría reincidencia; (ii) DRAFTFCB+IDB no ha participado de los hechos invocados por la FNE, por lo que difícilmente la escueta respuesta al e-mail del Presidente de ACHAP pueda ser considerada o revestir caracteres de una conducta grave; y, (iii) nunca participó de las licitaciones cuestionadas en estos autos, por lo que resulta clara la ausencia de beneficio económico. Además, indica que la pretensión sancionatoria de la FNE no protege la libre competencia, sino que atenta contra ella, ya que la mayor parte de las agencias no podrían soportarlas.

Fojas 1423: D&U

19. A fojas 1423, con fecha 26 de marzo de 2009, contestó el requerimiento **Dittborn & Unzueta S.A. (D&U)** quien solicitó su rechazo, con costas, eximiéndola del

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

las sanciones solicitadas por la FNE y, en subsidio, igualmente se le exima o se reduzca sustancialmente la sanción solicitada por la FNE, por las siguientes consideraciones.

19.1. D&U no fue convocada a la licitación de TRANSBANK ni a la de la UDP (CMR y la Universidad Adolfo Ibáñez representan cuentas importantes para D&U) y sólo tuvo participación en una de las tres licitaciones cuestionadas, concretamente en la de METRO, participación que consistió en recibir sus bases e informar posteriormente su imposibilidad de concursar en la misma debido a razones estrictamente personales.

De hecho, renunció a esa licitación porque: (i) la licitación de METRO consideraba una importante inversión que ella no estaba en condiciones de realizar; (ii) el número de invitados a la licitación era desproporcionado, lo que reducía aún más los incentivos a participar; (iii) Además, al momento de ser invitada a participar de la licitación de METRO, D&U estaba participando en otras tres licitaciones, con probabilidades de adjudicárselas significativamente más altas, algunos de sus principales clientes hicieron por esos días una importante cantidad de requerimientos y uno de los principales directivos de D&U, don Tomás Dittborn, se encontraba fuera del país.

En suma, su decisión de no participar en la licitación de METRO fue adoptada de manera libre y sin estar motivada por un supuesto acuerdo a instancias de la ACHAP y de las restantes agencias miembros de esta asociación gremial.

Señala que comprometió su participación en la reunión convocada por ACHAP y asistió a la misma, debidamente representada por su Gerente General para comunicar formalmente su decisión de renunciar a la licitación, adoptada con anterioridad a la citación a esta reunión. El sorteo era completamente indiferente para D&U porque la decisión de renunciar ya estaba tomada.

19.2. Agrega que no participó de acuerdo colusorio alguno, limitándose su representante a señalar *“Estamos absolutamente alienados [sic] con esta parada”*, manifestando con ello, su conformidad con la adopción de un Código de Buenas Prácticas que recogiera principios de general aceptación a nivel internacional, en la convicción de que éstos beneficiarían a la industria publicitaria en general.

Por consiguiente, concluye, falta en la conducta de D&U el requisito básico establecido en el artículo 3 del D.L. N° 211 para configurar un acuerdo anticompetitivo, esto es, un acuerdo entre competidores.

19.3. En todo caso, el supuesto acuerdo no afectó la libre competencia ya que los procesos en cuestión se realizaron con total normalidad y en los términos que libre y

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

voluntariamente decidieron sus respectivos avisadores. Tampoco era idóneo para afectar la libre competencia, porque lo óptimo y eficiente en una licitación es la comparecencia acotada de oferentes y no una cantidad ilimitada de ellos y porque las características del mercado hacen que el supuesto acuerdo no tuviese la aptitud de afectar la libre competencia. De hecho, afirma, el mercado en cuestión es atomizado, desconcentrado, competitivo, desafiante y con bajas barreras de entrada.

Agrega que, aún si D&U hubiese acordado con las demás agencias hacer fracasar cualquiera de las licitaciones referidas en el Requerimiento, METRO o cualquiera de los avisadores hubiesen podido: (i) poner término a su proceso de licitación rechazando todas las ofertas presentadas; (ii) realizar un nuevo proceso de licitación convocando a otras agencias –miembros o no miembros de la ACHAP–; o, (iii) contratar directamente a cualquiera de las restantes agencias de publicidad que participan en el mercado relevante.

19.4. Por último, señala que las multas solicitadas por la FNE son injustificadas en atención a la licitud de la propuesta de ACHAP, la inexistencia de un acuerdo entre competidores, su falta de idoneidad causal y su frustración. Además, señala que las mismas son desproporcionadas teniendo en cuenta los criterios de determinación de las mismas establecidos en el D.L. N° 211.

Fojas 1947: McCann

20. A fojas 1947, con fecha 26 de marzo de 2009, contestó el requerimiento **McCann – Erickson S.A. de Publicidad (McCann)** quien solicitó su rechazo, con costas, eximiéndola de las sanciones solicitadas por la FNE y, en subsidio, igualmente se le exima o se reduzca sustancialmente la sanción solicitada por la FNE, por las siguientes consideraciones.

20.1. Señala que el requerimiento de la FNE omite referirse a las malas prácticas que son recurrentes en las licitaciones y, particularmente, a los efectos negativos que tiene la convocatoria de un número desproporcionado de agencias a participar en ellas; los que han sido advertidos por los Códigos de Buenas Prácticas extranjeros.

Aclara que ha sido precisamente el elevado número de convocados a una licitación de servicios publicitarios y la serie de inconvenientes que ello supone, lo que ha motivado que McCann se haya visto en la necesidad de restarse de determinadas licitaciones, y que es en este contexto de apoyo a la implementación de un Código de Buenas Prácticas que se deben analizar las respuestas de McCann a los correos electrónicos enviados en los meses de abril de 2008 por el Presidente Ejecutivo de ACHAP, señor José Manuel Silva.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

20.2. A continuación McCann señala que no fue convocada a la licitación de UDP y relata su participación en las licitaciones de METRO y de TRANSBANK.

20.2.1. A propósito de la licitación de METRO, señala que respondió correos electrónicos enviados por el Presidente Ejecutivo de la ACHAP, participó de un sorteo y, finalmente, participó en esa licitación.

En relación con los correos que contestó al Presidente Ejecutivo de ACHAP, McCann señala que manifestó una aceptación genérica respecto de los principios promovidos por la ACHAP, sin consentir en compromisos específicos algunos. Precisa que se manifestó de acuerdo con la realización de sugerencias a METRO que tuvieran como finalidad el seguimiento de determinados principios generales. Además, todo ello se realizó inspirado en la buena fe, en la medida que se tenía la convicción de que los señalados principios mejorarían la industria en general.

Explica que decidió participar en el sorteo pero, a diferencia de lo sostenido por la FNE, no lo hizo con el propósito de concretar acuerdos anticompetitivos como *“restringir la oferta en los procesos de licitación”*, ni acordar junto con la ACHAP y las demás agencias convocadas un *“peculiar reparto del mercado”*. En efecto, McCann se limitó a participar en este sorteo, de buena fe, pues entendía que era la solución más adecuada en la compleja situación en la que se encontraban todas las agencias convocadas, y que sólo así se podrían implementar principios y estándares internacionales en materia de licitaciones, que eran los promovidos por la ACHAP.

Sin embargo, una vez que ACHAP realizó el retiro de la recomendación a METRO, y lamentando que este avisador no comprendiera el real sentido y alcance de esta recomendación, McCann decidió participar con la expectativa de obtener una cuenta que desde un inicio consideró interesante, pues sabía que su no participación no contribuiría en nada a la implementación de un modelo de licitación que siguiera los principios aceptados internacionalmente, y nunca cuestionados en sede de libre competencia.

La licitación convocada por METRO se llevó a cabo entonces, en los términos que unilateralmente había establecido ese avisador, sin que McCann hubiese enviado una carta de renuncia al mismo, como asevera la FNE.

20.2.2. A propósito de la licitación de TRANSBANK, McCann señala que su participación en esta licitación se desarrolló en términos análogos a los de METRO. No obstante, destaca que la FNE omite señalar que este avisador se mostró dispuesto a racionalizar su proceso y, en definitiva, delegó en las agencias convocadas la

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

determinación de quienes serían las 5 agencias que se mantendrían en competencia. Por lo tanto, no es posible desprender ilícito alguno de la posterior asistencia de McCann al sorteo que se realizaría para elegir a las agencias participantes, ni de la carta de renuncia al proceso que envió con fecha 25 de abril, una vez que no resultó seleccionada.

Adicionalmente, la licitación no fracasó y se llevó a cabo en los términos que libre, voluntaria y unilateralmente dispuso TRANSBANK, los que por lo demás, coincidieron con aquellos convenidos con José Manuel Silva, tras las recomendaciones de ACHAP, cuestión que acredita que TRANSBANK consideraba estas propuestas plenamente razonables.

20.3. En cuanto al mercado relevante, discrepa de la definición que del mismo efectúa la FNE, señalando que el mismo lo conforman todas las agencias de publicidad, incluidas las más pequeñas, que presten servicios publicitarios a avisadores, sea por la vía de la licitación o de la contratación directa. Señala además, que se trata de un mercado altamente competitivo y sin barreras de entrada.

20.4. Agrega que, en definitiva, sus acciones no configuran las conductas imputadas, toda vez que, de existir un acuerdo entre las agencias en el que habría participado McCann, éste en ningún caso persiguió hacer fracasar las licitaciones, sino implementar un Código de Buenas Prácticas, perfectamente lícito y beneficioso para la industria.

Además, las eventuales modificaciones que pudieron existir en los procesos de licitación se fundaron en las facultades que las propias bases de licitación entregaban a los avisadores, y no en un supuesto poder de mercado de las agencias. Por lo demás, ninguna de las agencias participantes mejoró su posición o incrementó sus posibilidades de ganar. Se reduce el número de participantes, pero quienes participan deben igualmente competir, para adjudicarse las licitaciones. La calidad de los servicios ofertados no disminuyó, los precios no aumentaron y la libertad de los avisadores nunca fue alterada, lo que queda empíricamente demostrado al concluir ambos procesos de manera exitosa, con la elección y contratación de una agencia por parte de cada avisador.

20.5. Por último, señala que las multas solicitadas por la FNE son arbitrarias, desproporcionadas y no están justificadas en los criterios legales de determinación, en atención a que su conducta no reportó beneficio económico alguno, no reviste la gravedad ni constituye la reincidencia exigida por el artículo 26 del D.L. N° 211. Agrega que su aparente base de cálculo, esto es, la información entregada por Megatime en

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

agosto de 2008, no corresponde a los ingresos efectivos de las requeridas y, menos aún, a los ingresos derivados de un supuesto acuerdo anticompetitivo.

Fojas 1632: OGILVY

21. A fojas 1632, con fecha 26 de marzo de 2009, contestó el requerimiento **Ogilvy & Matter Chile S.A. (OGILVY)**, quien solicitó su rechazo, con costas y, en subsidio, se le eliminen o rebajen sustancialmente las multas solicitadas por la FNE, por las siguientes consideraciones.

21.1. Como antecedentes, OGILVY señala que, de acuerdo con el requerimiento, participó en la etapa inicial de la licitación de TRANSBANK, envió una carta de aceptación a la invitación a participar, asistió a la reunión de entrega del *brief*, firmó un contrato de confidencialidad y fue destinataria de algunos correos. Hace presente que, en definitiva, OGILVY se desistió de participar porque en los días siguientes a la reunión de entrega del *brief* se adjudicó la cuenta de las tarjetas Más de Cencosud.

En cuanto a la licitación de METRO, OGILVY señala que sólo tuvo conocimiento de la misma por los correos electrónicos en los que ACHAP llamaba a aprobar un Código de Buenas Prácticas y un Reglamento de Licitaciones, e informaba que METRO había convocado a 13 agencias a presentar estrategia y creatividad, a lo que la ACHAP había manifestado su disconformidad.

Señala que OGILVY entendió y entiende de buena fe, que lo que la ACHAP buscaba con su solicitud era avanzar en el desarrollo de una autorregulación que fije la postura de la industria en ciertas materias como lo son la propiedad intelectual y los procesos de licitaciones, estableciendo al respecto normas claras, transparentes, objetivas y no discriminatorias, todo en un marco de buenas prácticas para la industria y en pleno respeto a la libre competencia

Es decir, contestó ese correo indicando que estaba de acuerdo con lo planteado, apoyando de buena fe una iniciativa gremial destinada a regular las relaciones entre avisadores y agencias de publicidad, en distintos ámbitos, como propiedad intelectual y licitaciones, para, de esta manera, mejorar las condiciones de competencia en la industria publicitaria, y adecuarla a los parámetros internacionales que rigen la actividad.

21.2. Estima que la FNE en este caso no determinó o detectó el problema económico de fondo que afecta a la industria publicitaria y que son las ineficiencias y costos hundidos que las agencias deben soportar en las licitaciones. Ello preocupa desde

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

hace tiempo a las agencias, a la ACHAP y a su Presidente Ejecutivo, quienes han tratado de remediarlo por la vía de la autorregulación.

Precisa que ese problema económico de fondo considera algunas prácticas de los avisadores en procesos de licitación, tales como el número excesivo de agencias que invitan, el desconocimiento de la propiedad intelectual, la circunstancia de que las agencias que participan no son retribuidas por los costos en que incurren, la falta de información sobre el supuesto avisador, la modificación unilateral de las bases de licitación en medio del proceso y la desformalización de las relaciones contractuales.

21.3. Señala que las discusiones entre ACHAP y METRO no tienen sentido si se las considera en forma aislada de la necesidad de desarrollar la autorregulación de la industria publicitaria; finalidad legítima desde el punto de vista de la libre competencia que estaba en progreso, en conjunto con el gremio avisador.

Explica que una selección adecuada, basada en antecedentes de los candidatos, es fundamental para una sana competencia desde el punto de vista de la OCDE, siendo incorrecto afirmar, como hace la FNE que cuanto más agencias participen, más “interesante” sería el nivel de competencia. En cambio, señala OGILVY, los procesos de licitación deben estar diseñados para garantizar la participación de los postores adecuados.

21.4. La FNE hizo un análisis jurídico errado de la competencia en el mercado publicitario chileno. OGILVY señala que es errado en tres aspectos.

Primero, en determinar el mercado relevante, toda vez que la definición de la FNE excluye agencias unipersonales o pequeñas en circunstancias que el tamaño de una agencia no es un criterio decisor para delimitar el mercado relevante de producto, puesto que desde la perspectiva del avisador los diferentes tipos de agencias según tamaño presentan un alto grado de sustituibilidad. Además excluye agencias extranjeras, en circunstancias que agencias extranjeras también intervienen en licitaciones en Chile, del mismo modo que agencias chilenas intervienen en licitaciones extranjeras o campañas internacionales. Asimismo, señala que la FNE olvida que el mercado es atomizado, competitivo, dinámico y sin barreras de entrada o de salida.

Segundo, porque quienes tienen poder de mercado no son las agencias agrupadas en ACHAP, sino los avisadores. En efecto, explica, las agencias de publicidad agrupadas en ACHAP no representan ni siquiera un 20% del número total estimado de agencias de publicidad que operan en Chile y no es necesario pertenecer a la ACHAP para participar de una licitación. En cambio, son los avisadores quienes tienen un

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

monopolio sobre su respectivo giro, toda vez que las agencias enfrentan conflictos de interés, y porque los productos de las agencias están hechos a medida del avisador, quien es el único interesado en comprar.

Tercero, porque las conductas de las agencias no son capaces de alterar la libre competencia o perjudicar a los consumidores. Explica que la legitimidad de la autorregulación y su reconocida eficacia económica excluyen la posibilidad de que tales acuerdos tengan una incidencia negativa en variables competitivas y que sean capaces de alterar la libre competencia en el mercado relevante.

Agrega que no se cumplen las condiciones que favorecen colusiones (definidas por la propia FNE), ya que: (i) el producto de la publicidad creativa es altamente personalizado y diferenciado, por lo tanto es heterogéneo; (ii) se trata de servicios complejos que incluyen diferentes actividades y disciplinas para la elaboración de un producto publicitario único; (iii) se requiere una adaptación constante de las agencias; (iv) existen muchos sustitutos cercanos por la alta presión competitiva y la gran cantidad de agencias participantes; (v) con un número alto de proveedores y clientes; y, (vi) con una alta rotación debido a la ausencia de barreras de entrada. En cuanto al último factor, esto es, (vii) la existencia de una o más asociaciones gremiales activas, Ogilvy señala que no es suficiente su concurrencia y que los demás actores también están organizados en asociaciones gremiales (ANDA, ARCHI, ANATEL, ANAP).

En cualquier caso, no hubo lesión de ningún tipo a la libre competencia con la actuación de los requeridos ya que las licitaciones en cuestión fueron exitosas.

21.5. Agrega que son varias las razones y beneficios que justifican una competencia entre un número limitado de agencias. Para el avisador, un número importante de candidatos implica más tiempo para presentar el *brief*, más reuniones para examinar las proposiciones, y su decisión se vuelve más compleja por un resultado que no será necesariamente a la altura del tiempo que le dedicó. Para la agencia, un número importante de candidatos disminuye sus probabilidades de ser elegida, por lo que no tiene los incentivos para hacer su mejor esfuerzo.

Además, ello está en línea con la práctica recomendada por la mayoría de los Códigos de Buenas Prácticas a nivel mundial, citando como ejemplos el de Estados Unidos, Inglaterra, Francia, Europa, Brasil, México y Argentina. La experiencia comparada deja claro que una licitación es más eficaz para un avisador y más competitiva para las agencias si se prepara una lista corta con 3 ó 4 agencias seleccionadas a través la revisión de credenciales.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

21.6. Por otra parte, OGILVY señala que el contenido de la autorregulación propuesta por ACHAP que apoyó cumple con las recomendaciones de la FNE y la jurisprudencia de este Tribunal, citando casos de productores de leche, proveedores de supermercados y distribuidoras de películas.

21.7. Agrega que no concurren los elementos constitutivos del ilícito de colusión, que en Chile no puede sancionarse *per se*, toda vez que: (i) no hubo un acuerdo entre competidores. El único acuerdo es implementar un Código de Buenas Prácticas y Reglamento de Licitaciones; (ii) tampoco hubo dolo; (iii) la implementación de un Código de Buenas Prácticas no incide en algún elemento relevante de competencia; y, (iv) no existe aptitud causal para lesionar o poner en riesgo la libre competencia porque la autorregulación publicitaria no permiten obtener poder de mercado.

21.8. Agrega que tampoco concurren los elementos constitutivos de *bid rigging*, porque el Código de Buenas Prácticas propuesto por ACHAP no contiene nada susceptible de provocar el fracaso de las licitaciones, ya que el mismo se limita a recomendar, no altera el libre juego de la oferta y de la demanda y es beneficioso para los avisadores.

En cuanto a la figura de boicot, señala que no todos los boicots tienen por objetivo suprimir a rivales para incrementar poder de mercado, y que ciertos acuerdos entre competidores pueden promover el interés económico general.

21.9. Con respecto a las multas solicitadas por la FNE, OGILVY señala que no ha obtenido ningún beneficio, no es reincidente y que, en cualquier caso, los hechos tuvieron una corta duración, actuó de buena fe, cooperó con la investigación, y suspendieron cualquier acuerdo relativo a la implementación de un Código de Buenas Prácticas. Precisa que, para calcular las multas, la FNE consideró los montos de inversión publicitaria sin reparar en que los ingresos de las agencias corresponden a un pequeño porcentaje de dicha inversión.

Fojas 1684: 180° Y PROMOPLAN.

22. A fojas 1684, con fecha 26 de marzo de 2009, contestaron el requerimiento **Cientochenta Grados S.A. (180°)** y **Promoplan S.A. (PROMOPLAN)**, quienes solicitaron su rechazo, con costas, por consideraciones análogas a las expuestas en la contestación de fojas 1719.

22.1. En todo caso, a diferencia de las requeridas que contestaron a fojas 1719, y tal como señalan en su contestación, estas requeridas señalan haber sido invitadas a la licitación de METRO y, en el caso de 180°, también a la de TRANSBANK y UDP, y que

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

participaron en tales procesos, compitiendo y trabajando arduamente en sus propuestas para ganarse las cuentas. PROMOPLAN, que sólo fue invitada a la licitación de METRO, señala que no sabía siquiera de la existencia de estos dos últimos procesos.

En el caso de la licitación de METRO, ambas agencias señalan haber asistido a la reunión informativa y no haber jamás suspendido su trabajo en el proyecto ni renunciado a la licitación. Además, citan los correos en los que intervinieron y descartan cualquier interpretación anticompetitiva de los mismos, destacando que 180° se adjudicó la licitación de METRO y fue elegida por este avisador.

En lo que respecta a la licitación de TRANSBANK, a la que sólo fue invitada 180°, citan el correo que ésta envió, en respuesta a otro del Sr. José Manuel Silva, señalando que el mismo refleja sus buenas intenciones y la nula posibilidad de las agencias de incidir en dicho proceso, pues, en definitiva, el avisador decidiría al ganador.

Por último, en el caso de UDP, 180° era la agencia que defendía la cuenta, pero no se la adjudicó.

Fojas 1719: ALDEA, A&L, CREART, DDB, ESPINACA, PUERTO, RPP, SB, TBWA, WZ y ZEBRA.

23. A fojas 1719, con fecha 26 de marzo de 2009, contestaron el requerimiento **Aldea S.A. (ALDEA), Azócar y Luco S.A. (A&L), Creart Ltda. (CREART), DDB Chile S.A. (DDB), Publicidad Alco S.A. (ESPINACA), Publicidad Puerto Gráfico S.A. (PUERTO), Rosenbaum, Proteína & Partners S.A. (RPP), SB & Partners Advertising S.A. (SB), TBWA Frederick S.A. (TBWA), WZ Publicidad S.A. (WZ) y Zebra Comunicaciones Ltda. (ZEBRA)**, quienes solicitaron su rechazo, con costas, por las siguientes consideraciones.

23.1. Indican estas requeridas que no han incurrido en ninguna de las conductas imputadas en el requerimiento y que su actuar ha tenido la intención de expresar descontento por las malas prácticas en que incurren muchos avisadores.

Relatan que, desde hace algunos años, las agencias de publicidad se han visto expuestas a prácticas abusivas por parte de los avisadores, lo que ha generado en ellas un sentimiento generalizado de descontento, que fue recogido por la ACHAP por medio de la idea de crear, en conjunto con los avisadores, una Guía de Buenas Prácticas que restablezca la simetría en las relaciones comerciales entre ambos.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Expone una serie de prácticas habituales en la industria que considera abusivas y demostrativas del poder de mercado de los avisadores, tales como la exigencia de campañas completas, el “vitrianeo de ideas”, la falta de transparencia (inexistencia de contratos escritos), la infracción a las Bases de las licitaciones por parte de los avisadores y la convocatoria a un excesivo número de competidores, sin que el avisador defina previamente el perfil de la agencia.

Asimismo señalan que este mercado es poco transparente, porque se desconoce el nombre de las demás agencias invitadas a una licitación y porque las agencias tampoco saben los ingresos con los que contarán porque los avisadores no aseguran los montos a invertir en las campañas. De hecho, los honorarios de las agencias de publicidad, expresados como porcentaje de los montos que se invierten en las campañas publicitarias son cada vez menores y pagados a plazos cada vez mayores.

Agregan que yerra la requirente al identificar “relaciones de largo plazo” entre las agencias y los avisadores, puesto que estos últimos pueden y de hecho cambian de agencia con mucha facilidad, debido a la informalidad con que opera el mercado (donde prácticamente no existen contratos escritos).

Es en el contexto anterior que estas requeridas recibieron el correo de ACHAP en donde se les informaba sobre la licitación de METRO y, posteriormente, intercambiaron correos electrónicos donde comunicaban su impresión respecto de la situación más general que estaban viviendo.

Los correos electrónicos que intercambiaron han sido descontextualizados, distorsionados y en muchos casos omitidos por la requirente.

23.2. Agrega que no han manifestado su voluntad de hacer fracasar las licitaciones en cuestión, imponer términos o condiciones más favorables en ellas, repartirse en mercado o realizado actos para implementar esos acuerdos. Niegan que en sus conductas haya existido la intención o elemento subjetivo para ello y, además, indican que las agencias no tenían aptitud objetiva para hacerlo pues no habían sido invitadas a tales procesos e, incluso, tratándose de METRO no cumplían con los requisitos para participar, establecidos unilateralmente por dicho avisador. En relación con esto último, señalan que se trata de un ilícito imposible o tentativa inidónea.

En el caso de METRO, exponen que no fueron invitadas a participar toda vez que ninguna de ellas cumplía con el requerimiento establecido por dicho avisador en sus Bases, consistente en haber ganado un premio *Effie Oro* en los últimos dos años

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

(2006-2007), lo que motivó que no fueran invitadas a participar en ella. Por consiguiente, ninguna de ellas podía haber hecho fracasar esta licitación.

Además, citan diversas cláusulas de las Bases respectivas (artículos 10, 18 y 20), que consideran demostrativas del poder de mercado de este avisador. Éste se reservaba el derecho de rechazar todas las ofertas sin expresión de causa, establecía causales de término anticipado que dependían de su sola voluntad y no otorgaba exclusividad a la ganadora.

No obstante lo anterior, ellas adhirieron al sentimiento de insatisfacción y molestia frente a una licitación que, nuevamente, abusaba de las agencias, y respondieron el correo que recibieron del Sr. José Manuel Silva el 17 de abril de 2008, a las 8:29 hrs. Afirman que su única participación en los hechos corresponde al envío de esos correos de respuesta a la iniciativa de ACHAP en los que se pliegan al sentimiento de descontento y a la intención de que el mercado sea más transparente.

En el caso de SB y TBWA, estas agencias ni siquiera contestaron el correo, sin perjuicio de lo cual la FNE también las requirió. Incluso, el representante de SB y Presidente del Directorio de ACHAP, Sr. Samuel Benavente Meza, habría manifestado su desacuerdo con lo realizado por el Sr. José Manuel Silva.

Con respecto a la licitación de TRANSBANK, ninguna de ellas fue invitada a participar e, incluso, muchas de ellas ni siquiera sabían de la existencia de tales procesos. Sólo Cristián Frederick (TBWA) y Agathe Porte (PROXIMITY) remitieron algún comentario respecto de la licitación de TRANSBANK. En tales correos no hay manifestación alguna de voluntad en orden a adoptar algún acuerdo colusorio.

En cuanto a la licitación de UDP, muchas de las agencias ni siquiera sabían de la existencia de tales procesos. TBWA respondió el correo por medio del cual el Sr. José Manuel Silva solicitaba a las agencias informar respecto de nuevos procesos de licitación, pero no manifestó en dicho correo su voluntad de adoptar algún acuerdo colusorio. A esta licitación sólo fue invitada telefónicamente ALDEA, pero al devolver el llamado se le informó que se había cerrado la convocatoria y, posteriormente, que no era una cuenta para ALDEA. UDP contempló la presentación de credenciales y el *short list* desde el inicio de su proceso.

23.3. Con respecto al mercado relevante señalan que éste corresponde al de *“prestación de servicios de publicidad a clientes avisadores que necesitan de éstos sea para un proyecto en particular o bien como asesoría de carácter más permanente,*

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

cuentas que las agencias obtienen a través de asignaciones directas o a través de licitaciones, sean públicas o privadas”.

Al respecto, indican que deben considerarse tanto los servicios *spot* o puntuales como los contratos de largo plazo, que los avisadores contratan directamente o por medio de licitaciones. Ello, debido a la facilidad y frecuencia con que los avisadores se desvinculan de las agencias.

23.4. Agregan que las características de este mercado hacen prácticamente inexistente la posibilidad de celebrar acuerdos anticompetitivos. Señalan que es un mercado atomizado, desconcentrado, y en el cual ninguna agencia tiene poder de mercado, tal como muestra el ranking Megatime que insertan. Además, observan que existen grandes asimetrías de tamaño entre las agencias que forman parte de ACHAP; asimetrías que también existirían fuera de ella, sin que ello constituya un obstáculo para que agencias grandes y pequeñas compitan entre sí. Además, indican que se trata de un mercado con bajísimas barreras de entrada y escasas o nulas barreras a la salida y, así como nacen agencias, desaparecen. Agregan que se trata de un mercado en que los productos son heterogéneos, es decir, donde no se compite por precio o sólo por precio, y que es altamente competitivo toda vez que existe un gran número de agencias de publicidad y escasez de avisadores.

23.5. Luego, señala que no concurren en la especie los elementos que la doctrina y jurisprudencia exigen para configurar la infracción que se les imputa.

Primeramente, porque no hay acuerdo. Al no haber conocimiento y voluntad de realizar la conducta típica, menos puede haber concierto de voluntades. Además, porque las conductas no tienen la aptitud objetiva de producir los resultados típicos, consistentes en una lesión o tendencia a producir una lesión al bien jurídico protegido. Esto último, por las características del mercado antes señaladas.

Además, tampoco concurren en la especie los elementos del *bid rigging*, toda vez que no existen acuerdos para determinar al ganador de las licitaciones, ya que era el avisador quien en definitiva debía elegir. Tampoco había pagos a los perdedores, promesas de subcontratación o castigos a quienes se desviarán.

23.6. Por último, en relación con las multas que se solicitan a su respecto, señalan que éstas son irracionales e injustificadas. Precisan que las mismas se apartan de los criterios legales y jurisprudenciales aplicables. Indican que no son reincidentes y que no puede considerarse que se trate de conductas graves, toda vez que actuaron de buena fe, las supuestas conductas duraron sólo 15 días, no perseguían ni produjeron o

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

tendían a producir efectos anticompetitivos. Además, señalan que las multas en cuestión son desproporcionadas no sólo en relación con las conductas imputadas, sino también en relación a las multas fijadas anteriormente por este Tribunal. Por último, indican que las mismas son irracionales con respecto al patrimonio y a las facultades de las requeridas, pues los montos en cuestión representan su facturación total por varios años, de modo que su aplicación implicaría su “muerte comercial”.

Fojas 1767: EURO

24. A fojas 1767, con fecha 26 de marzo de 2009, contestó el requerimiento **Euro RSCG Santiago S.A. (EURO)**, quien solicitó su rechazo, con costas y, en subsidio, se le exima del pago de una multa o se le aplique una multa simbólica de 1 UTM, por las siguientes consideraciones.

24.1. Como antecedentes de hecho, expone los hechos y circunstancias que conforman el contexto en el cual se habrían desarrollado las supuestas prácticas colusorias denunciadas, precisando el rol de los actores del mercado publicitario, las conductas anticompetitivas que se denuncian, distinguiendo dos momentos relevantes, diseño y materialización, el contexto en el que se desarrollaron los hechos y la licitación de METRO, que es la única en la que participó.

Señala que toda su participación en los hechos a los que se refiere el Requerimiento se circunscribe a: (i) apoyar de forma general la iniciativa del Presidente Ejecutivo y del Directorio de la ACHAP de recomendar o sugerir a los avisadores (en este caso METRO) la adopción de mecanismos voluntarios, transparentes y públicos que hicieran más eficientes los procedimientos de selección de agencias, llevando a cabo procesos de preselección informados; y, (ii) concursar normalmente en la licitación de METRO, sin participar ni en reuniones con el Presidente Ejecutivo o el Directorio de la ACHAP, ni con otras agencias, ni tampoco con METRO o la ANDA.

Precisa que no tuvo conocimiento de acuerdos colusorios, ni formó o tuvo intención de formar parte de los supuestos acuerdos en los que la FNE funda su requerimiento. De lo que sí sabía, era de la iniciativa de ACHAP de desarrollar un Código de Buenas Prácticas en conjunto con ANDA y con el apoyo de la IAA, pero el contenido de esa iniciativa es muy distinto del descrito y denunciado por la FNE.

A propósito de diseño propuesto por ACHAP, señala que es falso que su objetivo fuese incrementar las probabilidades de adjudicación. Señala que, manteniéndose el universo de posibles participantes y de licitaciones, las posibilidades son, en promedio, las mismas. Indica que el objeto de esta propuesta era reducir costos y que su poder de persuasión no provenía de una imposición, sino de su racionalidad.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

En lo que respecta al contexto en el que se desarrollaron los hechos, señala que en el mercado publicitario las mismas tienen poco sentido o racionalidad, toda vez que (i) las agencias supuestamente involucradas en actos de colusión son nada menos que 34; (ii) el mercado en que ellas participan es sumamente competitivo y altamente atomizado; y (iii) el poder negociador de los avisadores es sumamente importante.

Por lo mismo, indica que ninguna de sus acciones produjo o no era capaz de producir efectos o resultados anticompetitivos.

24.2. A continuación, EURO describe la industria de la publicidad y el mercado relevante de la publicidad creativa del que forma parte, explicando que las relaciones de mediano y largo plazo entre avisadores y clientes se conocen como “cuentas”, la forma cómo se asignan esas cuentas y especialmente distingue dos modalidades de asignación mediante licitación, esto es, asignación mediante licitación sin preselección y con preselección. Agrega que las agencias viven de las “cuentas”, que los avisadores cambian frecuentemente de agencias y que, en definitiva se trata de un mercado muy competitivo en el cual las agencias no están en condiciones de imponer términos o condiciones, puesto que si lo hicieran, simplemente quedarían fuera de las licitaciones.

Explica el proceso de asignación de cuentas publicitarias y señala que existen distorsiones en el proceso de preselección, que siempre se realiza pero, a veces, muy ineficiente o anticompetitivamente ya que los avisadores eliminan agencias en fases preliminares.

Agrega que la presentación de credenciales es beneficiosa porque permite al avisador conocer el perfil de la agencia reduciendo las asimetrías de información, y es generalmente sugerida por los Códigos de Buenas Prácticas extranjeros, porque de esta forma no concursan agencias cuyo perfil no tiene nada que ver con lo que busca el avisador. De hecho, agrega, los procesos de selección no solo deben buscar un ganador sino los mejores participantes, sin que exista relación entre un mayor número de oferentes y una mayor competencia.

24.3. En cuanto al mercado relevante, señala que éste corresponde al de la publicidad creativa, en donde no hay relación entre el tamaño de la agencia y del avisador y no está acotado geográficamente porque los servicios publicitarios también se proveen por Internet.

En cuanto a sus características, argumenta que no existen barreras de entrada, que los servicios publicitarios son heterogéneos pero altamente sustituibles, que sustituyen

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

no sólo otras agencias, sino también agencias de promoción, empresas de marketing directo, agencias BTL, agencias virtuales, agencias extranjeras y agencias de medios. Agrega que se trata de un mercado desconcentrado, donde el tamaño relativo de los avisadores es muy superior al de las agencias.

24.4. A partir de lo anterior, concluye que las características del mercado hacen inviables o extremadamente improbables los acuerdos colusorios, ya que hay incentivos a romperlos. En efecto, señala que el poder relativo de las agencias es bajo, ya que dependen de los avisadores, de suerte que ante cualquier eventual intento de una agencia de ejercer poder de mercado, los avisadores buscarían otras agencias.

Asimismo, indica que tampoco existe *bid rigging* en el caso de autos porque estas supuestas conductas no incrementaban las posibilidades de los partícipes de obtener un mayor número de clientes, ya que los avisadores escogen a la ganadora basados en elementos cualitativos, y porque, al no enfrentar una menor presión competitiva, las agencias tampoco reducirían la calidad de sus propuestas.

24.5. En relación a las multas solicitadas por la FNE, EURO señala que las mismas son desproporcionadas en relación con: (i) el disvalor de la conducta, toda vez que no hubo daño; (ii) su eficacia sancionatoria; y, (iii) con respecto a los criterios jurisprudenciales.

Recepción de la causa a prueba

25. A fojas 4278 con fecha 13 de agosto de 2009, se recibió la causa a prueba, fijándose los hechos, substanciales, pertinentes y controvertidos que, tras acogerse parcialmente los recursos de reposición de fojas 4288, 4291, 4295, 4298, 4300, 4302, 4304, 4307, 4312 y 4314, quedaron del siguiente modo:

“1. Estructura y características de la industria en que participan las agencias de publicidad; y,

2. Existencia de un acuerdo relativo a la participación de agencias de publicidad en los procesos de selección convocados por Transbank S.A., Metro S.A. y Universidad Diego Portales. Objeto, efecto, características de dicho acuerdo y personas que habrían intervenido en él. Hechos y circunstancias que lo justificarían”.

Pruebas rendidas por las partes

26. Prueba documental.

26.1. Por la FNE:

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

- A fojas 1, en carácter reservado: (i) copias de las cartas enviadas por don José Manuel Silva a METRO S.A., TRANSBANK S.A. y Universidad Diego Portales; (ii) copia del correo electrónico de 16 de abril de 2008 de don José Manuel Silva a don Clemente Pérez; (iii) copia del correo del electrónico de 16 de abril de 2008 de Clemente González a agencias convocadas a licitación de METRO S.A.. Las versiones públicas de estos documentos fueron acompañadas a fojas 46.
- A fojas 4406: (iv) informe “Colusión en participación en una subasta con inversión: El caso de ACHAP”, elaborado por Juan Pablo Montero, de fecha 29 de agosto de 2009. A fojas 4956, (v) copia de resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia Español, en expediente 339/93 de fecha 28 de julio de 1994, iniciado por denuncia de la Sociedad de Arquitectos DEDALUS S.A. contra el Oficial de Arquitectos de Madrid (C.O.A.M.); (vi) copia de decisión de la Suprema Corte de Estados Unidos “National Society of Professional Engineers v. United States” 435, U.S. 679 (1978); (vii) copia de resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia Español, en expediente 313/92 de fecha 20 de noviembre de 1002, iniciado por denuncia de don Isaac Ibáñez García contra el Colegio Oficial de Arquitectos Vasco-Navarro; (viii) copia de resumen en inglés de sentencia del Tribunal Administrativo Regional “T.A.R. – Lazio – Roma n° 5578” de 6 de junio de 2008; (ix) copia de la decisión de la Suprema Corte de Estados Unidos “United States v. Trans-Missouri Freight Assn”, 166 U.S. 290 (1897); (x) copia de decisión de la Suprema Corte de Estados Unidos “Alvord-Polk Inc.; American Blind Factory, Inc.; Delat Paint and Wallpaper Supply Co.; y otro v. Schumacher & Co.; The National Decorating Products Association, Inc.”, 37 F.3d 996 (3Rd. Cir 1994).
- A fojas 4605, (xi) Carpeta N° 1 “Declaraciones”, que contiene: (xi.i) copia del acta de declaración prestada por Viviana Frola Viancos ante la Fiscalía Nacional Económica el 15 de mayo de 2008; (xi.ii) copia del acta de declaración prestada por Andrea Gaete Droguett ante la Fiscalía Nacional Económica el 8 de mayo de 2008; (xi.iii) copia del acta de declaración prestada por Paulette Rouliez Araya y Magdalena Murillo Corradini ante la Fiscalía Nacional Económica el 15 de mayo de 2008; (xi.iv) copia del acta de declaración prestada por Marcelo Cristi Gaete ante la Fiscalía Nacional Económica el 22 de mayo de 2008; (xi.v) copia del acta de declaración prestada por Pablo Walker Larraín ante la Fiscalía Nacional Económica el 22 de mayo de 2008; (xi.vi) copia del acta de declaración prestada por Tomás Sánchez Arriagada ante la Fiscalía Nacional Económica el 22 de mayo de 2008; (xi.vii) copia del acta de declaración prestada por Álvaro Caballero Rey y Alejandro Orellana González ante la Fiscalía Nacional Económica el 30 de mayo de 2008; (xi.viii) copia del acta de declaración prestada por Mario Davis González ante la Fiscalía Nacional Económica el 12 de junio de 2008. (xii) Carpeta N° 2 “Otros

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Antecedentes”, que contiene: (xii.i) copia de correo electrónico de Andrea Gaete, de 8 de mayo de 2008 a la Fiscalía Nacional Económica en que acompaña documentos “Agencias Licitación Metro y Transbank” y “Agenda Achap 2007-2009”; (xii.ii) copia documento enviado por Andrea Gaete que consiste en columnas con los nombres de las agencias citadas a las licitaciones de METRO y TRANSBANK; (xii.iii) copia documento titulado “Agenda Achap 2007/2009, Documento preparado por el nuevo Directorio al inicio de su gestión, 12 de julio de 2007”; (xii.iv) copia del Acta de la reunión del Directorio de ACHAP, del 15 de abril de 2008; (xii.v) copia del Acta de la reunión del Directorio de ACHAP, de 30 de abril de 2008; (xii.vi) copia documento titulado “Borrador Código de Conducta Comercial de la Industria Publicitaria en Chile”; (xii.vii) copia de documento titulado “Reglamento sobre las Licitaciones Achap”. (xiii) Carpeta N° 3 “Documentos Licitación Transbank”, que contiene: (xiii.i) copia modelo carta de invitación a licitación por los servicios de agencia publicitaria para el producto Redcompra de TRANSBANK, de fecha 9 de abril de 2008; (xiii.ii) copia correo electrónico de Andrea Gaete a Viviana Frola, de 16 de abril de 2008, acompaña documento “Carta Licitación Transbank”; (xiii.iii) copia carta de José Manuel Silva como Presidente Ejecutivo Directorio ACHAP a Viviana Frola; (xiii.iv) copia correo de José Manuel Silva a Viviana Frola, de 17 de abril de 2008; (xiii.v) copia carta de aceptación de LECHE a TRANSBANK, no indica fecha; (xiii.vi) versión pública de acuerdo de confidencialidad entre LECHE y TRANSBANK; (xiii.vii) versión pública de acuerdo de confidencialidad entre McCann y TRANSBANK; (xiii.viii) copia carta de aceptación, de 11 de abril de 2008, de 180° a TRANSBANK; (xiii.ix) versión pública de acuerdo de confidencialidad entre 180° y TRANSBANK; (xiii.x) copia carta de aceptación de BBDO a TRANSBANK, de 14 de abril de 2008; (xiii.xi) versión pública de acuerdo de confidencialidad entre PROLAM y TRANSBANK; (xiii.xii) copia carta de aceptación de BBDO a TRANSBANK, de 14 de abril de 2008; (xiii.xiii) versión pública de acuerdo de confidencialidad entre BBDO y TRANSBANK; (xiii.xiv) copia carta de aceptación de OGILVY a TRANSBANK, de 11 de abril de 2008; (xiii.xv) versión pública de acuerdo de confidencialidad entre OGILVY y TRANSBANK; (xiii.xvi) copia carta de aceptación de JWT a TRANSBANK, de 11 de abril de 2008; (xiii.xvii) versión pública de acuerdo de confidencialidad entre JWT y TRANSBANK; (xiii.xviii) copia carta de aceptación de LOWE PORTA a TRANSBANK, de 10 de abril de 2008; (xiii.xix) versión pública de acuerdo de confidencialidad entre LOWE PORTA y TRANSBANK; (xiii.xx) copia carta de aceptación de McCann a TRANSBANK, de 14 de abril de 2008; (xiii.xxi) copia carta de renuncia de JWT a TRANSBANK, de 24 de abril de 2008; (xiii.xxii) copia carta de renuncia de LOWE PORTA a TRANSBANK, de 25 de abril de 2008; (xiii.xxiii) copia carta de renuncia de McCann

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

a TRANSBANK, de 25 de abril de 2008; (xiii.xxiv) copia de carta de ACHAP a TRANSBANK, de 7 de mayo de 2008; (xiii.xxv) copia de carta de OGILVY a TRANSBANK, de 7 de mayo de 2008; (xiii.xxvi) copia de carta de BBDO a TRANSBANK, de 8 de mayo de 2008; (xiii.xxvii) copia de carta de LECHE a TRANSBANK, de 9 de mayo de 2008; (xiii.xxviii) copia de correo electrónico de José Gabriel Aldea a Viviana Frola, de 8 de mayo de 2008; (xiii.xxix) copia de carta de PROLAM a TRANSBANK, de 9 de mayo de 2008. (xiv) Carpeta N° 4 “Rankings Megatime”, que contiene copias de versiones públicas de los Ranking Megatime de agencias de publicidad creativas, por inversión publicitaria, para los años 2002 a 2007. (xv) Carpeta N° 5 “Correos electrónicos desde julio de 2007 hasta 16 de abril de 2008”, que contiene versiones públicas de correos electrónicos desde julio de 2007 hasta 16 de abril de 2008; (xvi) Carpeta N° 6 “Correos electrónicos de 17 de abril de 2008”, que contiene versiones públicas de correos electrónicos de 17 de abril de 2008; (xvii) Carpeta N° 7 “Correos electrónicos de 17 a 21 de abril de 2008”, que contiene versiones públicas de correos electrónicos entre el 17 y el 21 de abril de 2008; (xviii) Carpeta N° 8 “Correos electrónicos de 22 a 30 de abril de 2008” que contiene versiones públicas de correos electrónicos entre el 22 de abril y el 30 de abril de 2008; (xix) Carpeta N° 9 “Correos electrónicos de mayo de 2008” que contiene versiones públicas de correos electrónicos de mayo de 2008; (xx) Carpeta N° 10 “Acuerdos de confidencialidad licitación Transbank”, que contiene acuerdos de confidencialidad entre TRANSBANK y las agencias McCann, 180°, PROLAM, BBDO, OGILVY, JWT y LOWE PORTA, acompañados en forma reservada; (xxi) Carpeta N° 11 “Ranking Megatime Versión Confidencial”, que contiene Ranking Megatime de agencias de publicidad creativas, por inversión publicitaria, para los años 2002 a 2007, ambos inclusive, acompañada de forma confidencial; (xxii) Carpeta N° 12 “Correos electrónicos desde julio de 2007 hasta 16 de abril de 2008”, que contiene versiones originales de los correos electrónicos acompañados en la Carpeta N° 5, acompañada de forma reservada; (xxiii) Carpeta N° 13 “Correos electrónicos de 17 de abril de 2008”, que contiene versiones originales de los correos electrónicos acompañados en la Carpeta N° 6, acompañada de forma reservada; (xxiv) Carpeta N° 14 “Correos electrónicos de 17 a 21 de abril de 2008”, que contiene versiones originales de los correos electrónicos acompañados en la Carpeta N° 7, acompañada de forma confidencial; (xxv) Carpeta N° 15 “Correos electrónicos de 22 a 30 de abril de 2008” que contiene versiones originales de los correos electrónicos acompañados en la Carpeta N° 8, acompañada de forma reservada; (xxvi) Carpeta N° 16 “Correos electrónicos de mayo de 2008” que contiene versiones originales de los correos electrónicos acompañados en la Carpeta N° 9, acompañada de forma reservada.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

- A fojas 4881: (xxvii) traducción libre de Sentencia en el caso National Society of Professional Engineers v. United States, de 25 de abril de 1978, de la Corte Suprema de Estados Unidos; (xxviii) traducción libre de Sentencia del Tribunal Administrativo Regional “T.A.R. – Lazio – Roma N° 5578” de 6 de junio de 2008; (xxix) traducción libre de extracto de la Sentencia de la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso “United States v. Trans-Missouri Freight Assn.” 166 U.S. 20 (1897); (xxx) traducción libre de extracto de la Sentencia de la Corte del Tercer Círculo de Estados Unidos en el caso “Alvord-Polk, Inc.; American Blind Factory, Inc.; Delta Paint and Wallpaper Supply Co.; y otros v. Schumacher & Co.; The National Decorating Products Association, Inc.” 37 F.3d 996 (3rd Cir. 1994).
- A fojas 5856: (xxxii) bajo confidencialidad, copia del Acta de la Sesión N° 704, Ordinaria, del Directorio de METRO S.A., de 5 de octubre de 2009. La versión pública de este documento también se acompañó; (xxxiii) copia de carta de 2 de noviembre de 2009, de Gonzalo Morales, fiscal de METRO S.A., a María José Henríquez G., abogada de la FNE.
- A fojas 6914: (xxxiv) informe titulado “La prohibición de Colusión en el Derecho Chileno y Comparado”, elaborado por Javier Tapia Canales en marzo de 2010.
- A fojas 7141: (xxxv) documento “Comentarios a las declaraciones de Rodrigo Harrison y Fernando Coloma en relación a mi informe “Colusión en participación en una subasta con inversión: El caso de ACHAP” a propósito del Requerimiento de la FNE contra ACHAP”, de Juan Pablo Montero.
- A fojas 7222: (xxxvi) copia de tres correos electrónicos acompañados previamente, de forma reservada, en exhibición de documentos que consta a fojas 4654, 4708 y 4716.
- A fojas 8507: (xxxvii) anexo elaborado por FNE, en que se reseñan comunicaciones sostenidas por las requeridas vía correo electrónico.

26.2. Por ACHAP y otros:

- A fojas 3879: (i) Copia simple de ranking elaborado por la empresa Megatime para los años 2007 y 2008 relativo a la inversión en publicidad de cada agencia; (ii) copia simple de las secciones de clientes de 11 agencias ACHAP y de 21 agencias no ACHAP y en que se muestra el gran reparto de clientes que existe entre las distintas agencias, sin importar su ranking en Megatime. Este documento también fue acompañado por JWT a fojas 5076; (iii) copia simple de carta escrita por Mariana Rossemblut en el sitio web de la ONG Giro País y que se refiere el caso de ACHAP. Esta carta se encuentra disponible en el sitio web http://giropais.cl/content/view/322242/Pongale_precio_a_su_cabeza_ACHAP_vs_METRO_por_la_Libre_Competencia.html; (iv) copia simple de resolución de archivo

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

de expediente administrativo N° 1022-07, dictada por la Fiscalía Nacional Económica con fecha 31 de diciembre de 2007 y que decide archivar la investigación iniciada contra ACHAP por considerar que no pertenecer a la ACHAP no conlleva desventajas competitivas. Este documento también fue acompañado por LOWE PORTA a fojas 5266 y por LECHE a fojas 5455; (v) copia simple de documento denominado “The EACA Pitch Principles” de la European Association of Communications Agencies, y que sirvió de base para la elaboración del Código de Buenas Prácticas de ACHAP. Este documento también fue acompañado por JWT a fojas 5076 y por LOWE PORTA a fojas 5266; (vi) copia simple de documento denominado “Magia y Lógica”, convenido por las principales asociaciones de la industria publicitaria del Reino Unido y que fue tenido a la vista por ACHAP al momento de elaborar el Código de Buenas Prácticas. Este documento también fue acompañado por JWT a fojas 5076; (vii) copia simple de documento denominado “Normas Padrón de la actividad publicitaria” convenido por agencias de publicidad, avisadores y medios de comunicación brasileños. Este documento también fue acompañado por JWT a fojas 5076; (viii) copia simple de la Guía para concursos de Agencia de Publicidad de la Asociación Argentina de Agencias de Publicidad. Este documento también fue acompañado por JWT a fojas 5076; (ix) código de Conducta Comercial del Sector Publicitario Español. Este documento también fue acompañado por JWT a fojas 5076 y por LOWE PORTA a fojas 5266; (x) copia simple de documento denominado “El anunciante y la agencia, acuerdo de Procedimiento” de la Asociación Española de Agencias de Publicidad y la Asociación Española del Anunciante. Este documento también fue acompañado por JWT a fojas 5076; (xi) copia simple de documento denominado “Bien Choisir son Agence”, de la Association d’Agences-Conseils en Communication y la Union des Annonceurs, de Francia. Este documento también fue acompañado por JWT a fojas 5076; (xii) copia simple de documento denominado “Advertising self-regulation’s importance on a lasting basis” de la International Advertising Association. Este documento también fue acompañado por JWT a fojas 5076; (xiii) copia simple de documento denominado “Finding an Agency”, del Grupo AAR, Adforum.com, Agency Assessments International, Agency Insight y el Grupo Haystack, y que corresponde a un acuerdo de nivel europeo acerca de los procesos para elegir una agencia de publicidad. Este documento también fue acompañado por JWT a fojas 5076; (xiv) copia simple de documento denominado “How to Undertake a Pitch, de la Australian Association of National Advertisers. Este documento también fue acompañado por JWT a fojas 5076; (xv) copia simple de documento denominado “Best Practice Guidelines for the procurement of marketing, Advertising and PR services/products” del South African National

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Treasury, elaborado en colaboración con Association for Communications and Advertising (ACA). Este documento también fue acompañado por JWT a fojas 5076; (xvi) listado de agencias de publicidad registradas en el diario El Mercurio. Este documento también fue acompañado por JWT a fojas 5076; (xvii) declaración jurada ante notario de Magdalena Murillo Corradini, directora de admisión de la Universidad Diego Portales y que relata la forma en que se llevó a cabo la licitación de los servicios publicitarios que son objeto de este requerimiento. Este documento también fue acompañado por JWT a fojas 5076; (xviii) plan estratégico 2008-2010 de Dirección ChileCompra; (xix) copia de correo electrónico que contiene carta de recomendación enviada por José Manuel Silva a METRO con fecha 16 de abril de 2008; (xx) copia simple de carta de recomendación enviada por José Manuel Silva a TRANSBANK con fecha 16 de abril de 2008; (xxi) copia de correo electrónico que contiene carta de recomendación enviada por José Manuel Silva a la Universidad Diego Portales 24 de abril de 2008; (xxii) copia simple de bases de licitación de servicios de publicidad enviadas por FONASA a diversas agencias pertenecientes a la ACHAP; (xxiii) copia simple de la protocolización del acta de constitución de la Agencia Chilena de Agencias de Publicidad, anotada en el repertorio N° 42 del Notario Público Patricio Zaldívar Mackenna el 24 de abril de 1992; (xxiv) 33 actas de adjudicación de servicios de publicidad que fueron obtenidas a través del portal web www.mercadopublico.cl; (xxv) copias simples de actas de reunión de Directorio de ACHAP de fecha 2 de abril de 2008, 15 de abril de 2008 y 30 de abril de 2008; (xxvi) cuadro comparativo de cuentas competitivas de agencias pertenecientes al mismo grupo empresarial; (xxvii) cuadro en el que se señala un conjunto de licitaciones realizadas en el periodo 2007-2008 y a las que fueron invitadas agencias de distinto tamaño; (xxviii) propuesta creativa y estratégica diseñada por la agencia PROLAM para la Cerveza Sol de México; (xxix) propuesta creativa y estratégica diseñada por la agencia PROLAM para Cervecería Chile; (xxx) propuesta creativa y estratégica diseñada por la agencia PROLAM para Capel. A fojas 4179, (xxxi) informe en derecho del profesor Domingo Valdés Prieto, titulado "Acerca de supuestos injustos de colusión monopólica desarrollados por ACHAP, sus directores, su presidente ejecutivo y las agencias afiliadas a aquella" de mayo de 2009.

- A fojas 5738: (xxxii) informe económico elaborado por los economistas Fernando Coloma y Rodrigo Harrison, que describe el mercado de los servicios publicitarios en Chile y modela el mercado relevante; su versión digital fue acompañada a fojas 6387; (xxxiii) propuestas de servicios publicitarios de la agencia miembro de ACHAP, PUERTO, para las marcas Etiquet, Mercedes-Benz y Volkswagen; (xxxiv) en carácter confidencial, bases de licitación de servicios publicitarios de Inmobiliaria

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Numancia Ltda. para el periodo 2008 – 2010. La versión pública de este documento se acompañó a fojas 6102; (xxxv) en carácter confidencial, carta de reclamo de agencia de publicidad no perteneciente a la ACHAP, por medio de la cual informa a ACHAP sobre malas prácticas de un avisador. La versión pública de este documento se acompañó a fojas 6102; (xxxvi) bases de licitación de servicios publicitarios del Fondo Nacional de la Salud para el período 2009 – 2010; (xxxvii) copias simples de las actas del directorio de la ACHAP de 10 de octubre de 2007, 7 de noviembre de 2007, 9 de enero de 2008, 5 de marzo de 2008 y 2 de abril de 2008; (xxxviii) copias autorizadas de las actas del directorio de la ACHAP de fechas 15 de abril de 2008, 30 de abril de 2008 y 18 de marzo de 2009; (xxxix) copia de reportaje de la revista de la Asociación Nacional de Avisadores a la nueva directiva de la ACHAP, publicado en el mes de noviembre de 2007; (xl) carta de Francisco Sánchez Barros de fecha 13 de octubre de 2009, en representación del diario La Tercera, por medio de la cual indica el porcentaje de avisaje que es producido por agencias pertenecientes a la ACHAP y el porcentaje de avisaje que es producido por otras agencias; (xli) carta de Patricio Moreno De Beer, gerente de desarrollo y marketing del diario El Mercurio, por medio de la cual indica el porcentaje de avisaje que es producido por agencias pertenecientes a la ACHAP y el porcentaje de avisaje que es producido por otras agencias; (xlii) carta de Joaquín Escribano Esteban, gerente comercial de Iberoamerican Radio Chile, por medio de la cual indica el porcentaje de avisaje que es producido por agencias pertenecientes a la ACHAP y el porcentaje de avisaje que es producido por otras agencias; (xliii) carta de don Héctor Silva Zapata, Director Comercial de Radio Cooperativa, por medio de la cual indica el porcentaje de avisaje que es producido por agencias pertenecientes a la ACHAP; (xliv) documento denominado “Evolución (y ampliación) del concepto Publicidad”, elaborado por Tomás Sánchez; (xlv) informe de inversión publicitaria, por producto del periodo enero-julio 2009, elaborado por la empresa Megatime; (xlvi) en carácter confidencial, carta de Tomás Sánchez director de ACHAP, de 11 de febrero de 2008, dirigida al representante de un licitante. La versión pública de este documento se acompañó a fojas 6102; (xlvii) set de 17 certificaciones notariales de fechas 3 y 13 de octubre de 2009, de páginas web de agencias no pertenecientes a la ACHAP; (xlviii) certificación notarial de fecha 15 de octubre de 2009 de la página web de la agencia virtual www.openad.net; (xlix) set de 13 certificaciones notariales de fechas 28 de septiembre, 14 y 15 de octubre de 2009, a las páginas web de distintas agencias pertenecientes a la ACHAP; (l) set de 4 certificaciones notariales de fechas 14 y 20 de octubre de 2009, de páginas web de agencias de publicidad de Argentina; (li) con carácter reservado, set de 31 correos electrónicos y documento explicativo,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

que muestran las distintas respuestas que dieron los asociados de ACHAP a la propuesta planteada por José Manuel Silva el 17 de abril de 2008 a través de un correo electrónico; (lii) con carácter reservado, correo electrónico intercambiado entre Samuel Benavente, Presidente del Directorio de ACHAP y Carlos Yépez, representante español de la “International Advertising Association”, de fecha 13 de septiembre de 2007; (liii) con carácter reservado, set de 18 correos electrónicos más una línea de tiempo que muestra la participación de ACHAP y de José Manuel Silva en el proceso de adjudicación de servicios publicitarios de METRO S.A.; (liv) con carácter reservado, set de 7 correos electrónicos más una línea de tiempo que muestra la participación de ACHAP en el proceso de adjudicación de servicios publicitarios de TRANSBANK; (lv) con carácter reservado, correo electrónico de fecha 24 de abril de 2008 enviado por José Manuel Silva a las encargadas de la licitación de servicios publicitarios de la Universidad Diego Portales, más una línea de tiempo que muestra el proceso de adjudicación de la cuenta por este avisador; (lvi) carta de Patricio Moreno de Beer, Gerente de Desarrollo y Marketing del diario El Mercurio por medio de la cual informa acerca de las agencias reconocidas por su empresa.

- A fojas 6782: (lvii) informe económico de Fernando Coloma y Rodrigo Harrison titulado “Comentarios al trabajo “Colusión en participación en una subasta con inversión: el caso de la ACHAP” de Juan Pablo Montero”, de enero de 2010.
- A fojas 6852: (lviii) informe lingüístico elaborado por Alfredo Matus Olivier, referido al valor semántico del verbo “recomendar” utilizado por José Manuel Silva en comunicaciones electrónicas.

26.3. Por Rodrigo Fontaine Cox:

- A fojas 952: (i) acta de la sesión de Directorio de ACHAP de fecha 15 de abril de 2008. Este documento fue acompañado nuevamente por esta parte a fojas 5142, por LOWE PORTA a fojas 5266, y por LECHE a fojas 5455; (ii) acta de la sesión de Directorio de ACHAP de fecha 30 de abril de 2008. Este documento fue acompañado nuevamente por esta parte a fojas 5142.
- A fojas 5142: (iii) acta de la sesión de Directorio de ACHAP de fecha 30 de abril de 2008; (iv) acta de la sesión de Directorio de ACHAP de fecha 12 de junio de 2008; (v) impresión de la parte pertinente de la página web de ACHAP (www.achap.cl) en la que consta la composición de su directorio a la fecha del escrito (29 de octubre de 2009); (vi) fallo pronunciado por la Excma. Corte Suprema con fecha 9 de julio de 2007 en la causa Rol N° 5615-2005, caratulada “Scotiabank Sud Americano con Contreras Román, Mario y Otros”, que se refiere a la institución procesal de falta de legitimación pasiva; (vii) fallo pronunciado por la Excma. Corte Suprema con fecha

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

26 de abril de 2006 en la causa Rol N° 5242-2003, caratulada “Christian Mosso y Cía. Ltda. con Cooperativa Rural Eléctrica Llanquihue Limitada”, que se refiere a la institución procesal de falta de legitimación pasiva.

- A fojas 8095: (viii) informe en Derecho elaborado por Raúl Tavorari Oliveros, denominado “De La Legitimación”, elaborado para el caso C 156-08, “Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de John C. Malone”; (ix) informe en Derecho elaborado por José Pedro Silva Prado para el caso C 156-08, “Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de John C. Malone”. Estos documentos también fueron acompañados a fojas 8269 por LOWE PORTA y LECHE.

26.4. Por SEPIA:

- A fojas 543: (i) acuerdos del Directorio de ACHAP de fecha 15 de abril de 2008; (ii) correo electrónico de fecha 17 de abril de 2008, enviado por don José Manuel Silva a Sepia; (iii) correo electrónico de fecha 17 de abril de 2008, enviado por el entonces Gerente General de SEPIA en respuesta al señalado en el número anterior; (iv) estatutos de ACHAP.

26.5. Por UNITAS:

- A fojas 579: (i) copia de los correos electrónicos de fecha 12 de mayo de 2008 entre don Alexis Sfeir por parte de UNITAS, y doña Magdalena Murillo Corradini por parte de Universidad Diego Portales; (ii) copia de los correos electrónicos de fecha 26 de mayo de 2008 entre doña Soledad Rosales por parte de Universidad Diego Portales, y don Juan Francisco Carrasco por parte de UNITAS.
- A fojas 4658: (iii) listado de licitaciones en que ha intervenido UNITAS; (iv) listado de clientes de UNITAS a agosto de 2009.

26.6. Por RNL:

- A fojas 4664: (i) Declaraciones de renta 2008 – 2009; (ii) Balance a 31 de agosto de 2009; (iii) listado de clientes a agosto de 2009.

26.7. Por EEL:

- A fojas 699: (i) copia contrato de trabajo del Sr. Carlos Porter; (ii) copia de la respuesta enviada por Carlos Porter mediante correo electrónico de fecha 17 de abril de 2008 (que contiene además presuntos correos de José Gabriel Ladea y José Manuel Silva).

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

- A fojas 4687: (iii) certificado emitido por ACHAP con documentos anexados, en que consta que EEL sólo fue miembro de dicha asociación entre noviembre de 2007 y agosto de 2008, y que acredita que Carlos Porter nunca ha tenido poder alguno para representar a EEL ante ACHAP; (iv) certificado emitido por AMPRO AG/CHILE, asociación de marketing profesional; (v) copias de la página web de AMPRO AG/CHILE; (vi) carta de 24 de julio de 2008, en que consta la renuncia de Carlos Porter a EEL.

26.8. Por ARMSTRONG:

- A fojas 762: (i) copia de correo electrónico de correo electrónico enviado por Andrea Gaete en nombre de José Manuel Silva, Presidente de ACHAP, con fecha 17 de abril de 2008, a los representantes de las Agencias de Publicidad pertenecientes a ACHAP; (ii) copia de correo de respuesta a correo electrónico de fecha 17 de Abril de 2008 de don José Manuel Silva, Presidente de ACHAP, enviado por don Claudio Santis Mandiola, Gerente General de ENERGÍA, con fecha 18 de Abril de 2008, con copia a todos los remitentes originales, en el cual es posible distinguir a don Jorge Armstrong Irrázaval con la dirección oficina@armstrongchile.com; (iii) copia de correo de respuesta a correo electrónico de don Sergio Pineda Andonaegui, gerente general de OGILVY, el que a su vez responde al correo de fecha 17 de abril de 2008 de don José Manuel Silva a todas las agencias asociadas a ACHAP, enviado por don Eduardo Iñiguez Duch, Gerente General de CREART, con fecha 18 de abril de 2008, con copia a los destinatarios originales, en el cual es posible distinguir a don Jorge Armstrong Irrázaval con la dirección oficina@armstrongchile.com; (iv) copia de correo electrónico enviado por Andrea Gaete, a nombre de don José Manuel Silva, con fecha 18 de abril de 2008, a los representantes de las siguientes instituciones y Agencias de Publicidad pertenecientes a ACHAP: Jorge Armstrong Irrázaval (ARMSTRONG), Victoria Massarelli (ALDEA), Andrés Guiloff (UNIACC), Manuel Muñoz (MDB), Claudio Abé Montt (RNL), Paula Sutil (SAATCHI & SAATCHI); (v) copia de correo electrónico de José Manuel Silva, Presidente de ACHAP, enviado con fecha 21 de abril de 2008, a Claudia Jara (oficina@armstrongchile.com), el cual fue reenviado con igual fecha por esta última a don Jorge Armstrong Irrázaval, Gerente General y Representante Legal de ARMSTRONG; (vi) copia de correo de respuesta a correo electrónico de fecha 21 de abril de 2008 de don José Manuel Silva, Presidente de ACHAP, enviado por don Jorge Armstrong Irrázaval, Gerente General y Representante Legal de ARMSTRONG, con fecha 21 de Abril de 2008; (vii) correo de fecha 24 de abril de 2008, enviado por don José Manuel Silva a las agencias asociadas a ACHAP.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

- A fojas 4836: (viii) copia simple de *brief* de “Actualización de imagen La Polar”.

26.9. Por JWT:

- A fojas 5076, (i) copia de “Bases Administrativas y Técnicas de Licitación Pública Contratación de Agencia de Publicidad para implementación de Estrategia Comunicacional y de Marketing Fonasa 2009-2010” de 5 de marzo de 2009; (ii) copia de “Bases Administrativas Propuesta Pública para la Contratación de los Servicios de Publicidad de la Municipalidad de Lo Barnechea”; (iii) copia de “Bases de Licitación Pública para la Contratación de Servicios para el diseño Estrategia Creativa para Campaña de Invierno 2009”, tomadas de razón por la Contraloría General de la República con fecha de abril de 2009; (iv) copia de carta de invitación para participar en el “Proceso de licitación de Agencias de Publicidad” remitida por Polla Chilena de Beneficencia S.A. para la prestación de los servicios de publicidad y marketing de sus productos Loto, Polla 4, Toto 3, Boleto, Raspes, Agencia Virtual y sus derivados, así como para su marca institucional Polla, de 2 de febrero de 2007; (v) copia del Acta de Adjudicación de la “Licitación Pública de Contratación de Agencia de Publicidad Fonasa 2009.2010” de 20 de mayo de 2009; (vi) copia de Acta de Adjudicación de la “Licitación de Diseño Estrategia Creativa de Campaña de Invierno 2009” del Ministerio de Salud, de 29 de abril de 2009; (vii) antecedentes de la Agencia de publicidad “El Living” con su respectivo listado de clientes, tomado de la página web www.elliving.cl, (viii) antecedentes de la Agencia de Publicidad “Cabeza” con su respectivo listado de clientes, tomado de la página web www.cabeza.cl, (ix) antecedentes de la Agencia de Publicidad “Los Quiltros” con su respectivo listado de clientes, tomado de la página web www.losquiltros.cl; (x) CD con archivos audiovisuales de avisos comerciales de campañas desarrolladas por JWT a Nestlé, para ser exhibidas en el extranjero; (xi) versión pública del Contrato de Prestación de Servicios entre JWT y Corporación Nacional del Deporte de Alto Rendimiento suscrito mediante instrumento privado de fecha 1 de marzo de 2006 y anexos del mismo de fecha 28 de febrero de 2007 y 28 de febrero de 2008; (xii) versión pública del Contrato de Prestación de Servicios entre JWT y Red de Salud Odontológica Areadent suscrito mediante instrumento privado de fecha 1 de septiembre de 2007; (xiii) versión pública del Contrato de prestación de servicios entre Polla Chilena de Beneficencia S.A. y JWT, de 16 de abril de 2007; (xiv) copia de carta de anuncio de término de Contrato de Prestación de Servicios de fecha 31 de marzo de 2009, firmado por don Edmundo Dupré Echeverría, Gerente General de Polla Chilena de Beneficencia, y por don César Gómez Viveros, Gerente Comercial de Polla Chilena de Beneficiencia, dirigida a Clemente González, Gerente General de JWT; (xv) correo electrónico enviado por don Clemente

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

González A., Gerente General de JWT, a doña Paulette Rouliez de la Universidad Diego Portales a las 15:45 del 22 de abril de 2008; (xvi) aviso publicitario de la Universidad Diego Portales, publicado en el diario El Mercurio el 25 de octubre de 2009; (xvii) copia de los Estatutos de la Asociación Nacional de Avisadores A.G. ANDA Chile.

- A fojas 5076, de forma confidencial: (xviii) copia autorizada ante Notario del Contrato de Prestación de servicios suscrito entre JWT y Corporación Nacional del Deporte de Alto Rendimiento mediante instrumento privado de 1 de marzo de 2006, y anexos de fechas 28 de febrero de 2007 y 28 de febrero de 2008; (xix) copia autorizada ante Notario del Contrato de Prestación de Servicios suscrito ente JWT y Red de Salud Odontológica Areadent mediante instrumento privado de 1 de septiembre de 2007; (xx) copia autorizada ante Notario del Contrato de prestación de servicios suscrito entre Polla Chilena de Beneficencia S.A. y JWT mediante instrumento privado de 16 de abril de 2007; (xxi) CD que contiene presentación realizada por JWT a Fonasa durante su participación en la “licitación Pública de Contratación de Agencia de Publicidad Fonasa 2009-2010”; (xxii) CD que contiene presentación realizada por JWT al diario “La Cuarta”; (xxiii) CD que contiene archivos con Carta Gantt del desarrollo de campaña para el Ministerio de Salud para la “Licitación de Diseño Estrategia Creativa de Campaña Invierno 2009”, presupuesto de producción estimado y presentación realizada por JWT al trabajo; (xxiv) CD que contiene archivos audiovisuales y presentaciones acerca de campaña desarrollada por JWT para el proceso de selección realizado por el Banco Central; (xxv) CD que contiene archivos audiovisuales, radiales, visuales y presentaciones referidos a la campaña publicitario desarrollada por JWT a Polla Chilena de Beneficencia; (xxvi) CD que contiene archivos audiovisuales, radiales y presentación acerca de campaña desarrollada por JWT para la “Licitación Privada de Servicios Publicitarios para Metro S.A.”.

26.10. Por BBDO:

- A fojas 4912: (i) carta de fecha 9 de junio de 2008, por la cual se comunica a BBDO el resultado del proceso de “Licitación” de los “Servicios Publicitarios para Metro S.A.”; (ii) carta de invitación y calendario para el proceso de selección de agencia de publicidad relativa a los servicios de marketing y publicidad llevada a cabo durante 2008, acompañada bajo confidencialidad. La versión pública de este documento fue acompañada a fojas 6117; (iii) estados financieros de BBDO 2008, acompañados bajo confidencialidad. La versión pública de este documento fue acompañada a fojas 6117.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

26.11. Por PROXIMITY:

- A fojas 4913, con carácter confidencial: (i) bases de proceso de selección denominado “Licitación” de agencia de marketing y fidelización de clientes convocado durante 2006; (ii) contrato de prestación de servicios de desarrollo e implementación de actividades publicitarias y de comunicación correspondientes a 2006; (iii) modificaciones de dicho contrato; (iv) e-mail de invitación y calendario de participación de proceso de selección de agencia de publicidad denominado “Licitación”, conjuntamente con antecedentes legales solicitados a las empresas de publicidad invitadas; (v) e-mail de invitación para presentar ofertas para adjudicar servicios de fidelización de clientes, y formulario con información a ser entregada por las empresas participantes; (vi) bases de proceso de selección denominado “Licitación” de servicios de marketing y publicidad convocado durante 2008; (vii) propuesta formulada por PROXIMITY a un proceso de selección de agencias denominado “Licitación”, llevado a cabo durante 2006; (viii) propuesta creativa y de medios formulada por PROXIMITY para producto de consumo masivo; (ix) propuesta formulada por PROXIMITY a un proceso de selección de agencias denominado “Licitación”; (x) estados de resultados y balance clasificados de PROXIMITY correspondiente a los años 2006, 2007 y 2008; (xi) bases de proceso de selección de agencias de publicidad denominado “Licitación” para la satisfacción de necesidades de comunicación, publicidad y promoción llevado a cabo durante 2007; (xii) propuesta formulada por PROXIMITY a un proceso de selección de agencias denominado “Licitación”; (xiii) bases de proceso de selección de agencias de publicidad denominado “Licitación” para la selección de una agencia de publicidad para desarrollar e implementar la estrategia corporativa de comunicaciones y marketing integral de una compañía; (xiv) bases de proceso de selección de agencias de publicidad denominado “Licitación Pública” para la selección y contratación de una agencia de publicidad para llevar a cabo las campañas publicitarias y de marketing por un período de 24 meses; (xv) carta de invitación a participar de proceso de selección de agencia de publicidad denominado “Licitación” con indicación del calendario del mismo; (xvi) propuesta formulada por PROXIMITY a un proceso de selección de agencias de publicidad. Las versiones públicas de estos documentos se acompañaron a fojas 6118 y 6250.

26.12. Por LECHE y LOWE PORTA:

- A fojas 8269: (i) copia simple del reportaje “Póngale precio a su cabeza: ACHAP vs. METRO por la Libre Competencia”, publicado el 18 de noviembre de 2008 en www.giropais.cl; (ii) copia simple de invitación a la licitación de METRO, enviada

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

por Álvaro Caballero, Gerente Comercial de METRO, a Ramón Salinas, a la sazón Gerente General de LECHE, con fecha 6 de abril de 2008; (iii) copia simple de respuesta a Oficio Reservado de la FNE enviada por Rodrigo Fontaine, Gerente General de LOWE PORTA, a Jaime Barahona, Subfiscal Nacional Económico, con fecha 29 de agosto de 2008; (iv) copia simple de respuesta a Oficio Reservado de la FNE enviada por Ramón Salinas, a la sazón Gerente General de LECHE, a Jaime Barahona, Subfiscal Nacional Económico, con fecha 29 de agosto de 2008; (v) copia simple del documento denominado “Planes de las Comisiones del Directorio de ACHAP”.

26.13. Por LECHE:

- A fojas 5455: (i) lista actualizada de los clientes de LECHE; (ii) documento que da cuenta de los accionistas de LECHE; (iii) ranking de inversión publicitaria por agencias creativas de publicidad entre los años 2005 y 2008, así como la evolución estimada de las participaciones de mercado de LECHE durante ese mismo período de tiempo; (iv) lista de los premios que ha obtenido LECHE desde el mes de agosto de 2006; (v) copia del e-mail enviado por Ramón Salinas Errázuriz, Gerente General de LECHE, a don Cristián Lehuedé Bromley, entre otros destinatarios, a las 10:00 a.m. del 17 de abril de 2008; (vi) copia del e-mail enviado por Andrea Gaete a Ramón Salinas Errázuriz, Gerente General de LECHE, entre otros, a las 8:03 a.m. del 24 de abril de 2008; (vii) copia del e-mail enviado por Ramón Salinas Errázuriz, Gerente General de LECHE, a Magdalena Murillo y a Paulette Rouliez, de la Universidad Diego Portales, a las 17:42 del 29 de abril de 2008; (viii) copia del e-mail enviado por Paulette Rouliez, de la Universidad Diego Portales, a Ramón Salinas Errázuriz, Gerente General de LECHE, a las 17:51 del 29 de abril de 2008; (ix) copia del e-mail enviado por Ramón Salinas Errázuriz, Gerente General de LECHE, a Paulette Rouliez, de la Universidad Diego Portales, a las 18:54 del 29 de abril de 2008; (x) copia del e-mail enviado por Paulette Rouliez, de la Universidad Diego Portales, a Ramón Salinas Errázuriz, Gerente General de LECHE, a las 14:34 del 30 de abril de 2008; (xi) copia de la carta enviada con fecha 14 de abril de 2008 por Ramón Salinas Errázuriz, Gerente General de LECHE, a Viviana Frola Viancos, de TRANSBANK S.A., confirmando la participación de LECHE en el proceso de licitación de TRANSBANK S.A.; (xii) copia de ejemplar de diario “El Mercurio” sección Edición Especial, penúltima página, artículo denominado “Premio a la tarjeta más usada en Chile” del 4 de diciembre de 2008, que contiene una entrevista a Ricardo Blümel, gerente de marketing de TRANSBANK S.A..
- A fojas 5455, con carácter confidencial: (xiii) documento que da cuenta de la facturación de LECHE durante 2008; (xiv) copia de los estados financieros

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

individuales de LECHE al 31 de diciembre de 2007 y 2008, auditados por PriceWaterhouseCoopers; (xv) balance de LECHE correspondiente a 2007; (xvi) documento que da cuenta de las órdenes de trabajo recibidas por LECHE durante los meses de marzo, abril y mayo de 2008; (xvii) cuadro que da cuenta del porcentaje de las horas de trabajo destinadas por los empleados de LECHE para cada uno de sus clientes durante los meses de marzo, abril y mayo de 2008; (xviii) documento que da cuenta de los costos incurridos por LECHE en la realización de campañas publicitarias completas en el marco de los procesos de licitación en que LECHE participó entre los años 2006 y 2008 y no resultó finalmente adjudicada. LECHE también acompañó versiones públicas de estos documentos a fojas 5455.

26.14. Por LOWE PORTA:

- A fojas 5266: (i) lista actualizada de clientes de LOWE PORTA; (ii) documento que da cuenta de los accionistas de LOWE PORTA; (iii) documento con ranking de inversión publicitaria por agencias creativas de publicidad entre los años 2005 y 2008, y evolución estimada de participaciones de mercado de LOWE PORTA en ese período; (iv) lista de los premios que ha obtenido LOWE PORTA durante su existencia como agencia de publicidad; (v) copia del acta de declaración prestada el 25 de abril de 2008 ante la Fiscalía Nacional Económica por el Gerente General de LOWE PORTA, Rodrigo Fontaine Cox; (vi) copia del e-mail enviado por Ramón Salinas Errázuriz, Gerente General de LECHE, a Rodrigo Fontaine Cox, Gerente General de LOWE PORTA, a las 10:46 a.m. del 9 de abril de 2008. Este documento también fue acompañado por LECHE a fojas 5466; (vii) copia del e-mail enviado por José Manuel Silva, Presidente Ejecutivo de ACHAP, a Rodrigo Fontaine Cox, Gerente General de LOWE PORTA y a Ramón Salinas Errázuriz, Gerente General de LECHE, entre otros destinatarios, a las 15:06 del 16 de abril de 2008. Este documento también fue acompañado por leche a fojas 5466; (viii) copia del e-mail enviado por Rodrigo Fontaine Cox a don Clemente González Álvarez, entre otros destinatarios, a las 16:23 del 16 de abril de 2008; (ix) copia del e-mail enviado por Rodrigo Fontaine Cox a las agencias de publicidad convocadas al proceso de licitación de TRANSBANK S.A. a las 19:34 del 23 de abril de 2008; (x) copia de la carta enviada el 10 de abril de 2008 por Rodrigo Fontaine Cox a Viviana Frola Viancos, de TRANSBANK S.A., confirmando la participación de Lowe Porta en el proceso de licitación de TRANSBANK S.A..
- A fojas 5266, con carácter confidencial: (xi) documento que da cuenta de la facturación de LOWE PORTA durante 2008; (xii) copia de los estados financieros individuales de LOWE PORTA al 31 de diciembre de 2007 y 2008, auditados por PriceWaterhouseCoopers; (xiii) balance de LOWE PORTA correspondiente al año

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

2007; (xiv) documento que da cuenta de las órdenes de trabajo recibidas por LOWE PORTA durante marzo, abril y mayo de 2008; (xv) cuadro que da cuenta del porcentaje de las horas de trabajo destinadas por los empleados de LOWE PORTA para cada uno de sus clientes durante los meses de marzo, abril y mayo de 2008; (xvi) documento que da cuenta de los costos incurridos por LOWE PORTA en la realización de campañas publicitarias completas en el marco de los procesos de licitación en que LOWE PORTA participó entre los años 2006 y 2008 y no resultó finalmente adjudicada. LOWE PORTA también acompañó versiones públicas de estos documentos a fojas 5266.

26.15. Por GREY:

- A fojas 1039: (i) copia de correo de fecha 17 de abril de 2007, enviado por Santiago Puiggari en representación de GREY a los destinatarios del e-mail de ACHAP.

26.16. Por ENERGÍA y WUNDERMAN:

- A fojas 1068: (i) copia de correo electrónico de Claudio Santis, gerente de ENERGÍA, en que consta su respuesta a la solicitud de la ACHAP de pronunciarse acerca de la iniciativa de Código de Buenas Prácticas.
- A fojas 8034: (ii) informe económico denominado “Requerimiento por Colusión en el Mercado de la Publicidad”, de Ricardo Paredes.

26.17. Por ENERGÍA:

- A fojas 5902: (i) copia de partes pertinentes de los pasaportes del Gerente General de ENERGÍA y su familia, que acreditan que entre los días 15 y 23 de abril de 2008 se encontraban fuera de Chile; (ii) CD que contiene las presentaciones preparadas por ENERGÍA para las licitaciones de Tarjeta Más, Banco CrediChile, Diario La Tercera y Laboratorios Andrómaco para sus productos Predual y Foltene, bajo confidencialidad. La versión pública de este documento se acompañó a fojas 6368; (iii) licitación cuenta Banco CrediChile y sus Bases Administrativas, bajo confidencialidad.

26.18. Por WUNDERMAN:

- A fojas 5975: (i) copia de las Bases y Acta de Adjudicación de la licitación pública organizada por FOSIS en 2008, para contratar el “Servicio de Agencia de Publicidad y Difusión para la Dirección Regional Metropolitana”; (ii) copia de la Resolución Exenta N° 858 que aprueba e incluye las Bases Administrativas y Técnicas y la Ficha de la licitación pública organizada por la Comisión Nacional de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Energía en 2009 para la contratación de “Servicios de Agencia de Medios”; (iii) copia de las Bases de la licitación pública organizada por la Universidad Arturo Prat en 2009 para la contratación de “Servicios de Publicidad Radial para Magister UNAP”; (iv) copia de la página del sitio web www.chileproveedores.cl que certifica que WUNDERMAN es una empresa inscrita en el registro electrónico de proveedores nacionales y extranjeros del Estado; (v) copia de dos páginas del sitio web www.chileproveedores.cl que muestran los resultados de dos búsquedas avanzadas en el registro electrónico de proveedores tanto nacionales como extranjeros del Estado, que señalan que 1.144 empresas están registradas para ofrecer un producto publicitario en el territorio nacional y que 896 empresas están registradas como Empresas de Publicidad dentro del territorio nacional; (vi) en carácter confidencial, disco compacto con presentación del “Proceso de Licitación Wunderman” realizada por WUNDERMAN a Líder/Presto Viajes en septiembre de 2009, propuesta de WUNDERMAN a Presto Viajes en el proceso de la licitación para “Tarjeta Presto” en diciembre de 2008, y propuesta de WUNDERMAN a Nestlé Chile en la licitación “Programa N.S.B.” de octubre de 2007.

26.19. Por PROLAM:

- A fojas 6003: (i) copia de resolución exenta N° 7375 de la Subsecretaría de Vivienda y Urbanismo que autoriza llamado a licitación pública destinada a contratar “Servicio de asesoría, creación publicitaria y producción gráfica (ACEA)” y designa integrantes de comisión evaluadora; (ii) copia de la página del sitio web www.chileproveedores.cl que certifica que PROLAM es una empresa inscrita en el registro electrónico de proveedores nacionales y extranjeros del Estado; (iii) con carácter confidencial, copia de la Propuesta de PROLAM en la licitación de METRO con fecha 7 de mayo de 2008; (iv) copia de 2 páginas del sitio web www.chileproveedores.cl que señalan que el registro de proveedores tanto nacionales como extranjeros del Estado cuenta en la categoría “Publicidad, Marketing, Medios” con 102 empresas registradas como “Agencias de Medios, de Publicidad, de Comunicaciones” y 766 empresas registradas para ofrecer un servicio de “asesorías comerciales, en Publicidad”.

26.20. Por DRAFTFCB+IDB:

- A fojas 1369: (i) Copias simples del Balance General de DRAFTFCB+IDB de 2007 y 2008, con carácter confidencial. Las versiones públicas se acompañaron a fojas 3994; (ii) copias simples del Estado de resultados de DRAFTFCB+IDB de 2007 y 2008, con carácter confidencial. Las versiones públicas se acompañaron a fojas

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

3994; (iii) *dossier* con copias simples de los documentos sobre autorregulación en la industria publicitaria.

- A fojas 5461: (iv) correo electrónico de DRAFTFCB+IDB de fecha 17 de abril de 2008.

26.21. Por D&U:

- A fojas 1423: (i) copia simple del Reporte enviado el 21 de enero de 2009 por don Ignacio Unzueta y don Carlos Arriagada en representación de D&U a Michael I. Roth. y otros de IPG, con carácter confidencial. La versión pública se acompañó en este mismo escrito; (ii) copia simple del Código de Conducta de las agencias del IPG; (iii) copia simple del Código de Conducta interno de D&U, de septiembre de 2006; (iv) listado de licitaciones en las que han sido invitadas/convocadas/han participado distintas agencias del IPG; (v) copia de la Resolución del Acta de Adjudicación de la Licitación Pública efectuada a través del sistema Chile Compra de DGMN; (vi) copia autorizada de la carta de renuncia que D&U envió a METRO de fecha 05 de mayo de 2008; (vii) balance general D&U 2008, con carácter confidencial. La versión pública se acompañó en este mismo escrito.
- A fojas 5734, con carácter confidencial: (viii) copia de 36 facturas emitidas por D&U a nombre de dos de sus clientes correspondientes, entre otro, al pago de *fees* y campañas publicitarias; (ix) copia de correos electrónicos de fecha 15 de enero de 2009 y de 18 y 9 de mayo de 2006, intercambiados entre D&U y estos mismos clientes; (x) copia de 34 facturas emitidas por D&U a nombre de Universidad Católica de Chile Corporación de Televisión; (xi) copia de 8 facturas emitidas por D&U a nombre de Cepech S.A. y de Gasco S.A.; (xii) copia de Carta Acuerdo de Prestación de Servicios entre Universidad Adolfo Ibáñez y D&U, con vigencia desde el 1 de febrero de 2004 y de duración indefinida; (xiii) copia de 13 facturas emitidas por D&U a nombre de la Universidad Adolfo Ibáñez; (xiv) copia de Contrato de Prestación de Servicios entre Administradora CMR Falabella S.A. y D&U de fecha 1 de octubre de 2004 y de duración indefinida; (xv) copia de 15 facturas emitidas por D&U a nombre de Administradora CMR Falabella S.A. durante el año 2009; (xvi) contrato de prestación de servicios publicitarios entre la Dirección General de Movilización Nacional y D&U, de fecha 22 de mayo de 2008 y con vigencia hasta el 22 de diciembre de 2008, y copia del informe final de la campaña “Regulariza tu arma” de fecha 15 de diciembre de 2008; (xvii) set de correos electrónicos de fecha 28 y 29 de abril de 2008, intercambiados entre Gigliona Zacarelli, ex - Directora de cuentas de D&U y José Pedro Arana, Ejecutivo de Comunicaciones de Hill & Knowlton Captiva, y correos internos de D&U de abril y mayo de 2008, relativos a la preparación de una campaña para “Retail Chile”;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

(xviii) copia de cotización de la empresa Schkolnick enviada a D&U para el cliente “Retail Chile” de fecha 17 de abril de 2008; (xix) copia de presupuesto de producción de la empresa MCM Cine S.A. enviado a D&U para el cliente “Retail Chile” de fecha 18 de abril de 2008; (xx) set de correos electrónicos de fechas 10 de abril de 2008, 22 de abril de 2008, 23 de abril de 2008 y 29 de abril de 2008, intercambiados entre Renato Sepúlveda, Director de Planificación Estratégica de D&U y Rodrigo Díaz Ohl, Gerente de Marketing de Rendic Hnos.; (xxi) copia de Carta de Acuerdo de Prestación de Servicios entre Rendic Unimarc y D&U, de fecha 2 de mayo de 2008, con vigencia hasta el 31 de diciembre de 2008; (xxii) set de correos electrónicos intercambiados el día 21 de abril de 2008, de los que se infiere la participación de D&U en la licitación internacional para la campaña “La Casa de América” de la empresa Sodimac; (xxiii) copia de cuadro que da cuenta de los pendientes para el cliente Homecenter Sodimac; (xxiv) copia de cuadro que da cuenta de los pendientes para el cliente CMR Falabella al 12 de mayo de 2008 y 21 de abril de 2008; (xxv) copia de documentos que dan cuenta de que en el período marzo-abril 2008, D&U realizó nueve campañas publicitarias para sus clientes Falabella y CMR Falabella; (xxvi) correo electrónico de fecha 22 de abril de 2008. Las versiones públicas de estos documentos se acompañaron también a fojas 5734.

26.22. Por McCann:

- A fojas 1947: (i) Cuadro de denominaciones y participaciones de todas las empresas miembros del IPG; (ii) listado de clientes representativos de McCann; (iii) listado licitaciones en las que McCann participó; (iv) listado Licitaciones en las que McCann no participó; (v) copia de las Bases de la licitación de METRO; (vi) copia de la Oferta Económica y la Propuesta presentada en el marco de la licitación de METRO; (vii) evaluación agencias participantes en la licitación de METRO; (viii) listado licitaciones en las que han participado agencias del IPG y agencias más pequeñas.
- A fojas 5489, con carácter confidencial: (viii) copia de contrato de prestación de servicios de fecha 12 de abril de 1999, entre Compañía de Consumidores de Gas de Santiago, y McCann; (ix) copia de factura emitida por McCann a nombre de Cepech, de fecha 28 de junio de 2009; (x) copia de contrato de prestación de servicios, de fecha 24 de julio de 2008, entre Comercial Eccsa S.A. (Ripley) y McCann; (xi) copia de carta de fecha 17 de octubre de 2002 de Jaime Aguirre Hoffa, Director Ejecutivo de Chilevisión a Pablo Walker Larraín, Gerente General de McCann. Las versiones públicas de estos documentos también se acompañaron a fojas 5489.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

26.23. Por OGILVY:

- A fojas 1632: (i) Position Paper “ANA/AAAA Best Practices In Agency Search and Selection Process”, American Association of Advertising Agencies and the Association of National Advertisers, Inc.. Este documento también fue acompañado por LOWE PORTA a fojas 5266; (ii) “Finding an Agency, A Best Practice Guide to Agency Search and Selection, Joint Industry Guidelines for marketing professionals in working effectively with agencies”, ISBA (Incorporated Society of British Advertisers Ltd) y IPA (Institute of Practitioners in Advertising), MCCA (Marketing Communication Consultants Association) y PRCA (Public Relations Consultants Association); (iii) “Bien Choisir son Agence”, Association des Agences-Conseils en Communication y Union des Annonceurs; (iv) “Selecting a Media Agency”, World Federation of Advertisers y European Association of Communications Agencies; (v) “The EACA Pitch Principles, Pitch Guidelines”, European Association of Communications Agencies; (vi) “Guia da Melhor Prática Para a Seleção de Agências de Propaganda e Comunicação”, Federação Nacional das Agências de Propaganda y Associação Brasileira de Anunciantes; (vii) “Guía sobre las Presentaciones Especulativas”, Asociación Mexicana de Agencias de Publicidad; (viii) “Guía para Concursos de Agencias de Publicidad”, Asociación Argentina de Agencias de Publicidad. Este documento también fue acompañado por LOWE PORTA a fojas 5266.
- A fojas 5925: (ix) copia de la página de presentación del registro electrónico de proveedores del Estado publicada en el sitio web www.chileproveedores.cl; (x) copia de la página web www.chileproveedores.cl que certifica que OGILVY es una empresa inscrita en el registro electrónico de proveedores nacionales y extranjeros del Estado; (xi) carta de fecha 7 de mayo de 2008, enviada por OGILVY a Viviana Frola de TRANSBANK; (xii) contrato de prestación de servicios publicitarios entre OGILVY y Cencosud Administradora de Procesos S.A.; (xiii) carta de Cencosud Administradora de Procesos S.A. a OGILVY; (xiv) dicso compacto que contiene propuestas de OGILVY a Banco Credichile, Tarjetas Más y Hellmann’s, para sus respectivas licitaciones, bajo confidencialidad.

26.24. Por EURO:

- A fojas 4694: (i) copia simple de correo electrónico enviado desde el correo electrónico de Andrea Gaete y suscrito por José Manuel Silva con fecha 16 de abril de 2008, denominado “Licitación Metro”; (ii) copia simple de correo electrónico enviado por José Manuel Silva con fecha 23 de abril de 2008, denominado

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

- “licitaciones Transbank y Metro”; (iii) copia simple de correo electrónico enviado por José Manuel Silva con fecha 24 de abril de 2008, denominado “licitación Metro”.
- A fojas 4705: (iv) declaración notarial de Eduardo Rodríguez Concha, de fecha 15 de octubre de 2009; (v) declaración notarial de Paul Maurice Condon Bell, de fecha 15 de octubre de 2009.

27. Exhibiciones de documentos y respuestas a oficios.

27.1. Respuesta a oficio remitido al Servicio de Impuestos Internos:

A fojas 6520, con fecha 1 de diciembre de 2009, el Servicio de Impuestos Internos acompaña estadística que contiene Número de Inicio de Actividades de Empresas de Publicidad y Servicios Personales en Publicidad, entre los años 2005 y 2008, en respuesta a oficio ordenado a fojas 5831, atendida la solicitud de ACHAP a fojas 5734.

27.2. Documentos exhibidos por FNE:

A fojas 4708, con fecha 20 de octubre de 2009, y en cumplimiento de lo ordenado mediante resolución de fojas 4375, FNE exhibió lo solicitado por ACHAP y otros en lo principal de su presentación de fecha 29 de septiembre de 2009 (fojas 4368), específicamente el expediente de investigación de la FNE N° 1172-2008. Dicho expediente de investigación fue acompañado a estos autos en dicha resolución, con carácter reservado, salvo por los antecedentes proporcionados por Megatime, los que se acompañaron de forma confidencial. Las versiones públicas de estos documentos se acompañaron a fojas 4816.

27.3. Documentos exhibidos por METRO:

A fojas 4829, con fecha 27 de octubre de 2009, y en cumplimiento de lo ordenado mediante resolución de fojas 4375, METRO exhibió lo solicitado por ACHAP y otros en el otrosí de su presentación de fecha 29 de septiembre de 2009 (fojas 4368), específicamente los documentos donde consta el proceso de selección de agencia de publicidad para el período 2008-2009, formándose un cuaderno de documentos reservados y uno de documentos confidenciales. Las versiones públicas de los documentos confidenciales fueron acompañadas a fojas 5830.

27.4. Documentos exhibidos por TRANSBANK:

A fojas 4849, con fecha 28 de octubre de 2009, y en cumplimiento de lo ordenado mediante resolución de fojas 4375, TRANSBANK exhibió lo solicitado por ACHAP y otros en el otrosí de su presentación de fecha 29 de septiembre de 2009 (fojas 4368), específicamente los documentos donde consta el proceso de selección de agencia de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

publicidad para el período 2008-2009, quedando acompañados los documentos en forma reservada.

27.5. Documentos exhibidos por Universidad Diego Portales:

A fojas 4909, con fecha 29 de octubre de 2009, y en cumplimiento de lo ordenado mediante resolución de fojas 4375, Universidad Diego Portales exhibió lo solicitado por ACHAP y otros en el otrosí de su presentación de fecha 29 de septiembre de 2009 (fojas 4368), específicamente los documentos donde consta el proceso de selección de agencia de publicidad para el período 2008-2009.

A fojas 5872, acompañó un disco compacto con tres presentaciones de las agencias que participaron en la licitación de prestación de servicios de publicidad de la Universidad Diego Portales.

27.6. Documentos exhibidos por Red de Televisión Chilevisión:

A fojas 6401, con fecha 25 de noviembre de 2009, y en cumplimiento de lo ordenado mediante resolución de fojas 5831, Red de Televisión Chilevisión exhibió una carta conductora, un listado de clientes y un CD-ROM que contiene archivos electrónicos, de acuerdo a lo solicitado por JWT en su presentación de fojas 5076.

27.7. Documentos exhibidos por Corporación Nacional del Cobre de Chile:

A fojas 6451, con fecha 1 de diciembre de 2009, y en cumplimiento de lo ordenado mediante resolución de fojas 6010, Corporación Nacional del Cobre de Chile acompañó lo solicitado por ENERGÍA en su presentación de fojas 5902, específicamente el documento "Bases Administrativas Especiales – Diseño y Diagramación Memoria Corporativa Anual y Reporte de Sustentabilidad Codelco 2008 N° GCAB-DACM-4508/2008".

27.8. Documentos exhibidos por Bancoestado S.A.:

A fojas 6517, con fecha 1 de diciembre de 2009, y en cumplimiento de lo ordenado mediante resolución de fojas 6010, Bancoestado S.A. exhibió lo solicitado por ENERGÍA en su presentación de fojas 5902, específicamente el documento "Solicitud de Cotización por Servicios de Agencia de Marketing directo, versión julio-agosto 2009".

27.9. Documentos exhibidos por Aguas Andinas S.A.:

A fojas 6572, con fecha 2 de diciembre de 2009, y en cumplimiento de lo ordenado mediante resolución de fojas 6010, Aguas Andinas S.A. exhibió lo solicitado por GREY

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

en su presentación de fojas 5979, específicamente las bases de la Licitación Privada de “Servicios de Publicidad y Marketing para Aguas Andinas S.A. y Sociedades Relacionadas”, de fecha diciembre de 2007.

27.10. Documentos exhibidos por Administradora de Créditos Comerciales Presto Ltda.:

A fojas 6610, con fecha 11 de diciembre de 2009, y en cumplimiento de lo ordenado mediante resolución de fojas 5831, Administradora de Créditos Comerciales Presto Ltda. exhibió lo solicitado por BBDO en su presentación de fojas 4912, específicamente las bases de licitación denominadas “Servicios de Marketing Relacional e Internet” de abril de 2008, con sus anexos.

27.11. Documentos exhibidos por Empresa El Mercurio S.A.P.:

A fojas 6627, con fecha 11 de diciembre de 2009, y en cumplimiento de lo ordenado mediante resolución de fojas 5831, Empresa El Mercurio S.A.P. exhibió los documentos solicitados por JWT a fojas 5076, adjuntando bajo confidencialidad un listado de clientes que han publicado avisos “Desplegados”, atendidos en forma directa durante los últimos dos años. Acompañan además ejemplos de avisos Desplegados elaborados por El Mercurio y que han sido publicados en ese diario.

27.12. Documentos exhibidos por Empresa Periodística La Tercera S.A.

A fojas 6648, con fecha 11 de diciembre de 2009, y en cumplimiento de lo ordenado mediante resolución de fojas 5831, Empresa Periodística La Tercera S.A. exhibió el documento solicitado por JWT a fojas 5076, adjuntando legajo con ejemplos de piezas creativas producidas por personal del diario La Tercera.

27.13. Documentos exhibidos por Unilever Chile S.A.

A fojas 6674, con fecha 29 de diciembre de 2009, y en cumplimiento de lo ordenado mediante resoluciones de fojas 5831 y 6452, Unilever Chile S.A. exhibió los documentos solicitados por ACHAP a fojas 5738, adjuntando lista de marcas de Unilever con la agencia respectiva a cargo. Además exhibió, bajo confidencialidad, copia simple del contrato entre Unilever Chile HPC Ltda. y Comunicaciones y Activación Ltda., de fecha 1 de abril de 2009. La versión pública del documento confidencial fue acompañada a fojas 6737.

27.14. Documentos exhibidos por Corporación de Televisión de la Pontificia Universidad Católica de Chile:

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

A fojas 6682, con fecha 29 de diciembre de 2009, y en cumplimiento de lo ordenado mediante resolución de fojas 5831, Corporación de Televisión de la Pontificia Universidad Católica de Chile (Canal 13) exhibió una tabla de clientes que han contratado publicidad a Canal 13 desde 2008 a la fecha y un DVD con 2 piezas publicitarias producidas por Canal 13 para clientes que contrataron con ella, de acuerdo a lo solicitado por JWT en su presentación de fojas 5076.

27.15. Documentos exhibidos por CCU S.A.:

A fojas 6697, con fecha 5 de enero de 2010, y en cumplimiento de lo ordenado mediante resolución de fojas 5831 y 6452, CCU S.A. exhibió un listado con las agencias de publicidad que han tenido a su cargo sus marcas principales, indicando la forma de elección de las mismas y el tiempo que llevan. Asimismo, señala el tipo de publicidad que es producida por sus áreas de marketing de forma interna, de acuerdo a lo solicitado por JWT en su presentación de fojas 5076.

27.16. Documentos exhibidos por Cencosud S.A.:

A fojas 6713, con fecha 5 de enero de 2010, y en cumplimiento de lo ordenado mediante resolución de fojas 5831 y 6452, CCU S.A. exhibió un listado impreso y en formato electrónico con las agencias de publicidad que han tenido a su cargo las marcas principales de Cencosud, indicando la forma de elección de las mismas y el tiempo que llevan, de acuerdo a lo solicitado por ACHAP en su presentación de fojas 5738.

28. Prueba trestimonial.

28.1. Testigos de la FNE:

- A fojas 5867, rola el acta de la testimonial de Clemente Pérez Errázuriz. La transcripción de esta audiencia testimonial rola a fojas 6033.
- A fojas 6017, rola el acta de la testimonial de Juan Pablo Montero Ayala. La transcripción de esta audiencia testimonial rola a fojas 6253.

28.2. Testigos de ACHAP:

- A fojas 6576, rola el acta de la testimonial de Juan Carlos Fabres Durrels. La transcripción de esta audiencia testimonial rola a fojas 6823.
- A fojas 6864, rola el acta de la testimonial de Rodrigo José Harrison Vergara. La transcripción de esta audiencia testimonial rola a fojas 6928.
- A fojas 6866, rola el acta de la testimonial de Hans Cristian Hasenohr Ureta. La transcripción de esta audiencia testimonial rola a fojas 6943.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

- A fojas 6873, rola el acta de la testimonial de Carlos Antonio France Yopez Verdeguer. La transcripción de esta audiencia testimonial rola a fojas 6954.
- A fojas 6967, rola el acta de la testimonial de Alfredo Matus Olivier Verdeguer. La transcripción de esta audiencia testimonial rola a fojas 6976.
- A fojas 6969, rola el acta de la testimonial de Carlos Roberto Parker Mac-Pherson. La transcripción de esta audiencia testimonial rola a fojas 6980.

28.3. Testigos de Rodrigo Fontaine Cox:

- A fojas 7028, rola el acta de la testimonial de Juan Pablo Alfredo Hermosilla Osorio. La transcripción de esta audiencia testimonial rola a fojas 7147.
- A fojas 7180, rola el acta de la testimonial de Mauricio García Castelblanco. La transcripción de esta audiencia testimonial rola a fojas 7181.

28.4. Testigos de EEL:

- A fojas 7602, rola el acta de la testimonial de Alfonso Ricardo Araya Berríos. La transcripción de esta audiencia testimonial rola a fojas 7609.
- A fojas 7604, rola el acta de la testimonial de Hernán Cavada Azofeifa. La transcripción de esta audiencia testimonial rola a fojas 7630.

28.5. Testigos de ARMSTRONG:

- A fojas 7462, rola el acta de la testimonial de Pedro Pablo Zegers Aldunate. La transcripción de esta audiencia testimonial rola a fojas 7476.
- A fojas 7473, rola el acta de la testimonial de José Grossi Galizzia. La transcripción de esta audiencia testimonial rola a fojas 7493.

28.6. Testigos de JWT:

- A fojas 7720, rola el acta de la testimonial de Roberto Cuadros Moya. La transcripción de esta audiencia testimonial rola a fojas 7729.
- A fojas 7723, rola el acta de la testimonial de Jorge Francisco Jarpa Gerahard. La transcripción de esta audiencia testimonial rola a fojas 7752.
- A fojas 7773, rola el acta de la testimonial de Rafael Edmundo Prieto Raby. La transcripción de esta audiencia testimonial rola a fojas 7775.

28.7. Testigos de BBDO:

- A fojas 7832, rola el acta de la testimonial de Luis Felipe Ríos Irarrázaval. La transcripción de esta audiencia testimonial rola a fojas 7836 bis 1.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

28.8. Testigos de PROXIMITY:

- A fojas 7872, rola el acta de la testimonial de Roberto Mario Méndez Torres. La transcripción de esta audiencia testimonial rola a fojas 7876.

28.9. Testigos de LECHE:

- A fojas 7241, rola el acta de la testimonial de Andrea Matte Quesney. La transcripción de esta audiencia testimonial rola a fojas 7246.
- A fojas 7281, rola el acta de la testimonial de Víctor Luis Alfonso Gómez Morales. La transcripción de esta audiencia testimonial rola a fojas 7288 bis.

28.10. Testigos de LOWE PORTA:

- A fojas 7309, rola el acta de la testimonial de Francisco Antonio José Miguel Matte Langlois. La transcripción de esta audiencia testimonial rola a fojas 7321.
- A fojas 7319, rola el acta de la testimonial de Matías Gabriel Wolff Holz. La transcripción de esta audiencia testimonial rola a fojas 7349.

28.11. Testigos de GREY:

- A fojas 7910, rola el acta de la testimonial de Enrique García Fernández. La transcripción de esta audiencia testimonial rola a fojas 7914.

28.12. Testigos de ENERGÍA:

- A fojas 7944, rola el acta de la testimonial de Carlos Rodolfo Martínez Veloso. La transcripción de esta audiencia testimonial rola a fojas 7947.

28.13. Testigos de PROLAM:

- A fojas 7675, rola el acta de la testimonial de Francisco Guzmán Bauzá. La transcripción de esta audiencia testimonial rola a fojas 7689.

28.14. Testigos de PUBLICIS UNITROS:

- A fojas 7573, rola el acta de la testimonial de Luis Fernando Figueroa Prat. La transcripción de esta audiencia testimonial rola a fojas 7580.
- A fojas 7575, rola el acta de la testimonial de Andrea Ximena Cruz Schele. La transcripción de esta audiencia testimonial rola a fojas 7590.

28.15. Testigos de LEO BURNETT:

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

- A fojas 7512, rola el acta de la testimonial de María Jesús del Carmen Prat Alemparte. La transcripción de esta audiencia testimonial rola a fojas 7521.
- A fojas 7533, rola el acta de la testimonial de Gonzalo del Villar Goytisolo. La transcripción de esta audiencia testimonial rola a fojas 7535.

28.16. Testigos de OGILVY:

- A fojas 7990, rola el acta de la testimonial de Ernesto Claudio Osses Peña. La transcripción de esta audiencia testimonial rola a fojas 7995.

28.17. Testigos de ALDEA y otros:

- A fojas 7309, rola el acta de la testimonial de José Antonio Gracia Malatesta. La transcripción de esta audiencia testimonial rola a fojas 7419.

29. **Observaciones a la prueba rendida en autos:**

- A fojas 8095, Rodrigo Fontaine presentó escrito de observaciones a la prueba.
- A fojas 8269, LOWE PORTA y LECHE presentaron escrito de observaciones a la prueba.
- A fojas 8428, PROXIMITY presentó escrito de observaciones a la prueba.
- A fojas 8457, BBDO presentó escrito de observaciones a la prueba.
- A fojas 8489, D&U presentó escrito de observaciones a la prueba.
- A fojas 8497, McCann presentó escrito de observaciones a la prueba.
- A fojas 8507, FNE presentó escrito de observaciones a la prueba.
- A fojas 8618, ACHAP presentó escrito de observaciones a la prueba.
- A fojas 8664, EURO presentó escrito de observaciones a la prueba.
- A fojas 8702, ALDEA, A&L, CREART, DDB, ESPINACA, PUERTO, RPP, SB, TBWA. WZ y ZEBRA presentaron escrito de observaciones a la prueba.
- A fojas 8718, LEO BURNETT y PUBLICIS UNITROS presentaron escrito de observaciones a la prueba.
- A fojas 8784, ARMSTRONG presentó escrito de observaciones a la prueba.
- A fojas 8804, ENERGÍA presentó escrito de observaciones a la prueba.
- A fojas 8822, JWT presentó escrito de observaciones a la prueba.
- A fojas 8862, PROLAM presentó escrito de observaciones a la prueba.

30. **Vista de la causa**

A fojas 7992, con fecha 8 de noviembre de 2011, el Tribunal ordenó traer los autos en relación. La vista de la causa se realizó en la audiencia de los días 28 y 29 de marzo de 2012, alegando en la referida audiencia los apoderados de las partes. A fojas 8934,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

8993, 9023, 9046, 9049, 9074, 9088 y 9107 rolan las minutas de alegato de: FNE; LOWE PORTA y LECHE; ALDEA, A&L, CREART, DDB, ESPINACA, PUERTO, RPP, SB, TBWA, WZ y ZEBRA; BBDO; PROXIMITY; PROLAM; EURO; JWT; y EEL, respectivamente;

Y CONSIDERANDO:

1. La cuestión debatida.

1.1. Las conductas requeridas.

Primero. Que según se señala en el requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica, lo que se demanda en autos es la celebración de supuestos acuerdos restrictivos de la competencia destinados a: (i) hacer fracasar ciertos procesos de licitación para la contratación de agencias de publicidad; (ii) imponer en dichas licitaciones, en lugar de los contemplados, términos y condiciones que estimaron más favorables y que contemplaban restringir el número de participantes y efectuar incluso pagos a los perdedores; y, (iii) repartirse el mercado en licitaciones de publicidad, seleccionando a quienes participarían en ellas; conductas que, según la FNE, habrían sido orquestadas por el Directorio de la ACHAP y, en especial, por su Presidente Ejecutivo y respecto de las cuales se habrían llevado a cabo hechos o actos de implementación. Según la FNE, los acuerdos indicados habrían quedado al descubierto entre marzo y abril de 2008, cuando ACHAP y su Presidente Ejecutivo, con el consentimiento de los demás requeridos, pretendieron imponer sus términos a METRO, TRANSBANK, y UDP; entidades que llamaron a licitación para decidir la contratación de una agencia de publicidad;

Segundo. Que, según la FNE, respecto de METRO y TRANSBANK, las conductas que reprocha a las requeridas son las siguientes: (i) los días 8 y 13 de abril de 2008, TRANSBANK y METRO, respectivamente, habrían convocado a licitación para adquirir servicios de publicidad. Casi la totalidad de las agencias de publicidad convocadas a tales licitaciones habrían aceptado las invitaciones o retirado las bases; (ii) el 15 de abril de 2008, el Directorio de ACHAP se habría reunido y acordado representar a ambos licitantes que el número de convocados era excesivo, lo que les parecía inaceptable; (iii) el 16 de abril, el Presidente de ACHAP habría enviado sendos correos a METRO y TRANSBANK informándoles la necesidad de ajustar las licitaciones a un diseño en dos etapas, donde las agencias a quienes se exigiera presentar campañas completas no fueran más de 3 ó 4, y se compensara a las agencias no adjudicadas;

Tercero. Que específicamente respecto de METRO, la conducta reprochable, en la versión de la Fiscalía, sería la siguiente: (i) el Sr. Clemente González de JWT, actuando a nombre del Presidente del Directorio de ACHAP señor José Manuel Silva

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

(“JOSÉ MANUEL SILVA”), habría enviado también el día 16 de abril un correo electrónico a las agencias convocadas por METRO, instándolas a ser consistentes o “cerrar filas” con la postura de ACHAP; (ii) METRO se habría resistido y el mismo día habría recibido un correo por el que JOSÉ MANUEL SILVA le amenazaba con quedarse sin participantes, pues ACHAP agrupaba más del 90% de la inversión publicitaria; (iii) al día siguiente (17 de abril), con el propósito de asegurar la implementación del acuerdo anticompetitivo, el señor Silva habría enviado un correo con idéntico propósito a todas las agencias ACHAP, solicitando respaldo a la decisión del directorio y “*recomendándoles abstenerse de participar en la licitación en caso de ser convocadas por Metro*”; (iv) ACHAP habría obtenido rápidamente el consentimiento de prácticamente todas las agencias; (v) ese mismo día (17 de abril) JOSÉ MANUEL SILVA habría enviado a METRO un correo, comunicándole que las agencias no participarían en la licitación en los términos en que había sido convocada;

Cuarto. Que en el caso de TRANSBANK, según la FNE habrían sido las agencias convocadas quienes formularon tal advertencia en la reunión de entrega del *brief* celebrada el 17 de abril, mientras que, en el caso de UDP, la agencia JWT le habría advertido que, si invitaba a más de cuatro agencias, ninguna se presentaría a la licitación, lo que fue refrendado por ACHAP el 24 de abril con un correo análogo al que envió a TRANSBANK y METRO;

Quinto. Que la FNE indica que, para asegurar los resultados del acuerdo antes referido, el 21 de abril ACHAP habría comunicado por correo electrónico su posición a un grupo de agencias no pertenecientes a dicha asociación; y el 24 de abril, JOSÉ MANUEL SILVA habría solicitado a los asociados reportar todo nuevo proceso del que tuvieran noticia, para así ejercer las mismas presiones ejercidas en relación a METRO y TRANSBANK, imponiendo las directrices de ACHAP;

Sexto. Que, según la requirente, las requeridas también habrían incurrido en un reparto del mercado pues, en reunión de fecha 24 de abril del mismo año 2008 y sin el consentimiento de los avisadores, habría decidido que en cada una de las licitaciones de METRO y TRANSBANK participarían las cinco agencias definidas en esa reunión, incluida la agencia que entonces mantenía contrato (PROXIMITY en el caso de METRO, y LECHE en el caso de TRANSBANK) y las otras cuatro adicionales entonces definidas (JWT, PROMOPLAN, 180° y EURO en el caso de METRO, y PROLAM, BBDO, 180° y OGILVY, en el de TRANSBANK);

Séptimo. Que, al respecto, la FNE destaca que las restantes agencias convocadas por METRO y TRANSBANK habrían decidido renunciar a competir con las

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

seleccionadas, en la convicción de ser compensadas con el privilegio de enfrentar un menor número de competidores en los procesos venideros;

Octavo. Que como consecuencia de las conductas descritas precedentemente, la FNE afirma que TRANSBANK “*en un intento por salvar su proceso*”, habría accedido a modificar las bases, dividiendo la licitación en dos etapas, conformándose con que se presentaran sólo tres agencias seleccionadas por ACHAP, lo que fue formalizado el día 25 de abril. METRO, por su parte, habría accedido a una ampliación de plazos para presentar ofertas, y denunciado los hechos a la FNE. A su vez, UDP se habría allanado a lo ordenado por ACHAP, haciendo el trámite de presentación de credenciales, luego de lo cual habría seleccionado cinco agencias para presentar ofertas;

Noveno. Que la FNE continúa señalando que la ACHAP habría acordado dejar sin efecto los acuerdos alcanzados en su sesión de 30 de abril, comunicándolo a los avisadores, sólo una vez que tuvo conocimiento de la investigación iniciada en su contra. Una vez cesados de esta forma los acuerdos de ACHAP, y sin perjuicio de los efectos ya producidos, ante METRO se presentaron 9 ofertas (180°, Base 1, BBDO, EURO, JWT, McCann, PROLAM, PROMOPLAN y PROXIMITY), mientras que TRANSBANK recibió tres ofertas (BBDO, LECHE y 180°) y tres Agencias que habían presentado cartas de renuncia intentaron –sin éxito– reingresar a esta última licitación. De todo ello la FNE deduce que: (i) sin los acuerdos, el escenario más conveniente para las agencias era el de seguir participando en las licitaciones; y, (ii) los acuerdos produjeron pérdidas de bienestar que limitaron las alternativas de los clientes;

1.2. Las conductas según las requeridas.

Décimo. Que las requeridas, en general y sin perjuicio de las defensas específicas presentadas por algunas de ellas, señalan en primer término que las conductas que les imputa la Fiscalía deben situarse en un contexto de mercado particular, en el que los avisadores contarían con gran poder de negociación y realizarían prácticas abusivas en perjuicio de las agencias, lo que explicaría la necesidad de ordenar los procesos de licitaciones de servicios publicitarios, especialmente mediante un código de buenas prácticas que ACHAP venía preparando, todo lo cual justificaría su intento de impedir que, en el caso específico de las licitaciones de METRO, TRANSBANK y UDP, que se siguieran cometiendo esos abusos y malas prácticas;

Undécimo. Que, en segundo lugar, las requeridas alegan que las conductas reprochadas no constituyen un ilícito, pues: (i) no habría existido una imposición de condiciones a METRO, TRANSBANK y UDP, sino una recomendación para ordenar sus procesos de licitación, la que en algunos casos fue aceptada y en otros no; (ii) el

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

objeto de los distintos correos electrónicos cursados entre las requeridas no habría sido hacer fracasar licitaciones; y, (iii) no habría habido ni pudo haber reparto de mercado;

Duodécimo. Que agregan en tercer lugar, como argumentos de su defensa, que: (i) en el mercado relevante son los avisadores, y no las agencias, quienes tendrían poder de mercado; (ii) el supuesto acuerdo no sería idóneo para afectar la libre competencia; y, (iii) en los hechos, no habría afectado la libre competencia, toda vez que las tres licitaciones que motivaron el requerimiento finalmente se llevaron a cabo con resultados exitosos;

Decimotercero. Que respecto del primer grupo de argumentos –el contexto de mercado y las malas prácticas de los avisadores- las requeridas hacen hincapié en que las agencias de publicidad son abusadas por los avisadores de manera habitual, pues, entre otras: (i) les exigen en las licitaciones –principalmente de grandes cuentas- la presentación de campañas publicitarias completas o de productos terminados, a medida del avisador, complejos, costosos, sin valor alternativo y listos para ser difundidos, siendo que las licitaciones publicitarias no deberían ser procesos de selección de un producto, sino de una agencia; (ii) las licitaciones no conducen a la celebración de un contrato, toda vez que el avisador no asume la obligación de celebrar un contrato con un objeto, precio y duración definidos, ni otorga exclusividad a la ganadora, y se reserva el derecho de negociar la propuesta económica con la adjudicataria, no comprometiendo montos de inversión publicitaria; y (iii) el avisador se reserva el derecho de modificar o poner término a los contratos resultantes, de manera unilateral;

Decimocuarto. Que otras prácticas de este tipo observadas por las requeridas, consisten en que el avisador: (i) puede siempre declarar desierto el proceso, modificarlo o sujetarse a otras formas de contratación, sin expresión de causa; (ii) modifica las bases durante los procesos de licitación, invitando a nuevas agencias a participar, o adjudicando la licitación a agencias no invitadas; (iii) desconoce la propiedad intelectual de las agencias sobre sus propuestas o ideas, o derechamente se las apropia sin una contraprestación; (iv) establece requisitos arbitrarios para participar, que sólo introducen barreras de entrada (por ejemplo, haber ganado un premio Effie, como ocurrió en el caso de METRO); y, (v) invita a un número desproporcionado de agencias, las que deben presentar campañas completas que involucran enormes costos, sin determinar previamente un perfil, lo que provoca costos excesivos, ineficiencias y reduce la competencia porque inhibe la participación de muchas empresas (especialmente las pequeñas);

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Decimoquinto. Que, según las requeridas, estas prácticas producen ineficiencias que impiden alcanzar los beneficios propios de la competencia, y preocupaban desde hace tiempo a las agencias de publicidad que, por intermedio de ACHAP -en conjunto con la ANDA y con el apoyo de la IAA- estaban desarrollando un Código de Buenas Prácticas y un Reglamento de Licitaciones, siguiendo el modelo de otros países, y en el que se recomienda un esquema de licitación gradual o en dos etapas; la primera para presentar el perfil de la agencia (credenciales) y la segunda para presentar campañas íntegras. En la primera etapa, el licitador invita a todas las agencias que desee, mientras que en la segunda etapa la idea es que se clasifique sólo a tres; y, (iii) establece una compensación para las agencias que no son adjudicadas;

Decimosexto. Que las requeridas afirman que, con ello, se reducen ineficiencias y costos de postulación para las agencias y de selección para los avisadores, y que además se intensifica la competencia entre agencias, toda vez que: (i) las agencias clasificadas están dispuestas a invertir mayor esfuerzo en sus ofertas; (ii) se promueve la participación de agencias pequeñas; y, (iii) se promueve la especialización; todo lo anterior, con el efecto general de reducir las asimetrías en el poder de negociación que impiden la realización de los beneficios propios de una sana competencia;

Decimoséptimo. Que es por estas razones que, según las requeridas, la FNE desconoce las particularidades del mercado de la publicidad antes descritas y confunde competencia con número de competidores. Agregan que lo óptimo en procesos de licitación no es que participen muchos oferentes, sino que participen suficientes, o bien, que participen los más eficientes o adecuados. Desde su punto de vista, la participación de un número excesivo de oferentes es un despilfarro de tiempo y dinero;

Decimoctavo. Que así, y siempre en la versión de las requeridas, la iniciativa de autorregulación consistente en la aprobación y aplicación de un Código de Buenas Prácticas es legítima y pretende perfeccionar –con el consentimiento de los avisadores- el método de selección y contratación de servicios publicitarios, incorporando en el mismo una instancia previa en la que se compita por especialización (credenciales) o en la que se defina un perfil y se establezcan reglas claras para los participantes;

Decimonoveno. Que, según afirman las requeridas, fue precisamente en este contexto de malas prácticas y de búsqueda de solución a las mismas mediante un sistema de autorregulación, que ACHAP tomó conocimiento de las convocatorias de METRO, TRANSBANK y UDP, por lo que consideró adecuado recomendar en dichos

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

procesos que se aplicara el sistema de licitación que estaba siendo propuesto en el borrador del Código de Buenas Prácticas y Reglamento, entonces en preparación;

Vigésimo. Que, al respecto, este Tribunal estima necesario hacer notar que, en lo general, muchas de las requeridas no han desconocido en autos la existencia de las reuniones y correos electrónicos en los que la FNE basa sus acusaciones, y que han centrado su defensa en explicarlos y justificarlos en la forma descrita precedentemente, negándoles todo carácter ilícito. Sin perjuicio de ello, y considerando la multiplicidad de requeridas en esta causa y la existencia de diferencias específicas en el actuar de cada una de ellas, se hace necesario esclarecer en detalle cuáles fueron los hechos concretos acaecidos, quiénes los habrían cometido, cuál fue su aptitud causal para afectar o tender a afectar la libre competencia, y la extensión de los efectos causados en la misma, debiendo realizarse las distinciones del caso respecto de cada una de las tres licitaciones que motivan el requerimiento;

2. Orden a seguir

Vigésimo primero. Que para los fines antes indicados la presente sentencia se hará cargo en primer lugar de la alegación planteada por algunas de las requeridas en cuanto a que el requerimiento formula acusaciones indeterminadas. Una vez despejada dicha alegación, y en caso que sea rechazada, se describirán las características de la industria publicitaria en que se produjeron las conductas imputadas y las prácticas que se observan en la misma. Acto seguido, se revisarán y establecerán los hechos acreditados en el expediente, para posteriormente establecer si los mismos son susceptibles de reproche al tenor del Decreto Ley N° 211. Hecho lo anterior, se determinará la participación de cada una de las requeridas en los mismos, la aptitud causal de tales conductas para afectar la libre competencia, lo que requerirá determinar el mercado relevante y los efectos potenciales y actuales ocasionados en él por esas conductas. Finalmente, se determinarán las medidas o sanciones que sea procedente aplicar;

3. Alegación de indeterminación de la acusación.

Vigésimo segundo. Que según consta a fojas 853 y a fojas 991, respectivamente, las requeridas BBDO y PROXIMITY han señalado respecto del requerimiento de autos que éste adolecería de una grave indeterminación, al faltarle *“un elemento esencial: qué conductas se atribuyen a cada una de las demandadas y cómo esas conductas implicarían participación en los hechos ilícitos que a su vez fundarían la sanción solicitada respecto de las cuarenta y cuatro personas naturales y jurídicas requeridas”*. Indican también que *“la FNE sugiere que todas las personas*

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

requeridas habrían tenido participación en los hechos que se denuncian". Sin embargo, afirman que *"no todas las requeridas fueron invitadas a los procesos de selección convocados por Transbank, Metro y la UDP"*, y que *"no son unas mismas las empresas de publicidad llamadas a participar en las "licitaciones" de Transbank, Metro y la UDP, razón por la cual tampoco es posible estimar idéntica o equivalente la intervención de todas ellas"*. Concluyen señalando que *"(t)ampoco resulta posible atisbar de qué manera, sin grave infracción al principio de ne bis in idem, es posible sancionar a los directores de ACHAP y a la asociación gremial en sí por los hechos que los primeros habrían ejecutado en su calidad de miembros del órgano directivo de la segunda"*. Por estas razones solicitan que el requerimiento sea rechazado de plano;

Vigésimo tercero. Que, al respecto, se rechazarán las alegaciones de indeterminación de la acusación planteadas por PROXIMITY y BBDO, toda vez que, a juicio de este Tribunal, (i) el requerimiento de autos efectúa una relación detallada y específica de los hechos que atribuye a todas y cada una de las requeridas, realizando una descripción suficiente para permitir a este Tribunal conocer de acusaciones respecto de las cuales es posible efectuar un juicio legal de valor; (ii) atendido lo anterior, y tal como se resolvió, además, a fojas 734, ha de entenderse que los hechos en los que se basan las imputaciones de la FNE se atribuyen a todos los requeridos, a excepción de aquellas situaciones en las que se señala como sujeto activo particularmente a unos o varios de ellos, lo que no ha implicado privar a estos últimos de su derecho a la debida defensa durante el transcurso del proceso; y (iii) el tenor del artículo 26, letra c), del D.L. N° 211, es claro en cuanto a que la responsabilidad de las personas naturales que hayan intervenido en un hecho, acto o convención restrictivo de la competencia es distinta de la responsabilidad que por esos mismos hechos sea posible atribuir a la persona jurídica, empresa o entidad en la que participan, siendo en consecuencia posible imponer a una o a otra multas separadas, al punto que la propia norma antes citada establece que *"(l)as multas aplicadas a personas naturales no podrán pagarse por la persona jurídica en la que ejercieron funciones ni por los accionistas o socios de la misma"*, ni *"tampoco podrán ser pagadas por cualquiera otra entidad perteneciente al mismo grupo empresarial en los términos señalados por el artículo 96 de la Ley de Mercado de Valores, ni por los accionistas o socios de éstas"*; cuestión que es sin perjuicio, además, de que en el caso de las multas aplicadas a personas jurídicas *"responderán solidariamente del pago de las mismas sus directores, administradores y aquellas personas que se hayan beneficiado del acto respectivo, siempre que hubieren participado en la realización del mismo"*;

4. La industria publicitaria en Chile y sus prácticas.

4.1. Características de la industria publicitaria en Chile.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Vigésimo cuarto. Que con el objeto de situar las conductas imputadas en su contexto económico, es necesario en primer término dejar establecidas las características y especificidades de la actividad publicitaria en Chile, pues de ella se pueden colegir ciertos elementos que permitirán calificar más adecuadamente los hechos requeridos;

Vigésimo quinto. Que, al respecto, la FNE ha señalado en su requerimiento, en resumen, que en la industria publicitaria chilena participan los siguientes actores: (i) avisadores: son las empresas que practican la comunicación comercial y publicitaria y que requieren proveerse de servicios de publicidad; reunidas en Chile en la Asociación Nacional de Avisadores A.G. (ANDA); (ii) medios: son los medios de comunicación masivos a través de los cuales se realiza la publicidad. Los medios escritos se encuentran agrupados en la Asociación Nacional de Prensa (“ANP”), los medios radiales en la Asociación de Radiodifusores de Chile (“ARCHI”), y los canales de televisión abierta en la Asociación Nacional de Televisión (“ANATEL”); y, (iii) agencias de publicidad: que pueden clasificarse en mediales y creativas, siendo estas últimas las que se relacionan directamente con los avisadores. Las agencias mediales (también conocidas como agencias de medios), que pueden pertenecer a una agencia creativa o no, se encargan de posicionar la campaña en los medios;

Vigésimo sexto. Que, a su vez, las agencias publicitarias creativas –categoría a la que pertenece el grueso de las requeridas- se relacionan según la FNE directamente con los avisadores, existiendo en dicha relación asimetrías de información, ya que lo que se transa son ideas, producto cuya calidad no es previamente conocida por los avisadores. Indica la FNE que, para reducir estas asimetrías, las agencias necesitan señalizar su calidad creando reputación: informan su tamaño y tiempo de permanencia en el mercado, su pertenencia a la ACHAP o la obtención de premios (en particular, los premios *Effie*, organizados en más de 30 países de Europa, Asia, Norte y Sudamérica);

Vigésimo séptimo. Que la FNE también destaca que muchas de las agencias publicitarias suelen pertenecer a un mismo controlador, tienen un socio en común o son filiales de otras agencias, pues de esta forma pueden atender a avisadores que compiten entre sí y cuya información y campañas publicitarias no podrían ser manejadas por una misma agencia sin vulnerar sus estrategias y secretos comerciales y de mercado. De ahí que muchas de las agencias presentes en Chile formen parte de conglomerados internacionales, lo que permite además que cuentas de avisadores multinacionales sean atendidas de manera homogénea en distintos países;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Vigésimo octavo. Que en cuanto a las formas de contratación de publicidad utilizadas en nuestro país, la FNE señala que existen, básicamente, dos modalidades: (i) servicios *spot*, referidos a trabajos o campañas puntuales y la contratación es generalmente directa; y, (ii) contratos a largo plazo (uno o dos años), utilizados para atender una parte importante de las necesidades comunicacionales de los avisadores, destinados al desarrollo de campañas, marcas o imagen corporativa interna y externa; contratación que usualmente se realiza por medio de licitaciones, a fin de reducir las asimetrías indicadas. La Fiscalía destaca que no cualquier agencia participa de este mercado, en que se requiere estabilidad, experiencia y dotación mínima de personal y recursos;

Vigésimo noveno. Que las requeridas, en general, no difieren en su descripción de la industria publicitaria chilena de las características que menciona la Fiscalía. Sin embargo, mencionan y detallan algunas características adicionales que, a juicio de este Tribunal, deben necesariamente considerarse a la hora de estudiar dicha industria, pues determinan en buena medida las prácticas y comportamientos que suceden en su interior;

Trigésimo. Que, así, EURO señala en su contestación al requerimiento que el producto en que descansa esta industria no es homogéneo, pues se basa en la creatividad –la producción de ideas y conceptos- y en la percepción subjetiva del producto publicitario por parte del avisador y de los consumidores. Por otra parte, existe consenso entre las requeridas –tal como consta, por ejemplo, en las contestaciones de ALDEA, A&L, CREART, DDB, ESPINACA, PUERTO, PROTEÍNA, SB, TBWA, WZ, ZEBRA, y también por CIENTOOCHENTA, PROMOPLAN y BBDO- que en esta industria participa un número considerable de agencias de publicidad;

Trigésimo primero. Que, adicionalmente, aparece como no debatido en autos que en esta industria existe un grado importante de rotación entre las distintas agencias publicitarias respecto de las cuentas de los avisadores, de tal forma que la firma de un contrato a largo plazo no suele asegurar su renovación al final de la campaña o del período contratados, y que incluso algunos de éstos terminan anticipadamente. Así, las razones de un avisador para cambiar a la agencia de publicidad creativa pueden ser: (i) mal servicio por parte de la agencia que mantenía la cuenta; (ii) desgaste en el equipo de la agencia o en su enfoque creativo; o, (iii) la evolución de la situación de mercado del avisador, que aconseje en algún momento reducir sus costos y contratar a una agencia de publicidad creativa más económica;

Trigésimo segundo. Que, por otra parte, los avisadores asignan sus cuentas a una nueva agencia por alguna de las formas siguientes: (i) asignación local directa; (ii)

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

asignación internacional; y, (iii) asignación mediante licitación, la que a su vez se subdivide en asignación mediante licitación sin preselección, por un lado, y asignación mediante licitación con procesos de preselección, por otro. A juicio de este Tribunal, se encuentra demostrado que, por lo general, las licitaciones contemplan la producción de una campaña prácticamente completa y la presentación de una oferta económica, y que en muchos casos la licitación es la forma utilizada para asignar cuentas por parte de grandes avisadores. Así se afirma en casi todas las contestaciones de las requeridas y, además, consta en las bases de licitación que rolan a fojas 1947, 3879, 4909 y 5902, en la declaración jurada de fojas 3879, en el informe económico de fojas 4390, y en el testimonio de fojas 7630, entre otros;

4.2. Prácticas observadas en la industria publicitaria en Chile.

Trigésimo tercero. Que en el contexto antes referido y de acuerdo, entres otros, con las testimoniales de fojas 7147, 7181, las bases de licitaciones acompañadas a fojas 1947, 3879, 4909, 4913 y 5975, la carta acompañada a fojas 5738, no contradicha por la FNE, en la industria publicitaria chilena se observan una serie de prácticas que determinan la manera en que se demandan y contratan en general servicios publicitarios creativos;

Trigésimo cuarto. Que, así, es común observar, entre otras prácticas, (i) la convocatoria de un número elevado de agencias para que presenten campañas íntegras y completas en los procesos de licitación, sin remuneración a la agencia que participa en la licitación; (ii) la ausencia de contratos escritos entre avisadores y agencias; (iii) la utilización de las ideas contenidas en las ofertas de las agencias que no resultan adjudicadas; (iv) la modificación unilateral de las condiciones de selección y adjudicación; y, (v) la incertidumbre de la agencia adjudicada, en cuanto a la inversión publicitaria que realizará el avisador durante el tiempo que dure el contrato;

Trigésimo quinto. Que en consideración de dichas prácticas, ACHAP se encontraba, a la fecha de los hechos requeridos en autos, preparando un Código de Buenas Prácticas y Reglamento, cuyo borrador se encontraba bastante avanzado, según consta de las copias de correos electrónicos (no objetadas), cursados entre directivos de ACHAP y agencias entre julio de 2007 y principios de abril de 2008, y que rolan a fojas 3, 4, 5, 42, 122 y 188 de la Carpeta de Documentos N° 12 acompañada a fojas 4605;

Trigésimo sexto. Que de los correos anteriores cabe destacar el de fecha 23 de marzo de 2008, enviado por José Manuel Silva (ACHAP) a Jorge Fuenzalida, Tomás Sánchez (PROLAM), y Andrea Gaete (ACHAP), titulado DOCUMENTO FINAL LICITACIONES, FUNDAMENTO LICITACIONES ACHAP, en donde se dice,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

textualmente, lo siguiente: *”(e)stimado Jorge: adjunto 2 documentos: Documento final licitaciones (...) Fundamento licitaciones: Es un detalle de lo que no puede ir en contrato, pero que me falta como fundamento interno a validar entre socios Achap. Creo que tiene que haber, no sé si es legal o no, un fundamento interno que ordene a las agencias Achap en cómo proceder. Si no lo tenemos, cualquiera tomará su camino, no avisará a Achap cuando no le convenga. En fin, me interesa una reflexión tuya respecto de estos documentos, pues para ir a validarlo y para que lo firmen todas las agencias Achap, debe haber un planteo serio y de largo plazo al que nadie pueda eludir y que no les sea gratis hacerlo. Una vez consensuado estos puntos, podemos tener la reunión ampliada con todos los gerentes”*;

Trigésimo séptimo. Que el borrador de Código de Buenas Prácticas consideraba, en abril de 2008 y tal como consta en copia del mismo acompañada a fojas 64 del cuaderno de documentos reservados exhibidos por la Fiscalía Nacional Económica, en lo relativo a asignaciones de cuentas publicitarias, los siguientes aspectos: (i) que el cliente defina el tipo de agencia que requiere, para así convocar a las más idóneas a presentar credenciales, considerando un máximo de 6 agencias; (ii) luego, la presentación de credenciales, donde la agencia presenta su estructura, filosofía, experiencia, resultados, solvencia, creatividad y todos aquellos elementos que permitan al cliente conocerlos a fondo y seleccionarlos; (iii) si el cliente estima necesaria la presentación de propuestas creativas o estratégicas, puede invitar a un máximo de tres agencias, más la actual, a participar de una licitación, debiendo el cliente remunerar a las agencias concursantes por el esfuerzo, costos y tiempo invertidos;

5. Los hechos acreditados en el proceso.

Trigésimo octavo. Que así descrito el contexto de la industria publicitaria en Chile y sus prácticas, es preciso a continuación entrar en el análisis de las conductas imputadas en el requerimiento de la FNE, a fin de discernir si, conforme a la evidencia de autos, la materialidad de los hechos que las constituyen se encuentra o no probada;

Trigésimo noveno. Que de la lectura del requerimiento y de sus contestaciones, en cuanto a las conductas mismas lo que debe acreditarse –tal como lo indican las resoluciones de fojas 4278 y 4318, que fijan los hechos substanciales, pertinentes y controvertidos- es la *“existencia de un acuerdo relativo a la participación de agencias de publicidad en los procesos de selección convocados por Transbank S.A., Metro S.A. y Universidad Diego Portales”*, así como el objeto, el efecto y las *“características de dicho acuerdo y personas que habrían intervenido en él”*, debiendo acreditarse a tal fin los *“hechos y circunstancias que lo justificarían”*;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Cuadragésimo. Que, entonces, se analizará a continuación la prueba existente en su respecto, en el orden cronológico de su ocurrencia. En lo que respecta a la correspondencia, se transcribirán aquellos correos electrónicos pertinentes, conforme al texto de los mismos extraído de los documentos acompañados por la FNE a fojas 4605 y agregados en cuadernos separados de carácter reservado, que están numerados del 12 al 16, en adelante, simplemente “C”;

5.1. Las licitaciones.

Cuadragésimo primero. Que según consta de las bases de licitación correspondientes (acompañadas a fojas 1947, 4849 y 4909, respectivamente) entre marzo y abril de 2008, METRO, TRANSBANK y UDP llamaron a licitación para proveerse de servicios de publicidad. TRANSBANK convocó a ocho agencias y METRO a trece, utilizando esta última como criterio de selección de agencias participantes, el hecho de haber ganado un premio *Effie* durante los dos años previos a la licitación;

Cuadragésimo segundo. Que tal como consta de los documentos acompañados a fojas 4849, entre el 9 y el 14 de abril de 2008, todas las agencias de publicidad invitadas a la licitación de TRANSBANK -LECHE, McCann, 180°, PROLAM, BBDO, OGILVY, JWT y LOWE PORTA- enviaron cartas de aceptación y un contrato de confidencialidad firmado. Por su parte, el 16 de abril de 2008, todas las agencias convocadas por METRO retiraron las bases de la licitación: 180°, Base 1, BBDO, D&U, EURO, JWT, LECHE, LOWE PORTA, McCann, PROLAM, PROMOPLAN, PROXIMITY y WUNDERMAN. Del mismo modo, las convocadas por UDP respondieron al llamado mediante cartas acompañadas a fojas 4909;

Cuadragésimo tercero. Que, por otra parte, cabe establecer que algunas de las agencias convocadas decidieron no participar en la respectiva licitación, informándolo así por correo electrónico. Así consta del correo enviado el día 11 de abril de 2008 por Ramón Salinas, de LECHE, a Macarena Jordán, de METRO, que rola a fojas 198 del C N° 12, en donde le expresa que *“(q)uisiera partir por agradecerles la invitación a participar de la licitación, la verdad es que nos parece un proyecto sumamente interesante, sin embargo, hoy el tema del timing hace que desgraciadamente tengamos que desistir de participar. Nos parece irresponsable de nuestra parte comprometernos a entregar una propuesta seria y completa en el timing que ustedes necesitan. En marzo estamos con una serie de campañas muy grandes junto con un par de licitaciones en curso, lo que hace imposible cumplir. Nos hubiera encantado que la licitación se hubiera llevado a cabo en otro mes, pero en vista de las circunstancias,*

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

no nos queda más que agradecerles y quedar a su completa disposición para cualquier requerimiento que tengan en el futuro (...)”;

5.2. La decisión de ACHAP, su comunicación y reacciones.

5.2.1. Día 15 de abril de 2008.

Cuadragésimo cuarto. Que con fecha 15 de abril de 2008 se reunió el directorio de ACHAP, bajo la presidencia del Sr. José Manuel Silva Silva, y con la asistencia de los directores señores Samuel Benavente Meza, Cristián Frederick Aldunate, Cristián Lehuedé Bromley, Agathe Porte Lemoine, Sergio Rosenbaum O'Brien, Tomás Sánchez Arriagada e Ignacio Unzueta Döll. Asistió asimismo, como nuevo director, el Sr. Eduardo Fernandez; quien no figura entre los requeridos. En dicha sesión, se acordó lo siguiente: *“Licitaciones: Ante la situación de dos llamados a licitaciones de empresas importantes del país, Metro y Redbank, donde la cantidad de agencias invitadas supera una cantidad aceptable, 13 y 8 respectivamente, El Directorio tomó el acuerdo de enviar a estas empresas una nota donde se les solicita revisar la forma de cómo acotar la cantidad de agencias convocadas. Este acuerdo del Directorio deberá ser ratificado por el resto de las agencias asociadas”* (punto 9.1 del Acta de Reunión, rolante a fojas 946);

5.2.2. Día 16 de abril de 2008.

Cuadragésimo quinto. Que la decisión de ACHAP fue comunicada a los avisadores en la mañana del día siguiente, 16 de abril, mediante cartas adjuntas a correos electrónicos dirigido a METRO y TRANSBANK, acompañadas en autos a fojas 1, firmadas por José Manuel Silva, Presidente de ACHAP, en los siguientes términos: *“(h)emos tomado conocimiento que [METRO/TRANSBANK] ha iniciado un proceso de licitación para seleccionar agencia de publicidad. Al respecto, quiero hacerte presente, a nombre de la Asociación Chilena de Agencias de Publicidad, Achap, algunos principios fundamentales que serán de ayuda al proceso en curso y que han sido acordados por el Directorio de esta Asociación con el propósito de ayudar a los clientes a ordenar las licitaciones y a reconocer el esfuerzo profesional y económico de las agencias participantes en ellas.- 1. Achap cree firmemente en la libre competencia y por esta razón defiende y promueve las licitaciones como un modelo eficiente de desarrollo de la industria.- 2. Achap entiende que las agencias de publicidad deben incurrir en elevados montos para entregar el producto final en las licitaciones: análisis de mercado, ideas y estrategias de marketing y comunicación, etc.; además del tiempo destinado de sus mejores talentos profesionales trabajando al servicio de su potencial cliente. Sin embargo, en la medida que exista una cantidad creciente de agencias*

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

participantes, al ser estadísticamente menor la posibilidad de éxito, se corre el riesgo de que éstas no siempre dispongan de sus mejores recursos para enfrentar el desafío. Por este motivo el establecer una cantidad limitada de agencias participantes y retribuir los costos involucrados va en directo beneficio de los clientes.- 3. Achap recomienda que la asignación de una agencia de publicidad debiera encauzarse primeramente a través de la presentación de credenciales de aquellas agencias a quienes el anunciante desea conocer a los fines de su eventual asignación. La experiencia ha demostrado que el cliente debiera previamente definir el perfil de la agencia que desea contratar, por lo que resulta razonable la convocatoria de una cantidad adecuada de agencias para presentación de credenciales, siendo el paso siguiente las tres que disputarán la licitación en su etapa final. Sugerimos tener claridad de cual es realmente el objetivo que persigue con la nueva agencia a fin de convocar a aquellas más idóneas.- Estoy disponible para aclarar cualquier duda.- Te saluda atentamente, José Manuel Silva.-Presidente Ejecutivo". Como antecedente de este mail rola otro de algunos minutos antes (a fojas 300, C 12), en el que Clemente González (JWT) le informa a JOSÉ MANUEL SILVA, de ACHAP, que *"(e)stas son las agencias invitadas a la licitación de Metro de Santiago: 1. Promoplan 2. Prolam 3. 180° 4. BBDO 5. McCann 6. Proximity 7. Base 1 8. Dittborn 9. Euro 10. Leche 11. Porta 12. JWT También hay abierto un proceso para licitar la cuenta de RedBanc (Transbank) a la cual tengo entendido que hemos sido invitadas varias agencias. mañana a las 9AM hay una reunión en CasaPiedra para entregar el Brief";*

Cuadragésimo sexto. Que inmediatamente a continuación se enviaron los siguientes correos: (i) *"Andrea, Acabo de hablar con José Manuel y la idea sería mandar a este cliente la misma carta que se envió a Metro. Luis Fernando Allende en BBDO tiene el nombre del contacto"* (Cristián Lehuedé, de BBDO, a Andrea Gaete, de ACHAP, según fojas 288, C 12); y, (ii) la respuesta de Andrea Gaete: *"ok, ya tengo el nombre y envié la carta a Viviana el contacto de Transbank. Atte, Agaete."* (fojas 288, C 12); y la recomendación de esta última a JOSÉ MANUEL SILVA de *"urgente, llamar a Álvaro Caballero de Metro.- Álvaro Caballero 9/318 9718, Metro, llamar urgente!!!"* (fojas 295, C 12);

Cuadragésimo séptimo. Que el mismo día 16 de abril de 2008 y según consta a fojas 229, 242 y 296 del C 12, Andrea Gaete, de ACHAP, envía a las 14:06 horas un correo electrónico –que aparece firmado por el presidente de ACHAP, José Manuel Silva-, dirigido a Jaime Solís (PROMOPLAN), Tomás Sánchez (PROLAM), José Gabriel Aldea (180°), Cristián Lehuedé (BBDO), Pablo Walker (McCann), Agathe Porte (PROXIMITY), Ignacio Unzueta (D&U), César Amaro (EURO), Ramón Salinas (LECHE), Rodrigo Fontaine (LOWE PORTA), y Clemente González (JWT), titulado

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

“Licitación Metro”, en que se informa lo siguiente: *“(e)stimados: Les informo que acabo de conversar con Álvaro Caballero, Gerente de Metro, quien recibió la carta que le envié temprano a Héctor Orellana, el designado para coordinar el proceso de licitación. Entendió perfectamente el punto de vista de Achap y que tras nuestro planteamiento hay un beneficio directo para él como cliente. La verdad me sorprendió su actitud positiva. Quedó de conversarlo con sus jefes para definir como seguirá el proceso. En caso que siga nuestro planteamiento habremos logrado un buen avance en nuestra idea. En caso contrario, que el cliente decida continuar el proceso, estimo conveniente que conversemos antes de contestar.”;*

Cuadragésimo octavo. Que ese mismo día 16 de abril y tal como consta a fojas 229 y 240 del C 12, Clemente González (de JWT), envía el siguiente mail a Ignacio Unzueta (D&U), Cristián Lehuedé (BBDO), César Amaro (EURO), José Gabriel Aldea (180°), Jaime Solís (PROMOPLAN), Pablo Walker (McCann), Agathe Porte (PROXIMITY), Rodrigo Fontaine (LOWE PORTA), Ramón Salinas (LECHE), Andrea Gaete (ACHAP) y Tomás Sánchez (PROLAM): *“Re: Licitación Metro.- Arturo Orellana, encargado de la licitación por parte del Metro, me llamó para chequear si nosotros íbamos, le señale que nosotros seguiríamos lo que ACHAP determinara finalmente. Sugiero que todos tengamos la misma respuesta para mostrar claramente nuestra posición”.* Menos de una hora después (a las 16:07), el mismo remitente envía el siguiente correo a los destinatarios antes señalados: *“(e)stimados Amigos y colegas: Ampliando el mail enviado anteriormente, me pidió José Manuel Silva (...) que me comunicara rápidamente con ustedes y les comentara que la gente del Metro los estará llamando para saber si van o no a la licitación, dado el mail enviado por Achap a ellos esta mañana. La idea es que seamos consistentes con la postura de Achap, que entiendo nos representa a todos, y que señalemos que nos someteremos a lo que nuestra Asociación finalmente indique al respecto. Creo que es una excelente oportunidad, para empezar a marcar cual es el proceso que los asociados de Achap estamos dispuestos a llevar adelante en el caso de las licitaciones. La carta enviada por Achap, es el punto de partida para todos aquellos procesos de licitación en la cual se llaman a una gran cantidad de agencias a presentar sus trabajos, explica muy bien la conveniencia para el Cliente y también para las Agencias. Lo importante será entonces que todos procedamos en consecuencia”;* tal como consta a fojas 228 y 244 C 12.

Cuadragésimo noveno. Que en reacción a los correos de ACHAP y de JWT indicados precedentemente, varias de las agencias destinatarias de los mismos respondieron, en los términos siguientes, durante la tarde del mismo día 16 de abril de 2008; (i) *“Lowe Porta seguirá la postura expuesta por Achap. Un abrazo, Rodrigo*

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Fontaine” (fojas 232, C 12); (ii) “*Proximity también, a pesar de ser el Metro cliente nuestro (Hartos cojones tiene la francesa...)*” [sic] (Agathe Porte, de PROXIMITY, a fojas 228, C 12); (iii) “*(e)stimados todos Agradeciendo el gesto y como ella misma señala me parece que como política de ACHAP se deberá excluir de este acuerdo a aquellas agencias que "defienden" la cuenta. Lo contrario, las deja a ellas en una posición muy incómoda con sus clientes*” (Tomás Sánchez, de PROLAM, a fojas 228, C 12), a lo que la propia Agathe Porte responde: “*Re: Licitación Metro. Gracias Tomás. En todo caso, siento que vale mil veces más mi solidaridad e unión con mis pares que una cuenta.*” (a fojas 70, C 13); (iv) “*(n)osotros también seguiremos lo que Achap señale. Es una oportunidad única de llevar a la práctica lo que siempre hemos conversado*” (Clemente González, de JWT, a fojas 231, C 12); (v) “*Promoplan también seguirá la postura ACHAP, Saludos, Jaime Solís*” (fojas 231, C 12); (vi) “*Nosotros también*” (Tomás Sánchez, de PROLAM, a fojas 231, C 12); (vii) “*(m)e parece super buena esta iniciativa de Achap. Creo que deberíamos promoverla como una política para todas las licitaciones, tanto públicas como privadas. Las licitaciones al voleo son malas para el Avisador (muchas agencias no participan y otras van a medias) y malas para las agencias (costo y tiempo). Felicitaciones!!*” (Pablo Walker, de McCann, a fojas 299, C 12); (viii) “*José Manuel: Independiente del resultado final, me parece excelente la iniciativa que estás liderando. Un abrazo.*” (César Amaro, de EURO, a fojas 360, C 12); y, (ix) “*(e)sta es nuestra primera, pequeña, contribución como Achap orientada a mejorar las condiciones de las licitaciones, en el documento está la carta que se le mandó al Metro por la licitación y abajo lo que fue su primera respuesta telefónica. Me parece un buen paso, el objetivo es llegar a que se nos pague (gastos) por participar. Iu.*” (Ignacio Unzueta, de D&U, a fojas 13 de la Carpeta de Documentos N° 1, en adelante “C 1”);

Quincuagésimo. Que, paralelamente, Andrea Gaete, de ACHAP, envió un segundo mail en la tarde del día 16 de abril (16:21 horas), que también aparece firmado por José Manuel Silva, en el que se lee lo siguiente (fojas 235, 239 y 289 del C 12): “*(e)stimados amigos. Adjunto copia del mail enviado a Sra. Viviana Frola, Subgerente de Publicidad de Transbank, en el cual fijamos la posición de achap respecto a las licitaciones y cuál es el proceso que debieran seguir. Entiendo que mañana es la presentación de brief por lo que seguramente este mail va a ser comentado, en caso que el cliente decida aceptar la recomendación Achap. el proceso se reiniciará de la forma sugerida. En caso contrario recomendamos no tomar ninguna decisión y resolver el tema entre nosotros. Si bien yo estaré fuera del país esta semana, el lunes 21 de abril estaré de vuelta en la oficina, mientras estaré conectado vía e-mail José Manuel Silvailva@achap.cl*”. A este mail responde Agathe Porte, de PROXIMITY (fojas 235, C 12), señalando: “*(b)ien José Manuel! No me cabe duda que esta postura es uno*

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

de los numerosos caminos que tenemos que tomar y que nos harán ser más respetados, y por lo tanto, más valorados por los avisadores. Agathe.”. Sigue a estos correos uno de Cristián Frederick (TBWA), en el que expresa que “(m)e sumo a las palabras de Agathe. Creo que estas acciones también nos van a dignificar al interior de las mismas agencias. Es difícil tener cojones en un mercado que se mueve por la fuerza del dinero. Felicitaciones José Manuel.” (fojas 255, C 12);

Quincuagésimo primero. Que consta en autos la reacción de METRO a lo informado por ACHAP en relación con la licitación, produciéndose el día 16 de abril el siguiente intercambio de correos electrónicos entre Clemente Pérez, presidente del METRO, y JOSÉ MANUEL SILVA: (i) “(e)stimado José Manuel: Como Metro de Santiago hemos hecho enormes esfuerzos para realizar procesos de contratación lo más abiertos y competitivos posibles. En ese contexto se encuentra el proceso de licitación de la nueva agencia de publicidad que estamos desarrollando. Hemos recibido tus recomendaciones, las que valoramos. Sin embargo, el proceso ya se encuentra bastante avanzado, por lo que vamos a seguir adelante con él. Por cierto, si alguna empresa se resta de participar, cosa que hemos estimado como probable por las mismas razones que tú señalas en tu correo, eso va a aumentar las posibilidades de triunfo de quienes dediquen mayores recursos y creatividad a la propuesta. Entendemos el esfuerzo de presentarse a una propuesta. Lo vivimos día a día con las empresas de ingeniería y construcción y proveedores de otros productos que habitualmente contratamos. Las presentaciones de las propuestas constituyen, a nuestro juicio, una clara demostración de cada una de las empresas, en los distintos rubros que he señalado, de su interés por ganarse cada nuevo cliente, cada nuevo contrato. Por eso, vamos a seguir adelante con nuestro proceso. En caso que sean muchas las empresas que se resten de participar, vamos a hacer un nuevo llamado, entre empresas que no hayan sido invitadas en este primer proceso. Sólo con las empresas que nos han llamado reclamando porque no las invitamos tendríamos un buen listado de “empresas de publicidad emergentes” (Clemente Pérez a JOSÉ MANUEL SILVA, a fojas 271, C 12); y (ii) “(h)ola Clemente: He tomado conocimiento de tu mail. Es interés de este Directorio ordenar las licitaciones, de modo que sean procesos que sirvan efectivamente a los clientes. Entiendo lo avanzado en este caso, pero, no tengo ninguna duda que bien vale la pena pasar primero por la presentación de credenciales, sobre todo si estamos hablando de elegir a la empresa que les acompañará durante los próximos 2 años en la gestión comunicacional de la marca. Las agencias Achap están estableciendo en estándar donde se reconozca su trabajo y aporte a las marcas de manera seria, y claramente el que hayan demasiados participantes desarrollando todo su talento, aporte estratégico, creatividad, no va en la dirección de respeto que se merece nuestra industria. No hay ninguna actitud negativa

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

contra Metro en particular. Lo que hay es un acuerdo de Directorio que la próxima semana será parte del Código de Buenas Prácticas de las agencias asociadas a Achap, institución gremial que agrupa más del 90% de la inversión total del país, incluidas varias de las emergentes. Valoro tu disposición a repetir el proceso en caso que sean muchas las agencias que se resten del proceso. Obviamente siempre habrán agencias dispuestas a cualquier riesgo, al igual que en otras industrias. Metro es una cuenta compleja y el estándar de requerimientos es alto, lo sé por experiencia propia, por lo que no da lo mismo cualquiera. Una decisión apresurada hoy tendrá consecuencias inevitables mañana. Las agencias asociadas están por la libre competencia dentro de un marco razonable de sanas prácticas, y no tengo dudas que una compañía del nivel de Metro compartirá, y que sabrá comprender las especificidades propias de la publicidad. Nos parece que el proceso actual ha sido transparente y no hay ninguna sombra de duda al respecto, sólo que el exceso de participantes es una decisión que cuestionamos. La próxima semana quisiera nos podamos reunir para entregarte mis argumentos personalmente. Te saluda atentamente, José Manuel Silva S., Presidente Ejecutivo.” (JOSÉ MANUEL SILVA a Clemente Pérez, a fojas 264, C 12);

5.2.3. Día 17 de abril de 2008.

Quincuagésimo segundo. Que este intercambio se cierra al día siguiente, 17 de abril, cuando Clemente Pérez (METRO) responde a José Manuel Silva, en los términos siguientes: *“(e)stimado José Manuel: No nos estamos entendiendo. Invitamos a un grupo amplio de empresas premiadas a participar. Pero es una invitación, ninguna de ellas está obligada a participar. El proceso es serio y competitivo. Cuando necesitemos asesoría en licitaciones abiertas, de verdad te voy a llamar. Aun no lo he hecho. Alea iacta est, saludos, CP.”* (fojas 9, C 13);

Quincuagésimo tercero. Que el mismo 17 de abril de 2008, temprano en la mañana (08:29 y 08:30, respectivamente), Andrea Gaete, de ACHAP, envía dos correos electrónicos con la firma de José Manuel Silva: el primero a las agencias asociadas de ACHAP y el segundo únicamente a los miembros del directorio, en los siguientes términos: (i) *“Fwd: Licitación de Metro.- Estimados amigos: Estamos viviendo un momento crucial en la historia de Achap. Como saben, una de las prioridades del Directorio es ordenar los procesos de licitaciones. Para este efecto hemos elaborado tres documentos que contienen los fundamentos, un reglamento de licitaciones y un código de buenas prácticas, los cuales se les enviarán en forma separada a este mail. Es tan relevante el tema que la próxima semana se les solicitará su firma para ratificación y compromiso explícito de cada agencia asociada a Achap. Mientras tanto estamos en medio de una situación que requiere de su máxima atención y que paso a*

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

explicar. Metro invitó a 13 agencias a una licitación de su cuenta debiendo presentar estrategia y creatividad. Como a nivel de Directorio y en reuniones de gerentes hemos planteado que no estamos de acuerdo con botar recursos y entregar nuestro trabajo gratis, se le envió una carta planteando nuestra posición (carta adjunta). Metro contestó ayer a través de su Presidente Clemente Pérez. Se les adjunta copia de este mail y mi respuesta. El propósito de Metro, tal como dice la carta, es insistir en su posición para lo cual llamarán a más agencias. Sin embargo está dispuesto a rehacer el proceso si le va mal con otras agencias y no tiene un quorum mínimo. Señores, todas las agencias Achap invitadas por Metro me han contestado que están de acuerdo con la posición de esta asociación y que respaldarán su decisión Sólo me falta 180° que formalice su apoyo. El punto es que requerimos el apoyo explícito de todas las agencias asociadas a Achap, cualquiera sea su tamaño, pues es el momento para demostrar nuestra cohesión en cuanto a concordar principios básicos como son la valorización y respeto de nuestra actividad. Les solicito, en consecuencia, su respaldo a la decisión del Directorio, recomendándoles abstenerse de participar en la licitación en caso de ser convocados por Metro. Les saluda atentamente, José Manuel Silva.” (fojas 351, C 12); y, (ii) “(e)stimados Directores: Anoche hablé con Alvaro Caballero de Metro al final del día sobre el mail de Clemente Pérez. Estamos en el momento clave de ver quién es quién en Achap. Estimé necesario enviar el intercambio de mails con Clemente Perez para que los asociados sepan de que estamos hablando y no sean sorprendidos aceptando participar. Como ven en el mail, Metro está dispuesto a partir de cero el proceso en tanto no haya agencias participantes. Alvaro Caballero tiene claro que no cualquiera agencia le sirve, no cualquier emergente como dice Clemente Pérez. Siento que estamos cerca de poder ganar esta batalla. Ahora nos falta solamente el apoyo del resto de las agencias Achap y habremos logrado dar un paso fundamental. Esta situación nos gatilla el tener que acelerar la ratificación de todo los asociados del reglamento de licitaciones y código de buenas prácticas, documentos que se enviarán mañana para no confundir. Para nuestras aspiraciones es clave que nuestra postura tal como le dije a Alvaro y Clemente: este es un tema que la próxima semana será ley de la república, por lo que no es nada personal. Si Uds. son consultados por otras agencias, les solicito su apoyo en cuanto a la necesidad de no transar ante Metro. Atentamente, José Manuel Silva.” (fojas 8, C 13)

Quincuagésimo cuarto. Que el primero de los dos correos electrónicos mencionados precedentemente es respondido ese día y en los inmediatamente siguientes, de la forma que a continuación se indica: (i) “Re: Fwd: Licitación de Metro. Respaldamos totalmente el acuerdo ACHAP. Atte, César” (fs. 26, C 13); (ii) “Re: Licitación de Metro .- Estimado José Manuel: Azócar& Luco está de acuerdo con el planteamiento en

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

términos generales. Consideramos que es el primer paso en un proceso de mejora y de valorización, por lo que debemos apoyarlo y respetarlo. Slds, aa.” (Álvaro Azócar, de Azócar& Luco, a fojas 34, C 13); (iii) “Re: Licitación de Metro. ESTIMADAS(OS): 180 GRADOS APOYA LA POSICION DE ACHAP EN CUANTO A REGULAR COMO INDUSTRIA LOS PROCESOS DE LICITACION EXIGIENDO UN PROCESO DE PRESELECCION PREVIO, SI BIEN NO NECESARIAMENTE COMPARTIMOS QUE DEBAMOS FIJAR EL NUMERO FINAL DE PROPONENTES. AL METRO LE MANIFESTAMOS: 1. LA NECESIDAD DE PRESELECCIONAR. 2. LA NECESIDAD DE CONTACTAR A ACHAP PARA LOGRAR UN ACUERDO EN ESTE PROCESO. MAS ALLA DE ELLO, 180 GRADOS RESPETARA Y SUSCRIBIRA LA POSIION FINAL DE ACHAP. Saludos cordiales, José Gabriel Aldea, Presidente Ejecutivo 180° S.A.” (fojas 39, C 13); (iv) “Re: Fwd: Licitación de Metro. Estimado José Manuel: Nosotros estamos de acuerdo con lo planteado, espero que seamos el 100% de los asociados los que asumimos la misma posición.” (Sergio Pineda, de OGILVY, fs. 42, C 13); (v) “Re: Licitación de Metro. Jose Manuel, Aunque no fuimos convocados a la licitación del metro respaldamos la posición de Achap. Alejandro Larenas.” (de ZEBRA, fs. 47, C 13); (vi) “Re: Licitación de Metro. Estimado José Manuel, DDB está de acuerdo con el procedimiento emprendido por Achap en cuanto a la licitación de Metro. Eduardo Fernández, Presidente/CEO DDB Chile” (fojas 51, C 13), al que sigue un correo de Álvaro Gómez e Ignacio del Solar (de PUERTO, a fojas 51, C 13) en el que indican que “Re: Licitación de Metro. Estimado Jose Manuel Puerto apoya tu gestión y no iremos a la licitación del Metro.”; (vii) “Re: Licitación de Metro. McCann está de acuerdo con el planteamiento de Achap. Creo que esta iniciativa debe tomarse en serio. Para refrescar la memoria de muchos en una licitación previa del Metro sucedió exactamente lo mismo. Muchas Agencia nos restamos por las mismas razones pero otras se subieron al proceso y para efectos de los anunciantes “aquí no pasó nada”. Sin perjuicio de que estamos en un mercado libre y cada cual hace lo que estime conveniente, creo que en este caso debería servir para avanzar hacia un proceso de licitaciones que sea más transparente y de mayor beneficio para las agencias y para los avisadores. Ojalá nos sumemos a consensuar un código y ojalá lo respetemos. Un abrazo.” (Pablo Walker, de McCann, a fojas 58, C 13); (viii) “Re: Licitación de Metro. ESPINACA TAMBIÉN SE ADHIERE. Es un tema a conversar entre todos los asociados. Saludos cordiales.” (Paulina Deichler, fojas 65, C 13); (ix) “Re: Licitación de Metro (#34) Estimado José Manuel: Respaldamos totalmente la postura de Achap. Quedamos atentos y vuestra disposición. Saludos cordiales, Juan Francisco Carrasco, Gerente General Unitas.” (fojas 75, C 13); (x) “Re: Licitación de Metro. Estimado José Manuel: Respaldamos totalmente la posición de Achap. ¡No nos moverán! Fernando Figueroa.” (PUBLICIS UNITROS, fojas 79, C 13); (xi) “Re: Licitación de Metro. Jose

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Manuel, Apoyamos y felicitamos la iniciativa de defender el valor de nuestros servicios. Alberto Valdes, Sepia.” (fojas 83, C 17); (xii) “*Re: Licitación de Metro. Estimados Miembros de Achap, Leo Burnett Chile respalda la decisión de Achap y no participara en la licitación de Metro. No nos han invitado pero si por la cantidad de bajas que habrá lo hicieran, tampoco participaremos y les enviare si sucede copia de la invitación y nuestra respuesta de NO Participación.*” (Eduardo Botto, fojas 84, C 13); (xiii) “*Re: Licitación de Metro. En Grey apoyamos la posición de ACHAP en relación a este tema.*” (Santiago Puiggari, a fojas 85, C 13); (xiv) “*Por fin. Súper bien. Daniel Walker.*” (de WZ, a fojas 90, C 13); (xv) “*Re: Licitación de Metro. Jose Manuel, 100% de apoyo a achap en un asunto que no resiste un minuto más. En cualquier profesión primero pagas después recibes el trabajo hecho, Nunca antes. 100% de apoyo y es emocionante leer la serie de voces que se suman en apoyo a esta decisión. saludos desde usa.*” (Sergio Rosenbaum, de RPP, fojas 98, C 13); (xvi) “*Re: Fwd: Licitación de Metro. José Manuel, Estoy en EEUU y hasta mi partida no habíamos sido invitados. En Energía compartimos y apoyamos la valiosa y necesaria iniciativa de Achap, para este y futuros casos. Saludos, Claudio Santis.*” (ENERGÍA, fojas 33, C 14); (xvii) “*RE: Licitación Metro. José Manuel: Creart está totalmente de acuerdo con la Achap y la apoya 100%. Saludos, Eduardo Íñiguez.*” (a fojas 35, C 14); (xviii) “*Re: Licitación de Metro. José Manuel y Andrea, RNL/VMONTT está absolutamente de acuerdo y alineado con esta postura. Es fundamental que se tomen cartas en el asunto. A nadie le gusta regalar su trabajo y perder recursos. ATTE, Claudio Abé M.*” (a fojas 48, C 14); (xix) “*Re: Licitación de Metro. Estimados: Nos suscribimos a los acuerdos y alineamientos que defina Achap. Atte. Carlos Porter, Director, TANGO+BTL.*” (fojas 39, C 13); (xx) “*Re: Licitación de Metro. Respaldamos a la Achap*” (Pierpaolo De Bianchi, de DRAFTFCB+IDB, a fojas 47, C 13); (xxi) “*Re: Licitación Metro. BBDO de todas maneras se suma. Cristián Lehuedé B., Presidente Ejecutivo, BBDO Chile.*” (fojas 54, C 13); y, (xxii) “*Re: Licitación Metro. Nosotros también nos sumamos. Saludos, Ramón Salinas E.*” (de LECHE, a fojas 54, C 13);

Quincuagésimo quinto. Que los directores de ACHAP, por su parte, responden ese mismo día 17 de abril el correo electrónico de Andrea Gaete (José Miguel Silva) diciendo lo siguiente: (i) “*Re: Licitación Metro. Ok, pero respecto del metro hay que avisarles que nos bajamos?*” (Tomás Sánchez, de PROLAM, fojas 16, C 13), correo al que responde José Manuel Silva indicando que “*(m)i idea es decirle que se bajaron todas las convocadas y todas la Achap no convocadas. Por eso envíen una nota al resto de las agencias contándoles la situación para comprometerlos con la causa y no se dejen sorprender.*” (a fojas 17, C 13); (ii) “*Re: Licitación Metro. Amigos, tal como lo ideamos y aprobamos en el plan que trazamos al inicio de este directorio, tomaríamos una postura más dura, sólida y clara con respecto todas las materias que incumben a*

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

las Agencias, con tal de protegerlas. Ya lo hicimos con Tomás en otra licitación y ahora en forma más amplia, estamos tomando una postura similar con el Metro. Esto prueba que juntos tenemos fuerza y podemos lograr que los clientes cambien su proceder, lo que a la postre y luego de varias batallas, nos dará valor. José, sin embargo, en tu carta señalar que hoy enviaremos el "Código de buenas prácticas de la Industria Publicitaria" con sus respectivos documentos asociados como el de las licitaciones, lo que de ninguna manera es posible hacer, pues no está listo todavía y aun quedan detalles que estamos terminando con el apoyo de la IAA. Es más, ya habíamos conversado de esto previamente, definiendo cuando y como lo entregaríamos, lo que fue acordado en el directorio de dos sesiones atrás, y luego planificado detalladamente por mail. Yo entiendo claramente, lo apremiante de la situación, pero no por ello debemos alterar sin nuevos acuerdos de directorio, los planes definidos en pleno. Para el caso del Metro o de otra licitación, que se efectúe antes de la junta general anual de Achap, las cartas que se estén escribiendo me parecen perfectas, pero si es necesario poner algún acuerdo por escrito, sugiero preparar un mail que sintetice en forma muy simple el acuerdo que se esté efectuando." (Samuel Benavente, fojas 30, C 13); (iii) "Re: Licitación Metro y código de buenas prácticas. Estimados amigos, lo que esta pasando es excelente para la publicidad chilena, incluso si el código de buenas prácticas demorara un poco (2 semanas mas????). Vamos echando la carne a la parrilla de a poco. Así construimos una serie secuenciada de incidentes positivos que repongan una lógica elemental de negocios para la publicidad." (Sergio Rosenbaum, de RPP, a fojas 30, C 13); y, (iv) "RE: Licitación Metro. Estamos absolutamente alienados (sic) en esta parada. Ignacio Unzueta." (de D&U, a fojas 57, C 13);

Quincuagésimo sexto. Que también respecto de la licitación de METRO se intercambiaron los siguientes correos electrónicos, entre JOSÉ MANUEL SILVA y el director de ACHAP Tomás Sánchez (de la agencia PROLAM): (i) "Jose Manuel, En definitiva que hacemos con el metro?" (fojas 166, C 13); (ii) a lo que JOSÉ MANUEL SILVA responde que "(h)ay hasta ahora 22 agencias que han respaldado la posición Achap. Pensaba llamar a Alvaro Caballero para sugerirle una salida digna. Que ellos repitan el proceso con las mismas agencias. La otra alternativa es mandarles una carta oficial diciendo que las agencias Achap no participaran en las actuales condiciones. Que opinas?" (fojas 166, C 13); y (iii) respuesta de JOSÉ MANUEL SILVA: "(s)i el metro no toma una iniciativa pronto, hoy o mañana, cada agencia debiera mandar una carta bajándose del proceso." (fojas 166, C 13);

Quincuagésimo séptimo. Que ahora en cuanto a la licitación de TRANSBANK, constan en el expediente los siguientes correos electrónicos, intercambiados el mismo día 17 de abril de 2008: (i) "Fwd: Carta Licitación Transbank. Estimados señores: Para

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

su información, la carta le fue enviada a la Sra. Viviana Frola ayer a las 16:06 horas a su correo.” (Andrea Gaete, de ACHAP, a los directores, fojas 13, C 13); (ii) “Re: Carta Licitación Transbank. En reunión de brief esta mañana, tocamos este tema, pero Viviana señaló que no había recibido ninguna carta.” (Clemente González, de JWT, respondiendo correo anterior de Andrea Gaete, fojas 19, C 13); (iii) “Deme el teléfono y nombre de la niña de Transbank para llamarla.” (Andrea Gaete, contestando, fojas 23, C 13); (iv) Al final de la tarde de ese día (19:17 horas) Viviana Frola, Subgerente de Publicidad e Imagen Corporativa de TRANSBANK, envía un mail a José Manuel Silva indicándole que “(t)al como conversamos te confirmo que recibí la carta con el lamentable retraso de un día, lo que impidió el que me hicieran llegar oportunamente la información. Otro aspecto anecdótico es que el punto en discusión sobre el número de agencias invitadas a la licitación creció a propósito de las mismas agencias, las que aún hoy han seguido llamando para que las incluyamos. Debemos analizar internamente como procederemos con esto; sin embargo, te cuento que yo no estaré mañana viernes ni el lunes por lo que dificulto tenerte una respuesta antes de la próxima semana.” (fojas 24, C 13); correo que es reenviado de inmediato por JOSÉ MANUEL SILVA al directorio, en los siguientes términos: “RV: carta recibida hoy. Les reenvío este mail que acabo de recibir. Como Uds son las agencias convocadas, he estimado importante tenerlos al tanto. Esperamos resolver entre lunes y martes este tema.” (fojas 24, C 13);

Quincuagésimo octavo. Que al final de ese día 17 de abril, y refiriéndose tanto al caso de la licitación de METRO como la de TRANSBANK, el presidente de ACHAP, José Manuel Silva, envía a los miembros de su directorio el siguiente correo: “Re: Licitación Metro. Estimados: Siendo las 19:15 en Buenos Aires, les comento que hablé con la niña de Transbank y ella va a ver con su jefe como resuelven el tema planteado en la carta. Entendió que es una posición Achap. Lo más seguro, y me lo dijo, es que solicite una carta de cada agencia participante que apoya y respalda el proceso planteado por Achap. El único problema es que algunas agencias la estaban llamando para que las incluyeran y por eso le costaba entender este cambio de posición. Lo que traté de explicarle es que a ellos les tocó la nueva ley y que también estábamos haciendo lo mismo con Metro, o sea no eran los únicos ni había nada personal. Esperemos el desenlace mañana pues lo más seguro es que me llamará. Lo que sí le acepté es que fuera la agencia actual, Leche, y otras 3 nuevas. Respecto de Metro, envié un nuevo mail a Alvaro Caballero y espero tener respuesta mañana. Le dije que el 100% de las agencias Achap están de acuerdo en no ir a la licitación de la manera actual y que el tema se resuelve con las mismas agencias presentando credenciales y entre ellas resolver las 4 que trabajarán en la etapa siguiente. Le insistí en que sólo este detalle que los atrasará uno o dos días hace la diferencia y que nadie pretende

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

salir de ganador ni doblar la mano. Aun no me llega el 100% de apoyo al tema licitaciones. Enviaré un mail para chequear que pasa. Los mantendré informados. Saludos.” (fojas 70, C 13);

Quincuagésimo noveno. Que mientras ocurrían estos intercambios de correos, a las 15:47 horas José Manuel Silva envió un correo titulado “Licitación” a Álvaro Caballero, de METRO, en el que le dice: *“Hola Alvaro: He estado recabando opiniones de todas las agencias asociadas a Achap y el acuerdo es de respaldar la decisión tomada, es decir la de no participar en la licitación de la forma establecida. Comprenderás que las agencias viven de sus clientes y no están para enfrentarlos. Pero a veces es necesario ordenar algunos aspectos que involuntariamente pueden ocurrir y que significan altos costos para los asociados. Por eso mi invitación es a repetir el proceso con las mismas agencias que invitaron antes, sólo que pasando por una preselección para seleccionar a 3 y que éstas sean las que trabajen arduamente por ganar la cuenta. Esto es lo que he planteado desde el principio, nada más. Creo que al final la cordura debiera imperar. No se trata de doblarle la mano a nadie ni de levantar estandartes. En el trámite de preselección no demorarán más de uno o dos días y así podrán tener a las mejores agencias y las más apropiadas luchando para trabajar con Metro. No me interesa terminar a las patadas pues eso no favorece a nadie. Como le dije a tu jefe, no hay nada personal y creo que el proceso, tal como se lo mencioné, venía muy bien diseñado, sólo que faltó un aspecto, cual era el limitar la cantidad para la segunda etapa. Lo que si nos interesa es que entiendan que la publicidad tiene algunas particularidades que como asociación debemos corregir y estar atentos a que no ocurran. Espero tus comentarios para que todo vuelva a la normalidad”* (a fojas 1 del C 16), a lo que Álvaro Caballero, responde como se señalará, el día 21 de abril de 2008.

5.2.4. Día 18 de abril de 2008.

Sexagésimo. Que el correo reproducido en la consideración precedente fue respondido al día siguiente, 18 de abril, generándose el intercambio epistolar electrónico que a continuación se indica: (i) *“Re: Licitación Metro. Jm, me parece que debemos mantener el numero de 3 agencias, como regla general. saludos, Sergio”* (Sergio Rosenbaum, de RPP, a fojas 56, C 16); (ii) *“Re: Licitación Metro. En el caso del Metro, por que hablas de 4 agencias, cuando el acuerdo son 3?”* (Tomás Sánchez, de PROLAM, fojas 50, C 14); (iii) *“Re: Licitación Metro. La razón es porque ellos incluirán a su agencia actual.”* (José Manuel Silva, fojas 50, C 14); y (iv) respuesta de Tomás Sánchez (misma foja y carpeta): *“(o) sea es la actual más otras tres?”*; a lo que JOSÉ MANUEL SILVA responde afirmativamente (misma foja y carpeta);

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Sexagésimo primero. Que paralelamente, a primera hora del día siguiente, 18 de abril de 2008, Andrea Gaete, de ACHAP, en mail que aparece firmado por José Manuel Silva, informa a los asociados y directores de ACHAP lo siguiente: *“(e)stimados amigos: Adjunto para su conocimiento tres documentos que el Directorio estima fundamentales para que la actividad se desarrolle en un marco de sana competencia y respeto hacia la industria publicitaria: - Código de Buenas Prácticas de agencias asociadas a Achap; - Fundamento de Licitaciones; - Reglamento de Licitaciones. Estos documentos recogen parte de una serie de temas pendientes por formalizar que estamos trabajando con apoyo de abogados. Sin embargo, lo sucedido con Metro nos aceleró el que compartan estos documentos. La idea es que en adelante, cada vez que sean invitados a una licitación, Achap envíe una carta similar a la de Metro y con copia del reglamento. Se aceptan opiniones sobre los fundamentos, pues pueden haber criterios diferentes al respecto. Lo clave es firmar a la brevedad el Reglamento y el Código. La próxima semana serán visitados para obtener su firma. Sin otro particular, les saluda cordialmente, José Manuel Silva, Presidente Ejecutivo ACHAP.”* (fojas 29, C 14);

Sexagésimo segundo. Que a las 14:33 horas del día 18 de abril de 2008, Clemente González, de JWT y director de ACHAP, envía el siguiente correo a algunos de los miembros del directorio (fojas 55, C 14): *“(a)uerdo respecto a Licitación Metro. Estimados Jose Manuel y Colegas: Hemos completado un acuerdo histórico entre todas las agencias Achap invitadas a participar a la licitación del Metro de Santiago y también de las que no han sido invitadas pero podrían ser convocadas en un segundo llamado a esta u otras licitaciones en curso, en cuanto a acatar plenamente lo señalado por Achap en lo que señala textualmente "abstenerse de participar en la licitación" que no cumplan con el procedimiento señalado por Achap. En otras palabras y para evitar cualquier mal entendido, estamos claro en cuanto a la licitación del Metro; ninguna agencia Achap se presentara a esta licitación del Metro, mientras este no ponga en práctica los procedimientos sugeridos por Achap. Habiendo aprobado todas las agencias Achap lo señalado anteriormente, y siendo consecuente con ello, nosotros comunicaremos al Metro que no participaremos de esta licitación pues acataremos lo señalado por Achap. El compromiso tomados por nosotros (y a pesar que aun no hemos firmado el acuerdo, cosa que entiendo se materializará la próxima semana) debe ser respetado por todos, es por eso que les copio a ustedes que son los otros invitados a esta licitación. En lo que se refiere a la licitación de Transbank, entiendo que estamos esperando lo que este cliente resuelva en cuanto a procedimiento a seguir, lo que se resolverá la próxima semana. Pero se da por descartado que aplicaremos la misma medida si este no procede de acuerdo a lo señalado por Achap. Por último me parece de vital importancia que procedimiento para*

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

licitaciones, sea comunicado a la brevedad a la ANDA y a los clientes en general, con el fin de evitar los problemas ocasionados a Clientes que han actuado de otra forma por desconocimiento o falta de experiencia en procesos de licitación. De nuevo, creo que nos debemos felicitar por la férrea unidad y llamado a respetar nuestra actividad que estamos demostrando a través de esta situación particular y que con el tiempo debemos extender también al resto de iniciativas promovidas por Achap para agregar valor a nuestro quehacer. A no claudicar en seguir en esta línea. Solamente depende de nosotros y del mutuo respeto que nos debemos. Atentamente, Clemente González, Gerente General JWT Chile.”;

Sexagésimo tercero. Que, por otra parte, en la tarde del día 18 de abril, José Manuel Silva envía el siguiente correo a agencias que no habían respondido a esa fecha su comunicación del día 16 de abril, convocándolas a aplicar la decisión del directorio de ACHAP en materia de licitaciones: “*(e)stimados amigos: Como ustedes saben estamos en pleno proceso de ordenamiento del tema de licitaciones, por lo cual, le enviamos nuestra posición al respecto, de la cual esperamos su confirmación explícita sobre el tema por esta vía, ustedes son las únicas agencias que aún no nos contestan su posición, esperamos a la brevedad su confirmación. Cordialmente, José Manuel Silva.*” (fojas 44, C 14); correo que es respondido de inmediato a Andrea Gaete, de ACHAP, por Paula Sutil (de Saatchi & Saatchi, a fojas 44, C 14), diciendo: “*(h)ola Andrea. Explícale a José Manuel que mi mutismo tiene que ver con la situación que estoy viviendo y que él conoce. José Manuel me conoce y sabe lo que pienso al respecto. Saludos, Paula.*”; a lo que Andrea Gaete responde que “*ok, no se preocupe, ya está al tanto, saludos, AG*” (fojas 63, C 14). En autos consta sólo una respuesta más al correo de JOSÉ MANUEL SILVA antes indicado, enviada a Andrea Gaete por Victoria Massarelli, de ALDEA (a fojas 59, C 14), en los siguientes términos: “*(h)ola Andrea. No he recibido ningún documento al respecto. Debemos enviar nuestra opinión por mail, informalmente? Saludos y gracias v.*”;

Sexagésimo cuarto. Que, asimismo, consta en esa fecha otro mail de JOSÉ MANUEL SILVA (fojas 57, C 14), esta vez en respuesta a lo que parece haber sido una pregunta de José Gabriel Aldea, de la agencia 180º: “*(h)ola José Gabriel: respecto de tu punto de no acotar la cantidad de participantes, sólo por esta vez se limitó, pero más adelante, la idea es que, en la medida que paguen, obviamente pueden participar más. No lo dije en los casos de esta semana pues aún no se conversa con ANDA sobre el tema por lo que pensé que era meterle presión adicional. Pienso que el solo hecho de habernos puestos serios ya sirvió para ordenar algo el tema. Falta el paso de las lucas.*”;

5.2.5. Días 21 y 22 de abril de 2008.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Sexagésimo quinto. Que el día 21 de abril de 2008, temprano en la mañana, JOSÉ MANUEL SILVA envía el siguiente correo a algunas agencias de publicidad no asociadas a ACHAP: “(e)stimados amigos: Aunque sus agencias no están asociadas a Achap, les informo que estamos ordenando el proceso de licitaciones debido a la necesidad de evitar licitaciones en que son llamadas una cantidad exagerada de agencias. Nuestra posición, y ha sido respaldada por las agencias asociadas, es establecer las licitaciones de la siguiente forma, al igual que en otros países: Primera etapa de presentación de credenciales dejando libre la cantidad de agencias que se presenten. Segunda etapa, el cliente selecciona 3 de las agencias que presentaron sus credenciales y ellas compiten por la cuenta con creatividad, estrategia, estudios, etc. Así, en opinión del Directorio, los clientes tendrán un mejor servicio pues al existir la posibilidad cierta de ganar, 33% de probabilidad, las agencias pondrán sus mejores recursos para ganar la cuenta, y no sucederá lo que ocurre actualmente, donde la probabilidad de un 10% no asegura al cliente un trabajo serio. Los hechos nos han obligado a tener que adelantar una situación que teníamos prevista para las próximas semanas, En adelante incluso queremos que las 2 perdedoras de la segunda etapa tengan una retribución económica por los costos involucrados. Estimamos que estamos defendiendo los legítimos intereses de la industria, en la cual estamos todos, socios y no socios de Achap. Es mucho el tiempo perdido en desmedro de nuestros clientes actuales y los recursos que hay que invertir en toda licitación, además del ambiente interno y tenso que se genera durante y después de una licitación. Por este motivo esperamos que respalden esta decisión que defiende a todas las agencias. José Manuel Silva, Presidente Ejecutivo ACHAP.” (fojas 83 y 90, C 14); correo que es respondido a Andrea Gaete el mismo día por algunas agencias de publicidad no asociadas a ACHAP: “José Manuel, felicito a la Achap por esta excelente iniciativa que dignifica a las agencias de publicidad y su trabajo profesional. Cuenta con Doblegiro en apoyarla. Atte, Jaime González Peña, Director Publicidad, Doblegiro Diseño y Publicidad S.A.”(a fojas 84, del C 14) y “(f)elicitaciones cuenten con los Antillo/Hasenohr, Atte, Cristián Hasenohr (a fojas 86, del C 14) y por Felipe Ríos, de Cpcom) quien señala “(m)uchas gracias Andrea”. En autos consta sólo una respuesta más al correo de JOSÉ MANUEL SILVA antes indicado, enviada a Andrea Gaete el día 6 de mayo de 2008, por Juan Ignacio Valdivia, de Larraín y Asociados (a fojas 39, del C 16), en los siguientes términos:“(h)ola, por nuestra parte estamos completamente de acuerdo con este tema, eso sí ver qué pasa con el tema de las credenciales que se presentan, ya que no estamos en la ACHAP para no quedar fuera. De ser así no tenemos ningún problema en apoyar este tema ya que también nos ha pasado. Saludos y espero sus noticias”;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Sexagésimo sexto. Que asimismo, el día 21 de abril de 2008, y también temprano en la mañana, JOSÉ MANUEL SILVA envía el siguiente correo, al mail de la oficina de Jorge Armstrong Irarrázaval, de ARMSTRONG:“(h)ola Jorge: La semana pasada envié un mail a todos los asociados solicitándoles su apoyo a la posición acordada por el Directorio en cuanto a ordenar los procesos de licitaciones. La idea es que en una primera etapa haya una instancia de presentación de credenciales, luego el cliente elija 3 agencias, y ellas presenten creatividad, estrategia, etc. Así, pensamos, estaremos optimizando recursos nuestros y a la vez los clientes recibirán un trabajo de verdad y no cualquier cosa, pues si hay menos agencias en disputa la posibilidad de éxito es mayor y el esfuerzo también será mayor. He recibido la confirmación de todas las agencias asociadas menos la tuya por lo que quiero saber si piensas diferente o es porque no has recibido el mail. Necesito urgente tu respuesta. Ya hay 36 agencias que han respaldado al Directorio”(a fojas 100, C 14), mail que es respondido por su destinatario a los pocos minutos: *José Manuel, Sorry por el atraso, te envío mi aprobación absoluta al punto de vista Achap. Este es mi mail directo para otra vez (a fojas 99, del C 14);*

Sexagésimo séptimo. Por su parte, el día 21 de abril de 2008, Victoria Massarelli, de ALDEA, le reenvía el mail enviado a las agencias asociadas de ACHAP el día 17 de abril de 2008 por Andrea Gaete, con la firma de José Manuel Silva), a Martín Vinacur, también de ALDEA, diciéndole: *“para q le echas un vistazo y demos nuestra opinión al respecto. La están esperando”* (a fojas 102, del C 14), a lo que él le responde: *“(l)a carta del idiota de Clemente Pérez es mafiosa. Apoyemos al ACHAP y agreguemos que esperamos que todos los miembros se comporten de la misma manera. Sobre todo porque Pérez dice que al retirarse algunas agencias habrá otras con más posibilidades de ganar. Eso y me chupa un huevo el Achap es lo mismo. No a la vorágine indiscriminada de licitaciones.”* (a fojas 102, del C 14). Unos pocos minutos después, luego de que Martín Vinacur le ha contestado, Victoria Massarelli le responde a Andrea Gaete, copiando en su mail al señor Vinacur: *“(e)stimado José Manuel, el tono y contenido de la carta del Sr. Clemente Pérez abre un episodio controvertido en la historia de las licitaciones. Nuestra decisión es apoyar la voluntad de la ACHAP de ordenar y formalizar las licitaciones, para promover la transparencia, la sana competencia y el adecuado uso de recursos humanos y capital intelectual. El camino elegido es muy similar al que históricamente aplicamos en Aldea. Ahora, las probabilidades de éxito de la medida van a darse en tanto y en cuanto, la decisión sea respetada por todos los miembros de la Asociación. Recibe nuestros saludos cordiales”* (a fojas 95, del C 14) , mail que luego, el día 22 de abril de 2008, es reenviado por Victoria Massarelli, a “Pato” Bahamondes, de ALDEA (a fojas 106, del C 14);

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Sexagésimo octavo. Además, otro correo circuló ese día 21 de abril de 2008, el que Cristián Lehuedé, de BBDO, le dice a José Manuel Silva, de la ACHAP: “*José Manuel: ¿Cómo seguimos con Metro y Transbank? Saludos*” (a fojas 55 del C 16);

Sexagésimo noveno. Que el día 22 de abril de 2008 y según consta a fojas 3 del C 15, la misma Andrea Gaete, de ACHAP, envía a las 16:22 horas un correo electrónico, dirigido a Jaime Solís (PROMOPLAN), Tomás Sánchez (PROLAM), José Gabriel Aldea (180°), Cristián Lehuedé (BBDO), Pablo Walker (McCann), Agathe Porte (PROXIMITY), Ignacio Unzueta (D&U), César Amaro (EURO), Ramón Salinas (LECHE), Rodrigo Fontaine (LOWE PORTA), y Clemente González (JWT), titulado “*Reunión Urgente por Licitación Metro*”, en que se informa lo siguiente: “*(e)stimados señores: Ruego a ustedes asistir a reunión extra urgente ,a las 09:00 hrs. en las oficinas de Achap ubicadas en Fidel Oteiza 1921, Of. 801, Providencia. Esta reunión no llevará más de 40 minutos, por lo que les agradeceré darle la prioridad en sus agendas, ya que es de vital importancia discutir un tema fundamental. Agradeciendo su asistencia y confirmación, les saluda cordialmente, José Manuel Silva.* Que luego Andrea Gaete especifica, por medio de un nuevo mail a dichos destinatarios que: “*(l)a reunión es mañana miércoles 23 de abril, a las 09:00 hrs. en las oficinas de ACHAP. Esperamos contar con su presencia*” (fojas 4, del C 15). Que además Andrea Gaete le reenvía la invitación inicial a don Samuel Benavente, de SB Partners y agrega: “*(d)on Samuel: José Manuel Silva necesita contar con su presencia en esta reunión de mañana miércoles 23 a las 09:00 en las oficinas de Achap*”. (fojas 12, del C 15). Que luego, en reacción al correo de ACHAP indicado precedentemente, varias de las agencias destinatarias del mismo respondieron, en los términos siguientes, durante la tarde del mismo día 22 de abril de 2008: “*OK. Confirmo mi asistencia. Gracias*” (Clemente González, de JWT, a fojas 6, C 15); “*OK. Saludos cordiales*” (José Gabriel Aldea, de 180°, a fojas 1, del C 15); “*OK, confirmo asistencia*” (Cristián Lehuedé, de BBDO, fojas 8, del C 15); “*(d)esgraciadamente tengo una reunión inamovible. Quedo a la espera de los resultados. Saludos*” (Ramón Salinas, de LECHE, a fojas 16, del C 15); “*(c)onfirmado*”, (Ignacio Unzueta, de D&U, a fojas 14, del C 15); y “*(t)engo reunión con mi jefe internacional, Qué puedo hacer?*” (César Amaro, de EURO, a fojas 13, del C 15);

5.2.6. Día 23 de abril de 2008.

Septuagésimo. Que el día 23 de abril de 2008, al mediodía y según consta a fojas 50 del C 15, José Manuel Silva le envió un correo a Álvaro Caballero, de METRO, titulado “*tema pendiente*”, en el que le indica: “*(e)stimado Alvaro: Quería comentarte que hoy me reuní con la mayoría de las agencias que están convocadas por Metro a la licitación, donde planteé tus argumentos. Al respecto, el espíritu de la mayoría fue*

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

participar activamente en licitaciones de la forma que te comenté ayer, esto es primero mostrando credenciales y luego las seleccionadas más la actual participen con presentaciones de creatividad y lo que Uds. establezcan. Esto es porque las agencias me manifestaron que no quieren trabajar gratis, lo que entenderás que es razonable. El principio que las inspira es tener una retribución mínima por su esfuerzo. Lógicamente, cada agencia, en uso de su libertad, te podrá entregar sus propios puntos de vista. Las agencias involucradas estiman que este es un sistema que está probado en otros mercados y que funciona de manera excelente y no vulnera los intereses de ninguna de las partes. Así, tienes la libertad de vitrinear y luego solicitar a las que sean las más idóneas, el trabajo final. Espero haber contribuido al proceso y estoy a disposición para colaborar en lo que necesites”;

Septuagésimo primero. Que, según consta a fojas 55 del C 15, el mismo día, a las 17:45 horas, Andrea Gaete envió un mail firmado por José Manuel Silva a Rodrigo Fontaine (LOWE PORTA), Ramón Salinas (LECHE), Pablo Walker (McCann), Tomás Sánchez (PROLAM), Sergio Pineda (OGILVY), Clemente González (JWT), José Gabriel Aldea (180°), Cristián Lehuedé (BBDO) en el que les indica: “*(e)stimados: Este mail se lo estoy enviando sólo a las agencias involucradas en la licitación de Transbank. Me llamó el cliente para negociar lo siguiente: El ha cedido su posición quedando la propuesta en lo siguiente y que someto a su aprobación: 1.- Transbank acepta disminuir la cantidad de agencias que participen a sólo 5 agencias en una primera instancia. Estas deberán presentar 1 pieza (por definir). 2.- El cliente nos traspassa el problema para que, en definitiva, sea la propia industria la que decida el short list. Al respecto, como un aporte a la causa, PORTA se bajaría en esta circunstancia, con lo que el número total de participantes sería 5, incluido Leche como agencia actual y defensora. 3.- Entre las agencias convocadas habría que encontrar un mecanismo para resolver como llegar a 4. Creo incluso que podríamos sugerir que sean 3 más Leche, si bien el cliente quiere que sean 4 más Leche. 4.- La siguiente etapa y final es la selección de 3 agencias que compiten en creatividad, estrategia, etc, tal como estaba contemplado en el formato original definido por el cliente 5.- El cliente definitivamente no está dispuesto a partir de cero y estima que su propuesta es lo máximo que puede dar y que de esta manera se estarían salando todas las contingencias por ambas partes. Estimados, la decisión final es de Uds. El tema ya se ha agotado y hay que resolver y votar. Sugiero, como es la primera licitación bajo esta nueva política, que no sería malo aparecer públicamente que se llegó a buen término en forma satisfactoria para ambas partes. Para mayor transparencia, si están de acuerdo, necesito su V°B° a esta propuesta. Quedo a la espera de sus comentarios. La forma de cómo elegir sería desde moneda al aire a otro sistema más inteligente. Acepto sugerencias. Cordialmente”.* Este mail fue respondido por todos sus

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

destinatarios: (i) por Clemente González, de JWT Chile: “(c)olegas: A pesar de mi férrea defensa respecto al planteamiento originalmente señalado por todas las Agencias Achap, estoy dispuesto a flexibilizar nuestra posición y aceptar esta propuesta, solo porque es cierto que les avisamos en medio del proceso. En definitiva, acepto esta propuesta y reitero mi acatamiento a lo que la mayoría decida al respecto. Saludos (fojas 57, del C 15); (ii) por Sergio Pineda, de OGILVY: “(e)stimados: Creo que algo bueno lo que está pasando, si bien todavía no es el ideal, siento que estamos muy bien encaminados como industria. Frente a esto estamos de acuerdo con la mecánica y creo que lo mejor sería seleccionar a las agencias a través de la suerte. Saludos” (fojas 82, del C 15); (iii) por Pablo Walker, de McCann: “(m)e parece buena la fórmula por que damos una señal clara al mercado de reducir el número de Agencias en las licitaciones. Llegar a 5 en un proceso que ya había comenzado me parece razonable. También focalizar la licitación en una campaña. Comparto la idea que quede Leche y se sorteen las otras 4 agencias y sugiero que ese sorteo se haga en Achap mañana a primera hora. Abrazos” (fojas 60, del C 15); (iv) Tomás Sánchez, de PROLAM: “(y)o estoy ok con la formula, bajo el concepto de una excepción a la norma que estamos implementando dado que hemos irrumpido en la mitad del proceso con nuestra propuesta. A futuro mi postura es que debemos ser inflexibles en nuestra posición. Sobre la manera de seleccionar las agencias, propongo un simple sorteo MAÑANA en la achap con presencia de las agencias involucradas” (fojas 77, del C 15); correo que a su vez fue respondido por (v) Cristián Lehuedé, de BBDO: “(d)uda. El cliente me llamó y planeó que una forma de hacer la presentación era que se hiciese creatividad de Pareja Feliz solamente. Que luego a partir e ahí ellos harían el short list para la segunda etapa. Esto me parece bastante razonable y evitamos tener que usar otros factores (que nos se me ocurre cuales podrían ser) para que nosotros filtremos salvo el azar” (a fojas 57, del C 15); a lo que (vi) Tomás Sánchez, de PROLAM, respondió: “(m)e inclino por el azar” (a fojas 57, del C 15), y al día siguiente, (vii) Cristián Lehuedé, de BBDO, respondió: “La idea es respetar lo más posible el espíritu que no se presenten más de 5 por licitación, y como excepción por estos casos. Creo que debemos acercarnos a lo que va a ser nuestra posición final. Sería mal visto que Metro tenga 4 y Transbank 8. Otro punto es que están casi todas de acuerdo en el sistema de sorteo como mal menor para que la plata quede en casa. Acuérdate que estábamos dispuestos a perder esos ingresos. al menos de esta manera las lucas quedan dentro de las agencias Achap” (a fojas 181 del C 15). El mail inicial enviado a las 17:45 horas por Andrea Gaete, también fue respondido por (viii) José Gabriel Aldea, de 180°: “PARA QUE NO QUEDEN DUDAS, PARA MI LECHE DEBIERA IR POR DERECHO PROPIO. ESTIMADOS: PAR MI ESTA POSICION VA EN LA DIRECCION CORRECTA EN EL SENTIDO QUE SE PRODUZCA UNA

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

PRESELECCION. LO OPTIMO SERIA QUE TODOS LOS INTERESADOS PRESENTARAN CREDENCIALES Y UNA PIEZA A DEFINIR Y A PARTIR DE ESTO TRANSBANK DEJARA EN CARRERA UN NUMERO MENOR. DE PRIMAR LO EXPUESTO MAS ABAJO (Y A ESTA ALTURA DEL DIA) NO SE ME OCURRE UN MECANISMO ALTERNATIVO AL AZAR. Saludos cordiales” (a fojas 62, del C 15); a quien respondió (ix) Rodrigo Fontaine, de LOWE PORTA: “¿(e)ntonces tenemos el siguiente acuerdo? Achap definirá por azar las 5 agencias que van incluyendo Leche. Porta se baja. Las agencias que no van deben enviar formalmente una renuncia. El cliente bajará sustancialmente la petición a ese grupo reducido de agencias para definir su shortlist. Buena señal para el mercado y el cliente tiene una salida digna. Saludos” (a fojas 64, del C 15); a quien a su vez respondieron (x) Rodrigo Fontaine, de LOWE PORTA: “Ok tenemos un acuerdo” (a fojas 220, del C 15); (xi) Sergio Pineda, de OGILVY: “Ok” (a fojas 74, del C 15) y (xii) Pablo Walker, de McCann: “Ok” (a fojas 66, del C 15); (xiii) Tomás Sánchez, de PROLAM: “Así es.....” (a fojas 68, del C 15); y, (xiv) Ramón Salinas, de LECHE: “(m)e parece una solución justa para todos. Espero que pronto Leche pueda corresponder cuando otro este en una situación similar a la nuestra hoy. Saludos” (a fojas 71, del C 15);

Septuagésimo segundo. Que el día 23 de abril de 2008 en la noche, a las 22:09 y según consta a fojas 45 del C 15, José Manuel Silva envió un correo a Andrea Gaete, titulado “licitaciones Transbank y Metro”, en el que le indica: “Andrea: enviar a todos los gerentes de las agencias Achap invitadas a las licitaciones de Transbank y Metro. Estimados: Parece que hemos llegado a buen puerto en las licitaciones de Metro y Transbank. Si bien no al 100% en esta pasada, creo que ya se puso el tema en la agenda de los clientes y ahora depende de nosotros que sigamos unidos y atentos. Para a ambas licitaciones se ha establecido un proceso consensuado con los clientes, que permitirá solucionar el impasse con ellos. Esta fórmula seguramente no es óptima pero la he conversado con algunos de uds. y parece ser lo mejor en las condiciones actuales y nos permite reivindicar nuestra posición en aspectos básicos como la cantidad de proponentes. Así también todos queremos que sea un resultado amistoso donde públicamente no haya ganadores ni perdedores. En estas 2 licitaciones se están haciendo algunas excepciones propias de la puesta en marcha de un sistema complejo y que surge en medio de procesos ya lanzados, pero que, en mi opinión, respetan el espíritu de nuestra posición. En el caso de Transbank participarán 4 agencias más Leche y en Metro serán 4 más Proximity, que son agencias son las actuales de estas empresas. En lo sucesivo la cantidad serán 3 más la defensora. Hoy Jueves 23, a las 11,30 horas, les solicito envíen a un representante a las oficinas de Achap con las cartas de renuncia a todas las licitaciones que estén convocados. Es importante que los representantes traigan la información de cuales licitaciones han

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

decidido participar y cuáles no. Entre los convocados interesados se efectuará el sorteo correspondiente para elegir las agencias para cada licitación por separado. Una agencia, si fue invitada a las 2 licitaciones, puede participar en ambas, si es sorteada. Esta modalidad de selección será sólo por esta vez. En lo sucesivo, el procedimiento será el que hemos acordado la semana pasada. Lo acordado con Transbank es lo siguiente: 1.- En la primera etapa las 4 agencias sorteadas más Leche presentarán credenciales más una campaña (el cliente informará el tema). 2.- El cliente resolverá, de acuerdo a su opinión sobre lo presentado en la primera etapa, las 3 agencias finalistas que deberán desarrollar el trabajo completo: estrategia y creatividad. De esta etapa saldrá la agencia ganadora que se adjudicará la cuenta. 3.- El plazo de consulta se extiende hasta el martes próximo en razón del atraso producido por la contingencia de estos días. En el caso de Metro: 1.- Hay una etapa única en la que participarán 4 agencias más Proximity, que presentarán lo solicitado en las bases de licitación establecida por Metro. De este proceso Metro elegirá a la agencia que se adjudicará la licitación. 2.- El cliente ampliará el plazo en una semana atendiendo los atrasos generados en estos días. Estas son las condiciones de las licitaciones que nos han tenido preocupados. Estamos cumpliendo con las formalidades de ambos procesos por lo que de esta forma no hay necesidad de tener que partir de cero. Les solicito colaboración. No siempre podemos lograr todo a la primera. Siento que vamos por buen camino y les agradezco a todos Uds. por su comprensión”;

Septuagésimo tercero. Que, siendo las 22:30 horas, según consta a fojas 54 del C 15, José Manuel Silva le envía un mail titulado “información importante” a Andrea Gaete, en el que le instruye: “**ENVIAR A LOS GERENTES GENERALES DE TODAS LAS AGENCIAS** Estimados amigos: Hemos recibido información que hay otras licitaciones en camino que están convocando a una gran cantidad de asociados. Es necesario entonces seguir profundizando los procedimientos internos para asegurar buenas prácticas. Mientras se perfecciona el documento final, les solicito que toda agencia asociada invitada a una licitación informe inmediatamente a Achap cuando esté siendo convocada. La idea es enviarles a la persona del cliente encargada de la licitación una carta tipo con una explicación de cómo Achap sugiere se lleven adelante los procesos y ciertas recomendaciones generales sobre cantidad de proponentes, pago por el trabajo, etc. Mi compromiso es enviarle la carta al cliente que corresponda sin compartir esa información con las otras agencias de modo de mantener su confidencialidad. Con el solo hecho que cada agencia informe oportunamente a Achap estará cuidando sus intereses y los de la industria. Achap posteriormente comunicará directamente a las agencias participantes contra quienes están compitiendo en caso que el cliente omita este antecedente”;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

5.2.7. Día 24 de abril de 2008.

Septuagésimo cuarto. Que el día 24 de abril de 2008 a las 8:03 y según consta a fojas 106 del C 15, Andrea Gaete envió un correo firmado por José Manuel Silva, titulado "Licitación Metro y Transbank" a Jaime Solís (PROMOPLAN), Tomás Sánchez (PROLAM), José Gabriel Aldea (180°), Cristián Lehuedé (BBDO), Pablo Walker (McCann), Agathe Porte (PROXIMITY), Ignacio Unzueta (D&U), César Amaro (EURO), Ramón Salinas (LECHE), Rodrigo Fontaine (LOWE PORTA), Clemente González (JWT), y Sergio Pineda (OGILVY), titulado "Licitación Metro y Transbank", el que es del siguiente tenor: *"(e)stimados: Parece que hemos llegado a buen puerto en las licitaciones de Metro y Transbank. Si bien no al 100% en esta pasada, creo que ya se puso el tema en la agenda de los clientes y ahora depende de nosotros que sigamos unidos y atentos. Para a ambas licitaciones se ha establecido un proceso consensuado con los clientes, que permitirá solucionar el impasse con ellos. Esta fórmula seguramente no es óptima pero la he conversado con algunos de uds. y parece ser lo mejor en las condiciones actuales y nos permite reivindicar nuestra posición en aspectos básicos como la cantidad de proponentes. Así también todos queremos que sea un resultado amistoso donde públicamente no haya ganadores ni perdedores. En estas 2 licitaciones se están haciendo algunas excepciones propias de la puesta en marcha de un sistema complejo y que surge en medio de procesos ya lanzados, pero que, en mi opinión, respetan el espíritu de nuestra posición. En el caso de Transbank participarán 4 agencias más Leche y en Metro serán 4 más Proximity, que son agencias son las actuales de estas empresas. En lo sucesivo la cantidad serán 3 más la defensora. Hoy Jueves 23, a las 11,30 horas, les solicito envíen a un representante a las oficinas de Achap con las cartas de renuncia a todas las licitaciones que estén convocados. Es importante que los representantes traigan la información de cuáles licitaciones han decidido participar y cuáles no. Entre los convocados interesados se efectuará el sorteo correspondiente para elegir las agencias para cada licitación por separado. Una agencia, si fue invitada a las 2 licitaciones, puede participar en ambas, si es sorteada. Esta modalidad de selección será sólo por esta vez. En lo sucesivo, el procedimiento será el que hemos acordado la semana pasada. Lo acordado con Transbank es lo siguiente: 1.- En la primera etapa las 4 agencias sorteadas más Leche presentarán credenciales más una campaña (el cliente informará el tema). 2.- El cliente resolverá, de acuerdo a su opinión sobre lo presentado en la primera etapa, las 3 agencias finalistas que deberán desarrollar el trabajo completo: estrategia y creatividad. De esta etapa saldrá la agencia ganadora que se adjudicará la cuenta. 3.- El plazo de consulta se extiende hasta el martes próximo en razón del atraso producido por la contingencia de estos días. En el caso de Metro: 1.- Hay una etapa única en la que participarán 4 agencias más Proximity, que*

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

presentarán lo solicitado en las bases de licitación establecida por Metro. De este proceso Metro elegirá a la agencia que se adjudicará la licitación. 2.- El cliente ampliará el plazo en una semana atendiendo los atrasos generados en estos días. Estas son las condiciones de las licitaciones que nos han tenido preocupados. Estamos cumpliendo con las formalidades de ambos procesos por lo que de esta forma no hay necesidad de tener que partir de cero. Les solicito colaboración. No siempre podemos lograr todo a la primera. Siento que vamos por buen camino y les agradezco a todos Uds. por su comprensión". Este correo fue respondido el mismo día por (i) Clemente González, de JWT: "(e)xcelente solución para estos dos casos puntuales. Yo iré a las 11:30. Felicitaciones a todos por este excelente comienzo en la línea de respetar" (a fojas 116 del C 15); (ii) José Gabriel Aldea, de 180° "ESTARE A LAS 11:30 HRS" (a fojas 155 del C 15); (iii) Clemente González, de JWT: "(l)es adjunto lo finalmente acordado por las Agencias Achap respecto a ambas licitaciones. Este es un acuerdo privado entre con ambos avisadores, por lo cual debemos mantenerlo en confidencialidad. Hoy a las 11:30 hrs. iré al sorteo en las oficinas Achap. Debemos estar preparados pues si tenemos suerte, podremos participar en ambas licitaciones. Gracias" (a fojas 146 del C 15); (iv) Sergio Pineda, de OGILVY: "Andrea, en representación de Ogilvy irá Bernardo Sanchez. Slds". (a fojas 186 del C 15); (v) Ramón Salinas, de LECHE: "(e)stimado José Manuel, Por la presente te confirmo que Leche se baja de la licitación de metro, por lo que te haré llegar la carta a tus oficinas a las 11.30. Desde ya muchas gracias" (a fojas 191, del C 15); (vi) Pablo Walker, de McCann: "(p)or McCann asistirá Guillermo Melero. Gracias" (a fojas 115 del C 15); y, (vii) Tomás Sánchez, de PROLAM: "(m)uy bien. Yo no puedo ir, pero confío plenamente en los resultados que achap informe" (a fojas 117 del C 15);

Septuagésimo quinto. Que el mismo día 24 de abril de 2008, unas horas más tarde, esto es, a las 14:00 horas, y según consta a fojas 105 del C 15, José Manuel Silva, envía un correo titulado "Licitación Metro" a los mismos destinatarios del correo enviado más temprano, con excepción de Sergio Pineda, de OGILVY, y copiando a Andrea Gaete, de ACHAP, en que les indica lo siguiente: "(e)stimados: Informo que en la reunión sostenida hoy en las oficinas de Achap, en presencia de representantes de todas las agencias, excepto Prolam, MacCann y Euro, se eligieron las agencias que competirán en esta licitación. Declinaron participara BBDO, Porta y Leche2. **Las agencias que participarán finalmente en la licitación son: Proximity por ser la agencia actual, JWT, Promoplan, 180° y Euro.** Agradezco sinceramente la colaboración de todos y el haberse allanado a la fórmula propuesta. A las agencias que quedaron fuera, doble agradecimiento por su disposición. El paso siguiente es, según lo hablado con el cliente, que directamente las agencias le soliciten mayor plazo para la presentación de sus propuestas. A partir de ahora, la relación es directa de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Uds. con el cliente". Este correo fue respondido el mismo día por (i) Pablo Walker, de McCann: "*McCann si estuvo presente en la reunión a través de Guillermo Melero. Saludos*" (fojas 133 del C 15); (ii) Clemente González, de JWT: "*OK. Muchas gracias. Yo ya envíe un mail a Alejandro Orellana (Metro), confirmando que participamos en la licitación y solicitando al menos una semana más. Suerte y como dijo Leonel Sánchez "...que gane el mas mejol....!!!!"*" (a fojas 110 del C 15); y, (iii) Tomás Sánchez, de PROLAM: "*Ok. Mucha suerte a los participantes*" (fojas 112 del C 15);

Septuagésimo sexto. Que, además, ese día 24 de abril hubo otros intercambios de correos electrónicos relacionados con la Licitación de METRO: (i) a las 13:27 Clemente González, de JWT, le envía un correo a Alejandro Orellana, de METRO, titulado "Licitación de Servicios Publicitarios" en el que le señala: "*(e)stimado Alejandro: Por la presente te confirmo nuestra participación en el proceso de licitación de servicios publicitarios al cual hemos sido invitados por el Metro de Santiago. Desde el inicio de la convocatoria hemos estado trabajando en este interesante proyecto y dado la importancia que este tiene y la gran cantidad de análisis y trabajos a presentar, es que solicitamos alargar el plazo final de recepción de las ofertas técnicas y económicas en a lo menos una semana. Sin otro particular y reiterándote nuestro entusiasmo en ser parte de este proyecto, te saluda atentamente*" (a fojas 138 del C 15); y, (ii) a las 16:49 Ramón Salinas, de LECHE, le envía un correo a Macarena Jordán y Alejandro Orellana, de METRO, titulado "*Declinación de participar en la licitación*" en el que le señala: "*(e)stimada Macarena: A través de la ACHAP le estoy haciendo llegar una carta formal a Alvaro Caballero (por cuanto fue él quien nos mandó la carta original de invitación) bajándonos de la licitación. Tal como expongo en la carta, las razones para no seguir participando son estrictamente circunstanciales y feliz de poder volver a participar en otra licitación con ustedes. Muchas gracias por todo. Saludos cordiales*" (a fojas 253 del C 15);

Septuagésimo séptimo. Que, por último, el mismo 24 de abril de 2008, a las 19:59 horas, y según consta a fojas 108 del C 15, Andrea Gaete envió un correo firmado por José Manuel Silva, titulado "Otras Licitaciones" a Cristián Lehuedé (BBDO), Eduardo Íñiguez (CREART), Tomás Sánchez (PROLAM), Agathe Porte (PROXIMITY), Sergio Pineda (OGILVY), José Gabriel Aldea (180°), Carlos Porter (EEL o TANGO), Paula Sutil (Saatchi & Saatchi), Eduardo Botto (LEO BURNETT), Cristián Frederick (TBWA), Claudio Santis (PROLAM), Jaime Solís (PROMOPLAN), Claudio Abé (RNL), Manuel Muñoz (MDB), José Miguel Arcos (ESPINACA), Fernando Figueroa (Publicis), Eduardo Fernández (DDB), Daniel Walker (WZ), César Amaro (EURO), Ignacio Unzueta (D&U), Juan Francisco Carrasco (UNITAS), Alejandro Larenas (ZEBRA), Clemente González (JWT), Alvaro Gómez (PUERTO), Alberto Valdés (SEPIA), Jorge Armstrong

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

(ARMSTRONG), Samuel Benavente (SB), Sergio Rosenbaum (RPP), Rodrigo Fontaine (LOWE PORTA), Pablo Walker (McCann), Santiago Puiggari (GREY), Alvaro Azócar (A&L), Paulina Deichler (ESPINACA), Pierpaolo de Bianchi (DRAFTFCB+IDB), Emilio Deichler (ESPINACA), Ramón Salinas (LECHE), Ignacio del Solar (PUERTO), Andrés Guiloff (Uniacc) y Cristián García (WUNDERMAN), diciéndoles: *“(e)stimados amigos: Hemos recibido información que hay otras licitaciones en camino que están convocando a una gran cantidad de asociados. Es necesario entonces seguir profundizando los procedimientos internos para asegurar buenas prácticas. Mientras se perfecciona el documento final, les solicito que toda agencia asociada invitada a una licitación informe inmediatamente a Achap cuando esté siendo convocada. La idea es enviarles a la persona del cliente encargada de la licitación una carta tipo con una explicación de cómo Achap sugiere se lleven adelante los procesos y ciertas recomendaciones generales sobre cantidad de proponentes, pago por el trabajo, etc. Mi compromiso es enviarle la carta al cliente que corresponda sin compartir esa información con las otras agencias de modo de mantener su confidencialidad. Con el solo hecho que cada agencia informe oportunamente a Achap estará cuidando sus intereses y los de la industria. Achap posteriormente comunicará directamente a las agencias participantes contra quienes están compitiendo en caso que el cliente omita este antecedente”*. Este correo fue respondido el mismo día por (i) Cristián Lehuedé, de BBDO: *“(n)osotros no tenemos información de otras”* (a fojas 212 del C 15); (ii) Clemente González, de JWT: *“(y)o sé que hay un proceso iniciado por la Universidad Diego Portales (UDP) en la cual están llamando a varias agencias (entre ellas a nosotros) a presentar credenciales en esta etapa. Yo ya presente credenciales y les comunique que a presentación de estrategia/creatividad solo vamos si se acota a tres agencias. También he escuchado que estaría abriéndose un proceso para la cuenta de Unimarc y tarjeta Presto (que creo es solo de Mkt Directo). Es lo que tengo Yo por ahora. Saludos”* (a fojas 199 del C 15); (iii) Alejandro Larenas, de ZEBRA Comunicaciones: *“Andrea, por nuestra parte, garantizamos que seguiremos el procedimiento de ACHAP cuando se trate de este tipo de licitaciones abiertas, Saludos”* (a fojas 166 del C 15); (iv) José Miguel Arcos, de ESPINACA: *“nosotros fuimos invitados a presentar credenciales para optar a una invitación posterior y el cliente nos hizo ver que estaba cumpliendo la normativa Achap respecto de Licitaciones Masivas así que me pareció estupendo que ya se esté aplicando este criterio--- le hicimos ver que estamos de acuerdo con aquello y así transparentar y hacer cada vez más eficiente el proceso de selección de agencia.- un abrazo a todos y gracias por la iniciativa!!!”*(a fojas 168 del C 15); (v) Claudio Santis, de ENERGÍA: *“OK, así será”* (a fojas 203 del C 15); (vi) Daniel Walker, de WZ: *“(m)acanudo”*(a fojas 143 del C 15); (vii) Cristián Frederick, de TBWA: *“José Manuel: Sé que la UDP va a licitar,*

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

no sé si 180° sabe. han llamado a diferentes agencias por credenciales pero está claro que no llamará a más de 3. Así lo dijeron. Saludos” (a fojas 171 del C 15); mail que fue respondido por (viii) José Manuel Silva: *“(s)i es así está bien, igual les envié una carta por el tema para que no se disparen”* (a fojas 217 del C 15). JOSÉ MANUEL SILVA se refería al correo electrónico enviado a Paulette Rouliez, Magdalena Murillo y Cristián Leporatti, todos de UDP a las 10:21 AM de ese mismo día (a fojas 350 del C 15), con una recomendación idéntica a la formulada a METRO y TRANSBANK, previamente transcrita en la consideración cuadragésimo quinta anterior;

Septuagésimo octavo. Que, por su parte, ese mismo día circularon dos correos adicionales, relacionados con la licitación de TRANSBANK: (i) correo enviado por José Manuel Silva, de ACHAP a Tomás Sanchez (PROLAM), Cristián Lehuedé (BBDO), Clemente González (JWT), Rodrigo Fontaine (LOWE PORTA), José Gabriel Aldea (180°), Sergio Pineda (OGILVY), Pablo Walker (McCann), Ramón Salinas (LECHE), en el que les dice: *“(e)stimados: Informo que en la reunión sostenida hoy en las oficinas de Achap, en presencia de representantes de todas las agencias invitadas a la licitación, excepto Prolam y Euro, se eligieron las agencias que competirán en esta licitación. Las agencias que participarán son: Leche2 por ser la agencia actual, Prolam, BBDO, 180° y Ogilvy. Agradezco sinceramente la colaboración de todos y el haberse allanado a la fórmula propuesta. A las agencias que quedaron fuera, doble agradecimiento por su disposición. El paso siguiente es, según lo hablado con el cliente, que directamente las agencias que participarán envíen mails a Viviana Frola, solicitándole mayores detalles sobre qué campaña hay que trabajar en la primera etapa, antecedentes financieros y mayor plazo en el proceso final. El cliente me dijo que los antecedentes financieros los podrían liberar de la primera etapa, siendo obligatorios para las tres agencias que pasen a la etapa final. Les sugiero que las conversaciones se hagan a nivel directo entre las agencias que participarán y Viviana. Saludos”* (a fojas 258 del C 15); y, (ii) respuesta al mail anterior, enviada a los destinatarios del mismo por Tomás Sánchez, de PROLAM, en el que señala: *“Ok. Seguimos en carrera”* (a fojas 258 del C 15);

5.2.8. Día 25 de abril de 2008.

Septuagésimo noveno. Que, el día viernes 25 de abril de 2008, a las 15:55 horas, y según consta a fojas 4 del C 16, José Manuel Silva envió un correo a Álvaro Caballero, de METRO, titulado “visita inesperada”, en el que le dice: *“Alvaro: tengo frente a mí gente de la Fiscalía Nacional Económica por tema Metro ¿?????? Cuál es la idea?”* (a fojas 4 del C 16), a lo que éste responde: *“¿¿¿¿¿¿¿¿¿¿?????????”* (a fojas 4 del C 16), a lo que, a su vez, José Manuel Silva vuelve a responder: *“Alguien metió la cola. Ruego ver si vale la pena continuar. Espero tus noticias. Mal final de quien lo hizo Revancha?”*

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

(a fojas 4 del C 16), respondiendo nuevamente Álvaro Caballero: “*Puedes llamarme al celular*” (a fojas 4 del C 16);

Octogésimo. Que en relación con el mismo tema, Claudio Abé, Gerente General de RNL, le envió un correo electrónico titulado “*Importante*” a Andrea Gaete, de ACHAP, en el que le dice: “*(e)stimada Andrea, te comento que me acaba de llegar este adjunto, relacionado con todo el tema que hemos estado viendo sobre la licitación de METRO. Sabes de qué se trata. Saludos*”. (a fojas 285 del C 15). Alrededor de dos horas después, es decir a las 19:23 del día viernes 25 de abril, Andrea Gaete le escribe a Samuel Benavente, Tomás Sánchez, Rodrigo Fontaine, Cristián Frederick, Ignacio Unzueta, Sergio Rosenbaum, Eduardo Fernández un mail con el tema “*URGENTE - MUY IMPORTANTE: Licitación Metro*” en el que les dice: “*(e)stimados señores: Hoy me visitó una comisión de la Fiscalía Nacional de Comercio por el tema de la Licitación del Metro, les adjunto documento y estamos en contacto*” (a fojas 283 del C 15). Este correo fue respondido los días domingo 27 y lunes 28 de abril por algunos de sus destinatarios, como se expondrá más adelante;

5.2.9. Desde el 26 al 30 de abril de 2008.

Octogésimo primero. Que el día domingo 27 de abril de 2008 Cristián Frederick, Gerente General de TBWA, responde el mail enviado por Andrea Gaete el 25 de abril, copiando a todos quienes habían recibido dicho correo electrónico, diciendo: “*(e)stimado José Manuel: Creo que el documento que nos enviaste ha sido muy claro y está absolutamente ajustado a la verdad. Desconozco si esto puede traer consecuencias, materia que quizás nuestro abogado puede ayudarnos a entender, pero como directorio estamos dando una señal muy clara sobre el inicio de la dignificación de nuestra pega. Creo que tu gestión ha sido fundamental en el avance de estas iniciativas. Felicitaciones*” (a fojas 293 del C 15);

Octogésimo segundo. Que el día lunes 28 de abril a primera hora los señores César Amaro, de EURO y Sergio Rosenbaum, de RPP, responden el mail enviado por Andrea Gaete el 25 de abril, sin copiar en su respuesta al resto de los destinatarios del referido correo electrónico. El señor Amaro dice: “*(q)ue Jose Manuel me llame en cuanto pueda (...) Gracias*” y el señor Rosenbaum dice: “*Andrea, Dígale a José Manuel si me puede llamar porfa. Gracias*” (a fojas 328 y 331 del C 15, respectivamente);

Octogésimo tercero. Que el mismo día, a las 10:12 horas, Andrea Gaete, de la ACHAP, envía dos correos electrónicos. El primero de ellos dirigido a Daniel Walker, de WZ, titulado “*Licitación Metro*”, en que le dice: “*Estimado Daniel: A todas las*

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

agencias les está llegando esta especie de citación de la Fiscalía Nac. de Comercio, a raíz de eso don José Manuel, está reuniéndose a medio día con los abogados para revisar el tema y tener una respuesta concreta que será comunicada a todos nuestros asociados” (a fojas 305 del C 15). Este correo es respondido casi inmediatamente por Daniel Walker, de WZ, quien señala: “OK Según la fiscalía hay dos días hábiles para responder” (fojas 306 del C 15). El segundo de los correos que envía Andrea Gaete a las 10:12 horas está dirigido a Claudio Abé, de RNL, y en él dice exactamente lo mismo que dijo en su primer correo a Daniel Walker, agregando esta frase: “Rogamos a usted tenernos un poquito de paciencia hasta las 13 horas para poder dar las respuestas del caso”. A su vez, este correo es respondido al poco tiempo por su destinatario, quien señala “Ok, gracias” (ambos constan a fojas 307 del C 15);

Octogésimo cuarto. Que, asimismo, el 28 de abril, a las 16:28 horas, José Manuel Silva, de ACHAP, envió a Agathe Porte (PROXIMITY), Alberto Valdés, Alejandro Larenas (ZEBRA), Alvaro Azócar (A&L), Alvaro Gómez (PUERTO), Andrés Guiloff (Uniacc), Carlos Porter (EEL o TANGO), César Amaro (EURO), Claudio Santis (PROLAM), Clemente González (JWT), Cristián Frederick (TBWA), Cristián García (WUNDERMAN), Cristián Lehuedé (BBDO), Daniel Walker (WZ), Eduardo Botto (LEO BURNETT), Eduardo Fernández (DDB), Fernando Figueroa (PUBLICIS UNITROS), Ignacio del Solar (PUERTO), Ignacio Unzueta (D&U), Jaime Solís (PROMOPLAN), Jorge Armstrong (ARMSTRONG), José Gabriel Aldea (180°), Juan Francisco Carrasco (UNITAS), Manuel Muñoz (MDB), Pablo Walker (McCann), Paula Sutil (Saatchi & Saatchi), Paulina Deichler (ESPINACA), Pierpaolo de Bianchi (DRAFTFCB+IDB), Ramón Salinas (LECHE), Rodrigo Fontaine (LOWE PORTA), Samuel Benavente (SB), Santiago Puiggari (GREY), Sergio Pineda (OGILVY), Sergio Rosenbaum (RPP), Tomás Sánchez (PROLAM), Verónica Montt (RNL), Andrea Gaete (ACHAP) un correo titulado “*Solicitud de la Fiscalía Nacional Económica*”, en el que les señala: “(e)stimados: A varios de nuestros asociados, sino a todos, les han solicitado la entrega de mails y correspondencia entre su agencia y Achap con motivo de la licitación de Metro de Santiago. Favor entregar a la Fiscalía, dentro del plazo requerido, todos los documentos que estén acotados a este cliente. Tenemos la mejor voluntad de cooperar con la autoridad y esta situación es la gran oportunidad de hacer presente nuestra posición sobre el tema licitaciones. Lamento los malos ratos que han tenido que enfrentar algunos de los asociados. Le saluda atentamente”(a fojas 297 de C 15). Este mail fue respondido a los pocos minutos después por Alberto Valdés, de SEPIA y Ramón Salinas, de LECHE; y algunas horas después por Paula Sutil, de Saatchi & Saatchi, señalando el primero “Ok. Una pregunta: donde se le entrega la info. Me llegó fax sin la info de donde entregar esto” (fojas 317 del C 15); el segundo (fojas 297, C 13) “Andrea. Me llegó. Sigo sin entender qué pasa con nuestros correos.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Una pregunta: ¿La fiscalía personalmente me va a solicitar la información? Desde ya muchas gracias, saludos”; y la tercera (fojas 346, C 13), “Hola José Manuel, No estoy al tanto. ¿Me puedes explicar de qué se trata?” A lo que el señor Silva responde: “Hola Paula: Te cuento. El Metro llamó a 14 agencias para una licitación. Se le indicó que era mejor hacerlo por etapas y después dejar 3 agencias seleccionadas para que trabajen estrategia, creatividad, etc. Esto no le gustó a Metro y nos acusó a la Fiscalía Nacional Económica. Luego yo informé a las agencias de lo que estaba sucediendo. Te adjunto los antecedentes y respuestas de Clemente Pérez” (a fojas 346 del C 15);

Octogésimo quinto. Que el mismo día Deborah Araya, de EURO, escribió a Andrea Gaete, de la ACHAP, un correo titulado “Mails para Fiscalía” en que le pregunta: *“¿Es necesario mandar los mail de nosotros como euro (todos los empleados) con achap o ademas las respuestas entre gerentes participantes de la achap? Gracias”* (a fojas 321 del C 15); correo que fue respondido por José Manuel Silva: *“La idea es enviar los que intercambiamos Achap con tu jefe”* (a fojas 322 del C 15);

Octogésimo sexto. El día 29 de abril de 2008, cerca del mediodía, Carlos Porter, de EEL (TANGO), responde el mail enviado el 28 de abril, a las 16:28 horas por José Manuel Silva, copiando en su respuesta a algunos de los destinatarios del correo inicial, señalando: *“Estimados: Esto es lo que nos llegó a nosotros. Atte Carlos Porter, Director, TANGO+BTL”* y adjuntando oficio de la FNE (a fojas 356 del C 15), a lo que José Manuel Silva responde: *“Es la misma carta que le ha llegado a varios. Andrea te llamará”* (a fojas 31 del C 16). Un poco después, Eduardo Íñiguez, de CREART le envía un correo electrónico a Andrea Gaete y José Manuel Silva, ambos de ACHAP, en el que les pregunta: *“Andrea: De acuerdo a lo conversado ayer usted me informó que tendríamos una respuesta referente al tema de la fiscalía económica y aún no tengo noticias, le comento que según el escrito hasta hoy tenemos de plazo para responder. Por favor coménteme cuál va ser la forma de operar de Achap. Saludos”,* a lo que Andrea Gaete responde: *“Deberá enviar lo que le solicitan respecto a la correspondencia referida a metro, a la dirección AGUSTINAS 853, PISO 2º”* (a fojas 362 y 363 del C 15, respectivamente);

Octogésimo séptimo. Que al día siguiente, María Jesús Prat, de la agencia LEO BURNETT, envía un correo electrónico a Andrea Gaete en el que le indica: *“(e)stimada Andrea, Con fecha de hoy miércoles 30 de abril hemos enviado a la Fiscalía Nacional Económica los antecedentes solicitados a Leo Burnett según comentáramos telefónicamente hoy. Atentamente”* (a fojas 365 del C 15);

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Octogésimo octavo. Que, por otra parte, y también en relación con la licitación de METRO, el día 30 de abril de 2008 Martín Subercaseaux (BBDO) le envía a Cristián Lehuedé, de BBDO, un mail titulado "*Revision nuevos negocios*", en el que le indica: "*Estimado Cristián: Estuve revisando hoy con Eduardo Vargas las posibilidades de nuevos negocios en Chile y el es partidario de que participemos en la licitación del Metro ya que otorgaron un nuevo plazo. Yo estoy de acuerdo y hoy hable con Joaquín y me conto que la carga de trabajo ya estaba pasando. así que DEMOSLE con TODO y ganemosla!! Estamos al habla*" (a fojas 384 del C 15);

5.2.10. Mayo, junio, y julio de 2008

Octogésimo noveno. Que el día 5 de mayo de 2008, Agathe Porte, de PROXIMITY, envía un correo electrónico a Andrea Gaete y José Manuel Silva, de ACHAP, titulado "Investigación", y que dice lo siguiente: "*Andrea: Tengo reunión con mis abogados el miércoles y necesito entregarle copia de los mails intercambiados sobre la licitación del Metro. Yo suelo borrar los mails a medida que los recibo, razón por la cual no los tengo. Obviamente no necesito los que mandaron todas las agencias en respuesta a los de José Manuel porque son muchos y de poco contenido. Puedo mandar a mi junior mañana en la tarde? También mi abogado me preguntó por la resolución respecto a la solicitud rechazada de incorporación a la Achap de la agencia la Firma. Me la puede comunicar? Gracias, Saludos, Agathe*" (a fojas 44 del C 16);

Nonagésimo. Que al día subsiguiente, esto es, el día 7 de mayo de 2008, Samuel Benavente envía un correo a José Manuel Silva, de la ACHAP, titulado "*Plan Lanzamiento código*", en el que le indica: "*Jose, En nuestra reunión de la semana pasada quedamos de acuerdo en lanzar lo de las licitaciones junto al código. Al igual que el contrato de las productoras, el de agencia cliente, etc, etc. Esta forma de hacerlo también se ratificó en el último directorio. Si lees los documentos que te entregue cuando llegaste, que era el programa del directorio para este periodo, ya estaba escrito y acordado en el Directorio lo de las licitaciones, pero hemos preferido guardarlo para que sea una resultante del Código. Es decir, el código es lo conceptual y consensual y los otros documentos son la tangibilización de esto. Esta es la forma de hacer concreto lo conceptual. Para el lanzamiento, también te pido mantenerlo como lo conversamos: 1° Pienso, que en unos 10 días yo tendría lista la redacción base del código. 2° En este lapso, todos los contratos. 3° Tú y los directores revisamos todos los documentos. 4° Generamos las versiones finales de ellos. 5° Invitamos a nuestras agencias a Junta anual y les damos a conocer el Código y los otros. 6°Vamos a Anda a presentar el código. 7° Lanzamos con o sin Anda. Un abrazo, S"* a lo que el señor Silva responde "*Ok Esta clarito*", a lo que el señor Benavente vuelve a responder de manera afirmativa ("*OK*") (todos estos correos rolan a fojas 206 del C 16);

5.3. Hechos que se dan por acreditados.

Nonagésimo primero. Que con lo hasta aquí relacionado, este Tribunal estima como acreditados los siguientes hechos: (i) la ACHAP, a la fecha de los hechos requeridos, se encontraba en el proceso de redactar y proponer a sus asociados un denominado “Código de Buenas Prácticas” a fin de poner término o limitar determinadas prácticas de los avisadores que, a juicio de ACHAP, irrogan perjuicio a las agencias de publicidad; (ii) mediante decisión de su directorio, comunicada y ejecutada por su presidente, la ACHAP sugirió a METRO y TRANSBANK acotar el número de agencias convocadas, recomendándoles que sólo seleccionen a tres agencias para disputar sus cuentas sobre la base de presentación de credenciales; (iii) frente a la negativa de METRO a modificar su proceso, JOSÉ MANUEL SILVA llamó a las agencias asociadas y no asociadas a ACHAP a no participar en su licitación; (iv) la mayoría de las agencias contestaron el llamado, manifestando su apoyo a la medida o expresando su solidaridad gremial al respecto; (v) en el caso de TRANSBANK, según se señala más adelante, este avisador estuvo dispuesto a modificar o flexibilizar su proceso, pero no exactamente en los términos propuestos por ACHAP; (vi) en ambos casos, sin embargo, las requeridas convocadas a alguna de esas licitaciones (METRO y TRANSBANK) acotaron a cinco el número de participantes por medio de sorteos realizados en dependencias de ACHAP, sin que exista constancia de que los avisadores en cuestión hubiesen consentido en ello; (vii) con independencia del resultado de las licitaciones, la ACHAP dejó sin efecto el llamado a no presentarse en licitaciones y el proceso de aprobación del referido código, una vez que supo de la investigación iniciada al respecto por la Fiscalía Nacional Económica;

6. Licitud o ilicitud de las conductas requeridas

Nonagésimo segundo. Que, es preciso determinar si las conductas antes descritas son o no susceptibles de reproche al tenor del D.L. N° 211;

Nonagésimo tercero. Que para tal efecto debe estarse al texto de la ley que se encontraba vigente en la época en que se ejecutaron los hechos de la causa –primer semestre de 2008-, esto es, al artículo 3° del D.L. N° 211 tal como quedó redactado tras dictarse la Ley N° 19.911 en el año 2003, y no a su contenido actual, que es fruto de la modificación introducida al D.L. N° 211 mediante la Ley N° 20.361, de 2009;

Nonagésimo cuarto. Que, al respecto, debe tenerse presente que el tipo sancionatorio contenido en la norma entonces vigente se aplica a todo aquel 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 que la letra a) del mismo artículo consideraba como *“hechos, actos o*

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia”, entre otros, 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”;

Nonagésimo quinto. Que si quienes pueden participar en el mercado relevante, tal como se ha establecido para el caso de autos, actúan de consuno para no concurrir a determinadas licitaciones, o para hacerlo en sus propios términos –los que son en consecuencia impuestos a quienes las convocan-, necesariamente están interviniendo, en algún grado, en tales licitaciones, las que constituyen el proceso competitivo en el mercado relevante, afectando su resultado y, por ende, alterando las condiciones de competencia en dicho mercado. Esta coordinación o encuentro de voluntades, a juicio de este Tribunal, obedece en este caso a la iniciativa de una asociación gremial, la que llama a sus asociados a sumarse a un propósito, consistente en no participar en determinadas licitaciones, con el objeto de obtener un resultado distinto del que se habría producido de no mediar tal llamado y buscando regular la manera en que éstas se desarrollarían en el futuro;

Nonagésimo sexto. Que es necesario, a partir de lo anterior, dejar establecido que, a juicio de este Tribunal, la calificación jurídica efectuada por la FNE en su requerimiento respecto de parte de los hechos que denuncia y que han sido acreditados en la causa, consistente en distinguir, a partir de esos hechos, la existencia de dos conductas separadas –ponerse de acuerdo para hacer fracasar ciertos procesos de licitación para la contratación de agencias de publicidad, e imponer en dichas licitaciones términos y condiciones más favorables para las requeridas- debe sin embargo reconducirse a una sola conducta, correspondiente a una categoría o clase de colusión que la doctrina engloba bajo el término de “boicot colectivo”, consistente en este caso en un acuerdo para imponer condiciones a los avisadores en sus licitaciones, bajo amenaza de no participar en ellas; conducta que, precisamente, es la que se sometió a prueba y defensa en autos;

Nonagésimo séptimo. Que, en efecto, se ha dicho (i) que el boicot colectivo es una conducta que consiste en “*la negativa concertada de un grupo de competidores a contratar con uno o más de sus clientes o con un competidor que no forma parte del ‘club’*”; (ii) que su objetivo usualmente es el de castigar a un cliente, proveedor o competidor “*problemático*” por su forma de hacer negocios (boicot defensivo), o el de forzar a un comerciante a adoptar un cierto curso conductual (boicot predatorio); (iii) que constituye una de las “*violaciones más perniciosas al derecho de la competencia*”; y, (iv) que, sin embargo, es de escasa ocurrencia (Van Bael, I. y Bellis, J-F. (2005).

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Competition Law of the European Community. The Hague: Kluwer Law International, páginas 417 a 419);

Nonagésimo octavo. Que la misma doctrina citada precedentemente también indica (i) que el boicot colectivo puede ser el resultado tanto de un acuerdo entre dos o más competidores como de las reglas de una asociación mercantil o gremial; (ii) que, de hecho, estas reglas a veces “*impiden la entrada de competidores al mercado, o requieren que sus miembros contraten únicamente con determinados agentes de mercado, o que lo hagan en los términos determinados por dicha asociación*”; y concluye señalando (iii) que, en particular, en este último caso es difícil encontrar una justificación razonable y objetiva que permita exceptuar de reproche a esta imposición;

Nonagésimo noveno. Que, a mayor abundamiento, cabe señalar que, según indica el derecho comparado, casos de boicot colectivo han sido conocidos y sancionados por las autoridades de defensa de la competencia y los tribunales de justicia en varias ocasiones, no existiendo controversia respecto de su carácter ilícito (tal como la propia *Federal Trade Commission* de los Estados Unidos de América lo indica incluso en sus guías de promoción y divulgación, en http://www.ftc.gov/bc/antitrust/group_boycotts.shtm, página consultada a la fecha de la presente sentencia); al punto que, en algunas jurisdicciones, incluso constituye un ilícito *per se* (en los Estados Unidos de América, así se ha fallado en los siguientes casos: *Silver v. New York Stock Exchange*, 373 U. S. 341, 373 U. S. 348 (1963); *White Motor Co. v. United States*, 372 U. S. 253, 372 U. S. 259-260 (1963); *Klor's, Inc. v. Broadway-Hale Stores, Inc.*, 359 U. S. 207, 359 U. S. 212 (1959); *Northern Pacific R. Co. v. United States*, 356 U. S. 1, 356 U. S. 5 (1958); *Associated Press v. United States*, 326 U. S. 1, 326 U. S. 12 (1945); *Fashion Originators' Guild of America, Inc. v. FTC*, 312 U. S. 457, 312 U. S. 465-468 (1941); y especialmente *FTC v. Superior Ct. TLA*, 493 U.S. 411 (1990)), mientras que, en otras, se sancionan como un tipo de cartel o acuerdo horizontal entre competidores (es el caso, por ejemplo, de las decisiones de la Comisión Europea de fecha 23 de julio de 1974 –caso *Papiers peints de Belgique*, DOCE N° L 237/3 de 29.8.74– y de fecha 21 de octubre de 1998 –caso *tubos preaislados*, DOCE N° L 24/1 de 30.1.1999);

Centésimo. Que a juicio de este Tribunal la calificación jurídica antes citada resulta plenamente aplicable a los hechos acreditados en autos, toda vez que la ACHAP, junto con sus directivos involucrados y las agencias de publicidad que siguieron activamente el llamado a no participar en las licitaciones de METRO y TRANSBANK -cuya participación se establecerá más adelante-, incurrieron por esa vía en un boicot colectivo que reunió características tanto defensivas (al intentar poner fin a una práctica comercial que no era de su agrado) como predatorias (al pretender que las

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

licitaciones de campañas publicitarias se ciñeran a determinadas reglas dictadas por esa asociación gremial), que impedía, restringía o entorpecía la libre competencia o era objetivamente idóneo para producir dichos efectos, de tal forma que el intento de hacer fracasar los procesos de licitación analizados en autos, junto con la imposición en dichas licitaciones de términos y condiciones más favorables para las requeridas – que, como se ha dicho, fueron calificadas así como conductas separadas por la FNE – no son sino la manifestación y las vías utilizadas para constituir e implementar una única conducta, consistente en el boicot colectivo del que se ha venido hablando;

Centésimo primero. Que es preciso dejar establecido que el carácter ilícito del boicot colectivo no sólo tiene su fundamento en la doctrina, sino en el mismo artículo 3º del D.L. N° 211, ya citado, pues tales conductas (i) consistieron en un acuerdo expreso entre competidores (las agencias de publicidad reunidas en la ACHAP que participaron en las conductas); (ii) otorgaron algún grado de poder de mercado a quienes concurren a las mismas; (iii) tuvieron por objeto fijar determinadas condiciones de comercialización (la forma en que se deben realizar las licitaciones); y, (iv) alteraron o a lo menos tendieron a alterar el resultado de procesos de licitación, impidiendo, restringiendo o entorpeciendo la libre competencia o, al menos, tendiendo a producir dichos efectos, tal como se demostrará más adelante en esta sentencia al analizarse el mercado relevante;

Centésimo segundo. Que, a mayor abundamiento, tanto la jurisprudencia de este Tribunal como de la Excm. Corte Suprema han sido consistentes en señalar que: (i) *“la conducta colusiva para que se verifique no necesita desencadenar un resultado gravoso para el sujeto pasivo de la actividad desplegada, de manera que por el solo hecho de existir la concertación y que ésta busque modificar la conducta de un agente del mercado con el fin de obtener por parte de quienes deciden coludirse un beneficio de índole patrimonial, no puede ser sino tomado como un atentado contra los principios básicos que sustentan las normas que por medio del Decreto Ley N° 211 se buscan salvaguardar, esto es, la igual oportunidad para que todos y cada uno de los agentes de un mercado (...) compitan en igualdad de condiciones, manteniéndose la transparencia del mismo para cada uno de los actores que en él intervienen”*; y, (ii) que los requisitos para que se entienda configurado un ilícito de colusión son la existencia de un acuerdo, su objetivo, la aptitud objetiva de dicho acuerdo para producir algún efecto contrario a la libre competencia, pudiendo ser éste concreto o sólo potencial, y la voluntad y decisión conjunta de llevar a cabo el acuerdo; elementos todos que, tal como se ha visto, concurren en el caso de autos, tornando en ilícitas las conductas acreditadas;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Centésimo tercero. Que incluso es posible indicar que, según la doctrina, la circunstancia de que el acuerdo alcanzado en el seno de una asociación gremial sea obligatorio para sus asociados ni siquiera sería un requisito para entender configurada una conducta de colusión por parte de una asociación gremial como la ACHAP, bastando para ello que esa decisión haya sido adoptada “*con el objeto o efecto de afectar o influenciar el comportamiento comercial de los miembros de la asociación*”. En el mismo sentido, se ha dicho que “*un acuerdo entre competidores será tal incluso si no explícita en detalle la conducta a ser seguida, bastando para ello el establecimiento de un marco general bajo el cual las partes del acuerdo deban dejar de operar independientemente*” (Nikpay, A., Kjolbye, L. y Faull, J. (2007). “Article 81”, en J. Faull y A. Nikpay, A. (Eds.). *The EC Law of Competition*, Oxford, párrafos 3.101 y 3.50, respectivamente). En consecuencia, sea que se adopte un criterio más estricto o menos estricto para la determinación de la concurrencia de los requisitos de existencia de un acuerdo colusivo –en este caso, en su forma de boicot colectivo- en ambos supuestos los hechos del caso de autos constituyen dicho ilícito;

Centésimo cuarto. Que, por otra parte, cabe referirse a la tercera imputación de la FNE a las requeridas, esto es, a la de haberse coludido para repartirse el mercado de las licitaciones. Al respecto, en opinión de este Tribunal no concurren en la especie los elementos necesarios para calificar los hechos probados en autos como constitutivos de un reparto de mercado, principalmente porque las conductas denunciadas y acreditadas en autos no eran idóneas para repartir o asignar, mediante algún mecanismo o patrón de asignación preestablecido, entre las agencias asociadas a ACHAP, las licitaciones de METRO, TRANSBANK, UDP u otra;

Centésimo quinto. Que, en efecto, de los hechos acreditados puede apreciarse que, para limitar el número de participantes en las licitaciones en cuestión, se utilizó el sistema de sorteo que, en la especie, no permite configurar esta infracción, toda vez que las licitaciones en cuestión estaban basadas en criterios cualitativos o subjetivos de selección y eran los avisadores quienes decidieron a quién adjudicar sus licitaciones. Ello permite descartar que los hechos acreditados puedan ser calificados como un reparto de mercado por lo que, desde luego, se rechazará el requerimiento de la FNE en lo relativo a esta conducta, de modo que, en lo que sigue, esta sentencia se centrará en analizar el boicot colectivo al que se ha hecho referencia;

Centésimo sexto. Que, por consiguiente, corresponde ahora determinar cuál fue la intervención específica de cada uno de los requeridos en el boicot colectivo en cuestión, a fin de establecer si son o no partícipes en el mismo, y en qué grado;

7. Participación de las requeridas en la conducta acreditada en autos.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Centésimo séptimo. Que en primer lugar debe dejarse establecido que la ACHAP, en tanto persona jurídica, es susceptible a juicio de este Tribunal de participar en actos restrictivos de la libre competencia, en la medida que los realice por medio de decisiones y medidas de ejecución adoptadas por sus órganos de administración. En la especie, el directorio de la ACHAP adoptó por la unanimidad de sus miembros presentes la decisión de proponer su Código de Buenas Prácticas y de dar una señal a los avisadores mediante el expediente de enviar una carta a METRO y a TRANSBANK sugiriendo que se optase por limitar el número de participantes en las licitaciones en curso; decisión que JOSÉ MANUEL SILVA, en su calidad de presidente del directorio, se dedicó a implementar mediante llamados telefónicos, correos electrónicos y reuniones con los asociados de la ACHAP y METRO, invitando a los asociados a no participar en esa licitación. Asimismo, JOSÉ MANUEL SILVA envió la referida carta también a la UDP, con el mismo propósito;

Centésimo octavo. Que cabe señalar que, tal como ha sido acreditado, la correspondencia y las acciones llevadas a cabo por JOSÉ MANUEL SILVA estuvieron en permanente conocimiento de todos los miembros del directorio de ACHAP, quienes fueron copiados o informados de las mismas a medida que se fueron desarrollando, sin oponerse ni llevar a cabo conducta alguna destinada a impedirlos. Incluso más, en todos los casos –con la sola excepción del Director Sr. Samuel Benavente Meza, quien se habría manifestado renuente respecto de las gestiones de JOSÉ MANUEL SILVA antes mencionadas (fojas 30, C 13)– los directores en sus correos electrónicos alentaron y apoyaron las acciones desarrolladas por JOSÉ MANUEL SILVA. Lo anterior, en circunstancias que, a juicio de este Tribunal, por su cargo y posición tenían el deber de poner fin a las actividades del Presidente de la asociación, toda vez que éstas no sólo se desviaron del propósito inicial establecido en el acuerdo de directorio de fecha 15 de abril de 2008, sino que se apartaron del objeto propio de la asociación gremial en cuestión. Por otra parte, si bien es efectivo que en una sesión de directorio posterior –de fecha 30 de abril de 2008- se puso término al acuerdo de 15 de abril del mismo año, este Tribunal es de la opinión que dicho término resultó inoportuno y que, muy probablemente, estuvo motivado por el inicio de la investigación de la FNE. Es por estas razones, entonces, que debe entenderseles como partícipes en el boicot colectivo bajo análisis, lo que obligará a determinar su responsabilidad en tales hechos;

Centésimo noveno. Que de lo anterior se aprecia que, si bien se trata de un mismo conjunto de hechos, la responsabilidad de las personas naturales que intervinieron en ellos debe calificarse de forma separada respecto de la que pueda determinarse para la persona jurídica en la que participan, toda vez que el tenor de la

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

ley es claro al respecto, en cuanto el propio D.L. N° 211 –tal como ya se ha dicho– señala en su artículo 26, inciso segundo, letra c), que las multas que corresponda aplicar en un caso contencioso como el de autos “*podrán ser impuestas a la persona jurídica correspondiente, a sus directores, administradores y a toda persona que haya intervenido en la realización del acto respectivo*”; señalando la misma norma a continuación que otra cosa distinta es que, “*(e)n el caso de las multas aplicadas a personas jurídicas, responderán solidariamente del pago de las mismas sus directores, administradores y aquellas personas que se hayan beneficiado del acto respectivo, siempre que hubieren participado en la realización del mismo*”;

Centésimo décimo. Que de lo anterior se desprende que la ley ha estimado necesario distinguir entre la participación y responsabilidad de las personas naturales que forman parte de un órgano de administración, por un lado, de aquellas de la persona jurídica misma, por otro, permitiendo de esta forma imponer multas a unas y a otra por separado, cuestión esta última que lleva lógicamente implícito el hecho de que han nacido a la vida jurídica responsabilidades distintas, y que ello sucede únicamente cuando la persona natural concurre con su voluntad al surgimiento o a la ejecución de un acto o conducta de la persona jurídica respectiva, que finalmente es considerado contrario a la libre competencia y, por ende, ilícito; o cuando esa persona natural, por omisión y falta a sus deberes de administración, permite o tolera a sabiendas que dicho acto surja o se ejecute. En este orden de cosas, cualquier persona natural que participe en actos de una persona jurídica podrá verse liberada de su propia responsabilidad individual en la medida que no concurra a la instancia misma de decisión corporativa o que, haciéndolo, se oponga a la iniciativa ilícita sometida a su deliberación y votación, o se oponga con posterioridad a su ejecución;

Centésimo undécimo. Que, como consecuencia de lo anterior, se hace necesario analizar la participación en las conductas antes mencionadas tanto del Presidente Ejecutivo de ACHAP como de sus directores, a fin de establecer si mediante su actuar generaron una decisión atribuible a la propia ACHAP, y de determinar sus propias participaciones individuales. Acto seguido, corresponderá revisar las participaciones de las demás requeridas;

Centésimo duodécimo. Que, así, en lo que respecta a la ACHAP, esta asociación gremial, por medio de su directorio, adoptó el acuerdo que dio origen al boicot colectivo reprochado. Lo anterior, en sesión de directorio de fecha 15 de abril de 2008 (fojas 946), cuya acta fue aprobada por unanimidad en la sesión siguiente, de 30 de abril de 2008 (fojas 950). Por ello, no asiste duda alguna a este Tribunal que la ACHAP debe ser considerada como partícipe en la conducta ilícita materia de autos, con

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

independencia de las personas que conformaban sus órganos de dirección y administración;

Centésimo decimotercero. Que, en lo que respecta a JOSÉ MANUEL SILVA, es preciso señalar que implementó el acuerdo de directorio y es por lo tanto, también, participe en las conductas materia de autos. Cabe precisar que, no obstante que su actuar fue más allá del alcance del acuerdo del directorio, en sus términos originales, sus actos de implementación fueron apoyados y respaldados por el Directorio y por los miembros de la asociación gremial. Por lo tanto, no puede afirmarse que hubiese actuado a título personal, como pretenden éste, los directores y la ACHAP en su contestación;

Centésimo decimocuarto. Que, por su parte, y en lo que respecta a los directores de ACHAP requeridos en autos, cabe tener presente que lo reprochable a su respecto no es su concurrencia a la respectiva sesión de directorio o a la adopción del acuerdo de fecha 15 de abril, sino la circunstancia de que estuvieron en permanente conocimiento de las gestiones posteriores realizadas por el Sr. JOSÉ MANUEL SILVA, por medio de las cuales ese acuerdo fue implementado, incluso más allá de su alcance original, y nada hicieron para evitar o impedir que lo acordado deviniera en el boicot colectivo reprochado. Por el contrario, salvo en el caso del Sr. Benavente, como ya se ha dicho, todos los directores de ACHAP requeridos en autos –incluido el Sr. Fontaine– apoyaron, y alentaron las acciones de implementación de JOSÉ MANUEL SILVA. Así lo hicieron los directores Srs. (i) Cristián Frederick Aldunate; (ii) Rodrigo Fontaine Cox; (iii) Cristián Lehuedé Bromley; (iv) Agathe Porte Lemoine; (v) Sergio Rosenbaum O'Brien; (vi) Tomás Sánchez Arriagada; y, (vii) Ignacio Unzueta Döll. Por las razones antes indicadas, los siete directores señalados deben ser considerados partícipes en tales conductas;

Centésimo decimoquinto. Que, por otra parte, la circunstancia de que el acuerdo original fue dejado sin efecto en sesión de fecha 30 de abril de 2008 (fojas 950) no exculpa a los señalados directores, toda vez que dicha revocación fue tardía y muy probablemente motivada por la investigación iniciada en su contra por la FNE;

Centésimo decimosexto. Que, finalmente, en cuanto a la participación de las demás requeridas en los hechos, particularmente de las agencias miembros de ACHAP, es posible distinguir –y descartar por las razones que se desarrollan en las consideraciones siguientes– la participación de aquellas que se encuentran en alguna de las siguientes categorías: (i) empresas que no tienen la calidad de agencia de publicidad creativa y que, por lo tanto, no forman parte del mercado relevante; (ii) agencias de publicidad que no fueron invitadas o convocadas a ninguna de las

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

licitaciones privadas materia de autos (METRO, TRANSBANK o UDP); y,(iii) agencias convocadas a una o más de las licitaciones, que justifican su rechazo a la invitación o su retiro de los procesos licitatorios entonces en curso, en la circunstancia de haber adoptado decisiones autónomas o independientes de las de sus competidores o de la recomendación de ACHAP;

Centésimo decimoséptimo. Que, asimismo, debe considerarse un cuarto subconjunto de requeridas, integrado residualmente por aquellas agencias convocadas a una o más de las licitaciones materia de autos, y que fueron partícipes del sorteo por medio del cual se pretendió reducir el número de agencias participantes en cada licitación; estos casos serán analizados agencia por agencia, clasificadas en la forma que se indicará en su oportunidad;

Centésimo decimoctavo. Que, en la primera de las categorías señaladas –esto es, personas que no participan en el mercado relevante– se encuentra EEL (TANGO), quien no forma parte del mercado relevante, toda vez que no presta servicios de publicidad creativa. Por consiguiente, resulta imposible que haya podido coordinarse con las restantes requeridas –con quienes no compete- o que, de haberlo hecho, ello haya supuesto un atentado a la libre competencia. Por esta razón, se rechazará el requerimiento en su respecto;

Centésimo decimonoveno. Que en la segunda condición o categoría –esto es, agencias de publicidad que no fueron invitadas o convocadas a ninguna de las licitaciones privadas materia de autos–, se encuentran ALDEA, ARMSTRONG, A&L, CREART, DDB, ENERGÍA, DRAFTFCB+IDB, LEO BURNETT, PUBLICIS UNITROS, PUERTO, RNL, RPP, SB, SEPIA, WZ, ZEBRA y EEL (TANGO), esta última ya descartada por las razones expresadas en la consideración precedente. Ninguna de ellas fue convocada a alguna de las licitaciones materia de autos, salvo el caso de ALDEA, quien fue invitada a la de la UDP pero a quien, posteriormente, le fue retirada la invitación. La intervención de estas requeridas por medio de los correos de respuesta a aquellos enviados por JOSÉ MANUEL SILVA en relación con la licitación de METRO, debe entenderse a juicio de este Tribunal como una manifestación de apoyo a una iniciativa gremial o de solidaridad con el descontento de las agencias frente a prácticas de los avisadores que convocan a muchas agencias en sus procesos de licitación, y ello incluso en el caso de respuestas que contienen referencias más o menos explícitas de apoyo al procedimiento seguido por ACHAP frente a la licitación de METRO, como es el caso de la de DDB, LEO BURNETT y PUERTO, o que se refirieron única o adicionalmente a casos futuros o inciertos, como es el caso de la de ENERGÍA y RPP. Lo anterior, toda vez que estas agencias no se encontraban en posición de imponer condiciones, de hacer fracasar o de repartirse una licitación

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

privada a la que no habían sido invitadas y, menos aún, a una licitación que todavía no existía, por lo que no podían haber participado en el boicot colectivo de autos. Adicionalmente, una mera respuesta positiva o expresión de ánimo en un correo electrónico, sin una acción posterior, no constituye en este caso evidencia suficiente como para que este Tribunal pueda tener por acreditado que quien la emitió lo hizo con el objeto y efecto de formar parte de dicho boicot. Por esta razón, se rechazará el requerimiento en su respecto;

Centésimo vigésimo. Que, por su parte, y respecto del tercer y cuarto grupo de agencias identificado por este Tribunal, que comprende a las agencias convocadas a una o más de las licitaciones materia de autos, a continuación se establecerá, para cada una de tales licitaciones: (i) las agencias que no participaron o dejaron de participar en las mismas, contando con una justificación o explicación alternativa al boicot colectivo; (ii) las agencias que no participaron o dejaron de participar en dichas licitaciones, sin contar para ello con una justificación alternativa al boicot colectivo; y, (iii) las agencias que participaron en las respectivas licitaciones conformando su actuar al boicot colectivo y enfrentando así a un número menor de competidores que aquel que habrían enfrentado de no mediar el señalado boicot. En la licitación de METRO, este último grupo incluirá el caso de tres agencias que habían desistido de participar, conformando su actuar al boicot, pero que finalmente participaron al haber éste quedado sin efecto;

7.1. Licitación de METRO

Centésimo vigésimo primero. Que, con respecto a la licitación convocada por METRO, este avisador convocó a trece agencias a participar: 180°, BBDO, D&U, EURO, JWT, LECHE, LOWE PORTA, McCann, PROLAM, PROMOPLAN, PROXIMITY, WUNDERMAN y una agencia que no forma parte de la ACHAP: BASE 1. Nueve de esas agencias presentaron ofertas: 180°, BBDO, EURO, JWT, McCann, PROLAM (propuesta acompañada a fojas 6003), PROMOPLAN, PROXIMITY y la agencia BASE 1 que no pertenece a ACHAP. Resultó adjudicada 180°. Se observa que en el sorteo realizado por ACHAP no fueron seleccionadas BBDO, McCann y PROLAM, pero que estas agencias igualmente participaron en la licitación;

Centésimo vigésimo segundo. Que, entonces, es preciso analizar primeramente, las razones por las cuales no participaron o se retiraron del proceso D&U, LECHE, LOWE PORTA y WUNDERMAN;

Centésimo vigésimo tercero. Que en el caso de LECHE, consta en autos que esta agencia declinó participar en la licitación de METRO desde un comienzo, que no asistió a la presentación del *brief*, y que ya el 11 de abril de 2008 envió un mail

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

manifestando a METRO que no participaría en la licitación (fojas 198 del C 12), sin perjuicio de remitir la correspondiente carta formal con bastante posterioridad. Así consta además de la declaración prestada por Álvaro Caballero ante la Fiscalía Nacional Económica agregada a fojas 29 del Tomo XII de los documentos confidenciales exhibidos por la FNE a fojas 4654, y del acta de sesión de directorio de METRO agregada a fojas 21 del cuaderno de documentos confidenciales exhibidos por la FNE a fojas 4829. Señala esta última que LECHE declinó participar, indicando no tener capacidad para afrontar adecuadamente el proceso, pues participaba en otros en ese momento;

Centésimo vigésimo cuarto. Que, por lo tanto, no es posible establecer que la decisión de LECHE de no participar en la licitación de METRO tuviese relación o fuese producto de algún concierto de voluntades con sus competidores que, por lo demás, sólo comenzó a gestarse recién el 15 de abril, por lo que el requerimiento de autos no podrprosperar en su contra en lo que respecta a esta licitación;

Centésimo vigésimo quinto. Que, por su parte, LOWE PORTA no asistió a la reunión del 10 de abril en la que METRO presentó el *brief*, y no consta que haya enviado correos o cartas a METRO aceptando o rechazando la invitación, bajándose del proceso o excusando la no presentación de una oferta. La participación de este avisador en lo concerniente a la licitación de METRO se redujo a contestar el correo de ACHAP manifestando que seguirá su postura y a acudir a la reunión sostenida en oficinas de ACHAP el 24 de abril, donde consta que declinó participar de dicha licitación;

Centésimo vigésimo sexto. Que, en su contestación, LOWE PORTA señaló que desde un comienzo no se interesó por la cuenta de METRO debido a que tenía la impresión de que METRO era un mal pagador, porque estaban con una excepcional carga de trabajo y, por último, porque el gerente general de LOWE PORTA estaba en aquel tiempo fuera de Chile;

Centésimo vigésimo séptimo. Que, sin perjuicio de que LOWE PORTA asistió a la reunión en ACHAP en la que se seleccionaron a las agencias que participarían en la licitación de METRO, existen antecedentes de que su decisión de no participar en esa licitación estaba tomada con anterioridad y en forma independiente a dicho acuerdo. Así, consta que LECHE había compartido con LOWE PORTA la idea de que METRO era un mal pagador en el correo de 9 de abril (fojas 5193), lo que fue señalado también por su representante en la declaración que prestó ante la FNE (fojas 5189) y es consistente con el hecho de que no asistió a la presentación del *brief* de METRO, de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

modo que no renunció a dicho proceso sino que, más bien, nunca habría participado en el mismo;

Centésimo vigésimo octavo. Que, por lo tanto, no es posible establecer que la decisión de LOWE PORTA de no participar en la licitación de METRO tuviese relación o fuese producto de algún concierto de voluntades con sus competidores, por lo que este Tribunal estima que esta agencia en particular no tuvo participación en los hechos relativos a la licitación de METRO;

Centésimo vigésimo noveno. Que, en lo que respecta a WUNDERMAN, esta agencia tampoco asistió a la presentación del *brief* de METRO y además no existe evidencia de que hubiese contestado alguno de los correos enviados por ACHAP o por su Presidente Ejecutivo, manifestando su apoyo a alguna iniciativa colectiva. Tampoco aparece copiada en los correos por medio de los cuales, posteriormente, ACHAP convocó a reunión para seleccionar a las agencias que participarían en esta licitación, ni en el que se comunican los resultados de esta última, de modo que no es posible presumir siquiera que haya participado en esa reunión o que su desinterés en la licitación de METRO a la que había sido invitada hubiese estado motivado por alguna forma de acuerdo con sus competidores;

Centésimo trigésimo. Que, por lo tanto, no es posible establecer que la decisión de WUNDERMAN de no participar, desde un comienzo, en la licitación de METRO tuviese relación o fuese producto de algún concierto de voluntades con sus competidores al que se hubiere llegado con posterioridad. A mayor abundamiento, y dado que esta agencia no tuvo participación alguna en los hechos descritos en el requerimiento que no sea haber sido invitada a la licitación de METRO y recibir la documentación respectiva, y dado que, como se verá, tampoco participó en los procesos de TRANSBANK o UDP, el requerimiento en su contra debe desde luego rechazarse;

Centésimo trigésimo primero. Que, en segundo lugar, con respecto a D&U, consta en autos que esta agencia participó en la reunión en que METRO presentó el *brief* a las convocadas, celebrada el 10 de abril, que apoyó la iniciativa de ACHAP de sugerir al avisador reducir el número de agencias que presentarían campañas completas y que, posteriormente, se sometió y acudió a la reunión sostenida en oficinas de ACHAP el 24 de abril, donde se eligieron a las agencias que participarían en la licitación de METRO, en el entendido de que las que no fuesen seleccionadas renunciarían a tales procesos. Consta asimismo que D&U no fue seleccionada para seguir participando;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Centésimo trigésimo segundo. Que, también está demostrado que D&U declinó participar o seguir participando en el proceso de METRO mediante carta fechada 5 de mayo de 2008 (fojas 1422), donde señaló que decidió no acudir a la invitación ni formar parte del mismo porque se encontraba participando en otros tres procesos de licitación iniciados con anterioridad, porque sus principales clientes exhibían un intenso panorama de actividad publicitaria y por otras situaciones particulares de la compañía; todo lo cual no le permitía enfrentar esta licitación de la forma que la relevancia y tamaño de METRO se merecen;

Centésimo trigésimo tercero. Que las circunstancias invocadas en esa carta no se encuentran debidamente acreditadas por los documentos acompañados por D&U, específicamente a fojas 1423 y 5734. En efecto, esos documentos dan cuenta de licitaciones, cotizaciones y servicios prestados en la época, pero nada informan respecto de su excepcionalidad o exceso en relación con otros períodos de trabajo;

Centésimo trigésimo cuarto. Que, por lo tanto, no hay en el caso de D&U una explicación alternativa a su decisión de no participar, que no sea la circunstancia de no haber sido seleccionada en el mencionado sorteo y de haberse comprometido con sus competidores a renunciar al proceso, por lo que este Tribunal estima que esta agencia en particular tuvo participación en el boicot colectivo de autos;

Centésimo trigésimo quinto. Que, por último, en el caso de la licitación de METRO, las agencias que participaron en la misma conformando su actuar al boicot por medio del cual se decidió colectivamente que lo harían, enfrentando así a un número menor de competidores que aquel que habrían enfrentado de no mediar el señalado boicot, son: 180°, EURO, JWT, PROMOPLAN y PROXIMITY. En efecto, estas son las cinco agencias sorteadas en la reunión celebrada en oficinas de ACHAP el 24 de abril de 2008, y que presentaron ofertas en la licitación de METRO, según consta del archivador de documentos reservados exhibidos por METRO a fojas 4829. Cabe además precisar que EURO, aunque no asistió a la reunión en la que se llevó a cabo el referido sorteo, excusándose de hacerlo por tener otro compromiso, demostró tácitamente su conformidad con el procedimiento adoptado al no objetarlo en modo alguno;

Centésimo trigésimo sexto. Que como ya se dijo, existen asimismo tres agencias que, sin haber sido sorteadas en la señalada reunión, igualmente presentaron ofertas en ella: BBDO, McCann y PROLAM;

Centésimo trigésimo séptimo. Que, en relación con la conducta de estas tres agencias, cabe tener presente que, a lo menos tácitamente, consintieron en el boicot

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

colectivo destinado a reducir el número de participantes, ya que tanto BBDO como McCann asistieron a la reunión de 24 de abril donde se decidieron las agencias que participarían (sin haber sido sorteadas para hacerlo). Por su parte, si bien PROLAM no asistió a esa reunión, respondió a la citación mediante correo de 24 de abril dirigido a las agencias convocadas a una o ambas licitaciones (METRO y TRANSBANK) señalando: *“muy bien. Yo no puedo ir, pero confío plenamente en los resultados que ACHAP informe. Tomás”* (Fojas 117 C 15 de los documentos exhibidos por la FNE a fojas 4065);

Centésimo trigésimo octavo. Que, asimismo, se debe tener presente que, a la fecha en que presentaron sus ofertas, esto es, el 7 de mayo, era sabido que la FNE se encontraba investigando los hechos (según consta del correo de 28 de abril, a fojas 296, C 15 de los documentos exhibidos por la FNE a fojas 4065) y que, como consecuencia de ello, con fecha 30 de abril de 2008, el Directorio de ACHAP había adoptado el acuerdo de comunicar a los asociados que se dejaba sin efecto el acuerdo del día 15 de abril, y de instruir a JOSÉ MANUEL SILVA que así lo comunicara a los asociados y llevara a cabo las gestiones necesarias para que la licitación de METRO se realizara bajo las condiciones de competencia y demás términos que unilateralmente decidiera dicha compañía (fojas 5086);

Centésimo trigésimo noveno. Que, en efecto, dos de los directores que asistieron a esa reunión de 30 de abril son representantes de BBDO y PROLAM. Por su parte, McCann también lo supo porque otro director de ACHAP se lo comunicó, tal como señaló su representante ante la FNE (fojas 47 del Tomo 12 de los documentos reservados exhibidos por la FNE a fojas 4654);

Centésimo cuadragésimo. Que, en razón de lo anterior, es posible concluir que estas tres requeridas participaron y concurrieron con su voluntad al boicot que se cuestiona en autos, y que la circunstancia de que finalmente participaran y presentaran ofertas, actuando en contra de lo decidido en el sorteo, no se debió a su falta de participación en los hechos, sino sólo a la circunstancia de que los efectos del boicot en cuestión fueron frustrados por el inicio de la investigación de la FNE. Por ello, estas tres agencias serán consideradas partícipes en el boicot colectivo en cuestión;

7.2. Licitación de TRANSBANK

Centésimo cuadragésimo primero. Que, en cuanto a la licitación de TRANSBANK, este avisador convocó a ocho agencias, todas miembros de ACHAP y requeridas en autos: 180°, BBDO, JWT, LECHE, LOWE PORTA, McCann, OGILVY y PROLAM. Tres de esas agencias presentaron propuestas: 180°, BBDO y LECHE, resultando adjudicada esta última. Se observa que en el sorteo realizado en dependencias de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

ACHAP se había decidido que, además de las tres antes indicadas, participaran OGILVY y PROLAM, pero que tales agencias no participaron en esta licitación;

Centésimo cuadragésimo segundo. Que, entonces, es preciso analizar las razones por las cuales no participaron o se retiraron del proceso JWT, LOWE PORTA, McCann, OGILVY y PROLAM;

Centésimo cuadragésimo tercero. Que, primeramente, según consta en autos, OGILVY había sido seleccionada en el respectivo sorteo realizado por ACHAP para participar en esta licitación pero, en definitiva, no presentó propuesta en la misma. Consta asimismo que OGILVY renunció al proceso según carta enviada el 7 de mayo de 2009 (fojas 118 del cuaderno de documentos reservados de TRANSBANK) porque se adjudicó la cuenta de una tarjeta de *retail* (Tarjeta Más, de Cencosud) que era incompatible o generaba conflicto de interés con Redcompra (de TRANSBANK), circunstancia que, en opinión de este Tribunal, revela que esta agencia tomó la decisión de no participar independientemente de cualquier acuerdo con sus competidores, por lo que se estima que esta agencia en particular no tuvo participación en los hechos denunciados, por lo que el requerimiento en su contra será rechazado;

Centésimo cuadragésimo cuarto. Que, en segundo lugar, en lo que respecta a JWT, esta agencia solicitó ser invitada a la licitación de TRANSBANK, confirmó su participación en ella y firmó el correspondiente acuerdo de confidencialidad con fecha 14 de abril de 2008 (fojas 21 y siguientes de los documentos exhibidos por TRANSBANK a fojas 4849). Asimismo, JWT fue quien informó a ACHAP que se estaba realizando esta licitación, según correo enviado por Clemente González a JOSÉ MANUEL SILVA con fecha 16 de abril (fojas 300, C 12), frente a lo cual ACHAP envió a TRANSBANK un correo -análogo al que se había enviado a METRO- donde se proponía realizar una preselección sobre la base de la presentación de credenciales, para pedir a solo tres agencias que realizaran el trabajo completo y remunerarlas por ello. Luego, JWT también asistió a la reunión convocada por ACHAP para seleccionar a las agencias que participarían en esta licitación. No obstante, no fue seleccionada;

Centésimo cuadragésimo quinto. Que, entonces, y atendido el compromiso de renuncia adoptado, con fecha 24 de abril de 2008 JWT remitió una carta rechazando la invitación a participar o, más precisamente, retirándose del proceso de TRANSBANK (fojas 110 fojas 110 del cuaderno de documentos exhibidos por TRANSBANK a fojas 4849). La excusa dada en esa carta, en cuanto a que tenía otros compromisos prioritarios, simplemente no es consistente con el hecho de que JWT había solicitado previamente su incorporación entre los invitados. La otra consideración incluida en esa carta-esto es, que el número de invitados hacía muy costosa la participación- coincide

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

con las razones que motivaron el boicot que se cuestiona en autos, de modo que no constituye una explicación alternativa a éste. Por último, JWT señaló en su contestación que renunció a participar frente a la decisión libre y espontánea de TRANSBANK de racionalizar su proceso;

Centésimo cuadragésimo sexto. Que en relación con esto último cabe tener presente que, de acuerdo con lo que señala Viviana Frola (de TRANSBANK) en declaración prestada ante la FNE (fojas 1 de la carpeta 1 de documentos presentados por la FNE), TRANSBANK consideró razonable flexibilizar su proceso, pero manteniendo el número de agencias invitadas. Señala que *“(e)ntonces, para flexibilizar, les pedimos en una primera etapa sus credenciales y por lo menos una campaña relacionada con Redcompra. Para una segunda etapa irían solo las tres seleccionadas y les pediríamos lo que les habíamos pedido al principio a todas”*. Viviana Frola se refería a que, en principio, se había pedido estrategia de marca, campañas creativas 2008, estrategia de medios 2008 y lineamientos 2009 a todas las invitadas (ver Bases de fojas 1 del cuaderno de documentos reservados exhibidos por TRANSBANK a fojas 4849), lo que en sus propias palabras señala *“...encontramos razonable que para 8 agencias era pedir mucho. Además así les hacíamos ver que los entendíamos, pero que no podíamos cambiar nuestro proceso. Queríamos darles la señal de que encontrábamos razonable lo que querían hacer, o sea, razonable la sugerencia. Lo razonable era disminuir los requerimientos de información, pero el tema de las tres agencias en realidad no porque si llamas a tres agencias, se te puede caer alguna”*;

Centésimo cuadragésimo séptimo. Que, entonces, sin parecerle suficiente la sola presentación de credenciales, sino al menos una campaña en la preselección, y sin reducir el número de agencias invitadas o sin *“bajar a ninguna agencia”*, TRANSBANK accedió a modificar su proceso, disminuyendo los requerimientos de información en una primera etapa y determinando que sólo tres serían seleccionadas para una fase final. Así consta en el documento denominado *“Complemento y Cambio de Bases para Propuestas de Servicios Publicitarios y de Medios para Redcompra”*, que está agregado a fojas 114 del cuaderno de documentos exhibidos por TRANSBANK a fojas 4849);

Centésimo cuadragésimo octavo. Que, sin embargo, lo acordado con TRANSBANK según Viviana Frola no coincide exactamente con lo que JOSÉ MANUEL SILVA señaló a las agencias que TRANSBANK había propuesto. Así, por un lado, Viviana Frola señaló en su declaración ante la FNE (ya mencionada) que Ricardo (Blümel) estuvo encargado de comunicar la propuesta a ACHAP y que *“(e)l 23 nos enteramos que seguían complicados, que como Achap no sabían si tomar esta postura*

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

o no. Finalmente decían que iban a ver cómo solucionar el problema. Nosotros le dijimos que ellos tomaran la decisión pero que nosotros íbamos a seguir adelante, nosotros no íbamos a bajar a ninguna agencia”. Por su parte, en su correo de 23 de abril de 2008 (fojas 55, C 15) dirigido por JOSÉ MANUEL SILVA a las agencias convocadas a la licitación de TRANSBANK, JOSÉ MANUEL SILVA les señala “Me llamó el cliente para negociar lo siguiente: El ha cedido su posición quedando la propuesta en lo siguiente y que someto a su aprobación: 1.- Transbank acepta disminuir la cantidad de agencias que participen a sólo 5 agencias en una primera instancia. Estas deberán presentar 1 pieza (por definir). 2.- El cliente nos traspasa el problema para que, en definitiva, sea la propia industria la que decida el short list. Al respecto, como un aporte a la causa, PORTA se bajaría en esta circunstancia, con lo que el número total de participantes sería 5, incluido Leche como agencia actual y defensora. 3.- Entre las agencias convocadas habría que encontrar un mecanismo para resolver como llegar a 4. Creo incluso que podríamos sugerir que sean 3 más Leche, si bien el cliente quiere que sean 4 más Leche. 4.- La siguiente etapa y final es la selección de 3 agencias que compiten en creatividad, estrategia, etc. tal como estaba contemplado en el formato original definido por el cliente 5.- El cliente definitivamente no está dispuesto a partir de cero y estima que su propuesta es lo máximo que puede dar y que de esta manera se estarían salvando todas las contingencias por ambas partes. Estimados, la decisión final es de Uds. El tema ya se ha agotado y hay que resolver y votar. Sugiero, como es la primera licitación bajo esta nueva política, que no sería malo aparecer públicamente que se llegó a buen término en forma satisfactoria para ambas partes. Para mayor transparencia, si están de acuerdo, necesito su V°B° a esta propuesta. Quedo a la espera de sus comentarios. La forma de cómo elegir sería desde moneda al aire a otro sistema más inteligente. Acepto sugerencias. Cordialmente, José Manuel Silva.”;

Centésimo cuadragésimo noveno. Que de lo expuesto no es posible dar por establecido haya delegado en ACHAP la definición de una lista corta (“short list”) para tal efecto, como expresó JOSÉ MANUEL SILVA en su correo, pues resulta incoherente con lo señalado por Viviana Frola en cuanto a que ellos no iban a bajar a ninguna agencia, esto es, a excluirlas del proceso. De hecho, a propósito de las renunciaciones de JWT, LOWE PORTA y McCann, manifestó que “(a) contar del jueves o viernes 25 de abril de 2008, llegan 3 cartas de 3 agencias que se bajan. (...) Las cartas aludían a que tenían mucho trabajo y por lo tanto no iban a poder hacer frente a la licitación. Nos quedamos con 5 agencias” y, agrega, “(d) decidimos seguir adelante con las que teníamos”, lo que puede naturalmente entenderse como que, antes de esas renunciaciones, TRANSBANK no tenía decidido seguir adelante con solo 5 agencias;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Centésimo quincuagésimo. Que, por lo tanto, no hay, en el caso de JWT una explicación alternativa a su decisión de no participar, que no sea la circunstancia de no haber sido seleccionada en el mencionado sorteo y haberse comprometido con sus competidores a renunciar al proceso, por lo que este Tribunal estima que esta agencia en particular tuvo participación en los hechos denunciados en relación con la licitación de TRANSBANK;

Centésimo quincuagésimo primero. Que, en lo que respecta a LOWE PORTA, esta agencia solicitó ser invitada a la licitación de TRANSBANK, confirmó su participación en ella y firmó el correspondiente acuerdo de confidencialidad con fecha 10 de abril de 2008 (fojas 41 y siguientes de los documentos exhibidos por TRANSBANK a fojas 4849). Luego, LOWE PORTA también asistió a la reunión convocada por ACHAP para seleccionar a las agencias que participarían en esta licitación. No obstante, no fue seleccionada;

Centésimo quincuagésimo segundo. Que, entonces, y de acuerdo con el compromiso de renuncia adoptado, con fecha 25 de abril de 2008, LOWE PORTA remitió carta desistiendo de participar en la licitación o, más precisamente, retirándose del proceso de TRANSBANK. Señala en esa carta que, *“(s)in embargo, debido al alto volumen de trabajo con que nos encontramos actualmente con nuestros clientes, lamentamos mucho tener que desistir de participar en esta ocasión”* (fojas 111 del cuaderno de documentos exhibidos por TRANSBANK a fojas 4849). Por otra parte, LOWE PORTA señaló en su contestación que renunció a participar porque participaba LECHE y porque TRANSBANK había decidido libre y espontáneamente racionalizar su proceso;

Centésimo quincuagésimo tercero. Que, a juicio de este Tribunal, las explicaciones alternativas de LOWE PORTA no son atendibles. La primera, porque no demostró que en esa época enfrentara una extraordinaria carga de trabajo y, en todo caso, es inverosímil que, de haber sido así, hubiese solicitado que la inviten a participar para luego salirse del proceso. La segunda –que su relacionada LECHE participaba como agencia defensora de la cuenta- es consistente con el boicot materia de autos, de modo que no constituye una explicación alternativa al mismo. La última, esto es, que TRANSBANK había decidido racionalizar su proceso, coincide con la de JWT y no es atendible por las mismas razones antes señaladas, que dan cuenta de que lo propuesto por TRANSBANK no involucraba reducir el número de participantes en la primera etapa;

Centésimo quincuagésimo cuarto. Que, por lo tanto, no hay en el caso de LOWE PORTA una explicación alternativa a su decisión de no participar, que no sea la

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

circunstancia de no haber sido seleccionada en el mencionado sorteo y haberse comprometido con sus competidores a renunciar al proceso por lo que este Tribunal estima que esta agencia en particular tuvo participación en los hechos denunciados en relación con la licitación de TRANSBANK;

Centésimo quincuagésimo quinto. Que en lo que concierne a McCann, esta agencia fue invitada a la licitación de TRANSBANK, confirmó su participación en ella y firmó el correspondiente acuerdo de confidencialidad con fecha 14 de abril de 2008 (fojas 17 y siguientes de los documentos exhibidos por TRANSBANK a fojas 4849). Posterior a eso, y en respuesta al correo electrónico enviado por José Manuel Silva a las agencias participantes de la licitación de TRANSBANK (que rola a fojas 55 de la C 15), McCann envió un correo electrónico apoyando tanto la idea de reducir el número de agencias como la fórmula propuesta por TRANSBANK para flexibilizar su proceso. Luego, McCann asistió a la reunión convocada por ACHAP para seleccionar a las agencias que participarían en esta licitación. No obstante, no fue seleccionada;

Centésimo quincuagésimo sexto. Que, entonces, y de acuerdo con el compromiso de renuncia adoptado, con fecha 24 de abril de 2008 McCann emitió carta declinando participar del proceso de TRANSBANK (fojas 112 del cuaderno de documentos exhibidos por TRANSBANK a fojas 4849). La excusa dada en esa carta fue *“el volumen de trabajo que nuestra agencia ya tiene comprometido durante el período destinado al proceso de licitación”*. Sin embargo, después de que ACHAP retiró su recomendación, McCann manifestó interés en ser reincorporado al proceso licitatorio, lo que resta toda verosimilitud a su explicación alternativa, por lo que este Tribunal estima que esta agencia en particular tuvo participación en los hechos denunciados en relación con la licitación de TRANSBANK;

Centésimo quincuagésimo séptimo. Que, por su parte, consta en autos que PROLAM había sido seleccionada en el respectivo sorteo realizado por ACHAP para participar en esta licitación pero que, en definitiva, no presentó propuestas en la misma. Consta asimismo que PROLAM renunció al proceso según carta de fecha 9 de mayo de 2008, sin expresar razones (fojas 119 del cuaderno de documentos reservados de TRANSBANK). Según lo declarado por Viviana Frola, esta agencia llamó el 7 de mayo a TRANSBANK, esto es, el día anterior a la fecha en que debían presentarse las propuestas, señalándoles que *“no sabían qué había pasado, que habían trabajado pero que no podían presentar”*;

Centésimo quincuagésimo octavo. Que, a juicio de este Tribunal, en este caso no ha quedado acreditada una explicación alternativa que justifique el retiro de PROLAM del proceso de licitación de TRANSBANK después del sorteo, por lo que debe

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

estimarse que esta agencia en particular tuvo participación en el boicot colectivo de autos;

Centésimo quincuagésimo noveno. Que, por último, en el caso de la licitación de TRANSBANK, las agencias que participaron en la misma conformando su actuar al boicot por medio del cual se decidió colectivamente que lo harían, enfrentando así a un número menor de competidores que aquel que habrían enfrentado de no mediar el señalado acuerdo, son: 180°, BBDO y LECHE. En efecto, estas son las tres agencias sorteadas en la reunión celebrada en oficinas de ACHAP el 24 de abril de 2008, y que presentaron ofertas en la licitación de TRANSBANK, según consta en los documentos reservados exhibidos por TRANSBANK a fojas 4849; por lo que debe estimarse que estas agencias también tuvieron participación en el boicot colectivo de autos

7.3. Licitación de UDP

Centésimo sexagésimo. Que con respecto a la licitación convocada por UDP, y tal como consta de la declaración prestada ante la FNE por Paulette Rouliez y Magdalena Murillo, de UDP (fojas 14 del Tomo 1 de los documentos de la FNE) y en concordancia con los antecedentes aportados por UDP en exhibición de fojas 4904, este avisador llamó a trece agencias a presentar credenciales: siete de ellas pertenecientes a ACHAP (y requeridas en estos autos) y seis que no. Las siete agencias llamadas a presentar credenciales asociadas a ACHAP fueron ESPINACA, GREY, JWT, LECHE, PROXIMITY, TBWA, y UNITAS. Por su parte, las seis agencias no pertenecientes a ACHAP que fueron invitadas a esta primera etapa eran: CARCAVILLA, HAMBRE, LA FAMILIA, LA MESA, TALLER 3, y TWB. Con ello, UDP evaluó distintos aspectos e invitó a cuatro agencias a presentar la campaña y propuesta económica: HAMBRE, LA FAMILIA, LA MESA y UNITAS, más la agencia que entonces atendía su cuenta (180°). En esta licitación resultó adjudicada LA MESA;

Centésimo sexagésimo primero. Que, en el mismo sentido, rola a fojas 2401 una declaración jurada de Magdalena Murillo Corradini, que formaba parte del equipo encargado de la licitación privada de servicios publicitarios de UDP, quien describe el modelo de licitación utilizado, señalando que fue en dos etapas. En relación con el correo electrónico de parte de ACHAP que recibió el 24 de abril de 2008, indica que *“(d)icha comunicación no tuvo ningún efecto en el proceso de licitación de agencias de publicidad convocado por la UDP, el cual se llevó a cabo tal cual como fue diseñado por la UDP a comienzos del mes de abril de 2008. Por lo tanto, no tomamos en consideración la comunicación de ACHAP ni modificamos nuestro proceso de licitación para adecuarlos a ella”*;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Centésimo sexagésimo segundo. Que a idéntica conclusión se llega a partir de los correos electrónicos acompañados en el proceso, de los cuales se desprende que la licitación de UDP consideraba la presentación de credenciales desde un primer momento. En particular, el correo electrónico (rolante a fojas 199 de la Carpeta N° 15 acompañada por la FNE a fojas 4605) de fecha 24 de abril de 2008 a las 9:41 a.m., de Clemente González de JWT a José Manuel Silva de ACHAP (previo al correo de ACHAP a UDP), señala que *“Yo sé que hay un proceso iniciado por la Universidad Diego Portales (UDP) en la cual están llamando a varias agencias (entre ellas a nosotros) a presentar credenciales en esta etapa”*;

Centésimo sexagésimo tercero. Que, por lo tanto, en este caso, la fase de presentación de credenciales se llevó a cabo con anterioridad al correo por medio del cual ACHAP sugería realizarla, siendo el avisador quien definió, sobre la base de las credenciales de las agencias, cuáles serían las que presentarían campañas completas y oferta económica, sin que hubiese habido sorteos o acuerdos entre las requeridas que hubiesen afectado o podido afectar el normal desenvolvimiento de esta licitación;

Centésimo sexagésimo cuarto. Que en razón de lo anterior y dado que ESPINACA, GREY y TBWA no fueron convocadas a las licitaciones de METRO y de TRANSBANK, sino sólo a presentar credenciales a la de UDP, sin haber clasificado por libre determinación de ese avisador, el requerimiento en contra de estas tres agencias será también rechazado;

Centésimo sexagésimo quinto. Que, en suma, este Tribunal tiene por acreditada la participación de las siguientes requeridas en un boicot colectivo relativo a la participación de agencias de publicidad en los procesos de selección convocados por METRO y TRANSBANK: ACHAP, José Manuel Silva Silva, las agencias BBDO, 180°, D&U, EURO, JWT, LECHE, LOWE PORTA, McCann, PROLAM, PROMOPLAN y PROXIMITY; y de los miembros del directorio de ACHAP Rodrigo Fontaine Cox, Cristián Frederick Aldunate, Cristián Lehuedé Bromley, Agathe Porte Lemoine, Sergio Rosenbaum O'Brien, Tomás Sánchez Arriagada e Ignacio Unzueta Döll;

Centésimo sexagésimo sexto. Que entonces, sin perjuicio de que en la configuración del boicot materia de autos intervengan un conjunto de personas naturales y jurídicas -cada una de las cuales aporta a su materialización por medio de acciones u omisiones concretas- este Tribunal estima que la colusión y, específicamente el boicot colectivo en el que consiste la única conducta materia de autos, es una de tipo coordinado en la que la actuación de cada uno de los que intervienen en ella debe analizarse en conjunto, sin perjuicio de establecer la responsabilidad de cada una de ellas. En conductas de este tipo, lo relevante es

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

establecer la coordinación de comportamiento entre competidores que la configura y, para ello, observar la medida en que esa coordinación determina una menor competencia que aquella que –de no mediar ésta– se verificaría;

Centésimo sexagésimo séptimo. Que, por otra parte, algunas requeridas se defendieron señalando que únicamente “propusieron”, “recomendaron” o “sugirieron” a los avisadores en cuestión reducir el número de participantes en las licitaciones, en el contexto de una “negociación” con estos últimos y, en algunos casos, señalando además que su entendimiento fue que METRO y TRANSBANK habían accedido a ello, delegando en ACHAP la forma de hacerlo;

Centésimo sexagésimo octavo. Que, al respecto, cabe tener presente que, si bien, conforme a sus términos, ACHAP “recomendó” a METRO y TRANSBANK reducir el número de agencias que deberían presentar campañas completas, esta “recomendación” estuvo acompañada de medidas de presión. En el caso de METRO, frente a su negativa a aceptar la recomendación, las agencias convocadas se coordinaron –por medio de ACHAP y de su Presidente Ejecutivo– para amenazarlo con no presentarse a su licitación; lo que –como decisión independiente– habría sido irracional. TRANSBANK, como se dijo, estuvo dispuesta a flexibilizar su proceso, pero no es efectivo que haya consentido en reducir el número de participantes en una primera etapa. Las agencias, tenían individualmente interés en participar en los términos originalmente propuestos por TRANSBANK, tal como se desprende del correo de respuesta de Viviana Frola a JOSÉ MANUEL SILVA, en el que señala que *“(o)tro aspecto anecdótico es que el punto en discusión sobre el número de agencias invitadas a la licitación creció a propósito de las mismas agencias, las que aún hoy han seguido llamando para que las incluyamos”* (fojas 24 C 13). Luego, en el caso de TRANSBANK, las convocadas no habrían renunciado a participar, de no mediar el boicot;

Centésimo sexagésimo noveno. Que, por lo tanto, y analizados los hechos en su conjunto, aparece de manifiesto que la “recomendación” no era tal, pues su rechazo habría producido consecuencias o sanciones para sus destinatarios de no haber intervenido la FNE; consecuencias o sanciones que ninguna de las agencias, en forma individual, podría haber impuesto. En otras palabras y tal como ya se ha dicho, la amenaza de no contratar o de boicotear las licitaciones es precisamente el acuerdo ilícito materia de autos, al cual las agencias convocadas concurren con su voluntad;

Centésimo septuagésimo. Que, por lo tanto, no puede atenderse la defensa de aquellas requeridas que señalaron que sólo habrían formulado una “sugerencia” a METRO y TRANSBANK, o que tales avisadores –especialmente TRANSBANK–

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

habrían accedido libre, autónoma y voluntariamente a modificar sus procesos en curso. Ello, simplemente no es consistente con la amenaza de no contratar que consintieron en hacer efectiva y que, de hecho, implementaron por medio de los sorteos;

8. Aptitud causal de las conductas acreditadas en autos para afectar la libre competencia.

Centésimo septuagésimo primero. Que así establecida la participación de las diversas personas en los hechos que se han tenido por acreditados en el proceso, y habida cuenta del tenor literal del artículo 3°, letra a), vigente a la fecha de los hechos denunciados por la FNE, corresponde a continuación determinar si las conductas que se llevaron a cabo fueron o no objetivamente idóneas para proporcionar a quienes las ejecutaron un poder de mercado suficiente del que haya sido posible abusar, para lo cual este Tribunal estudiará el mercado relevante, sus características y la existencia o no de dicho poder;

8.1. El mercado relevante de autos.

Centésimo septuagésimo segundo. Que la posición de la FNE en cuanto al mercado relevante consiste en afirmar que este último correspondería al de *“la prestación de servicios de publicidad mediante relaciones de largo plazo, que involucra un contacto permanente con el cliente, destinado al desarrollo de campañas de publicidad, trabajo de marca, y/o comunicación corporativa tanto externa como interna, usualmente contratados en licitaciones”* (Requerimiento, página 21). De esta forma, según la FNE, en este mercado no participarían agencias de publicidad pequeñas, que no tienen los medios para prestar servicios de largo plazo. La FNE señala que las agencias requeridas, considerando esta definición de mercado relevante, tendrían poder de mercado, ya que representan cerca del 70% de la inversión publicitaria en el país;

Centésimo septuagésimo tercero. Que, por su parte, las requeridas estiman que el mercado relevante es distinto del planteado en el requerimiento. Las agencias JWT, OGILVY, ALDEA, 180°, PROMOPLAN, BBDO, PROXIMITY, ENERGÍA, WUNDERMAN y EURO, además de la ACHAP, consideran que el mercado relevante de producto corresponde a la *“prestación de servicios de publicidad por agencias a avisadores”*. Argumentan que las agencias pequeñas, medianas y grandes son sustitutas entre sí, ya que el producto que se transa en este mercado son ideas, generadas a partir de talento y creatividad. Por lo mismo, estas requeridas argumentan que la pertenencia o no pertenencia a la ACHAP y que el tamaño de la agencia no serían factores relevantes para establecer si sus servicios son sustitutos de los

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

prestados por otras agencias. Además, se señala que agencias extranjeras también ofrecen sus servicios en Chile, por lo que el mercado geográfico no debería restringirse al territorio nacional;

Centésimo septuagésimo cuarto. Que las agencias de publicidad y ACHAP señalan que éste es un mercado muy atomizado, lo que se ve reflejado en la información del *ranking* Megatime, la que se sintetiza en el cuadro siguiente:

Cuadro N° 1

Participación de mercado Agencias de Publicidad, 2007 y 2008 (enero a nov.)

Agencia	ACHAP	Part. 2007	Part. 2008 (enero a nov.)
MC CANN ERICKSON	Sí	9,53%	9,55%
BBDO	Sí	8,83%	9,45%
PROLAM Y & R	Sí	8,08%	7,86%
LOWE PORTA PARTNERS	Sí	8,02%	7,43%
D&U	Sí	5,94%	6,58%
IDB/FCB S.A.	Sí	4,85%	4,59%
180 GRADOS	Sí	4,48%	4,26%
J. WALTER THOMPSON	Sí	3,67%	3,96%
ZEGERS DDB	Sí	3,40%	3,08%
OGILVY MATTER	Sí	3,15%	3,40%
EURO RSCG (PUBLIART)	Sí	2,94%	2,98%
LEO BURNETT CHILE	Sí	2,74%	3,11%
TBWA/FREDERICK	Sí	2,62%	2,44%
PROXIMITY CHILE	Sí	2,46%	1,97%
GREY CHILE	Sí	2,36%	2,09%
WUNDERMAN-IMPIRIC	Sí	2,03%	2,21%
VERITAS PUBLICIDAD	No	1,63%	1,16%
PROMOPLAN OTROS	Sí	1,61%	1,52%
LECHE	Sí	1,42%	1,54%
PUBLICIS UNITROS S.A.	Sí	1,40%	1,56%
UNITAS	Sí	1,04%	1,85%
ALCO	No	1,02%	0,00%
WZ PUBLICIDAD	Sí	0,91%	0,48%
CABEZA	No	0,84%	0,99%
ARMSTRONG Y ASOCIADOS	Sí	0,83%	1,02%
Resto (182 agencias)		14,19%	14,92%
Total		100,00%	100,00%
HHI		469,51	474,42
Participación Agencias ACHAP		86,32%	87,06%

Fuente: TDLC, a partir de información acompañada por ACHAP a fs. 3879

Nota: Las participaciones ilustradas no incluyen inversión directa en publicidad en el total.

Centésimo septuagésimo quinto. Se observa que, tanto en 2007 como en 2008, más de 200 agencias de publicidad recibieron algún tipo de ingreso por concepto de servicios publicitarios. Sin contabilizar la inversión directa en publicidad (realizada directamente por cada empresa, sin agencias involucradas), el HHI –a partir de la información de Megatime– de 2008 es de 474, lo que nuevamente indica que esta industria cuenta con muchísimos actores, ninguno de los cuales individualmente es particularmente grande. En cualquier caso, cabe mencionar que varias agencias ACHAP pertenecen a un mismo controlador, tienen socios en común o son filiales de otras agencias ACHAP;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Centésimo septuagésimo sexto. Que, no obstante lo anterior, si se toma la participación de mercado conjunta de la totalidad de las agencias afiliadas a ACHAP (escenario que debe considerarse dado que el requerimiento denuncia una conducta llevada a cabo por la asociación que reúne y representa a sus agencias afiliadas), se llega a que ésta ascendió a un 62,2% en 2007 y a un 64,8% en 2008. Aún más, si se excluye la inversión directa en publicidad de este cálculo, este porcentaje asciende a un 86,3% en 2007 y a un 87,1% en 2008;

Centésimo septuagésimo séptimo. Que debe señalarse que, según se explica en el informe económico acompañado a fojas 5738 por ACHAP, la información del *ranking* Megatime es una estimación de inversión basada en el valor tarifa y la exhibición física de la publicidad, sin incluir los descuentos en precios que los avisadores reciben al negociar con los medios, por lo que no corresponderían a la inversión efectiva en cada año. No obstante lo anterior, se utilizarán estas cifras puesto que son las únicas que detallan la inversión por agencia de publicidad;

Centésimo septuagésimo octavo. Que de considerarse exclusivamente la información presentada precedentemente, se podría pensar que las agencias de publicidad, coordinadas por medio de la ACHAP, podrían contar con poder de mercado. En las consideraciones siguientes se analizarán otras características del mercado que ayudarán a matizar esta conclusión preliminar;

Centésimo septuagésimo noveno. Que las agencias argumentan que, en su relación con los avisadores, son estos últimos quienes tienen poder de mercado, en particular, los clientes de mayor tamaño, que suelen llamar a licitación para la provisión de estos servicios. Esto se vería reflejado en el diseño de las licitaciones de servicios de publicidad; en particular, en las siguientes características: (i) las empresas licitantes se reservaban el derecho de rechazar propuestas sin expresión de causa y sin derecho a indemnización; y (ii) los contratos que eventualmente generarían las licitaciones no garantizan exclusividad, ni tampoco volúmenes mínimos de inversión. Las agencias argumentan, adicionalmente, que para presentar una propuesta en una licitación de este tipo se requiere una alta inversión, por lo que este tipo de cláusulas sólo desincentivaría a invertir lo óptimo en los proyectos a presentar. Además, se ha argumentado en autos que, en ocasiones, los clientes se han apropiado de ideas presentadas por una agencia, contratando luego a una agencia que ofreció un precio menor, pero que aplicaría las ideas de otra agencia participante, lo que sería otra muestra del tipo de prácticas a las que se verían enfrentadas las agencias de publicidad en las licitaciones;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Centésimo octogésimo. Que, por su parte, la requerida JWT incluso afirma que, alternativamente, podría entenderse que cada licitación es un mercado relevante en sí mismo, y que cada avisador sería un monopsonista en cada uno de esos mercados. Esta agencia basa su planteamiento en las mismas circunstancias descritas en la consideración anterior;

Centésimo octogésimo primero. Que si se considera que, en general, las licitaciones en cuestión no generan contratos de exclusividad sino una especie de derecho preferente, este Tribunal no considerará cada licitación como un mercado relevante en sí mismo. Sin embargo, dado que las agencias de publicidad compiten entre sí de distinta forma en los casos de asignación por licitación y en los casos en que existe una negociación directa, este Tribunal estimará que el mercado relevante es el de provisión de servicios publicitarios asignados vía licitación, en el territorio nacional;

Centésimo octogésimo segundo. Que los potenciales oferentes en este mercado son todas las agencias publicitarias que tengan la capacidad de ofrecer los servicios requeridos por cada licitante, lo que dependerá del tamaño y extensión de la campaña licitada. En la práctica, como la gran mayoría de las licitaciones son privadas, el demandante es quien decide qué agencias pueden participar, o al menos fija los requisitos mínimos que las agencias deben cumplir para participar;

Centésimo octogésimo tercero. Que, entonces, si bien es cierto que no existen mayores barreras para instalar una nueva agencia de publicidad, es muy improbable que una agencia que no esté establecida sea invitada a participar en licitaciones para provisión de servicios publicitarios. Luego, no se considera que éste sea un mercado desafiante en el corto plazo, pues se requiere de tiempo para que agencias nuevas logren acumular experiencia, prestigio, eventualmente premios, y crecer lo suficiente como para poder competir con las establecidas en el mercado relevante;

Centésimo octogésimo cuarto. Que, como conclusión de lo analizado en las consideraciones anteriores, este Tribunal considera que las agencias de publicidad, individualmente, no presentan un poder de mercado del cual pudiesen abusar en el mercado relevante recién definido. Sin embargo, si efectivamente un grupo significativo de agencias de publicidad se comportase como una sola entidad competitiva, por medio de una colusión, este Tribunal estima que su conducta tendría aptitud para influir en el resultado del proceso competitivo de las licitaciones de publicidad. Por ello, a continuación se estudiarán los efectos del boicot colectivo en los tres procesos licitatorios en cuestión;

8.2. Efectos de las conductas requeridas en el mercado relevante

Centésimo octogésimo quinto. Que a continuación se describen los efectos observados, en las tres licitaciones en cuestión, de las conductas en que se basa el requerimiento de autos y en el actuar de la FNE;

Centésimo octogésimo sexto. Que, en el caso de METRO, este avisador decidió denunciar las conductas materia de autos ante la FNE, quien comenzó su investigación el día 23 de abril, fecha en la que solicitó a las requeridas copias de las comunicaciones electrónicas; y tomó declaraciones a contar del día 25 de abril. El día 30 de abril el directorio de ACHAP se volvió a reunir, dejando sin efecto el acuerdo original, en los siguientes términos: *“se adopta el acuerdo de abstenerse de efectuar cualquier nueva comunicación a las empresas avisadoras en tal sentido, comunicar a los asociados que se deja sin efecto la decisión adoptada en la reunión anterior y finalmente se instruye al Presidente Ejecutivo para que efectúe tal comunicación a los asociados y realice las gestiones necesarias bajo las condiciones de concurrencia y demás términos que unilateralmente decidan dichas compañías, y sin que la carta de recomendación que se les enviara en su momento surta efectos”* (acta reunión de directorio ACHAP, 30 de abril de 2008, fojas 952);

Centésimo octogésimo séptimo. Que de acuerdo con lo señalado por el testigo de la FNE Clemente Pérez a fojas 6039, *“la decisión en ese momento fue doble, la primera fue denunciar este hecho, este acuerdo de no presentación, este acuerdo de boicot de nuestra licitación, denunciarlo y ampliar los plazos de presentación de observaciones, de manera tal de que aquellas que nosotros habíamos definido como probablemente las mejores agencias de publicidad, sí se presentaran a la licitación, ya sea por desmerecer el acuerdo, o por, a lo mejor por reacción ante las posibles investigaciones que iniciara el Fiscal Nacional Económico. Así fue, así ocurrió, se amplió el plazo de presentación de propuestas, el proceso fue, eh, muy celebrado por las agencias en términos de lo que pedimos, la documentación que acompañamos, eh, y finalmente, luego de esta tentativa o lo que haya sido este chantaje de no presentación, la verdad es que tuvimos un resultado positivo. Se presentaron nueve agencias (...);”*

Centésimo octogésimo octavo. Que, entonces, este Tribunal estima que el único efecto que tuvo el acuerdo denunciado sobre esta licitación, en la práctica, fue el de un aumento en el plazo de presentación de propuestas. Sin embargo, de no haber sido por la intervención de la FNE al comenzar su investigación, muy probablemente los efectos sobre esta licitación habrían sido mucho mayores;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Centésimo octogésimo noveno. Que ahora respecto a la licitación de la cuenta de TRANSBANK, rola a fojas 1 de la Carpeta 3 exhibida por la FNE a fojas 4605, y tal como se señaló anteriormente, todas las agencias originalmente convocadas a esta licitación (ocho en total) habían, entre el 9 y el 16 de abril, aceptado la invitación y firmado el correspondiente acuerdo de confidencialidad. No obstante, en ella sólo se presentaron tres ofertas, sin que el avisador hubiese consentido en reducir el número de participantes, o delegado en ACHAP la forma de hacerlo;

Centésimo nonagésimo. Que, como ya se mencionó, el día 30 de abril, el directorio de ACHAP decidió dejar sin efecto el acuerdo original y, según relata Viviana Frola en su declaración ante la FNE, *“(e)l día 30 de abril de 2008 me llama Claudia Meneghelo de Lowe Porta y Leche, ella es socia de las dos agencias y me dice que Metro había presentado el caso ante la Fiscalía Nacional Económica y que era muy probable que las agencias se quisieran subir de nuevo, porque la Achap los había liberado del cuento, o no seguía en pie la sugerencia de 3 agencias. Sentían que el tema podía reversarse. El día viernes 2 de mayo me llama McCann para decirme que tenían dos equipos disponibles para trabajar en Redcompra y que estaban muy interesados”*. TRANSBANK decidió entonces no modificar nuevamente la licitación, quedándose con las 5 agencias que ya estaban participando. Entre esta fecha y el 8 de mayo, día en que se realizaban las presentaciones de las campañas a TRANSBANK, dos agencias se retiraron, por lo que finalmente sólo tres agencias participaron de esta licitación, asignándose la cuenta el día 8 de mayo;

Centésimo nonagésimo primero. Que, entonces, este Tribunal estima que el boicot colectivo de autos tuvo efectos claros sobre esta licitación; en particular, la reducción en el número de participantes en ella y que, por lo tanto, produjo una disminución en las alternativas disponibles para TRANSBANK. En este caso, efectivamente se dejaron de presentar propuestas que habrían sido presentadas de no haber sido por la intervención de ACHAP descrita en las consideraciones anteriores;

Centésimo nonagésimo segundo. Que la pregunta que cabe hacerse entonces es si la limitación del número de participantes en las licitaciones es beneficioso para la libre competencia –postura de ACHAP–, o sólo beneficioso para quienes participan en las licitaciones y desfavorable para los licitantes –postura de la FNE–;

Centésimo nonagésimo tercero. Que respecto de los incentivos enfrentados por las agencias de publicidad y los licitadores en los procesos de licitación, tanto la FNE como ACHAP acompañaron distintos informes económicos y comentarios a los informes de su contradictor, a fojas 4390, 5738, 6782 y 7137;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Centésimo nonagésimo cuarto. Que ambos informes buscan modelar las decisiones del licitador y del conjunto de oferentes, suponiendo, en un caso, que es el primero el que decide cuántos postulantes participarán en la licitación y, en el otro, que son los oferentes los que adoptan tal decisión. Luego se comparan tales resultados con lo que exigiría la búsqueda del máximo bienestar total de la sociedad u óptimo social;

Centésimo nonagésimo quinto. Que, en pocas palabras, ambos informes ilustran los dos efectos de primer orden que genera una limitación en el número de participantes en una licitación: por un lado, se observa que al disminuir el número de oferentes, disminuyen las alternativas entre las que puede elegir el licitador; pero, por otro lado, cada agencia tiene incentivos a invertir más en la preparación de su propuesta, pues la probabilidad de adjudicarse la licitación aumenta;

Centésimo nonagésimo sexto. Que, dada esta tensión en los efectos que tiene una disminución en el número de participantes en la licitación –tensión en la que ambos informantes concuerdan–, la diferencia entre dichos informes radica en los supuestos que adoptan. Así, ambos llegan a resultados muy distintos debido a las diferencias en los parámetros asignados a las simulaciones desarrolladas. Por ejemplo, en el modelo del informe acompañado por la FNE, la calidad de las propuestas caen con el número de oferentes, pues al haber más oferentes hay una menor probabilidad de éxito, por lo que cae la rentabilidad de la inversión, que es una variable directamente relacionada con la calidad en este modelo. Sin embargo, el autor asume que, en equilibrio, la inversión agregada y la calidad esperada del mejor proyecto suben con el número de participantes; de ser este el caso, las licitaciones con más participantes lograrían acercarse más al óptimo social que las que tengan un número limitado de participantes. Por su parte, en el modelo presentado por ACHAP las agencias no realizan inversión directamente, sino que enfrentan un costo cada intento de formulación de propuesta –la oferta creativa a presentar–, y deben decidir si conviene realizar un intento o más, siendo aleatorio el resultado de cada intento. Dadas las diferencias en la modelación presentada por los informantes, los informes llegan a conclusiones opuestas. Los parámetros utilizados en dichas simulaciones no son posibles de evaluar por este Tribunal ya que son totalmente teóricos y no hay forma de contrastarlos con la realidad, por lo que no es posible saber cuál de estos dos modelos la describe mejor;

Centésimo nonagésimo séptimo. Que, de cualquier forma, aun de ser efectivo el que las licitaciones con menos oferentes se acerquen más al óptimo social que las licitaciones materia de autos, este Tribunal considera que conductas como el boicot

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

colectivo de autos no son ni deben ser la forma de intentar generar cambios en el sistema de licitaciones imperante en el mercado;

9. Sanciones y medidas aplicables

Centésimo nonagésimo octavo. Que como consecuencia de todas las consideraciones anteriores, ha quedado acreditado que las siguientes personas participaron en un boicot colectivo que tuvo la aptitud causal para intervenir y alterar el proceso competitivo de agencias de publicidad en las licitaciones convocadas por METRO y TRANSBANK: ACHAP, José Manuel Silva Silva, los miembros del directorio de ACHAP, Rodrigo Fontaine Cox, Cristián Frederick Aldunate, Cristián Lehuedé Bromley, Agathe Porte Lemoine, Sergio Rosenbaum O'Brien, Tomás Sánchez Arriagada e Ignacio Unzueta Döll; y las agencias BBDO, 180°, D&U, EURO, JWT, LECHE, LOWE PORTA, McCann, PROLAM, PROMOPLAN y PROXIMITY; personas todas que, en consecuencia, son responsables de dicho boicot, por lo que corresponde analizar en su respecto la aplicación de todas o de alguna de las medidas que contempla el artículo 26 del D.L. N° 211, esto es, (i) modificar o poner término a los actos, contratos, convenios, sistemas o acuerdos que sean contrarios a las disposiciones de dicha ley; (ii) ordenar la modificación o disolución de las sociedades, corporaciones y demás personas jurídicas de derecho privado que hubieren intervenido en tales; y, (iii) imponer multas a beneficio fiscal; todo ello sin perjuicio de las medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan disponerse, tal como lo indica el artículo 3° del mencionado cuerpo legal;

Centésimo nonagésimo noveno. Que en cuanto a la primera de tales medidas, no se hace necesario ordenar el término del boicot colectivo en cuestión, toda vez que este concluyó después de haberse iniciado la investigación de la Fiscalía Nacional Económica en su contra y muy probablemente a causa de la misma. Sin perjuicio de lo anterior, se ordenará a la ACHAP y a los demás partícipes, ya individualizados, que se abstengan en el futuro de llevar a cabo iniciativas o conductas ilícitas similares, pudiendo –si lo hacen– ser consideradas como reincidentes para los efectos de lo dispuesto en la letra c) del artículo 26 del D.L. N° 211;

Ducentésimo. Que, por otra parte, este Tribunal tampoco considera procedente imponer en este caso la medida de disolución de la ACHAP, toda vez que, si bien el boicot colectivo que propugnó e implementó es una conducta grave, es posible mitigar esta gravedad si se considera que, (i) existió en alguna medida una finalidad gremial detrás de dicha conducta, consistente en intentar contrarrestar prácticas de mercado de los avisadores que se estimaban como muy gravosas para las agencias miembros

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

de ACHAP, lo que se implementó mediante el poco feliz expediente de intentar boicotear a dichos avisadores; y, (ii) que el boicot, a pesar de tener aptitud causal para alterar las licitaciones de METRO y TRANSBANK, no produjo todos sus efectos únicamente por la pronta intervención de la FNE;

Ducentésimo primero. Que, por último, este Tribunal considera procedente aplicar a las requeridas que participaron en el boicot colectivo acreditado en autos, las multas a beneficio fiscal a que se refiere la letra c) del artículo 26 ya citado. Para tal fin, ha de distinguirse, por su grado de participación en la conducta ilícita antes mencionada, entre los siguientes grupos o categorías: (i) ACHAP; (ii) el Sr. José Manuel Silva Silva, en su calidad de presidente de dicho directorio; (iii) las agencias que participaron en el boicot colectivo, esto es, BBDO, 180°, D&U, EURO, JWT, LECHE, LOWE PORTA, McCann, PROLAM, PROMOPLAN y PROXIMITY; y, (iv) los miembros del directorio de ACHAP Rodrigo Fontaine Cox, Cristián Frederick Aldunate, Cristián Lehuedé Bromley, Agathe Porte Lemoine, Sergio Rosenbaum O'Brien, Tomás Sánchez Arriagada e Ignacio Unzueta Döll;

Ducentésimo segundo. Que, al respecto, este Tribunal estima que la principal responsable del boicot es la propia ACHAP, por cuanto, intentando llevar a cabo una acción gremial, terminó sin embargo y en definitiva articulando y promoviendo una conducta contraria a la libre competencia, involucrando a todos sus miembros en el boicot de autos. En segundo lugar, sigue como especial responsable el Sr. JOSÉ MANUEL SILVA, quien en su calidad de instigador, fue más allá del acuerdo de directorio de fecha 15 de abril de 2008, haciendo que el llamado a alterar los procesos de licitación de METRO y TRANSBANK se extendiera a la UDP, y articulando una serie de acciones específicas destinadas a hacer efectiva la amenaza de no contratar propia del boicot en cuestión. En un menor nivel de responsabilidad se sitúan los miembros del directorio de ACHAP, quienes no actuaron conforme a sus deberes y permitieron que se configurara el boicot de autos. Finalmente, y en un nivel más bajo aún de responsabilidad, se sitúan las agencias ya mencionadas, que siguieron las instrucciones de ACHAP y su presidente;

Ducentésimo tercero. Que a todos los mencionados precedentemente se les aplicará prudencialmente una multa a beneficio fiscal, en los términos que se indican en la parte resolutive de esta sentencia; en montos que se ubicarán en el tramo bajo del rango permitido por el artículo 26 c) del D.L. N° 211, toda vez que, si bien la conducta es grave, a juicio de este Tribunal, y por todo lo descrito precedentemente, (i) la extensión del daño causado es baja; (ii) el beneficio obtenido por las requeridas, de haber existido, fue mínimo; y, (iii) como se ha dicho, existió en alguna medida una finalidad gremial para llevar a cabo dicha conducta;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Ducentésimo cuarto. Que, de conformidad con lo dispuesto en el N° 6 del artículo 170 del Código de Procedimiento Civil, se omitirá resolver aquellas excepciones o pronunciarse respecto de aquellas alegaciones o defensas de las requeridas que resultan incompatibles con lo resuelto;

Y TENIENDO PRESENTE, lo dispuesto en los artículos 1º, inciso segundo; 2º; 3º, inciso primero y letra a); 18º N° 1); 22º, inciso final; 26º y 29º del texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 211, publicado en el Diario Oficial de fecha 7 de marzo de 2005, y en el artículo 170 del Código de Procedimiento Civil,

SE RESUELVE:

1) Acoger el requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica de fojas 1, sólo en cuanto se declara que las siguientes requeridas incurrieron en infracción a las normas de defensa de la libre competencia, mediante un boicot colectivo en contra de las licitaciones convocadas por Metro S.A. y Transbank S.A., al intentar reducir el número de participantes en las mismas, bajo amenaza de no contratar o de no participar en ellas: la Asociación Chilena de Agencias de Publicidad A.G. (ACHAP); su Presidente Ejecutivo Sr. José Manuel Silva Silva; las agencias asociadas BBDO Publicidad S.A.; Cientochenta Grados S.A.; Dittborn & Unzueta S.A.; Euro RSCG Santiago S.A.; J. Walter Thompson Chilena S.A.C.; Leche² S.A.; Lowe Porta S.A.; McCann-Erickson S.A. de Publicidad; Prolam Young & Rubicam S.A.; Promoplan S.A.; Proximity Chile S.A.; y los directores de ACHAP señores Rodrigo Fontaine Cox; Cristián Frederick Aldunate; Cristián Lehuedé Bromley; Agathe Porte Lemoine; Sergio Rosenbaum O'Brien; Tomás Sánchez Arriagada e Ignacio Unzueta Döll, sin costas, por no haber sido totalmente vencidas;

2) Condenar a la Asociación Chilena de Agencias de Publicidad A.G. a pagar una multa a beneficio fiscal de 50 Unidades Tributarias Anuales; al señor José Manuel Silva Silva a pagar una multa a beneficio fiscal de 10 Unidades Tributarias Anuales; a BBDO Publicidad S.A.; Cientochenta Grados S.A.; Dittborn & Unzueta S.A.; Euro RSCG Santiago S.A.; J. Walter Thompson Chilena S.A.C.; Leche² S.A.; Lowe Porta S.A.; McCann-Erickson S.A. de Publicidad; Prolam Young & Rubicam S.A.; Promoplan S.A. y Proximity Chile S.A. a pagar una multa a beneficio fiscal de 7,5 Unidades Tributarias Anuales cada una; y a los señores Rodrigo Fontaine Cox; Cristián Frederick Aldunate; Cristián Lehuedé Bromley; Agathe Porte Lemoine; Sergio Rosenbaum O'Brien; Tomás Sánchez Arriagada e Ignacio Unzueta Döll a pagar una multa a beneficio fiscal de 5 Unidades Tributarias Anuales cada uno;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

3) Ordenar a las requeridas individualizadas en el resuelvo primero anterior que se abstengan en el futuro de llevar a cabo iniciativas o conductas ilícitas similares, pudiendo –si lo hacen– ser consideradas como reincidentes para los efectos de lo dispuesto en la letra c) del artículo 26 del D.L. N° 211;

4) Rechazar en todas sus partes el requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica de fojas 1 en contra de las siguientes requeridas: Espina y Escalona Ltda.; Grey Chile S.A.; Publicidad Alco S.A.; TBWA Frederick S.A. y Wunderman Chile Consultoría y Comunicaciones Ltda., con costas;

5) Rechazar en todas sus partes el requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica de fojas 1 en contra de las siguientes requeridas: Sr. Samuel Benavente Meza; Aldea S.A.; Armstrong & Asociados Ltda.; Azócar & Luco S.A.; Sepia S.A.; Creart Ltda.; DDB Chile S.A.; Energía Young & Rubicam S.A.; Expert S.A.; IDB, FCB S.A.; Leo Burnett Chile S.A.; Ogilvy & Matter Chile S.A.; Publicidad Puerto Gráfico S.A.; Publicis Unitros S.A.; RNL Strom Nostrum Chile S.A.; Rosenbaum, Proteína & Partners S.A.; SB & Partners Advertising S.A.; WZ Publicidad S.A. y Zebra Comunicaciones Ltda., sin costas, por estimar este Tribunal que la Fiscalía Nacional Económica tuvo motivos plausibles para litigar en contra de ellas;

Notifíquese y archívese en su oportunidad;

Rol C N° 177-08

Pronunciada por los Ministros Sra. Andrea Butelmann Peisajoff, Presidente Subrogante, Sr. Radoslav Depolo Razmilic, Sr. Juan José Romero Guzmán; y los Sres. Julio Peña Torres y Joaquín Morales Godoy en conformidad con lo dispuesto por el artículo 79 del Código Orgánico de Tribunales y 169 del Código de Procedimiento Civil. Los señores Peña y Morales no firman, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de esta causa, por encontrarse ausentes. Autorizada por el Secretario Abogado Sr. Alejandro Domic Seguich.