



Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

3: sola

Rol Contencioso N°: 177-08

Carátula: REQUERIMIENTO DE LA
FINE CONTRA AENAP. A.G.
y otros.

TOMO XXXII

Requirente / Demandante:

2666

Requerido / Demandado:

B - 188 A

Libre Comp.
Const.
CON 5 TOMOS

CON AGREGADOS

70 uadernos



01026662013003201

CORTE SUPREMA DE CHILE

LIBRO : CIVIL

RECURSO : (CIVIL) OTROS

N° ING : 2666-2013 (Principal)

FOLIO : 1691

FECHA : 24/04/2013 HORA : 13:02

USUARIO : CSUPCVG

24.04.13



Santiago, veintitrés de diciembre de dos mil trece.

Vistos:

En estos autos contenciosos rol N° 2666-13 la Fiscalía Nacional Económica (en adelante FNE) y Cientochenta Grados S.A. han interpuesto recursos de reclamación contra la sentencia N° 128-2013 de fecha 29 de enero de 2013, escrita a fojas 9186, dictada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, que resolvió:

1) Acoger el requerimiento de la FNE sólo en cuanto se declara que las siguientes requeridas que a continuación se mencionan 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. (en adelante ACHAP); su Presidente Ejecutivo 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 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 ACHAP a pagar una multa a beneficio fiscal de 50 Unidades Tributarias Anuales; a José Manuel Silva Silva a pagar una multa a beneficio fiscal de 10 Unidades Tributarias Anuales; a las agencias antes señaladas a pagar una multa de 7,5 Unidades Tributarias Anuales cada una; y a cada uno de los directores mencionados a pagar una multa de 5 Unidades Tributarias Anuales;

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 FNE 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; y

5) Rechazar en todas sus partes el requerimiento en contra de Samuel Benavente y de las siguientes requeridas: 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 que la FNE tuvo motivos plausibles para litigar en contra de ellas.

El requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica.

El procedimiento de autos se inició por requerimiento de la FNE con fecha 30 de septiembre de 2008 en contra de ACHAP, de su Presidente Ejecutivo, José Manuel Silva Silva, de sus directores, 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), Azócar 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. (DRAFTECB+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), por haber infringido el artículo 3° del Decreto Ley N° 211 mediante la celebración de acuerdos restrictivos de la competencia, entre los meses de marzo y abril de 2008, que tenían por objeto: (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. La FNE fundamenta el requerimiento en lo siguiente:

1.- Las conductas contrarias a la libre competencia fueron orquestadas por el Directorio de ACHAP y, en especial, por su Presidente Ejecutivo José Manuel Silva, con el consentimiento de los demás requeridos, por las cuales intentaron imponer sus términos a Metro S.A.,

Transbank S.A. y la Universidad Diego Portales, UDP, en las licitaciones a las que dichos avisadores convocaron para decidir la contratación de una agencia de publicidad.

2.- Desde hace un tiempo ACHAP y sus asociados discutían un diseño de licitaciones más adecuado a sus intereses que 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, toda vez que 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.

3.- El 15 de abril de 2008 el Directorio de ACHAP acordó representar a Metro y Transbank que el número de convocados era excesivo. Y en los días siguientes el Presidente Ejecutivo de ACHAP envió correos electrónicos al

Presidente del Directorio de Metro y a la Subgerente de Publicidad e Imagen Corporativa de Transbank informándoles acerca de la necesidad de ajustar las licitaciones a un diseño como el antes referido. Además, el director Clemente González, a nombre del Presidente Ejecutivo de ACHAP, envió un correo electrónico a las agencias convocadas a participar en la licitación de Metro, informándoles las gestiones realizadas e instándolas a cerrar filas con ACHAP.

4.- Ante la resistencia de Metro, José Manuel Silva amenazó a su Presidente en orden a que si no seguía las instrucciones de ACHAP, las principales agencias no participarían en la licitación y se quedaría sin participantes.

5.- Además, con el propósito de asegurar la implementación del acuerdo anticompetitivo tanto en éstas como en futuras licitaciones, Silva envió un correo electrónico a todas las agencias de publicidad asociadas obteniendo el consentimiento de prácticamente la totalidad de ellas, incluidas las convocadas a la licitación de Metro, de modo que con ese apoyo Silva le comunicó a dicha compañía que las agencias no participarían en su licitación en los términos en que había sido convocada.

6.- Tratándose de Transbank las mismas agencias convocadas fueron las que advirtieron a Viviana Frola en la reunión de entrega de *brief* celebrada el día 17 de abril de

9499
meses en
medicinal
moviliza para

2008. 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 José Manuel Silva con una comunicación análoga a la que envió a Metro y Transbank.

7.- El 21 de abril de 2008 José Manuel Silva comunicó la posición de ACHAP a un grupo de agencias no pertenecientes a la asociación gremial, además solicitó a los asociados reportar todo nuevo proceso del que tuvieran noticia para así ejercer las mismas presiones.

8.- En reunión de 24 de abril de 2008 ACHAP acordó con las agencias convocadas que en las licitaciones de Metro y Transbank participarían no más de tres o cuatro agencias asociadas, esto es, las que actualmente mantenía contrato y otras pocas definidas en esa reunión, mientras que las restantes agencias convocadas renunciaron competir con las seleccionadas. En el caso de Transbank fue necesario que las agencias no seleccionadas presentaran cartas de renuncia al proceso y ello en la convicción de que más adelante serían recompensadas con el privilegio de enfrentar un número menor de competidores en los procesos venideros.

9.- Transbank 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 y debió conformarse con que se presentaran sólo las tres agencias preseleccionadas por ACHAP. En tanto, Metro accedió a una ampliación de plazo para presentar ofertas solicitada por las agencias que supuestamente participarían en la licitación, pero hizo la denuncia a la FNE ante la inminencia del boicot de su proceso de licitación.

10.- UDP decidió allanarse a lo ordenado por ACHAP ajustando su proceso de licitación a los términos impuestos.

11.- 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 sus licitaciones "*...se efectúen bajo las condiciones de concurrencia y demás términos que unilateralmente decidan dichas compañías...*".

12.- Finalmente, ante Metro se presentaron nueve ofertas (Base 1, BBDO, 180°, EURO, JWT, McCann, PROLAM, PROMOPLAN y PROXIMITY) y 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.

Recurso de reclamación presentado por la Fiscalía Nacional Económica.

La reclamación de la FNE solicita la enmienda de la sentencia en los siguientes aspectos:



A.- Que se sancione a las agencias y al director absueltos con las multas correspondientes por haber infringido el Decreto Ley N° 211 mediante la celebración de acuerdos restrictivos de la competencia destinados principalmente a hacer fracasar ciertos procesos de licitación para la contratación de agencias de publicidad e imponer términos y condiciones en dichos procesos, con costas;

B.- En subsidio, se exima del pago de las costas a la FNE por estimar que tuvo motivos plausibles para litigar en contra de Grey, Espinaca, TBWA, Tango y Wunderman.

Los fundamentos del recurso, en síntesis, son los siguientes:

1.- Las requeridas organizaron un boicot colectivo consistente en un acuerdo para imponer condiciones a los avisadores en sus licitaciones bajo amenaza de no participar en ellas. Las requeridas poseen poder de mercado agrupadas en ACHAP, que a la fecha del requerimiento estaba formada por treinta y siete agencias de publicidad, las cuales representaban cerca del 70% de la inversión publicitaria en Chile. Dicho poder de mercado fue demostrado imponiendo un diseño particular para las licitaciones y amenazando con retirar su participación en caso de negativa.

2.- Es irrelevante el que una agencia haya sido únicamente convocada a la licitación de UDP o el no haber

sido convocada a ninguna de las tres (Metro, Transbank y UDP), puesto que el acuerdo colusorio se gestó a raíz de la licitación de Metro (independiente de si habían sido invitados a esta licitación o no) y pretendía imponerse a las licitaciones venideras.

3.- Las requeridas celebraron acuerdos restrictivos de la competencia destinados a boicotear los procesos de licitación de ciertos avisadores procurando: (i) obtener una restricción artificial del número de participantes (mayor probabilidad de éxito para cada agencia participante); (ii) imponer un particular método de convocatoria y selección de las agencias participantes por ACHAP; y (iii) asegurar un pago a aquellas agencias que resultaran perdedoras. Las imposiciones a los avisadores comprendía la amenaza de un inminente fracaso de sus procesos de licitación, por cuanto si querían convocar a una agencia distinta de las originalmente invitadas ésta se negaría a participar.

4.- Las conductas fueron orquestadas por el directorio de ACHAP y, en especial, por su Presidente Ejecutivo José Manuel Silva. El directorio se reunió el martes 15 de abril de 2008 acordando representar a los avisadores el excesivo número de convocados. Al día siguiente, Silva envió correos electrónicos al Presidente del Directorio de Metro y a la Subgerente de Publicidad e Imagen Corporativa de Transbank,



9501
poder judicial
mm

informándoles acerca del acuerdo adoptado y la necesidad de ajustar las licitaciones al diseño que ellos imponían.

5.- El día 17 de abril de 2008 el Presidente Ejecutivo del Directorio de ACHAP envía un correo a las agencias asociadas buscando su adhesión al acuerdo colusorio y pretendiendo que la práctica anticompetitiva se extendiera a los procesos licitatorios venideros.

6.- La aplicación del acuerdo se alcanzó a realizar en los procesos de licitación convocados por los avisadores: Metro S.A., Transbank S.A. y la Universidad Diego Portales. El hecho de que los efectos anticompetitivos hayan sido limitados se explica por la intervención de la FNE, gracias a la denuncia de Metro.

7.- Bastaba con que las requeridas concurrieron de manera objetiva al acuerdo, es decir, no oponiéndose al correo enviado por ACHAP a los avisadores, estando en conocimiento de que aquél era el organismo que las representaba, imponiéndoles así a los licitantes determinadas condiciones en sus procesos de licitación bajo la amenaza de hacerlos fracasar en caso de negativa. Los requeridos no realizaron ninguna acción tendiente a impedir o paliar los efectos perniciosos del acuerdo colusorio ni realizar acciones que dieran cuenta de la inverosimilitud de la amenaza.

8.- De no contar con el apoyo de todas las requeridas el acuerdo colusorio carecía de racionalidad, puesto que

bastaba con que los avisadores destinatarios de las imposiciones de ACHAP recurrieran a otras agencias - distintas de las originalmente convocadas- para proveerse de los servicios.

9.- El fallo exime de responsabilidad a Espinaca, Grey y TBWA en base a que sólo fueron convocadas a la licitación de UDP y que el diseño de ese proceso de licitación incorporaba las condiciones de presentación y selección de las agencias, materia del acuerdo de ACHAP. En esta misma situación se encontraba la agencia Unitas. Pero, como señaló, la FNE no acusa un acuerdo por cada licitación, sino la existencia de un solo acuerdo colusorio gestado a propósito de una licitación en particular. Las requeridas manifestaron su intención de afectar no sólo el proceso celebrado a raíz de la licitación de Metro, sino también cualquier otra licitación que surgiera en el futuro. Ello explica que el acuerdo se haya extendido a otras agencias no convocadas. Indica que Grey, Espinaca, TBWA y Unitas concurrieron con su voluntad al acuerdo colusorio, según aparece de los correos electrónicos que transcribe.

10.- El fallo exime de responsabilidad a las requeridas Aldea, Armstrong, A&L, Sepia, Creart, DDB, Energía, DRAFTFCB+IDB, Leo Burnett, Puerto, Unitros, RNL, RPP, SB, WZ y Zebra puesto que no fueron convocadas a ninguna de las tres licitaciones, situación en la cual también se encuentra Tango. Sin embargo, dichas requeridas

concurrieron con su voluntad al acuerdo colusorio, lo cual era necesario, según ha explicado, para hacer creíble la amenaza a los avisadores y su aplicación a los procesos licitatorios venideros. Es así como se agregaron correos electrónicos de las mencionadas agencias en respuesta al correo enviado por José Manuel Silva el día 17 de abril de 2008 en los que consta el apoyo al acuerdo y en que se comprometieron a no concurrir a la licitación de Metro en caso de no resultar seleccionadas por ACHAP.

En relación al argumento de la agencia Tango en orden a que no se trataría de una "agencia de publicidad creativa" refiere que hay prueba directa en que consta su voluntad expresa de adherir al acuerdo anticompetitivo, según da cuenta el correo electrónico que transcribe. Por otro lado, dicha empresa era parte de ACHAP al tiempo de la celebración del acuerdo colusorio y ésta es una "Asociación de Agencias de Publicidad".

11.- En lo concerniente a Wunderman fue una de las agencias convocadas a la licitación de Metro, cuyas bases retiró, pero finalmente decidió no participar. Es una de las destinatarias del correo de 17 de abril de 2008 enviado por José Manuel Silva y recibió copia de los correos remitidos por las otras agencias. Jamás manifestó estar en contra del acuerdo colusorio. Además aparece como una de las agencias que había prestado su consentimiento al

acuerdo colusorio en virtud de la referencia que hacía la correspondencia electrónica.

12.- La agencia Ogilvy también concurrió con su voluntad al acuerdo colusorio, según se desprende del correo que indica. El Tribunal estimó que al haber sido solo convocada a la licitación de Transbank y haber tenido una razón válida para restarse del proceso quedaba exenta de responsabilidad; empero, olvida que el acuerdo colusorio no fue efectuado licitación por licitación, sino que era omnicomprendivo y que planeaba ser impuesto a las licitaciones venideras, cuyo núcleo consistía en contar con la aprobación de todas las requeridas.

13.- Respecto a la situación del director Samuel Benavente hace presente que la sentencia establece en relación a la conducta de los demás directores, que lo más reprochable es haber estado en permanente conocimiento de las gestiones realizadas por José Manuel Silva y no haber hecho nada para evitar o impedir que lo acordado deviniera en un boicot colectivo y por ello resuelve que siete directores deben ser considerados partícipes de las conductas, salvo Samuel Benavente. Sin embargo, no se observa razón que justifique la distinción, incluso, sustrayendo a José Manuel Silva, el requerido Benavente fue quien más se involucró en el establecimiento de un reglamento de licitaciones que contenía las condiciones en que se debían llevar tales procesos -según da cuenta el

9503
mulo mi
Suicidal V

acta de directorio de 2 de abril de 2008- y que ACHAP impuso bajo amenaza. Además, estuvo presente en la sesión de directorio de 15 de abril de 2008 cuando se acuerda enviar la carta a Metro y Transbank para que modificaran sus procesos de licitación y acotaran el número de convocados, sin que conste su oposición. Agrega que Benavente envió un correo el día 17 de abril de 2008 a los demás directores en que se confirma su participación en el acuerdo ilícito y que lo involucra sea como director o en representación de la agencia que lleva su nombre. Por último, sobre Benavente también recaía el deber de oponerse a las acciones anticompetitivas desplegadas por Silva, teniendo en cuenta que recibió copia de los correos enviados por éste.

14.- En subsidio, solicita enmendar la sentencia en aquella parte que condena en costas a la FNE respecto de Tango, Grey, Espinaca, TBWA y Wunderman, por cuanto no fue totalmente vencida y existen motivos plausibles para litigar.

El recurso de reclamación deducido por Cientochoenta Grados S.A. (180°).

Dicho litigante solicita que deje sin efecto el fallo reclamado y se declare que se rechaza el requerimiento interpuesto en su contra, con costas. En subsidio, pide que se reduzca sustancialmente el monto de la multa. Los fundamentos del recurso son los siguientes:

1.- 180° no consideró la recomendación efectuada por ACHAP. En cada uno de los procesos donde fue invitada a participar lo hizo en forma activa, sin renunciar ni amenazar con renunciar.

2.- Las únicas expresiones de apoyo vertidas dan cuenta de sentimientos de frustración y molestia por los abusos a que eran sometidas las agencias de publicidad y la actividad publicitaria por parte de algunos avisadores. Los correos electrónicos que envió como respuesta a las comunicaciones de ACHAP son manifestaciones de apoyo al deseo de mejorar la industria. De manera expresa señaló no adherir a que se debiera fijar un número final de proponentes a procesos licitatorios, descartando cualquier posibilidad de selección de los mismos. Vale decir, no existe intencionalidad alguna en la conducta concreta de afectar la libre competencia.

3.- No participa en el directorio de ACHAP al momento de la realización de los hechos investigados.

4.- No es posible sostener la existencia de un conocimiento y una voluntad en orden a realizar la conducta tipificada en el Decreto Ley N° 211. Las acciones reprochadas no tienen la aptitud objetiva para amenazar, afectar o alterar la libre competencia. 180° se adjudicó el proceso de licitación de Metro S.A. contribuyendo con ello a que no se produjeran efectos entorpecedores, restrictivos

o eliminadores de la libre competencia en el mercado relevante.

5.- El tribunal extendió el reproche efectuado en contra de la conducta de una Asociación Gremial a la cual pertenece y de su Presidente Ejecutivo a la reclamante que en nada contribuyó a la comisión de los hechos que son calificados como anticompetitivos.

6.- ACHAP no posee imperio para hacer de las recomendaciones acuerdos vinculantes, dado que solo puede recomendar una determinada conducta, mas nunca imponerla, atendido que no hay mecanismos para sancionar a quienes no se integren a un acuerdo. Pertener a ACHAP no otorga ninguna ventaja competitiva.

A fojas 9494 se tuvo presente el desistimiento del recurso de reclamación presentado por la agencia Promoplan S.A.

Encontrándose la causa en estado, se trajeron los autos en relación.

Se procedió a la vista de los recursos, efectuando las partes sus alegaciones orales en estrados.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, según lo expuesto, este tribunal debe determinar tanto si las requeridas que han sido absueltas por el fallo impugnado como Cientochenta Grados S.A. incurrieron en la infracción contemplada en el artículo 3° letra a) del Decreto Ley N° 211 -en el texto vigente a la

fecha de los hechos- que prevé el ilícito de la colusión. Ninguno de los demás sancionados dedujo recurso de reclamación en contra de la sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

SEGUNDO: Que iniciando el análisis de los recursos es necesario tener en consideración que no hay controversia acerca de los siguientes hechos y circunstancias:

1.- Prácticas en la industria publicitaria: En la industria publicitaria chilena se observan prácticas que determinan la manera en que se demandan y contratan en general los servicios publicitarios creativos: (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; (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.

2.- Preparación de un Código de Buenas Prácticas y un Reglamento. En consideración a dichas prácticas, ACHAP se encontraba a la fecha de los hechos requeridos preparando un Código de Buenas Prácticas y Reglamento, cuyo borrador

se encontraba bastante avanzado, a nivel de directivos de ACHAP y agencias entre julio de 2007 y principios de abril de 2008. Ese borrador consideraba 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 seis 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 conocerlas a fondo y seleccionarlas; (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. Ello se refleja en la sesión de directorio de ACHAP de 2 de abril de 2008 en que consta: "El director Samuel Benavente informa que está a punto de terminar el texto final que ha trabajado con don Henry G. Northcote, el cual estaría próximo a ser presentado al Directorio. El material entregable final por parte de Achap serían: contrato de trabajo laboral, contrato de servicio agencia-cliente, reglamento de licitaciones (...). El documento final de licitaciones se enviará a los Directores para su conocimiento y comentarios."

3.- **Llamado a las licitaciones.** 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.

4.- **Aceptación de las agencias convocadas.** Entre el 9 y el 14 de abril de 2008 las ocho agencias de publicidad invitadas a la licitación de Transbank, esto es, LECHE, McCann, 180°, PROLAM, BBDO, OGILVY, JWT y LOWE PORTA enviaron cartas de aceptación y un contrato de confidencialidad firmado. A su turno, el 16 de abril de 2008 las trece agencias convocadas por Metro retiraron las bases de la licitación: 180°, Base 1 (no forma parte de ACHAP), BBDO, D&U, EURO, JWT, LECHE, LOWE PORTA, McCann, PROLAM, PROMOPLAN, PROXIMITY y WUNDERMAN. A su vez, UDP llamó a trece agencias a presentar credenciales: siete pertenecientes a ACHAP y seis que no. Las siete agencias asociadas a ACHAP fueron ESPINACA, GREY, JWT, LECHE, PROXIMITY, TBWA, y UNITAS. Cabe señalar desde ya que UDP invitó a cuatro agencias a presentar la campaña y propuesta económica: HAMBRE, LA FAMILIA, LA MESA y UNITAS, más la agencia que atendía su cuenta (180°). Resultó adjudicada LA MESA.

5.- **Acuerdo del directorio.** El directorio de ACHAP acordó solicitar a Metro y Transbank acotar el número de agencias convocadas. Es así como el 15 de abril de 2008 se reunió el directorio bajo la presidencia de José Manuel Silva y con la asistencia de sus directores se acordó lo siguiente: "...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".

6.- **Comunicación a los avisadores del acuerdo de directorio.** El 16 de abril de 2008 mediante cartas adjuntas a correos electrónicos dirigidos a Metro y Transbank, firmadas por José Manuel Silva, Presidente de ACHAP, se comunica la decisión del directorio en los siguientes términos: "Hemos 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 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...".

7.- **Comunicación a las agencias convocadas a la licitación de Metro.** El mismo día 16 de abril, es enviado un correo electrónico firmado por el Presidente de ACHAP José Manuel Silva a PROMOPLAN, PROLAM, 180°, BBDO, McCann, PROXIMITY, D&U, EURO, LECHE, LOWE PORTA y JWT, titulado "Licitación Metro" en que se informa: "...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".

Ese mismo día 16 de abril, Clemente González (de JWT) envía el siguiente mail a D&U, BBDO, EURO, 180°, PROMOPLAN, McCann, PROXIMITY, LOWE PORTA, LECHE, ACHAP y 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".

El mismo remitente envía el siguiente correo a los destinatarios antes señalados: "...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".

8.- Respuesta de las agencias convocadas a las comunicaciones anteriores. Varias de las agencias respondieron durante la tarde del mismo día 16 de abril de 2008:

- (i) "Lowe Porta seguirá la postura expuesta por Achap...";
- (ii) "Proximity también, a pesar de ser el Metro cliente nuestro...";
- (iii) "...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" (PROLAM);
- (iv) "Nosotros también seguiremos lo que Achap señale. Es una oportunidad única de llevar a la práctica lo que siempre hemos conversado" (JWT);
- (v) "Promoplan también seguirá la postura ACHAP...";
- (vi) "Me parece súper 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)..." (McCann);
- (vii) "...Independiente del resultado final, me parece excelente la iniciativa que estás liderando..." (EURO);
- (viii) "esta 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..." (D&U).

9.- **Comunicación a los convocados a la licitación de Transbank.** El día 16 de abril de 2008 es enviado un correo electrónico firmado por José Manuel Silva en que se lee: "... 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..."

10.- **Respuestas de agencias convocadas:**

(i) "...No me cabe duda que esta postura es uno de los numerosos caminos que tenemos que tomar y que nos harán ser más respetados, y por lo tanto, más valorados por los avisadores" (PROXIMITY); y

(ii) "...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" (TBWA).

11.- **Negativa de Metro a modificar el proceso de licitación.** El 16 de abril de 2008 se produce el siguiente intercambio de correos electrónicos entre Clemente Pérez, presidente del Metro y José Manuel Silva:

(i) "...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";

(ii) "Hola 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 un 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 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 habrá 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...";

(iii) El 17 de abril Clemente Pérez responde a José Manuel Silva: "...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...".

12.- Comunicación a la totalidad de las agencias asociadas recomendándoles abstenerse de participar en caso de ser convocadas por Metro. El día 17 de abril de 2008 es enviado un correo electrónico firmado por José Manuel Silva a todas las agencias asociadas de ACHAP: "...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. 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...".

13.- **Respuesta de las agencias asociadas.** La mayoría de las agencias contestaron el llamado, manifestando su apoyo a la medida o expresando su solidaridad gremial al respecto. Interesa consignar las respuestas de las agencias absueltas (no convocadas) y también la de Cientochenta Grados S.A.:

(i) "...Azúcar & Luco está de acuerdo con el planteamiento en términos generales. Consideramos que es el primer paso en un proceso de mejora y de valorización, por lo que debemos apoyarlo y respetarlo";

(ii) "...180 GRADOS apoya la posición de ACHAP en cuanto a regular como industria los procesos de licitación exigiendo un proceso de preselección previo, si bien no necesariamente compartimos que debemos fijar el número 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. Más allá de ello, 180 GRADOS respetará y suscribirá la posición final de ACHAP";

(iii) "... Nosotros estamos de acuerdo con lo planteado, espero que seamos el 100% de los asociados los que asumimos la misma posición." (OGILVY);

(iv) "...respaldamos la posición de Achap..." (ZEBRA);

- (v) "...DDB está de acuerdo con el procedimiento emprendido por Achap en cuanto a la licitación de Metro...";
- (vi) "...Puerto apoya tu gestión y no iremos a la licitación del Metro.";
- (vii) "...Espinaca también se adhiere. Es un tema a conversar entre todos los asociados...";
- (viii) "...Respaldamos totalmente la postura de Achap..." (UNITAS);
- (ix) "...Respaldamos totalmente la posición de Achap. ;No nos moverán!..." (PUBLICIS UNITROS);
- (x) "...Apoyamos y felicitamos la iniciativa de defender el valor de nuestros servicios. Alberto Valdes, Sepia.";
- (xi) "...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.";
- (xii) "...En Grey apoyamos la posición de ACHAP en relación a este tema.";
- (xiii) "Por fin. Súper bien" (WZ);
- (xiv) "...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..." (RPP);

(xv) "...En Energía compartimos y apoyamos la valiosa y necesaria iniciativa de Achap, para este y futuros casos".

(xvi) "...Creart está totalmente de acuerdo con la Achap y la apoya 100%"

(xvii) "...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..."

(xviii) "...Nos suscribimos a los acuerdos y alineamientos que defina Achap..." (TANGO+BTL);

(xix) "...Respaldamos a la Achap" (DRAFTFCB+IDB).

14.- Comunicación a los directores. El día 17 de abril de 2008 José Manuel Silva envía el siguiente correo electrónico a los directores de ACHAP: "...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 qué 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".

15.- **Respuesta de los directores.** Los directores responden ese mismo día el correo electrónico referido señalando lo siguiente:

(i) "... Ok, pero respecto del Metro hay que avisarles que nos bajamos?" (Tomás Sánchez), correo al que responde Silva indicando: "...mi 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.";

(ii) "...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 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 señalas 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 aún 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);

(iii) "... lo que está 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);

(iv) "...Estamos absolutamente alienados (sic) en esta parada. Ignacio Unzueta".

16.- Respuesta de Transbank. Consta que el día 17 de abril de 2008 Viviana Frola, Subgerente de Publicidad e Imagen Corporativa de Transbank envía un mail a José Manuel Silva indicándole: "Tal 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".

El correo es reenviado por Silva a las agencias convocadas: "...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".

17.- Otra comunicación a Metro. José Manuel Silva envió un correo titulado "Licitación" a Álvaro Caballero, de

Metro, en que dice: "...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, cuál era el limitar la cantidad para la segunda etapa. Lo que sí nos interesa es que entiendan que la publicidad tiene algunas particularidades que como asociación debemos corregir y estar atentos a que no ocurran...".

18.- Comunicación electrónica de José Manuel Silva con los directores. "...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 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...".

19.- **Respuesta de directores.** El 18 de abril de 2008 se genera el siguiente intercambio epistolar:

(i) "...Jm, me parece que debemos mantener el numero de 3 agencias, como regla general" (Sergio Rosenbaum);

(ii) "... En el caso del Metro, por qué hablas de 4 agencias, cuando el acuerdo son 3?" (Tomás Sánchez);

(iii) "...La razón es porque ellos incluirán a su agencia actual." (José Manuel Silva);

(iv) Respuesta de Tomás Sánchez: "o sea es la actual más otras tres?"; a lo que Silva responde afirmativamente.

20.- **Nuevo correo de José Manuel Silva a las agencias asociadas y directores.** El día 18 de abril de 2008 es enviado un mail firmado por José Manuel Silva a los asociados y directores señalando lo siguiente: "...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 puede 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...".

21.- **Comunicación de Clemente González a miembros del directorio.** El mismo día, Clemente González, de JWT envía el siguiente correo a algunos de los miembros del directorio: "...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 tomado por nosotros (y a pesar que aún 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 el procedimiento para 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..".

22.- Correo de José Manuel Silva a agencias que no habían respondido: "...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".

Contesta Victoria Massarelli, de ALDEA: "... No he recibido ningún documento al respecto. Debemos enviar nuestra opinión por mail, informalmente?.

23.- Comunicación de José Manuel Silva con 180 grados:
"...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".

24.- Comunicación de José Manuel Silva con agencias no asociadas a ACHAP. El día 21 de abril de 2008 José Manuel Silva envía el siguiente correo a algunas agencias de publicidad no asociadas a ACHAP: "... 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".

25.- **Comunicación de José Manuel Silva con agencia Armstrong:** El día 21 de abril de 2008 José Manuel Silva envía el siguiente correo: "...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". La respuesta fue: "José Manuel, Sorry por el atraso, te envío mi aprobación absoluta al punto de vista Achap".

26.- Comunicación relativa a la agencia Aldea: El día 21 de abril de 2008, Victoria Massarelli de ALDEA, le reenvía uno de los mail enviado a las agencias asociadas a Martín Vinacur, también de ALDEA, diciéndole: "para que le echas un vistazo y demos nuestra opinión al respecto...", a lo que él le responde: "...Apoyemos a 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...". Luego Victoria Massarelli le responde a Andrea Gaete de ACHAP: "Estimado 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...".

27.- **Citación a reunión de agencias convocadas por licitación de Metro.** El día 22 de abril de 2008, Andrea Gaete de ACHAP envía a nombre de José Manuel Silva un correo electrónico a PROMOPLAN, PROLAM, 180°, BBDO, McCann, PROXIMITY, D&U, EURO, LECHE, LOWE PORTA, y JWT en que se informa: "...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...". Andrea Gaete le reenvía la invitación inicial a Samuel Benavente, de SB Partners y agrega: "don Samuel: José Manuel Silva necesita contar con su presencia en esta reunión de mañana...".

28.- **Nueva comunicación a Metro.** El día 23 de abril de 2008 José Manuel Silva envió un correo a Álvaro Caballero de Metro titulado "tema pendiente" en que indica: "...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 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...".

29.- **Comunicación de José Manuel Silva con agencias convocadas a licitación de Transbank.** El mismo día es enviado un mail firmado por José Manuel Silva a LOWE PORTA, LECHE, McCann, PROLAM, OGILVY, JWT, 180° y BBDO en que indica: "...Me llamó el cliente para negociar lo siguiente: Él 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 respeto, 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...".

Este mail fue respondido por JWT Chile, McCann, Prolam, BBDO y también por OGILVY, agencia que señaló: "...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..".

En tanto, José Gabriel Aldea de 180°, indicó: "Para que no queden dudas, para mi Leche debiera ir por derecho propio. Estimados: para mi esta posición va en la dirección correcta en el sentido que se produzca una preselección. Lo óptimo sería que todos los interesados presentaran credenciales y una pieza a definir y a partir de esto Transbank dejara en carrera un número menor. De primar lo expuesto más abajo (y a esta altura del día) no se me ocurre un mecanismo alternativo al azar..".

30.- **Comunicación de José Manuel Silva con agencias convocadas en ambas licitaciones.** El día 23 de abril de 2008 José Manuel Silva envió el siguiente correo "...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 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



9520
Munoz &
Jarama
Janda

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 (...) 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 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...".

31.- Nueva comunicación de José Manuel Silva con las agencias asociadas. El 23 de abril de 2008 José Manuel Silva envía el siguiente mail "...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".

Interesa consignar las siguientes respuestas:

(i) "Andrea, por nuestra parte, garantizamos que seguiremos el procedimiento de ACHAP cuando se trate de este tipo de licitaciones abiertas..." (ZEBRA COMUNICACIONES)

(ii) "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" (ESPINACA);

(iii) "OK, así será" (ENERGÍA);

(iv) "macanudo" (WZ);

(v) "...Sé que la UDP va a licitar, no sé si 180° sabe. Han llamado a diferentes agencias por credenciales pero está claro que no llamará a más de 3..." (TBWA).

32.- El sorteo. El día 24 de abril de 2008 las agencias convocadas a las licitaciones acotaron a cinco el número de participantes por medio de sorteos realizados en dependencias de ACHAP, sin que exista constancia de que los avisadores hubiesen consentido en ello.

Ese día, José Manuel Silva envía un correo a las agencias convocadas en la licitación de Metro, con excepción de OGILVY, en que les indica: "...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 participar 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 (...). El paso siguiente es, según lo hablado con el cliente, que directamente las agencias le soliciten mayor plazo para la presentación de sus propuestas...".

También envía un correo electrónico a las agencias convocadas en la licitación de Transbank: PROLAM, BBDO, JWT, LOWE PORTA, 180°, OGILVY, McCann y LECHE, en el que dice: "...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...".

Ese día 24 de abril consta que Clemente González, de JWT envía el siguiente correo electrónico a Alejandro Orellana, de Metro: "...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...".

33.- **Denuncia deducida por Metro ante la FNE.** Metro decidió denunciar las conductas ante la FNE, la cual comenzó su investigación el día 23 de abril de 2008. Tomó declaraciones a contar del día 25 de abril. Ese día José Manuel Silva envió un correo a Álvaro Caballero de Metro, titulado "visita inesperada" en que expresa: "Alvaro: tengo frente a mí gente de la Fiscalía Nacional Económica por tema Metro ¿?????? Cuál es la idea?". En otro correo agrega: "Alguien metió la cola. Ruego ver si vale la pena continuar. Espero tus noticias. Mal final de quien lo hizo Revancha?".

Luego de ello hubo variada comunicación electrónica de las agencias asociadas con ACHAP pidiendo información respecto a la investigación.

34.- **Decisión del directorio de dejar sin efecto el acuerdo de 15 de abril.** El día 30 de abril de 2008 el directorio de ACHAP deja sin efecto el acuerdo original de 15 de abril en los siguientes términos: "Los directores presentes manifiestan que independientemente de los beneficios que para las propias empresas avisadoras pudiera reportarles el efectuar licitaciones más acotadas (seleccionándose previamente a las agencias que más se adecuan a la campaña a realizar), no parece adecuado persistir en una recomendación que no es entendida como favorable por ellos. Producto de lo anterior, 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 recomendación que se les enviara en su momento surta sus efectos".

35.- El día 7 de mayo de 2008 Samuel Benavente envía un correo a José Manuel Silva, de ACHAP titulado "Plan Lanzamiento código" en que indica: "José, 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..." a lo que Silva responde "Ok Esta clarito".

TERCERO: Que tampoco hay cuestionamiento de los reclamantes en torno a los siguientes aspectos:

1.- **Mecanismos de selección de interesados.** Los avisadores asignan sus cuentas a una agencia por alguna de las formas siguientes: (i) asignación local directa; (ii) 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. 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.

2.- **Poder de mercado.** Si un grupo significativo de agencias de publicidad se comportase como una sola entidad competitiva tienen poder de mercado en cuanto su conducta tendría aptitud para influir en el resultado de un proceso competitivo de las licitaciones de publicidad. Ello se respalda con el siguiente antecedente: La participación de

mercado conjunta de la totalidad de las agencias afiliadas a ACHAP se llega a que ésta ascendió a un 62,2% en 2007 y a un 64,8% en 2008. 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.

3.- Mercado relevante: El mercado relevante de autos es el de provisión de servicios publicitarios asignados vía licitación en el territorio nacional y los potenciales oferentes 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. 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.

4.- Efectos del acuerdo. En la licitación de Metro, el único efecto que tuvo el acuerdo denunciado fue el de un aumento en el plazo de presentación de propuestas. Lo anterior, considerando que la FNE intervino un día después del sorteo. En la licitación de Transbank, de las ocho agencias originalmente convocadas, sólo se presentaron tres ofertas. Transbank decidió no modificar nuevamente la licitación luego que quedara sin efecto el acuerdo de 15 de abril de 2008, quedándose con las agencias que ya estaban participando. Respecto de la licitación de la UDP no produjo efecto alguno, atendido que el mecanismo de

selección de oferentes no fue alterado dado que era semejante al propuesto por ACHAP.

CUARTO: Que la Fiscalía Nacional Económica solicita que se declare que quienes fueron absueltos cometieron la infracción prevista en el artículo 3° y, en particular, la descrita en la letra a), vigente a la fecha de los hechos. A su turno, Cientochenta Grados S.A. pide que se declare su absolución respecto al mismo ilícito. Cabe consignar que la disposición preceptuaba lo siguiente:

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

Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia, los siguientes:

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...".

Lo anterior es necesario destacar, toda vez que con la Ley N° 20.361 de 2009 la nueva redacción es la siguiente:

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

Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia o que tienden a producir dichos efectos, los siguientes:

a) Los acuerdos expresos o tácitos entre competidores, o las prácticas concertadas entre ellos, que les confieran poder de mercado y que consistan en fijar precios de venta, de compra u otras condiciones de comercialización, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado, excluir competidores o afectar el resultado de procesos de licitación".

Esto significa que a contar de dicha modificación legal se hizo especial referencia, como variable que afecta a la libre competencia, a los resultados de los procesos de licitación recogiendo de esta manera la experiencia de la legislación, jurisprudencia y doctrina comparada. A este

respecto, se ha señalado que los acuerdos entre oferentes en materia de licitaciones pueden consistir en a) Intercambio de información sensible; b) No presentación de ofertas o el retiro de las presentadas; c) Presentación de ofertas destinadas a ser rechazadas; y d) En el caso de licitaciones repetidas, acuerdos de repartición de contratos o turnos para ese efecto.

QUINTO: Que la sentencia recurrida estableció que los requeridos actuaron 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-, y por tal motivo 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, obedeció 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. El fallo indica que dicha conducta corresponde a una categoría o clase de colusión que la doctrina denomina "boicot colectivo" consistente en este caso en un acuerdo para imponer



9526
quiere que
se unida
del 127

condiciones a los avisadores en sus licitaciones, bajo amenaza de no participar en ellas. Hace presente el tribunal que el carácter ilícito del boicot colectivo no sólo tiene su fundamento en la doctrina, sino en el mismo artículo 3° 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 concurrieron 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.

SEXTO: Que, siguiendo con las consideraciones generales cabe consignar que, según se ha expresado en fallos anteriores, los elementos del tipo de colusión son los siguientes:

1.- El acuerdo. El elemento volitivo puede ser expreso o tácito, escrito u oral, de ejecución instantánea o diferida, formal o informal. Si bien éste puede ser implícito e incluso tácito, solamente exige que se manifieste voluntad de los partícipes en orden a concretarlo.

2.- El sujeto activo. Esto es la persona que realiza el hecho descrito en el tipo legal, denominado por la ley "agente económico". Es posible que sea una persona natural, jurídica o colectiva.

3.- El objeto o finalidad del acuerdo. Habrá de consistir en la obtención de beneficios para quienes se conciertan, que adicionalmente es factible que se concrete en acuerdos anticompetitivos, que pueden estar relacionados con la fijación de precios de venta o de compra, con la limitación de la producción o con la asignación de zonas o cuotas de mercado y, en la especie, con la afectación de un proceso de licitación.

4.- Los efectos o resultados: Las consecuencias deben ser previstas y buscadas por quienes aúnan voluntades, las que se referirán a prácticas reñidas con el libre mercado o más directamente en conductas de efectos anticompetitivos en el mercado.

5.- La intención o elemento subjetivo. Las conductas de quienes se conciertan deben estar relacionadas con la obtención de un beneficio y/o un perjuicio de terceros, sin que puedan ignorar que la conducta acordada dañará el libre mercado, afectará la libre competencia y que es un atentado al orden público económico.

SEPTIMO: Que el elemento volitivo es esencial en la colusión y con arreglo a la ley puede ser expreso o tácito. "Por acuerdos expresos comprendemos a aquellos pactados en

9527
muy mal
mucho
Jenti, Relt

términos explícitos y directos, acordados tanto por vía escrita como oral. En tanto que por acuerdos tácitos entendemos a los inferidos a través de antecedentes, indicios o circunstancias que inequívocamente nos conducen a concluir que se está en presencia de un acuerdo de voluntades destinado a poner en peligro o lesionar la libre competencia" (Cristóbal Eyzaguirre B. y Jorge Grunberg P., "Colusión Monopólica, Prueba de la Colusión, Paralelismo de Conductas y Factores Añadidos, en "Revista Anales Derecho UC Temas de Libre Competencia 2, Legis S.A. página 60). También se ha indicado: "Desde el punto de vista económico existen dos tipos de colusión: la explícita y la tácita. En el primer caso, la colusión se logra por la vía de la comunicación directa entre las empresas. Los carteles constituyen el típico ejemplo de colusión explícita. Estas son organizaciones informales, dado su carácter ilegal en la mayoría de las jurisdicciones, en donde los ejecutivos de las empresas se coordinan para fijar los precios y repartirse el mercado. En la colusión tácita, las empresas se coordinan en forma indirecta, es decir a través de su comportamiento en el mercado. Esta forma de comunicación incluye señales sobre precios actuales o anuncios de precios futuros. Nótese que en ocasiones no es necesario que exista intercambio de señales entre los actores para lograr la colusión, basta el mutuo entendimiento de que es conveniente para todos el no competir agresivamente". "A

nivel jurídico, la distinción entre colusión tácita y explícita, apunta más bien a la evidencia de que se dispone para calificar un caso como colusión, que a la forma en que las empresas realizaron dicha comunicación" (La Libre Competencia en Chile, Aldo González, página 146, Editorial Thomson Reuters). Un aspecto distinto son las etapas de desarrollo del ilícito de colusión, el que se sanciona desde que se ejecuta un acto idóneo destinado a su ejecución. Anticipando las conclusiones que se señalarán más adelante, es indudable que en el caso concreto, tales actos idóneos se manifiestan en la participación de ciertas agencias de publicidad en un peculiar mecanismo de selección que redujo el número de participantes en las licitaciones de Metro Y Transbank, alterando el llamado de la licitación.

El Glosario de los términos utilizados en el ámbito de la política de competencia de la Unión Europea, respecto al concepto de colusión señala: "Coordinación del comportamiento competitivo de las empresas. El resultado probable de tal coordinación es la subida de precios, la restricción de la producción y el aumento de los beneficios de las empresas participantes en la colusión. El comportamiento colusorio no siempre se basa en la existencia de acuerdos explícitos entre empresas, sino que también puede resultar de situaciones en que las empresas actúan por su cuenta pero, reconociendo su interdependencia



8520
more and
similarity
sent 1 oct

con sus competidores, ejercitan conjuntamente el poder de mercado en colusión con los demás competidores. Esta práctica suele llamarse colusión tácita".

OCTAVO: Que, además, para que se configure el ilícito de colusión previsto en la letra a) del inciso segundo del artículo 3° del D. L. 211, es necesario que se acredite la voluntad o intención común de las personas que forman parte del acuerdo. La intención, conforme a la ley, debe extenderse al propósito de ejercer abusivamente un poder de mercado.

NOVENO: Que, por último, en el recuento de los requisitos que exige el ilícito de colusión debe tenerse presente que para comprender la interrelación de los elementos normativos y subjetivos del tipo de colusión, es necesaria la consideración del bien jurídico tutelado por la ley, que son las políticas que el Estado ha definido para el mercado, que en el caso de nuestro país son las relativas a la libre competencia, por medio de las cuales se pretende, en definitiva, el logro del mayor bienestar posible del consumidor y de todas las personas. Esto es porque toda libertad importa responsabilidad de parte de quien la emplea. "En economía la competencia es la lucha por el cliente y, cuando esta lucha se da en un mercado competitivo, sale victorioso quien ofrece bienes de mejor calidad al más bajo precio - que es el principal efecto de la competencia -, es decir, sirviendo mejor a los

competidores." "En las sociedades civilizadas esta lucha por el cliente jamás ha sido libre en el sentido de ilimitada, arbitraria o desenfrenada, pues toda forma de convivencia humana, incluyendo las relaciones económicas, está sometida al derecho." "En efecto, según ya nos señalara Joaquín Garrigues, 'libre competencia en sentido jurídico, significa igualdad jurídica de los competidores' ("La defensa de la competencia mercantil", Temas de Derecho Vivo, Editorial Tecnos, página 142), es decir, significa competencia justa. Esa igualdad jurídica, esa posibilidad de competir en igualdad de condiciones y sin restricciones que provengan de abusos de posición dominante o de prácticas de competencia desleal es lo que pretende proteger el derecho de la competencia en sus dos vertientes, el derecho de la libre competencia y de la competencia desleal." Se puede afectar la competencia tanto por un ejercicio excesivo de la libertad de competir, como por la decisión de no competir o de competir menos, que derivaría, por ejemplo, de un acuerdo colusorio (Tomás Menchaca Olivares, Libre competencia y competencia desleal en la Ley N° 20.169, ¿existe contradicción entre ambas disciplinas?. Competencia desleal, Universidad de los Andes, páginas 31 y 32).

Como se ha señalado, la libre competencia se encuentra reglada en el Decreto Ley 211 y la competencia desleal en la Ley N° 20.169. El artículo 1° del Decreto Ley 211

indica: "La presente ley tiene por objeto promover y defender la libre competencia en los mercados", y el artículo 1° de la Ley 20.169 señala: "Esta ley tiene por objeto proteger a competidores, consumidores y, en general, a cualquier persona afectada en sus intereses legítimos por un acto de competencia desleal".

Teniendo en consideración esta dual regulación de las materias, resulta indispensable precisar que la libre competencia comprende principalmente los derechos y libertades de los productores de bienes y servicios, pero sin desconocer el interés colectivo de los consumidores y el interés público del Estado de conservar un mercado altamente competitivo. Preocupación que motiva su regulación en diferentes fuentes del ordenamiento jurídico. De esta forma quien transgrede la libre competencia invade injustamente el ámbito de la libertad de la competencia en sus diferentes manifestaciones, siendo una de ellas la mercantil, por lo que esta interferencia puede estar originada en contra de los competidores, pero igualmente desarrollada por éstos y, en uno y otro caso, tener el efecto de disminuir la libertad y derechos de uno o más de los agentes económicos, con lo cual se ve afectado el comportamiento del mercado, es por ello que la jurisprudencia se ha encargado de precisar que el bien jurídico tutelado por la libre competencia ampara los diferentes intereses en juego, destacando la de los

productores, comerciantes y consumidores, pero haciendo referencia, como se ha dicho, a todos los agentes económicos que intervienen en el mercado. "Que la finalidad de la legislación antimonopolios, contenida en el cuerpo legal citado, no es sólo la de resguardar el interés de los consumidores sino más bien la de salvaguardar la libertad de todos los agentes de la actividad económica, sean ellos productores, comerciantes o consumidores, con el fin último de beneficiar a la colectividad toda, dentro de la cual, por cierto, tienen los consumidores importante papel. En otras palabras, el bien jurídico protegido es el interés de la comunidad de que se produzcan más y mejores bienes y se presten más y mejores servicios a precios más convenientes, lo que se consigue asegurando la libertad de todos los agentes económicos que participen en el mercado" (Resolución N° 368, considerando 2°, Comisión Resolutiva, citada por Domingo Valdés Prieto, Libre Competencia y Monopolio, Editorial Jurídica de Chile, página 190), pudiendo agregar que tal participación en el mercado se realice con responsabilidad. Esta concepción de protección institucional de la libre competencia sobrepasa el mero resguardo de intereses individuales, pretende mantener el orden económico en el mercado, reprimiendo la falta de responsabilidad o, lo que es lo mismo, los abusos o mal uso de las libertades por cualquier agente económico que participa en el mercado. No es posible que un agente

9530
Poder Judicial
Tercera

económico, en el ejercicio del derecho de la libre iniciativa económica, afecte la libre competencia que le permite actuar. Esta doble vía que considera la libertad y el abuso, permite explicar la limitación que impone la institucionalidad en orden a no desarrollar acciones que restrinjan de manera antijurídica la competencia, la cual corresponde proteger "no sólo cuando es lesionada, sino que también cuando es puesta en peligro" (Valdés, obra citada, página 187).

DECIMO: Que establecidos cuáles son los elementos necesarios para que se configure el ilícito de colusión y que es necesario sean probados por las partes y establecidos por el tribunal, es necesario señalar que el grado de convicción que ha requerido esta Corte para sancionar un caso de colusión es la existencia de una prueba clara y concluyente, lo cual deriva de la naturaleza de la acción reprimida y su trascendencia concreta, como que se prolongará en el mercado y que podrá determinar la conducta de los consumidores.

En doctrina se habla de dos formas de probar la existencia de la colusión, la denominada evidencia dura y la evidencia circunstancial.

La evidencia del primer tipo corresponde a pruebas materiales, como documentos, minutas, grabaciones, correos electrónicos que muestran claramente que ha existido comunicación directa entre empresas para acordar precios o

repartirse el mercado. Puede resultar que una sola evidencia si es grave y precisa puede ser suficiente para lograr convicción del establecimiento de los hechos, por ejemplo, un solo correo.

La evidencia circunstancial emplea el comportamiento comercial de las firmas en el mercado, el cual se presume. A su vez, existen dos tipos de evidencia circunstancial: la evidencia económica, como los movimientos en precios que no se encuentran vinculados a la variación de factores costos y demanda; y la evidencia de comunicación, como las conversaciones telefónicas o reuniones.

En conclusión, el acuerdo colusorio entre agentes económicos puede ser acreditado por prueba directa o indirecta.

UNDECIMO: Que ahora corresponde referirse a la apreciación de la prueba, lo cual en el caso sub lite tiene relevancia para determinar posteriormente la concurrencia de los elementos constitutivos de la colusión: el acuerdo y la intención. En este sentido es dable recordar que el inciso final del artículo 22 del D. L. N° 211 prescribe: "El Tribunal apreciará la prueba de acuerdo a las reglas de la sana crítica". Tal como se ha expuesto en fallos anteriores acerca del concepto de este sistema de valoración de la prueba (rol 396-2009), cabe señalar que para entender en toda su dimensión la labor del juez en torno a la apreciación de la prueba conforme a las normas



9531
unive mi
Derivado
mucha mi

de la sana crítica es necesario comprender que los sistemas probatorios han evolucionado, respondiendo al desarrollo cultural y la naturaleza de las materias, explorando la forma en que mejor se cumpla con la garantía del debido proceso al obtener la debida y suficiente argumentación de las decisiones jurisdiccionales. Es así como, en un sentido general, se ha considerado que la actividad probatoria consiste en proporcionar al órgano jurisdiccional los antecedentes necesarios para establecer la existencia de un hecho, sea una acción u omisión. Las definiciones relativas al sujeto, objeto, medios y oportunidad en que debe ser proporcionada la prueba resultan determinantes a la hora de calificar el sistema, como también las etapas mismas de la actividad probatoria dentro del proceso, esto es, la ubicación del elemento de juicio; la proposición u ofrecimiento efectuado al tribunal; la aceptación que hace éste para que se incorpore al proceso, ordenando recibirlo; la producción o rendimiento del medio respectivo; su valoración individual como medio probatorio, tanto al verificar que las etapas anteriores se encuentran ajustadas a la ley como a los aspectos sustantivos, evaluando su mérito o contribución en la búsqueda de la verdad; la ponderación de los elementos de juicio que constituyen un mismo tipo de medio probatorio; la misma ponderación comparativa de los diferentes medios, en conjunto; por último, la revisión que corresponde realizar de toda la

actividad anterior por medio de los sistemas recursivos. Resalta en todo lo anterior la valoración individual y comparativa de los medios probatorios, labor que constituye su ponderación.

En una clasificación general de los sistemas, se atiende en primer término a la reglamentación de los medios probatorios y se les califica de: a) Legal, cuando la ley los señala expresamente, variando si son números cláusus o números apertus; b) Libre, al hacer el legislador una referencia general, sin mencionarlos expresamente o hacerlo a título referencial.

La regulación del valor probatorio enfrenta los sistemas de prueba: a) Legal o tasada, en que el legislador indica perentoriamente el valor de cada medio; b) Libre convicción, en que no se entregan a los magistrados parámetros rígidos de valor de los medios, quienes expondrán los motivos por los cuales prefieren unos en desmedro de otros; c) Entregado a la conciencia del juzgador, en que se solicita que el medio probatorio produzca certeza en la esfera íntima del juez y éste exprese tales circunstancias; d) Sana crítica, se requiere que la persuasión que ocasiona el medio en el juez no se realice obedeciendo a cualquier fundamento, sino sobre la base de un análisis razonado que explicita el magistrado en su decisión, atendiendo a las leyes de la experiencia, la lógica y los conocimientos científicamente afianzados.

Respecto de la ponderación de los medios probatorios o evaluación comparativa de los mismos, se considera a los sistemas: a) Legal, cuando el legislador efectúa una regulación en la valoración comparativa de un mismo medio probatorio y de éste con los demás medios reunidos en el proceso, indicando la preeminencia o falta de valor en cada circunstancia; b) Intima convicción, cuando se entrega al magistrado la facultad de realizar la ponderación comparativa para llegar a una decisión, exigiéndole solamente expresar las razones; c) Persuasión racional, la ley entrega al juez la competencia para asignar valor a los medios probatorios y preferir unos en desmedro de otros.

El legislador conjuga estas funciones relacionadas con la prueba; sin embargo, éste busca la fundamentación de los fallos y que esta argumentación sea congruente. La sana crítica viene a constituir un sistema que pretende liberar al juez de disposiciones cerradas, puesto que no siempre el seguirlas es garantía de justicia en las determinaciones jurisdiccionales, reaccionando en contra de la aplicación objetiva de la ley, impulsando al magistrado a buscar con determinación la verdad dentro del conflicto.

La sana crítica está referida a la valoración y ponderación de la prueba, esto es, la actividad encaminada a determinar, primero, los aspectos que inciden la decisión de considerar aisladamente los medios probatorios, para precisar su eficacia, pertinencia, fuerza, vinculación con

el juicio y cuanto pueda producir fe en el juzgador respecto de su validez y su contribución al establecimiento de la verdad de los hechos controvertidos, esto es el mérito que puede incidir en la convicción del sentenciador. Luego, en una valoración conjunta de los medios probatorios así determinados, extraer las conclusiones pertinentes en cuanto a los hechos y fijar la forma en que ellos sucedieron. En ambos escalones deberá tener presente el magistrado las leyes de la lógica, la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados en la comunidad en un momento determinado; por ello es que son variables en el tiempo y en el espacio, pero estables en el pensamiento humano y la razón. Este es el contenido de la sana crítica o su núcleo medular; son los aspectos que no pueden ser desatendidos.

El legislador, en nuestro país, ha expresado en diversas normas los elementos anteriores al referirse a la sana crítica. Al respecto, ha señalado directamente su contenido, describiendo los elementos que la componen y, en otras ocasiones, se ha limitado a efectuar una referencia al concepto.

La Ley N° 18.287, sobre procedimiento ante los Juzgados de Policía Local, en su artículo 14 expresa: "El Juez apreciará la prueba y los antecedentes de la causa, de acuerdo con las reglas de la sana crítica", agregando a continuación: "Al apreciar la prueba de acuerdo con las

9533
Poder Judicial
Tribunal de

reglas de la sana crítica, el tribunal deberá expresar las razones jurídicas y las simplemente lógicas, científicas o técnicas en cuya virtud les asigne valor o las desestime. En general, tomará en especial consideración la multiplicidad, gravedad, precisión, concordancia y conexión de las pruebas y antecedentes del proceso que utilice, de manera que el examen conduzca lógicamente a la conclusión que convence al sentenciador".

Por su parte el Código del Trabajo, en el artículo 456 ordena: "El tribunal apreciará la prueba conforme a las reglas de la sana crítica.

Al hacerlo, el tribunal deberá expresar las razones jurídicas y las simplemente lógicas, científicas, técnicas o de experiencia, en cuya virtud les asigne valor o las desestime. En general, tomará en especial consideración la multiplicidad, gravedad, precisión, concordancia y conexión de las pruebas o antecedentes del proceso que utilice, de manera que el examen conduzca lógicamente a la conclusión que convence al sentenciador".

El Código Procesal Penal dispone en su artículo 297: "Valoración de la prueba. Los tribunales apreciarán la prueba con libertad, pero no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados. El tribunal deberá hacerse cargo en su fundamentación de toda la prueba producida, incluso de aquella que hubiere desestimado,

indicando en tal caso las razones que hubiere tenido en cuenta para hacerlo".

La Ley N° 19.968, sobre procedimiento ante los Tribunales de Familia, en su artículo 32, estipula: "Valoración de la prueba. Los jueces apreciarán la prueba de acuerdo a las reglas de la sana crítica. En consecuencia, no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados. La sentencia deberá hacerse cargo en su fundamentación de toda la prueba rendida, incluso de aquella que hubiere desestimado, indicando en tal caso las razones tenidas en cuenta para hacerlo. La valoración de la prueba en la sentencia requerirá el señalamiento de los medios de prueba mediante los cuales se dieron por acreditados cada uno de los hechos, de modo de contener el razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegare la sentencia".

En la Ley N° 18.101 sobre arrendamiento de predios urbanos, el artículo 8° indica: "Los juicios a que se refiere el artículo anterior se regirán por las reglas siguientes: 7) La prueba será apreciada conforme a las reglas de la sana crítica. La prueba testimonial no se podrá rendir ante un tribunal diverso de aquél que conoce de la causa".

Diversas otras disposiciones indican que la prueba se apreciará conforme a las reglas de la sana crítica, sin

establecer parámetros para ello por cuanto se atienen a las normas antes transcritas, en las cuales se ha desarrollado su contenido. Efectúan esta referencia los artículos 50 B de la Ley N° 19.496, sobre Protección de los Derechos de los Consumidores; 111 de la Ley N° 19.039, sobre Propiedad Industrial; 22 del Decreto Ley 211, sobre Libre Competencia; 425 del Código de Procedimiento Civil; 5° del Auto Acordado sobre Tramitación del Recurso de Protección de Garantías Constitucionales.

En otras oportunidades el legislador hace aplicable tales disposiciones de manera indirecta, al ordenar que se rija el asunto por un procedimiento en que se consultó esta regla, como ocurre con el artículo 33 de la Ley N° 19.537, sobre Copropiedad Inmobiliaria, que hace aplicable el procedimiento de los jueces de Policía Local; el artículo 1° de la Ley N° 14.908, sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias, que alude al procedimiento de los juzgados de familia.

Conforme a la enunciación que ha hecho nuestro legislador, se puede expresar:

a) La sana crítica compone un sistema probatorio constituido por reglas que están destinadas a la apreciación de la prueba rendida en el proceso, dirigidas a ser observadas por los magistrados.

b) Específicamente, las reglas de la sana crítica imponen mayor responsabilidad a los jueces y, por lo mismo,

una determinada forma en que deben ejercer sus funciones, que está referida a motivar o fundar sus decisiones de manera racional y razonada, exteriorizando las argumentaciones que le han provocado la convicción en el establecimiento de los hechos, tanto para admitir o desestimar los medios probatorios, precisar su validez a la luz del ordenamiento jurídico, como el mérito mismo que se desprende de ellos.

c) La valoración de la prueba en la sentencia requerirá el señalamiento de todos los medios de prueba, explicitando aquellos mediante cuyo análisis se dieron por acreditados cada uno de los hechos, de modo de contener el razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegare la sentencia.

d) El análisis y ponderación de la prueba debe ser efectuado de manera integral, esto es, haciéndose cargo y examinando en la fundamentación destinada a la fijación de los hechos toda la prueba producida por las partes en el juicio, tanto en la que sustenta su convicción, como aquélla que es descartada. Es más, bajo los principios de exclusión de la prueba en etapas anteriores a la sentencia, nada priva que el análisis se extienda a ellas, pero para el solo efecto de dejar constancia de la trascendencia de aquella determinación.

e) Los sentenciadores dejarán explicitadas en la sentencia las razones jurídicas, los principios de la

lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados en cuya virtud le asignan valor o desestiman las pruebas.

f) Se agrega por el legislador la orientación que, en el ejercicio de la función reseñada, el sentenciador "deberá" tener especialmente en consideración la multiplicidad, gravedad, precisión, concordancia y conexión de la prueba rendida entre sí y de ésta con los demás antecedentes del proceso.

g) La explicitación en la aplicación de las reglas de la sana crítica está dirigida tanto al examen de las partes y ciudadanos en general, como al control que eventualmente pudieran llegar a efectuar los tribunales superiores mediante la aplicación del sistema recursivo que cada materia o procedimiento contemple, en que debe revelar y conducir lógicamente a la conclusión que convence al sentenciador en la ponderación de la prueba.

Resulta incuestionable el hecho que el legislador fijó su atención en dotar de garantías a las reglas de la sana crítica, con el objeto de que fueran fácilmente observables. Pero del mismo modo, el aspecto fundamental queda determinado en precisar en la sentencia "las razones jurídicas, los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados" en cuya virtud le asignan valor o desestiman las pruebas rendidas en el proceso. Es el legislador el que se remite a

tales parámetros, es él quien integra la ley con razones, principios, máximas y conocimientos. Por lo mismo su inobservancia, transgresión, equivocada aplicación o errónea interpretación puede dar origen a la interposición de los recursos que contempla la ley, puesto que, cuando no se los cumple, no solamente se desobedecen sus determinaciones, sino que además se quebranta la ley, vulnerándose las garantías que el legislador concede a las partes, con lo que se contraviene el ordenamiento jurídico en general, ante lo cual el mismo legislador reacciona, privando de fuerza y efectos a la determinación así alcanzada en atención a que, en último término, se desatiende la soberanía y se afecta el Estado democrático, constitucional y social de derecho. De esta manera, corresponde entrar a precisar el contenido de aquellos parámetros, con la finalidad de determinar, al resolver el presente recurso de reclamación, su posible trasgresión, para adoptar la decisión que resulte pertinente y adecuada.

La sana crítica determina su contenido, además de las razones jurídicas pertinentes, por las reglas de la lógica, la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, a los que se agregan las reglas de la psicología, pero que nuestro legislador ha omitido.

La lógica pretende distinguir entre los razonamientos correctos de aquellos que no lo son, en cuyas proposiciones debe existir una vinculación racional, a las que se

denomina: Implicación, equivalencia, consistencia e independencia. La lógica formal origina las leyes: a) De la identidad, que pretende significar que si una proposición es verdadera, siempre será verdadera. La identidad de la persona o cosa es la misma que se supone; b) De la falta de contradicción, según la cual una proposición no puede ser verdadera y falsa al mismo tiempo. Dos juicios contrapuestos o contradictorios se neutralizan o destruyen entre sí. Dos juicios contradictorios no pueden ser simultáneamente válidos y, por lo tanto, basta con reconocer la validez de uno de ellos para poder negar formalmente la validez del otro; c) De tercero excluido, en que una proposición no puede ser verdadera o falsa al mismo tiempo. Dos juicios contradictorios no pueden ser simultáneamente falsos y basta con reconocer la falsedad de uno de ellos para poder afirmar formalmente la validez del otro. Se presenta en los casos en que un juicio de valor es verdadero y el otro es falso; y d) De la razón suficiente (para quienes no la consideran como parte integrante de la teoría de la demostración), cuya implicancia contempla que cualquier afirmación o proposición que acredite la existencia o no de un hecho, tiene que estar fundamentada o probada, pues las cosas existen y son conocidas por una causa capaz de justificar su existencia.

Por su parte, la experiencia comprende las nociones de dominio común y que integran el acervo cognoscitivo de la sociedad, las que se aprenden como verdades indiscutibles. Couture define las llamadas máximas de experiencia como "normas de valor general, independientes del caso específico, pero como se extraen de la observación de lo que generalmente ocurre en numerosos casos, son susceptibles de aplicación en todos los otros casos de la misma especie" (Fundamentos de Derecho Procesal Civil, página 192); Friedrich Von Stein expresa que éstas "son definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos" (El conocimiento Privado del Juez, página 27, citados por Joel González Castillo, Revista Chilena de Derecho, Vol. 33 N° 1, año 2006).

Existen ciertos elementos comunes a las máximas de experiencia: "1° Son juicios, esto es, valoraciones que no están referidas a los hechos que son materia del proceso, sino que poseen un contenido general. Tienen un valor propio e independiente, lo que permite darle a la valoración un carácter lógico; 2° Estos juicios tienen vida propia, se generan de hechos particulares y reiterativos, se nutren de la vida en sociedad, aflorando por el proceso

inductivo del juez que los aplica; 3° No nacen ni fenecen con los hechos, sino que se prolongan más allá de los mismos, y van a tener validez para otros nuevos; 4° Son razones inductivas acreditadas en la regularidad o normalidad de la vida, y, por lo mismo, implican una regla, susceptible de ser utilizada por el juez para un hecho similar; 5° Las máximas carecen de universalidad. Están restringidas al medio físico en que actúa el juez, puesto que ellas nacen de las relaciones de la vida y comprenden todo lo que el juez tenga como experiencia propia" (Joel González Castillo, Revista Chilena de Derecho, Vol. 33 N° 1, año 2006).

Los conocimientos científicamente afianzados son diversos, pero se ajustan a conclusiones que se adquieren aplicando el método científico, el cual se caracteriza por sus etapas de conocimiento, observación, planteamiento del problema, documentación, hipótesis, experimentación, demostración o refutación y conclusión: tesis o teoría. Los conocimientos científicos están asociados a las teorías y leyes de las diversas ciencias, las que se han construido mediante el método científico, el cual está caracterizado fundamentalmente por la demostración.

La diferencia entre la lógica formal con las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados está constituida porque la primera no requiere ser demostrada.

La jurisprudencia de la Corte Suprema ha dicho: "Que de lo razonado en los considerando quinto a noveno de esta sentencia aparece que los jueces del fondo, al apreciar la prueba, vulneraron las normas reguladoras establecidas en los artículos 455 y 456 del Código del Trabajo, toda vez que resulta contrario a la lógica formal, y en consecuencia a la sana crítica, sostener de una cosa lo que no es y, también, tener por verdaderos hechos deducidos a partir de hipótesis falsas, lo que se concretó al afirmar que un testigo dijo algo distinto a lo señalado en su declaración y al sostener que la absolvente no ha reconocido hechos que la perjudican, siendo evidente que sí lo hizo" (Corte Suprema, 4 de noviembre de 2008, causa rol N° 5129-08, considerando décimo).

DUODECIMO: Que en cuanto al reclamo planteado por Cientochoenta Grados S.A., cabe recordar que dicha agencia alega que no ha incurrido en la infracción de colusión prevista en el artículo 3° letra a) del Decreto Ley N° 211. Es pertinente recapitular los siguientes antecedentes:

1.- 180° fue invitada a participar en la licitación de Metro. Estuvo presente en la reunión verificada el día 24 de abril de 2008 en la oficina de ACHAP en que se sortearon cinco agencias, resultando elegida.

2.- 180° fue también invitada a participar en la licitación de Transbank. Estuvo presente en la señalada reunión, resultando sorteada.

3.- Participó en el intercambio de correos electrónicos apoyando la posición de ACHAP y solo hizo reserva de la proposición de fijar un número limitado de oferentes, pero haciendo hincapié en que se sujetará a la posición final de ACHAP.

4.- Días antes del sorteo el Presidente Ejecutivo de ACHAP había comunicado a dicha agencia -junto a las demás convocadas en la licitación de Transbank- de manera detallada cuál sería el número de compañías elegidas que participarían en dos etapas: una de presentación de credenciales y una segunda de selección entre tres agencias que compiten con la preparación de una campaña. Además el Presidente de ACHAP proponía que se eligieran las empresas mediante el azar. Expresamente señaló el representante de 180° que estaba de acuerdo con el mecanismo de selección.

DECIMO TERCERO: Que los antecedentes señalados, valorados de la manera dispuesta por la ley, son suficientes y categóricos para concluir que la agencia de publicidad Ciento ochenta Grados S.A. participó en el acuerdo colusorio, por cuanto:

1.- Aceptó la proposición del Presidente Ejecutivo de ACHAP en orden a limitar el número de participantes en dos llamados de licitación privadas y en alterar el modo de presentar el contenido de la oferta.

2.- Aceptó la proposición del mismo Presidente en orden a que si los entes licitantes no se sujetaban a los términos comunicados no se presentarían ofertas.

3.- Aceptó participar en el acto idóneo de ejecución del acuerdo, esto es, en la selección de los proponentes por medio de un sorteo. Estuvo dispuesta a renunciar expresamente a la convocatoria en caso de no ser seleccionada por dicho mecanismo.

4.- Su intención fue reducir el número de participantes asegurando una mayor probabilidad de éxito en el resultado de la licitación.

Lo recién expresado da cuenta que la conducta sancionada en autos -dado que ese patrón se repite en las demás agencias sancionadas- es un hecho común y complejo que culminó con la participación efectiva en un mecanismo de selección de proponentes. Es decir, el acuerdo de voluntades recayó sobre la decisión misma de advertir al licitador que no se presentaran a las licitaciones y en la forma específica en que se desarrolla la ejecución del acuerdo, esto es, a través de la autoselección de los oferentes por medio de un sorteo. Precisamente es en esa última instancia en que se comprueba la convergencia de voluntades.

Por consiguiente, se reúnen los elementos del tipo de colusión que se han señalado anteriormente, sin que por

8539
mover en
Audicial

otra parte se encuentre justificada alguna explicación alternativa acerca de su conducta.

DECIMO CUARTO: Que en cuanto el recurso de reclamación presentado por la Fiscalía Nacional Económica en que solicita la sanción del director de ACHAP Samuel Benavente, cabe tener en cuenta que la sentencia impugnada decidió absolverlo por considerar que se manifestó renuente a apoyar las gestiones del Presidente Ejecutivo de la asociación, José Manuel Silva. Tal aseveración es efectiva y encuentra respaldo en los instrumentos acompañados al proceso, de los que se desprende que era el principal propulsor de establecer un Código de Buenas Prácticas para impedir o paliar los usos de la industria publicitaria chilena. Es así como en la sesión de directorio de ACHAP de 2 de abril de 2008 consta lo siguiente: "El director Samuel Benavente informa que está a punto de terminar el texto final que ha trabajado con don Henry G. Northcote, el cual estaría próximo a ser presentado al Directorio. El material entregable final por parte de Achap serían: contrato de trabajo laboral, contrato de servicio agencia-cliente, reglamento de licitaciones...". Asimismo en correo electrónico consignó "...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 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 señalas 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 aún 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".

Atendido lo expresado, sólo cabe concluir que Samuel Benavente no participó en ningún acto idóneo de ejecución de acuerdo colusorio.

DECIMO QUINTO: Que la FNE además solicita que sean sancionadas las agencias de publicidad que han sido absueltas, respecto de lo cual cabe distinguir, para efecto del razonamiento, las que no fueron convocadas o invitadas a las licitaciones de Metro y Transbank de aquellas que sí lo fueron (que son dos). Se deja fuera del análisis la



\$ 540
more mil
dividend
available

licitación de la UDP, por cuanto, según se dijo, no hubo alteración alguna en el proceso diseñado por dicha institución, toda vez que desde un principio se definió de un modo semejante al propuesto por ACHAP.

En cuanto a las primeras -que son la mayoría de las absueltas- debe tenerse presente lo siguiente:

1.- No fueron convocadas a las licitaciones.

2.- Participaron en el intercambio de correspondencia electrónica manifestando apoyo a las gestiones de ACHAP para terminar con los usos acreditados de la industria publicitaria.

3.- No participaron en los actos de ejecución del acuerdo relativo al establecimiento de un mecanismo de selección que se verificó en la oficina de ACHAP el día 24 de abril de 2008.

DECIMO SEXTO: Que en virtud de lo señalado cabe descartar su participación en el acuerdo colusorio, toda vez que dichas compañías no intervienen en ningún plan convenido para designar los proponentes. Por tal motivo, el resultado de su manifestación de voluntad expresado en la correspondencia electrónica que se ha reseñado era incierto y eventual y dependía de la negociación que se acordara con los licitantes.

Además debe tenerse presente que si bien el argumento de la FNE consistente en que el acuerdo ilícito exigía que concurrieran con su voluntad la totalidad de los

requeridos, en principio es coherente, pero, en concreto, no hay elementos probatorios suficientes que determinen que las empresas no invitadas tenían la experiencia, prestigio, premios, entre otros factores, que pudieran ser tomados en cuenta por las licitadoras para llamar a las agencias convocadas.

DECIMO SEPTIMO: Que la FNE solicita que la agencia de publicidad Wunderman sea sancionada respecto de lo cual cabe considerar lo siguiente:

1.- Dicha agencia fue convocada a la licitación de Metro.

2.- No existe correspondencia electrónica emanada de su parte.

3.- No fue invitada a participar en la reunión de selección de proponentes en la ACHAP el día 24 de abril de 2008.

De lo dicho se infiere que no participó en acuerdo alguno. El argumento de la FNE en orden a que fue copiada en los correos electrónicos es absolutamente insuficiente, sobre todo si se tiene en cuenta que el Presidente Ejecutivo de ACHAP insistió en tener respuestas expresas de las agencias asociadas, más aún si había sido invitada por Metro.

DECIMO OCTAVO: Que la FNE pide en su reclamación que la agencia Ogilvy sea sancionada. Sobre dicha petición es pertinente tener en cuenta que esa compañía participó en la

licitación de Transbank e incluso fue seleccionada; sin embargo, en su caso el elemento subjetivo de la infracción se encuentra ausente, puesto que nunca se encontró en condiciones de participar en el mencionado proceso, toda vez que acreditó que se había adjudicado la cuenta de una tarjeta de retail incompatible con la cuenta de Transbank y por tal motivo renunció al proceso.

DECIMO NOVENO: Que la reclamante Cientochenta Grados S.A. pidió, en subsidio, que sea rebajado el monto de la multa (7,5 unidades tributarias anuales), a cuyo respecto cabe señalar que el inciso final del artículo 26 del D.L. N° 211 vigente al tiempo en que acaecieron los hechos, prescribía: "Para la determinación de las multas se considerarán, entre otras, las siguientes circunstancias: el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción, la gravedad de la conducta y la calidad de reincidente del infractor". En consideración a la gravedad de la conducta, esta Corte estima adecuado el monto de la sanción pecuniaria, teniendo especialmente presente que la colusión es una de las figuras más graves que se pueden cometer en contra de la libre competencia y, en la especie, los sancionados influyeron en procesos de licitación que se encontraban en curso coartando la libertad del licitante.

VIGESIMO: Que la FNE solicita ser eximida del pago de costas. Se aceptará el planteamiento respecto de las agencias Grey Chile S.A., Publicidad Alco S.A. y TBWA

Frederick S.A., por cuanto se estima que tuvo motivo plausible para litigar. En cambio, en cuanto a las agencias Espina y Escalona Ltda. (EEL o Tango) y Wunderman Chile Consultoría y Comunicaciones Ltda. se desestimará la petición, toda vez que en cuanto a la agencia Espina y Escalona Ltda. es un hecho establecido que no tenía la calidad de ser una agencia de publicidad creativa, exigencia que era necesaria para tener la posibilidad de afectar con su voluntad el mercado relevante de autos. Respecto de Wunderman, como se ha visto, los antecedentes demuestran que no participó en el acuerdo colusorio y que aún más no contestó ningún correo electrónico de los personeros de ACHAP, todo lo cual implica que fueron involucrados en el procedimiento seguido en autos -de carácter sancionatorio- sin fundamento.

Por estas consideraciones y visto además lo dispuesto en el artículo 27 del D.L. N° 211, **se resuelve:**

I.- Que **se rechaza** íntegramente la reclamación formulada por Cientochenta Grados S.A. en la presentación de fojas 9392 en contra de la sentencia dictada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia N° 128/2013 de veintinueve de enero del año dos mil trece, escrita a fojas 9186.

II.- Que **se rechaza la petición principal** de la reclamación planteada por la Fiscalía Nacional Económica en

su presentación de fojas 9364 en contra de la mencionada sentencia.

III.- Que se **acoge la petición subsidiaria** contenida en dicha presentación sólo en cuanto se deja sin efecto la condena en costas impuesta a la Fiscalía Nacional Económica respecto de las empresas Grey Chile S.A., Publicidad Alco S.A. y TBWA Frederick S.A y se declara que se la exime de tal carga. Se desestima en lo demás la aludida petición.

Se previene que el Ministro Sr. Cisternas que concurre al fallo, estuvo por no incluir el fundamento undécimo, por estimarlo innecesario en el contexto de la problemática planteada y, en especial, sin correspondencia con el desarrollo posterior del fallo.

Acordada con el **voto en contra del Ministro Sr. Cisternas** en la parte que desestima el recurso de reclamación interpuesto por Cientochenta Grados S.A., quien estuvo por acogerlo y, por consiguiente, estuvo por desestimar el requerimiento a su respecto en virtud de las siguientes consideraciones:

1° Que de la correspondencia electrónica a que se ha hecho referencia en la sentencia aparece con claridad que la agencia de publicidad Cientochenta Grados S.A. manifestó expresamente un cuestionamiento a la intervención del proceso de licitación. Y desde luego, fue presionada por el Presidente Ejecutivo de ACHAP para entregar una respuesta y ella no se observa más que la adhesión a una posición

gremial que se oponía a las prácticas abusivas de la industria publicitaria.

2° Que, además, dicha empresa siempre compitió efectivamente y nunca manifestó expresiones de voluntad que importaran amenaza a la estabilidad del proceso. En otras palabras, no participó en el plan colusivo y su mera aquiescencia en orden a aceptar una posición gremial pone de manifiesto que se encuentra ausente la voluntariedad en la comisión del ilícito perseguido.

Acordada la decisión signada II con el **voto en contra** del ministro Sr. Cerda, quien estuvo por acoger la petición principal del recurso de reclamación interpuesto por la Fiscalía Nacional Económica y sancionar a Grey Chile S.A., Publicidad Alco S.A., TBWA Frederick S.A., 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., Publicidad Puerto Gráfico S.A., Publicidad 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. como autoras de la infracción prevista en el artículo 3° a) del Decreto Ley N° 211, para lo cual tiene principalmente en consideración que:

1) La colusión como ilícito propio de un procedimiento de licitación presupone cuatro elementos definitorios: a)

identificación de proponentes reales y potenciales, 2) consenso entre éstos, relativo a la forma en que se comunicarán, 3) estrategia común, incluso presentada por algunos, pero acogida por todos, y 4) elección de los únicos que podrán participar como proponentes.

2) A juicio de este discrepante tales presupuestos comparecen en la especie, pues las circunstancias fácticas que la sentencia reclamada ha dejado esclarecidas -que no estima del caso reproducir- dan cuenta de una planificación organizada en y por una asociación gremial de agencias de publicidad, reales o potenciales contratantes de determinados avisadores, con una modalidad de intercomunicación, habiendo consensuado o aceptado una estrategia común enfrente de sus actuales y futuros procesos de licitación.

3) Es su parecer que ello atenta contra el bien jurídico que justamente el consabido artículo 3 a) persigue amparar, cual el de la libre concurrencia de interesados al correspondiente llamado, que obviamente aborta si no media el libre juego de la autonomía de la voluntad por parte del convocante, al momento de la más amplia posibilidad de selección y elección.

4) Considera que con ello las agencias requeridas alteraron las reglas de la libre competencia y los principios que reglan la libertad del licitador o demandante de los servicios, ora para fijar las bondades

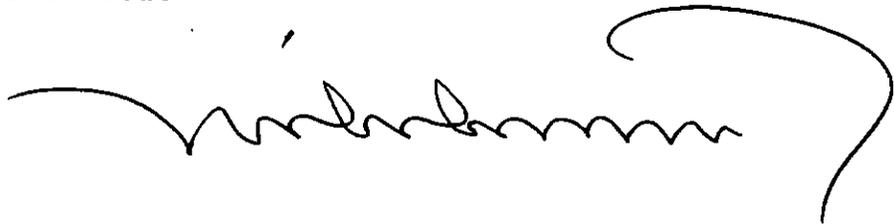
que requiere del prestador de los mismos -experiencia, prestigio, capacidad, etc.- ora para potenciar sus expectativas de amplitud de la oferta.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

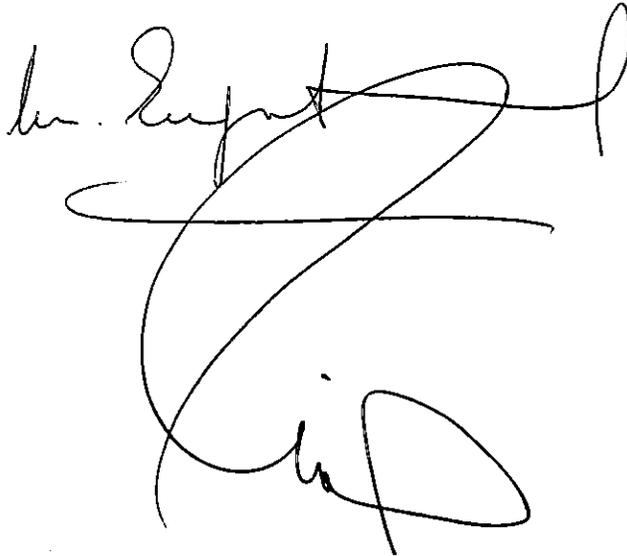
Redacción a cargo de la Ministra Sra. Sandoval y de las disidencias, sus autores.

Rol N° 2666-2013.

SA CAMERO



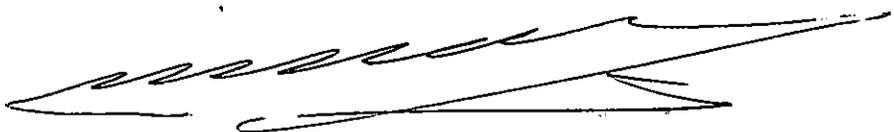
SA SANDOVAL



SA CISTERNAS



SA ESCOBAR



SA CERDA

