

Santiago, seis de enero de dos mil veinte.

Al escrito folio N° 63.600-2019: a lo principal y otrosí, téngase presente.

VISTOS:

En causa rol N° 1531-2018, seguida ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC), caratulada "Fiscalía Nacional Económica con CMPC y SCA Chile", la Fiscalía Nacional Económica dedujo requerimiento en contra de CMPC Tissue S.A. y de SCA Chile S.A. imputándoles haber transgredido lo estatuido en el artículo 3 inciso 1° e inciso 2°, letra a), del Decreto Ley N° 211, al celebrar y ejecutar acuerdos con el objeto de asignarse cuotas de participación de mercado y de fijar precios de venta de sus productos de papeles suaves o *tissue* desde el año 2000 hasta, a lo menos, diciembre del año 2011, afectando el mercado nacional de la comercialización mayorista de *tissue* en el canal de venta masivo.

Por sentencia de veintiocho de diciembre de dos mil diecisiete, escrita a fojas 6422 y siguientes, el TDLC acogió el requerimiento y declaró que CMPC Tissue S.A. y SCA Chile S.A. infringieron el referido artículo 3, en su inciso 1° e inciso 2°, letra a), del Decreto Ley N° 211; rechazó la excepción de prescripción interpuesta por SCA Chile S.A.; condenó a SCA Chile S.A. al pago de una multa, a beneficio fiscal, de 20.000 Unidades Tributarias Anuales; eximió a CMPC Tissue S.A. del pago de multa, por ser



acreedora del beneficio establecido en el artículo 39 bis del Decreto Ley N° 211, toda vez que no se acreditó que haya coaccionado a SCA Chile S.A. para participar en el acuerdo; impuso a las requeridas la adopción de un programa de cumplimiento en materia de libre competencia que satisfaga los requisitos establecidos en la "Guía de Programas de Cumplimiento de la Normativa de Libre Competencia" elaborada por la Fiscalía Nacional Económica, de junio de 2012, por un plazo de cinco años, programa que deberá contemplar, además y como mínimo, las acciones detalladas en el fundamento ducentésimo decimonoveno de ese fallo y, finalmente, condenó a SCA al pago de las costas.

Respecto de esta decisión SCA Chile S.A. interpuso recurso de reclamación para ante esta Corte, para cuyo conocimiento se trajeron los autos en relación.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que en su recurso SCA Chile S.A. sostiene, en primer lugar, que desde el punto de vista del sistema de libre competencia resulta más eficaz impedir la formación de un cartel que detectarlo años después y añade que, por lo mismo, la excepción de coacción prevista en el artículo 39 bis del Decreto Ley N° 211, que priva de todo beneficio al agente que organiza la colusión y coacciona al resto de sus miembros, debe ser interpretada como elemento útil para desincentivar la creación o mantención de un cartel, de modo que, según alega, yerra la sentencia al definir el



contenido y extensión de la mencionada excepción y otorgarle un concepto tan restringido como el que le reconoce.

Enseguida afirma que la privación de beneficios asociada a la excepción de coacción constituye una sanción para el agente que emplea la fuerza, de manera que, en su opinión, la exclusión del agente que organiza y coacciona debe operar siempre.

Se refiere luego al concepto de coacción contemplado en el artículo 39 bis, inciso 5°, del Decreto Ley N° 211, y al respecto expone que corresponde a toda fuerza o violencia aplicada sobre una persona y puede ser de dos tipos: física o material (es decir, vis absoluta), o moral (esto es, vis compulsiva o relativa). Subraya que la vis absoluta suprime la voluntad de la víctima, que es sustituida por la del agente que ejerce la fuerza, mientras que en el caso de la vis relativa la víctima actúa por su propia voluntad. Asegura que, en consecuencia, es inexistente, por falta de voluntad, todo acto ejecutado por un agente que actúa bajo vis absoluta, pues no ha prestado su consentimiento, mientras que el acto realizado bajo vis relativa sí existe, aun cuando emane de la voluntad viciada de la víctima de la violencia, de todo lo cual deduce que la coacción ejercida por un miembro de un cartel en contra de otro sólo puede ser vis relativa, y nunca absoluta, dado



que, por definición, la participación en un cartel exige que cada involucrado haya consentido en el ilícito.

Agrega que la interpretación de la excepción de coacción debe apuntar a neutralizar posiciones de poder de mercado y no a favorecerlas, como sucede, sin embargo, con la sentencia impugnada, y advierte que constituye coacción, en los términos del artículo 39 bis, el acto por el que un agente que goza de posición dominante amenaza a uno de sus competidores con llevarlo a la quiebra en caso de que no se pliegue o no se mantenga en un cartel. Enseguida acusa que el fallo vulnera gravemente el bien jurídico protegido por la ley y que, además, brinda una protección inaudita a quienes abusan de su poder de mercado, al concluir que no es constitutivo de coacción aquel acto realizado por un agente económico que, abusando de su poder dominante, amenaza a uno de sus competidores, en forma grave y creíble, con expulsarlo del mercado, pues ello corresponde, desde la perspectiva económica, a la "muerte" de la compañía, generando con ello un precedente gravísimo, así como un incentivo para la formación de carteles, pues incita a los agentes dominantes a forzar a sus competidores a entrar o mantenerse en una colusión, seguros de los beneficios que obtendrán de la delación compensada.

En este sentido denuncia que CMPC coaccionó a Pisa, en tanto la amenaza que formuló en su contra, de eliminarla del mercado si no seguía sus instrucciones, satisface los



tres requisitos copulativos cuya concurrencia es necesaria para que se configure la coacción de que se trata, pues fue creíble, grave y determinante.

Así, sostiene que la amenaza era grave, en tanto incidía en la permanencia misma de Pisa en el mercado; al respecto subraya que, al menos desde el año 2000, CMPC mantenía sobre su parte una permanente conducta agresiva y amenazante, cargada de un decidior lenguaje bélico, tal como lo declaró el testigo Eduardo Hola.

Enseguida asegura que la amenaza en comento era creíble, desde que CMPC contaba con una indiscutible aptitud objetiva para coaccionar a su parte, y al respecto pone de relieve que mientras duró la colusión CMPC contaba con participaciones de mercado muy superiores a las de sus competidores, mismas que, unidas a su estabilidad en el tiempo, constituyen un claro indicio de su significativa posición de dominio, a lo que adiciona que dominaba el mercado por medio de marcas incontrarrestables, tales como "Confort" o "Nova".

Por último, afirma que la coacción materia de autos fue determinante en tanto PISA se allanó al requerimiento colusorio en comento "por temor a las represalias" con que la amenazó CMPC y niega que las amenazas que enfrentó sean las típicas de toda colusión, pues su contenido aludía a la eliminación de Pisa del mercado. Manifiesta que en este punto la sentencia yerra, pues confundió la "coacción" con



las "sanciones" propias de los carteles, pese a que se trata de cuestiones diferentes.

Afirma que, en esas circunstancias, CMPC no puede recibir beneficios del programa de delación compensada, pues organizó el cartel y coaccionó a su parte para que ingresara al mismo, de lo que se sigue que fue su parte el primer delator que cumplió con las exigencias legales, motivo por el que, en su concepto, SCA debe ser eximida de toda multa, en tanto que CMPC debe ser condenada a su pago.

En subsidio de lo expuesto precedentemente, y para el caso que no se exima a su parte del pago de la multa, alega que se le debe imponer una sustancialmente menor a la pedida por la Fiscalía Nacional Económica.

Así, en primer lugar, arguye que SCA Chile no obtuvo beneficios económicos de la colusión, como se desprende del estudio preparado a petición de su parte por el Doctor en Economía Gabriel Bitrán, mismo que, sin embargo, fue desechado erradamente por la sentencia. Explica que para concluir que su parte obtuvo beneficios de la colusión el fallo se fundó en un informe de la Fiscalía Nacional Económica que carece de mérito no sólo por la falta de independencia de quienes lo emitieron, sino que, además, porque presenta insuficiencias técnicas y metodológicas manifiestas que le restan validez, entre las que destaca que en su elaboración no se emplearon los costos reales en que incurrió su parte. Asevera que, por la inversa, el



informe del doctor Bitrán se basa en información real de su parte, de manera que, de acuerdo a las máximas de la experiencia, el mismo resulta mucho más confiable que el de la Fiscalía, de modo que el fallo yerra al desconocerle mérito probatorio.

Finaliza esta parte de sus alegaciones señalando que, de estimarse que el informe de la Fiscalía es válido, sólo se podría utilizar como base de cálculo de la multa la estimación de beneficios menor de entre las que considera como posibles el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, esto es, aquella que asciende a 21.960 Unidades Tributarias Anuales, pues, de obrar de un modo distinto, se habría impuesto a su parte una multa injusta, calculada en base a beneficios muy exagerados.

En segundo término aduce que, para calcular el monto de la multa, se debe efectuar una aplicación proporcional de los topes máximos contemplados en la ley, para cada uno de los períodos durante los que estuvo vigente la colusión, pues, dada la duración del acuerdo colusorio, durante su vigencia existieron distintos regímenes sancionatorios y añade que, aun cuando el régimen aplicable sea el último, tal circunstancia no permite que la multa máxima prevista en este último se haga extensiva a hechos ejecutados con anterioridad a la vigencia de la ley que consagra dicho conjunto normativo, en particular si uno de los estatutos previos contempla multas máximas inferiores, pues tal



decisión vulneraría el principio de irretroactividad de la ley sancionadora.

Estima que, por consiguiente, se debe determinar cuál fue el beneficio económico obtenido bajo la vigencia de cada uno de los aludidos regímenes jurídicos y cuál era el máximo de multa aplicable conforme a cada uno de ellos; enseguida, se ha de considerar como monto de la multa aplicable a cada período el valor más bajo que resulte de la comparación entre el beneficio obtenido y el cuántum de la multa de mayor entidad prevista en cada fase, de modo que, sumando los montos así calculados, se obtendrá como resultado una cifra que corresponde a la base de la multa, a la que luego se han de aplicar las respectivas atenuantes.

A continuación invoca como primera atenuante el principio de proporcionalidad y la capacidad económica del infractor, aduciendo que la Ley N° 20.945 introdujo de manera expresa la "capacidad económica del infractor" como una circunstancia minorante de responsabilidad. Al respecto señala que los ingresos de la compañía para el último año respecto del que existen estados financieros auditados en el proceso, corresponden, por actividades ordinarias, a \$70.346.181.000, de manera que si se empleara como límite prudencial el 10% de dicho monto, la capacidad de pago de su parte se limitaría a \$7.034.618.100, equivalente a 12.467 Unidades Tributarias Anuales, monto muy inferior a



las 20.000 UTA impuestas en el fallo recurrido y acusa que la sentencia no contiene pronunciamiento alguno sobre este particular.

Enseguida, y como segunda atenuante, alega la falta de reincidencia de su parte en infracciones anticompetitivas.

Luego, y para el caso de que se estime que las presiones y amenazas que CMPC ejerció sobre su parte durante la colusión no constituyen coacción, aduce que tales circunstancias han de ser consideradas como otra atenuante, pues tornan menos reprochable la conducta de PISA en términos tales que, análogamente a lo dispuesto en el artículo 10 N° 9 ó en el artículo 10 N° 1, ambos del Código Penal, deben disminuir la multa aplicable, añadiendo que el fallo tampoco se pronunció sobre esta alegación.

Más adelante, y como cuarta atenuante, manifiesta que fue CMPC, y no su parte, quien organizó el cartel, de manera que su participación fue menos grave, debiendo ser inferior la multa a aplicar.

Luego, y como una quinta atenuante, asevera que la colusión terminó varios años antes del inicio de la investigación de la Fiscalía Nacional Económica, gracias, precisamente, a la actividad de SCA Chile. Así, subraya que la colusión concluyó el año 2011, esto es, cuatro años antes de la presentación del requerimiento y tres antes de que la Fiscalía comenzara su investigación, particularidad que torna menos reprochable la conducta de su parte, pues



terminó sin intervención de la autoridad. Más aun, alega que existe evidencia que acredita que la colusión terminó a instancias de SCA, lo que también da cuenta de una conducta menos reprochable.

En otro acápite sostiene que el fallo no concedió a SCA la rebaja que le corresponde por su delación, ascendente al 33,3% del valor de la multa que habría correspondido aplicar sin delación, pues calculó el descuento a partir del tope máximo previsto en la ley para la conducta en comento, esto es, 30.000 Unidades Tributarias Anuales. Sostiene que el descrito raciocinio del fallo es equivocado y abusivo, en tanto no se practicó la rebaja sobre "la multa que de otro modo habría sido solicitada", como manda la ley, evento en el que el quantum máximo que se podría considerar no habría de exceder de 21.960 Unidades Tributarias Anuales, en tanto el informe presentado por la Fiscalía Nacional Económica asegura que su parte obtuvo beneficios por esa suma; en esas condiciones, y aun cuando se rechazaran todas las atenuantes invocadas, la multa impuesta no podría exceder de 14.647 Unidades Tributarias Anuales. Por fin, arguye que, si se reconocen las atenuantes invocadas, el descuento se ha de aplicar sobre la multa ya atenuada, pues esa es la sanción que habría correspondido a SCA Chile sin delación.

En un tercer capítulo acusa que el fallo transgredió las reglas de la sana crítica al concluir que la colusión



comenzó en el año 2000 y estuvo vigente hasta el 2011, pues, según asevera, las probanzas rendidas demostraron que el cartel comenzó a operar en el año 2006, mientras que la existencia de colusión entre los años 2000 y 2005 se funda en prueba que califica de ilícita e inepta, destacando que, todavía más, existe prueba concluyente que acredita que la colusión no existió en el período 2000-2005. Sobre este particular expone que los sentenciadores omitieron muchísima prueba que demuestra la hipótesis contraria a la que dieron por demostrada, concluyendo que, además, la sentencia no aplicó un estándar de prueba "clara y concluyente".

Acerca de este último punto expresa que la mayor parte de la prueba empleada para establecer que habría existido colusión entre los años 2000 y 2005, fue "pre-fabricada" por abogados de CMPC, sea mediante declaraciones leídas por funcionarios de dicha empresa ante la FNE, en cuya redacción participaron abogados de esa compañía; sea, con la delación preparada por letrados de la propia CMPC o, por último, con la declaración prestada en el proceso por el fiscal de CMPC. Así, denuncia que las declaraciones de funcionarios de CMPC ante la Fiscalía son inadmisibles no sólo por lo ya dicho, sino que, además, porque se trata de testimonios de personas cuya identidad desconoce y, además, porque tales deponentes no prestaron declaración ante el TDLC o, habiendo comparecido, no admitieron ser



contrainterrogados. Agrega que, pese a lo expuesto, el TDLC dio valor de prueba testimonial a dichas declaraciones, a lo que adiciona que el fallo estimó que las actas en que ellas se contienen también constituyen "documentos", contradicción que atenta contra las reglas de la sana crítica y que, además, vulnera la garantía del debido proceso.

Arguye, también, que la sentencia dio un valor gravitante a la Solicitud de Beneficios presentada por CMPC, pese a que dicho documento fue preparado por esa misma parte y, además, no cumple los requisitos exigibles para producir prueba, pues no satisface ciertos parámetros mínimos, en especial aquel en cuya virtud debe dar cuenta de antecedentes "verificables y corroborados con el resto de los elementos probatorios que obran en el proceso", pues los hechos que contiene no tienen más respaldo que otras pruebas preparadas por abogados de la misma CMPC.

Denuncia también que, aun cuando la absolución de posiciones sólo puede constituir prueba "en contra" del absolvente, la sentencia invoca reiteradamente la que prestara el fiscal de CMPC en favor de dicha compañía para acreditar los hechos que la propia CMPC postulaba, tales como, por ejemplo, el inicio de la colusión en el año 2000 y su vigencia entre ese año y el 2005.

Censura la importancia que el fallo otorga a la declaración prestada por Jorge Morel ante la Fiscalía



Nacional Económica, pese a que dicho deponente se desdijo completamente de tales dichos en su declaración judicial; acusa también que dos planillas Excel citadas por la sentencia para acreditar la fecha de inicio de la colusión, son documentos internos de CMPC que carecen de mérito probatorio, puesto que no es cierto que hayan sido creadas y modificadas en las fechas que se indican en el apartado denominado "propiedades", y que tampoco es cierto que el contenido que actualmente muestran haya sido el mismo que originalmente tenían.

A continuación niega que la colusión haya comenzado en el año 2000 y al respecto argumenta que, si bien el fallo concluyó que las partes se coludieron en esa fecha con el fin de poner término a la guerra de precios existente en ese entonces, es lo cierto que su parte no participó en tal enfrentamiento, el que sólo involucró a CMPC y D&S; agrega que no existe ningún antecedente que sustente la aseveración del tribunal y que, por la inversa, la prueba es clara y concluyente en cuanto a que la colusión comenzó en el 2006, destacando que se aparejaron planillas Excel y correos electrónicos que demuestran también que la colusión comenzó en marzo de 2006, tales como la planilla denominada "Modelo para 3", adjunta a un correo electrónico enviado por CMPC a SCA el 3 de julio de 2008, y un correo enviado en marzo de 2009, en el que los ejecutivos intervinientes miden los resultados totales de la colusión. Sostiene,



además, que esos antecedentes son consistentes con las declaraciones de los testigos Cecilia Haberle, Eduardo Hola, Gabriel Ruiz-Tagle y Miguel González, quienes también señalan que el acuerdo comenzó en el 2006 o, bien, que no existió antes de ese año, pese a lo cual el Tribunal omitió el análisis de tales probanzas, pues, de haberlos considerado, habría concluido en el sentido propuesto por su parte.

Enseguida acusa que el razonamiento contenido en el fundamento centésimo cuarto del fallo, en cuanto señala que el acuerdo adoptado en el año 2003 entre CMPC y D&S puede "haber sido necesario para hacer viable la colusión denunciada", demuestra, a su juicio, que el tribunal reconoce que la colusión entre PISA y CMPC habría sido inviable antes del 2003, contradicción que, en su opinión, revela lo débil de la hipótesis del tribunal y permite descartar la existencia del acuerdo colusorio en los primeros años, sin que la alusión a una implementación "más rigurosa a partir del año 2003" permita variar tal conclusión.

En un cuarto capítulo se refiere a la excepción de prescripción opuesta por su parte en relación a los hechos ocurridos con anterioridad al año 2006 y al respecto arguye que la prueba aparejada indica que el acuerdo comenzó en ese año, mientras que aquella utilizada por el tribunal para establecer como año de partida el 2000 es débil,



inadmisibles o ineptas, a lo que adiciona que el fallo reconoce que, de haber existido cualquier tipo de acuerdo entre CMPC y PISA en el año 2000 y siguientes, el mismo tenía un objetivo, mecanismo y elementos muy diferentes que el acuerdo imputado en autos.

En un último capítulo califica de improcedente la condena a pagar las costas que le fuera impuesta, porque su parte obtuvo dos votos favorables en el fallo en examen y, además, porque tuvo motivo plausible para litigar.

Termina solicitando que se revoque la sentencia impugnada y que, en su lugar, se rechace el requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en la parte que solicita eximir de toda multa a CMPC y se conceda una rebaja a SCA Chile, declarando, en cambio, que se exime de toda multa a SCA o, en subsidio, que se rebaje la multa que le impuso la sentencia impugnada; que la colusión de autos estuvo vigente sólo entre los años 2006 y 2011; o, en subsidio, que estuvo vigente por un tiempo inferior al establecido por la sentencia impugnada; que se acoge la excepción de prescripción y que se revoca la condena en costas aplicada a su parte, condenando a la Fiscalía a su pago.

SEGUNDO: Que para resolver el asunto sometido al conocimiento de esta Corte resulta necesario consignar que a fs. 8 la Fiscalía Nacional Económica dedujo requerimiento en contra de CMPC Tissue S.A. y SCA Chile S.A. imputándoles la transgresión de lo estatuido en el inciso primero y en



la letra a) del inciso segundo del artículo 3 del Decreto Ley N° 211, en tanto celebraron y ejecutaron acuerdos con el objeto de asignarse cuotas de participación de mercado y de fijar precios de venta de sus productos de papeles suaves o *tissue* desde el año 2000 hasta, cuando menos, diciembre del año 2011, conductas con las que habrían afectado, en concepto del requirente, el mercado nacional de comercialización mayorista de *tissue* en el canal de venta masivo.

Como fundamento de su acción la Fiscalía arguye que, iniciada en diciembre de 2014 la investigación de estos hechos, en marzo de 2015 CMPC solicitó que se le permitiera ingresar al programa de delación compensada, petición a la que accedió en agosto de ese mismo año, eximiendo a dicha parte, además, de la aplicación de la multa respectiva; añade que en octubre de 2015 SCA formuló una solicitud semejante, a la que hizo lugar, otorgando, eso sí, sólo una reducción de la multa aplicable. En este sentido cabe consignar que la Fiscalía, dada la exención otorgada a CMPC, no solicita la imposición de multa a su respecto, sin perjuicio de lo que el tribunal pueda disponer en relación a lo estatuido en el inciso 5° del artículo 39 bis del Decreto Ley N° 211.

En cuanto a los hechos pesquisados señala que a comienzos del año 2000 la cadena de supermercados D&S S.A. lanzó al mercado una marca de papel higiénico propia



denominada "Acuenta", evento que desató una guerra de precios entre las empresas requeridas; añade que, a mediados de ese año, se llevaron a efecto diversas reuniones entre el dueño de PISA y el gerente general de CMPC, en las que acordaron poner fin a dicho enfrentamiento; subir los precios de sus productos; mantener estables las participaciones de mercado de ambas compañías en el negocio masivo, empleando como referencia los porcentajes de producción que cada una de ellas presentaba antes de que comenzara el aludido conflicto, vale decir, un 76% para CMPC y un 24% para PISA, y, por último, fijar los posicionamientos relativos de los precios de los productos de ambas que competían directamente, determinando que el valor de los artículos de PISA se situaría, en general, por debajo de los de CMPC para mercancías equivalentes.

Agrega que, con posterioridad a estos primeros encuentros, se verificaron varias reuniones más, destinadas a implementar y monitorear el acuerdo, y que los contactos necesarios para la ejecución del acuerdo se efectuaron, además, por otros medios, tales como comunicaciones mediante cuentas de correos electrónicos especialmente creadas al efecto, el intercambio de información mediante teléfonos celulares de prepago adquiridos con tal fin y la entrega personal de antecedentes en el domicilio de uno de los ejecutivos de las empresas. Del mismo modo, refiere



que, para mantener las participaciones de mercado acordadas, las requeridas coordinaban las alzas de los precios de venta de los productos que estimaban equivalentes y que para su implementación enviaban listas a los supermercados y distribuidores mayoristas en las que indicaban los precios sugeridos.

Asimismo, indica que para controlar el cumplimiento del acuerdo se utilizó una planilla denominada "Modelo" o "Bomba", que permitía monitorizar de manera bimestral las participaciones de mercado de cada requerida, precisando que cuando se detectaban desvíos, las requeridas se contactaban para representarse y corregir tales diferencias mediante el aumento o disminución de promociones o el establecimiento de posicionamientos transitorios de los precios de sus productos.

Expuesto lo anterior la Fiscalía Nacional Económica sostiene que, como consecuencia de la implementación del mentado acuerdo, CMPC y SCA lograron mantener estables sus participaciones de mercado y que, además, afectaron los precios de venta al público de sus productos durante un período que se prolongó por, al menos, diez años.

Enseguida explica que los productos denominados *tissue* son aquellos derivados de la pulpa de papel que, por su textura y capacidad absorbente, satisfacen necesidades de higiene y limpieza, categoría que, según detalla, se encuentra integrada por el papel higiénico, las toallas de



papel, las servilletas, los pañuelos desechables y los faciales. Puntualiza también que para cada tipo de tales productos existe una amplia oferta en cuanto a calidad, marca y formato.

Consigna que los productos *tissue* pueden ser clasificados, según el tipo de consumidor que los demande, en mercancías de consumo masivo, esto es, aquellas adquiridas para uso doméstico y que se comercializan mayoritariamente a través de supermercados, y, por otra parte, en artículos institucionales, que corresponden a los comprados por hoteles, clínicas y lugares de alto tráfico. En cuanto a la relevancia de esas categorías, indica que, para CMPC, la de consumo masivo representa un 80% de sus ventas totales, mientras que, para SCA, un 70%.

Conforme a lo mencionado señala que el mercado relevante para estos autos corresponde a la comercialización mayorista de productos *tissue* destinados al consumidor final en el canal de consumo masivo en el territorio nacional, considerando que el acuerdo de que se trata comprende todas las categorías y marcas de productos *tissue* comercializadas por las requeridas.

A continuación destaca que los principales oferentes de papel *tissue* a nivel nacional son CMPC Tissue S.A., que es una filial de Empresas CMPC S.A.; SCA Chile S.A., empresa filial de Svenska Cellulosa Aktiebolaget SCA, quien el año 2012 se transformó en única dueña de Pisa, y



Kimberly-Clark Chile S.A., empresa que opera a baja escala en el sector de *tissue* a nivel nacional. Subraya que en este mercado existe una alta concentración, pues las requeridas alcanzan en conjunto, entre 2008 y 2013, un 85% de participación anual promedio, sin considerar las marcas propias producidas por cada una.

En lo que dice relación con las barreras de entrada existentes en este mercado, expone que se presentan fuertes economías de escala, tanto en costos de producción como en sistemas de distribución y reposición en los supermercados, y que, además, existen marcas sólidas y reconocidas.

Luego alega que, en su concepto, los hechos descritos configuran la conducta descrita en el artículo 3° del Decreto Ley N° 211, pues concurren todos los elementos normativos exigidos para su configuración, esto es, la existencia de un acuerdo ilícito entre competidores, que confiere poder de mercado y que afecta variables competitivas, en tanto las requeridas se asignaron cuotas de mercado y fijaron los precios de sus productos *tissue*.

Por último, solicita, al tenor de lo establecido en el inciso final del artículo 26 del Decreto Ley N° 211, que al regular el monto de la multa que se haya de imponer, se considere la gravedad de la conducta descrita y el beneficio económico obtenido por su intermedio, de modo que, en definitiva, se aplique el monto máximo previsto en la letra c) del citado artículo 26, sin perjuicio del



beneficio de exención de la multa otorgado a CMPC y de la reducción de la misma reconocida a SCA.

Termina solicitando que se declare que, al celebrar y ejecutar las conductas referidas, las requeridas quebrantaron el inciso primero y la letra a) del inciso segundo del artículo 3 del Decreto Ley N° 211; que se imponga a SCA Chile S.A. una multa de 20.000 Unidades Tributarias Anuales o, en su defecto, el monto que se estime ajustado a derecho y, por último, que se condene a SCA Chile S.A. y a CMPC Tissue S.A. al pago de las costas.

TERCERO: Que al contestar CMPC expuso que, habiendo tomado conocimiento de las conductas materia de la pesquisa de autos, y antes de ser notificado de tal investigación, su directorio instruyó informar y cooperar con la Fiscalía Nacional Económica, en el marco de lo dispuesto en el artículo 39 bis del Decreto Ley N° 211, labor en la que aportó antecedentes que califica de muy relevantes. Destaca la voluntad de su parte de continuar cooperando activamente durante todo el curso de este proceso y, por último, niega la acusación de haber coaccionado a SCA.

CUARTO: Que al contestar, a su vez, SCA solicita que se rechace la solicitud de exención de multa en favor de CMPC y que se exima a su parte de toda multa o que, en subsidio, se le imponga la multa más baja que en derecho corresponda, con costas.



Al respecto asevera que la colusión materia de autos fue organizada por CMPC, quien coaccionó a su parte para que participara en ella, atendida la enorme posición de dominio que la primera tiene y ha tenido por décadas en el mercado relevante.

Expone que cuando SCA Suecia adquirió el 50% de PISA, en el año 2003, CMPC comenzó con una agresiva política de precios y promociones, cuyo momento álgido se produjo durante la segunda mitad del 2005 y al que denominaron "fiesta de bienvenida". Indica que a través de tales actos CMPC demostró que la estabilidad financiera de PISA dependía estrechamente de su estrategia de precios y promociones. A continuación explica que en enero de 2006 el gerente general de CMPC contactó al gerente general de Pisa para que se reunieran, ocasión en la que el primero, en tono amenazante y en presencia de dos ejecutivos de CMPC, indicó que no permitiría que SCA incrementara su participación en el mercado y amenazó con sacarla del mismo, a lo que añadió que, si SCA mantenía su participación, pondría fin a la "fiesta de bienvenida". Expone que, en el contexto descrito, Pisa debió seguir las instrucciones de CMPC, pues, de lo contrario, no habría podido vender sus productos, resultando económicamente inviable.

En cuanto a la implementación de la conducta imputada, sostiene que CMPC le informaba los porcentajes de



participación de mercado y el posicionamiento de precios que debían tener, a la vez que preparaba las listas de precios que presentaban al *retail* y luego monitoreaba los precios, destacando que el nivel de detalle en el producto y el canal de este monitoreo era extremadamente alto.

Manifiesta que, de producirse desvíos en las participaciones asignadas, CMPC, además de amenazar a su parte, adoptaba represalias en su contra, activando promociones, ajustando precios, presionando a los *retailers* para que disminuyeran el espacio en góndolas de SCA o para que la dejaran fuera de campañas promocionales especiales.

En lo que atañe a la comunicación que habían de mantener, señala que CMPC instruyó a su parte para que creara un correo electrónico y, posteriormente, para que adquiriera un teléfono de prepago, sin perjuicio de la realización de reuniones, según lo dispusiera CMPC.

En lo que concierne al término del acuerdo, expone que fue consecuencia de un proceso de dilución paulatina, que comenzó en el año 2009, cuando los *retailers* dejaron de solicitar el precio de venta sugerido, y que concluyó cuando su parte, pese a no cumplir instrucciones de CMPC en tres oportunidades (a mediados del 2011, a mediados de 2012 y a fines de 2013), no sufrió represalias.

A continuación afirma que CMPC ostenta una posición de dominio que le ha permitido ejercer un control efectivo sobre sus competidores, así como obtener ventajas



relevantes de parte de los supermercados y de los comercializadores mayoristas, lo que se manifiesta en que habría tenido una participación de mercado altísima en los últimos 15 años, que en promedio asciende a un 76,5%, en un importante poder de negociación y en que cuenta con marcas reconocidas y con la lealtad de sus consumidores.

Enseguida subraya que la colusión fue organizada por CMPC, quien coaccionó a su parte para participar, y manifiesta que durante toda su existencia, CMPC coordinó, lideró y fue agente principal de la misma, pues ordenaba a su parte qué participación de mercado debía tener; le indicaba a qué nivel debía alzar sus precios, definiendo también sus fechas y modificándolas a su antojo. Además, CMPC realizaba monitoreos rápidos, constantes, extensivos y detallados y si detectaba que sus órdenes no eran observadas, exigía su cumplimiento en forma urgente por medio de un mensaje agresivo, frente al cual SCA obedecía. Explica que la aptitud de CMPC para disciplinar a sus rivales es suficiente para configurar la coacción si se considera la posición de CMPC, sin perjuicio de que en los hechos logró disciplinarla.

Sostiene que el mercado relevante comprende la comercialización de productos *tissue* destinados al consumidor final a través del canal de consumo masivo en Chile.



Añade, en cuanto a la delación compensada, que CMPC no cumplió con los requisitos legales para optar al beneficio asociado a la misma, pues fue organizador y coaccionador del acuerdo, de lo que deduce que la mencionada exención corresponde a su parte, en tanto se trata del primer agente que se delató válidamente, cumpliendo todos los requisitos legales. Sostiene que esta determinación, en todo caso, debe ser adoptada en el presente proceso y no ante la FNE.

En subsidio, pide que se aplique a su parte una multa sustancialmente inferior a la solicitada por la Fiscalía, considerando que concurren en su favor, como circunstancias atenuantes, la de haber participado en la colusión bajo presión y amenazas de CMPC; la de no haber obtenido beneficios económicos del acuerdo; la de registrar una irreprochable conducta anterior; la de haber concluido la colusión varios años antes del inicio de la investigación de la Fiscalía y la de que terminó por voluntad de SCA, una vez que disminuyó la presión de CMPC. Añade que no concurre la agravante de que el cartel terminara una vez detectado por la Fiscalía Nacional Económica.

Por último, alega que no hubo sólo una ley vigente durante la ejecución de la colusión, sino que, de acuerdo a la imputación efectuada por la Fiscalía, existieron tres regímenes distintos sucesivos; indica que en ese contexto la FNE yerra al prescindir de principios consagrados en la Constitución Política de la República, especialmente el de



legalidad, en relación con el de irretroactividad de la ley penal; el principio *pro reo*, en relación con la obligatoriedad de aplicar la ley penal más favorable; el de proporcionalidad y el principio de *non bis in ídem*. Agrega que, en ese entendido, y de castigar a su parte, se debería imponer la sanción del Decreto Ley N° 211 original, que contempla una multa máxima de 10.000 Unidades Tributarias Mensuales, en tanto la sanción privativa de libertad aparejada no podría ser aplicada.

Finalmente, a fojas 5914 y para el evento de que se declare que el acuerdo colusorio comenzó en el año 2000, SCA opuso excepción de prescripción fundada en que los actos ejecutados entre dicho año y el 2006 corresponden a conductas distintas de las imputadas a su parte, pues sólo tuvieron por fin elevar los precios de los productos Acuenta, mientras que la colusión propiamente dicha tuvo por objeto fijar posicionamientos y precios y distribuir el mercado, de lo que deduce que en la especie no se verificó un ilícito único y continuo, máxime si no existieron contactos entre las partes por al menos dos años y medio antes de que en 2006 comenzara el ilícito colusivo. En esas condiciones asegura que a la fecha de presentación y de notificación del requerimiento se había cumplido con creces el plazo de prescripción previsto en el artículo 20 del Decreto Ley N° 211.



QUINTO: Que los sentenciadores decidieron acoger la acción intentada, declarando que las requeridas infringieron el artículo 3, inciso primero e inciso segundo, letra a), del Decreto Ley N° 211, al celebrar y ejecutar acuerdos con el objeto de asignarse cuotas de participación de mercado y de fijar precios de venta de sus productos *tissue* desde el año 2000 hasta, a lo menos, diciembre del año 2011; además, desestimaron la excepción de prescripción interpuesta por SCA, sociedad a la que condenaron a pagar una multa, a beneficio fiscal, de 20.000 Unidades Tributarias Anuales; eximieron a CMPC Tissue S.A. del pago de una multa, por ser acreedora del beneficio establecido en el artículo 39 bis del Decreto Ley N° 211; impusieron a ambas requeridas un programa de cumplimiento en materia de libre competencia que satisfaga los requisitos establecidos en la "Guía de Programas de Cumplimiento de la Normativa de Libre Competencia" elaborada por la Fiscalía Nacional Económica, de junio de 2012, por un plazo de cinco años, y condenaron en costas a SCA.

Para arribar a dicha determinación tuvieron presente, en primer lugar, que ambas requeridas reconocen haberse asignado concertadamente cuotas de participación de mercado y fijado precios de venta de sus productos *tissue*, acuerdo que les confirió poder de mercado en los términos del



artículo 3 letra a) del DL N° 211 vigente a la fecha de interposición del requerimiento.

En todo caso, y por existir controversia al respecto, indagan en torno al año en que comenzó el acuerdo colusorio destacando al efecto que, al alegar la prescripción, SCA sostuvo que un eventual acuerdo en el año 2000 habría tenido por objeto subir los precios de venta de la marca "Acuenta", de propiedad de D&S. Sobre este particular tienen por demostrado que la entrada de dicha marca al mercado nacional de comercialización mayorista de papeles suaves a principios del año 2000 generó una guerra de precios que involucró a CMPC y D&S, y que, si bien PISA no participó en ella, resultó afectada por la misma, todo lo cual estiman plenamente compatible con la búsqueda de un acuerdo para poner fin a la citada guerra de precios, que afectaba a todos los actores del mercado relevante.

En ese contexto consignan que la prueba rendida permite acreditar que, con anterioridad al año 2006, existió un acuerdo entre las requeridas que tuvo por objeto poner término a la mencionada guerra de precios y, además, mantener estables las participaciones de mercado de CMPC y PISA en el negocio masivo del tissue, pacto que habría tenido su origen en el año 2000, a la vez que dejan explícitamente asentado que las probanzas aparejadas resultan insuficientes para demostrar que el mismo comenzó recién en 2006, agregando que carece de lógica que una



empresa se delate como partícipe de un acuerdo colusorio por un período superior al real.

A continuación, y en lo vinculado con la implementación del acuerdo, dan por establecido que se realizó mediante planillas Excel en las que se calculaban las participaciones de mercado relativas de las empresas; que las requeridas procuraban adoptar acciones concretas para mantener lo acordado; que, para efectos de perfeccionar y monitorear el pacto, los ejecutivos involucrados se reunían en un cuartel de bomberos y en hoteles y se contactaban a través de teléfonos celulares, de correos electrónicos creados especialmente para estos efectos y mediante otra correspondencia.

Luego, y en lo que concierne al organizador de la colusión, señalan que dicho rol debe ser definido en términos amplios y puede vincularse tanto con la iniciativa para poner en marcha el acuerdo, como con la realización de labores de orientación, articulación o comando del mismo, una vez instaurado, de modo que no cabe identificarlo sólo y necesariamente con el papel de "líder" del cartel como tampoco reducirlo únicamente a uno de los integrantes del mismo. En ese contexto concluyen, a partir del análisis de la prueba rendida, que ésta indica, mayoritariamente, que el organizador del acuerdo fue principalmente CMPC.

SEXTO: Que, establecido lo anterior, abordan el examen de la coacción que, a decir de SCA, la empresa CMPC habría



ejercido en su contra y al respecto manifiestan que, dado el interés público involucrado en la materia, el legislador optó por resguardar la libre competencia mediante la detección y término eficaz de las conductas colusivas, incluso si ello exige renunciar a la sanción del delator de la misma, premisa de la que deducen que la coacción que priva del beneficio de la delación no consiste en actos anticompetitivos o de significancia económica. Sobre el particular subrayan que si la eliminación de esta clase de ilícito económico goza de la relevancia descrita, resultaría incoherente con dicho fin privar al delator de la exención de la multa por haber concretado la colusión mediante actos de coacción económica de igual o menor gravedad que la colusión delatada, pues, en tal supuesto, el programa de delación compensada se tornaría ineficaz por falta de incentivos suficientes para postular.

En esas condiciones, y conforme a lo razonado, concluyen que la coacción en análisis sólo puede consistir en la aplicación o amenaza creíble e inminente de violencia física o psicológica irresistible, apreciación que, según detallan, coincide con el criterio sustentado por parte de la doctrina comparada, que exige un alto estándar de coacción, cercano a la intimidación criminal. Enseguida añaden que la violencia irresistible es aquella que anula o vicia totalmente la voluntad del sujeto pasivo para adoptar un curso de acción distinto al exigido por el coaccionante,



a tal punto que la fuerza aplicada debe constituir una causal de exculpación o exención de responsabilidad de su destinatario por inexigibilidad de una conducta alternativa, de modo que, en el caso de una colusión entre dos agentes, el ilícito conjunto se produce por la voluntad libre de sólo uno de ellos.

Así las cosas, concluyen, a partir de la prueba allegada al proceso, que las presiones que habría ejercido CMPC sobre SCA son naturales en conductas colusorias, considerando que los acuerdos de esta clase se distinguen por contar con sistemas de implementación y monitoreo y con sanciones para quien se desvía del mismo. En este sentido destacan que las declaraciones de los ejecutivos de ambas empresas se refieren a las órdenes recibidas por los ejecutivos de SCA para respetar el acuerdo, actividad que, según entienden, es propia del monitoreo de esta clase de ilícitos, mientras que las advertencias de sacar del mercado a SCA obedecen a amenazas de sanciones típicas en este tipo acuerdos, en tanto que algunos de los actos de coacción alegados son característicos de un cartel, como los contratos de exclusividad, los acuerdos por espacio en góndolas y la activación de promociones. Finalmente, consignan que la utilización de expresiones apremiantes en las comunicaciones no reviste el carácter de violencia irresistible y apta para viciar la voluntad del destinatario y, en consecuencia, arriban a la convicción de



que no se encuentra acreditado que CMPC haya coaccionado a SCA para ser parte y mantenerse en el acuerdo colusivo.

SÉPTIMO: Que más adelante, y en lo que atañe a la excepción de prescripción opuesta por SCA indican que la prueba rendida demuestra que no existieron dos acuerdos diversos, sino tan sólo un único acuerdo, que comenzó en el año 2000 y estuvo vigente, por lo menos, hasta el 2011. De este modo, y considerando que el requerimiento de autos fue notificado a CMPC el 30 de octubre de 2015 y a SCA el 4 de noviembre del mismo año, concluyen que el plazo de prescripción en estudio se interrumpió en esta última fecha, pues en ella se trabó la litis, antecedentes a partir de los cuales deciden rechazar la defensa en examen, pues entre el cese de la conducta imputada, esto es, el año 2011, y la aludida notificación, acaecida el 4 de noviembre de 2015, no se completó el plazo extintivo de cinco años necesario para su acogimiento.

OCTAVO: Que, por otra parte, y en lo referido al otorgamiento de los beneficios previstos en el artículo 39 bis del Decreto Ley N° 211, expresan que es la Fiscalía Nacional Económica la que debe decidir si el delator cumple con los requisitos y condiciones contemplados en el inciso segundo de dicha norma y, de ser así, ha de individualizar al acreedor de la exención subsecuente en su requerimiento, a la vez que destacan que el proceso judicial tiene por objeto acreditar la existencia de la colusión y no el



cumplimiento de tales requisitos, de modo que, comprobada la ocurrencia del ilícito, el tribunal debe acceder a lo solicitado por la Fiscalía, tanto en relación a las exenciones como a las reducciones de multas que haya acordado. Como colofón señalan que, aun cuando lo dicho reconoce una sola excepción, relacionada con la situación del organizador y coaccionador del cartel, en la especie ello resulta irrelevante, pues ha quedado establecido que ninguna de las requeridas ejerció una presión de esa clase.

NOVENO: Que, en cuanto a las sanciones pecuniarias aplicables, destacan que durante el período de duración de la colusión estuvieron vigentes, sucesivamente, tres regímenes legales de defensa de la libre competencia contenidos en el Decreto Ley N° 211; el primero rigió a contar de diciembre de 1973, que atribuía el carácter de delito penal a la colusión; el segundo, o intermedio, que despenalizó las conductas lesivas de la libre competencia y entró en vigencia a partir del 13 de febrero de 2004 y el último, que incrementó el monto máximo de la multa aplicable y estableció la delación compensada, en vigor desde el 13 de octubre de 2009 hasta el 30 de agosto de 2016. Esclarecido lo anterior concluyen que se debe aplicar el texto correspondiente al último período indicado, puesto que ese era el régimen jurídico vigente al tiempo de la ejecución de la conducta ilícita, esto es, al 31 de



diciembre de 2011, fecha en que se consumó, perpetró o ejecutó íntegramente la conducta de que se trata.

Luego, descartan que la aplicación del señalado régimen legal vulnere los principios invocados por SCA, pues no se ha aplicado de manera retroactiva el Decreto Ley N° 211, en tanto la conducta se verifica completamente bajo la vigencia de la última ley citada, dado su carácter continuo; añaden que tampoco se ha visto afectado el principio pro reo, porque la ley más favorable tiene que ser posterior al hecho al que se aplica; desestiman la transgresión del principio de non bis in ídem, desde que se trata de una sola conducta de carácter continuo a la que se aplicarán las sanciones vigentes a la época de su término y, por último, porque considerarán la proporcionalidad al momento de calcular el quantum de la multa.

Respecto de esto último, es decir, del monto de la multa que habrá de pagar SCA, consignan que el beneficio económico conseguido por esta última producto de la colusión fue superior a las 20.000 UTA solicitadas como multa por la Fiscalía para esta compañía y que no concurren circunstancias atenuantes o agravantes a su respecto, destacando que la colaboración que SCA dice haber prestado a la Fiscalía Nacional Económica durante la investigación ya está comprendida en la rebaja de multa solicitada en el requerimiento de autos.



DÉCIMO: Que al iniciar el análisis del recurso resulta pertinente destacar que el derecho de la competencia "representa un elemento consustancial de organización económica de nuestra Sociedad y constituye, en el plano de las libertades individuales, la primera y más importante forma en que se manifiesta el ejercicio de la libertad de empresa" (Antonio Creus, Editor, Código de Derecho de la Competencia, Thomson Aranzadi, 2003, página 18). La defensa de la competencia se debe ajustar a las exigencias de la economía general y su planificación enlaza con la constitución del denominado orden público económico y social. Se orienta y tiene como objetivo primordial neutralizar posiciones de poder de mercado de los agentes económicos y, en tal sentido, forma parte del sistema económico de la Constitución de 1980, fundado en el principio de que la libertad en que se asienta se convierte en un pilar configurador a través del cual se busca consolidar el bienestar de toda la Nación. Así, la legislación de la libre competencia, en particular el Decreto Ley N° 211, se alza como una norma perteneciente al orden público económico, que en su continuo devenir cumple distintas funciones respecto de la garantía en estudio, puesto que, por una parte, vela por conservar la libertad de emprendimiento evitando desviaciones y que el derecho a desarrollar cualquier actividad económica lícita sea respetado tanto por los particulares como por el Estado.



Desde otra perspectiva, limita y condiciona el ejercicio de tal derecho, ya que el atentado contra la libertad puede provenir no sólo del Estado sino también de particulares que, esgrimiendo su propia libertad, pretenden alcanzar y ejercer poder en el mercado, violentando no sólo el derecho esencial de los otros actores del ámbito económico que buscan desenvolverse en forma compatible sus intereses con las demás personas, y de paso afectando los intereses de los consumidores. En este aspecto el empresario como competidor irrumpe como sujeto activo frente al consumidor como sujeto pasivo, intentando prevalecer. En la inmensa mayoría de los casos, dicha competencia no ha sido jamás libre en el sentido de ilimitada, arbitraria, sin restricciones o, como asevera Garrigues, tal "forma de convivencia humana está sometida al derecho, es claro que las relaciones económicas están sometidas también a él". "Libre competencia, en sentido jurídico, significa igualdad jurídica de los competidores'". (Joaquín Garrigues, "La defensa de la competencia mercantil", Sociedad de Estudios y Publicaciones, Madrid, 1964. Página 12).

En esta dirección el derecho a la competencia, según lo indica la doctrina más consolidada, garantiza el orden público económico en el sector donde opera y se aplica la economía de mercado y comprende la tutela de los intereses envueltos, entre los que cabe mencionar el interés colectivo de los consumidores y el interés público del



Estado dirigido a conservar un mercado altamente competitivo. Esta misma doctrina ha sostenido que el valor normativo y ordenado de sus preceptos en los ámbitos donde se aplica, salvo los casos donde la actividad está monopolizada por el Estado, como ocurre en nuestro país con la explotación de ciertas sustancias minerales reservadas de forma excepcional para su establecimiento o beneficio, el reconocimiento a la competencia constituye un contenido esencial dentro de las libertades fundamentales y es expresión del pluralismo de libertades reconocidas formalmente en la Constitución.

Así, la protección institucional de la libre competencia sobrepasa el mero resguardo de intereses individuales, pretende mantener el orden económico en el mercado, reprimiendo los abusos o el mal uso de las libertades por cualquier agente económico que participa en el mercado, toda vez que no es posible que aquél, en el ejercicio del derecho de la libre iniciativa económica, afecte la libre competencia que le permite actuar, incluyendo aquellos ámbitos donde existe particular tensión derivada, entre otras, por prácticas restrictivas o ejercicio abusivo de posición dominante o practicas colusorias (Juan Ignacio Font Galán, Constitución Económica y derecho de la Competencia. Editorial Tecnos, Madrid, 1987. Págs. 162 y siguientes).



DÉCIMO PRIMERO: Que el sistema jurídico que rige entre nosotros se relaciona con los aspectos orgánicos y substanciales destinados a resguardar el mercado y propender a la sana competencia entre quienes desarrollan actividades económicas, permitiendo de esta forma que se conjuguen diferentes leyes del mercado, entre ellas la libre iniciativa en materia económica, que el precio de los bienes y servicios quede fijado por la ley de la oferta y la demanda, con lo cual la sociedad pueda obtener equilibrio entre la mejor calidad y los menores precios posibles de los bienes y servicios transables comercialmente, con la justa ganancia de los actores del mercado.

DÉCIMO SEGUNDO: Que asentados los conceptos vertidos precedentemente, resulta pertinente recordar lo dispuesto en el artículo 3 del Decreto Ley N° 211, que dispone: *"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.*

b) *La explotación abusiva por parte de un agente económico, o un conjunto de ellos, de una posición dominante en el mercado, fijando precios de compra o de venta, imponiendo a una venta la de otro producto, asignando zonas o cuotas de mercado o imponiendo a otros abusos semejantes.*

c) *Las prácticas predatorias, o de competencia desleal, realizadas con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante”.*

DÉCIMO TERCERO: Que conforme al contenido de la disposición reproducida más arriba cabe consignar que, como se ha expresado en fallos anteriores sobre la materia, los elementos esenciales del tipo de colusión son los siguientes: i) la existencia de un acuerdo; ii) su objeto; iii) la aptitud objetiva de dicho acuerdo para producir algún efecto contrario a la libre competencia, pudiendo ser



éste concreto o sólo potencial; y iv) la voluntad y decisión conjunta de llevar a cabo el acuerdo.

En este sentido, cabe destacar que el artículo 3 del Decreto Ley N° 211 sanciona a quien ejecute un acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, sea que tal actuación produzca esos efectos o que tienda a producirlos. Es así que no se requiere para imponer la sanción que el acto en cuestión haya producido sus efectos, sino que basta que éste tienda a producir efectos que afectan la libre competencia.

DÉCIMO CUARTO: Que en cuanto a la existencia del acuerdo colusorio materia de autos, cabe destacar que la misma no sólo se tuvo por establecida en el fallo en examen sino que, además, las empresas involucradas han reconocido sus elementos primordiales, aun cuando existe discusión entre ellas respecto del exacto período en el que estuvo vigente y acerca de la organización y ejecución de la colusión, en particular si CMPC organizó el acuerdo y coaccionó a SCA para que formara parte de él.

DÉCIMO QUINTO: Que establecido lo anterior se ha de dilucidar, en primer lugar, si las conductas colusivas de que se trata tuvieron la aptitud de afectar la libre competencia en el mercado relevante de autos.

Para determinar, entonces, cuál es el mercado que, al tenor de los hechos de autos, puede ser calificado de relevante se debe destacar que aquel a que se refiere el



presente proceso incide en la venta de productos tissue, vale decir, de aquellos derivados de la pulpa de papel que, por su textura y capacidad absorbente, satisfacen necesidades de higiene y limpieza, entre los que se cuentan el papel higiénico, las toallas de papel, las servilletas y los pañuelos desechables y faciales y abarca la totalidad del mercado nacional de la comercialización mayorista de los mismos en el canal de venta masivo.

DÉCIMO SEXTO: Que, a continuación, procede examinar los yerros denunciados por el recurrente, comenzando por aquel consistente en que los sentenciadores no otorgaron a SCA Chile la exención de multa prevista en el artículo 39 bis del Decreto Ley N° 211, pese a que, según alega, esta última sería el primer y único agente que se delató válidamente en la especie, pues quien lo hizo en primer término, vale decir, CMPC, ejerció coacción sobre su parte a fin de que ingresara y, luego, para que se mantuviera como parte del acuerdo colusorio de que se trata.

DÉCIMO SÉPTIMO: Que para resolver el señalado extremo es necesario recordar que el artículo 39 bis del Decreto Ley N° 211 prescribe, en lo que interesa, que: *"El que ejecute una conducta prevista en la letra a) del artículo 3° podrá acceder a una reducción o exención de la multa cuando aporte a la Fiscalía Nacional Económica antecedentes que conduzcan a la acreditación de dicha conducta y a la determinación de los responsables."*



Para acceder a uno de estos beneficios, el ejecutor de la conducta deberá cumplir los siguientes requisitos:

1.- Proporcionar antecedentes precisos, veraces y comprobables que representen un aporte efectivo a la constitución de elementos de prueba suficientes para fundar un requerimiento ante el Tribunal;

2.- Abstenerse de divulgar la solicitud de estos beneficios hasta que la Fiscalía haya formulado el requerimiento u ordene archivar los antecedentes de la solicitud, y

3.- Poner fin a su participación en la conducta inmediatamente después de presentar su solicitud.

Para acceder a la exención de la multa, además de cumplir los requisitos señalados en el inciso anterior, el ejecutor de la conducta deberá ser el primero que aporte los antecedentes a la Fiscalía, dentro del grupo de responsables de la conducta imputada.

Para acceder a una reducción de la multa, además de cumplir los requisitos señalados en el inciso segundo, el ejecutor de la conducta deberá aportar antecedentes adicionales a los presentados por quien primero acompañó antecedentes a la Fiscalía en virtud de este artículo. En todo caso, la rebaja de la multa que solicite el Fiscal en su requerimiento, no podrá ser superior al 50% de la mayor multa solicitada para los demás ejecutores de la conducta que no pueden acogerse a los beneficios de este artículo.



En su requerimiento el Fiscal individualizará a cada ejecutor de la conducta que cumplió los requisitos para acceder al beneficio de exención o reducción de la multa. Si el Tribunal diere por acreditada la conducta, no podrá aplicar multa a quien haya sido individualizado como acreedor de una exención, como tampoco una multa mayor a la solicitada por el Fiscal a quien haya sido individualizado como acreedor de una reducción de la misma, salvo que se acredite durante el proceso que dicho acreedor fue el organizador de la conducta ilícita coaccionando a los demás a participar en ella”.

DÉCIMO OCTAVO: Que la norma transcrita fue introducida al Decreto Ley N° 211 mediante la Ley N° 20.361, publicada en el Diario Oficial el 13 de julio de 2009.

Dicho cuerpo legal incorporó la figura de la delación compensada en la legislación nacional sobre libre competencia y, sobre este particular, el Mensaje con el que el Presidente de la República acompañó su propuesta al Congreso Nacional señala que el “otro eje central del proyecto es fortalecer las atribuciones que debe tener la Fiscalía Nacional Económica, en tanto órgano que investiga las conductas contrarias a la libre competencia en los mercados, particularmente en lo que dice relación con aquellas herramientas para poder detectar colusiones. Efectivamente, la experiencia nacional e internacional ha demostrado que investigar y sancionar a los denominados



carteles duros es complejo y con escasos resultados, principalmente por la dificultad de obtener información eficaz respecto de quiénes participaron en la gestación o actividad del mismo. Frente a ello, un mecanismo que incentiva a revelar antecedentes en otros países es la delación compensada o leniency, de eficacia comprobada en nuestro país en la lucha contra el narcotráfico y que, por la gravedad de ciertas conductas que atentan contra el sistema de mercado, es conveniente replicar, con los debidos ajustes, en virtud de los diferentes bienes jurídicos que protege nuestra legislación antimonopólica respecto de la ley de tráfico de sustancias estupefacientes”.

En su diseño original el referido proyecto contemplaba la posibilidad de reducir o eximir del pago de la multa “a quien haya revelado a la Fiscalía Nacional Económica, hechos que configuran una conducta prevista en la letra a) del artículo 3° o que la acreditan, mediante el suministro de informaciones precisas, verídicas y comprobables que conduzcan a la determinación de los demás responsables, o sirvan para prevenir o impedir su ejecución”, sin hacer referencia alguna, como ocurre en su actual redacción, a la figura del organizador de la colusión que coacciona a los demás intervinientes.

Durante su tramitación el Senado introdujo una modificación al proyecto en cuya virtud no se podría



otorgar el mentado beneficio de reducción de la sanción pecuniaria al *"organizador de la conducta ilícita"*, basado en que a través de tal prohibición se impediría *"que una persona organice un cartel [...] y que, luego, denuncie a sus competidores"*, a la vez que, en concepto de quienes la propusieron, con tal redacción dicha norma *"tendría una función preventiva más eficaz"*; a su turno, la Cámara de Diputados rechazó la mentada alteración fundada en que la negativa a otorgar este beneficio a dichas personas redundaría en que *"no tendrán interés alguno por aportar antecedentes que permitan a la Fiscalía Nacional Económica reunir antecedentes respecto de las conductas contempladas en la letra a) del artículo 3°"*.

En las anotadas condiciones la referida discrepancia debió ser resuelta en una Comisión Mixta, instancia en la que, después de escuchar intervenciones de diversos parlamentarios, se consultó el parecer del Fiscal Nacional Económico, quien expresó que lo relevante en este ámbito es *"el elemento de voluntariedad de participar en la conducta ilícita"*, a la vez que destacó que *"una situación muy particular es aquella en que una persona fuerza un cartel y después se beneficia de la figura de la delación compensada"*, añadiendo al respecto que *"está de acuerdo en el concepto según el cual quien fuerza a otros a incurrir en una conducta ilícita no puede obtener los beneficios"*.



En ese estado de la discusión el *"Honorable Senador señor Novoa propuso a los miembros de la Comisión Mixta incluir como un requisito copulativo a la norma aprobada por el Senado, y rechazada por la Cámara, que el organizador de la conducta ilícita actuó coaccionando a los demás a participar en ella"*, proposición que, como se lee en la historia de la ley, *"tuvo una inmediata acogida en el seno de la Comisión"*, resultando aprobada sin otras modificaciones, tanto en la comisión como en las salas de las respectivas corporaciones.

Como surge de lo relacionado, la introducción de la modificación en comento tuvo por fin, por una parte, evitar la instrumentalización de la herramienta de delación compensada por aquella persona o empresa que, habiendo forzado la creación de un acuerdo colusorio mediante la coacción ejercida sobre sus competidores, pretende usar después la información de que dispone con el objeto de causar daño a estos últimos o, como se dijo en la discusión parlamentaria, se trata de *"evitar que una persona tienda una trampa a sus competidores"*; por otro lado, por su intermedio también se ha pretendido crear un incentivo a delatar respecto de quienes fueron víctimas de los actos de coacción del organizador del cartel, pues, sabiendo que este último no podrá optar a una exención o rebaja de la multa, la disposición en comento les facilita la obtención de dicha ventaja, introduciendo, así, un elemento de



asimetría que podría restar eficacia a los actos de presión ejercidos por el organizador, estimulando o, al menos, facilitando, el cese de la colusión.

DÉCIMO NOVENO: Que, asentado lo anterior, y con el fin de resolver el asunto planteado en el recurso en estudio en lo relativo a la improcedencia de otorgar a CMPC la exención que le ha sido reconocida, resulta necesario establecer con precisión a qué se refiere el legislador cuando dispone que la misma debe ser negada al organizador de la conducta ilícita que coacciona a los demás a participar en ella.

Sobre este particular se ha dicho que tanto *“en el lenguaje común como en la específica terminología jurídica el uso de las palabras ‘coacción’ y ‘coaccionar’ es de escasa frecuencia. Para hacer referencia a la forma ilegítima de interacción que en la sección anterior nosotros hemos denominado ‘coacción’, mucho más frecuente es el uso de las palabras ‘fuerza’ y ‘forzar’ o ‘violencia’ y violentar’.* Este uso se encuentra respaldado por la Real Academia de la Lengua Española, la cual define en su Diccionario a la palabra ‘coacción’ como *‘fuerza o violencia que se hace a alguna persona precisarla a que diga o ejecute alguna cosa’.* También nuestros principales textos legales lo evidencian. En el Código Civil constantemente se hace referencia a las situaciones de coacción mediante el uso de los términos



'fuerza' (Art. 1456 C.C.) y 'violencia' (Arts. 1662 inciso 2° y 2453 C.C.). En el Código de Procedimiento Civil se usa asimismo el término 'violencia' para referirse a la coacción ejercida para obtener la dictación de una sentencia definitiva (Art. 810 N° 3 C.P.C.). Por último, también en el Código Penal se encuentran ejemplos de este uso, en la redacción de la regla que exime de responsabilidad criminal al que "obra violentado por una fuerza irresistible..." (Art. 10 N° 9° C.P.), y de la regla que considera autor del delito a quien 'fuerza... a otro sujeto a ejecutarlo" (Art. 15 N° 2° C.P.). [...] Este predominio de los términos 'fuerza' y 'violencia' tiene una explicación histórica. El uso del término español 'coacción' -derivado del latín 'coactio' y 'coactionis'- se introduce en el Siglo XVIII, y la palabra 'coaccionar' sólo en este siglo. En cambio, el uso de los términos 'fuerza'-'forzar' y 'violencia' se remonta a los Siglos X y XIII, respectivamente. El segundo constituye el equivalente español de los términos latinos 'vis' y 'violentia', y los primeros corresponden al término 'forca' -derivado del latín 'fortia'- que sustituyó al término latino 'vis' en todos los romances de Occidente" (Natalia Roa Vial y Antonio Bascuñán Rodríguez. "La posición de la figura de coacción en el sistema de la protección de la libertad personal en el Código Penal Chileno: Delitos de amenazas condicionales y falta de coacción violenta". Memoria de



prueba. Universidad de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, marzo de 1990. Páginas 223 y 224).

En este sentido, el profesor Eduardo Novoa explica que la *"aplicación de fuerza física sobre el ser humano, en forma que éste quede impedido de resistirla, es lo que se denomina vis absoluta en doctrina [...] El individuo víctima de tal violencia no obra, sino que es mera cosa, sujeta a las leyes mecánicas que rigen el movimiento de los cuerpos. [...] Distinto es el caso de la coacción moral que se ejerce sobre otro individuo, llamada por la doctrina vis compulsiva. Si se amenaza a alguien con un mal del que se le hará víctima, para obligarlo a realizar un determinado hecho, este hecho, llevado a cabo para sustraerse a la amenaza, será una conducta, porque habrá sido ejecutado con intervención de los centros nerviosos cerebrales. El coaccionado lo habrá llevado a cabo por su cuenta (aun cuando sea para escapar al mal amenazado), y habrá conducta de su parte. Al estudiar al elemento subjetivo del delito veremos, no obstante, que su responsabilidad penal podrá quedar excluida por falta de las exigencias subjetivas necesarias para una actividad delictuosa"* ("Curso de Derecho Penal Chileno. Parte General. Tomo I". Editorial Jurídica de Chile. Tercera edición. Santiago, abril de 2005. Página 259).



VIGÉSIMO: Que llegados a este punto cabe recordar que la infracción atribuida a las reclamadas es el ilícito colusivo previsto en la letra a) del artículo 3 del Decreto Ley N° 211, denominado "colusión o conspiración de la unificación de la competencia", del que se ha dicho que corresponde a *"las conductas de dos o más competidores que, concertada o en cierta concurrencia conductual, producen el efecto de entorpecer, restringir o eliminar la libre competencia al interior de un mercado relevante"*. Entre las características de esta figura, su *"estructura plurilateral"* y la define como *"una pluralidad de personas que alcanzan alguna forma de acuerdo, sea éste formal o informal, expreso o tácito, de ejecución instantánea o diferida"*, subrayando enseguida que este *"acuerdo o convención plurilateral puede exhibir contenidos permanentes o dinámicos en el tiempo"*.

VIGÉSIMO PRIMERO: Que de los antecedentes colacionados en lo que precede y, además, como lo ha sostenido esta Corte con anterioridad, uno de los elementos esenciales del tipo de colusión es la existencia de un acuerdo entre dos o más competidores de un mercado relevante.

De lo dicho se desprende, a su vez, una consecuencia evidente e insoslayable, cual es que la configuración de la infracción en comento supone que quienes concurren a la convención colusiva deben consentir o acceder, libre y voluntariamente, a la creación y posterior mantención del



acuerdo, presupuesto que excluye, de consiguiente y categóricamente, el empleo de la vis absoluta en las etapas descritas. En efecto, y como se dijo más arriba, una fuerza de esa clase suprime por completo la voluntad de la persona que es objeto de la misma, de manera que si el organizador de la conducta ilícita coacciona en estos términos a su competidor para que participe del acuerdo colusorio, forzosamente se ha de concluir que, en realidad, tal acuerdo no existe, desde que este último no ha podido expresar de manera alguna su anuencia o conformidad para ingresar o formar parte de tal convención.

En consecuencia, resulta errada la conclusión de los sentenciadores del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, conforme a la cual *"la coacción que priva a quien la ejerce de los beneficios de la delación compensada sólo puede consistir en la aplicación o amenaza creíble e inminente de violencia física o psicológica irresistible"* y la identifican con *"aquella que anula o vicia totalmente la voluntad del sujeto pasivo para adoptar un curso de acción distinto al exigido por el coaccionante"*, a la vez que subrayan que *"en el caso de una colusión entre dos agentes la coacción debe ser tal que el ilícito conjunto se produce por la voluntad libre de sólo uno de ellos, razón por la cual éste pierde el beneficio de la delación"*, puesto que *"la fuerza aplicada debe constituir una causal de exculpación o exención de responsabilidad de su*



destinatario por inexigibilidad de una conducta alternativa".

En efecto, la colusión requiere, de manera insoslayable, que concurra la voluntad de ambas partes, de modo que la completa anulación de esa voluntad, como consecuencia de la vis absoluta, elimina la anuencia o asentimiento propio y consustancial a la conducta ilícita en análisis, y permite inferir que la coacción a que se refiere el artículo 39 bis sólo puede estar constituida por la aplicación sobre la persona, empresa u organización respectiva de fuerza moral o psíquica, esto es, por la vis compulsiva, sin que se pueda entender referida, como lo hacen los falladores, a la primera de las nombradas, es decir, a la vis absoluta, pues, de verificarse esta última, forzosamente se debería concluir que no medió voluntad del sujeto coaccionado y que, por lo mismo, no ha existido colusión, en tanto uno de los elementos primordiales de tal conducta -la voluntad- simplemente no ha existido.

Por la inversa, si se entiende que, de mediar fuerza moral o vis compulsiva, ha existido voluntad, aunque viciada como consecuencia de tal presión indebida, no cabe sino concluir que la colusión de que se trata efectivamente se ha constituido y que, como consecuencia de esa coerción ilegítima, el legislador ha decidido castigar al coaccionante privándolo del beneficio de la exención de



multa, para el caso de que delate la existencia del acuerdo.

VIGÉSIMO SEGUNDO: Que dicho lo anterior no se debe perder de vista la especial naturaleza de los asuntos materia del presente proceso.

En efecto, en autos se trata de dilucidar si el comportamiento de las partes ha vulnerado la libre competencia, vale decir, y como se dijo más arriba, aquel ámbito del derecho que garantiza el orden público económico y que comprende diversos intereses, entre los que cabe mencionar el interés colectivo de los consumidores y el interés público del Estado dirigido a conservar un mercado altamente competitivo.

En otras palabras se debe discernir si, con su proceder, las requeridas han vulnerado el libre juego de las reglas del mercado y, además, si han comprometido los intereses de los consumidores.

En este sentido cabe destacar que, dadas sus características propias, la actividad de los agentes económicos se organiza, por regla general, bajo la forma de empresas, vale decir, de organizaciones complejas, consistentes en la reunión de elementos corporales e incorporales que, ante el Derecho, son reconocidas como entidades o personas que gozan de personalidad jurídica, cuando adopten algún tipo social o una forma reconocida por el legislador. Dicha premisa resulta de la mayor



relevancia, pues, si la coacción debe ser entendida como la aplicación de una fuerza moral o psíquica sobre el agente económico a quien se intenta hacer participar en el ilícito colusorio, entonces, no es posible homologar la que se ejerce sobre una persona natural con aquella otra que se aplica al ente abstracto conformado por la empresa o sociedad respectiva, toda vez que las amenazas, intimaciones o ultimátums que pueden provocar un legítimo temor en un individuo físico no son equiparables en absoluto con las que resultan necesarias para conducir la voluntad de un ente moral. En efecto, dada su organización y fines, muchas de las exigencias o apremios que podrían atemorizar a una persona natural (como, por ejemplo, la amenaza de violencia física) aparecen como intrascendentes frente a una entidad o persona como una persona jurídica.

Por la inversa, y dada su organización y finalidad, una amenaza de carácter económico puede representar una presión o intimidación de real significación para una empresa, en tanto se trata de una organización estructurada con el objeto de participar en el mercado realizando determinadas actividades económicas a fin de lograr, por regla general, una cierta rentabilidad o ganancia. En ese entendido, la advertencia, seria, grave y creíble, de causar un daño económico al agente respectivo, máxime si se trata de la amenaza de obstaculizar su participación e, incluso, de sacarle del mercado, puede llegar a constituir,



por sí misma, una clase o tipo de presión que habrá de ser calificada de coercitiva y que justificaría, de comprobarse su concurrencia junto a las demás exigencias legales, que se privara al organizador de la colusión del beneficio de exención de la multa pertinente.

VIGÉSIMO TERCERO: Que establecido lo anterior se debe examinar si, al organizar la colusión materia de autos, CMPC sometió a PISA, como esta última asevera, a presiones de tal naturaleza que puedan ser entendidas como constitutivas del actuar coercitivo a que se refiere el inciso 5° del artículo 39 bis del Decreto Ley N° 211.

En efecto, al tenor de lo prescrito en el inciso 5° del citado artículo 39 bis, toca al tribunal respectivo, en la especie a esta Corte, analizar si se ha logrado acreditar en el transcurso del presente proceso que la empresa acreedora del beneficio de exención propuesto por la Fiscalía Nacional Económica, esto es, CMPC, no sólo organizó la conducta colusiva de que se trata, sino que, además, coaccionó a PISA para que formara parte de la misma.

En este sentido se ha de recalcar que el recurso de reclamación materia de autos otorga plena competencia a esta Corte para conocer de la materia referida, pues, tal como lo ha sostenido con anterioridad este tribunal, *“la Corte Suprema puede en virtud de este medio de impugnación revisar íntegramente los fundamentos que tuvo en cuenta el*



Tribunal de Defensa de la Libre Competencia para arribar a su decisión, incluyendo el análisis jurídico y económico que ha permitido arribar a la resolución del asunto de que dicho tribunal conoce [...] en este sentido, la Corte Suprema puede examinar entonces no sólo las condiciones impuestas en el proceso, sino también la globalidad de la materia del asunto resuelto, y ello en razón tanto de la estrecha vinculación existente entre dicha materia y las condiciones que se determinen o que puedan determinarse, como de las situaciones de influencia recíproca que pueden producirse entre ellas” (Fundamentos 6° y 7° de la sentencia de esta Corte de 27 de enero de 2009, dictada en autos rol N° 4797-2008), de manera que en la especie este tribunal se encuentra plenamente facultado para decidir si procede privar del beneficio de exención solicitado por la FNE al organizador de la colusión en el caso de que, eventualmente, adquiriera la convicción de que dicha parte, además, coaccionó a los demás partícipes del citado acuerdo.

VIGÉSIMO CUARTO: Que enseguida es preciso enfatizar que, en su requerimiento, la Fiscalía Nacional Económica postuló que el de autos es un mercado altamente concentrado, en el que CMPC, al menos entre los años 2008 y 2013, presentó una participación anual que alternó entre el 75% y el 78%, mientras que en su escrito de observaciones a la prueba manifestó que entre los años 2000 y 2010 dicha



participación varió entre el 75,7% y el 79% en el canal de venta masivo, con un promedio del 77,26%.

Dichas cifras no han sido controvertidas por las partes, antecedente al que se deben añadir las declaraciones de diversos testigos, quienes han señalado insistentemente que la cuota de mercado de CMPC durante el período colusorio osciló en torno al 75%.

Así, por ejemplo, Cecilia Häberle Tapia, quien se desempeñó como Gerente Comercial de CMPC Tissue entre los años 1998 y 2005, indicó que la estrategia de la compañía en esas fechas consistía en mantener una participación precisamente de esa magnitud y que, de superarla, su misión consistía en arbitrar las medidas necesarias para alcanzar nuevamente esa cifra; a su turno, Arturo Mackenna Iñiguez, quien trabajó como Gerente General de Empresas CMPC S.A. entre 1986 y 2011, expresó que en este mercado existía, a la época de los hechos, una firma grande, que corresponde a CMPC, y otra más pequeña, que identifica como PISA, detentando la primera una participación de mercado del orden del 70% al 75%.

De esta manera, entonces, se tiene por suficientemente demostrado que la cuota de participación de mercado anual de CMPC durante todo el tiempo en que estuvo vigente el acuerdo colusorio varió en torno al 75%, mientras que la de PISA o, más tarde, SCA, no superó, por regla general, el 24% del mercado.



Dicha consistencia o permanencia, durante un lapso de tiempo tan prolongado como once años, constituye, por sí misma, evidencia económica de la notoria primacía que en el mercado relevante de autos correspondió a CMPC durante todo el período en que la colusión estuvo vigente. De ello se sigue, a su vez, que en todo ese lapso PISA no sólo no desafió a su contrincante, optando por mantener sus cuotas de mercado, conservando durante casi once años una participación prácticamente similar en un mercado en que, al menos en principio, era dable esperar una mayor movilidad, dada la existencia, en primer lugar, del contrato celebrado entre Papeles Industriales y D&S para la fabricación de un producto de marca propia de este último y, enseguida, como consecuencia de las inversiones en maquinarias que realizó PISA y a que se refieren sus testigos. Empero, ninguna variación sustancial se advierte en ese prolongado espacio de tiempo, antecedente que debe ser considerado como un indicio de la exitosa presión ejercida por CMPC sobre su competencia para evitar que ésta aumentara su cuota de mercado en el contexto de la colusión objeto del proceso, pero al mismo tiempo la voluntad y aceptación de PISA en tal sentido.

VIGÉSIMO QUINTO: Que, en cuanto atañe a la naturaleza y carácter de las presiones ejercidas por CMPC sobre PISA para lograr la formación del cartel colusorio de que se trata, cabe destacar que al deponer como testigo, Miguel



González Pinto, quien se desempeñó como Gerente Comercial de Pisa entre los años 1988 y 2006, manifestó que en diversas reuniones mantenidas con ejecutivos de CMPC entre el año 2000 y el 2006 estos últimos sostuvieron cuál era su objetivo y *"hasta dónde queríamos llegar"*, añadiendo, entre otras expresiones, que *"ellos no iban a aceptar eso"*, que *"iban a bajar precios"*, que *"ellos no iban a aceptar jamás que nosotros tuviéramos X cantidad de participación de mercado"* y que *"eso estaba fuera de cualquier ..."*. Agrega que dichos personeros de CMPC manifestaron que un aumento de la cuota de mercado de PISA era *"intolerable"*, subrayando que *"ellos no iban a aceptar crecimiento desmedido de parte nuestra"* y que si esta última insistía en crecer *"ellos iban a reaccionar con bajas de precio y con acciones mayores"*.

Expresa que en tales encuentros pudo advertir que a CMPC le interesaba evitar que PISA creciera más allá de una cierta participación y, aunque consigna que nunca se especificó una cifra, aclara que en ese entonces Papeles Industriales alcanzó una participación promedio del 25% ó 25,5%, mientras que luego de comenzar a producir el papel higiénico *"Acuenta"* para D&S lograron, entre los años 2000 y 2001, una cuota de 29 ó 30 puntos en el total de la categoría del papel higiénico.

Cabe destacar que, si bien el testigo indica enseguida que ante tales amenazas su parte seguía con su política



comercial habitual, cuya estrategia consistía en reducir los precios en la mayor medida posible, a continuación expone que CMPC reaccionó bajando violentamente los precios de los productos Noble y Orquídea, fenómeno ante el cual *"nosotros (es decir, PISA) no podíamos hacer mucho porque de partida no teníamos la capacidad económica"*, destacando más adelante que *"obviamente, nosotros no teníamos ninguna capacidad de dar una guerra con ellos frontal, porque hubiéramos durado poco ... nada. Y Papelera, no sé cuántas cientos de veces es más grande que PISA"*. Todavía más, asevera que, pese a la reticencia de su parte, continuaron yendo a las reuniones en comento para que *"no nos destruyeran"*.

VIGÉSIMO SEXTO: Que al deponer, Gabriel Ruiz Tagle, co-fundador de Papeles Industriales S.A., manifestó que en el año 1999 ó 2000 D&S propuso que PISA produjera para Supermercados Líder un papel higiénico que éste comercializaría como una marca propia denominada "Acuenta"; agrega que una vez implementado este negocio, y dadas las importantes economías de costos logradas por Líder en la venta del citado producto, la participación de "Acuenta" creció de manera vertiginosa, hasta el punto que desplazó a los productos de CMPC. Indica que, en dicha coyuntura, esta última empresa reaccionó reduciendo violentamente los precios de todos sus productos en el orden del 20%, escenario en el que PISA debió mantener los precios de sus



propias marcas, pues no estaba en condiciones de competir con la Papelera.

Agrega que antes de que se implementara la producción de "Acuenta" su parte registraba una participación de mercado que bordeaba el 24%, en tanto que después de ese hito, esto es, entre septiembre y octubre del año 2000, alcanzó una cuota de participación del 28% ó 29%, que, según explica, corresponde a un alza importantísima.

Sostiene que en ese contexto, y a propósito de un seminario de la Asociación de Supermercados, el Gerente Comercial de la época de CMPC, Patricio Burgos, le manifestó que tenía *"instrucciones de reventarlo"*, a lo que añade que en esa misma época, y a petición del Gerente General de la Papelera, se reunieron en el restorán Las Brisas de Chicureo y que en tal ocasión este último le indicó que el Directorio le había ordenado *"recuperar la participación de mercado que habían perdido en razón del tema Acuenta"* y que dicho Directorio *"tampoco iba a permitir que PISA creciera"*, lo que expuso, según destaca, de una *"manera bastante amenazante"*.

Relata que, después de dos citas en el referido restorán, continuaron reuniéndose en distintos lugares a petición de CMPC y que en esas ocasiones los representantes de esta última exigían que PISA subiera el precio del producto "Acuenta", ejerciendo importantes presiones, mismas que estima de la mayor gravedad considerando que,



como consigna más adelante, la Papelera "en activos totales era 158 veces mayor, como grupo Matte, que PISA". Indica que, en esas condiciones, para su parte "negarse a asistir a una reunión o ponerle mala cara en lo que sea era una cuestión que era imposible. La posibilidad de negarse era nula para nosotros, con lo que teníamos al frente [...] dependía de una instrucción del Directorio de CMPC para que de un día para otro PISA dejara de existir".

Interrogado acerca de esta última afirmación, esto es, de si acaso CMPC podía provocar la quiebra de PISA, aduce que "nos enfrentábamos a un competidor que tenía la capacidad de hacerlo en cualquier momento, contaba con los recursos y también ya nos habíamos [sic] sido amenazados con estos hechos, entonces temor, efectivamente teníamos, y el temor es algo que permanentemente existía en nosotros, no podía ser de otra manera ... nosotros lo percibíamos como una situación en la cual estábamos expuestos en cualquier momento y como ya lo he señalado, también fue una causa principal para buscar un socio, porque sabíamos que en estas condiciones no podíamos garantizar ningún futuro para PISA, veíamos que habían fábricas que habían muerto, veíamos que había mucha agresividad contra nosotros, sabíamos que tenían el poder para eliminarnos en cualquier momento y eso, no teníamos ninguna otra forma de entender el tema". Agrega que las amenazas recibidas, eran creíbles e indica que una de ellas consistió en que su parte saldría



con "pijama de palo", esto es, que CMPC no dudaría en sacar a Papeles Industriales del mercado, es decir, en causar su muerte comercial.

VIGÉSIMO SÉPTIMO: Que, por otro lado, al declarar en autos Cecilia Haberle, identificada en el fundamento vigésimo cuarto como Gerente Comercial de CMPC Tissue entre los años 1998 y 2005, manifestó que *"la de Jorge [se refiere a Jorge Morel Bulicic, Gerente General de CMPC Tissue entre los años 1999 y 2014] era una visión mucho más de... de guerra de guerrilla [...] en la medida que tú hagas una promoción que afecte a la compañía nosotros vamos a hacer una que te afecte el doble"*. Asimismo, expuso que *"Yo creo que comercialmente éramos bastante agresivos, [...] CMPC Tissue era una compañía que protegía su posición en el mercado de una manera agresiva comercial [...] muchas veces él nos instruía o instruía a mis propios ejecutivos a amenazar a PISA, respecto a que tenía que... que abstenerse de vender productos bajo el costo o de hacer promociones bajo el costo"*, destacando, por último, que *"no debíamos bajar la participación del 75% y, por lo tanto, si bajaba la participación de 75% debíamos lanzar todos nuestros panzer, nuestros panzer son nuestras marcas de valor, Nova, Confort ... nuestros panzer ponerlos en acción en el mercado para neutralizar cualquier acción comercial que Pisa hubiera podido estar llevando a cabo"*.



VIGÉSIMO OCTAVO: Que, por otro lado, y de manera coherente con lo expuesto en el párrafo que precede, en su declaración testimonial Arturo Mackenna Iñiguez, quien fuera Gerente General de Empresas CMPC S.A. entre 1986 y 2011, expresó que *"el chico [se refiere a PISA] también llega a la convicción de que no le conviene pegarle demasiadas patadas en las canillas al grande, porque va a generar reacciones fuertes y le van a doler mucho"*.

VIGÉSIMO NOVENO: Que los antecedentes transcritos en los cuatro fundamentos que anteceden dan cuenta de que, efectivamente, y tal como lo esgrime el reclamante, CMPC sometió a Papeles Industriales a diversas presiones con el fin de que ingresara a formar parte del acuerdo colusorio de autos.

En efecto, y aun cuando los testigos presentados por PISA, vale decir, Miguel González Pinto y Gabriel Ruiz Tagle, niegan que dicha colusión se haya producido en los años 2000 ó 2001, es lo cierto que sus dichos reflejan que, ya desde esos años, diversos personeros de la Papelera, entre ellos gerentes del más alto nivel, manifestaron a los controladores y gerentes de PISA que, en lo sucesivo, impedirían que esta última creciera y que, de ser necesario, la sacarían del mercado. En tal sentido, expresiones como *"tengo instrucciones de reventar"* a PISA, que recuperarían *"la participación de mercado que habían perdido en razón del tema Acuenta"* y que *"tampoco se iba a*



permitir que PISA creciera", que un aumento de la cuota de mercado de esta última era "intolerable" y que si Papeles Industriales insistía en crecer "ellos iban a reaccionar con bajas de precio y con acciones mayores", deben ser interpretadas en ese contexto de constantes e intensas presiones desplegadas sobre Papeles Industriales. En el mismo sentido deben ser entendidas acciones adoptadas por CMPC, tal como lo explican ambos deponentes, quienes señalan que, una vez iniciada la comercialización de los productos "Acuenta", la Papelera reaccionó bajando violentamente los precios de los productos Noble y Orquídea, fenómeno ante el cual, como expresa uno de los declarantes, "nosotros [es decir, PISA] no podíamos hacer mucho porque de partida no teníamos la capacidad económica" y que "obviamente, nosotros no teníamos ninguna capacidad de dar una guerra con ellos frontal, porque hubiéramos durado poco ... nada".

Asimismo, ambos deponentes ponen de relieve en este ámbito el tamaño relativo de ambas empresas, destacando que la "Papelera, no sé cuántas cientos de veces es más grande que PISA" y que "en activos totales [CMPC] era 158 veces mayor, como grupo Matte, que PISA", lo que demuestra, a su entender, que, en esas condiciones, para su parte "negarse a asistir a una reunión o ponerle mala cara en lo que sea era una cuestión que era imposible. La posibilidad de negarse era nula para nosotros", de manera que, pese a la



reticencia de su parte, continuaron yendo a las reuniones en comento para que "no nos destruyeran", todo lo cual permite afirmar a uno de ellos que "dependía de una instrucción del Directorio de CMPC para que de un día para otro PISA dejara de existir".

Además, uno de tales testigos menciona explícitamente que las amenazas recibidas por PISA eran creíbles y que, todavía más, conforme a una de ellas su parte saldría con "pijama de palo", expresión que da cuenta de una evidente manifestación de la voluntad de CMPC de sacar a Papeles Industriales del mercado si ello era necesario, con lo que se concretaría el fin de la empresa, pues lo dicho equivale a disponer su muerte comercial.

Por otra parte, y aun cuando los deponentes Cecilia Haberle y Arturo Mackenna niegan la existencia del acuerdo colusorio, de sus dichos surgen expresiones que dan cuenta del modo de operar de CMPC frente a sus competidores, antecedente especialmente relevante si se considera que proviene de personas que ocupaban altos cargos ejecutivos en dicha empresa y en la época a que se refiere la colusión materia de autos, de cuyos términos aparece un comportamiento agresivo y que buscaba imponerse, incluso de manera belicosa, ante cualquier atisbo de un proceder que pusiera en entredicho la posición de esa empresa en el mercado.



TRIGÉSIMO: Que las conclusiones antedichas se ven refrendadas, en lo referido al período en que el acuerdo colusorio ya había sido implementado y en relación a las actividades desplegadas para lograr su continuidad, con lo expresado por el testigo Eduardo Hola Cheul, quien trabajó como Gerente de Ventas de PISA entre los años 2006 y 2007 y, luego, como Gerente Comercial desde el 2007 hasta el 2015.

El deponente expresa, en lo que interesa, que *“recibimos las presiones y la fuerza de este gran proveedor que es CMPC ... veíamos también la fuerza que tenía, para en cualquier momento ponernos el pie encima y sacarnos del mercado, que en el fondo ese era el temor permanente que había (que me transmitió el señor Felipe Baraona), de que CMPC podía en cualquier momento sacarnos del mercado si así lo quisiera, y vivía también, yo lo vivía en términos de la presión y un poco lo que he relatado, que claramente eran capaces de tomar acciones fuertes cuando ellos determinaran”*.

Además, sostuvo, en torno a ciertas instrucciones entregadas por CMPC en una de las reuniones sostenidas por ejecutivos de ambas empresas, que *“el señor Baraona lo que me transmitió era que para la viabilidad de la empresa era absolutamente necesario seguir con estas instrucciones que estaban entregando, porque de lo contrario podían sacarnos del mercado si ellos quisieran”*.



TRIGÉSIMO PRIMERO: Que, así las cosas, conviene subrayar que, si bien los testigos que prestaron servicios para Papeles Industriales y SCA, esto es, González Pinto, Ruiz Tagle y Hola Cheul, declararon con el objeto de que SCA fuera beneficiada con la exención de la multa aplicable al ilícito investigado, en tanto manifestaron que CMPC coaccionó a las citadas empresas, es lo cierto que dicho beneficio no fue concedido a esta última por decisión de la Fiscalía Nacional Económica y no del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de modo que, por no depender de los juzgadores el otorgamiento o denegación de la señalada merced, es perfectamente lícito que éstos empleen esos testimonios para determinar si, efectivamente, CMPC ejerció coacción en la creación del acuerdo colusorio en examen.

En efecto, si la autoridad administrativa decidió que SCA sólo sería favorecida con una reducción de la multa, no se advierte motivo alguno que impida a los falladores considerar las aludidas declaraciones judiciales en la labor de juzgar si, efectivamente, se verificó la coacción tantas veces citada, puesto que el contenido de las mismas en relación a este punto en particular no incidirá, de manera alguna, en la decisión que sobre esta materia se adopte, puesto que, más allá de la excepcional facultad prevista en la parte final del inciso 5° del artículo 39 bis del Decreto Ley N° 211, no corresponde a estos



sentenciadores modificar el específico beneficio otorgado a la citada compañía.

TRIGÉSIMO SEGUNDO: Que, en consecuencia, apreciados los elementos de juicio mencionados en los fundamentos que preceden en conformidad a las reglas de la sana crítica, ellos generan en los sentenciadores la convicción de que, efectivamente, CMPC sometió a Papeles Industriales S.A. a presiones de diversa índole, por cuyo intermedio procuró que esta compañía ingresara a formar parte del acuerdo colusorio que estaba organizando y, más adelante, que no lo abandonara.

En efecto, la lógica y las máximas de la experiencia indican que el uso de expresiones tales como las reproducidas más arriba (esto es, que la Papelera "reventaría" a PISA o que ésta terminaría en un "pijama de palo"), cuando provienen del actor más importante del mercado respectivo no pueden ser entendidas como manifestaciones huérfanas de contenido, sino que, por el contrario, habiendo surgido de una sociedad que detenta más de tres cuartas partes del mercado relevante, deben ser examinadas con la mayor detención y evaluadas con toda rigurosidad, pues, en ese contexto fáctico concreto, revelan una voluntad precisa y un ánimo determinado de obtener un fin específico, cual es, el de quebrar la voluntad del afectado o persuadirlo determinadamente para que participe en un acuerdo colusorio.



Así, el rechazo del aumento de la cuota de mercado de su competidor, tildándolo de *"intolerable"*, el empleo de figuras retóricas como el *"pijama de palo"*, la disminución violenta e inesperada de los precios de ciertos productos para enfrentar la comercialización de *"Acuenta"*, antecedida de la amenaza de *"reaccionar con bajas de precio y con acciones mayores"*, unida a la advertencia de que, de ser necesario, CMPC sacaría a Papeles del mercado, son constitutivas de graves presiones que deben ser calificadas de coactivas, pues por su intermedio se intenta amedrentar a su destinatario, persona jurídica que tiene por objeto la realización lucrativa de actividades económicas, con la amenaza de mayor relevancia a la que una empresa puede verse enfrentada, cual es la de hacer inviables sus negocios, hasta el punto de hacerla abandonar el mercado respectivo. Dicha advertencia intimidatoria no puede ser tomada a la ligera, toda vez que emana de la empresa que, con mucha distancia, lidera dicho mercado y que, dados los tamaños relativos de ambas entidades, se encuentra, como resulta evidente, en condiciones de hacer realidad dicho desafío.

Asimismo, cabe consignar que la acusada baja de precios acordada por CMPC respecto de algunos de sus productos a que se ha aludido precedentemente constituye, junto a las amenazas de adoptar *"acciones mayores"*, un indicio serio, preciso y grave de la credibilidad y



seriedad de la amenaza en examen, máxime si, como señalan los testigos citados en lo que antecede, PISA no tenía la capacidad económica para enfrentar una guerra de precios, pues, de haberlo intentado, *"hubiéramos durado poco ... nada"*.

En otros términos, los antecedentes descritos demuestran desde la experiencia, a la vez que entregan (como lo exige el principio lógico) razón suficiente para entender que la descrita conducta de CMPC en relación a Papeles Industriales constituye una coacción en los términos del artículo 39 bis en estudio.

TRIGÉSIMO TERCERO: Que en este sentido resulta relevante consignar que se han aparejado a los autos, entre otros, dos Informes en Derecho, uno del profesor Domingo Valdés Prieto y otro del profesor Tomás Menchaca, en los que se subraya, por una parte, que *"el modo de coacción de más ordinaria ocurrencia en los casos de colusión es la amenaza real y creíble de un daño económico grave"* (Menchaca, página 20); que *"la principal forma de coacción que una compañía puede ejercer sobre otra para hacerla parte de un acuerdo colusivo es la intimidación económica"* (ídem, página 21) y que de *"todas las amenazas que puede sufrir un agente en el orden de la libre competencia, la más seria de todas en cuanto a su naturaleza es, sin lugar a dudas, la expulsión del mercado relevante en el cual aquél opera, puesto que ello equivale a una muerte"*



económica al perderse la clientela, los contratos con proveedores, los trabajadores especializados y conocedores de los respectivos procesos productivos y aniquilarse la reputación de los correspondientes productos" (Valdés, página 32).

Asimismo, se explica que "no basta, sin embargo, con determinar la naturaleza del mal amenazado, sino que resulta también necesario establecer si dicha amenaza es factible y creíble" (Valdés, página 33), destacando que la coacción debe ser "seria y creíble", que se debe tratar de una "amenaza de un daño económico suficientemente grave, como sin duda lo es la amenaza de sacarlo del mercado, y la coacción debe ser efectuada por quien tiene la capacidad de cumplir su amenaza" y, por último, que "cuando hay una empresa que es claramente dominante en el mercado [...] la empresa coaccionada sabe que la amenaza de un daño grave, como ser sacada del mercado, es una amenaza creíble y que no puede ser resistida razonablemente por la empresa más pequeña, que sabe que no podrá defenderse de la empresa dominante si esta decide cumplir su amenaza" (Menchaca, página 25).

En resumen, de los referidos informes se deduce que, para dar por establecida la concurrencia de la coacción de que se trata, ésta debe satisfacer ciertas exigencias mínimas; así, ha de ser "injusta", esto es, contraria a derecho, a la razón o a la equidad; debe ser "grave", vale



decir, ha de provocar en el coaccionado el temor, racional y fundado, de verse expuesto a un mal significativo y, por último, debe ser "determinante", en el sentido de que sea suficiente para doblegar la voluntad de la víctima, forzándola a consentir en un ilícito anticompetitivo con el sólo fin de evitar el grave e injusto mal con el que ha sido amenazada.

TRIGÉSIMO CUARTO: Que, en ese entendido, el mérito de los antecedentes aparejados al proceso permite concluir que las amenazas efectuadas por CMPC resultan ser, en efecto, injustas, graves y determinantes.

Así, es posible tener por demostrado que, mediante las intimaciones y apremios que CMPC efectuó en la especie, advirtió a Pisa que, de no acatar sus predicamentos, la expulsaría del mercado, siendo del caso destacar que, como ya se dijo, dicha admonición provenía de la empresa líder y de mayor participación, con mucha diferencia, en el mercado de que se trata, de lo que se sigue que ese ultimátum revestía, como es evidente, caracteres de verosimilitud tales que la empresa menor, esto es, PISA, no pudo menos que verse enfrentada a un temor racional y fundado de que, llegado el caso, la empresa dominante cumpliera su amenaza y, efectivamente, le impidiera seguir interviniendo en el mercado de que se trata, generando su extinción comercial. Dicho desafío, entonces, no sólo es contrario a derecho, sino que, aun más, debe ser calificado de grave, pues,



surgiendo de una empresa que detenta tres veces mayor participación de mercado que su destinataria, reúne tales visos de credibilidad que esta última no ha podido menos que sentirse objetivamente amedrentada, hasta el punto de que su voluntad se ha visto, qué duda cabe, doblegada ante el accionar de CMPC, aceptando participar en un acuerdo colusorio que le ha sido impuesto.

TRIGÉSIMO QUINTO: Que, en esas condiciones, forzoso es concluir que se debe hacer lugar a la reclamación intentada por SCA en lo que atañe a la exención de multa reconocida a CMPC, empresa que, por consiguiente, se verá privada de dicho beneficio, en tanto ha quedado debidamente acreditado en autos que no sólo organizó el acuerdo colusorio en examen, sino que, además, ejerció coacción de carácter económico sobre su competidor PISA a fin de conducirlo a formar parte de él y, más adelante, a asegurar su permanencia en el mismo.

En esta parte del análisis procede descartar igualmente cualquier eximente de responsabilidad de parte de PISA fundada en la coacción acreditada, puesto que ante hechos de tal naturaleza la conducta apropiada y respetuosa del ordenamiento jurídico que correspondía adoptar, era concurrir ante la autoridad fiscalizadora y dar cuenta de las mismas, determinación que no solamente omitió PISA, sino que se mantuvo durante toda la época en que duró el acuerdo colusorio y después de terminado el mismo, optando



por acomodar sus directrices económicas a la nueva realidad, manteniendo la cuota de mercado que le permitía el acuerdo y sus planes para la actividad comercial, incluso, después de terminado el período de la colusión.

TRIGÉSIMO SEXTO: Que, asentado lo anterior, se debe examinar la procedencia de la petición formulada por la reclamante para el caso de que la Papelera perdiera la dispensa aludida en el razonamiento que precede. Conforme a dicha solicitud, SCA requiere que, negada la exención a CMPC, dicha clemencia sea otorgada a su parte, en tanto se trata de la primera empresa que, válidamente, se acogió a la delación compensada.

TRIGÉSIMO SÉPTIMO: Que para resolver sobre el particular cabe recordar que, en sus incisos 3° y 5°, el artículo 39 bis del Decreto Ley N° 211, prescribe que: *“Para acceder a la exención de la disolución o multa, en su caso, además de cumplir los requisitos señalados en el inciso anterior, quien intervenga en la conducta deberá ser el primero que aporte los antecedentes a la Fiscalía, dentro del grupo de responsables de la conducta imputada.*

[...]

En su requerimiento el Fiscal individualizará a cada interviniente en la conducta que haya cumplido con los requisitos para acceder a cualquiera de los beneficios a que se refiere el inciso primero. Si el Tribunal diere por acreditada la conducta, no podrá aplicar la disolución o



multa a quien haya sido individualizado como beneficiario de una exención, como tampoco una multa mayor a la solicitada por el Fiscal a quien haya sido individualizado como acreedor de una reducción de la misma, salvo que se acredite durante el proceso que dicho acreedor fue el organizador de la conducta ilícita coaccionando a los demás a participar en ella".

TRIGÉSIMO OCTAVO: Que teniendo en consideración lo expuesto, es el propio legislador quien ha exigido, entre otros requisitos necesarios para acceder a la exención de la multa, que el interesado sea quien *"primero aporte los antecedentes a la Fiscalía"*, sin prever de manera alguna una suerte de preferencia, subrogación o reemplazo de dicho delator por aquel o aquellos que concurran con posterioridad a él a prestar su colaboración a la autoridad.

Por el contrario, la ley prescribe que el segundo delator sólo podrá optar a una reducción del monto de la multa, que no podrá exceder del 50% de su monto, y descarta cualquier beneficio de esta clase respecto de los demás intervinientes que, eventualmente, concurran a la Fiscalía con igual fin.

De este modo, salta a la vista que la ley no sólo no contempla una cláusula explícita por cuyo intermedio establezca la subrogación que podría hacer viable la petición del recurrente, sino que, por la inversa, limita



los beneficios que contiene a los dos primeros participantes del acto ilícito que se auto inculpen, de lo que se sigue que cualquier pretensión de una suerte de subrogación tácita o implícita es inadmisibile, pues el propio legislador la descarta mediante la anotada restricción.

Más aun, dicha limitación pone de relieve que la ley reconoce que sólo es merecedor de la exención de que se trata aquel de los partícipes del ilícito que, rompiendo el cerco de silencio que rodea esta clase de actividades indebidas, recurre a la autoridad y da a conocer no sólo la existencia de la colusión, como en este caso, sino que, además, entrega antecedentes veraces y comprobables de su existencia y de sus miembros. Así las cosas, si sólo se reconoce la actitud de aquel que vence su propia reticencia y renuncia a las ventajas que su inconducta le reporta, dando luz acerca de la existencia de esta última, no se advierten motivos, entonces, para trasladar el beneficio que, en principio le habría de corresponder a ese primer delator, al que lo siguió ante la autoridad auto inculpándose, pues no concurren los motivos que justifican, respecto de ese primero, el otorgamiento del beneficio al segundo. En efecto, este último no ha develado la existencia del acto ilícito de que se trata, sino que se ha limitado a confesar, en el sentido estricto del término, su participación en el mismo una vez conocida su ocurrencia,



aportando elementos de juicio que han de servir en la pesquisa respectiva, actuación que, de consiguiente, permite entender que pueda acceder a una mera rebaja del monto de la sanción, mas no a su eliminación total.

Finalmente, torna inviable la petición en estudio la circunstancia de que, correspondiendo a la Fiscalía Nacional Económica señalar al interviniente que satisfizo los requisitos pertinentes y requerir al tribunal que aplique en su favor el beneficio que estime corresponderle, la acción intentada en autos propuso al tribunal que se aplicara la exención en comento únicamente a CMPC, de modo que no ha mediado una petición formal de la autoridad administrativa competente que faculte a la jurisdicción para otorgar a SCA el beneficio de que se trata.

TRIGÉSIMO NOVENO: Que, a continuación, procede examinar el segundo capítulo de la reclamación presentada por SCA, en cuya virtud solicita que se le imponga una multa sustancialmente inferior a la pedida por la FNE.

Al respecto cabe consignar que el recurrente asevera en esta parte de su libelo, en primer lugar, que su representada no obtuvo beneficios económicos a causa de la colusión, como se desprendería del estudio preparado por el Doctor en Economía sr. Gabriel Bitrán, informe que, según acusa, fue desechado por la sentencia en forma abusiva y manifiestamente errada. En este sentido manifiesta que la conclusión del fallo, conforme a la cual SCA obtuvo



beneficios de la colusión, se fundó en un informe presentado por la Fiscalía Nacional Económica, cuyos autores, empero, carecen de independencia e imparcialidad y que, asimismo, contiene diversas insuficiencias técnicas y metodológicas manifiestas, mientras que el informe del doctor Bitrán resulta mucho más confiable, pues se basó en información real de su parte.

Acusa que la sentencia yerra al negar mérito a este último trabajo, pues la razón en que basa su rechazo, esto es, que habría utilizado el período 2000-2005 como base para aplicar contrafactuales, no es efectiva. Alega, además, que las referencias que el fallo efectúa a supuestos "sobrepuestos" mencionados en el informe de FK Consultores, también presentado por su parte, y que le sirven para descartarlo como medio probatorio, tampoco son correctos, hasta el punto de que en éste ni siquiera se mencionan los conceptos de "sobrepuestos", "beneficios" o equivalentes, en este contexto.

Para desestimar las alegaciones del recurrente en este apartado basta considerar que, al contrario de lo sostenido por él, los sentenciadores fundaron apropiadamente los razonamientos que los condujeron a concluir que SCA obtuvo beneficios económicos como resultado de la conducta ilícita pesquisada. Así, para desestimar las probanzas rendidas por la recurrente, expresan, en primer lugar, que los sobrepuestos indicados en el informe de FK Consultores



están subestimados, pues, para concluir que sólo en el período 2006-2011 se registraron aumentos de precios no justificados por demanda o calidad, compara la información de dicha etapa con los precios del ciclo 2000-2005, sin considerar que en éste también existió colusión; en segundo lugar, y en cuanto atañe al informe privado suscrito por don Gabriel Bitrán, lo desestiman por la misma razón y, además, porque las comparaciones que efectúa carecen de información relevante, omisión que distorsiona sus resultados.

Por otra parte, y en lo que concierne a la prueba aparejada por la Fiscalía Nacional Económica, consignan que consiste en un informe de la economista de dicho servicio doña Sofía Garcés y en el trabajo de los economistas Ana María Montoya y Marcelo Olivares, del que destacan que es el único de los presentados que estima sobrepuestos producto de la colusión teniendo como contrafactuales períodos diferentes al de 2000-2005, por lo que sus resultados, según dejan consignado, se acercan más a la realidad constatada, en el sentido de que el acuerdo rigió, a lo menos, entre el año 2000 y el 2011, agregando que sus resultados son más confiables, además, porque en él se incluyen tres diferentes estimaciones de sobrepuestos, con dos métodos econométricos alternativos, en uno de los cuales se considera, asimismo, la muestra completa de datos. Dicho lo anterior dejan constancia de los resultados



numéricos de cada uno de los modelos empleados en este informe y concluyen que en las tres estimaciones el beneficio económico alcanzado por SCA como consecuencia de la colusión fue superior a las 20.000 Unidades Tributarias Anuales pedidas como multa por la Fiscalía para esta compañía.

En las anotadas condiciones, forzoso es concluir que el fallo en examen no sólo contiene fundamentos bastantes para arribar a la conclusión criticada por el recurrente, sino que, aun más, las deficiencias técnicas que éste le atribuye no resultan demostradas. Así, cabe consignar que el informe Montoya-Olivares no se ve afectado por una falta de certidumbre y de fiabilidad como la que se describe en el recurso, pues, si bien presenta tres montos distintos de beneficios obtenidos por SCA, ello obedece a que en su labor desarrolla tres modelos distintos de estimación de sobrepagos, cada uno basado en datos de períodos temporales diversos, de manera que sus resultados son, evidentemente, desiguales; en todo caso, lo relevante, tal como se consigna en el fallo, es que en cualquiera de los citados escenarios la ganancia lograda por SCA es superior a la multa requerida por la autoridad, de lo que se sigue que su regulación en 20.000 Unidades Tributarias Anuales resulta congruente con los beneficios que percibió a raíz de la colusión.



Enseguida, se deben descartar las demás alegaciones en que el recurrente asienta su libelo en relación a este punto, pues no es efectivo que la sentencia no haya validado como correctos los resultados del modelo "before-after" presentados en el informe en comento, desde que sus conclusiones se asientan, precisamente, en el producto de uno de tales análisis; tampoco es efectivo, como sostiene en su presentación, que la estimación de sobreprecio más baja contenida en el informe Olivares-Montoya haya sido artificial y evidentemente exagerada y sobreestimada, pues no sólo no explica de qué manera ello habría acaecido, sino que, además, no entrega elemento de juicio alguno que lo compruebe y, finalmente, no se debe perder de vista que, como lo reconoce la propia recurrente, el informe particular del sr. Bitrán sólo analizó el período 2006 y 2011, de lo que se deduce que, más allá de las virtudes técnicas que el recurso le atribuye, es lo cierto que sus conclusiones no permitirían asentar una decisión en torno al quantum de la multa, considerando que la conducta colusiva investigada se extendió por el doble de tiempo que el examinado por el indicado experto.

CUADRAGÉSIMO: Que, enseguida, se ha de examinar el siguiente acápite del recurso de reclamación, en cuya virtud SCA postula que el monto base de la multa debe ser calculado atendiendo al valor de los beneficios obtenidos y al máximo de la sanción pecuniaria establecida en cada uno



de los períodos en que existió colusión y en que rigió un régimen jurídico distinto en la materia, en lugar de considerar únicamente el ordenamiento vigente a la fecha en que terminó de ejecutarse la colusión.

Para desechar esta parte del recurso basta considerar que, como lo ha sostenido con antelación esta Corte (en sentencia de veintinueve de octubre de dos mil quince, dictada en autos rol N° 27.181-2014), *“para dilucidar la cuestión jurídica esencial consistente en definir el régimen sancionatorio que rige al caso, es pertinente señalar que el principio fundamental a considerar para la determinación del derecho que rige el caso es el que conduce a la aplicación de la ley vigente a la fecha en que los hechos fueron ejecutados. Es así entonces que en el derecho sancionador y específicamente en materia de libre competencia, no existe modificación al principio general, en cuanto a que la ley que rige los hechos y por ende el estatuto sancionatorio aplicable, es la ley vigente a la fecha de la comisión de los mismos [...] resultan ilustrativos para determinar la naturaleza del ilícito así como para clarificar el concepto de época de perpetración de los hechos -todo ello con miras a determinar la normativa aplicable-, lo que expresa el autor Guillermo Canabellas de las Cuevas cuando señala en su obra “Derecho Antimonopólico y de Defensa de la Competencia” que: ‘Las infracciones previstas en el artículo 1° de la L.D.C. son*



también susceptibles de ser permanentes. Si se considera como delito permanente aquel en el que todos los momentos de duración pueden imputarse como consumación (...) Tal es el caso, por ejemplo, de las conductas tendientes a impedir u obstaculizar el acceso al mercado de nuevos competidores, las que suponen una acción permanente subsistente durante el término en que se mantenga a los competidores fuera del mercado mencionado. La posibilidad de que las infracciones a la L.D.C. resulten tanto de acciones instantáneas como permanentes surge, asimismo, de los casos en que la lesión contra la competencia nace tanto de un acuerdo, como de una acción concertada. Mientras que aquél tenderá a dar lugar a una infracción instantánea, las acciones concertadas serán generalmente ilícitos permanentes' (Página 298) [...] Que en las condiciones recién anotadas y particularmente por tratarse de una única conducta de carácter permanente, a cuyo respecto se estableció que fue perpetrada durante la vigencia del Decreto Ley N° 211, con las modificaciones introducidas por la Ley N° 20.361, de 13 de julio de 2009, no concurren los presupuestos que hacen procedente la aplicación de una ley sancionatoria más favorable como lo pretendieron las reclamantes de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de la República y 18 del Código Penal. Esto significa que la disposición aplicable como estatuto de sanciones es el artículo 26 en su texto actual, que establece un monto



máximo de multa, para el ilícito de colusión, ascendente a 30.000 unidades tributarias anuales" (fundamentos septuagésimo sexto, septuagésimo séptimo y octogésimo primero).

De esta manera, entonces, resulta evidente que los falladores no incurrieron en el yerro jurídico que se les atribuye, pues, en conformidad a los principios y elucubraciones reproducidos en lo que antecede, concluyeron que el régimen jurídico aplicable a la infracción en estudio es aquel que se hallaba vigente al tiempo de la ejecución de la conducta ilícita, vale decir, al "31 de diciembre de 2011, porque ahí se consumó, perpetró o ejecutó íntegramente dicha conducta", data en que el Decreto Ley N° 211 había sido "modificado por la Ley N° 20.361, que introdujo algunos cambios a la descripción de la colusión como conducta sancionable e incrementó el monto máximo de la multa aplicable, estableciendo además la figura de la denominada delación compensada, y que es el texto normativo que estuvo en vigor desde el día 13 de octubre de 2009 hasta el 30 de agosto de 2016".

Para terminar este apartado es necesario reiterar, como ya se adelantó, que la antedicha conclusión no supone una aplicación retroactiva del Decreto Ley N° 211, puesto que, como acertadamente resuelven los jueces del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, dado su carácter continuo, la conducta reprochada se verificó íntegramente,



esto es, todos sus elementos constitutivos concurrieron y se desplegaron bajo la vigencia de la modificación introducida al citado Decreto Ley por la Ley N° 20.361, tratándose, en consecuencia, de un régimen legal que muta durante la ejecución de la colusión y cuya variación fue conocida por el hechor.

CUADRAGÉSIMO PRIMERO: Que más adelante, y como parte de este mismo capítulo de su libelo, el recurrente alega, como una primera atenuante no considerada en la sentencia impugnada, el principio de proporcionalidad y la capacidad económica del infractor, elemento este último introducido como tal en este ámbito por la Ley N° 20.945, de agosto de 2016.

Como quedó dicho, la normativa aplicable a la infracción de que se trata es aquella contenida en el Decreto Ley N° 211 vigente al 31 de diciembre de 2011, fecha en la que dicho cuerpo legal disponía, en el inciso final de su artículo 26, que: *"Para la determinación de las multas se considerarán, entre otras, las siguientes circunstancias: el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción, la gravedad de la conducta, la calidad de reincidente del infractor y, para los efectos de disminuir la multa, la colaboración que éste haya prestado a la Fiscalía antes o durante la investigación"*.

De la disposición transcrita se desprende que la circunstancia alegada de "capacidad económica del



infractor" no está incluida entre aquellas condiciones o antecedentes que se deben considerar para regular el quantum de la sanción pecuniaria de que se trata.

Asimismo, surge del examen del proceso que al determinar dicho quantum los juzgadores consideraron el principio de proporcionalidad, pues, dada la gravedad de la infracción de que se trata, el largo tiempo durante el cual se extendió la colusión y la importancia y necesidad práctica de los bienes sobre los cuales recayó, la sanción aplicada resulta acorde a la magnitud y trascendencia del ilícito imputado; en efecto, el acuerdo colusorio de autos incluyó a bienes de relevancia diaria e, incluso, de primera necesidad, para la casi totalidad de la población y se prolongó por más de una década, de manera que la imposición de una multa equivalente a 20.000 Unidades Tributarias Anuales no sólo no parece desproporcionada, sino que, aun más, responde apropiadamente a la entidad de la infracción, sin perjuicio de que, además, se sitúa dentro de los márgenes que con tal fin prevé el legislador.

CUADRAGÉSIMO SEGUNDO: Que en lo referido a la segunda circunstancia atenuante invocada en el recurso, constituida por la falta de la calidad de reincidente de SCA Chile por infracciones anticompetitivas, para desestimar el error acusado en el recurso basta considerar que en el fundamento ducentésimo decimoséptimo de la sentencia, los magistrados declararon expresamente que *"no existe ningún antecedente*



adicional que permita considerar, de manera fundada, que concurre alguna circunstancia atenuante o agravante” de responsabilidad, con lo que descartaron derechamente la aplicación de esta minorante.

CUADRAGÉSIMO TERCERO: Que para rechazar la tercera circunstancia alegada, consistente en que “PISA participó en la colusión bajo la presión y amenazas de CMPC de ser sacada del mercado”, basta consignar que dicha circunstancia no constituye una minorante de responsabilidad, al tenor de lo estatuido en el artículo 26.

CUADRAGÉSIMO CUARTO: Que en cuanto a la cuarta circunstancia invocada, referida a que “CMPC organizó el cartel, no SCA”, tampoco podrá ser acogida, puesto que no constituye una circunstancia modificatoria de responsabilidad, al tenor de lo preceptuado en el inciso final del artículo 26 del Decreto Ley N° 211, aplicable en la especie, y, además, porque con independencia de quién organizó el acuerdo, es lo cierto que la recurrente participó en su ejecución por más de diez años, circunstancia que no puede ser soslayada al graduar la multa.

CUADRAGÉSIMO QUINTO: Que en lo que atañe a la última circunstancia alegada, esto es, que “*la colusión terminó varios años antes del inicio de la investigación de la FNE, gracias a SCA CHILE*”, además de que tampoco configura una



circunstancia que modifique la responsabilidad de la recurrente al tenor del artículo 26, la fecha de su término en nada altera la gravedad de la colusión, máxime si, como quedó establecido, se prolongó por más de una década y afectó a bienes de primera necesidad para la mayor parte de la población.

CUADRAGÉSIMO SEXTO: Que en el siguiente acápite de este capítulo el recurrente asevera que el fallo "no concedió a SCA la rebaja que le corresponde por su delación: 33,3% de la multa que habría correspondido aplicar sin delación", basado en que si se reconociesen las atenuantes aducidas por su parte la multa no podría superar el equivalente a 12.467 Unidades Tributarias Anuales, de manera que, siendo esa la multa que habría correspondido a su parte sin delación, entonces el descuento aludido se habría de aplicar sobre esa suma, resultando en una multa definitiva de 8.303 Unidades Tributarias Anuales.

Considerando que ninguna de las circunstancias modificatorias de responsabilidad alegadas por el recurrente será acogida, esta alegación carece de sustento fáctico y, por consiguiente, no cabe sino desecharla, a lo que cabe adicionar que la parte de SCA efectivamente se ha visto beneficiada con la reducción de un tercio de la multa, descuento que se aplicó, precisamente, al total de la sanción que le habría sido impuesta de no mediar el mentado beneficio.



CUADRAGÉSIMO SÉPTIMO: Que en el siguiente capítulo de su libelo el recurrente afirma que la prueba aparejada demostró que el cartel comenzó en el año 2006, mientras que su existencia entre 2000 y 2005 se funda en prueba ilícita e inepta, destacando que, incluso, existe prueba concluyente que acredita que no existió entre los últimos años citados. Añade que, pese a lo expuesto, el fallo concluyó que la colusión comenzó en el año 2000, convicción que, según acusa, sólo pudo alcanzar vulnerando las reglas de la sana crítica. Añade que la sentencia no aplicó un estándar de prueba "clara y concluyente", afirmación que estima corroborada porque la mayoría de los ministros abogados previnieron indicando que, en su concepto, el estándar para analizar la prueba debe ser uno muy inferior.

Este último argumento es insostenible, pues, aun de ser efectivo, y como, además, lo reconoce el propio recurrente, las declaraciones contenidas en la aludida prevención sólo reflejan el parecer de dos de los cinco ministros que concurrieron al fallo, de modo que la mayoría, forzosamente, ha debido sustentar una opinión diversa en este ámbito, constatación suficiente para desechar esta parte del recurso, en tanto el parecer mayoritario exige un estándar probatorio mayor al postulado por los previnientes.

Enseguida manifiesta, como otro sustento de esta parte de su recurso, que la sentencia se funda en prueba no sólo



escasa, sino que, además, habría sido "prefabricada" por abogados de CMPC, resultando inadmisibles o ineptas, en tanto se trata, en su gran mayoría, de declaraciones de funcionarios de esta última compañía que leyeron una declaración preparada por abogados de esa empresa, que, si bien no son iguales, guardan semejanzas más que suficientes para poner en entredicho su espontaneidad y su valor probatorio. Más aun, asevera que tales deposiciones son inadmisibles, además, porque se trata de testimonios de personas cuya identidad desconoce.

Al respecto cabe consignar que, pese a lo aducido por el recurrente, el examen de los antecedentes, y en particular del fallo recurrido, pone de relieve que los sentenciadores arribaron a la convicción de que el cartel materia de autos comenzó en el año 2000 basados en pruebas de diversa índole.

Así, comenzaron su análisis subrayando que, el entonces dueño de PISA y el entonces gerente general de CMPC, reconocieron haberse reunido en al menos dos ocasiones en el restorán Las Brisas de Chicureo en el año 2000. A lo dicho agregaron, sin embargo, que para establecer el objeto de esas reuniones los antecedentes aparejados provienen sólo de CMPC, puesto que, más allá de la Solicitud de Beneficios presentada por esta última y de las declaraciones judiciales y extrajudiciales de algunos ejecutivos de dicha compañía, no existe otra evidencia que



dé cuenta de las materias específicamente tratadas en las reuniones en Las Brisas.

Explican que, no obstante, sí existen antecedentes que permiten corroborar que el año 2000 se formó un acuerdo, a partir de la entrada de Acuenta al mercado del tissue, elementos de juicio que incluyen declaraciones de testigos de CMPC, correos electrónicos, planillas Excel y evidencia económica; a continuación examinan dichas probanzas y subrayan, en primer lugar, que varios ejecutivos de CMPC declararon ante la Fiscalía, quienes aludieron a otras reuniones posteriores en diversos hoteles, método empleado, precisamente, para monitorear el acuerdo; luego, los falladores destacan que se aparejaron al proceso diversos correos electrónicos internos de CMPC, anteriores al año 2006, que resultan consistentes con las mencionadas deposiciones, en especial porque contienen las planillas utilizadas para materializar el acuerdo, el porcentaje de participación acordado y el lugar de las nuevas reuniones en que las requeridas se habrían intercambiado esas planillas; a continuación recuerdan que en autos constan diversas planillas Excel con fechas anteriores al año 2006, cuyo contenido demuestra la existencia de un acuerdo entre las requeridas anterior a ese año. A mayor abundamiento, destacan que los documentos en formato Excel que contienen el Modelo Toneladas incluyen hojas adicionales con indicios sobre el acuerdo imputado y concluyen que las mencionadas



planillas Excel, todas anteriores al año 2006, utilizan un lenguaje y metodología que sólo pueden explicarse por un acuerdo de reparto de mercado entre CMPC y PISA. Añaden que, además, existe evidencia económica consistente con la existencia de un acuerdo entre las requeridas originado el año 2000, en particular, aquella constituida por la comparación de las variaciones en las participaciones de mercado relativas entre CMPC y PISA, desde el año 2000 a 2014. Sobre este punto elaboran un gráfico, a partir de la información proporcionada por el informe económico titulado "Análisis de la Competencia en el Mercado Tissue", elaborado por F&K consultores y aparejado por SCA, del que desprenden que las desviaciones estándares de las participaciones de mercado entre los períodos 2001-2005 y 2006-2011 se asemejan, lo que resulta consistente con que en ambos períodos haya existido un acuerdo como el imputado, de modo que los cálculos de participaciones de mercado también son consistentes con la época de inicio del acuerdo materia de autos.

Conforme a toda la prueba indicada los sentenciadores tienen por establecido, entonces, que con anterioridad al año 2006 existió un acuerdo entre las requeridas con el objeto de poner término a la guerra de precios acaecida producto de la entrada de la marca "Acuenta" y mantener estables las participaciones de mercado de CMPC y PISA en el negocio masivo del *tissue*, acuerdo que habría tenido su



origen en las reuniones sostenidas en Las Brisas de Chicureo entre representantes de ambas firmas el año 2000.

CUADRAGÉSIMO OCTAVO: Que, sin embargo, resulta necesario dejar asentado que los sentenciadores yerran, en un aspecto, al decidir del modo en que lo hacen.

En efecto, y tal como sostiene el recurrente, parte de las declaraciones testimoniales empleadas por los falladores para arribar a la conclusión contenida en la sentencia impugnada corresponden a dichos de personas que depusieron ante la Fiscalía Nacional Económica en calidad de testigos protegidos, cuyas identidades fueron mantenidas en reserva a lo largo de la investigación llevada a cabo por dicho entes estatal.

Al respecto cabe consignar que, si bien es posible emplear testigos en dicho carácter durante la averiguación, esto es, cuya individualización sea desconocida por la partes del proceso, para que el tribunal pueda emplear sus testimonios en el juzgamiento de las conductas pesquisadas, esto es, en la sentencia propiamente dicha, debe develar su identidad, señalando los datos necesarios para que los intervinientes tengan suficiente conocimiento de sus datos personales, pues de lo contrario se estaría vulnerando el derecho a defensa de las partes, quienes no sólo ignorarían la identidad del deponente, sino que, además, no estarían en condiciones de examinarlo y contrainterrogarlo en debida forma, pues al desconocer tal antecedente carecen de los



elementos mínimos e indispensables para entender su vinculación con los hechos y, a partir de tal premisa, poder construir las estrategias requeridas por la defensa de los intereses de su parte.

Sobre este particular se ha de subrayar que el indicado ha sido el criterio sostenido por la Sala Penal de esta Corte al fallar recursos sometidos a su conocimiento a propósito de diversos procesos en los que los sentenciadores se han valido de pruebas de esta clase, es decir, de declarantes cuya identidad permanece oculta para las partes, ocasiones en las que ha sostenido que si la utilización de sus dichos, como antecedentes probatorios para adoptar la decisión definitiva, no va acompañada de la develación de su individualización, se vulnera el debido proceso garantizado por la Constitución Política de la República, en su faz del legítimo derecho a defensa (verbi gracia, en autos de esta Corte rol N° 18.443-2016).

Empero, y como se desprende de la sola lectura del fallo, en la especie el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia adquirió la convicción de que el acuerdo colusorio materia de autos comenzó en el año 2000 basado en múltiples pruebas, entre las que se cuentan, además de las declaraciones testimoniales mencionadas por el recurrente, correos electrónicos, planillas Excel y evidencia económica, de lo que se sigue que el yerro descrito no resultó gravitante en la adopción de la decisión censurada,



antecedente bastante para desestimar el recurso en este extremo, a lo que se debe añadir que, como resulta evidente, el supuesto fundamental de la reclamación en esta parte, vale decir, que el hecho mencionado se construyó única y exclusivamente a partir de las deposiciones de ejecutivos de CMPC, no es efectivo.

CUADRAGÉSIMO NOVENO: Que enseguida el recurrente critica el mérito que se habría otorgado a la Solicitud de Beneficios de CMPC, arguyendo que se trata de un documento creado unilateralmente por esta última para justificar su pretensión particular, de modo que, para otorgarle valor, es preciso que cumpla ciertos parámetros mínimos, entre los que se incluye que dé cuenta de antecedentes verificables y corroborados con el resto de los elementos probatorios que obran en el proceso, elemento este último que estima ausente, desde que la delación se refiere a hechos que no tienen más respaldo que otras pruebas preparadas por abogados de CMPC. Al respecto aduce que el fallo otorga un valor gravitante a tal delación para dar por acreditado el inicio de la colusión en el año 2000 y su vigencia entre ese año y el 2005.

Sin embargo, y pese a lo aseverado por el recurrente, es lo cierto que aun cuando el fallo menciona la citada Solicitud de Beneficios, como se dijo lo hace con el objeto de resaltar las limitaciones de esa prueba, poniendo de relieve, enseguida, que existen otras probanzas que



permiten acreditar el inicio del acuerdo colusorio en el año 2000 y su posterior continuidad.

QUINCUGÉSIMO: Que más adelante, y por razones semejantes, el recurrente censura que el fallo considere la absolución de posiciones del abogado jefe o "fiscal" de CMPC, prestada en favor de la propia CMPC, pues, según postula, dicha diligencia sólo puede constituir prueba "en contra" del absolvente y nunca en su favor. Al respecto acusa que la sentencia invoca reiteradamente dicha absolución de posiciones para acreditar los hechos postulados por esa parte, en particular que la colusión comenzó en el año 2000 y su vigencia entre ese año y el 2005.

Para desechar esta alegación cabe señalar que, como quedó dicho, los sentenciadores dan por establecidos los hechos aludidos conforme a medios de prueba distintos de la mentada confesional.

QUINCUGÉSIMO PRIMERO: Que en los párrafos que siguen el recurrente reitera que la prueba rendida no es idónea para demostrar que la colusión comenzó en el año 2000 y que, por el contrario, acredita que se inició en el 2006, pese a lo cual no aporta antecedentes concretos y específicos que den sustento a su tesis, limitándose a sostener sus argumentos con distintas palabras y de diversas formas.



QUINCUGÉSIMO SEGUNDO: Que en el capítulo siguiente alega que su parte opuso la excepción de prescripción respecto de todos los hechos ocurridos antes del 2006 o, en subsidio, para el lapso de tiempo que media entre el año 2000 y la fecha en que se estime que se configuró la colusión de autos como un ilícito único, complejo y continuo, puesto que, en su concepto, los hechos ocurridos a contar del 2000 no forman parte de un "plan general", ni poseen un "objetivo común" con los hechos colusorios ejecutados desde el 2006. En ese sentido asevera que, a diferencia de lo ocurrido a partir del año 2006, antes de esa fecha las requeridas no tuvieron el ánimo de distribuirse el mercado y tampoco fijaron precios o posicionamientos para todos sus productos, de modo que no existió continuidad entre los contactos habidos entre ambas antes del 2006, que, según asevera, no fueron colusorios, y la conducta desarrollada a partir de ese año. Así, asegura que no existió una colusión única, compleja y continua entre los años 2000 y 2011, destacando que en autos quedó demostrado que el acuerdo comenzó en el 2006, mientras que la prueba empleada para establecer como año de partida el 2000 es débil, inadmisible o inepta.

A lo dicho agrega que la sentencia reconoce que, de haber existido algún tipo de acuerdo entre CMPC y PISA en el año 2000 y siguientes, tenía objetivos, mecanismos y elementos muy diferentes a los del acuerdo imputado en



autos, en tanto en su motivación vigésima quinta no descarta que la colusión, en un primer momento, haya tenido por objeto detener la guerra de precios habida entre D&S y PISA.

Acerca de esta última aseveración es necesario precisar que, si bien el fundamento vigésimo quinto expresa lo indicado, es lo cierto que dicho razonamiento forma parte de una cadena de consideraciones destinadas a determinar la fecha de inicio del acuerdo, cuya conclusión, contenida en la motivación septuagésima quinta, es que la rendida en autos demuestra que, con anterioridad al año 2006, existió un acuerdo entre las requeridas que tenía por objeto no sólo poner término a la guerra de precios existente, sino que, también, mantener estables las participaciones de mercado de CMPC y PISA en el negocio masivo del *tissue*.

Los juzgadores desestimaron la excepción en comento basados en que en la especie no existieron dos acuerdos colusorios distintos, sino tan sólo uno, iniciado el año 2000 y vigente hasta, por lo menos, el 2011, que estuvo compuesto de muchas acciones recurrentes y complejas, desarrolladas a lo largo del tiempo. Esclarecido lo anterior, precisaron que el plazo de prescripción aplicable es el de cinco años contemplado en el inciso cuarto del artículo 20 del Decreto Ley N° 211, que se cuenta desde "*la ejecución de la conducta*" y que no principia "*mientras se*



mantengan en el mercado los efectos imputables a la conducta objeto de la acción", de manera que habiendo concluido la colusión en el año 2011, el término en examen no se había completado a la fecha de presentación del requerimiento, así como tampoco en la de notificación del mismo, evento este último acaecido el 30 de octubre de 2015 respecto de CMPC y el 4 de noviembre siguiente en relación a SCA.

De los antecedentes reproducidos no se advierten los errores denunciados por el recurrente, puesto que, como se comprobó, las partes dieron inicio al acuerdo colusorio en el año 2000, el que rigió hasta, por lo menos, el 2011, sin que se haya logrado comprobar, como sostiene el recurrente, que existieron dos conductas ilícitas distintas, una de las cuales habría comenzado en el año 2000, mientras que la otra lo habría hecho en el 2006. De esta manera, entonces, tratándose de una infracción única y continua, cuyos efectos se mantuvieron en el mercado hasta, cuando menos, el año 2011, cuando la colusión acabó, forzoso es concluir que a la fecha de presentación del requerimiento (hecho acontecido el 27 de octubre de 2015), así como a la de notificación del mismo a las requeridas (lo que sucedió el 30 de octubre y el 4 de noviembre del mismo año), el plazo de prescripción de cinco años no se había completado, motivo suficiente para desechar la reclamación en esta parte.



QUINCUGÉSIMO TERCERO: Que, en un último capítulo, la recurrente aduce que la condena en costas impuesta en el fallo a su parte es improcedente, toda vez que obtuvo dos votos favorables y, además, tuvo motivo plausible para litigar.

Para desechar el recurso en este último capítulo basta consignar que los Ministros del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia Sr. Tapia y Sr. Arancibia se limitaron a emitir una prevención, esto es, un parecer discordante con los fundamentos o razonamientos que sirvieron de sustento al fallo impugnado, en particular en lo relacionado con el estándar de convicción aplicable y con la forma de cálculo de la multa, sin que ello se haya traducido en una posición disidente respecto de la decisión del asunto controvertido. En efecto, y como se desprende de la sola lectura de la sentencia, el requerimiento deducido por la Fiscalía Nacional Económica en contra de CMPC Tissue S.A. y de SCA Chile S.A. fue acogido unánimemente; con el mismo quórum el tribunal acordó rechazar la excepción de prescripción intentada por SCA, condenar a esta última al pago de una multa equivalente a 20.000 Unidades Tributarias Anuales, eximir a CMPC de aquella que le correspondería e imponer a las requeridas la adopción de un programa de cumplimiento en materia de libre competencia.

En consecuencia, no es efectivo que la recurrente haya obtenido votos favorables, pues la decisión de condenarla



al pago de una multa por infringir el artículo 3 del Decreto Ley N° 211 y de desechar sus defensas fue adoptada por unanimidad de los integrantes del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, quienes no manifestaron discrepancia alguna en torno a las determinaciones contenidas en la parte resolutive de su fallo.

Por otra parte, y en cuanto concierne a la existencia de motivo plausible para litigar, del examen de los antecedentes no aparecen elementos de juicio que permitan afirmar que tal circunstancia concurre en la especie.

Así las cosas, se ha de concluir que el recurso en estudio debe ser desestimado igualmente por este capítulo.

QUINCUAGÉSIMO CUARTO: Que, de este modo y dado que, como se dijo precedentemente, se privará a CMPC de la exención de la multa pedida en su favor por la FNE, en tanto organizó la colusión y coaccionó a PISA para participar en ella, es necesario examinar el monto de la sanción pecuniaria que se le impondrá al tenor del artículo 26 del Decreto Ley N° 211, en tanto co-responsable de la conducta colusiva establecida en la causa.

Al respecto cabe señalar que el texto del citado artículo 26, vigente a la época en que concluyó el acuerdo colusorio objeto de la investigación, disponía, en lo que interesa, que: *"La sentencia definitiva será fundada, debiendo enunciar los fundamentos de hecho, de derecho y económicos con arreglo a los cuales se pronuncia. En ella*



se hará expresa mención de los fundamentos de los votos de minoría, si los hubiere. Esta sentencia deberá dictarse dentro del plazo de cuarenta y cinco días, contado desde que el proceso se encuentre en estado de fallo.

En la sentencia definitiva, el Tribunal podrá adoptar las siguientes medidas:

[...]

c) Aplicar multas a beneficio fiscal hasta por una suma equivalente a veinte mil unidades tributarias anuales y, en el caso de sancionar una conducta prevista en la letra a) del artículo 3°, hasta por una suma equivalente a treinta mil unidades tributarias anuales.

[...]

Para la determinación de las multas se considerarán, entre otras, las siguientes circunstancias: el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción, la gravedad de la conducta, la calidad de reincidente del infractor y, para los efectos de disminuir la multa, la colaboración que éste haya prestado a la Fiscalía antes o durante la investigación”.

QUINCUGÉSIMO QUINTO: *Que tratándose de una conducta de aquellas descritas en la letra a) del artículo 3 del Decreto Ley N° 211, la sanción aplicable puede alcanzar hasta un máximo de 30.000 Unidades Tributarias Anuales.*

Establecido, entonces, el marco general de la multa que se puede imponer, corresponde regular su cuantía, labor



en la que se debe estar a las circunstancias señaladas en el inciso final del artículo 26 transcrito parcialmente más arriba.

Al respecto se ha de resaltar, en primer lugar, que la conducta investigada en autos, y reconocida por las partes, es uno de los ilícitos anticompetitivos más graves, pues supone la eliminación del elemento distintivo y fundamental de este ámbito del Derecho, esto es, de la competencia que debe regir la actividad de los agentes económicos y su reemplazo por un acuerdo adoptado, precisamente, por aquellos entes que debían protagonizar el comportamiento competitivo que protege la ley. La colusión supone la negación de la libertad de competir entre los intervinientes en el mercado y, por ende, su castigo debe reflejar esa circunstancia.

En cuanto al beneficio económico obtenido por CMPC se estará a las conclusiones del informe presentado por la Fiscalía Nacional Económica denominado "Estimación de Sobreprecio para el Caso de Colusión en el Mercado de Papel Tissue", de Ana María Montoya y Marcelo Olivares, que fuera empleado en esta misma labor respecto de la sanción impuesta a SCA. Del tenor de dicho documento, y tal como quedó establecido en autos, el beneficio económico obtenido por CMPC como resultado de la colusión materia de autos asciende, en el escenario más conservador, a la suma equivalente a 121.447 Unidades Tributarias Anuales, cifra



que excede largamente el monto máximo previsto en la letra c) del inciso 2° del artículo 26 del Decreto Ley N° 211.

Por otro lado, se debe considerar que la empresa no ha sido sancionada previamente por conductas colusivas y, finalmente, que prestó colaboración en la investigación llevada a cabo por la Fiscalía Nacional Económica. En tal sentido no se ha de subrayar que, más allá de la privación de la exención pedida en su favor por dicho ente estatal, es lo cierto que CMPC entregó antecedentes que, como exige el artículo 39 bis, han resultado ser "*precisos, veraces y comprobables*" y que representaron, además, un "*aporte efectivo a la constitución de elementos de prueba suficientes para fundar un requerimiento ante el Tribunal*". Por consiguiente, y considerando que esta empresa fue la primera en recurrir a la autoridad para auto denunciarse, resulta adecuado y coherente con la labor de este tribunal en esta materia, rebajar la sanción pecuniaria de que se trata, máxime, si como surge de la historia fidedigna del establecimiento de la ley, la intención del legislador es facilitar la detección y represión de esta clase de conductas ilícitas, dada su extrema gravedad, a través del otorgamiento de beneficios para aquellos intervinientes que ayuden de manera eficaz, como ha ocurrido en la especie, a detectar y a poner término a las mismas.

QUINCUGÉSIMO SEXTO: Que, así las cosas, la regular el *quantum* de la sanción se debe considerar, entonces, que el



monto aplicable a CMPC puede ascender a un total de 30.000 Unidades Tributarias Anuales; que la conducta de que se trata reviste la mayor gravedad, en tanto supone la negación de los principios fundamentales de esta rama del Derecho; que la citada empresa organizó el acuerdo colusorio materia de estos autos y, además, presionó a su competidora para ingresar y mantenerse en el mismo, de lo que se sigue que su papel en la citada conducta ilícita fue relevante y, por último, que, como consecuencia de dicho comportamiento, obtuvo ingentes beneficios económicos.

Por otro lado, y para morigerar el monto en examen se debe tener presente que CMPC se auto denunció y prestó una colaboración eficaz, veraz y comprobable en la investigación; además, que, como es de público conocimiento, puso a disposición de la sociedad nacional una indemnización equivalente a US\$7.000.000 (siete millones de dólares de EE.UU.), suma que fue distribuida entre numerosas personas y, por último, como se dijo, que dicha compañía se acusó a sí misma ante la autoridad administrativa competente tres años después de concluido el acuerdo colusorio materia de autos, vale decir, cuando la investigación de tal conducta resultaba, dado el tiempo transcurrido, cuando menos ardua y compleja para la Fiscalía Nacional Económica.

En esas condiciones, y considerando de manera determinante que CMPC se auto denunció y prestó una



colaboración eficaz, veraz y comprobable en la investigación, esta Corte ha llegado a la convicción de que la multa que se debe imponer a esa compañía equivale a dos tercios del máximo previsto en la ley, esto es, asciende a 20.000 Unidades Tributarias Anuales, pues en dicho guarismo se plasma un equilibrio adecuado e indispensable entre la represión de una conducta gravísima, por un lado, y la relevancia de su denuncia y la utilidad de la información que aportó para develar la existencia de una colusión, por demás, de muy antigua data, por otro.

En otras palabras, los antecedentes tenidos a la vista no justifican la imposición de una multa más onerosa, puesto que la debida correlación de todos los elementos de juicio mencionados pone de relieve que una decisión contraria implicaría desconocer la relevancia de la auto denuncia y de la información aportada con dicha ocasión.

QUINCUGÉSIMO SÉPTIMO: Que en este punto resulta relevante destacar, además y en lo que concierne al *quantum* de la sanción aplicada a la reclamante, que el mismo responde, en último término, a la solicitud formulada por la Fiscalía Nacional Económica al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en virtud del beneficio de reducción de la multa que dicha autoridad le otorgó y en cuya determinación, como resulta evidente, la Fiscalía ha debido tener presente no sólo la gravedad de su conducta, sino que, también, el conjunto de su participación y la



circunstancia, no desdeñable, de que la denuncia de SCA se produjo sólo una vez que CMPC ya se había delatado y entregado los antecedentes pertinentes, de lo que se sigue que sólo reaccionó ante un hecho ya consumado, particularidad que, si bien no le quita importancia sí disminuye su consideración, pues no refleja la intención de develar la existencia del cartel, sino sólo la de liberarse de responsabilidad, sea mediante la exención de la multa o a través de una rebaja sustancial de la misma.

QUINCUGÉSIMO OCTAVO: Que por las consideraciones antes expuestas, se accederá parcialmente a la reclamación intentada, en los términos que se dirán en lo resolutivo.

Por estos fundamentos, disposiciones legales citadas y lo preceptuado en los artículos 3, 20, 26 y 39 bis del DFL N° 1 del año 2004 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 211 de 1973, **se acoge**, sin costas, el recurso de reclamación deducido por SCA Chile S.A. a fojas 6533, en contra de la sentencia de veintiocho de diciembre de dos mil diecisiete, escrita a fojas 6422 y siguientes, dictada por el Tribunal de la Defensa de la Libre Competencia, sólo en cuanto se **revoca** el indicado fallo en la parte que exime a CMPC Tissue S.A. del pago de una multa, como responsable de la infracción al artículo 3° inciso primero e inciso segundo letra a) del Decreto Ley N° 211, y, en su lugar, se decide que se **condena** a esa



compañía a pagar una multa equivalente a 20.000 (veinte mil) Unidades Tributarias Anuales, como autora de tal conducta ilícita.

Se **rechaza** en lo demás la reclamación intentada por SCA Chile S.A.

Se **previene** que el Ministro señor Arturo Prado Puga no comparte los razonamientos contenidos en el fundamento cuadragésimo octavo del presente fallo.

Acordada, además, con el voto en **contra** del Ministro señor **Arturo Prado Puga**, en aquella parte en que se acoge parcialmente la reclamación interpuesta por SCA, quien fue de parecer de desestimar el señalado recurso, por entender que las reglas y razonamientos que dan lugar para hacer lugar en parte el reclamo planteado en el fondo, con el objeto de emitir un juicio de corrección, quedan incorporados a la aplicación de las normas sobre delación compensada, no pudiendo privarse a CMPC de la exención de la multa pedida en su favor por la FNE, dejando sin efecto el monto de la sanción pecuniaria que se impone en el fallo de mayoría, al tenor del artículo 26 del Decreto Ley N° 211, en su integridad debiendo, en su lugar, aplicarse a su respecto el beneficio de amnistía que establece la referida norma, según se pasa a exponer a continuación:

1.- Que, en primer lugar, cabe señalar que el eje central de la controversia arranca de la circunstancia de la interpretación del tantas veces citado artículo 39 bis



del DFL N° 1 del año 2005 del Ministerio de Economía, que fijó el texto refundido del DL N° 211 de 1973, introducido en la reforma contenida en la Ley N° 20.361, del año 2009. En él se establece, por primera vez en nuestro ordenamiento, el sistema de delación compensada (como ocurre en la "ley de drogas" y en la "ley antiterrorista") para la persecución de carteles. Para los efectos de establecer si concurren los beneficios que ella contempla para amparar al primer delator, el inciso quinto de esta norma dispone:

"Artículo 39 bis.- El que ejecute una conducta prevista en la letra a) del artículo 3° podrá acceder a una reducción o exención de la multa cuando aporte a la Fiscalía Nacional Económica antecedentes que conduzcan a la acreditación de dicha conducta y a la determinación de los responsables.

Para acceder a uno de estos beneficios, el ejecutor de la conducta deberá cumplir" entre otros requisitos los establecidos en el inciso quinto que señala:

"En su requerimiento el Fiscal individualizará a cada ejecutor de la conducta que cumplió los requisitos para acceder al beneficio de exención o reducción de la multa. Si el Tribunal diere por acreditada la conducta, no podrá aplicar multa a quien haya sido individualizado como acreedor de una exención, como tampoco una multa mayor a la solicitada por el Fiscal a quien haya sido individualizado como acreedor de una reducción de la misma, salvo que se



acredite durante el proceso que dicho acreedor fue el organizador de la conducta ilícita coaccionando a los demás a participar en ella." (Subrayado mío).

2.- Que no está en duda la condición que tiene CMPC de haber participado en la fase primaria como **organizador o principal gestor**, hecho que quedó asentado en el fallo del H.TLDC.

En cambio, resulta completamente discutible, a juicio de este disidente, la existencia del elemento **adicional** al de organizador, constitutivo de esa fuerza dinámica o permanente que se exige en la norma para hacer perder la inmunidad orientada a incentivar la delación, reforzada a través del empleo del gerundio "**coaccionando**" -igual que la fórmula gramatical empleada por Bello en el famoso Artículo 684 del Código Civil referido a la forma de hacer tradición de cosa corporal mueble- a través de presiones, amenazas y medidas de castigo ejecutados como conducta coactiva que se extiende continuamente en el tiempo, desde su inicio, en el año 2000, hasta el 2011.

3.- Que, por esta razón, resulta del todo necesario analizar si al organizar la colusión materia de autos, CMPC sometió a PISA, luego SCA S.A. Chile, como esta última asevera, a presiones de tal naturaleza que puedan ser entendidas como constitutivas de aquella actuación coercitiva a que se refiere el referido inciso 5° del artículo 39 bis del Decreto Ley N° 211. Corresponde, en



consecuencia, analizar si se ha logrado acreditar en el transcurso del presente proceso que la empresa acreedora del beneficio de exención propuesto por la Fiscalía Nacional Económica, esto es, CMPC, no sólo organizó la conducta colusiva de que se trata, sino que, además, coaccionó a PISA para que formara parte de la misma.

4.- Que siguiendo la teoría de la interpretación más tradicional (Emilio Betti, Interpretación de la Ley y de los Actos Jurídicos, Ediciones Olejnik, Santiago, 1918, Capítulo VI, págs. 271 y sigs.) para alcanzar la interpretación auténtica o funcionalmente idónea de la norma enjuiciada de forma de reducir al mínimo la incertidumbre que podría derivarse en torno al artículo en estudio, con las personas que pretendan postularse al beneficio de la compensación a cambio de la delación, se hace indispensable recurrir a los elementos hermenéuticos contenidos en la historia fidedigna de la ley N° 20.361 que modificó el Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de Economía, Fomento y Reconstrucción de 2004, sobre Tribunal de Defensa de la Libre Competencia", extraída de la Biblioteca del Congreso Nacional, págs. 4-643 (Consultada el 24 de Diciembre de 2019) y del análisis de la doctrina y conceptos que emanan de los autores más autorizados en nuestro país, a saber: Arturo Yrarrázaval Covarrubias, Libre Competencia, Ediciones UC, (Santiago, 2018).136-139; Cristian Saieh Mena. pp. 136-139, La Defensa de la Libre



Competencia, Ediciones UC, (Santiago, 2010) pp.244-245; Leonardo Tobar Carrasco, "La delación compensada en Chile, análisis de la normativa vigente", Memoria de Prueba, PUC-UCV, (Junio, 2017); Radoslav Depolo, "Coacción y Pérdida de Inmunidad en el Sistema Chileno de Persecución de Carteles", (Santiago, Noviembre, 2016), publicado por el Centro de Regulación y Competencia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y referido en la Sentencia 160/2017 Anuario 2018 del TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA N° 8, p.159; Los trabajos del Doctor en Economía, Aldo González, "Los programas de delación compensada para la persecución de carteles" Publicación "El Trimestre Económico", Vol. LXXV N° 299 (3), Julio-Sept. 2008 pp. 779-804, Fondo de Cultura Económica, Santiago, 2006; OECD, Anual report on Competition Policy Developments, in Chile, 27-28, Nov. 2018; del mismo autor, "Fundamentos de los programas de delación compensada para la persecución de carteles", Publicación Facultad de Economía y Negocios, Universidad de Chile, Documento de Trabajo, N°218, Octubre 2006; del mismo autor, "La delación compensada o amnistía en la lucha Anti-Carteles" Trabajos de Investigación en Políticas Publicas, Universidad de Chile, N° 2, Enero 2017; con especial referencia a este caso, Umut Aydin-Nicolas Figueroa, "The Chilean Anti-Cartel Experience: Accomplishments and Challenges", Rev. Ind. Organ, 19 Mayo 2018, Springer; Julio Pellegrini Vial,



Punto de referencia, Centro de Estudios Públicos, N° 409, Agosto de 2015, "¿Cárcel para la colusión?"

5.- Partiendo de la historia fidedigna del debate, en esta parte, de la Ley N° 20.361, (Propuesta de solución planteada a la Comisión Mixta por el H. Senador Jovino Novoa pp.546 a 548 y sigs.) y de la doctrina chilena antes colacionada desde la puesta en marcha de los programas de amnistía (1993 en adelante), podemos concluir que la delación compensada se funda en principios de racionalidad económica o de eficacia por encima de aspectos de justicia o de orden moral, con prescindencia de los reproches jurídicos (*"antiético y contrario a la justicia más básica, beneficiar al más culpable de los coludidos"*) para el denunciante, ya que su principal objetivo como política pública es facilitar y contribuir el acceso a los programas de clemencia o inmunidad destinados a la detección, disuasión y desbaratamiento de los carteles y no solo prevenir a los que están en vía de formarse, sino, lo más importante, a los ya formados. En otras palabras, el instrumento legal diseñado por el legislador tiene por objeto maximizar la eficacia o el incentivo hacia la cooperación actuando -no solo en fase preventiva *ex ante*- sino, y sin mayores inhibiciones, premiando al primero que se auto denuncia o delata el cartel en funciones con el beneficio de la inmunidad o exención o bien reducción de la multa. Lo anterior opera de forma independiente de si el



denunciante tiene el carácter de organizador, (¿qué ganaría de otra forma con delatarse y desertar del cartel?) con la importante limitación, eso sí, que discrimina en cuanto la renuncia de la sanción, respecto de aquel que ha forzado en forma simultánea y de forma activa a otros partícipes del cartel operativo a incurrir en la misma conducta monopólica por la vía de la coacción, requisito que tiene el carácter de **copulativo**, (agente que **organiza y coacciona**) según proposición conceptual aprobada por la unanimidad de la Comisión Mixta, de lo cual se solicitó dejar expresa constancia para los efectos de exégesis a petición del Ministro de Economía(s), (p.547) -requisito que obviamente debe ser probado de forma fehaciente, estableciendo los hechos concretos que constituyen este comportamiento calificado. Adicionalmente, este último elemento y su concurrencia copulativa como límite calificado a la legitimación legal de la inmunidad, se encuentra presente en la mayoría de los países en que operan los sistemas de delación compensada con matices que basculan entre la privación total de la inmunidad o simplemente una reducción parcial del beneficio, teniendo en consideración que la inmunidad, al final de cuentas, es un beneficio que otorga excepcionalmente la ley, no un derecho del que organiza un cartel, beneficio cuya aplicación, como dijimos, está precisamente dirigida a incentivar la delación.



6.- Se hace necesario entonces determinar si en la especie existieron coacciones, presiones o amenazas impuestas entre los miembros del cartel o ejercidas de parte de CMPC a Pisa, primero, y a SCA Chile S.A., después, como mecanismo de fuerza para concurrir con su voluntad y concurso en la ejecución de dichas conductas. Esta precisión conceptual es fundamental para que opere la pérdida del beneficio dispensado en materia de delación cuando el cartel ya se encuentra articulado, del modo como ha quedado sancionado por el fallo de mayoría.

Mi respuesta es enfáticamente negativa y las razones que apoyan esta conclusión son las que siguen:

A) Como sostiene la doctrina más al uso (Luis Díez-Picazo, Antonio Gullón, Sistema de Derecho Civil Vol. II, Cuarta Edición, Madrid, 1985, p. 59) la coacción puede ser física (*vis absoluta*), o moral (*vis compulsiva* o *relativa*) y la diferencia de ambas modalidades de coacción que restringen la libertad de consentir es que la *vis absoluta* anula o neutraliza completamente la voluntad de la víctima, que es inexistente, sustituyéndola por la voluntad del sujeto agente que ejerce la fuerza, en tanto que ante la fuerza moral intimidatoria, *vis relativa*, la víctima actúa desplegando en el acto de cartelización su propia voluntad moralmente consentida (Víctor Vial, Teoría General del Acto Jurídico, 5ta. Edición, Editorial Jurídica de Chile, 2004, págs. 111-112). Cabe destacar que en materia penal, (José



Luis Guzmán Dalbora, *El delito de amenazas*, Santiago, Chile. Editorial Jurídica Conosur, 1999, pp. 18 y 87 y ss.) en ambos casos y en especial la *coacción*, solo se sanciona e incrimina si es ejecutada mediante "*violencia*".

B) Un falso o sedicente "temor ambiental" carece, en esas circunstancias, de un objetivo fundamento racional, capaz de generar un enlace, esa ecuación causal entre la influencia de una declaración y la posibilidad de concretar o recurrir a una amenaza "*grave y creíble*" o "*importante, injusta y determinante*" de "*constricción moral*" o bien "*amenaza sujeta a una condición*", "*concebida como una forma de coerción*" que ponga en evidencia la "*pretensión de interferir en la libertad de decisión de dicho destinatario*" (Francisco Maldonado Fuentes, "*Amenazas y coacciones en el Derecho penal chileno*", Polít. crim. vol.13 n°.25, Santiago, Julio, 2018, versión on line), en los términos que la ha definido esta Corte (Considerando Sexto, Sentencia C.S 4610-2010), susceptible de provocar o infundir temor o una alteración real en el ánimo de los sucesivos apoderados de SCA que intervinieron como para llegar a presumir que, este antecedente sea relevante, inminente, cierto y eficaz, "*de ejecución inminente o futura*", para someterlos a niveles de presión derivada del abuso de posición dominante, más allá de las propias contingencias que configuran la gestión y el riesgo económico que configuran la esencia y tipicidad de un



negocio mercantil, pero que en ningún caso implican un nivel de presión que permita neutralizar su actuación en el ámbito de su giro.

C) Según se lee en la sentencia, las amenazas o advertencias, que fundamentan la privación del beneficio a CMPC y la convierten, conforme al voto de mayoría, en acreedora de la sanción, se encuentran acreditadas a través de testigos a través de declaraciones manifestadas ocasionalmente, de forma metafórica, retórica o coloquial las que distan mucho del nivel de intensidad o gravedad que caracteriza una amenaza o intimidación concebida como una situación extraordinaria, excesiva, por sobre los niveles esperados y normales de presión, de modo de justificar la transformación de organizador a agresor de su *alter ego* coludido por sobre los niveles esperados y normales de amenazas y castigos asociados a las vicisitudes de un cartel.

D) En primer lugar, la colusión, según lo ha expuesto SCA Chile S.A. (escrito de fecha 11 de Enero de 2018 que contiene la reclamación de SCA Chile S.A. en los autos "Requerimiento de la FNE contra CMPC Tissue S.A. y Otra", Rol C-299-2015), duró un menor lapso de tiempo que el que atribuye la sentencia, esto es, que "sólo tuvo lugar a partir del año 2006" y no de 2000 a 2011, con lo cual, siguiendo un principio de razonamiento lógico, se descarta que la coacción haya configurado una amenaza que empuje a



la colusión o que haya podido existir respecto de SCA Chile S.A. antes de esta última fecha. Lo anterior considerando que SCA S.A. Chile adquirió a la empresa PISA un paquete con el 50% de la compañía el año 2003 y luego, el año 2012, terminada la colusión adquirió el 100% de las acciones. Antes de ello, el año 2003, SCA había realizado una inversión en PISA.

E) La existencia y viabilidad de una eventual coacción de parte de CMPC hacia Papeles Industriales PISA, antecesora de SCA S.A. Chile, emana de las expresiones teñidas de un *"lenguaje bélico"* contenidas en declaraciones de testigos que se atribuyen a ejecutivos de CMPC que han sido compulsadas en los considerandos Vigésimo Noveno, Trigésimo y Trigésimo Octavo del fallo de mayoría, tales como *"A SALIR CON UN PIJAMA DE PALO"*, *"quedar fuera o que la empresa fuera sacada del mercado"*, o ponerla *"en estado de inviabilidad financiera"* o que *"la Papelera 'reventaría' a PISA"* demuestran desde la experiencia de los hombres de negocios, tal como el paradigmático comportamiento del *"buen y leal comerciante"*, que estas expresiones se articulan en un contexto de competencia y de lucha comercial pero en ningún caso alcanzan el nivel de agresividad que exige la conducta coercitiva que prevé el artículo 39 bis en estudio. Más aún, a partir desde esta experiencia, la entidad de estas aparentes amenazas, pierden vigencia, credibilidad y sustento fáctico si se



atiene al testimonio elocuente, colacionado en el Considerando Vigésimo Quinto de la sentencia de mayoría, referido a don Miguel González Pinto, ex Gerente de Papeles Industriales, antecesor que es reemplazado por el ejecutivo don Eduardo Hola Cheul, quien trabajó como Gerente de Ventas de PISA entre los años 2006 y 2007 y, luego, como Gerente Comercial de SCA Chile S.A. desde el 2007 hasta el 2015. Gerente de SCA cuando expone que *"Cabe destacar que, si bien el testigo indica enseguida que ante tales amenazas su parte seguía con su política comercial habitual, cuya estrategia consistía en reducir los precios en la mayor medida posible,..."*, libertad que se reitera con la conducta expresada por el mismo testigo referida en el Considerando Décimo Noveno y Centésimo sexagésimo segundo: *"Nosotros, cuando yo salía de esas reuniones yo seguía con mis planes comerciales y con mis catálogos y con todas mis cosas. FNE: No cambiaba en nada. Miguel González: Pasara lo que pasara" (fojas 3634)"*, de la sentencia del H. TDLC, todo lo cual confirma el escaso o nulo impacto que tenían estas supuestas amenazas.

A todo lo anterior se agrega la circunstancia (Considerando Cuadragésimo Séptimo de la sentencia de mayoría) que SCA opuso la excepción de prescripción respecto de todos los hechos ocurridos antes del 2006 para rechazar la consideración de la colusión como un ilícito único, complejo y continuo, puesto que, en su concepto, los



hechos ocurridos a contar del 2000 no formaban parte de un "plan general", ni poseen un "objetivo común" con los hechos colusorios ejecutados desde el 2006.

7.- Demás está decir que un ligera mirada en internet acerca de los datos históricos de la compañía matriz de SCA Chile S.A. (SCA) consultada en las fuentes corrientes más disponibles, (<https://finance.yahoo.com/quote/SCA-B.ST/history/>) nos demuestra que el tamaño de la matriz de la reclamante, el volumen de sus ventas y la presencia mundial de esta compañía sueca multinacional dedicada a los bienes de consumo y pulpa y papel manufacturado, conocida como el mayor propietario forestal privado de Europa, con miles de empleados y con una facturación muy superior a la empresa CMPC chilena, descarta de plano que entre los coludidos, por mucho que hayan compartido en el mercado local una proporción de tamaño desigual, como se refiere en el porcentaje referido en el Considerando Vigésimo Cuarto de este fallo, difícilmente podría sostenerse que CMPC pudiera haber ejercido una coacción "*importante, injusta y determinante*" prolongada en los términos referidos y, encima, de forma continuada en el tiempo -extendida durante más de once años y tras sucesivas administraciones- sin que hubiera existido de parte de SCA Chile S.A. o de su controladora acciones eficaces tendientes a poner término a esta amenaza.



8.- De todo lo anterior, y siguiendo la opinión de Michele Taruffo, *La Prueba*, traducción de Laura Manríquez y Jordi Ferrer Beltrán, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales. Madrid, 2008, pp. 275 a 276, de entre las dos reglas que componen el estándar de prueba, esto es, la regla del "más probable que no" y la regla de la "prevalencia relativa de la probabilidad", una ponderación de aquella que se encuentra disponible referida a la existencia de la coacción ejercida por CMPC respecto de SCA Chile S.A. y, especialmente, a los enunciados narrativos de los testimonios colacionados, nos lleva a la conclusión:

A) No concurre el elemento de la coacción que se exige en el Art 39 bis, tanta veces citado, como elemento sustantivo para privar del beneficio de la inmunidad, clemencia o lenidad a CMPC a cambio de incentivar y compensarla, como primer delator calificado del cartel, conforme al supuesto que ha sido enjuiciado en esta causa.

B) Que, por lo expuesto, debemos confirmar y ratificar el criterio del H.TDLC y el de la FNE, conforme al cual la hipótesis más probable es aquella que niega su ocurrencia, no existiendo una confirmación o haciendo poco probable la existencia de este hecho, imponiéndose, por consiguiente, el deber de escoger aquel que no tiene por acreditado el requisito de la coacción o amenaza ejercida por CMPC para que PISA, y posteriormente SCA Chile S.A., formara parte del cartel, sobre la base de las pruebas disponibles, con



lo cual, a juicio de este Ministro disidente, CMPC debió haber sido beneficiada con la exención completa y total de la multa propuesta por la Fiscalía Nacional Económica, confirmando el fallo en lo pertinente, tal y como venía resuelto.

Redacción a cargo del Ministro señor Arturo Prado Puga.

Regístrese y devuélvase con todos sus agregados.

Rol N° 1531-2018.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros (a) Sr. Sergio Muñoz G., Sra. María Eugenia Sandoval G., Sr. Carlos Aránguiz Z., Sr. Jorge Dahm O. y Sr. Arturo Prado P. No firman, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, la Ministra señora Sandoval y el Ministro señor Dahm por estar ambos con feriado legal. Santiago, 06 de enero de 2020.



Pronunciado por la Tercera Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros (as) Sergio Manuel Muñoz G., Carlos Ramon Aranguiz Z., Arturo Prado P. Santiago, seis de enero de dos mil veinte.

En Santiago, a seis de enero de dos mil veinte, se incluyó en el Estado Diario la resolución precedente.

