

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

SENTENCIA N° 175/2020

Santiago, veintiuno de diciembre de dos mil veinte.

VISTOS:

I. REQUERIMIENTO DE LA FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA

1. El 26 de septiembre de 2018, a fojas 2, la Fiscalía Nacional Económica (“FNE” o “Fiscalía”) presentó un requerimiento en contra de once sociedades de transporte público urbano de pasajeros (“Requerimiento”): Sociedad de Transportes Avda. Alemania-P. Nuevo S.A. (“Línea 1”); Transportes Línea Número Dos Limitada (“Línea 2”); Sociedad de Transportes Pedro Valdivia Padre de las Casas (“Línea 3”); Sociedad de Transportes Ñielol Limitada (“Línea 4-Ñielol”) y Transportes Santa Rosa Limitada (“Línea 4-Santa Rosa” y, en conjunto con Línea 4-Ñielol, “Línea 4”); Sociedad de Transportes Línea N° 5 S.A. (“Línea 5”); Buses Número Seis Temuco S.A. (“Línea 6”); Inmobiliaria e Inversiones El Carmen Cajón S.A. (“Línea 7”); Empresa de Transportes Línea Número Ocho Padre Las Casas S.A. (“Línea 8”); Empresa de Transportes de Pasajeros Línea Número Nueve S.A. (“Línea 9”); y Empresa de Transporte de Pasajeros Altamira S.A. (“Línea 10”) (conjuntamente, las “Líneas” o las “Requeridas”).

1.1. La FNE solicitó al Tribunal declarar que las Requeridas han infringido el artículo 3° inciso primero y segundo letra a) del Decreto Ley N° 211 (“D.L. N° 211”), al haber celebrado y ejecutado un acuerdo para limitar la producción en el mercado de transporte público urbano de pasajeros en las comunas de Temuco y Padre Las Casas, entre los años 2003 y 2017. La conducta se habría ejecutado estableciendo la obligación recíproca de limitar la cantidad máxima de buses y taxibuses (“buses”) de sus flotas, lo que habría restringido, impedido o entorpecido la competencia en el mercado referido. La Fiscalía solicita, adicionalmente, ordenar la prohibición de ejecutar la conducta a futuro; condenar a las Requeridas al pago de multas entre 50 a 220 Unidades Tributarias Anuales (“U.T.A.”), dependiendo de la Línea; ordenar a las Líneas elaborar e implementar un manual interno que desincentive toda conducta contraria a la competencia; y condenar en costas a las Requeridas.

1.2. La FNE señala que tomó conocimiento de los hechos el 4 de septiembre de 2013, con ocasión de una denuncia particular, la que dio lugar a la Investigación Reservada Rol FNE N° 2224-13. La Fiscalía acusa que, en 2003, las Líneas decidieron adoptar acciones conjuntas para impedir un “crecimiento irracional” del

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

parque de buses. Las Líneas habrían suscrito un protocolo de acuerdo mediante escritura pública de 17 de febrero de 2003 (“Primer Protocolo”), en el que habrían convenido congelar el parque y la dotación de buses por cinco años. Las Requeridas habrían utilizado como base para el congelamiento, la dotación de buses inscritos al 31 de diciembre de 2002, en el registro de la Secretaría Regional Ministerial de Transportes y Telecomunicaciones de la Región de la Araucanía (“Seremitt IX Región”) (“Registro”).

1.3. Asimismo, el Primer Protocolo habría fijado la cantidad de buses que cada Línea podría incorporar en los años siguientes, en forma gradual y acumulativa, esto es, un máximo de nueve buses durante la vigencia del Primer Protocolo –dos por año, pudiendo agregar aquellos que no hubiera incorporado un año determinado–. Las Requeridas también se habrían obligado a no compartir terminales ni constituir sociedades con eventuales entrantes interesados.

1.4. La FNE sostiene que las Líneas habrían dado continuidad al Primer Protocolo mediante un instrumento privado cuyas firmas fueron autorizadas ante notario, el 26 de febrero de 2008 (“Segundo Protocolo”). Este acuerdo habría mantenido el contenido del Primer Protocolo y congelado el parque por cinco años más, hasta el 31 de diciembre de 2012, indicando la cantidad máxima de buses que cada Línea podía tener.

1.5. La Fiscalía indica que el año 2012, la Línea 9 habría inscrito en el Registro un bus más de lo permitido. Ello habría generado conflictos con algunas Líneas, lo que habría sido consignado por la Línea 9 en un acta de sesión de directorio, a propósito de una reunión de presidentes de las Líneas en que se mencionó la voluntad de éstas de hacer cumplir el acuerdo, bajo la amenaza de desatar una guerra de precios.

1.6. Luego, las Requeridas habrían suscrito un Tercer Protocolo el 27 de diciembre de 2012, mediante escritura pública (“Tercer Protocolo”, en conjunto con el Primer y Segundo Protocolo, los “Protocolos”). La Fiscalía sostiene que este Tercer Protocolo habría estabilizado el cartel, permitiendo que las Líneas –con excepción de la Línea 9– pudieran aumentar su flota en un bus extra. El Tercer Protocolo también habría establecido una vigencia de cinco años, hasta el 31 de diciembre de 2017. Dicho plazo se podría adelantar en caso de que la Seremitt IX Región determinara la flota necesaria para cada Línea.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

1.7. La FNE considera que el carácter público del Registro habría sido un elemento facilitador del acuerdo, al permitir el monitoreo de su cumplimiento a bajo costo. Agrega que el acuerdo se habría ejecutado de forma ininterrumpida entre 2003 y 2017, logrando afectar el mercado relevante, pues se habría limitado la frecuencia, lo que habría (i) generado mayores tiempos de espera; (ii) tendido a afectar la competencia en precios entre las Requeridas; y (iii) restringido la posibilidad de que las Líneas ofrecieran nuevos recorridos dentro de la ciudad.

1.8. La Fiscalía señala que la industria del transporte público de pasajeros en las comunas de Temuco y Padre Las Casas se compone de locomoción colectiva mayor, menor e individual, y es regulada por el Decreto Supremo N° 212 de 1992, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones (“D.S. N° 212”). La locomoción colectiva mayor estaría conformada por las Requeridas, quienes compiten en tarifas, calidad y frecuencia.

1.9. La FNE agrega que, por Resolución Exenta 18/2000, la Seremitt IX Región estableció una frecuencia mínima de diez vehículos por hora para los buses urbanos durante los horarios punta de la mañana en días hábiles, arriba de la cual las Líneas podrían competir libremente. Asimismo, indica que el transporte público urbano de pasajeros en Temuco y Padre Las Casas no ha sido objeto de perímetro de exclusión ni de licitación para el uso de vías, de modo que, a través de la conducta imputada, las Líneas pretendieron limitar el parque de buses ilícitamente, cuestión que sólo podría competir a la autoridad sectorial. La FNE menciona que un 74% de los viajes realizados en Temuco y Padre Las Casas por medio de transporte público se realizan en locomoción colectiva mayor.

1.10. Con respecto al mercado relevante, la Fiscalía sostiene que la conducta incide en el servicio de transporte público urbano de pasajeros en las comunas de Temuco y Padre Las Casas prestado mediante buses y taxis colectivos; excluyendo así a los taxis básicos. Ahora bien, la FNE agrega que buses y taxis colectivos son sustitutos imperfectos debido a la diferencia de demanda y a la organización de los recorridos y tarifas. En este sentido, señala que existen antecedentes acerca de la incapacidad de los taxis colectivos de disciplinar el comportamiento de los buses en este mercado, y que, por el contrario, los servicios prestados por las diez Requeridas presentarían un relevante grado de sustitución. En relación con el mercado relevante geográfico, la FNE lo define como la conurbación Temuco-Padre Las Casas.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

1.11. Para calcular participaciones de mercado, la Fiscalía utiliza la base de datos de viajes diarios según medio de transporte proporcionados por la Encuesta Origen Destino de 2013, según la cual el transporte en bus representaría un 77,4% de los viajes, mientras que los taxis colectivos representarían el 22,6%.

1.12. Respecto a las condiciones de entrada, la FNE reconoce las siguientes: la imposibilidad de ingreso de taxis colectivos debido a la normativa sectorial; la exigencia de una flota mínima para cumplir con los requisitos de frecuencia; y contar con un terminal de buses. Adicionalmente, existirían barreras derivadas de un comportamiento estratégico de las Líneas, las que habrían establecido una limitación a compartir terminales con entrantes en los Protocolos.

1.13. La Fiscalía concluye que los hechos descritos configuran una conducta contraria a la libre competencia al tenor de lo establecido en los incisos primero y segundo letra a) del artículo 3° del D.L. N° 211, atendido que se habrían configurado los siguientes elementos: (i) se trataría de un acuerdo que involucra competidores; (ii) existiría una confluencia de voluntades para afectar una variable competitiva, esto es, limitar la producción, por medio de la restricción de la capacidad de cada Línea, para ofrecer servicios de transporte público urbano de pasajeros en las ciudades de Temuco y Padre Las Casas.

1.14. Agrega la FNE que, si bien la nueva redacción del artículo 3° letra a) del D.L. N° 211 no exige que los acuerdos que consistan en limitar la producción confieran poder de mercado a los infractores, este elemento sí concurre en el presente caso, toda vez que involucra a la totalidad de las líneas de buses participantes en el mercado relevante.

1.15. En relación con lo anterior, señala que esta infracción debe ser sancionada atendiendo la gravedad de la conducta, su duración, el alcance del daño provocado, el efecto disuasorio de la multa, la capacidad operativa de cada Línea y su permanencia en el cartel.

1.16. En mérito de lo descrito, la FNE solicita que:

1.16.1. Se declare que las Requeridas han infringido el artículo 3° del D.L. N° 211, incisos primero y segundo letra a).

1.16.2. Se prohíba a las Requeridas ejecutar la conducta imputada en el futuro, ya sea directa o indirectamente, bajo apercibimiento de ser consideradas reincidentes;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

1.16.3. Se impongan las siguientes multas: 220 U.T.A. a Línea 1; 180 U.T.A. a Línea 2; 220 U.T.A. a Línea 3; 130 U.T.A. a Transportes Santa Rosa Ltda. y 50 U.T.A. a Sociedad de Transportes Ñielol Ltda, por su operación de la Línea 4; 200 U.T.A. a Línea 5; 200 U.T.A. a Línea 6; 70 U.T.A. a Línea 7; 220 U.T.A. a Línea 8; 200 U.T.A. a Línea 9; y 180 U.T.A. a Línea 10;

1.16.4. Se ordene a las Requeridas elaborar e implementar un manual o código interno por medio del cual se adoptarán medidas tendientes a desincentivar toda conducta que pueda considerarse contraria a la libre competencia en el mercado de transporte de pasajeros y evitar contactos indebidos con competidores; y,

1.16.5. Se condene a las Requeridas al pago de las costas.

II. CONTESTACIÓN REQUERIMIENTO DE LÍNEAS 1 Y 2

2. A fojas 426, las Líneas 1 y 2 contestaron el Requerimiento, solicitando su total rechazo, con costas; o, en subsidio, que se apliquen sanciones menos gravosas.

2.1. Exponen que el transporte público de pasajeros se encuentra regulado en el D.S. N° 212, que, en su artículo 6° letra a), define el transporte público urbano como aquel que se presta al interior de las ciudades o de conglomerados de ciudades cuyos entornos urbanos se han unido. A su vez, en su artículo 7°, define el servicio de locomoción colectiva como aquel que se presta con buses, trolebuses, minibuses y automóviles de alquiler en la modalidad de taxi colectivo.

2.2. Las Líneas 1 y 2 señalan que los usuarios del servicio de transporte de pasajeros son especialmente sensibles a la variable tiempo, probablemente incluso más que al precio. Este tipo de servicio generaría externalidades derivadas del uso de la infraestructura, en particular, un incremento de la congestión vehicular –que derivaría en aumento en los tiempos de espera y traslado– y un aumento de los niveles de contaminación.

2.3. En relación con la locomoción colectiva mayor de la ciudad de Temuco, mencionan que los dueños de buses, suelen agruparse por medio de la creación de sociedades, principalmente anónimas, y, en menor medida, a través de asociaciones gremiales. Si bien estas entidades serían conocidas como “líneas”, serían los propios socios quienes concurrirían directamente como oferentes, con

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

sus propios buses, sin que la línea intermedie. Estas entidades surgirían para centralizar la relación entre las respectivas Secretarías Regionales Ministeriales de Transporte y Telecomunicaciones y los dueños de buses; y permitirían alcanzar economías de escala en la prestación de servicios administrativos. Así, según exponen las Líneas 1 y 2, el objetivo de las líneas sería apoyar el giro de los dueños de buses.

2.4. Respecto a las razones para la suscripción de los Protocolos, señalan que el gremio de la locomoción colectiva mayor requería hacerse cargo de las externalidades del servicio. Para ello, en 2002, el Ministerio de Planificación y Cooperación habría encargado un estudio denominado “Análisis y Seguimiento de Planes Estratégicos de Temuco, Valdivia y Osorno (Temuco IV Etapa) Orden de Trabajo N° 3 Informe Ejecutivo”, elaborado por SECTRA y CIS Asociados Consultores en Transporte S.A. (“Estudio Sectra”).

2.5. El Estudio Sectra habría concluido que en Temuco existía un exceso de oferta de locomoción colectiva, baja velocidad de recorridos, subutilización de la capacidad del transporte público disponible y aumento innecesario de niveles de congestión y contaminación.

2.6. En razón del Estudio Sectra, las Requeridas habrían celebrado el Primer Protocolo, que habría sido respaldado por las autoridades. Así, por ejemplo, ambas Líneas citan el Ordinario N° 864 de 2003 de la Intendencia de la Región de la Araucanía, que señala que la iniciativa *“tiene fundamentos plausibles que beneficiarán directamente a la comunidad en el sentido de descongestionar las principales arterias de las comunas y, de este modo, disminuir considerablemente los índices de contaminación que, principalmente, afectan a la comuna de Temuco”* (f. 438).

2.7. A su vez, señalan que no se presentarían los presupuestos objetivos del tipo de colusión del artículo 3° letra a) del D.L. N° 211, pues los Protocolos no contendrían acuerdos para limitar la producción, por el contrario, habrían consistido en limitar la dotación de buses del Gran Temuco. Sostienen que la cantidad producida no consiste en buses en sí, sino que éstos son sólo activos fijos e insumos necesarios para prestar el servicio de transporte. La producción se materializaría, en cambio, en los recorridos o frecuencia del servicio.

2.8. Por tal razón, la FNE se confundiría respecto al tratamiento que debe aplicar a un acuerdo que versa sobre las variables más sensibles de competencia, en

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

contraposición a aquellas convenciones que versan sobre elementos que cumplen funciones distintas en el proceso productivo, como es el caso de la cantidad de máquinas que componen la flota de cada Requerida. Con esto, la Fiscalía pretendería ampliar la aplicación de ilícitos *per se* a acuerdos sobre otro tipo de factores, extendiendo desmesuradamente el alcance del ilícito de colusión.

2.9. Así, los Protocolos carecerían de idoneidad para impedir, restringir o entorpecer la libre competencia, o tender a producir dichos efectos, por cuanto ninguno de ellos contendría estipulaciones directas sobre las variables singularizadas en el artículo 3° letra a) del D.L. N° 211. Alegan, además, que no es posible aplicar la regla *per se*, por cuanto todos los Protocolos fueron suscritos antes de la publicación de la Ley N° 20.945.

2.10. Las Líneas 1 y 2 consideran que existiría una contradicción entre sus aseveraciones y la teoría económica en materia de transportes, ya que la economía especializada consideraría de forma positiva la disminución del parque de buses, lo que podría redundar en un incremento en la tasa de ocupación de las máquinas.

2.11. Con respecto a la definición de mercado relevante, las Líneas 1 y 2 consideran que la locomoción colectiva mayor y menor serían sustitutos más cercanos que en otras ciudades. En efecto, en Temuco, la locomoción colectiva menor presenta menores tiempos de traslado, por lo que los usuarios tendrían mayores incentivos para abordar un taxi colectivo que un bus, aumentando su disposición para incurrir en un sobrecosto.

2.12. Por otra parte, las Líneas 1 y 2 argumentan que no es claro que sin los Protocolos habría una mayor frecuencia y nuevos recorridos, pues la autoridad ha restringido la oferta de locomoción colectiva al prohibir la circulación de vehículos en ciertas condiciones, con el fin de abordar problemas de congestión en Temuco, a través de la Resolución Exenta N° 1287 de 2010 de la Seremitt IX Región. Adicionalmente, señalan que se aplicó la medida de restricción vehicular desde el año 2008. En razón de estas dos medidas, las Líneas 1 y 2 tendrían máquinas detenidas todos los días del año, por lo que nunca utilizarían el máximo de su flota. Así, a su entender, sería posible que, de aumentar la frecuencia de buses, esto se vería “neteado” por las medidas que adoptaría la autoridad para disminuir la congestión vehicular.

2.13. A su vez, la falta de choferes sería problemática, lo que sumado a las máquinas *en panne* o mantención, generaría que alrededor de un 15% de éstas no

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

se encuentren operativas. Argumentan que, incluso con posterioridad a la presentación del Requerimiento, la Seremitt IX Región manifestó que no habría un problema de falta de buses en Temuco y Padre Las Casas y que, tras la suscripción de los Protocolos, los recorridos se habrían extendido.

2.14. Ambas Líneas sostienen que no concurre el elemento subjetivo de la colusión, que tendría un elemento cognitivo y otro volitivo, por lo que debe existir el propósito de ejercer abusivamente un poder de mercado. Por el contrario, los Protocolos habrían sido avalados y promovidos por diversas autoridades e impulsados por la necesidad de abordar la alta congestión y la contaminación.

2.15. Continúan las Líneas 1 y 2 mencionando que no se configuraría la participación de las Requeridas en la forma que lo ha sostenido la FNE. Ello, por cuanto las Líneas no serían competidoras en el mercado relevante del producto, pues no serían éstas las oferentes en el servicio de transporte público urbano de pasajeros. La existencia de las Líneas sólo se explicaría como una manera de modificar, hacer más eficiente y darle formalidad a la relación entre la autoridad y los empresarios del transporte, quienes prestan directamente el servicio, por lo que las Líneas no pueden ser consideradas partícipes directas de la conducta.

2.16. Al respecto, cada empresario cobraría directamente el precio por el pasaje al público, tendría sus propias máquinas –al menos en el caso de Líneas 1 y 2–, llevaría su propia contabilidad y contrataría directamente a los conductores de buses. Por lo demás, las Líneas cobrarían a los dueños de los buses una cantidad fija mensual por cada máquina, con independencia de la cantidad de viajes, por lo que no tendrían ningún incentivo para restringir la cantidad de buses.

2.17. A continuación, alegan que existiría un error de prohibición que las exoneraría de responsabilidad, toda vez que la suscripción de los Protocolos se habría llevado a cabo en un contexto en que la autoridad y la ciudadanía ejercieron presión sobre la locomoción colectiva y que las actividades de promoción de libre competencia eran escasísimas.

2.18. Finalmente, las Líneas 1 y 2 alegan excepción de prescripción extintiva, pues los Protocolos se habrían suscrito bastante antes de que la FNE notificara el Requerimiento. A su parecer, el plazo de prescripción debe computarse desde la fecha de ejecución de la conducta y no desde que cesan en el mercado los supuestos efectos anticompetitivos atribuibles a ella. Respecto del Primer Protocolo, señalan que éste fue celebrado con anterioridad a la publicación de la Ley N°

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

19.911, debiendo aplicarse la norma residual de prescripción para faltas o, en el peor de los casos, cinco años correspondientes a la prescripción de los simples delitos, de modo que la acción se encontraría prescrita. Adicionalmente, si se estimara que el plazo de prescripción sólo comienza a computarse una vez que cesan los efectos de la conducta en el mercado, la acción también se encontraría prescrita, pues el Segundo Protocolo se celebró el 26 de febrero de 2008.

2.19. En relación con el Segundo Protocolo, indican que también se encuentra prescrito pues, si bien estaba vigente la Ley N° 19.911, aún no se publicaba la Ley N° 20.361, por lo que no podría aplicarse la regla de prescripción de cinco años, sino de dos, contados desde la fecha de celebración de dicho protocolo o, a lo más, desde la celebración del Tercer Protocolo, el 27 de diciembre de 2012.

2.20. Respecto del Tercer Protocolo, señalan que también se encuentra prescrito pues se encontraba en vigencia la Ley N° 20.361 y, atendido que no se trataría de una conducta comprendida en el artículo 3° letra a) del D.L. N° 211, el plazo de prescripción sería de tres años desde la fecha de celebración de este Protocolo. En subsidio, solicitan que, de estimarse que las conductas sí corresponden a la descripción típica del artículo 3° letra a) del D.L. N° 211 y que debiera aplicarse la regla de prescripción de cinco años contados desde que cesan los efectos de la conducta, se decrete al menos la prescripción parcial, declarándose extinguida la acción correspondiente al Primer y Segundo Protocolo, subsistiendo únicamente aquella referida sólo al Tercer Protocolo.

2.21. Finalmente, como alegación subsidiaria, las Líneas 1 y 2 solicitan la aplicación de multas menos gravosas: en primer lugar, debido a que no han tenido beneficio económico como consecuencia de la celebración de los Protocolos, toda vez que la mensualidad recibida por las Líneas proviene de la cantidad de buses que tengan los empresarios que se sirven de sus instalaciones. En segundo lugar, señalan que debe atenderse a su calificación alternativa, distinta de la colusión. En tercer lugar, que debiera atenderse al carácter público y no subrepticio de los Protocolos. Y, finalmente, debido a la ausencia de efectos; la irreprochable conducta anterior; la colaboración prestada durante la investigación de la FNE; la capacidad económica de ambas Líneas; la participación de la autoridad y la alegación subsidiaria de error de prohibición; la prescripción, a lo menos parcial; y la falta de proporcionalidad en las multas solicitadas por la Fiscalía.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

III. CONTESTACIÓN REQUERIMIENTO DE LÍNEA 3

3. A fojas 176, la Línea 3 contestó el Requerimiento solicitando que se le absuelva de la imputación de la Fiscalía y, en subsidio, se aminore su responsabilidad.

3.1. Indica que es efectivo que celebraron tres Protocolos con las demás empresas de transporte público de pasajeros de Temuco y Padre Las Casas, en los que se acordó congelar el actual parque y dotación de buses que se encontraban operando en dichas comunas. Sostiene que, en los mismos Protocolos se establecieron fórmulas de resolución de conflictos y que serían presentados a las autoridades administrativas de transporte público de la región. Así, sostiene que sería innegable que los Protocolos se suscribieron en el contexto de la preocupación que manifestaba la autoridad administrativa del transporte público del momento, en torno a la competencia de los distintos recorridos, la seguridad de los pasajeros y la optimización de la oferta de transporte hacia los usuarios.

3.2. Agrega que ninguna Línea tiene orígenes/destinos similares a la Línea 3, por lo que ésta sería un competidor más bien relativo de las otras Líneas. Destaca que nunca ha dejado de cumplir con la frecuencia exigida y que la Línea 3 se encontraría conformada por 113 máquinas y 60 prestadores de servicios, con una a tres máquinas cada uno.

3.3. Relata que, durante la década de 1990, la Seremitt IX Región exigió a las sociedades que administrarían los distintos recorridos que informaran quiénes son los propietarios de las máquinas que conformaban la respectiva flota de buses. Asimismo, se impuso la obligación de cumplir con las condiciones de Convergencia y Divergencia, a efectos de contar con la flota necesaria señalada en el artículo 12 *bis* del D.S. N° 212. De este modo, no se impediría la entrada de nuevos oferentes, pero éstos deberían respetar las exigencias de frecuencia y operatividad. Asimismo, agrega que cualquier empresario dueño de una máquina puede cubrir cualquier recorrido, bastando su inscripción en éste.

3.4. La Línea 3 menciona que el Primer Protocolo fue presentado ante la Comisión de Transporte de la Cámara de Diputados el 25 de julio de 2003. Agrega que, en la misma fecha, la Intendencia de la Región de la Araucanía habría enviado a la Asociación Gremial de Dueños de Buses Urbanos de Temuco el Oficio Ordinario N° 864, en el que se habría indicado que *“esta Autoridad ha analizado los antecedentes en virtud de los cuales se gesta esta iniciativa, que por cierto, tiene*

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

fundamentos plausibles que beneficiarán directamente a la comunidad en el sentido de descongestionar las principales arterias de las comunas y, de este modo, disminuir considerablemente los índices de contaminación que, principalmente, afectan a la comuna de Temuco. (...) esta Autoridad es de opinión de apoyar la iniciativa” (fs. 180). A su vez, también en la misma fecha, la Seremitt IX Región habría enviado a la misma Asociación Gremial el Oficio Ordinario N° 1378, en el que se señalaría que *“los acuerdos consensuados irán en directo beneficio de las comuna involucradas”* (fs. 181).

3.5. Atendidas estas comunicaciones, la Línea 3 expone haber incurrido en un error de tipo o de prohibición, lo que constituiría una circunstancia de exención o atenuación de responsabilidad. Señala que existiría una evidente relación entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador y que es posible distinguir entre ambos tipos de errores. El primero se referiría a una circunstancia que pertenece al tipo legal, mientras que el segundo se vincula con la antijuridicidad, es decir, la prohibición jurídica del hecho.

3.6. En efecto, si bien la Línea reconoce la existencia de un acuerdo que afecta variables de competencia como la oferta de la flota de buses, considera que la eventual responsabilidad debe analizarse sobre la base de quien tiene capacidad para comprender la antijuridicidad de su actuar y adecuar su comportamiento a las disposiciones legales. Según expone la Línea 3, este sería un elemento subjetivo que no se observaría para ninguna de las Requeridas.

3.7. Alega que esto se constataría en que, si una o más empresas pretendieran desobedecer normas que afectan factores de competencia, no lo harían mediante un documento firmado ante Notario Público, llevándolo a las altas esferas del poder legislativo ni a las máximas autoridades de la Región de la Araucanía. En conclusión, la Línea 3 podría haber incurrido en un error de tipo –por no haber sabido que el acto era ilícito– o de prohibición –al creer, erróneamente, que la conducta estaba permitida. Arguye que esto se explicaría en que sus representados son personas de tercera edad, sin mayor conocimiento de las normas y que la asesoría que habrían recibido no sería la mejor.

3.8. Agrega como circunstancias atenuantes de responsabilidad la irreprochable conducta anterior y la colaboración eficaz para el esclarecimiento de los hechos, lo que incluiría la confección de un manual de prevención orientado a evitar incurrir nuevamente en estas conductas.

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

IV. CONTESTACIÓN REQUERIMIENTO DE LÍNEA 4

4. A fojas 103, la Línea 4 contestó el Requerimiento, solicitando su rechazo, pues no se configuraría una conducta que atente contra la libre competencia.

4.1. Acorde a la Línea 4, los Protocolos, si bien existieron, no configurarían conductas anticompetitivas, ya que no habrían tenido por fin impedir el ingreso de otras empresas, por cuanto sólo obligarían a las sociedades comparecientes. El Primer Protocolo habría tenido por objetivo autolimitarse, estableciendo excepciones para permitir el ingreso de nuevas máquinas de buses. La razón de los Protocolos habría sido la inminente e incómoda congestión en el mercado.

4.2. Agrega que los Protocolos establecen que dichos acuerdos en manera alguna habrían de impedir que ingrese otro actor al mercado; y que tales acuerdos se habrían puesto en conocimiento de la autoridad del ramo, quien no los rechazó, pues habría entendido que se ajustaban a derecho. Por lo anterior, el Primer Protocolo no limitaría la producción del servicio ni habría excluido a actuales o potenciales competidores. El Segundo y Tercer Protocolo habrían mantenido las obligaciones existentes al interior del gremio, sin afectar el ingreso de terceros.

4.3. La Línea 4 menciona que la Seremitt IX Región dispuso, hace ya diez años la restricción de dos dígitos a la semana para el transporte urbano de pasajeros de Temuco y Padre Las Casas, debido a la considerable congestión en el centro de Temuco, donde confluyen todas las Líneas. Así, de los 54 buses de Línea 4, entre 15 y 16 están sujetos a restricción diariamente. Con todo, la Línea 4 daría cumplimiento a la obligación de frecuencia impuesta por la autoridad.

4.4. En relación con las tarifas de transporte público, la Línea 4 señala que desde hace cinco años éstas fueron fijadas por la autoridad y no se han incrementado los valores. Por dicha razón, las Requeridas no habrían acordado subir unilateralmente los precios de los pasajes, por lo que no se habría afectado a los usuarios. De tal modo, la Línea 4 no habría vulnerado ninguna norma de libre competencia.

4.5. Menciona que, en 2015, la Asociación de Consumidores y Usuarios del Sur realizó un estudio en que se concluyó que el 89,9% de los encuestados señalaba que podía tomar locomoción y llegar cerca de sus destinos más frecuentes. Asimismo, dicha encuesta mostraría el grado de satisfacción de los usuarios, lo que no se condeciría con el Requerimiento de la FNE.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

4.6. Concluye señalando que, si existiera un grado de irresponsabilidad en la celebración de los Protocolos, la multa debiera corresponder a un mínimo legal, pues no ha existido mala intención ni voluntad de afectar el mercado, de modo que no se configurarían los elementos materiales ni volitivos para dar lugar a una sanción.

V. CONTESTACIÓN REQUERIMIENTO DE LÍNEA 5

5. A fojas 196, la Línea 5 contestó el Requerimiento solicitando que éste sea rechazado con expresa condena en costas y, en subsidio, en caso de que el Tribunal considere que los Protocolos sí recaen sobre una variable competitiva y que deben ser juzgados conforme con una regla *per se*, que se rechace parcialmente por todo el período en que no hubiera estado en vigencia la Ley N° 20.945. En subsidio de lo anterior, solicita que, en caso de que el Tribunal considere que los hechos que se acrediten son constitutivos de una infracción a la libre competencia, se atenúe la multa a Línea 5 que fue solicitada por la FNE.

5.1. Al respecto, señala que el presente no sería un caso de colusión y que existirían claras diferencias con otros acuerdos horizontales entre empresas activas en el transporte terrestre de pasajeros que han sido condenadas. Para ello, presenta una síntesis de las Sentencias N° 82, 94, 102, 116, 133, 136, 137 y 141 de este Tribunal.

5.2. Señala que las diferencias con la Sentencia N° 82 radican en que en tal caso habría habido un reparto de mercado, mientras que en el actual Requerimiento cada Línea es libre de fijar la malla de recorrido que estime conveniente. Asimismo, en dicho caso se habría sancionado por excluir competidores, mientras que los Protocolos obligarían expresamente a las Líneas comparecientes a no impedir la realización de un servicio urbano de transporte por otros prestadores interesados.

5.3. En cuanto a la Sentencia N° 94, ésta menciona que tal caso sería distinto, pues el mismo incluía a las líneas de buses y taxicolectivos, se acordó un aumento de tarifa, se congeló el parque acordando reparto de cuotas de mercado y se limitó a las empresas para ofrecer nuevos servicios o variación de recorridos. A su parecer, por tanto, sería un exceso que la Fiscalía pretenda que ambos casos sean similares.

5.4. Respecto a la Sentencia N° 102, señala que ésta sanciona un acuerdo que tuvo por finalidad excluir a un competidor, al cobrar tarifas bajo sus costos, cuestión que no se vería en el presente caso. En relación con las Sentencias N° 116 y 133,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

éstas habrían sancionado acuerdos de tarifas y frecuencias de ingresos y salidas de buses, materias que no serían tratadas en los Protocolos. A su vez, la Línea 5 indica que la Sentencia N° 136 también sancionaría un acuerdo distinto del de autos, por cuanto en dicho caso la FNE no habría contado con prueba directa, por lo que debía determinarse si el alza de precios respondía a un comportamiento paralelo o a uno coordinado o concertado, cuestión que se habría tenido por acreditada sólo para un día en específico, por lo que recaería sobre una circunstancia distinta. Agrega que, en las Sentencias N° 137 y 141, se habrían sancionado acuerdos que fijaban tarifas para la venta de pasajes.

5.5. Así, concluye que la totalidad de los casos citados dicen relación con acuerdos de precios o de frecuencias, los que, por su propia naturaleza, serían contrarios a la competencia, por lo que bastaba acreditar la participación de mercado de las empresas que los suscribían, para determinar si, además, tenían la aptitud objetiva de afectar, o no, la competencia. En el caso de autos, por el contrario, el acuerdo habría tenido por fin congelar de manera parcial la flota de buses de la ciudad de Temuco, lo que no equivaldría a un acuerdo de limitación de producción, por lo que la Fiscalía debiera acreditar que se cumplen todos los requisitos para que esta conducta pueda ser sancionada bajo el artículo 3° letra a) del D.L. N° 211, es decir, que el acuerdo incide en un elemento de la competencia y que tiene la aptitud objetiva de afectarla.

5.6. La Línea 5 continúa analizando la industria del transporte público urbano de pasajeros. Señala que, en 1992, se publicó el D.S. N° 212, en el contexto de la desregulación del transporte en Chile. Agrega que en este mercado no operaría el tradicional supuesto que, a mayor oferta, menor precio, atendida la existencia de una externalidad fundamental en el uso de las vías públicas, las que en caso de estar saturadas no permitirían al mercado asignar eficientemente los recursos. Esta externalidad provendría de la liberalización del transporte público, por lo que se tendría que renunciar a la idea de obtener un escenario *primer mejor* de acuerdo con el Teorema de Pareto. Por el contrario, se trataría de una política pública que implica que este mercado estaría en una situación de *segundo mejor*, sin ser posible utilizar las definiciones microeconómicas tradicionales para lograr una mayor eficiencia.

5.7. A juicio de la Línea 5, el exceso de utilización de las calles de Temuco habría dado lugar a la búsqueda de medidas regulatorias que limitaran el ingreso de nuevos operadores. La autoridad sectorial sólo podría haber impuesto restricción

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

vehicular, pero, conforme con el artículo 12 del D.S. N° 212 no tendría facultades para imponer una limitación a la flota de buses. Debido a esto, la Seremitt IX Región habría instado a los actores del mercado para que se autorregularan y establecieran el número máximo de buses que cada Línea podría tener, lo cual habría dado lugar a los Protocolos.

5.8. De este modo, conforme expone la Línea 5, los Protocolos constituirían acuerdos de cooperación entre competidores, en colaboración con la autoridad, destinados a autorregularse para colaborar con solucionar las externalidades negativas del mercado, esto es, la congestión y la contaminación. Así, los Protocolos no habrían incidido en una variable competitiva ni habrían tenido un objeto o efecto anticompetitivo.

5.9. Menciona que no todos los acuerdos entre competidores son necesariamente anticompetitivos, pues existirían aquellos que tienen por objeto promover modos más eficientes de organización, es decir, que tienen fines legítimos y socialmente beneficiosos (*ancillary restraints*). Para cumplir con estos fines y colaborar con la autoridad, las Líneas habrían desplegado sus mejores esfuerzos y habrían contratado la redacción del Primer Protocolo a un destacado abogado de Temuco; habrían comparecido las diez Líneas y tres asociaciones gremiales a las que las Líneas se encontraban asociadas; y se habría acordado presentar el Protocolo a la Seremitt IX Región y solicitar su homologación ante el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones. Esto daría cuenta de que las Líneas habrían tenido la convicción de que lo que estaban celebrando no era un acuerdo anticompetitivo, sino uno de colaboración para luchar contra la congestión y la contaminación, lo que habría sido reconocido también por la Seremitt IX Región, en el Oficio Ordinario N° 1378 de 2003 y por la Intendencia de la Región de la Araucanía, en el Oficio Ordinario N° 864 de 2003. Asimismo, el 25 de julio de 2003, los presidentes de las tres asociaciones gremiales señaladas le habrían enviado una carta al Diputado Sr. Patricio Hales Dib, Presidente de la Comisión de Obras Públicas, Transportes y Telecomunicaciones de la Cámara de Diputados, en que señalaron, entre otros, que el Protocolo era una medida que mejoraría la calidad del servicio.

5.10. Posteriormente, la Línea 5 señala que los Protocolos no habrían recaído en ninguna variable competitiva del mercado, lo que, según establecería la jurisprudencia del Tribunal incluiría precios, cantidades o repartos de mercado. Por tal razón, la Línea 5 considera que los Protocolos no dan cuenta de un acuerdo de limitación de la producción y que la Fiscalía no explicaría cuál es el nexo causal que

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

conecta los Protocolos con las variables en las cuales las Líneas competirían: tarifas, calidad del servicio ofrecido y frecuencia de los buses.

5.11. Explica que, en el mercado de transporte público urbano de pasajeros, el elemento de competencia más relevante es la frecuencia. Por tanto, para analizar la conducta, se debiera determinar si es que una limitación en la cantidad máxima de buses que una empresa puede tener tiene capacidad de influir en la frecuencia y, de tal modo, configurarse como una variable competitiva. Ello estaría determinado por la capacidad de cada Línea para cumplir con un óptimo de frecuencias. Respecto de la Línea 5, la limitación establecida no incidiría en la frecuencia, pues, al momento de congelar, habría tenido una flota superior al óptimo social, de modo que durante todo el período objeto del Requerimiento, nunca estuvieron todos los buses realizando su recorrido al mismo tiempo. Así, por ejemplo, señala que, considerando la duración de cada recorrido y los horarios del servicio, cada taxibus podría realizar hasta once vueltas completas a su recorrido en una jornada, pero lo normal es que cada taxibus de la Línea 5 realice sólo cinco vueltas.

5.12. Asimismo, indica que durante el periodo que cubre el Requerimiento, todos los recorridos de la Línea 5 se habrían extendido, manteniendo frecuencia y número de salidas. Por el contrario, posterior al término de vigencia de los Protocolos, los tiempos de espera entre una salida y otra de los buses aumentó. Ello demostraría que el total número de buses que tenía la Línea 5 durante la vigencia de los Protocolos era superior al óptimo, por lo que era necesario autorregular sus salidas, para hacerlas eficientes. Ello se vería reforzado por los escasos reclamos presentados ante la Seremitt IX Región referidos a problemas de frecuencia.

5.13. Luego, la Línea 5 expone que ésta siempre ha mantenido una política autónoma e independiente respecto a la determinación de las tres variables competitivas referidas (tarifas, frecuencias y mallas de recorridos), lo que podría constatarse en las distintas Actas de Sesiones de Directorio. En relación con la definición de las mallas de recorrido, agrega que la Seremitt IX Región también participa, tanto en el proceso de propuesta como en la aprobación de las mismas.

5.14. Continúa la Línea 5 señalando que los Protocolos no tienen la aptitud de afectar la libre competencia, requisito que siempre habría requerido este Tribunal previo a la entrada en vigencia de la Ley N° 20.945. Ahora bien, sin perjuicio de la nueva redacción del artículo 3° del D.L. N° 211, la Línea 5 considera que el acuerdo imputado no podría ser calificado como *hard core cartel*, por lo que no correspondería sancionarlo sin analizar primero si tiene la aptitud objetiva para

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

afectar la libre competencia o no. En otras palabras, no correspondería analizarlo bajo la regla *per se*, por cuanto no todas las restricciones de capacidad entre competidores son en sí mismas anticompetitivas y sólo lo serían si sirven como política para subir los precios.

5.15. Al respecto, concluye que, *“en aquellos casos en que el acuerdo entre competidores para la limitación de producción va acompañado de otras prácticas anticompetitivas que razonablemente terminarán incidiendo en el precio, existirán buenas razones para analizar ese caso bajo una regla estricta como lo es la per se o la restricción por objeto. Sin embargo, cuando la limitación no va acompañada de ninguna otra restricción y tiene lugar en un mercado en que la capacidad no influye directamente en los precios, esas buenas razones desaparecen y, entonces, en lugar de realizar un reproche apriorístico respecto del acuerdo de limitación, se debiese analizar el mismo bajo una regla de la razón o que considere los efectos globales del acuerdo”* (fs. 229 vuelta). Por tanto, la Línea 5 estima que, si este Tribunal considerara que los Protocolos sí inciden en una variable competitiva, entonces correspondería analizar si tiene la aptitud para afectar la libre competencia, desde la suscripción del Primer Protocolo hasta el término de la conducta, el 31 de diciembre de 2017.

5.16. En tal caso, conforme expone la Línea 5 en su contestación, los Protocolos no tendrían dicha aptitud. Al respecto, critica el razonamiento de la Fiscalía relativo a que, si el congelamiento del parque de buses fue acordado por todos los oferentes, entonces la medida tendría la aptitud para afectar la libre competencia. La Línea 5 señala que esto no ocurriría en el mercado de transporte público urbano, ya que no se aplicarían los supuestos tradicionales de la microeconomía, sino los de un caso de *second best*. En otras palabras, el análisis de la FNE supondría considerar que el incremento de buses aumentaría la posibilidad de que las personas tengan que esperar menos tiempo, pero eso no sería cierto, pues una vez que un operador tiene más buses que su óptimo, lo que determinaría el tiempo de espera sería la política independiente que cada línea fije para realizar sus frecuencias, pues en la medida que más buses entren al mercado, mayor será la congestión. Es decir, no sería posible establecer un nexo causal necesario entre el aumento de buses y mayores beneficios a los pasajeros, ya sea en frecuencia o en precios.

5.17. Como excepción subsidiaria parcial, la Línea 5 solicita que, aun cuando el Tribunal considere que los Protocolos son ilícitos desde la entrada en vigencia de la Ley N° 20.945, la absuelva respecto de todo el período anterior al 30 de agosto de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

2016, toda vez que, durante la vigencia de las antiguas redacciones del artículo 3° del D.L. N° 211, los acuerdos pueden ser sancionables sólo si tienen la aptitud de afectar la libre competencia.

5.18. Seguidamente, la Línea 5 presenta ciertas atenuantes que concurrirían en la especie, para el caso que el Tribunal considere que los Protocolos recaen sobre un elemento que incide en la competencia y que los mismos son anticompetitivos. Considera que concurren, al menos:

5.18.1. Ausencia de beneficio económico o, de haberlo, sería en menor medida que lo sostenido por la FNE: explica que, en 1994, el D.S. N° 211 se modificó y exigió que, para prestar servicios, se debe estar asociado a alguna línea de buses, pero las utilidades o pérdidas que pueda provocar la prestación del servicio, continuaría siendo riesgo del dueño de cada taxibus. Así, en caso de que la conducta hubiese generado algún beneficio económico –lo cual niega–, éste hubiese ido en directo beneficio de los dueños de buses y no de las Líneas. La Línea 5 adquirió cuatro máquinas sólo en 2010 y desde 2013 tiene un total de seis máquinas de las 82 que conforman su flota. Adicionalmente, no todos los dueños de buses que prestan servicios en la Línea 5 son accionistas de ésta, por lo que sus beneficios económicos serían aún más indirectos para la propia Línea. Los ingresos de las Líneas dependerían principalmente de su “derecho de losa”, esto es, el cobro que cada Línea realiza a los dueños de los buses adscritos a ese recorrido. Por tanto, la Línea 5 no habría obtenido beneficio y, si lo hubiera obtenido, sería sólo respecto de las seis máquinas de su propiedad, desde la fecha en que fueron adquiridas.

5.18.2. Capacidad económica del infractor: si a la Línea 5 se le aplicara la multa solicitada por la FNE, corre el riesgo de que desaparezca del mercado, pues equivale a un tercio de todas las utilidades de la misma Línea en 15 años.

5.18.3. Irreprochable conducta anterior: según la jurisprudencia del Tribunal, se debiera aplicar una rebaja de 20% sobre la multa base.

5.18.4. Ausencia de daños para el consumidor como consecuencia de los Protocolos: los efectos de la conducta sí serían relevantes al momento de graduar o determinar la multa y los Protocolos no habrían generado daño

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

a los consumidores, pues no implicaron reducciones en las frecuencias de los buses.

5.18.5. Participación de las autoridades en la elaboración de los Protocolos: la Línea 5 reitera los aspectos señalados respecto de la Seremitt IX Región y la Intendencia de la Región de la Araucanía.

5.18.6. Buena fe y ausencia de conciencia de ilicitud: desde un punto de vista subjetivo, los Protocolos se habrían celebrado de buena fe, sin interés de realizar una conducta secreta.

5.18.7. Falta de proporcionalidad respecto de las multas solicitadas en este caso y las pedidas por la FNE e impuestas por el Tribunal en otros casos en el mercado de transporte de pasajeros: la Línea 5 compara las Sentencias N° 82, 94, 102, 116, 133, 136, 137 y 141 de este Tribunal. Al respecto, indica que, en la gran mayoría de los casos de colusión de buses, la multa solicitada por la FNE fue menor a 200 U.T.A. y las impuestas por el Tribunal van desde 2,5 U.T.A. a 80 U.T.A., salvo un solo caso.

5.18.8. Inexistencia de participaciones cruzadas entre los accionistas de Línea 5 y los accionistas de las demás Líneas y falta de participación por parte de Línea 5 en asociaciones gremiales.

VI. CONTESTACIÓN REQUERIMIENTO DE LÍNEAS 6 Y 8

6. A fojas 329, las Líneas 6 y 8 contestaron el Requerimiento, solicitando su rechazo, con costas; y, en subsidio, que no se aplique multa, o bien, que ésta sea sustancialmente rebajada.

6.1. En primer lugar, señalan que las normas que regulan el transporte público de pasajeros se encuentran dispuestas de manera inorgánica. El D.S. N° 212 contendría las normas básicas del ramo, las que establecerían los requisitos que debe cumplir un tercero que desee entrar al mercado. A su vez, es la autoridad regional la que puede negar un nuevo servicio o modificar uno existente. De este modo, consideran que no podrían haber impedido u obstaculizado el ingreso de nuevos actores. Ello se vería probado en el hecho que desde el año 2000 no habría habido ninguna presentación a la Seremitt IX Región que pretendiese crear un nuevo servicio de transporte, pero sí solicitudes de modificaciones, que han permitido cubrir mayor territorio.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

6.2. Luego, indican que es el propio D.S. N° 212 el que exige que un nuevo servicio cuente con, al menos, un terminal de buses. Alegan que intentar crear un nuevo servicio de bus a partir del terminal existente de un tercero correspondería a un acto expropiatorio.

6.3. En relación con los tramos y la superposición de éstos entre las distintas Requeridas, las Líneas 6 y 8 aducen que, si bien existirían trazados superpuestos, los distintos servicios tienen orígenes y destinos distintos, por lo que los usuarios transportados serían diferenciados. En vista de aquello, la FNE cometería una falta de fundamentación al suponer que las Requeridas son competidoras, sin detallar los hechos, circunstancias y modalidades que sostienen tal aseveración.

6.4. A continuación, las Líneas 6 y 8 describen las circunstancias que originaron la dictación del Ordinario N° 3431 de 29 de noviembre de 2004, de la Seremitt IX Región. Entre ellas, mencionan la ausencia de fijación de un perímetro de exclusión de locomoción colectiva en el centro de Temuco, el exceso de buses urbanos y la excesiva congestión vehicular. Señalan que estas razones constan en diversas cartas enviadas al Concejo Municipal de Temuco por parte de las Juntas de Vecinos de la ciudad. De este modo, los Protocolos habrían tenido por objetivo solucionar dichas problemáticas y no perjudicar la competencia.

6.5. En el Ordinario N° 3431, la Seremitt IX Región señalaría que comparte la idea de ordenar el sistema de transporte público y que ha realizado un diagnóstico de las principales vías del centro de Temuco, arrojando como resultado un “Estudio de Ordenamiento del Sistema de Gestión de Tráfico y Paradas Diferidas”. Las principales conclusiones de dicho estudio habrían sido: la existencia de alta concentración de la oferta de transporte público en un número reducido de ejes viales, las bajas tasas de ocupación relativa de los vehículos de transporte público y la alta concentración de bajadas/subidas de pasajeros en un tramo particular.

6.6. Ante esto, las Líneas 6 y 8 exponen que el mismo Ordinario habría señalado que “*se ha (sic) iniciado conversaciones con los operadores, en términos de adquirir un compromiso para mejorar la situación actual*” (fs. 340), habiéndose comprometido a: obtener en el corto plazo la recepción municipal de los terminales de las 10 Líneas, respetar la vigencia del actual Protocolo y, una vez vencido (31 de diciembre de 2007), celebrar otro por tres años más, sin aumentar el parque (fs. 340).

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

6.7. Continúan ambas Líneas haciendo un análisis de la imputación de la FNE, respecto a la cual consideran que adolece de graves e insubsanables vicios de imprecisión y falta de tipicidad infraccional, lo que afectaría insalvablemente el derecho a defensa y los principios constitutivos del debido proceso. Esto se vería reflejado en que la FNE no habría señalado qué participación le habría cabido a cada Línea en particular ni qué conducta específica le imputa a cada una, de manera de justificar los montos diferentes de multa que solicita.

6.8. En el entendimiento de las Líneas 6 y 8, la FNE habría dado por hecho que las Requeridas son competidoras entre sí. Además, sería equivocado y carecería de sustento fáctico estimar que los Protocolos habrían estado destinados a limitar la producción, en circunstancias que se originaron a raíz de la solicitud de la autoridad sectorial de la época, con una finalidad completamente distinta a la afirmada por la Fiscalía. Agregan que llama la atención que la FNE señale que no existen antecedentes que den cuenta de la continuidad del acuerdo después de diciembre de 2017, pues con posterioridad no han ingresado nuevas máquinas, no ha variado la frecuencia, no han variado los precios, ni se han creado nuevos recorridos, mientras que los mismos argumentos habrían sido utilizados como fundamentos del Requerimiento.

6.9. En relación con las sanciones solicitadas por la FNE, señalan que la multa sería excesiva y desproporcionada en vista de la conducta imputada y los nulos efectos de la misma. A su vez, la Fiscalía no habría justificado las diferencias entre cada Requerida, ni considerado las circunstancias especiales de cada una de ellas. Por estas razones, ambas Líneas consideran que las imputaciones de la FNE deben ser descartadas y, en subsidio, las multas debiesen ser rebajadas, para lo cual, se debiera considerar, además, que no tendrían la calidad de reincidentes y que habrían colaborado con la investigación.

VII. CONTESTACIÓN REQUERIMIENTO DE LÍNEAS 7 Y 9

7. A fojas 350, las Líneas 7 y 9 contestaron el Requerimiento, solicitando su rechazo, con expresa condena en costas y, en subsidio, que no se aplique multa, o bien, que la misma sea sustancialmente rebajada. Su contestación replica exactamente lo dicho por las Líneas 6 y 8, a fojas 329.

VIII. CONTESTACIÓN REQUERIMIENTO DE LÍNEA 10

8. A fojas 139, la Línea 10 contestó el Requerimiento, allanándose parcialmente al mismo y controvirtiendo los hechos no cubiertos por el allanamiento. Solicita que

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

se tenga por acreditada la participación de la Línea 10 en los Protocolos hasta marzo de 2016 y que se rebaje sustancialmente la multa solicitada por la FNE.

8.1. Reconoce el mercado relevante descrito por la Fiscalía; que los tres Protocolos corresponden a un único acuerdo, y que esta única voluntad se extendió durante todo el período señalado por la Fiscalía, respecto de la mayoría de los miembros de los Protocolos, salvo la Línea 10, que se habría retirado no más allá de marzo de 2016.

8.2. Relata que habría ingresado al mercado con una flota de nueve buses en 1993 y habría creado una primera variante en junio de 2010 (Servicio 10 B) y, luego, en 2016, habría creado una segunda variante (Servicio 10 C), distanciándose de los Protocolos.

8.3. La Línea 10 señala que su participación en los Protocolos no se extendió más allá de marzo de 2016, época en que decidió salir definitivamente de éstos. Ello se habría debido a que, a partir de enero de 2015, diversos actores sociales y autoridades se habrían acercado a esta Línea para que expandiera su oferta, tras lo cual, la Línea 10 habría creado el Servicio 10 C, expandiendo su flota en nueve buses. Ello habría implicado un distanciamiento público de los Protocolos, pues no consultó a ningún competidor. Sostiene que los competidores de la Línea 10 buscaron todos los medios posibles para evitar que ésta abriera un nuevo servicio.

8.4. En relación con la expansión de la oferta de flota o de servicios, señala que ésta debe ser autorizada por la Seremitt IX Región, de acuerdo con lo establecido en el artículo 3° del D.S. N° 212. Por lo anterior, el 13 de febrero de 2015 solicitó a dicho órgano administrativo modificar y crear un nuevo servicio de recorrido. Luego, el 22 de octubre de 2015, la Línea 10 reingresó la solicitud, tras lo cual recibió respuesta con observaciones de forma y fondo que debían ser subsanadas para obtener la aprobación. Tras una nueva ronda de respuestas y observaciones, la Seremitt IX Región habría dictado la Resolución Exenta N° 95 de 4 de febrero de 2016, dando lugar a la modificación de los Servicios 10 A y 10 B y autorizando el Servicio 10 C. Este último servicio fue inaugurado el 19 de marzo de 2016, para lo que se agregaron nueve buses, incumpliendo la cuota de flota que le fue asignada en el Tercer Protocolo, adoptando así una estrategia unilateral y plenamente autónoma, de forma pública. A partir de ese momento, la Línea 10 habría dejado de tomar decisiones empresariales en coordinación con sus competidores.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

8.5. Señala que, debido a la publicidad con la que inició el Servicio 10 C, debe atenderse a la comprensión de los demás miembros del cartel como una voluntad de salida de la Línea 10. Agrega que el 4 de abril de 2016, las Líneas 1, 2, 3, 5, 6, 7, 8 y 9 interpusieron acción de protección conjunta y coordinadamente ante la Corte de Apelaciones de Temuco, bajo el Rol N° 1426-2016, con el objeto de anular el acto administrativo de la Seremitt IX Región que habría autorizado la apertura del nuevo servicio. Pese a que tal acción habría sido declarada inadmisibles por extemporánea, la Línea 10 aduce que se habría tratado de un acto temerario y abusivo por parte de sus competidores, constitutivo de litigación abusiva.

8.6. En vista de las razones expuestas por la Línea 10, ésta pide que la sanción solicitada por la FNE sea sustancialmente rebajada, al menos, en un 14%. Sostiene que a dichas razones deben agregarse las siguientes atenuantes: falta de gravedad de la conducta, percepción de licitud de la conducta por intervención de la autoridad en la configuración del acuerdo, percepción de licitud de la conducta por intervención de un letrado en la redacción del acuerdo, irreprochable conducta anterior, falta de obtención de beneficio económico, falta de justificación del efecto disuasivo de la multa y colaboración con la FNE.

8.7. En relación con su alegación de la existencia de una atenuante por falta de gravedad de la conducta, expone que siempre habría mantenido un nivel de flota y horarios mayores a los exigidos por la autoridad, con un exceso de oferta superior al 70%. En relación con la percepción de licitud de la conducta, menciona que los Protocolos se concretaron a instancias y con la venia de la autoridad sectorial – Seremitt IX Región–, por lo que debiera tratarse como atenuante de su responsabilidad, en concordancia con lo fallado por el Tribunal en la Sentencia N° 94/2010. Asimismo, el haber consultado a un abogado para la redacción de los Protocolos también debiera operar como atenuante, en consideración a la Sentencia N° 74/2008.

8.8. La Línea 10 agrega que nunca ha sido parte ni sancionada en esta sede y que no habría obtenido beneficios económicos o, en subsidio, que habría obtenido beneficios sustancialmente menores que sus competidores, pues su participación de mercado, de 8%, es menor a la de estos últimos.

8.9. Respecto a la falta de justificación del efecto disuasivo, la Línea 10 señala que debe considerarse que se apartó del cartel antes que sus competidores, que se avocó a la satisfacción de la demanda de los consumidores, que mantuvo siempre los niveles de buses por sobre los que permitía la autoridad sectorial y que se

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

encuentra gestionando un programa de cumplimiento normativo en libre competencia. Finalmente, respecto de la colaboración con la Fiscalía, señala que no se limitó a cumplir con su carga pública, sino que fue mucho más allá y que, además, tiene menor capacidad económica que las demás Líneas.

9. A fojas 597, la Fiscalía del Consumidor A.C. solicitó ser aceptada como tercero coadyuvante en el proceso, siendo aceptada a fojas 612.

IX. RESOLUCIÓN QUE RECIBE LA CAUSA A PRUEBA

10. A fojas 615 rola la resolución firme y ejecutoriada que recibe la causa a prueba, en la que se fijan como hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos, lo siguientes:

1. *Estructura, características y condiciones de competencia en el o los mercados en que incidirían las conductas imputadas. Participación de las partes en dicho o dichos mercados desde el año 2002 a la fecha de interposición del requerimiento.*
2. *Extensión temporal de la participación de Empresa de Transporte de Pasajeros Altamira S.A. en el cumplimiento de los protocolos señalados en el requerimiento.*
3. *Efectividad que el congelamiento del parque de buses y taxibuses de Temuco y Padre las Casas, acordado en los protocolos señalados en el requerimiento, implicó limitar la producción.*
4. *Circunstancias que inciden en la determinación de una eventual sanción. En particular, las siguientes: (a) beneficio económico obtenido; (b) capacidad económica de las requeridas; (c) colaboración de las requeridas con la Fiscalía Nacional Económica; y (d) rol que habría desempeñado la Secretaría Regional Ministerial de Transportes y Telecomunicaciones de la Región de La Araucanía y de la Intendencia de la Región de La Araucanía en el desarrollo de los protocolos señalados en el requerimiento.*

X. ANTECEDENTES PROBATORIOS

11. Prueba documental. Las partes acompañaron la siguiente prueba documental:

11.1. La FNE acompañó: a fojas 404 y 535: expediente de investigación FNE Rol N° 1952-11.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

11.2. La Línea 3 acompañó: a fojas 1735 y 1765: copia de carta dirigida al Diputado señor Patricia Hales Dib, certificado de visita a Cámara de Diputados, publicación en Diario Austral de 24 de mayo de 2003, copia de informe “Análisis y seguimiento de planes estratégicos de Temuco-Valdivia y Osorno (Temuco cuarta etapa)” del Ministerio de Planificación y Cooperación -sin perjuicio del valor probatorio que se le otorgue atendido lo resuelto a fojas 1785-, copia de Oficio Ordinario N° 864 de 2003, de la Intendencia de la Región de la Araucanía a la Asociación Gremial de Dueños de Buses Urbanos de Temuco, copia de Oficio Ordinario N° 1378 de 2003, del Secretario General de Transportes y Telecomunicaciones de la Región de la Araucanía a la Asociación Gremial de Dueños de Buses Urbanos de Temuco, cuatro certificados de avalúo fiscal de propiedades, informe de tasación comercial de 2016 de dos terminales de buses de la Línea 3, listado de máquinas de Línea 3, 116 certificados de dominio vigentes de máquinas de terceros inscritas en el recorrido de Línea 3, copia de inscripción de constitución de sociedad, de vigencia de sociedad y capital de sociedad, certificado de personería de sociedad, copia de escritura pública de modificación de sociedad, informe de ingresos y egresos de enero a octubre de 2018 de Línea 3, copia de correo electrónico e informe adjunto del señor Nelson Fierro al señor Víctor Sagredo, informe de Línea 3 elaborado por el contador señor Edgardo Escalante e informe socio-organizacional de Línea 3 de la señora Katherine Carrasco. A fojas 1776: copia de resolución exenta N° 580 de 2019, de la Seremitt IX Región, documento denominado “Competidores director por sector” y listado de máquinas de la Línea 3 que circularon en marzo, abril y mayo de 2020.

11.3. La Línea 4 acompañó: a fojas 1734: acta de acuerdo suscrita por la presidenta del comité de adelanto de Villa Aitúe y la junta de vecinos de Villa San Patricio del Macro, sector Amanecer, con dirigentes de la Línea 4, certificado de la junta de vecinos N° 8 Dreves de Temuco, ingresos de la Línea 4 entre 2019 y 2020, tres comprobantes de crédito otorgados por Banco Estado a la Línea 4, copia de auditoría a Línea 4 realizada por Global Auditores y Consultores, copia de escritura de constitución de la Sociedad de Transportes Ñielol Limitada. A fojas 1766 bis: declaración jurada del señor Carlos Silva, certificado de Empresa sistema Austral de Servicios, planilla excel denominada “Competencia Línea 4 revisada”, declaración jurada del señor Héctor Mercado y documento denominado “Ingresos Transportes Ñielol Ltda.” de marzo y abril de 2020.

11.4. La Línea 5 acompañó: a fojas 1027: planos de Temuco y Labranza con los servicios prestados por dicha línea. A fojas 1787: estudio titulado "Micros en

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Santiago: de enemigo público a servicio público", elaborado por los profesores Guillermo Díaz, Andrés Gómez-Lobo y Andrés Velasco; artículo titulado "*Limits to competition in urban bus services in developing countries*", elaborado por los profesores Antonio Estache y Andrés Gómez-Lobo; artículo titulado "*Why competition does not work in urban bus markets: some new wheels for some old ideas*", elaborado por el profesor Andrés Gómez-Lobo. A fojas 1799: Decreto Supremo N° 163 del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones; Decreto Supremo N° 72 del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones; Decreto Supremo N° 119 del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones; informe ejecutivo denominado "Plan de Desarrollo de Transporte Urbano de la ciudad de Temuco", realizado por la Comisión de Planificación de Inversiones en Infraestructura de Transporte de la Secretaría Interministerial de Planificación de Transporte (1999); escritura de constitución de Sociedad de Transportes Línea N° 5 S.A.; escritura de modificación de Sociedad de Transportes Línea N° 5 S.A. A fojas 1810: fax N° 99 de 27 de julio de 2001 remitido por el Secretario Regional Ministerial de Transportes y Telecomunicaciones a los representantes de las líneas de buses de Temuco; comunicados de octubre y noviembre de 2001, remitidos por el Secretario Regional Ministerial de Transportes y Telecomunicaciones al representante legal de la Línea 5; oficio S/N de abril de 2002, remitido por el Secretario Regional Ministerial de Transportes y Telecomunicaciones al presidente de la Asociación de Buses Urbanos de Temuco, al presidente de la Asociación de Taxibuses Urbanos de Temuco y a los representantes legales de las Líneas 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9 y 10; carta de 27 de junio de 2002, enviada por el Subsecretario de Transportes al representante legal de Línea 5; comunicado de 20 de agosto de 2002, remitido por el Secretario Regional Ministerial de Transportes y Telecomunicaciones al representante legal del Línea 5; comunicado de 29 de agosto de 2002, remitido por el Secretario Regional Ministerial de Transportes y Telecomunicaciones al representante legal del Línea 5; fax S/N de 18 de febrero de 2003 enviado por el Secretario Regional Ministerial de Transportes y Telecomunicaciones a los representantes legales de Buses Urbanos; comunicado de abril de 2004, remitido por el Secretario Regional Ministerial de Transportes y Telecomunicaciones al representante legal del Línea 5; comunicado de 11 de marzo de 2005, remitido por el Secretario Regional Ministerial de Transportes y Telecomunicaciones al representante legal del Línea 5 y su directiva; fax N° 20 de 15 de abril de 2005, remitido por el Secretario Regional Ministerial de Transportes y Telecomunicaciones al representante legal del Línea 5; comunicado de julio de 2005, 12 de agosto de 2005, 15 de diciembre de 2005, 7 de febrero de 2006, 5 de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

octubre de 2006, 31 de julio de 2008 y 29 de agosto de 2008, remitidos por la Subsecretaría de Transportes y Telecomunicaciones al representante legal de Línea 5; correo electrónico de 10 de noviembre de 2010, remitido por la Subsecretaría de Transportes y Telecomunicaciones a los representantes legales de buses urbanos; circular N° 20 de 25 de noviembre de 2010, remitido por el Secretario de Transportes y Telecomunicaciones a los representantes legales de Servicio (sic) Urbanos de Temuco; Oficio Ordinario N° 1059 de 15 de mayo de 2012, remitido por el Secretario de Transportes y Telecomunicaciones a la Línea 5; Oficio Ordinario N° 1324 de 19 de junio de 2012, remitido por el Secretario de Transportes y Telecomunicaciones a los representantes legales de buses urbanos de Temuco y Padre Las Casas; Oficio Ordinario N° 886 de 11 de junio de 2013, remitido por el Secretario de Transportes y Telecomunicaciones a los representantes legales de las Líneas N° 1, 2, 3, 4, 5 y 6 de Buses Urbanos; comunicado de julio de 2008, remitido por la Subsecretaría de Transportes y Telecomunicaciones al representante legal de Línea N° 5. A fojas 1820: quince balances de Línea 5 entre 2003 y 2017; registro de accionistas de Línea 5 en 2020; carta enviada por la Línea 5 al presidente de la Asociación Gremial de Empresarios de Taxibuses en 2014; informe de archivo y resolución de archivo de la Fiscalía Nacional Económica de la investigación Rol N° 2256-13; Boletín N° 3400-15 sobre Proyecto de Ley que suspende la inscripción de buses urbanos en el Registro Nacional de Servicios de Transporte de Pasajeros. A fojas 1831: doce cartas enviadas por el representante legal de Línea N° 5 a la Seremitt IX Región; Oficios Ordinarios N° 696 de 2008, N° 548 de 2009, N° 1457 de 2010, N° 1900 de 2011, de la Seremitt IX Región; resolución exenta N° 899 de 2013, de la Seremitt IX Región; planos base de Temuco y Labranza con los trazados actuales de Línea 5; planos base de Temuco y Labranza con los trazados al año 2003 prestados por Línea 5. A fojas 1846: 37 planillones de frecuencias; dos informes con resúmenes de salidas y frecuencias diarias en junio y noviembre de 2017; tres resoluciones exentas de la Seremitt IX Región (N° 1278-2010; 344-2011; 527-2012); 164 comunicaciones remitidas por la Seremitt IX Región a la Línea 5, respecto de ingresos de denuncias presentadas por usuarios entre 2011 y 2016; 82 resoluciones exentas de la Seremitt IX Región sobre las denuncias de usuarios.

11.5. La Línea 10 acompañó: a fojas 813: copias de oficios enviados por el Secretario Regional Ministerial de Transportes a la Asociación Gremial Dueños de Buses Urbanos de Temuco y al presidente de la Asociación Gremial Buses Urbanos de Temuco, de 25 de julio de 2003 y 28 de julio de 2003, respectivamente. A fojas 1781: documentos denominados “Carton Recorrido 10A”, “Plano 10A”, “Traslapes servicio 10A”, “Carton Recorrido 10AB”, “Plano 10B”, “Traslapes servicio 10B”,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

“Carton Recorrido 10C”, “Plano 10C”, “Traslapes servicio 10C”, “Solicitud 10B”, Autorización 10B”. A fojas 1860: copia de sentencia de la Corte Suprema del Rol de Ingreso N° 982-2012; copia de dos correos electrónicos enviados por el presidente y representante legal de Línea 10, a todos los directores de Línea 10; copia de documento denominado “Directrices competitivas mínimas para implementar al interior de Línea 10”; copia de carta enviada a la Seremitt IX Región; copia de correo electrónico enviado a la Comisión Nacional de Seguridad de Tránsito; copia de acta de junta ordinaria de accionistas, de 16 de mayo de 2019; copia de junta extraordinaria de accionistas, de 11 de junio de 2020. A fojas 1865: informe denominado “Análisis y Seguimiento de Planes Estratégicos de Temuco Valdivia y Osorno (Temuco IV Etapa (sic))”; copia de boleta de honorarios N° 002167; copia de sentencia de 27 de agosto de 2015, pronunciada por el Juez Titular del Segundo Juzgado de Policía Local de Temuco; sentencia de 2 de noviembre de 2004, pronunciada por la Primera Sala de la I. Corte de Apelaciones de Temuco; copia de presentación al Diputado Patricio Hales, de 25 de julio de 2003; copia de Ordinario N° 864 de 2003, del Intendente Regional de la Araucanía; carta al director de Diario Austral de la Araucanía, de 26 de septiembre de 2005; copias del documento denominado “Buses urbanos de transporte público en principales ciudades del país” en su versiones de 2010, 2011, 2012, 2013, 2014, 2015, 2016 y 2017; copia de acta de junta ordinaria de socios de Línea 10, de 26 de abril de 2007; copia de balance del año 2020 de Línea 10; copia de cartola histórica del uso de la línea de crédito de la Línea 10, entre mayo y noviembre de 2019; copia de acta de junta extraordinaria de accionistas de Línea 10, de 30 de octubre de 2018; copia de hoja de resumen de crédito bancario solicitado por Línea 10 a Banco Estado, de 21 de noviembre de 2018; copia de comprobante de pago de cotizaciones previsionales de la Mutual de Seguridad CChC; copia de declaración jurada del representante legal de Línea 10, de 1 de abril de 2020; copia de dos cartas de despido de 5 de mayo de 2020; acta de visita del Ministerio de Salud a Línea 10, de 18 de marzo de 2020; documentos entregados por autoridades sectoriales a las Requeridas, con instrucciones relativas a la pandemia Covid-19; copia de informe sanitario de 29 de abril de 2020; set de boletas de compras de insumos para operar en pandemia Covid 19; set de fotografías del proceso de sanitización del terminal de Línea 10 y sus microbuses; noticia de reapertura de los servicios de Línea 10, tras desinfección; copia de cartola histórica del uso de la línea de crédito de la Línea 10, en mayo de 2020; copia de crédito otorgado a Línea 10 en junio de 2020. A fojas 1875: copia de acta de junta extraordinaria de accionistas de Línea 10, de 29 de diciembre de 2014; copia de ocho cartas enviadas por autoridades públicas y vecinales a Línea 10,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

solicitando la apertura de un nuevo servicio; copia de presentación de Línea 10 a Seremitt IX Región para apertura de servicio 10C; copia de Oficio Ordinario 200 de 2015 de Seremitt IX Región; set de conversaciones escritas entre Seremitt IX Región y Línea 10 entre abril y septiembre de 2015; copia de segunda propuesta de perímetro de exclusión enviada por la Seremitt IX Región a las Requeridas; copia de acta de reunión extraordinaria de directorio de Línea 10 de 21 de octubre de 2015; copia de presentación de Línea 10 a Seremitt IX Región de octubre de 2015; copia de Oficio Ordinario N° 1616 de 2015 de Seremitt IX Región; copia de presentación de Línea 10 a Seremitt IX Región de diciembre de 2015; copia de Oficio Ordinario N° 69 de 2016 de Seremitt IX Región; copia de presentación de Línea 10 a Seremitt IX Región de enero de 2016; copia de resolución exenta N° 95 de 2016 de Seremitt IX Región; copia de volante informativo a usuarios de Temuco sobre creación de servicio 10C; copia de factura de Gráfica Neo-mundo; copia de discurso de ceremonia de inauguración de servicio 10C; copia de notas periodísticas de Araucanía Noticias y de El Austral, ambas de 22 de marzo de 2016; copia de correo electrónico de 23 de marzo de 2016, enviado por Línea 3 al resto de las Requeridas; copia de recurso de protección de 7 de abril de 2016, presentado ante la I. Corte de Apelaciones de Temuco en contra de la Seremitt IX Región; boleta de prestación de servicios de 13 de abril de 2016; copia de resolución de I. Corte de Apelaciones de Temuco, de 20 de abril de 2016, en Rol N° 1426-2016.

12. Prueba testimonial. La prueba testimonial presentada corresponde a:

12.1 Por la FNE: los testigos Roberto Villalobos Román, cuya declaración rola a fojas 671; Vivianne Fernández Mora, cuya declaración rola a fojas 698; y Donosor Pérez Silva, cuya declaración rola a fojas 906.

12.2 Por las Líneas 1 y 2: los testigos Jorge Aguirre Meléndez, cuya declaración rola a fojas 1181; y José Luis Lima Reina, cuya declaración rola a fojas 1190.

12.3 Por la Línea 3: el testigo Edgardo Escalante Loyola, cuya declaración rola a fojas 804.

12.4 Por la Línea 4: el testigo Donosor Pérez Silva, cuya declaración rola a fojas 906.

12.5 Por la Línea 5: los testigos Marcelo Aurolo Riquelme, cuya declaración rola a fojas 1042; Franklin Ávila Fuentealba, cuya declaración rola a fojas 1045; y José Luis Lima Reina, cuya declaración rola a fojas 1190;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

13. Absoluciones de posiciones. La prueba confesional allegada al proceso corresponde a las absoluciones de posiciones de Claudio Azar Albornoz, en representación de Línea 1, que rola a fojas 1210; Ciriaco Bravo Marchant, en representación de Línea 3, que rola a fojas 1304; Henry Reynolds Contreras, en representación de Línea 4-Ñielol, que rola a fojas 1317; José Chales Cárcamo, en representación de Línea 10, que rola a fojas 1461; Germán Villagra Gutiérrez, en representación de Línea 5, que rola a fojas 1644. Atendido lo dispuesto en los artículos 393 y 394 del Código de Procedimiento Civil, y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 22 del D.L. N° 211, se tuvo por confeso a Carlos Osses Pincheira, en representación de Línea 6, a fojas 1538, y a Luis Castillo Cartes, en representación de Línea 8, a fojas 1706.

14. Informes. Se aportó el informe económico presentado por Línea 1, Línea 2 y Línea 5, denominado "Análisis de supuesto efecto en producción y precios de los protocolos para estabilizar el parque de taxibuses en Temuco", de José Luis Lima ("Informe Lima"), que rola a fojas 1615.

15. Exhibiciones de documentos. A solicitud de la FNE a fojas 686, se realizaron las siguientes exhibiciones de documentos. Acta de fojas 1013:

15.1 La Línea 1 exhibió un informe de análisis de costos.

15.2 La Línea 2 exhibió un informe de análisis de costos.

15.3 La Línea 5 exhibió un informe de análisis de costos.

15.4 La Línea 6 exhibió un informe de análisis de costos, un dispositivo de almacenamiento electrónico que contiene una planilla de costos del informe final de la Universidad de La Frontera y una planilla de ingresos del estudio de la misma Universidad.

15.5 Acta de fojas 1493: la Universidad de La Frontera y Luis Roberto Reveco Sepúlveda, exhibieron (i) cuatro documentos correspondientes a los informes finales enviados a Línea 1, Línea 2, Línea 5 y Línea 6 sobre análisis de costos; (ii) una minuta resumen de dichos informes; (iii) una minuta de requerimiento de información dirigida a las Líneas 1, 2, 3, 5, 7, 8 y 9; (iv) un Excel que contiene un ejemplo de la información que se les solicitó a tales Líneas; (v) cuatro carpetas digitales que contienen la información aportada por las Líneas 1, 2, 5 y 6; (vi) un archivo denominado "Resumen" con las bases de datos resultantes; (vi) copia de una solicitud de aclaración que envió Germán Villagra, representante de la Línea 5,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

en la que hace dos observaciones al señor Luis Roberto Reveco Sepúlveda; y (vii) copia del correo electrónico enviado por Luis Roberto Reveco Sepúlveda en respuesta a Germán Villagra.

16. Oficios. Asimismo, respondieron los oficios enviados por el Tribunal, la División de Transporte Público Regional del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones (a fojas 903); la Seremitt IX Región (a fojas 976); y la Secretaría de Planificación de Transporte Sur – Sectra (a fojas 990);

17. Las observaciones a la prueba presentadas: a fojas 1891, de la Línea 10; a fojas 1970, de la Línea 3; a fojas 1986, de la Línea 4; a fojas 2012, de la FNE; a fojas 2165, de las Líneas 1 y 2; y a fojas 2230, de la Línea 5.

18. A fojas 1692 se declaró vencido el término probatorio y se ordenó traer los autos en relación.

19. La vista de la causa se efectuó en audiencia de 22 de julio de 2020, según consta en el certificado que rola a fojas 2357.

Y CONSIDERANDO:

1. Resumen de la controversia

Primero: Que la FNE imputó a las Requeridas haber infringido el artículo 3° inciso primero y segundo letra a) del D.L. N° 211 al haber celebrado y ejecutado un acuerdo para limitar la producción en el mercado de transporte público urbano de pasajeros en las comunas de Temuco y Padre Las Casas, entre los años 2003 y 2017, por medio de la obligación recíproca de limitar la cantidad máxima de buses y taxibuses (indistintamente, “buses”) de sus flotas, lo que habría restringido, impedido o entorpecido la competencia en el mercado referido (“Requerimiento”). Dicho acuerdo se habría materializado en tres protocolos que las Líneas habrían suscrito el 17 de febrero de 2003 (“Primer Protocolo”), el 26 del mismo mes del año 2008 (“Segundo Protocolo”) y el 27 de diciembre de 2012 (“Tercero Protocolo”), respectivamente (en conjunto, los “Protocolos”). Adicionalmente, mencionó en su Requerimiento que en el Primer Protocolo las Requeridas se habrían obligado a no compartir terminales ni constituir sociedades con eventuales interesados en ingresar al mercado, sin formular específicamente una acusación o imputación particular sobre esta conducta. Con todo, señaló que dicha obligación constituye un comportamiento estratégico que dificultaría el ingreso de nuevos competidores al

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

mercado. El detalle del contenido y la implementación del acuerdo acusado se encuentra en la primera sección de la parte expositiva;

Segundo: Que, a fojas 426, las Líneas 1 y 2 contestaron el Requerimiento solicitando su total rechazo, ya que los Protocolos suscritos no habrían tenido por objeto limitar la producción, sino que hacerse cargo de las externalidades del servicio de locomoción colectiva; en particular, el aumento de los niveles de congestión y contaminación de acuerdo con las conclusiones del estudio “Análisis y Seguimiento de Planes Estratégicos de Temuco, Valdivia y Osorno (Temuco IV Etapa) Orden de Trabajo N° 3 Informe Ejecutivo” en 2002, elaborado por SECTRA y CIS Asociados Consultores en Transporte S.A. (“Estudio Sectra”). Sostuvieron, además, que el Primer Protocolo habría sido respaldado por las autoridades regionales, por lo que existiría un error de prohibición que las exoneraría de responsabilidad. Asimismo, arguyeron que no se podrían dar los supuestos del artículo 3° letra a) del D.L. N° 211 porque las Requeridas no serían competidoras, al no prestar directamente servicios de transporte. Finalmente, opusieron excepción de prescripción, para lo cual (i) distinguieron el régimen legal aplicable respecto de cada uno de los Protocolos; (ii) adujeron que los plazos de prescripción no comienzan a computarse desde que cesan en el mercado los efectos de la conducta, por cuanto ésta no es una de aquellas comprendidas en la letra a) del artículo 3° del D.L. N° 211; y (iii) señalaron que, si se considera una conducta de aquellas descritas en dicha norma, se debe decretar la prescripción parcial. El detalle de esta defensa se encuentra en la segunda sección de la parte expositiva;

Tercero: Que, a fojas 176, la Línea 3 contestó el Requerimiento solicitando que se le absuelva de la imputación de la FNE o que se aminore su responsabilidad, debido a que los Protocolos se habrían suscrito en un contexto especial, en el que la autoridad administrativa del transporte público habría manifestado su preocupación por la competencia de los distintos recorridos, la seguridad de los pasajeros y la optimización de la oferta de transporte hacia los usuarios. Al igual que las requeridas individualizadas en el considerando anterior, alegó haber incurrido en un error de prohibición y, además, en error de tipo, pues no sabía que el acto era ilícito y el Primer Protocolo habría sido respaldado por las autoridades regionales. El detalle de esta contestación se encuentra en la tercera sección de la parte expositiva;

Cuarto: Que, a fojas 103, la Línea 4 contestó el Requerimiento solicitando su rechazo en atención a que no se configuraría, en su concepto, una conducta que atente en contra de la libre competencia. Reconoció la existencia de los Protocolos,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

pero considera que ellos no habrían tenido por objeto limitar la producción ni excluir competidores, sino que buscarían solucionar la inminente e incómoda congestión del mercado. Al igual que otras Requeridas, arguyó que los Protocolos estaban en conocimiento de la autoridad de transportes regional y que no habría mala intención ni voluntad de afectar el mercado. El detalle de esta contestación se encuentra en la cuarta sección de la parte expositiva;

Quinto: Que, a fojas 196, la Línea 5 contestó el Requerimiento solicitando su rechazo porque no se trataría de un caso de colusión y tendría claras diferencias con otros en que sí se ha condenado a empresas de transporte terrestre de pasajeros. Para estos efectos, citó y analizó jurisprudencia de este Tribunal, concluyendo que los acuerdos entre competidores en el mercado de transporte de pasajeros que han sido sancionados en esta sede han recaído en variables competitivas como el precio o las frecuencias, pero no en el congelamiento parcial de la flota, que no consistiría en un acuerdo para limitar la producción. También señaló que la Secretaría Regional Ministerial de Transportes y Telecomunicaciones de la Región de la Araucanía (“Seremitt IX Región”) los habría instado a celebrar los Protocolos con el objeto de mitigar externalidades negativas, especialmente la congestión, pues la autoridad sectorial sólo podía imponer, como medida con dicho fin, la restricción vehicular, mas no la limitación de la flota de autobuses. El detalle de esta contestación se encuentra en la quinta sección de la parte expositiva;

Sexto: Que, a fojas 329, las Líneas 6 y 8 contestaron el Requerimiento solicitando su rechazo. Señalaron que el origen de los Protocolos está en el Ordinario N° 3431 de la Seremitt IX Región en el que se habría concluido la necesidad de ordenar el sistema de transporte público de dicha región, a raíz de la alta concentración de la oferta de transporte público en un número reducido de ejes viales; las bajas tasas de ocupación relativa de los vehículos de transporte público; y la alta concentración de bajadas-subidas de pasajeros en un tramo particular. Así, los Protocolos no habrían tenido por objeto limitar la producción, como erradamente, alega la FNE. Asimismo, sostuvieron que las Requeridas no son competidoras. El detalle de esta contestación se encuentra en la sexta sección de la parte expositiva;

Séptimo: Que, a fojas 350, las Líneas 7 y 9 contestaron el Requerimiento solicitando su rechazo, para lo cual replican los argumentos expuestos por las Líneas 6 y 8 antes mencionados;

Octavo: Que, por último, a fojas 139, la Línea 10 contestó el Requerimiento, allanándose parcialmente al mismo y controvirtiendo los hechos no cubiertos por el allanamiento. En efecto, no controvirtió el mercado relevante definido por la FNE, ni

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

la existencia de un único acuerdo derivado de los tres Protocolos. Sin embargo, sostuvo que su participación habría terminado en marzo de 2016 debido a que habría expandido su oferta creando el servicio 10 C, aumentando, de este modo, su flota en nueve buses. Por lo anterior solicitó una rebaja de la sanción y alegó en su favor una serie de atenuantes, cuyo contenido se detalla en la octava sección de la parte expositiva;

Noveno: Que, como se puede apreciar del resumen de la controversia expuesta en los considerandos precedentes y de la parte expositiva de esta sentencia, para resolver este conflicto se analizarán y juzgarán las siguientes materias, en el orden y según la siguiente metodología: (i) en primer lugar, se resolverá la excepción de prescripción opuesta por las Líneas 1 y 2, para lo cual se debe determinar si el acto anticompetitivo imputado por la FNE se trata de un acuerdo único o de tres acuerdos distintos contenidos en cada uno de los Protocolos; (ii) enseguida, habiéndose resuelto si se trata de un acuerdo único o varios acuerdos, se determinará el texto vigente y aplicable del artículo 3° letra a) del D.L. N° 211 a la fecha de ejecución de la conducta, describiéndose los elementos que contiene dicha norma para que se configure esta infracción; (iii) en tercer término, se analizará si el o los acuerdos imputados por la Requirente fueron celebrados por competidores, para lo cual se estudiará el mercado relevante y sus condiciones de competencia; (iv) a continuación, se analizará el objeto de los Protocolos, en particular, si estos tuvieron por objeto limitar la producción o si se trató de un acuerdo de cooperación entre competidores que recayó sobre otras variables; asimismo, se analizará si el acuerdo confirió poder de mercado y se revisará la prueba sobre los efectos del mismo; (v) luego, se evaluará si en la especie procede el denominado error de prohibición alegado por algunas de las Líneas, debido a la supuesta participación de la autoridad de transporte regional en el origen del Primer Protocolo; y (vi) por último, se establecerán las medidas y sanciones en caso de que se acredite la conducta imputada por la FNE;

2. Excepción de prescripción opuesta por las Líneas 1 y 2

Décimo: Que las Líneas 1 y 2 fundaron su excepción de prescripción extintiva en el supuesto que el plazo de prescripción debe computarse desde la fecha en que se celebró cada uno de los Protocolos y no desde que cesaron en el mercado los eventuales efectos de la conducta acusada. En subsidio, señalaron que, de aplicarse el texto actualmente vigente del artículo 3° letra a) del D.L. N° 211 y la regla de prescripción de cinco años contados desde que cesan los efectos de la conducta, debería declararse la prescripción de los dos primeros protocolos;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Undécimo: Que, como se anticipó, para resolver esta excepción se debe despejar si la conducta acusada por la FNE se trata de un único acuerdo o de tres distintos, contenidos en los citados Protocolos;

Duodécimo: Que los elementos constitutivos de la teoría del acuerdo único, esto es, varios acuerdos que pueden enmarcarse en una única conducta, fueron latamente tratados en la Sentencia N° 165/2018. En dicha ocasión, se concluyó que existe un acuerdo único cuando se ejecutan varios acuerdos que tienen un mismo objeto, celebrado entre un grupo medular de participantes. Así, se señala en dicha sentencia, que *“la existencia de un acuerdo único se puede inferir de uno o más elementos de los acuerdos particulares, tales como la forma cómo se implementan, los ejecutivos que participan en los mismos, los lugares en que se reúnen y los medios que utilizan para contactarse, entre otros”* (C. 12°);

Decimotercero: Que, en el caso de autos, la imputación de la FNE presenta sobradamente los elementos citados en el considerando anterior, sin perjuicio de lo que se concluya sobre la ilicitud de la conducta acusada al momento de analizar la prueba rendida en autos. En efecto, de la lectura de los Protocolos acompañados a fojas 404 de autos (fs. 3 del Cuaderno de Versiones Públicas de la FNE. Ubicación: [sobre.pdf]_3.rar\3\VPLínea2 físico\TOMOX\26. Documentos adjuntos Línea 2 10.09.15), se desprende claramente que todos tienen un mismo objeto, cual es, congelar el parque y la dotación de buses por cinco años. Estos Protocolos se celebraron entre las mismas partes –las diez Líneas Requeridas–, constan en documentos escritos (dos escrituras públicas y un documento privado con firmas autorizadas ante notario), tienen, esencialmente, el mismo contenido y, tanto el Segundo como Tercer Protocolo, fueron suscritos en una fecha cercana a la del vencimiento del plazo establecido en el protocolo inmediatamente anterior. A mayor abundamiento, la Línea 10 reconoció expresamente que se trataba de un solo acuerdo y que esta única voluntad se extendió durante todo el período señalado por la Fiscalía respecto de los miembros de los Protocolos, salvo ella, que se habría retirado no más allá de marzo de 2016. Lo anterior, también fue ratificado por el representante legal de la Línea 1 en la audiencia de absolución de posiciones de 9 de enero de 2020, quien confirmó que el Segundo Protocolo mantuvo el acuerdo adoptado en el Primer Protocolo, y que –a su vez– el Tercer Protocolo mantuvo el contenido del Primero y del Segundo (fs. 1253 y 1255);

Decimocuarto: Que, de este modo, no cabe sino concluir que la conducta imputada por la Fiscalía consiste en un único acuerdo celebrado por las Requeridas, que consta en tres Protocolos con idéntico objeto, el último de los cuales se celebró

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

el día 27 de diciembre de 2012 con una vigencia de cinco años hasta el 31 de diciembre de 2017;

Decimoquinto: Que, por otra parte, atendido que la conducta imputada por la Fiscalía se trata de un acuerdo colusorio, cabe tener presente que ésta ha sido calificada por la jurisprudencia de este Tribunal y de la Excm. Corte Suprema como una infracción permanente. Al respecto, esta última ha establecido que una infracción permanente es aquella *“cuya consumación perdura en el tiempo y que está conformada por un conjunto de acciones u omisiones que pueden diferir sin afectar el núcleo central (...), pero que la ley cubre con un tipo único, manteniéndose la infracción hasta que el autor o autores cambian radicalmente su conducta, o la cesan”* (Excm. Corte Suprema, Sentencia Rol 27.181-2014, de 29 de octubre de 2015, C. 75). También ha señalado que *“el carácter de ilícito permanente o de duración continua de la colusión es susceptible de configurarse al existir una vinculación, sin interrupción entre los elementos del cartel, tanto desde el punto de vista de la identidad objetiva como subjetiva”*, es decir, que hay un objetivo común, se trata de un mismo bien afectado e involucra a las mismas empresas y existió una misma forma de ejecución (Excm. Corte Suprema, Sentencia Rol 27.181-2014, de 29 de octubre de 2015, C. 78);

Decimosexto: Que, así, de acreditarse los supuestos fácticos señalados por la Requirente, la conducta acusada se habría ejecutado hasta, al menos, el 31 de diciembre de 2017 y, por consiguiente, el régimen legal aplicable para efectos de la prescripción extintiva es el texto del artículo 20 inciso 4° del D.L. N° 211 vigente a esa fecha. Dicha norma establece que, en el caso de la conducta imputada por la FNE, esto es, aquella prevista en el artículo 3° letra a) de dicho cuerpo legal, las acciones prescriben *“en el plazo de cinco años, y el computo de la prescripción no se iniciará mientras se mantenga en el mercado los efectos de la conducta objeto de la acción”*;

Decimoséptimo: Que el Requerimiento de autos fue legalmente notificado el 23 de octubre de 2018 a las Líneas 1 y 2 (fojas 38), por lo que la acción de la FNE para perseguir la responsabilidad de estas Requeridas no se encuentra prescrita, toda vez que aún no había transcurrido el plazo de cinco años establecido en el referido inciso 4° del artículo 20 del D.L. N° 211;

Decimoctavo: Que, por lo anterior, será rechazada la excepción de prescripción extintiva de la acción opuesta por las Líneas 1 y 2;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

3. Artículo 3° letra a) del D.L. N° 211 aplicable en la especie

Decimonoveno: Que, como se ha señalado, la FNE indicó que las Requeridas han infringido el artículo 3° inciso primero y segundo letra a) del D.L. N° 211, al haber celebrado y ejecutado un acuerdo para limitar la producción en el mercado de transporte público urbano de pasajeros en las comunas de Temuco y Padre Las Casas, entre los años 2003 y 2017. También, como se anticipó, las Requeridas, salvo la Línea 10 –debido a su allanamiento parcial–, sostuvieron que no se cumplen, en este caso, los requisitos exigidos en dicha norma para poder ser sancionadas;

Vigésimo: Que, en primer lugar, corresponde determinar la norma aplicable en estos autos, debido a las modificaciones que el artículo 3° letra a) ha sufrido en virtud de las últimas reformas al D.L. N° 211. Para estos efectos, se debe dilucidar cuándo se entiende ejecutada la conducta imputada por la FNE, análisis que se realizó en la sección anterior, en el que se concluyó que lo acusado era un acuerdo único que se habría iniciado con la suscripción del Primer Protocolo y cuyos efectos se habrían extendido hasta, por lo menos, el 31 de diciembre de 2017, fecha en que habría terminado la vigencia del Tercer Protocolo;

Vigésimo primero: Que, en consecuencia, el texto del artículo 3° letra a) del D.L. N° 211 aplicable en la especie –si así procediera, según se analizará en la sección siguiente– es su versión actual y su aplicación se extiende a toda la vigencia del acuerdo entre 2003 y 2017. El criterio anterior ha sido confirmado por la Excm. Corte Suprema, en la Sentencia Rol N° 27.181-2014, de 29 de octubre de 2015, en el siguiente sentido: en *“las infracciones de carácter permanente o de duración continua en las que sólo existe una voluntad inicial, habrá de estarse (...) al último acto constitutivo de la infracción para los efectos de determinar la ley aplicable”* (C. 80);

Vigésimo segundo: Que el actual artículo 3° letra a) del D.L. N° 211 establece que se consideran como hechos, actos o convenciones contrarios a la libre competencia *“los acuerdos o las prácticas concertadas que involucren competidores entre sí, y que consistan en fijar precios de venta o de compra, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado o afectar el resultado de procesos de licitación, así como los acuerdos o prácticas concertadas que, confiriéndoles poder de mercado a los competidores, consistan en determinar condiciones de comercialización o excluir a actuales o potenciales competidores”*. En efecto, tal como se ha explicado en casos anteriores (Sentencias N° 148/2015 y 160/2017, entre otras), esta disposición no es más que una especificación de lo

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

dispuesto en el inciso primero de dicho artículo que, en su parte pertinente, señala que será sancionado todo aquel que “*ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos*”;

Vigésimo tercero: Que, en el caso de la Línea 10, ésta sólo participó en el acuerdo único hasta marzo de 2016, lo que fue reconocido por la FNE en su escrito de observaciones a la prueba (“*la participación de Línea 10 en el cumplimiento de los protocolos indicados en el Requerimiento se extendió hasta marzo del año 2016*” (fs. 2064)) y, por lo tanto, resulta aplicable a su respecto el texto del artículo 3° letra a) anterior a la entrada en vigencia de la Ley N° 20.945, esto es, aquel establecido por la Ley N° 20.361. Dicha norma disponía que se consideraban como hechos, actos o convenciones contrarios a la libre competencia “*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*”;

Vigésimo cuarto: Que, siguiendo con este razonamiento, para sancionar la conducta imputada por la FNE a todas las Requeridas, salvo a la Línea 10, se debe acreditar: (i) la existencia de un acuerdo; (ii) que éste involucre competidores; y (iii) que recaiga sobre una variable relevante de competencia, en este caso, según la Fiscalía, limitar la producción. Si recae en una variable de competencia distinta a las señaladas en la primera parte de dicha norma o si tiene por objeto excluir competidores, se deberá acreditar, además, que el acuerdo confirió poder de mercado a quienes lo celebraron. En el caso de la Línea 10, según la ley aplicable a ésta, se debe acreditar, además, que el acuerdo confirió poder de mercado en cualquier circunstancia;

Vigésimo quinto: Que, en cuanto al primer elemento, esto es, la existencia de un acuerdo, como se ha resuelto con anterioridad (*v.gr.* Sentencia N° 148/2015 C. 5° y siguientes), en materia de libre competencia el término “acuerdo” es considerado de manera amplia, incluyendo múltiples formas contractuales, convenciones, meras tratativas, promesas, protocolos de entendimiento, “acuerdos o pactos de caballeros”, pautas de conducta, circulares, entre otros (véase, en este sentido, P. Areeda y H. Hovenkamp, *Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*, Aspen Publishers, 2ª ed., 2003, 1400a). En relación con su forma, es posible que el acuerdo sea verbal, se manifieste en uno o más instrumentos o incluso en una seguidilla de meros actos materiales. En definitiva, la supresión de

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

la voluntad individual de dos o más agentes competidores y su cambio por una voluntad colectiva unificadora de sus decisiones es, en sede de libre competencia, considerado un “acuerdo”, cualquiera sea el modo en que éste se manifieste;

Vigésimo sexto: Que, en el presente caso, no existe mayor controversia en cuanto a que lo que ha sido imputado por la FNE es un acuerdo que consta en tres Protocolos, suscritos por escritura pública (Primer y Tercer Protocolo) y por instrumento privado cuyas firmas fueron autorizadas por notario público (Segundo Protocolo), en los que se establecen los derechos y obligaciones para cada una de las Requeridas;

Vigésimo séptimo: Que, en efecto, el Primer Protocolo, acompañado a fojas 404, suscrito por los representantes legales de todas las Líneas y los representantes legales de las asociaciones gremiales “Asociación Gremial Dueños de Buses Urbanos de Temuco”, “Asociación Gremial de Empresarios de Taxibuses de Temuco” y “Asociación Gremial de Dueños de Taxibuses Padre Las Casas”, establece que el acuerdo se celebró “*con el fin de planificar, racionalizar y optimizar la prestación de este servicio de transportes*” (cláusula segunda), y que “*se acuerda el congelamiento del actual parque y dotación de buses y taxibuses que se encuentran operando en el servicio de transportes que las comparecientes realizan en la ciudad de Temuco y Padre las (sic) Casas (...) por cinco años*” (cláusula segunda, letras A y B). Asimismo, se estipuló que “*nuevas líneas, (sic) no podrán operar en los terminales de los firmantes de este protocolo, ni podrán hacer sociedades con ellas (sic)*” (cláusula segunda, letra K). Cláusulas del mismo tenor también se incorporaron en el Segundo y Tercer Protocolo, también en la cláusula segunda, letra K;

Vigésimo octavo: Que, en cambio, sí existe controversia acerca de si el acuerdo imputado por la Requirente involucró competidores, así como si tuvo por objeto limitar la producción y si les confirió poder de mercado a las Requeridas, materias que serán analizadas a continuación;

4. Mercado relevante y condiciones de competencia

4.1. Mercado relevante

Vigésimo noveno: Que, en cuanto a la definición del mercado relevante, la FNE sostuvo que éste “*corresponde al servicio de transporte público urbano de pasajeros en las comunas de Temuco y Padre Las Casas, prestado mediante buses y taxis colectivos*” (fs. 11), en el mismo sentido de lo señalado por el Tribunal en las Sentencias N° 94/2010 y N° 141/2014. Según esta definición, “*los servicios*

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

prestados por las 10 líneas de buses exhiben un grado de sustitución relevante entre sí" (fojas 12), por lo que las Requeridas serían competidoras en el mercado;

Trigésimo: Que, como se puede apreciar, la Requirente incluyó dentro del mercado relevante al servicio de transporte público prestado no sólo por los buses, sino también por taxis colectivos, lo que no fue controvertido por las Requeridas, razón por la cual este Tribunal considerará a ambos tipos de transporte dentro del mismo mercado, sin perjuicio de lo señalado en el considerando cuadragésimo primero sobre la capacidad de los taxis colectivos para disciplinar en forma efectiva a los buses;

Trigésimo primero: Que, sin embargo, las Líneas 3, 6, 7, 8 y 9 controvirtieron que los servicios prestados por las Requeridas sean sustitutos entre sí, por cuanto los recorridos de éstas tienen distintos puntos de origen y destino. En particular, la Línea 3 indicó que *"es un competidor más bien relativo con las otras líneas del transporte público"* (fs. 177) y las Líneas 6, 7, 8 y 9 señalaron que *"pueden existir trazados superpuestos, y circular por esas vías varios operadores, pero (sic) dichos servicios de locomoción, tienen un origen (donde nacen) o un destino (donde llegan como finalización del trazado) que no es el mismo, por ende, los usuarios transportados son diferenciados"* (fs. 336 y 357). A su vez, las Líneas 1 y 2 también sostuvieron que no serían competidores, pero por un argumento distinto, más bien de carácter formal, por cuanto afirmaron que las líneas de buses se tratarían de *"entidades que solo nacieron a la vida jurídica para facilitar y darle formalidad a la relación con la autoridad sectorial"* (fs. 463), mas no para que ofrecer servicios de transporte;

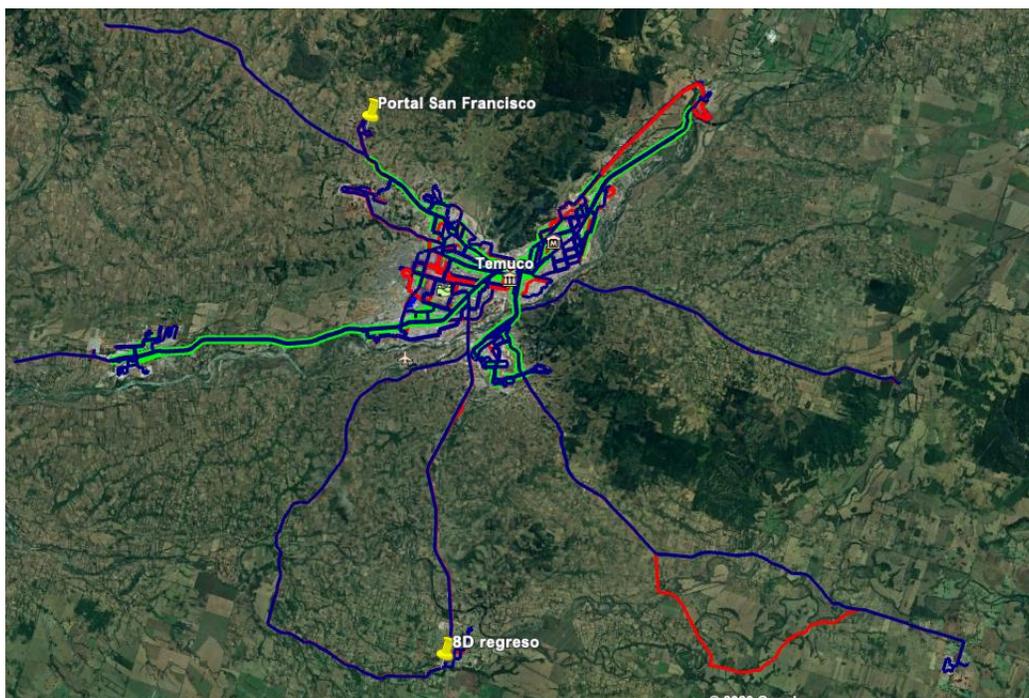
Trigésimo segundo: Que, en cuanto a la alegación de las Líneas 3, 6, 7, 8 y 9 señalada precedentemente, se debe tener presente que éstas no presentaron prueba que permitiera acreditar sus afirmaciones. En contraposición, existe prueba en autos que da cuenta de una superposición de recorridos relevante entre las Líneas;

Trigésimo tercero: Que, en efecto, una de las Líneas (Línea 4) reconoció expresamente que existía dicha superposición de recorridos. Al efecto, señaló que las Requeridas *"efectivamente son competidores entre si (sic) en grandes porcentajes de sus trayectos, siendo una respecto de otra sustitutivas entre si (sic)"* (fs.1993), agregando que *"en mas (sic) del 90% del recorrido troncal la línea 4 presenta competidores directos siendo estos en su caso hasta seis líneas (sic) o servicios distintos"* (fs. 1994);

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

Trigésimo cuarto: Que, en el mismo sentido, la FNE sostuvo, respecto de las Requeridas, que “*cada línea siempre enfrenta al menos 3 competidores según el tramo que se observe*” (fs. 2131), para lo cual acompañó una malla de recorridos, contenida en la respuesta de la Secretaría Regional del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones de la Región de la Araucanía al Oficio N° 0152 de la FNE (Fs. 5 del Cuaderno de Documentos Públicos de la FNE, TomoXVI\38.OficioOrd.N°1175Seremitt yCDadjunto\Solicitud Res 0152 ingreso 5101\Pregunta 2\Servicios Actuales Buses Temuco.kmz);

**Figura N° 1
Superposición de recorridos de las Líneas**



Fuente: Fs. 5 del Cuaderno de Documentos Públicos de la FNE,
TomoXVI\38.OficioOrd.N°1175Seremitt yCDadjunto\Solicitud Res 0152 ingreso 5101\Pregunta
2\Servicios Actuales Buses Temuco.kmz)

Trigésimo quinto: Que, asimismo, los representantes legales de las Líneas 1, 4, 5 y 10 afirmaron, en las audiencias de absolución de posiciones de rigor, que existe una superposición relevante de recorridos. Por un lado, Claudio Azar, representante de la Línea 1, señaló que “*hay competencia en todos los sectores*” (fs. 1261). Por otra parte, Henry Reynolds, representante de la Línea 4, aseveró que “*nuestra competencia brutal es con las 9 Líneas que quedan*” (fs. 1467 vuelta). A su vez, German Villagra, representante de la Línea 5, indicó que “*en Labranza fuimos pioneros (...), al pasar de los años fueron dos Líneas más para allá: la Línea 1 y la Línea 2. Cada una con dos variantes, entonces nuestro recorrido prácticamente fue un 98%, hicieron el mismo recorrido nuestro. (...) En Recabarren... eh, tenemos la Línea de competencia, la Línea 10, la Línea 4, la Línea 8. (...) Todas pasan por Recabarren. Y hacia el centro por Portales, tenemos todas las demás Líneas*” (fs.

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

1686-1687). Finalmente, José Luis Chales, representante de la Línea 10, sostuvo que *“en el caso del centro de Temuco, las 10 líneas, todos sus servicios pasan por el centro de Temuco. No hay nadie que no pase por el centro de Temuco, el 100% ahí (...) en todos nuestros... por lo menos tenemos tres o cuatro Líneas que compiten con nosotros”* (fs. 1526 vuelta);

Trigésimo sexto: Que, entonces, del análisis de la prueba aportada al proceso, es posible concluir que, si bien la superposición de recorridos entre las Requeridas no es total, ésta es relevante por cuanto todos sus recorridos confluyen, al menos, en los ejes centrales de la ciudad y serían usados por un subconjunto relevante de pasajeros que hacen viajes con pares origen-destino en dichos tramos. A su vez, las Líneas compiten por atraer pasajeros en las zonas donde existiría mayor demanda y tendrían la posibilidad de ajustar sus recorridos a zonas donde otra línea estuviera obteniendo mayores utilidades, todo lo cual es consistente con lo planteado en la Sentencia N°141/2014 (C. 21);

Trigésimo séptimo: Que, por último, con respecto a la alegación de las Líneas 1 y 2 expuesta en el considerando trigésimo primero, tampoco es admisible en esta sede, por cuanto de acuerdo con la extendida jurisprudencia de este Tribunal, estas sociedades son las que representan a los dueños y arrendatarios de buses y –de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4° del D.S. N° 212– son las obligadas al cumplimiento de la normativa aplicable por parte de ellos. Así, las líneas de buses son los agentes económicos que compiten en el mercado de transporte de pasajeros, por intermedio de los buses que las componen (Sentencias N° 141/2014, N° 136/2014, N° 134/2014 y N° 133/2014);

Trigésimo octavo: Que, en cuanto a la extensión geográfica del mercado, esto es, la zona de influencia correspondiente a la conurbación Temuco-Padre Las Casas, no existió controversia, por lo que el mercado relevante corresponde el servicio de transporte público urbano de pasajeros en las comunas de Temuco y Padre Las Casas, prestado mediante buses y taxis colectivos;

4.2. Condiciones de competencia en el mercado relevante

Trigésimo noveno: Que, en adelante se analizarán las participaciones de mercado de las Requeridas, así como las condiciones de entrada al mismo. Este análisis, como se verá, es necesario porque entrega los elementos para determinar si el acuerdo confirió poder de mercado a las Líneas, cuestión que es imprescindible para determinar la ilicitud de la conducta de la Línea 10, tal como se señaló en el considerando vigésimo cuarto;

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

Cuadragésimo: Que, en primer lugar, se debe tener en consideración que todas las líneas de buses del transporte público urbano de pasajeros de Temuco y Padre de las Casas formaron parte del acuerdo y que ellas, conjuntamente, tienen una participación relevante en el mercado definido precedentemente. En efecto, según señaló la FNE a fojas 13, la participación de mercado de las Requeridas, medida en cantidad de personas transportadas, alcanzó un 77,4% el año 2013, cuestión que no fue controvertida;

**Cuadro N° 1
Participación de mercado relativa entre buses y taxis colectivos medida en número de viajes de usuarios efectuados en un día (2013)**

Medio de transporte	N° de viajes	Porcentaje
Buses	267.490	77,4%
Taxis colectivos	78.078	22,6%
Total	345.568	100%

Fuente: Requerimiento, fs. 13.

Cuadragésimo primero: Que, en segundo lugar, si bien los taxis colectivos y los buses forman parte del mismo mercado relevante del producto, los primeros no son capaces de disciplinar completamente el comportamiento de las Requeridas. Ello se explica porque el tamaño relativamente pequeño del subsector de taxis colectivos y la diferencia en precio entre ambos medios de transporte, hacen inviable que un deterioro en el servicio de buses o un aumento en el precio de estos induzca a las personas a sustituir fuertemente el bus por el taxi colectivo. Más aun, la presión competitiva que ejercen estos medios de transporte es aún menor en horario punta, pues no cuentan con capacidad que les permita disciplinar el actuar de los buses en dichos horarios, que son los potencialmente más afectados cuando se restringe la oferta;

Cuadragésimo segundo: Que, además de la alta participación de las Requeridas, el mercado de autos no presenta condiciones favorables para su entrada. Por una parte, la inscripción de nuevos taxis colectivos se encuentra suspendida desde el 2005 por la Ley N° 20.076 y sus posteriores prórrogas (Leyes N° 20.474 y N° 20.867), salvo para casos calificados como cuando se crean nuevos recorridos en lugares en que no existen servicios de transporte público de pasajeros. Por otra parte, para operar una línea de buses se debe contar con una flota suficiente para cumplir con las frecuencias mínimas exigidas por la autoridad, en conformidad con lo dispuesto en el D.S. N° 212 y la Resolución Exenta N° 18/2000 de la Seremitt IX Región (que exige un mínimo de 10 buses por hora, en hora punta). Esto dificulta la

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

entrada por cuanto requiere de una inversión inicial significativa o de la coordinación de múltiples empresarios microbuseros para constituir una nueva línea de buses;

Cuadragésimo tercero: Que, enseguida, también es relevante considerar dentro de las condiciones de ingreso al mercado las exigencias establecidas en el artículo 45 del D.S. N° 212, según el cual, para participar en el mercado, se debe contar con un terminal para los buses en operación. Si bien dicha exigencia no es insalvable, sí representa un costo a la entrada relevante, respecto del cual no se acompañaron mayores antecedentes, salvo algunas declaraciones prestadas ante la FNE que darían cuenta que la construcción de un terminal supondría costos entre 250 y 400 millones de pesos (declaración Claudio Azar, p. 14 - Transcripción a fs. 1 del Cuaderno de Documentos Públicos de la FNE. Ubicación: C 361-18 disco público\Documentos Físicos Públicos\TOMO XIX\8. Transcripción declaración Claudio Azar 30.09.16; y declaración Luis Castillo, p. 15 - Transcripción a fs.7 del Cuaderno de Versiones Públicas de la FNE. Ubicación: [sobre.pdf]_7.rar\7\VP Línea 8 físicos \TOMO XIX\4. Transcripción declaración Luis Castillo 29.09.16);

Cuadragésimo cuarto: Que, en relación con la exigencia descrita en el considerando anterior, se debe tener presente que, en los Protocolos, las Requeridas se obligaron a no compartir terminales ni crear sociedades con terceros, lo que constituiría, en concepto de la FNE, un *“comportamiento estratégico adoptado conjuntamente y apto para dificultar el ingreso de nuevos competidores”* (fs. 13), criterio que es compartido por este Tribunal. Los tres Protocolos aluden a esta limitación, en los siguientes términos: *“[s]e deja constancia por las partes que el presente protocolo sólo obliga a las sociedades comparecientes y en ningún caso corresponde a un convenio que impida la realización de servicio urbano de transporte público de pasajeros en la ciudad de Temuco y Padre Las Casas por otros prestadores interesados en realizarlo y que cumplan con los requisitos y autorizaciones que la ley y el reglamento establecen al efecto. Estas nuevas Líneas, no podrán operar en los terminales de los firmantes de este protocolo, ni podrán hacer sociedades con ellas (...)”* (cláusula segunda, literal K) del Primer Protocolo, acompañado a fojas 404 (fs. 3 del Cuaderno de Versiones Públicas de la FNE. Ubicación: [sobre.pdf]_3.rar\3\VP Línea2 físico\TOMOX\26.Documentos adjuntos Línea 2 10.09.15). La misma cláusula fue replicada en el Segundo y Tercer Protocolo (ambas se encuentran en la misma ubicación dentro del expediente que el Primer Protocolo) (“Cláusula K”);

Cuadragésimo quinto: Que lo anterior también se encuentra ratificado en las absoluciones de posiciones de Claudio Azar, representante de la Línea 1 (fs. 1251-

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

1252) y José Luis Chales, representante de la Línea 10 (fs. 1521 vuelta). A mayor abundamiento, algunas declaraciones prestadas ante la Fiscalía, por parte de los representantes legales o accionistas de las Requeridas, también hacen referencia a dicha cláusula (declaración de Reynaldo Peña, pp. 21-22, a fs. 1 del Cuaderno de Documentos Públicos de la FNE. Ubicación: C 361-18 disco público\Documentos Físicos Públicos\TOMO XIX\3. Transcripción declaración Reynaldo Peña 28.09.16; declaración de Claudio Azar, p. 30, a fs. 1 del Cuaderno de Documentos Públicos de la FNE. Ubicación: C 361-18 disco público\Documentos Físicos Públicos\TOMO XIX\8. Transcripción declaración Claudio Azar 30.09.16);

Cuadragésimo sexto: Que, por último, de acuerdo con la información que obra en autos se demuestra que, efectivamente, no ha existido entrada en este mercado. Según el Oficio Ordinario N° 3730 de la División de Normas y Operaciones de Subsecretaría de Transportes del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, de 20 junio 2017, acompañado por la FNE y no objetado por la Requeridas (fojas 5 del Cuaderno de Documentos Públicos de la FNE. Ubicación: TOMOXVI\32.OficioOrd.N°3730 Sub. Transportes y CD), durante toda la vigencia del acuerdo no se produjeron entradas ni se crearon nuevas líneas en el mercado relevante geográfico, a pesar del crecimiento demográfico de la conurbación Temuco-Padre Las Casas, hecho de público conocimiento (<http://www.subdere.gov.cl/divisi%C3%B3n-administrativa-de-chile/gobierno-regional-de-la-araucan%C3%AD>);

5. Objeto del acuerdo, poder de mercado y efectos

5.1. Objeto del acuerdo

Cuadragésimo séptimo: Que, habiéndose determinado que existe un acuerdo entre las Requeridas y que éstas son competidoras entre sí, a continuación, se analizará su objeto;

Cuadragésimo octavo: Que, como se señaló, la Fiscalía acusó a las Requeridas de haber celebrado un acuerdo para limitar la producción en el mercado del transporte público urbano de pasajeros en las comunas de Temuco y Padre de las Casas, entre los años 2003 y 2017. En particular, dicha limitación se habría realizado por medio de la restricción de la capacidad de cada empresa para ofrecer servicios de transporte urbano de pasajeros en dichas comunas (fs. 14), lo que habría tenido como consecuencia mayores tiempos de espera y afectación de la competencia en precios entre las Requeridas, provocando daño a los usuarios de dicho servicio (fs. 8);

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Cuadragésimo noveno: Que el objeto o finalidad del acuerdo consta en distintas cláusulas de los Protocolos. Así, en la cláusula segunda, letras A, B y C del Primer Protocolo (y, en términos similares, las cláusulas segundas, letras A, B y C del Segundo y Tercer Protocolo), se señala que su objeto era “*planificar, racionalizar y optimizar la prestación de este servicio de transportes*”, y el “*congelamiento del actual parque y dotación de buses y taxibuses que se encuentra operando (...) por cinco años*”. Más adelante se indica lo siguiente: “*No obstante el congelamiento del parque, se considera el aumento del número de máquinas que permita a cada línea satisfacer las necesidades que se generan por el aumento de población (...) [en nueve máquinas por cada línea (...) en forma gradual de dos buses por año]*”;

Quincuagésimo: Que las Requeridas, en tanto, sostuvieron que los Protocolos no habrían tenido por objeto limitar la producción sino corregir dos externalidades negativas, como la congestión del tráfico y la contaminación que se había producido en Temuco y Padre de las Casas y, en consecuencia, consideran que no tuvieron efectos anticompetitivos;

Quincuagésimo primero: Que, en particular, las Líneas 1 y 2 indicaron que las razones de la suscripción de los Protocolos fue hacerse cargo de dichas externalidades, habida cuenta de los antecedentes del Estudio Sectra (fs. 437-439). La Línea 4 alegó que la obligación contenida en los Protocolos consiste en autolimitarse, debido a la congestión y desorden en la locomoción colectiva (fs. 107). En el mismo sentido, la Línea 5 sostuvo que los Protocolos son un acuerdo de cooperación entre competidores, para hacer frente a la congestión y contaminación (fs. 211-214). Por último, las Líneas 6, 7, 8 y 9 indicaron que los Protocolos buscaron dar una respuesta a la congestión (fs. 337-338 y fs. 358-359), a solicitud de la autoridad sectorial (fs. 343 y fs. 364);

Quincuagésimo segundo: Que, por otra parte, la Línea 3 sostuvo que efectivamente en los Protocolos se acordó el congelamiento del parque y la dotación de buses, pero que ello se debió a “*la preocupación que manifestaba la autoridad administrativa del transporte público del momento, en torno a la incansable competencia de los distintos recorridos, la seguridad de los usuarios de transporte público y la optimización de la oferta de transporte hacia los usuarios*” (fs. 177); mientras que la Línea 10, al allanarse parcialmente al Requerimiento, se limitó a reconocer la existencia de un acuerdo único entre las Requeridas, mas no profundizó en el objeto del mismo;

Quincuagésimo tercero: Que, sin perjuicio de lo consignado en los Protocolos sobre el objeto del acuerdo, en lo que sigue se explicará, desde un punto de vista

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

económico, cuándo un acuerdo puede restringir la producción en mercados como el de autos, y luego se analizará la prueba rendida;

Quincuagésimo cuarto: Que, para resolver la controversia sobre el sentido y alcance del objeto del acuerdo imputado, es necesario, en primer lugar, delimitar qué se entiende por producción en este mercado;

Quincuagésimo quinto: Que, el concepto de producción tiene una acepción más amplia a la que se suele referir en el ámbito más conceptual, en particular, cuando se trata de bienes y servicios de calidad homogénea. Cuando los bienes y servicios son completamente homogéneos, un acuerdo que tiende a reducir la cantidad del producto o frecuencia del servicio es equivalente a un acuerdo que limita la producción. En este orden de ideas, por ejemplo, serían acuerdos que limitan la producción no solamente aquellos que redujeran la producción de concentrado de cobre, sino también aquellos que, manteniendo el volumen de concentrado, reducen la ley que tiene éste. De la misma manera, se entiende que un acuerdo que limita el número de pozos de petróleo tiene la misma consecuencia y tiene la misma potencialidad, que uno que limita la producción de barriles. Del mismo modo, también se entiende que limita la producción un acuerdo que reduce la frecuencia con la que se entrega un determinado servicio y no solamente uno que reduce el número de clientes atendidos. Todos ellos son equivalentes prácticos a lo que – desde una perspectiva teórica– se considera reducción de la producción aplicable al caso de bienes y servicios homogéneos;

Quincuagésimo sexto: Que, aplicados los conceptos anteriores al caso de autos, es posible determinar que la producción comprende, al menos, (i) la flota de buses y sus recorridos presentes y potenciales; (ii) la disponibilidad de espacio y asientos en cada bus; y (iii) la frecuencia con la que pasan los buses por los paraderos de sus recorridos. Esto último sería especialmente sensible para los pasajeros en las horas de demanda de punta, donde el mayor tiempo de espera resultaría más gravoso;

Quincuagésimo séptimo: Que, en este sentido, los buses son el principal activo que requieren las empresas prestadoras del servicio de transporte de pasajeros y determinan la cantidad máxima de frecuencias, espacios y extensión de recorridos que puede producir cada línea. Así, el acuerdo adoptado entre las Requeridas constituye una restricción a la oferta y a la capacidad productiva de los competidores, por cuanto establece un límite a la flota de buses de cada línea y, por lo tanto, impone una cota superior a la producción del servicio de transporte público de pasajeros. En particular, limitar la cantidad de buses que puede operar cada línea

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

tiene la capacidad de restringir la frecuencia con la que transitan los buses en los recorridos existentes –al menos– en horario punta y, además, puede limitar la cobertura y la cantidad de recorridos al existir una exigencia de frecuencia mínima por parte de la autoridad que, en este caso, corresponde a 10 buses por hora, en hora punta (Resolución Exenta 18/2000 de la Seremitt IX Región). De esta manera, es posible afirmar que el acuerdo tuvo el potencial de limitar la producción del servicio de transporte público de pasajeros;

Quincuagésimo octavo: Que lo anterior también está refrendado por la prueba que se aportó al proceso en cuanto muestra que el congelamiento del parque de buses acodado en los Protocolos implicó limitar la producción (punto N° 3 de la resolución que recibió la causa a prueba). En efecto, según el informe de Leonardo Basso y Hugo Silva, desde un punto de vista teórico, *“ante incrementos en la demanda, el acuerdo de congelamiento del parque no sólo lleva a frecuencias menores que las de la competencia oligopólica, sino que a mayores precios generalizados”* (página 13 y, en el mismo sentido, página 17, del Informe Económico de Leonardo Basso y Hugo Silva, acompañado a fs. 404 y 535). Complementando dicha mirada teórica, el testigo Roberto Villalobos, Jefe de Desarrollo de la División de Transporte Público Regional del MTT declaró que *“A ver, en función de la velocidad comercial que los, que se puede tener hoy en día en el marco de la congestión existente... existe una relación directa, a más flota, se puede ofrecer más frecuencia. Entonces, lo que se intentó hacer, en el marco de la negociación del perímetro de exclusión, entendiendo que habían sectores que tenían problemas de oferta, se intentaba... hacer exigible una frecuencia adicional, lo que significaba flota adicional y parte de esa flota se podría compensar en el marco de la negociación y de los recursos que comenté hace un momento”* (fs. 721);

Quincuagésimo noveno: Que, junto con lo anterior, es relevante tener en consideración que un acuerdo como el de autos permite aumentar las utilidades de sus participantes al disminuir los costos del servicio de transporte, sin afectar negativamente los ingresos. En efecto, los costos de las líneas de buses, por trayecto, dependen del número de buses en circulación y de la frecuencia en que dan el servicio (por el mayor costo de combustible que ello implica), pero son mínimamente dependientes del número de pasajeros transportados y la demanda por viajes de los pasajeros es bastante inelástica a la comodidad y a la frecuencia. De esta manera, una caída en la flota de buses reduciría la frecuencia de los servicios, lo que no afectaría sustancialmente el número de pasajeros transportados, pese a que los buses irían más llenos y los pasajeros deberían esperar más tiempo;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Sexagésimo: Que este objetivo sólo era alcanzable de manera coordinada, porque de otra forma –en un equilibrio competitivo– los agentes individualmente habrían tenido incentivos a aumentar la cantidad de buses ofrecida o su frecuencia, para obtener mayores utilidades, al observar la reducción de la flota de los rivales. Así, en la eventualidad que uno o más operadores redujeran unilateralmente sus flotas, el proceso competitivo hubiese llevado a las otras empresas a aumentar la cantidad de buses para ampliar su capacidad productiva y, así, poder capturar la demanda no servida por aquellas que redujeran su capacidad (fs. 2021-2023);

Sexagésimo primero: Que, en concordancia con lo mencionado en la consideración precedente, la limitación de la flota de buses constituyó una regla de fácil monitoreo del cumplimiento del acuerdo, que posibilitó su ejecución y sostenibilidad a través del tiempo. En tal sentido, un acuerdo que limita la flota de buses resulta la manera más sencilla de reducir la producción, porque es simple de monitorear, al constar el número de buses disponibles por cada Línea en el Registro Nacional de Servicios de Transporte de Pasajeros del MTT –regulado por el D.S. N° 212– y tener la flota menos variaciones en el tiempo que la frecuencia diaria de cada una de éstas;

Sexagésimo segundo: Que, además, consta en autos que las Requeridas establecieron mecanismos de monitoreo y sanciones. En particular, en el Primer Protocolo se especificó que el aumento de buses tomaría como inventario base el parque inscrito en aquel momento y que, a fin de evitar el incumplimiento de las obligaciones, cada empresa emitiría un documento bancario por la suma de \$20 millones, a nombre de las asociaciones gremiales mencionadas en el acuerdo. Por su parte, en el Segundo Protocolo y Tercer Protocolo se acordaron las mismas medidas de monitoreo –con base en el Registro Regional de la Seremi de Transportes y Telecomunicaciones de la Región de la Araucanía– y sanción –esta vez, por medio de la emisión de un documento bancario por \$50 millones por empresa–;

Sexagésimo tercero: Que habiéndose aclarado que el objeto del acuerdo imputado por la FNE fue limitar la producción, en los considerandos que siguen se evaluarán las alegaciones de las Requeridas relativas a los fines supuestamente legítimos y socialmente beneficiosos que habrían perseguido los Protocolos, esto es, corregir la congestión del tráfico y la contaminación en Temuco y Padre de las Casas. En esta línea argumental, la Línea 5 sostuvo que los Protocolos constituyeron acuerdos de cooperación entre competidores de carácter lícito, que persiguieron fines legítimos y socialmente beneficiosos (fs. 211), citando al efecto

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

un borrador de guía de acuerdos entre competidores y sustentabilidad, redactada por la agencia de competencia holandesa (Autoriteit Consument & Markt);

Sexagésimo cuarto: Que, sobre esta materia, lo primero que se debe tener en consideración es que en el derecho de la libre competencia existen ciertos acuerdos entre competidores que constituyen conductas inherentemente anticompetitivas cuando recaen en algunas variables competitivas (véase por ejemplo, Catersen, Peter, 2020, *The Incoherent Justification for Naked Restraints of Competition: What the Dental Self-Regulation Cases Tell Us About the Cavities in Antitrust Law*, Legal Studies Research Paper Series Paper No. 1589, University of Wisconsin Law School, p. 687; Hovenkamp, Herbert, *Principles of Antitrust*, West Academic Publishing (2017), p. 168; y Corte Suprema de Estados Unidos, *United States v. Socony-Vacuum Oil Co.*, 310 U.S. 150, 218 a 224 (1940)). Es lo que en doctrina se conoce como *carteles duros* (o “restricciones desnudas” como se denominan en Estados Unidos) y que tienen por objeto típicamente fijar el precio, la cantidad producida, repartir zonas o mercados y afectar procesos licitatorios;

Sexagésimo quinto: Que, atendido que es improbable que tales acuerdos puedan producir algún beneficio o eficiencia, se analizan bajo lo que la doctrina denomina la *regla per se*, que tiene su origen en Estados Unidos (en contraste a la *regla de la razón*). Se ha señalado al efecto que “una ‘restricción desnuda’ es aquella con un bajo potencial de beneficio social y se le aplica la regla per se porque requiere poca o ninguna indagación con respecto al poder de mercado generado o sus efectos anticompetitivos” (Hovenkamp, Herbert, *Principles of Antitrust*, West Academic Publishing (2017), p. 167). En otras palabras, la lógica subyacente a la *regla per se* implica que basta con acreditar que existió un acuerdo entre competidores, sobre alguna de dichas variables, para que la conducta sea sancionada, con independencia de los efectos que el acuerdo haya producido en la competencia y si el mismo confirió poder de mercado a los que participaron en él. De este modo, los efectos anticompetitivos que puede producir el acuerdo en el mercado no son considerados como un presupuesto para configurar la conducta ilícita, sino que únicamente para determinar la sanción a imponer;

Sexagésimo sexto: Que, el razonamiento antes expuesto está reconocido en el D.L. N° 211 y en la jurisprudencia nacional. En efecto, el actual artículo 3° letra a) de dicho decreto ley dispone que los acuerdos entre competidores que consistan en fijar precios, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado o afectar procesos de licitación, son ilícitos, se hayan producido o no efectos y les hayan conferido o no poder de mercado a sus partícipes. La evolución histórica de la

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

descripción de esta figura confirma lo que se viene diciendo, toda vez que la Ley N° 19.911 disponía que, respecto del artículo 3° letra a) del D.L. N° 211, se requería que los participantes de un acuerdo de este tipo debían *abusar* del poder de mercado que dicho acuerdo les confería; en otras palabras, la norma exigía probar los efectos del mismo. Posteriormente, la reforma introducida el año 2009, mediante la Ley N° 20.361, eliminó tal exigencia y, en su lugar, se dispuso que el acuerdo debía *conferirle poder de mercado* a sus participantes. Finalmente, la Ley N° 20.945 de 2016 eliminó la exigencia consistente en que el acuerdo confiriera poder de mercado, cuando se trata de aquellos que recaen sobre las variables competitivas que se expresaron más arriba, consagrando, de esta manera, una regla *per se* para los carteles duros. La historia de dicha ley da cuenta de tal consagración, según pasa a exponerse;

Sexagésimo séptimo: Que una de las ideas matrices del proyecto de ley que dio origen a la citada Ley N° 20.945 fue, precisamente, eliminar “*la exigencia de que el acuerdo o la práctica concertada confieran poder de mercado para sancionar ilícitos de colusión y ajuste del tipo infraccional de colusión a las hipótesis de los denominados ‘carteles duros’*”, agregando que resultaba suficiente para que el acuerdo sea “*declarado como anticompetitivo y contrario a la ley, que se acredite su existencia y que verse sobre las variables esenciales de competencia antes mencionadas*” (Historia de la Ley N° 20.945, página 5, Mensaje de 16 de marzo de 2015, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, https://www.bcn.cl/historiadela ley/fileadmin/file_ley/5311/HLD_5311_7f93c203e2386f972e54607e35a67e00.pdf). En forma más explícita aún, dicho mensaje indicó que “*dado que se concibe a los carteles duros como prácticas manifiestamente anticompetitivas, los tribunales están autorizados a condenar a quienes incurran en ellas sin necesidad de que se realice un completo análisis del mercado relevante ni de su efecto anticompetitivo, siendo además improcedente que el requerido o demandado invoque defensas de eficiencia, que, en rigor, son inexistentes*” (Historia de la Ley N° 20.945, páginas 5-6, Mensaje Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, https://www.bcn.cl/historiadela ley/fileadmin/file_ley/5311/HLD_5311_7f93c203e2386f972e54607e35a67e00.pdf);

Sexagésimo octavo: Que, a mayor abundamiento, el Ministro de Economía de la época expuso ante la H. Cámara de Diputados que “*la gravedad de la conducta la hace merecedora de ser castigada per se*” (Informe de Comisión de Economía, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, https://www.bcn.cl/historiadela ley/fileadmin/file_ley/5311/HLD_5311_7f93c203e2386f972e54607e35a67e00.pdf, página 112). Por su parte, el Fiscal Nacional Económico, al momento

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

de la discusión en sala, sostuvo ante la H. Cámara “*que lo que hace la indicación es poner en línea la legislación chilena con la vigente en países desarrollados como Estados Unidos o las naciones europeas, donde la exigencia de probar que un cartel confiere poder de mercado causaría sorpresa a los expertos en derecho de la libre competencia. (...) Sin embargo, esto no significa que los imputados no puedan defenderse, ya que mientras a la FNE le bastará demostrar que hubo acuerdo o concertación previa en relación con el precio o la cantidad de un producto, los coludidos podrán demostrar que ello no produjo efectos para la competencia o que estos fueron menores, a fin de determinar el monto de la multa aplicable*” (Informe de Comisión de Economía, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile https://www.bcn.cl/historiadelailey/fileadmin/file_ley/5311/HLD_5311_7f93c203e2386f972e54607e35a67e00.pdf, página 75);

Sexagésimo noveno: Que, del mismo modo, la jurisprudencia de este Tribunal (Sentencia N° 167/2019, 171/2019 y 172/2019, entre otras) y de la Excma. Corte Suprema (Sentencias Rol N° 5.128-2016, de 12 de octubre de 2016 y N° 15.005-2019, de 14 de agosto de 2020) también han señalado que no es necesario probar los efectos de un acuerdo entre competidores que tenga por objeto fijar precios, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado o afectar procesos de licitación. Así, la Excma. Corte Suprema ha sido explícita en esta materia al admitir la diferencia entre los carteles duros y otro tipo de acuerdos entre competidores, al señalar que “[los acuerdos] *se agrupan entre aquellos que tienen un objeto anticompetitivo o ilegales per se y aquellos que tienen efectos anticompetitivos o ilegales por la regla de la razón. Los primeros son los denominados carteles duros, que se caracterizan por generar efectos perjudiciales para la competencia, sin que se generen eficiencias que los compensen, razón por la que se prohíben por su sola existencia, pues es tan probable su efecto anticompetitivo que son condenados ‘per se’*” (Sentencia Rol N° 15.005-2019, de 14 de agosto de 2020, C. 27);

Septuagésimo: Que, como se puede apreciar, un acuerdo como el acusado en autos –cuyo objeto es limitar la producción– es un cartel duro, ilícito *per se*, y no puede considerarse un acuerdo de colaboración entre competidores, como aduce Línea 5, según se explica a continuación;

Septuagésimo primero: Que, en contraste con los acuerdos colusorios –ya sean carteles duros o de aquellos establecidos en la segunda parte del artículo 3°, inciso segundo, letra a) del D.L. N° 211–, los acuerdos de colaboración entre competidores corresponden a una cooperación o *joint ventures*, distintos a una operación de concentración que generalmente surgen con motivo de la combinación de las

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

capacidades y recursos de agentes económicos que son competidores actuales o potenciales. Así, los acuerdos de cooperación tienen el potencial de generar eficiencias para los consumidores y deben estar “razonablemente relacionados o ser razonablemente necesarios para alcanzar beneficios procompetitivos a partir de una integración de la actividad económica que incrementa la eficiencia” (Guía *Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors*, Department of Justice y Federal Trade Commission, 2000, traducción libre, p. 8). En concreto, se materializan en uno o más ámbitos o actividades específicas tales como la investigación y desarrollo, la producción, *marketing*, la distribución, o las compras conjuntas de competidores. En consideración a lo anterior, este tipo de acuerdos se analiza bajo la *regla de la razón*, cuyo objetivo es examinar la naturaleza del acuerdo, las circunstancias del mercado imperantes, lo que se traduce en hacer una ponderación de los riesgos anticompetitivos y las ganancias en eficiencias asociados al acuerdo de colaboración de que se trate (véase por ejemplo Hovenkamp, Herbert, *The Rule of Reason*, Florida Law Review, Vol. 70 (2018), p. 83); las sentencias de la Corte Suprema de Estados Unidos en *California Dental Ass’n v. FTC*, 119 S. Ct. 1604, 1617-18 (1999); y *FTC v. Indiana Fed’n of Dentists*, 476 U.S. 447, 459-61 (1986). La aplicación de esta regla, en definitiva, importa que la autoridad que realiza el escrutinio de un acuerdo de este tipo debe establecer un contrafactual, esto es, analizar las condiciones de competencia que existirían en ausencia del acuerdo de colaboración que se analiza y compararlas con aquellas condiciones que regirían a consecuencia del acuerdo. Al respecto, el *Department of Justice* y la *Federal Trade Commission* de Estados Unidos señalan que “la regla de la razón se enfoca en las condiciones de competencia, con acuerdo de colaboración y sin él. La pregunta central es si el acuerdo de colaboración puede restringir la competencia, al incrementar la capacidad o los incentivos de subir los precios o de reducir la producción, la calidad, el servicio o la innovación, que probablemente prevalecerían en ausencia del acuerdo” (traducción libre, Guía *Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors*, 2000, disponible en: https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_events/joint-venture-hearings-antitrust-guidelines-collaboration-among-competitors/ftcdojguidelines-2.pdf, página 4);

Septuagésimo segundo: Que la diferencia en el análisis de los carteles duros y los acuerdos de colaboración ha sido reconocida en la jurisprudencia reciente de este Tribunal, cuando se resolvió que “aun cuando en términos generales los acuerdos entre competidores son mirados con sospecha por el derecho de la competencia, siendo fuerte la presunción en su contra, ellos no siempre son dañinos

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

(...). *Más aún, algunos joint ventures son valiosos en la medida que crean nuevos mercados más extendidos que los existentes. Por ello, su propósito puede ser legítimo y socialmente deseable. La cuestión radica en establecer de manera clara si un acuerdo produce o facilita comportamientos colusivos, de modo de poder establecer la eventual aplicación de la regla per se establecida en la letra a) del inciso 2° del artículo 3° del D.L. N° 211*” (Resolución N° 54/2018, C. 13-14). En casos de acuerdos entre competidores que no tengan la calidad de acuerdos colusorios, la misma Resolución N° 54/2018 antes referida, establece que las partes de un acuerdo deben *“mostrar sus efectos en el mercado y probar que los acuerdos son, en balance, pro competitivos”* (Resolución N° 54/2018, C. 15). Del mismo modo, la Excma. Corte Suprema ha admitido que los acuerdos de colaboración horizontal requieren ponderar los riesgos y beneficios que de ellos deriven, señalando al efecto que *“En cambio, los segundos [acuerdos de colaboración], son actos que si bien importan un comportamiento anticompetitivo, eventualmente, pueden generar sinergias o eficiencias en el mercado que superan con creces los efectos negativos en el mercado competitivo, razón por la que para su sanción, se acude a la regla de la razón estudiando concretamente los efectos que se producen en el mercado”* (Excma. Corte Suprema, (Sentencia Rol N° 15.005-2019, de 14 de agosto de 2020, C. 27);

Septuagésimo tercero: Que, a la luz de los criterios antes expuestos, en términos generales, los acuerdos de cooperación entre competidores son permitidos en sede de competencia sólo en la medida que aumenten la capacidad y los incentivos de los agentes económicos que colaboran entre sí para competir y que, por consiguiente, pueden generar eficiencias para los consumidores, tales como menores precios, mejor calidad o más innovación, esto es, que produzcan un efecto neto procompetitivo. En particular, los acuerdos de colaboración entre competidores pueden ser tolerados por el derecho de la competencia cuando persigan generar eficiencias que no podrían lograrse por otra vía menos restrictiva para la competencia (Resolución de 28 de enero de 2016, que aprueba el Acuerdo Extrajudicial N° 13-16). Adicionalmente, y entre otras condiciones, para que un acuerdo de cooperación de esta clase se considere lícito desde el punto de vista de la libre competencia, debe generar eficiencias verificables y traspasables a los consumidores en una medida tal que compense los efectos restrictivos a la competencia provocados por este;

Septuagésimo cuarto: Que, en el asunto *sub judice*, no concurren los elementos antes expuestos relativos a los acuerdos de colaboración horizontal. A modo ilustrativo, las Requeridas no solamente no acreditaron que se cumplirían en este

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

caso los supuestos que harían aplicables esos criterios, sino que, además, existen varias formas de obtener menor congestión y contaminación, como por medio de la creación de un perímetro de exclusión por regulación sectorial, o mediante el cumplimiento de estándares de emisiones de CO₂. Además, el propio Estudio Sectra (fs. 1735) propone alternativas para solucionar dichas externalidades, tales como (i) la creación de vías prioritarias de transporte público en ciertos ejes; (ii) la generación de pares especializados de buses; y (iii) una combinación de las propuestas anteriores;

Septuagésimo quinto: Que, de cualquier manera, tampoco se cumplen en este caso los supuestos entregados en el borrador de guía de acuerdos entre competidores y sustentabilidad, redactada por la agencia de competencia holandesa (Autoriteit Consument & Markt), que cita la Línea 5 en su defensa. Dicho documento es un borrador que contiene lineamientos generales de la autoridad holandesa respecto de acuerdos de colaboración entre competidores cuando éstos se consideran sustentables, si cumplen las condiciones allí señaladas. Tal borrador es coherente con la lógica y el marco de análisis expuestos precedentemente, en cuanto excluye de su ámbito de aplicación a los carteles duros (*v.gr. “no deben afectar variables competitivas relevantes”*, pár. 16 y en el mismo sentido, los párrafos 10 y 17), como es el caso de los acuerdos objeto del Requerimiento de autos;

Septuagésimo sexto: Que, por consiguiente, en razón que el acuerdo imputado por la FNE recayó sobre una variable competitiva de aquellas señaladas en la primera parte del artículo 3° inciso segundo, letra a) del D.L. N° 211, en cuanto tuvo por objeto limitar la producción, y que respecto de este tipo de acuerdos rige la regla *per se*, según dispone la legislación aplicable, se tiene por acreditada la infracción, respecto de las Requeridas, con excepción de la Línea 10, a cuyo respecto deben concurrir los presupuestos previstos para el ilícito colusorio con anterioridad a agosto de 2016, según se analiza a continuación;

5.2. Poder de mercado

Septuagésimo séptimo: Que, en lo que sigue, se analizará si el acuerdo acusado confirió poder de mercado a las requeridas ya que, como se explicó en los considerandos vigésimo tercero y vigésimo cuarto, respecto de la Línea 10 se aplica el texto del artículo 3°, inciso segundo letra a), anterior a la entrada en vigencia de la Ley N° 20.945, que contemplaba esta exigencia para configurar el ilícito colusorio. Como se ha resuelto en casos anteriores, el grado de poder de mercado conferido que se requiere acreditar en casos de colusión es menor al que se exige en un caso

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

de abuso de posición dominante, tal como ha ratificado la jurisprudencia de este Tribunal (véanse, por ejemplo, las Sentencias N°74/2008, C. 3, N°79/2008, C. 15 y N°145/2015, C. 18);

Septuagésimo octavo: Que, en este orden de consideraciones, como se señaló en la Sentencia N°145/2015 (C. 19), el poder de mercado puede calcularse de dos formas, a saber: (i) de manera directa, utilizando métodos económicos (como, por ejemplo, el llamado “Índice de Lerner”) o analizando la evidencia relativa a los efectos anticompetitivos de la conducta (así lo ha resuelto también la jurisprudencia comparada, *v.gr. Toys “R” Us v. FTC*, 221 F.3d 928 (7th Cir. 2000) y *California Dental Ass’n v. FTC*, 526 U.S. 770 (1999)), o bien, (ii) de manera indirecta, a través de la delimitación de un mercado relevante. A este último método, al cual se acude cuando existen dificultades para utilizar el primero, se ha referido recientemente la Excmá. Corte Suprema, cuando señala que la determinación del mercado relevante es *“entonces necesaria para establecer uno de los requisitos esenciales del ilícito anticompetitivo, esto es, que el acuerdo colusorio –que se tuvo por establecido– confiera poder de mercado, ello, para la configuración de la figura prevista por el artículo 3° del Decreto Ley N° 211 en los términos que ya se ha explicitado en el presente fallo”* (Excmá. Corte Suprema, Sentencia Rol N° 27.181-2014, de fecha 29 de octubre 2015, C. 52);

Septuagésimo noveno: Que, de esta manera, el objetivo último del examen antes indicado es establecer, de la forma que resulte más adecuada al caso concreto, si el acuerdo otorgó o no el poder de mercado necesario para atribuir responsabilidad en materia de libre competencia, tal como exigía la hipótesis normativa del artículo inciso segundo letra a), del D.L. N° 211, previo a agosto de 2016;

Octogésimo: Que, en el caso de autos, el análisis realizado a propósito del mercado relevante y de las condiciones de entrada al mismo, refleja claramente que el acuerdo acusado confirió poder de mercado a las Requeridas. En efecto, basta mirar la participación de mercado de las Líneas para arribar a tal conclusión (77,4% según se indicó en el considerando cuadragésimo y Cuadro N° 1, del considerando cuadragésimo), lo que se ve reforzado por las dificultades para ingresar a este mercado que se explicaron en los considerandos cuadragésimo segundo a cuadragésimo sexto;

Octogésimo primero: Que, habiendo determinado que el acuerdo imputado es de aquellos que limitan la producción y que les confirió poder de mercado a las Requeridas, en los considerandos que siguen se analizará igualmente la prueba rendida en el proceso sobre los efectos que produjo el acuerdo para limitar la

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

producción, ya que es especialmente relevante al momento de adoptar las medidas del artículo 26 del D.L. N° 211 que se aplicarán en la especie;

5.3. Efectos del acuerdo

Octogésimo segundo: Que, en forma previa a analizar los efectos concretos, actuales y potenciales, que el acuerdo produjo en el mercado de transporte de pasajeros de Temuco y Padre de Las Casas, es necesario hacerse cargo de la alegación de la Línea 5 conforme a la cual no era posible limitar la producción ya que las Requeridas habrían tenido capacidad ociosa y, por consiguiente, un acuerdo de este tipo no habría producido efectos en la competencia. Para acreditar su alegación, esta Requerida acompañó el informe "Análisis del supuesto efecto en producción y precios de los protocolos para estabilizar el parque de taxibuses en Temuco", de José Luis Lima ("Informe Lima"), que rola a fojas 1615. En tal documento se afirma que todas las Líneas de buses contaron con exceso de capacidad instalada durante toda la vigencia del acuerdo, es decir, la flota de buses habría estado sobredimensionada para todas y cada una de las requeridas durante 20 años, tal como muestra el Cuadro N° 2;

**Cuadro N° 2
Flota mínima necesaria para operar / Flota operativa (en %), corrigiendo los recorridos de la Línea 5 en el año 2008**

Línea de bus	Flota necesaria Punta mañana / Flota operativa				Flota necesaria Fuera punta / Flota operativa			
	1996	2008	2012	2015	1996	2008	2012	2015
1	78%	41%	51%	54%	52%	47%	61%	-
2	57%	36%	59%	87%	57%	36%	56%	-
3	83%	44%	54%	60%	44%	46%	52%	-
4	56%	44%	48%	52%	50%	51%	43%	-
5	68%	76%	51%	69%	62%	75%	56%	-
6	69%	44%	63%	67%	60%	48%	54%	-
7	61%	34%	57%	57%	58%	34%	60%	-
8	63%	81%	55%	63%	57%	72%	60%	-
9	68%	68%	75%	81%	59%	86%	75%	-
10	88%	30%	50%	54%	88%	35%	53%	-
Total	69%	51%	57%	64%	57%	54%	58%	-

Fuente: Informe Lima, p.32.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Octogésimo tercero: Que, en ese entendido, este informe concluyó que el acuerdo no habría afectado la producción en el mercado, ya que todas las Líneas de buses habrían contado con más máquinas que las necesarias para ofertar de manera competitiva sus servicios. Sin embargo, esta alegación sobre el exceso de capacidad ociosa no resulta atendible por las razones que se esgrimen a continuación;

Octogésimo cuarto: Que, en primer lugar, es contrario a las reglas de la lógica y de la experiencia que las Requeridas hayan contado, en forma previa a la suscripción de los Protocolos, con flotas excedentarias, es decir, que poseyeran un número de buses mayor a aquel necesario para servir la demanda, incluso de los horarios punta. Lo anterior por cuanto las Líneas tendrían que haber incurrido voluntariamente en mayores costos, sin que existiera una contrapartida de mayores ingresos, lo que no es racional, toda vez que las empresas que se desempeñan en un ambiente competitivo buscan maximizar sus ganancias;

Octogésimo quinto: Que, en segundo lugar, como se señaló, una de las Requeridas, la Línea 10, para poder ofrecer un nuevo recorrido en 2016, se desvió del acuerdo e incorporó más buses de los permitidos en el Tercer Protocolo, lo que no habría sido necesario si hubiere tenido exceso de capacidad como arguyó la Línea 5. En este sentido, la Línea 10 reconoció que si “*se hubiese limitado por las restricciones de los Protocolos de Acuerdo, la creación del servicio 10C no hubiese ocurrido*” (fs. 1907) y que, por lo tanto, no habría podido expandir su recorrido en un 38%;

Octogésimo sexto: Que, en tercer lugar, la misma Línea 10 afirmó que operó “*sus servicios a plena capacidad respecto de las máquinas que tenía inscritas en el SEREMITT, salvo aquellas máquinas que no estaban en servicio, por diversos motivos, y que ascendían a un 18% de la cantidad de flota; un 10% por restricción vehicular y, aproximadamente, un 8% por otros factores (como panne y enfermedad de trabajadores)*” (fs. 1921), por lo que no es verosímil que haya tenido un 46% de exceso de capacidad como se desprende del Cuadro N° 2;

Octogésimo séptimo: Que, en cuarto lugar, la supuesta holgura en capacidad es contradictoria con el hecho que las Líneas 1, 2, 3, 5, 6, 8 y 9 mantuvieron flotas y tuvieron una cantidad de buses igual o muy cercana al máximo permitido por los Protocolos durante todo el período en el que estuvieron vigentes (fs. 2048 a 2052). Esto da cuenta de que la restricción fue activa y que, de no haber existido el acuerdo, las Líneas hubiesen incorporado más buses al mercado. Con ello, hubiese existido la posibilidad de ofrecer mayores frecuencias y ampliar los recorridos;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Octogésimo octavo: Que, por último, existe prueba que muestra que, en ocasiones, los cupos para incorporar nuevas máquinas incluso eran licitados entre los empresarios microbuseros de una misma Línea, por cuanto varios querían asignarse el nuevo cupo de bus. Al respecto, en la absolución de posiciones del representante legal de la Línea 3, éste indico que “*yo tenía interés de traer una otra máquina, y yo sabía se iban a sortear dos cupos más para la línea. Y asistí a esa reunión y lamentablemente se hizo un sorteo y yo no salí po’*. Es decir, salieron otras personas favorecidas (...). Hace como dos o tres años se hizo eso” (fs. 1477). A mayor abundamiento, el mismo absolvente sostuvo que faltaban buses para proveer servicios en nuevas variantes, atendido el crecimiento de la población (fs. 1481 vuelta) y que todos los socios de la Línea 3 estaban interesados en obtener el cupo sorteado (fs. 1485 vuelta y 1486);

Octogésimo noveno: Que lo señalado en el Informe Sectra sobre esta materia no contradice las conclusiones precedentes sobre el supuesto exceso de capacidad. Si bien dicho informe identifica un exceso de oferta en buses (Informe Sectra, p. 5), este es un resultado agregado y aplicable sólo al período de estudio del mismo (año 2002). De esta manera, no es posible argumentar que todas las Líneas contaban con capacidad ociosa, que esta holgura se extendió a todo el período afectado por el acuerdo y que era exactamente la misma en las distintas Líneas de buses. En el improbable caso que todas las Requeridas hubieran tenido exceso de capacidad, incluso para servir las demandas punta, es decir, que todas hubieran tenido buses voluntariamente detenidos en todo momento, no resulta verosímil que esta holgura se haya mantenido para todas las Requeridas por el período completo en el que estuvieron vigentes los Protocolos, más aun si la demanda por transporte aumenta en el mediano plazo;

Nonagésimo: Que, por otra parte, de acuerdo con la información aportada por la Fiscalía a fojas 535, la que no fue controvertida por las Requeridas, la flota de buses creció a una tasa mucho menor en el período afectado por el acuerdo. Ello no se explica por una menor tasa de crecimiento de la demanda de transporte público. Por el contrario, tal como lo señala el Informe Lima, “*la demanda de viajes por hora aumenta en forma importante a lo largo del tiempo, principalmente para el periodo fuera de punta de la mañana*” (Informe Lima, p. 9) como consecuencia del crecimiento poblacional y de la inelasticidad de la demanda (fs. 2068). Así, mientras las Líneas aumentaron la cantidad de buses del mercado a una tasa de 0,87% anual en el período colusivo (en el caso más conservador, según muestra el cuadro a continuación), la tasa de crecimiento en los seis años previos a la suscripción del Primer Protocolo fue un 4,27% anual, es decir, casi cinco veces mayor al

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

crecimiento de la flota en el período colusivo. Esto se ve reflejado en el Cuadro N° 3 siguiente;

Cuadro N° 3
Crecimiento anual

Año	Fuente	Buses	Crecimiento del período	Tasa de crecimiento anual
1996	Informe Lima	564	-	-
2002	Informe Lima y FNE (fs. 2061)	725	29%	4,27%
2017	FNE (fs. 2117)	826	14%	0,87%
	Informe Lima	810	12%	0,74%
	Seremitt IX Región	790	9%	0,57%

Fuente: Elaboración propia, en base a Observaciones a la prueba FNE, fs. 2061 y 2117, e Informe Lima, p.16.

Nonagésimo primero: Que esta diferencia sustancial en el crecimiento de la flota de buses respecto de los años anteriores es consistente con lo señalado en el Informe Lima, como se muestra en el cuadro a continuación. En él se puede observar, además, que los taxis colectivos mantuvieron su nivel de crecimiento entre los años 2003 y 2017, el que responde a la demanda del mercado y contrasta con lo ocurrido con la flota de buses;

Cuadro N° 4
Tasa promedio de crecimiento anual de toda la flota

Tasa crecimiento anual flota	1996-2002	2002-2017
Buses	4,3%	0,7%
Taxis colectivos	1,7%	1,8%

Fuente: Informe Lima, p.15.

Nonagésimo segundo: Que estas conclusiones también se ven confirmadas con otra información acompañada en el Informe Lima, cuando compara el crecimiento de los buses con el de los viajes realizados en la conurbación Temuco-Padre Las Casas. En el Cuadro N° 4 se puede observar que los buses crecieron a un ritmo sustancialmente menor al de los viajes, por lo que se puede inferir que la restricción de capacidad generó un detrimento progresivo del servicio ofrecido al aumentar su tasa de ocupación. De hecho, el mismo informe al explicar el cuadro citado menciona que “[e]ste incremento en la demanda tiene efectos en las frecuencias y tasas de ocupación esperadas tanto en colusión como en competencia” (página 9), lo que es consistente con lo señalado en el Informe Económico de Leonardo Basso y Hugo Silva, acompañado por la FNE a fojas 404 y 535 (“ante incrementos en la demanda, el acuerdo de congelamiento del parque lleva a frecuencias menores a las que se observaría si es que las firmas compitieran libremente”, página 12);

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Cuadro N° 5
Evolución de viajes por hora, frecuencia y tasa de ocupación (pasajeros/bus)
promedio en buses para Temuco

	1996		2008		2012		2015	
	PM	FP	PM	FP	PM	FP	PM	FP
Viajes x hora	18,426	4,829	15,869	11,733	29,260	15,476	34,574	-
Frecuencia total x hora	536	450	487	513	465	496	480	-
Pasajeros x bus	34	11	33	23	63	31	72	-

Fuente: Informe Lima, p.9.

Nonagésimo tercero: Que, por otra parte, como se mencionó y analizó en el considerando cuadragésimo cuarto, en los tres Protocolos, las Requeridas también se obligaron a no compartir terminales ni crear sociedades con terceros, lo que habría sido necesario estipular para que el acuerdo de limitación de la producción imputado pudiera ser efectivamente cumplido. Pues bien, según los antecedentes acompañados por la FNE, que no fueron objetados por las Requeridas, correspondientes al Oficio Ordinario N° 3730 de la División de Normas y Operaciones de Subsecretaría de Transportes del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, de 20 junio 2017 (a fs. 5 del Cuaderno de Documentos Públicos de la FNE. Ubicación: TOMOXVI\32.OficioOrd.N°3730 Sub. Transportes y CD), durante toda la vigencia del acuerdo no se produjeron entradas ni se crearon nuevas líneas en el mercado relevante geográfico, a pesar del crecimiento demográfico de la conurbación Temuco-Padre Las Casas, de público conocimiento (<http://www.subdere.gov.cl/divisi%C3%B3n-administrativa-de-chile/gobierno-region-al-de-la-araucan%C3%AD>). Esto sugiere que la obligación de no compartir terminales asumidas en los Protocolos facilitó la implementación del acuerdo;

Nonagésimo cuarto: Que, conforme con lo expuesto, es posible afirmar que la restricción de la flota de buses fue activa y, por lo tanto, afectó la frecuencia ofrecida en los horarios de demanda de punta y la capacidad de las Líneas de expandir sus recorridos;

Nonagésimo quinto: Que la conclusión precedente no se ve alterada por las alegaciones de las Líneas 4 y 5, según las cuales no sería efectivo que habría habido una reducción en la frecuencia observada en los servicios de buses por cuanto las Requeridas cumplieron con la frecuencia mínima exigida por la autoridad sectorial;

Nonagésimo sexto: Que no se puede homologar la frecuencia mínima exigida por la autoridad sectorial a la frecuencia que se habría observado en un escenario competitivo. A lo sumo, la frecuencia mínima exigida puede haber limitado

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

los efectos en la competencia del acuerdo anticompetitivo, al no permitir que las Líneas ofrecieran un servicio con una frecuencia menor a la establecida, pero en ningún caso cumplir con este requerimiento de la autoridad puede implicar que las partes no puedan incurrir en prácticas anticompetitivas, como la que se presentó en autos. De esta manera, lo que se debe analizar es si la frecuencia observada fue menor a la que se hubiese observado en ausencia del acuerdo;

Nonagésimo séptimo: Que, en este sentido, es la misma Línea 5 la que indica que antes del acuerdo las frecuencias promedio de sus recorridos estaban por sobre el mínimo exigido y que éstas posteriormente se redujeron. En particular, señala que el año 2001 sus recorridos presentaron frecuencias de entre 11 y 16 buses por hora, según el Estudio Sectra, mientras que en el período comprendido por los Protocolos las frecuencias fluctuaron entre 5 y 12 buses por hora, según diversas fuentes citadas por esta Requerida (fs. 2276 a 2285);

**Cuadro N° 6
Frecuencia Línea 5**

	Sectra	Planillones	Análisis Franklin Ávila	Testimonial Franklin Ávila	Testimonial Marcelo Aurolo
Período	2001	2014-2018	2017	Acuerdo	Acuerdo
Frecuencia observada	11 a 16	5 a 12	7 a 7,5	6 a 12	7,5 a 12

Fuente: Elaboración propia en base al escrito de Observaciones a la prueba de Línea 5, fs. 2276 a 2285.

Nonagésimo octavo: Que el Informe Lima, también concluye que las frecuencias habrían disminuido en el período afectado por los Protocolos, tal como muestra el Cuadro N° 7. En particular, indica que la frecuencia en horario punta se redujo en 2008 y 2012, aumentando levemente en 2015, pero siendo todavía menor a la frecuencia observada en 1996, previo al acuerdo;

**Cuadro N° 7
Evolución de las frecuencias de buses (buses/hora) en punta de la mañana y fuera de punta (frecuencia ida + frecuencia vuelta)**

Línea de bus	Punta mañana				Fuera punta			
	1996	2008	2012	2015	1996	2008	2012	2015
1	54	42	48	46	36	49	60	-
2	40	24	36	50	40	24	36	-
3	68	68	64	66	36	71	64	-
4	50	29	36	35	44	33	34	-

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

5	66	89	42	51	60	88	48	-
6	62	36	54	51	54	39	48	-
7	32	36	50	46	30	36	56	-
8	64	86	56	58	58	77	64	-
9	60	60	44	42	52	75	46	-
10	40	20	36	35	40	23	40	-
Total	536	487	465	480	450	513	496	-

Fuente: Informe Lima, p.22.

Nonagésimo noveno: Que lo anterior es consistente con la teoría económica. En efecto, tal como se señaló en el considerando nonagésimo segundo, una restricción de capacidad se activa en horario punta –pues existe mayor demanda y se utiliza toda la capacidad instalada–, mientras que en horario valle existe holgura y se puede ofrecer una cantidad inferior a la posible. En este caso, eso es exactamente lo que sucede: la frecuencia en horario punta disminuye y la frecuencia en horario valle incluso aumenta respecto del período previo al acuerdo;

Centésimo: Que, por otra parte, la Línea 5 afirmó que en el período en el cual estuvieron vigentes los Protocolos aumentó la cobertura de los recorridos en el mercado geográfico. Así, señaló que en el año 1996 sus recorridos sumaban un total de 73,8 kilómetros, mientras que en el año 2017 estos sumaban 168,7 kilómetros, por lo que la cobertura habría aumentado en 94,9 kilómetros;

Centésimo primero: Que, sin embargo, sólo 53 de esos 94,9 kilómetros de aumento ocurrieron en el período comprendido por el acuerdo, según lo expuesto por la misma Línea 5 en su contestación (fs. 234). De esta manera, el crecimiento anual habría sido menor en el período comprendido por los Protocolos, tal como muestra el cuadro a continuación, todo lo cual es consistente con la hipótesis de que el acuerdo limitó la producción;

Cuadro N° 8
Cobertura

Año	Kilómetros	Aumento	Crecimiento anual
1996	73.8	-	-
2002	115.7	41.9	7.8%
2017	168.7	53	2.5%

Fuente: Contestación Línea 5, fs. 234 y observaciones a la prueba de Línea 5, fs. 2304.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Centésimo segundo: Que, además, el cuadro anterior considera, dentro de la extensión señalada para el período comprendido entre 2003 y 2017, el nuevo recorrido ofrecido por la Línea 10 en 2016. Ello lleva a sobreestimar el crecimiento de la cobertura durante el período de vigencia de los Protocolos toda vez que dicha extensión derivó del desvío del acuerdo por parte de la Línea 10 –sumando 69 buses, 8 sobre el límite permitido–. De esta manera, una estimación más precisa, como muestra el Cuadro N° 9, es que el aumento en la cobertura en el período colusivo (15 años) fue de 22,1 kilómetros, en contraposición de los 41,9 kilómetros que aumentó la cobertura en los seis años anteriores al acuerdo. Lo mismo sucedió con la cantidad de recorridos, sumando seis nuevos entre 1996 y 2002 (0,86 recorridos adicionales por año, en promedio) y tan solo cuatro, si descontamos el nuevo recorrido de Línea 10, que marca su salida del acuerdo, en los 15 años de colusión (0,27 recorridos adicionales por año, en promedio) (fs. 2084);

Cuadro N° 9
Cobertura ajustada

Año	Kilómetros	Aumento (sin el desvío de Línea 10)	Crecimiento anual
1996	73.8	-	-
2002	115.7	41.9	7.8%
2017	137.8	22.1	1.2%

Fuente: Contestación Línea 5, fs. 234; observaciones a la prueba de Línea 5, fs.2304; y observaciones a la prueba de Línea 10, fs.1907.

Centésimo tercero: Que, asimismo, la FNE acompañó información que acredita que distintas zonas geográficas del sector Temuco-Padre Las Casas, en 2016, no fueron servidas por el transporte público mayor de pasajeros. Así, diversos informes acompañados por la Requirente reportaron falta de cobertura en los sectores de Villa Bicentenario, Barrio Las Mariposas, Población Villa Israel, Chivilcán, Población Nuevo Milenio, Barrio Inglés, Portal La Frontera, Lomas de Mirasur, entre otros (Informe “Diagnóstico para el Transporte Público Mayor del Gran Temuco Región de La Araucanía”, elaborado por la Unidad de Transporte Público Regional, a fs. 5 del Cuaderno de Documentos Públicos de la FNE. Ubicación: Tomo XVI\38.Oficio Ord. N°1175 Seremitt y CDadjunto\SolicitudRes 0152 ingreso 5101\Pregunta 5\Oficios y Resolución\ InformePerímetro Temuco - 20160606 FINAL impreso). Esta falta de cobertura se reportó también en 2013, en el informe “Diagnóstico y Mejoramiento del Sistema de Transporte Público prestado con buses y taxis colectivos en las Ciudades de Temuco y Padre Las Casas”, preparado por Transus (a fs. 5 del Cuaderno de Documentos Públicos de la FNE.

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

Ubicación: TOMO IX\12. Respuesta Seremitt 08.04.15 y CD adjunto \2013 - estudio plan maestro\01_Informe);

Centésimo cuarto: Que lo anterior también fue confirmado por una serie de documentos acompañados por la Línea 10, que dan cuenta de comunicaciones enviadas por juntas de vecinos solicitando habilitar nuevos recorridos a sectores sin cobertura (fs. 1875, documento N° 2), cuestión que provocó que dicha Línea dejara de cumplir lo dispuesto en los Protocolos;

Centésimo quinto: Que, por último, también existe evidencia sobre represalias a quienes incumplieron el acuerdo, lo que confirma que él fue efectivamente implementado y produjo efectos en el mercado. Así, por ejemplo, un acta de sesión de directorio de 13 de diciembre de 2012 de la Línea 9, da cuenta de una amenaza de guerra de precios en contra de ésta, tras ser presionada al congelamiento de la flota, con posterioridad a su incumplimiento al aumentar un bus adicional a lo permitido por los Protocolos. En dicha acta se señala, específicamente lo siguiente: *“el presidente expone que existe consenso entre las líneas restantes que debe mantenerse el protocolo de congelamiento (...). [L]a línea 9 fue conminada al congelamiento, la línea 1 y 2 amenazaron de bajar las tarifas, segundo de aumentar cada línea 1 cupo más por la máquina que hoy tiene en exceso la nuestra”* (fs. 1 del Cuaderno de Documentos Públicos de la FNE. Ubicación: C361-18 disco público\Documentos Físicos Públicos\TOMOVI\9.Documentos adjuntos Línea 9 10.01.14, p. 102);

Centésimo sexto: Que, adicionalmente, existe prueba acerca de que las Líneas, con la excepción de las Líneas 10 y 4, interpusieron una acción de protección en contra de la Seremitt IX Región por la dictación de la Resolución Exenta N° 95 de 2016, que permitió la creación de la variante 10C de la Línea 10 y que implicó un aumento de buses por parte de tal Línea (fs. 1875). Las recurrentes solicitaron la suspensión inmediata de la inscripción de dicha variante, indicando que la Resolución N° 95 de 2016 habría atentado contra su derecho de propiedad y que la Línea 10 no cumpliría con los requisitos de buses y frecuencia mínimos para prestar el nuevo servicio. Si bien la acción fue declarada inadmisibile por la Corte de Apelaciones de Temuco, da no solo cuenta de la fuerte interrelación entre las Líneas, sino que sugiere un acto de sanción al desvío de la Línea 10;

Centésimo séptimo: Que, en consecuencia, conforme con todo lo expuesto en los considerandos precedentes, existe prueba clara y concluyente de que (i) las requeridas celebraron y ejecutaron un acuerdo para limitar la cantidad máxima de buses de sus flotas; (ii) dicho acuerdo implicó limitar la producción al restringir la

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

frecuencia con la que transitan los buses en los recorridos existentes; (iii) dicho acuerdo confirió poder de mercado a las Requeridas, atendida su alta participación de mercado, la poca disciplina que podían representar los taxis colectivos y las desfavorables condiciones de entrada al mercado; y (iv) el acuerdo produjo efectos relevantes que afectaron la competencia en el mercado de transporte interurbano de pasajeros en las comunas de Temuco y Padres de las Casas;

6. Error de prohibición atendido el rol de la Seremitt IX Región en la conducta de las Requeridas

Centésimo octavo: Que las Líneas 1, 2 y 3 alegaron la configuración de un error de prohibición que las exoneraría de responsabilidad, atendido que habrían ejecutado la conducta con la convicción de estar obrando lícitamente y, en consecuencia, sin conocimiento de la antijuridicidad de su actuar. Dicho error de prohibición se configuraría, principalmente, por el rol que habría desempeñado la Seremitt IX Región en la suscripción de los Protocolos, de modo que las Líneas no habrían estado en condiciones de actuar de manera distinta. La Línea 3 alegó, además, error de tipo, y señaló que tendría el mismo efecto de exención de responsabilidad, sin exponer los motivos por los que procedería, en específico, este tipo de error. Estas Líneas indicaron que el error también se habría configurado por la ausencia de actividades de promoción de la libre competencia a la época de suscripción de los Protocolos y por el hecho de que quienes los celebraron son personas de tercera edad, sin conocimiento de la normativa de libre competencia;

Centésimo noveno: Que, en relación con la aplicación del error de prohibición y el error de tipo en sede de libre competencia, la Excma. Corte Suprema ha manifestado que no procede en esta sede por los argumentos que esgrimen las Requeridas. Así, ha señalado que *“la alegación de la reclamante, en cuanto ha sostenido que los atentados que castiga la ley contra la libre competencia en el ámbito de las telecomunicaciones requieren que su agresor actuase con culpabilidad, entendiéndose como tal la de haber procedido teniendo conciencia de la ilicitud que representa la conducta antijurídica, sin cuyo concurso no habría de configurarse la responsabilidad que se persigue para aplicar la sanción, no tiene asidero. (...) [N]o ha de considerarse si la conducta seguida consistió en la falta de voluntad de cometer la ilicitud, como lo ha invocado en el recurso, sino que ha de repararse en la reprochabilidad de la acción, que ejecutada voluntariamente ha tenido consigo el carácter de ser antijurídica por haber vulnerado las normas que consagra la ley en protección de la libertad que ha de existir para competir*

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

libremente en el mercado” (Excma. Corte Suprema, Sentencia Rol N° 6.236-2006, de 4 de julio de 2007, C. 28);

Centésimo décimo: Que, en tal orden de ideas, existe jurisprudencia de este Tribunal en línea con aquella citada en el considerando precedente y que, además, se refiere a situaciones fácticas muy similares al presente caso. En efecto, en la Sentencia N° 94/2010, se señaló que *“la circunstancia de que dichos acuerdos puedan haber sido aceptados por la SEREMITT no significa que dejen de ser antijurídicos”* (C. 64). Ello se debe a que, según la misma jurisprudencia, *“[l]a juridicidad o antijuricidad de un hecho, acto o convención desde la perspectiva de la libre competencia, no depende de que cuente o no con la aprobación o el aval de una autoridad pública, sino que emana directamente de la ley y no encuentra otra excepción que la consignada en el artículo 4° del decreto Ley N° 211, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 32 del mismo”* (C. 64).

Centésimo undécimo: Que, enseguida, no es aceptable en esta sede la alegación de las Líneas 1, 2 y 3 sobre la falta de conciencia de antijuridicidad de su acción, ya que, tal como señala la Excma. Corte Suprema en la sentencia citada en el considerando centésimo noveno, el análisis de culpabilidad no debe centrarse en la falta de voluntad de cometer la ilicitud, sino en la reprochabilidad de la acción y su ejecución voluntaria, elementos ambos que se presentan en este caso. En efecto, tal como se ha sostenido a lo largo de esta sentencia, el objeto de los Protocolos fue limitar el actuar independiente y autónomo de todas las líneas de buses de Temuco y Padre Las Casas, las que ejecutaron voluntariamente todas las acciones necesarias para dar cumplimiento a las obligaciones que emanaron de los mismos;

Centésimo duodécimo: Que, por las razones expuestas, las alegaciones de las Líneas 1, 2 y 3 sobre la procedencia de un error de prohibición, y la alegación de esta última línea sobre la procedencia de un error de tipo, serán rechazadas;

Centésimo decimotercero: Que, sin perjuicio de lo razonado, en lo sucesivo se analizará el rol de la Seremitt IX Región, con el objeto de definir si podría considerarse como circunstancia atenuante de responsabilidad, en conformidad con el artículo 26, letra c) del D.L. N° 211;

Centésimo decimocuarto: Que las Líneas 1 y 2 sostuvieron que la suscripción de los Protocolos se dio en un contexto de presión por parte de la autoridad de transporte, para que las Líneas se hicieran cargo de las externalidades de sus servicios, esto es, la alta congestión y contaminación. Ante ello, ambas Líneas indicaron que la Intendencia de la Región de la Araucanía y la Seremitt de la misma región apoyaron la iniciativa de materializar los Protocolos (fs. 469-470).

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

La Línea 3, por su parte, sostuvo que los Protocolos le fueron presentados a las máximas autoridades de la IX Región, quienes habrían compartido su esencia (fs. 180-184);

Centésimo decimoquinto: Que, en relación con lo que se viene analizando, en autos no consta prueba instrumental de que hubiese existido una propuesta previa a la suscripción de los Protocolos consistente en un congelamiento del parque de buses, por parte de la autoridad de transporte de la Región de la Araucanía. Ello fue afirmado en ciertas absoluciones de posiciones y declaraciones prestadas por testigos de las propias Líneas (fs. 1250; 1429; 1439; 1519 vuelta; 1678). Asimismo, algunas de las Requeridas indican que los Protocolos habrían sido instados por la Seremitt IX Región, a propósito de las conclusiones del Estudio Sectra, que efectivamente concluye que a esa época (2002) existía exceso de oferta de transporte público (incluyendo taxis colectivos) y subutilización de la capacidad de transporte público disponible. Sin embargo, dicho Estudio (fs. 1735) no contempla una propuesta como la suscrita en los tres Protocolos. Por el contrario, el Estudio Sectra propone, como ya se señaló (i) la creación de vías prioritarias de transporte público en ciertos ejes; (ii) la generación de pares especializados de buses; y (iii) una combinación de las propuestas anteriores;

Centésimo decimosexto: Que, no obstante lo anterior, consta en autos que tanto la Seremitt IX Región, como la Intendencia de la misma región, habrían avalado el Primer Protocolo, con posterioridad a su suscripción, a través de los Oficios N° 1378/2003 y N° 864/2003, respectivamente. El primero de estos oficios establece que “[l]a *Secretaría Ministerial de Transportes y Telecomunicaciones estima pertinente el trabajo desarrollado por los operadores del transporte público, ya que los acuerdos consensuados irían en directo beneficio de las comunas involucradas*”, mientras que el segundo señala que “[...] *esta Autoridad ha analizado los antecedentes en virtud de los cuales se gesta esta iniciativa, que por cierto, tiene fundamentos plausibles que beneficiarán directamente a la comunidad en el sentido de descongestionar las principales arterias de las comunas y, de este modo, disminuir considerablemente los índices de contaminación que, principalmente, afectan a la comuna de Temuco*” (fs. 1735);

Centésimo decimoséptimo: Que, adicionalmente, en algunas absoluciones de posiciones y audiencias testimoniales, se sostuvo que la Seremitt IX Región habría instado a dar continuidad al acuerdo, por medio de la suscripción del Segundo y Tercer Protocolo. Así, por ejemplo, Claudio Azar, representante de la Línea 1 indicó que el Tercer Protocolo se suscribió “*en respuesta a una solicitud que nos planteó*

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

el Seremi de Transporte de ese entonces” (fs. 1250). El representante de la Línea 3 mencionó que “ese Seremi dijo que él estaba de acuerdo de que se siguiera firmando el protocolo porque estaba vencido, el segundo ya” (fs. 1471 vuelta). Por su parte, el representante de la Línea 4 absolvió que “La Seremi dijo que había que renovar el... el protocolo de acuerdo, porque estaba por vencer... Se había hecho por tiempo limitado y había que renovarlo...” (fs. 955);

Centésimo decimoctavo: Que, finalmente, el señor Jorge Aguirre, extrabajador en la Seremitt IX Región, declaró que *“el Seremi de la época que era Patricio Gálvez nos instruye a nosotros que se ha firmado un protocolo de acuerdo debido a este estudio de Sectra, (...) nos solicita a nosotros como encargado de registro que no pueden haber más, de esta flota que existe por Línea, no pueden ingresar más de dos buses por año”* (fs. 1441-1442). Sin perjuicio de ello, no constan en el expediente comunicaciones posteriores de la Seremitt IX Región o de la Intendencia de la misma, que se refirieran a los Protocolos;

Centésimo decimonoveno: Que, en consecuencia, si bien la Seremitt IX Región y la Intendencia de la Región de la Araucanía cumplieron un rol relevante, al avalar el acuerdo, ello sólo podría considerarse como una atenuante para determinar la sanción de las Requeridas, la que se ponderará en la siguiente sección, en conjunto con otros factores, cuando se determinen las medidas y multas aplicables;

7. Medidas a imponer a las Requeridas

Centésimo vigésimo: Que corresponde ahora determinar las medidas aplicables a las Requeridas por sus conductas anticompetitivas desarrolladas durante el período acusado;

Centésimo vigésimo primero: Que la FNE argumenta en su Requerimiento que concurren las circunstancias de gravedad y duración de la conducta (como indicador de la gravedad), y que, además, debiese considerarse el alcance del daño provocado por la misma, toda vez que se trataría de un cartel de quince años, en el principal medio de transporte de la conurbación Temuco-Padre Las Casas. Agrega que, para el cálculo de la multa, debe considerarse el efecto disuasivo, esto es, tanto el beneficio que reporta el cartel a los infractores, como la probabilidad de no ser detectados. En virtud de lo anterior solicita las siguientes multas: 220 U.T.A. a Línea 1; 180 U.T.A. a Línea 2; 220 U.T.A. a Línea 3; 130 U.T.A. a Línea 4-Santa Rosa y 50 U.T.A. a Línea 4-Ñielol; 200 U.T.A. a Línea 5; 200 U.T.A. a Línea 6; 70 U.T.A. a Línea 7; 220 U.T.A. a Línea 8; 200 U.T.A. a Línea 9; y 180 U.T.A. a Línea 10;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Centésimo vigésimo segundo: Que, a fojas 2012, la FNE señaló a este Tribunal que estima pertinente reducciones de las multas para las Líneas 3 y 10, que no excedan del 30% de lo solicitado en el Requerimiento y, para la Línea 4-Santa Rosa y Línea 4-Ñielol, reducciones que no excedan el 20% cada una, atendido que las primeras se habrían allanado y aportado prueba de la que carecía la Fiscalía. La Línea 4, por su parte, también habría aportado prueba y reconocido la ejecución del acuerdo que limitó la producción. Sostiene la Fiscalía que lo anterior constituye colaboración efectiva, que ha derivado en menor litigiosidad, tiempo de resolución y, por ende, un uso más eficiente y eficaz de sus recursos públicos;

Centésimo vigésimo tercero: Que las Líneas 1 y 2 alegaron, subsidiariamente, que la multa solicitada debería rebajarse ya que (i) no habrían obtenido beneficio económico e incluso se habrían visto perjudicadas; (ii) en cuanto a la gravedad de la conducta, debiera considerarse que los hechos no configurarían un cartel, que la conducta no es subrepticia y que existirían dudas acerca de los efectos de limitar la frecuencia; (iii) ambas Líneas tendrían irreprochable conducta anterior; (iv) habrían colaborado con la investigación de la FNE; (v) no tendrían capacidad económica; (vi) existiría error de prohibición atendida la participación de la autoridad; (vii) debiera aplicarse prescripción parcial; y (viii) las multas solicitadas por la FNE no serían proporcionales;

Centésimo vigésimo cuarto: Que la Línea 3 arguyó, subsidiariamente, que la multa solicitada debiera rebajarse atendida (i) la existencia de error de tipo o de prohibición; (ii) su irreprochable conducta anterior; y (iii) su colaboración eficaz con la Fiscalía;

Centésimo vigésimo quinto: Que la Línea 5 sostuvo, subsidiariamente, que la multa solicitada debiera ser rebajada considerando (i) la ausencia de beneficio económico o que, de haberlo, sería menor al sostenido por la FNE; (ii) la capacidad económica del infractor; (iii) la irreprochable conducta anterior; (iv) la ausencia de daños para el consumidor como consecuencia de los Protocolos; (v) la participación de las autoridades en la elaboración de los Protocolos; (vi) la buena fe y ausencia de conciencia de ilicitud por parte de la Línea 5; (vii) la falta de proporcionalidad respecto de las multas solicitadas en este caso y las pedidas por la FNE e impuestas por el Tribunal en otros casos en el mercado de transporte de pasajeros; y (viii) la inexistencia de participaciones cruzadas entre los accionistas de Línea 5 y los accionistas de las demás Líneas y la falta de participación por parte de Línea 5 en asociaciones gremiales;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Centésimo vigésimo sexto: Que, las Líneas 6, 7, 8 y 9 también solicitaron la rebaja de multa subsidiariamente. Al respecto, arguyeron que no tienen calidad de reincidentes y que habrían colaborado con la investigación de la Fiscalía;

Centésimo vigésimo séptimo: Que la Línea 10 consideró que, a raíz de su allanamiento parcial, la multa debiera rebajarse, al menos, en un 14%. Agrega que concurren, además, las siguientes atenuantes que permitirían reducir sustancialmente la multa: (i) falta de gravedad de la conducta; (ii) percepción de licitud de la conducta por intervención de la autoridad en la configuración del acuerdo; (iii) percepción de licitud de la conducta por intervención de un letrado en la redacción del acuerdo; (iv) irreprochable conducta anterior; (v) falta de obtención de beneficio económico; (vi) falta de justificación del efecto disuasivo de la multa; y (vii) colaboración con la investigación de la FNE;

Centésimo vigésimo octavo: Que, como señala el inciso final del artículo 26 letra c) del D.L. N° 211, en su versión aplicable a los ilícitos acreditados, se pueden imponer multas de hasta por una suma equivalente al treinta por ciento de las ventas del infractor correspondientes a la línea de productos o servicios asociada a la infracción durante el período por el cual ésta se haya extendido o hasta el doble del beneficio económico reportado por la infracción. En el evento de que no sea posible determinar las ventas ni el beneficio económico obtenido por el infractor, el Tribunal podrá aplicar multas hasta por una suma equivalente a sesenta mil unidades tributarias anuales. En el caso de la Línea 10, como ya se ha explicado, se aplica la norma previa a la modificación introducida por la Ley N° 20.945, por lo que la multa máxima que se puede fijar es una suma equivalente a treinta mil unidades tributarias anuales. A su vez, de acuerdo con el inciso final de la letra c) del artículo 26 antes referido, el cálculo de la multa debe considerar, entre otros factores, el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción, la gravedad de la conducta, el efecto disuasivo, la calidad de reincidente del infractor por haber sido condenado previamente por infracciones anticompetitivas durante los últimos diez años, la capacidad económica del infractor y la colaboración que cada agente económico haya prestado a la Fiscalía antes o durante la investigación. Si bien en el caso de la Línea 10 esta norma no consideraba expresamente el efecto disuasivo ni la capacidad económica del infractor como criterios para determinar las multas, igualmente pueden ser considerados al momento de fijarlas, atendida que la enumeración de dichos factores no era ni es taxativa;

Centésimo vigésimo noveno: Que, tal como se ha venido procediendo en los últimos casos de colusión (Sentencias N° 171/2019, 167/2019, entre otras), para

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

efectos del cálculo concreto de la multa, se determinará, en primer lugar, una multa base, la que luego será ajustada dependiendo de la presencia de circunstancias agravantes o atenuantes en cuanto sean aplicables a las Requeridas;

Centésimo trigésimo: Que, en el presente caso, no se cuenta con información detallada respecto de las ventas o del beneficio económico obtenido por las Requeridas en el período durante el cual se extendió la conducta imputada. A este respecto, en los informes preparados por la Universidad de La Frontera, que fueron exhibidos a fojas 1493, sólo se presenta información para el año 2017 respecto de algunas requeridas (Líneas 1, 2, 5 y 6), por lo que no pueden ser considerados para los efectos de calcular la multa. Con todo, a pesar de que no se acreditaron las ventas ni el beneficio económico obtenido, se debe tener en presente que, tal como se razonó en los considerandos octogésimo segundo a centésimo séptimo, el acuerdo imputado en autos produjo efectos en el mercado, particularmente sobre la frecuencia ofrecida en los horarios de demanda de punta y la capacidad de las Líneas de expandir sus recorridos;

Centésimo trigésimo primero: Que, a falta de dicha información, se utilizarán como multas bases aquellas que fueron solicitadas por la FNE en su Requerimiento, en el que consideró la gravedad y duración de la conducta, el alcance del daño provocado y el efecto disuasivo que debe tener la sanción. Sin embargo, como la requirente no justificó las razones por las cuales solicitó multas distintas para cada una de las Requeridas (sino que sólo señala que tomó en consideración la capacidad operativa de cada empresa y su permanencia en el cartel, sin entregar mayores explicaciones), se considerarán las participaciones de mercado relativas de cada una de ellas para ajustar la multa solicitada en el Requerimiento y que constituyen una aproximación de la participación en los ingresos. Para calcular esta participación, se tendrá en cuenta la flota de buses promedio con la que contó cada una de las Líneas durante los años que estuvieron vigentes los Protocolos, de acuerdo con la información presentada por la FNE a fs. 2117, según da cuenta el Cuadro N° 2 (octogésimo segundo). Para el caso de Línea 4 se realizó el mismo ejercicio, empero la multa total para esta Línea fue prorrateada entre las dos sociedades que controlaron sus operaciones durante el período requerido;

Centésimo trigésimo segundo: Que, de acuerdo con esta metodología, la multa base por cada requerida es la siguiente:

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

**Cuadro N° 10
Multas base**

Línea	Multa solicitada en el Requerimiento (U.T.A.)	Porcentaje individual sobre el total de buses de Temuco-Padre Las Casas	Multa base
Línea 1	220	12,10%	226,2
Línea 2	180	7,79%	145,8
Línea 3	220	14,06%	262,9
Línea 4-Santa Rosa	130	7,08%	95,6
Línea 4-Ñielol	50		36,8
Línea 5	200	10,17%	190,2
Línea 6	200	9,47%	177,1
Línea 7	70	9,45%	176,8
Línea 8	220	12,26%	229,3
Línea 9	200	10,43%	195,0
Línea 10	180	7,19%	134,4

Centésimo trigésimo tercero: Que, a continuación, como se explicó en el considerando centésimo vigésimo octavo, se analizará la procedencia de aquellas circunstancias que permitan reducir o aumentar la multa. Para estos efectos, se considerarán las circunstancias señaladas en el inciso final del artículo 26 letra c) del D.L. N° 211 y otras alegadas por las Requeridas, especialmente la participación que le cupo a la Seremitt de la IX Región y la Intendencia de la Región de la Araucanía al avalar los Protocolos;

Centésimo trigésimo cuarto: Que, en cuanto al beneficio económico, se debe tener presente lo señalado precedentemente, en el sentido que no se acreditó aquel que habrían obtenido cada una las Requeridas, sin perjuicio de los efectos que el acuerdo produjo en el mercado relevante, todo lo cual está considerado en las multas bases antes especificadas;

Centésimo trigésimo quinto: Que, en lo relativo a la gravedad de la conducta y el efecto disuasivo, tanto la jurisprudencia de este Tribunal así como la de la Excm. Corte Suprema, han señalado consistentemente que la colusión es la conducta contraria a la libre competencia más grave y que merece el mayor reproche *“toda vez que supone suprimir de raíz la incertidumbre y la libre iniciativa propia de los procesos competitivos, reemplazándola por una conspiración entre competidores en perjuicio del bienestar social y los consumidores”* (Sentencia N° 119/2012, C. 95). Sin embargo, ambas circunstancias ya fueron consideradas en la multa base, tal como se puntualizó en el considerando centésimo vigésimo primero;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Centésimo trigésimo sexto: Que, por otra parte, no existen antecedentes en el proceso que demuestren que alguna de las Requeridas haya tenido la calidad de reincidente por haber sido condenada previamente por infracciones anticompetitivas durante los últimos diez años, por lo que esta circunstancia no será considerada al momento de fijar la multa final. En relación con este punto, algunas Requeridas han alegado como atenuante una irreprochable conducta anterior. Sobre esta materia, se debe tener presente que esta circunstancia no está prevista expresamente en el inciso final de la letra c) del artículo 26 del D.L. N° 211, sin perjuicio de lo cual en algunos casos excepcionales ha sido considerada por este Tribunal (Sentencia N° 165/2015, C. 65). En atención a que en el presente caso existieron circunstancias especiales que rodearon la celebración del Primer Protocolo (intervención de las autoridades de la IX Región, todo lo cual se explica en el considerando centésimo trigésimo noveno), esta atenuante será considerada marginalmente en la aplicación de la multa;

Centésimo trigésimo séptimo: Que, enseguida, las Líneas 1 y 2 (fojas 491), 5 (fs. 243 vuelta y siguientes) y 10 (fs.159 y siguientes) adujeron que se debería considerar como atenuante su capacidad económica, con el objeto de evitar “*que el actor económico sancionado quiebre a causa de la pena impuesta*” (fs. 245 vuelta). Sobre esta alegación, estas requeridas sólo aportaron información parcializada de sus ingresos, la que no permite inferir que una multa como la solicitada por la FNE y que ha estimado este Tribunal como multa base, pudiese producir la quiebra de las mismas. Incluso más, de acuerdo con la Requirente, las multas solicitadas para las Líneas 1, 2, 5 y 6 fluctúa entre un 3% y un 6% de sus ingresos anuales, agregando que “*esta situación no debiese ser muy distinta para las demás líneas*” (fojas 2156). Junto con lo anterior, se debe tener presente que en un mercado como el de autos, la eventual insolvencia de un actor presumiblemente implique que éste venderá sus activos a un incumbente o a un entrante y, con ello, los riesgos de que disminuya la intensidad competitiva, tras el pago de una multa, son más bien acotados;

Centésimo trigésimo octavo: Que, en cuanto a la alegación de las Líneas 1, 2, 3, 5 y 10, sobre la colaboración que habrían prestado a la FNE antes o durante la investigación que dio origen al Requerimiento de autos, se debe tener presente que sólo se puede considerar aquella colaboración que vaya más allá del deber legal que tiene cumplir un investigado con las cargas públicas que le impone la ley (Sentencia N° 165/2018 TDLC y Sentencia de la Excma. Corte Suprema Rol N° 15.005-2019, de 14 de agosto de 2020), lo que no fue acreditado en autos. A pesar de lo anterior, las Líneas 3, 4 y 10 sí colaboraron en este proceso con la FNE, tal

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

como se señala en el considerando centésimo vigésimo segundo, por lo que esta colaboración será considerada en el cálculo de la multa final, tal como lo solicita la FNE a fojas 2012;

Centésimo trigésimo noveno: Que, enseguida, tal como se explicó en los considerandos centésimo décimo sexto a centésimo décimo noveno, la Seremitt IX Región y la Intendencia de la Región de la Araucanía avalaron el Primer Protocolo, con posterioridad a su suscripción, a través de los Oficios N° 1378/2003 y N° 864/2003, lo que será tomado especialmente en consideración al momento de fijar la multa final, siguiendo en esta materia la jurisprudencia de ese Tribunal, en la que se ha señalado que el actuar de autoridades en situaciones como las de autos *“razonablemente debió tener efectos en la percepción de los requeridos respecto de la ilicitud de sus actuaciones, lo que evidentemente disminuye en forma muy importante su responsabilidad en los hechos constitutivos de infracción descritos en la presente sentencia, aunque no los exculpa completamente de los mismos”* (Sentencia N° 94/2010, C. 99°);

Centésimo cuadragésimo: Que, luego, respecto de la Línea 10, también se tomará en consideración su retiro del cartel antes del Requerimiento formulado por la FNE, por medio de la solicitud realizada a la Seremitt IX Región para la aprobación de la creación de la variante 10C el 13 de febrero de 2015 (fs. 1875). De este modo, se considerará tal fecha como el momento en que se produjo su salida del acuerdo, es decir, 35 meses aproximadamente, antes del término del Tercer Protocolo;

Centésimo cuadragésimo primero: Que, por último, en cuanto a lo señalado por la Línea 5 con respecto a la inexistencia de participaciones cruzadas entre sus accionistas y los accionistas de las demás Requeridas, así como su falta de participación en asociaciones gremiales que reúnen a líneas y empresarios de buses en la ciudad de Temuco (fs. 2338), este Tribunal considera que la circunstancia de no participar ni incurrir en otras potenciales infracciones al D.L. N° 211, no puede ser considerada, en ningún caso, como una atenuante de responsabilidad;

Centésimo cuadragésimo segundo: Que, en razón de todo lo expuesto, procede aplicar como atenuantes la participación que le cupo a las autoridades de la Región de la Araucanía (Seremitt e Intendencia), las que, como se ha afirmado y acreditado en autos, avalaron el Primer Protocolo, y, marginalmente, la irreprochable conducta anterior de las Requeridas, por lo que se reducirá la multa señalada en el considerando centésimo vigésimo primero en un 30%. A su vez, será considerada una reducción adicional del 12,85% respecto de la Línea 10, por haberse retirado

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

del cartel en marzo de 2016, según se explicó en el considerando vigésimo tercero. Por último, sobre el monto ya reducido en un 30% se considerará una reducción adicional de un 30% para las Líneas 3 y 10, y de un 20% para la Línea 4, por la colaboración que prestaron en este proceso, tal como lo solicitó la FNE a fojas 2012;

Centésimo cuadragésimo tercero: Que, de esta manera, las multas que se impondrán a cada una de las Requeridas son las siguientes:

Cuadro N° 11
Reducciones y multa final

Línea	Multa base (U.T.A.)	Porcentaje de reducción por atenuantes	Porcentaje de reducción solicitado por FNE	Multa (U.T.A.)
Línea 1	226,2	30%	N/A	158,40
Línea 2	145,8	30%	N/A	102,06
Línea 3	262,9	30%	30% adicional	128,82
Línea 4-Santa Rosa	95,6	30%	20% adicional	53,54
Línea 4-Ñielol	36,8	30%	20% adicional	20,61
Línea 5	190,2	30%	N/A	133,14
Línea 6	177,1	30%	N/A	123,97
Línea 7	176,8	30%	N/A	123,76
Línea 8	229,3	30%	N/A	160,51
Línea 9	195,0	30%	N/A	136,50
Línea 10	134,4	42,85%	30% adicional	54,10

Centésimo cuadragésimo cuarto: Que, finalmente, haciendo uso de la facultad de este Tribunal para disponer medidas preventivas, correctivas o prohibitivas, establecida en el inciso primero del artículo 3° del D.L. N° 211, se ordenará a las Requeridas la elaboración de un manual o código interno de conducta, en el cual se adopten medidas tendientes a desincentivar toda conducta contraria a la libre competencia y evitar contactos indebidos con competidores, con excepción de la Línea 10, que ya ha creado dicho manual. En relación con la eventual aplicación de las medidas de dicho artículo a la Seremitt IX Región y a la Intendencia de la Región de la Araucanía, por el rol que les cupo al avalar la suscripción de los Protocolos, este Tribunal no puede adoptar medidas, por no haber sido éstas parte del juicio.

TENIENDO PRESENTE lo dispuesto en los artículos 1°, 2°, 3° y 19 y siguientes del Decreto Ley N° 211,

SE RESUELVE:

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

- 1) **RECHAZAR** la excepción de prescripción extintiva opuesta por Sociedad de Transportes Avda. Alemania-P. Nuevo S.A. y Transportes Línea Número Dos Limitada;
- 2) **ACOGER** el Requerimiento interpuesto por la Fiscalía Nacional Económica en contra de Sociedad de Transportes Avda. Alemania-P. Nuevo S.A.; Transportes Línea Número Dos Limitada; Transportes Pedro de Valdivia-Padre Las Casas Limitada; Transportes Santa Rosa Limitada; Sociedad de Transportes Ñielol Limitada; Sociedad de Transportes Línea Número Cinco S.A.; Taxibuses Número Seis Temuco S.A.; Inmobiliaria e Inversiones El Carmen Cajón S.A.; Empresa de Transportes Línea Número Ocho Padre Las Casas S.A.; Empresa de Transportes de Pasajeros Línea Nueve S.A.; y Empresa de Transportes de Pasajeros Altamira S.A., declarando que infringieron el artículo 3° incisos primero y segundo letra a) del D.L. N° 211, al haber celebrado un acuerdo para limitar la producción en el mercado de transporte público urbano de pasajeros, en las comunas de Temuco y Padre Las Casas, entre los años 2003 y 2017; salvo la Empresa de Transportes de Pasajeros Altamira S.A., que incurrió en la misma conducta, infringiendo dicha norma, entre los años 2003 y 2016;
- 3) **CONDENAR** a Sociedad de Transportes Avda. Alemania-P. Nuevo S.A. con una multa de 158,40 Unidades Tributarias Anuales;
- 4) **CONDENAR** a Transportes Línea Número Dos Limitada con una multa de 102,06 Unidades Tributarias Anuales;
- 5) **CONDENAR** a Transportes Pedro de Valdivia-Padre Las Casas Limitada con una multa de 128,82 Unidades Tributarias Anuales;
- 6) **CONDENAR** a Transportes Santa Rosa Limitada con una multa de 53,54 Unidades Tributarias Anuales;
- 7) **CONDENAR** a Sociedad de Transportes Ñielol Limitada con una multa de 20,61 Unidades Tributarias Anuales;
- 8) **CONDENAR** a Sociedad de Transportes Línea Número Cinco S.A. con una multa de 133,14 Unidades Tributarias Anuales;
- 9) **CONDENAR** a Taxibuses Número Seis Temuco S.A. con una multa de 123,97 Unidades Tributarias Anuales;
- 10) **CONDENAR** a Inmobiliaria e Inversiones El Carmen Cajón S.A. con una multa de 123,76 Unidades Tributarias Anuales;

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

- 11) **CONDENAR** a Empresa de Transportes Línea Número Ocho Padre Las Casas S.A. con una multa de 160,51 Unidades Tributarias Anuales;
- 12) **CONDENAR** a Empresa de Transportes de Pasajeros Línea Nueve S.A. con una multa de 135,50 Unidades Tributarias Anuales;
- 13) **CONDENAR** a Empresa de Transportes de Pasajeros Altamira S.A. con una multa de 54,10 Unidades Tributarias Anuales;
- 14) **IMPONER** a las Requeridas, con excepción de Empresa de Transportes de Pasajeros Altamira S.A., la elaboración e implementación de un manual o código interno de conducta, en el cual se adopten medidas tendientes a desincentivar toda conducta contraria a la libre competencia y evitar contactos indebidos con competidores;
- 15) **CONDENAR** en costas a las Requeridas, por haber sido totalmente vencidas.

SE PREVIENE que la Ministra Sra. Domper y del Ministro Sr. Paredes no comparten lo señalado por la mayoría en los considerandos vigésimo cuarto, sexagésimo cuarto a septuagésimo y septuagésimo sexto, por considerar que las modificaciones efectuadas por la Ley Nº 20.945 al literal a) del artículo 3º del D.L. Nº 211 no establecen la denominada regla *per se* para los carteles cuyo objeto sea fijar precios de venta o compra, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado o afectar el resultado de procesos de licitación (también conocidos como “carteles duros”) y, en consecuencia, consideran que si el objeto del cartel, incluso bajo estas conductas, es efectivamente anticompetitivo, ello debe ser determinado. Por lo anterior, no eximen a este Tribunal de hacer algún análisis de los eventuales efectos pro y anticompetitivos de dichos acuerdos, evaluar la razonabilidad de los argumentos, y contrastarlos con los argumentos contrarios. Ello por las siguientes razones:

- 1) La legislación chilena indica en el inciso primero del artículo tercero del D.L. Nº 211, que se sancionará cualquier hecho acto o contrato que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia o tienda a producir dichos efectos. Luego, dicha norma hace una bajada e indica en la letra a) que, entre otros, se considerarán como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia, los *“acuerdos o prácticas concertadas que involucren a competidores entre sí, y que consistan en fijar precios de venta o de compra, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado o afectar el resultado de procesos de licitación, así como los acuerdos o prácticas concertadas que, confiriéndoles poder*

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

de mercado a los competidores, consistan en determinar condiciones de comercialización o excluir a actuales o potenciales competidores”;

2) Si se atiende al tenor literal de la norma transcrita en el número anterior, se desprende que el legislador chileno distingue dos grupos de acuerdos entre competidores en la letra a) del artículo 3° del D.L. N° 211: (i) aquellos acuerdos que no requieren probar que confieren poder de mercado a sus miembros para efectos de su posterior sanción, consistentes en fijación de precios, cantidades de producción, asignación de zonas o cuotas de mercado o *bid rigging*, los que son agrupados por la doctrina en la categoría de “*carteles duros*” y (ii) aquellos acuerdos respecto de los cuales se debe acreditar que confieren poder de mercado a los competidores miembros del mismo, relativos a condiciones de comercialización o exclusión de competidores;

3) Esta distinción nació de la modificación introducida al artículo 3° del D.L. N° 211 por la Ley N° 20.945, que eliminó para los denominados carteles duros la exigencia de demostrar que éstos les confieren poder de mercado a sus partícipes. Hay un sector de la doctrina, con la cual coincide el voto de mayoría, que concluye que el legislador con esta modificación tuvo la intención de introducir en nuestro derecho la denominada regla *per se* para el análisis y sanción de carteles duros. En aplicación de dicha regla, sería innecesario realizar cualquier análisis de los eventuales efectos que dichos acuerdos generarían en la libre competencia (tal como lo omite el considerando vigésimo cuarto), dado que se trataría de acuerdos entre competidores inherentemente anticompetitivos cuando recaen en algunas de estas variables (considerando sexagésimo cuarto). Así, de acuerdo con lo señalado en los considerandos sexagésimo cuarto a septuagésimo, bastaría que exista un acuerdo entre competidores y que éste recaiga sobre las variables competitivas mencionadas para sancionarlo;

4) Sin embargo, a juicio de estos Ministros, si el objetivo del legislador hubiese sido establecer la denominada regla *per se* para los carteles duros, y eliminar cualquier análisis de los efectos de este tipo de acuerdo en la libre competencia, lo habría señalado expresamente en el texto legal, excluyéndolos de la regla general establecida en el inciso primero del artículo 3° del D.L. N° 211. Pero el legislador no lo hizo, no debiéndose entonces desatender el tenor literal de la norma so pretexto de consultar su espíritu (artículo 19 del Código Civil);

5) De esta manera, el hecho de que la Ley N° 20.945 elimine la obligación de probar que los carteles duros le confieran poder de mercado a sus partícipes, no implica que se entienda que ellos son inherentemente contrarios a la libre

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

competencia y que, por lo mismo, se deje de realizar algún tipo de análisis de los potenciales efectos en la libre competencia que generan tal tipo de carteles;

6) Estos Ministros entienden que, en aquellos casos donde es evidente que un determinado acuerdo entre competidores genera o puede generar efectos nocivos en la libre competencia, no es necesario realizar un análisis completo y detallado del mercado relevante afectado y de cómo dicho acuerdo afectó o pudo afectar la libre competencia. Por el contrario, cuando no es evidente la producción de efectos nocivos a la libre competencia por parte de un acuerdo entre competidores, se vuelve necesario revisar si éste generó o tuvo la aptitud de generarlos en ese caso concreto.

7) Evidentemente, estos Ministros coinciden con que en este caso no estamos en presencia de un acuerdo de colaboración, comparten lo señalado en el considerando septuagésimo primero a septuagésimo quinto, respecto de tal tipo de acuerdos y los denominados *joint ventures* y la aplicación de la regla de la razón para su análisis. Sin embargo, para llegar a la convicción de que detrás del acuerdo requerido no subyacía un propósito de colaboración virtuosa, fue necesario hacer una revisión de los argumentos entregados por las Requeridas y que sugerían que el acuerdo era de colaboración. Como se señala en la sentencia prevenida, este tipo de acuerdos han sido ampliamente aceptados en la experiencia internacional y también en nuestro país, por ejemplo, por medio de la dictación del Auto Acordado N° 21/2020, sobre consultas extraordinarias efectuadas en virtud del artículo N° 18 N° 2 del Decreto Ley N° 211, con respecto a aquellas consultas que recaigan sobre hechos, actos o convenciones que busquen generar eficiencias y que superen los riesgos anticompetitivos, que, además, se relacionen con bienes o servicios indispensables para mantener servicios esenciales;

8) Estos Ministros comparten lo señalado en el considerando septuagésimo sexto, en cuanto a que es posible acreditar la existencia del acuerdo colusivo entre las requeridas ahí mencionadas, pero no en razón de que este acuerdo sería per se atentatorio contra la libre competencia, sino que en virtud de que efectivamente se trata de un acuerdo que afectó la libre competencia, según dan cuenta los considerandos contenidos en la sección “5.3. Efectos del acuerdo”;

9) Los argumentos planteados por estos Ministros llevan a querer incorporar un análisis de los efectos en materia de libre competencia de todo tipo de acuerdos entre competidores, aunque este sea sucinto. Esto es consistente con aquel efectuado por la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso *NCAA v. Board of Regents*. Dicho caso trató sobre una restricción que impuso la NCAA al número de

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

partidos jugados y que contuvo un acuerdo de precios mínimos por las transmisiones de esos partidos, es decir, se trataba de restricciones desnudas. Para resolver dicho caso la Corte Suprema de Estados Unidos concilió una interpretación extrema de la regla *per se* con una aproximación rápida, dentro de la regla de la razón: *“Aunque las restricciones eran directas sobre precios y producción, (“naked restrictions” sobre precios y producción), la Corte señaló que había varios efectos potencialmente procompetitivos, que impiden una condena bajo el criterio per se. En términos simples, algún nivel de cooperación era necesaria para el producto de la NCAA —los partidos de fútbol americano— para que hubiera producción”*. (Grush, E. Y C. Korenblit (2011): *“American Needle and a Positive Quick Look Approach in Challenges to joint ventures”*, Antitrust, vol. 25).

10) De esta forma, los jueces siempre debiéramos ver el efecto en la libre competencia del acuerdo en cuestión, recaiga este en variables de las denominadas duras o no. Atendidas las variables sobre las cuales recaen los denominados carteles duros, es poco plausible –pero no imposible– que exista alguna justificación distinta que impedir, restringir o entorpecer la libre competencia o tender a ello; sin perjuicio que, si se esgrime una justificación, esta no debe ser desestimada sin previo análisis;

11) Asimismo, para estos Ministros, no se trata sólo de un tema de costo del proceso. También implica incurrir en mayor probabilidad de error tipo I, o de falsos positivos, es decir, de condenar por colusión a agentes económicos que pueden ser inocentes.

12) Finalmente, la existencia de un análisis sobre los posibles efectos de un determinado acuerdo entre competidores, aunque no sea exhaustivo para carteles duros, permitirá descartar de plano acuerdos que, pudiendo versar sobre variables de competencia, como precio y cantidad, son irrelevantes para afectar la libre competencia, evitando también el cálculo de multas que en esos casos pudieran ser menores al costo del proceso.

Notifíquese personalmente o por cédula, con excepción de Transportes Pedro de Valdivia-Padre Las Casas Limitada; Transportes Santa Rosa Limitada; Sociedad de Transportes Ñielol Limitada; Taxibuses Número Seis Temuco S.A.; Inmobiliaria e Inversiones El Carmen Cajón S.A.; Empresa de Transportes Línea Número Ocho Padre Las Casas S.A.; Empresa de Transportes de Pasajeros Línea Nueve S.A.; y la Fiscalía del Consumidor A.C., a quienes, se les notifica la presente sentencia por

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

estado diario, atendido lo dispuesto en los artículos 48, 49, 50 y 53 del Código de Procedimiento Civil.

De conformidad con el acuerdo del Tribunal adoptado con ocasión de la publicación de la Ley N° 21.226 y del estado de catástrofe, de 2 de abril de este año, la notificación personal de la presente sentencia podrá realizarse por videoconferencia u otros medios electrónicos, a través de la Secretaria Abogada.

Archívese, en su oportunidad.

Rol C N° 361-18.

Pronunciada por los Ministros Sr. Enrique Vergara Vial, Presidente, Sra. Daniela Gorab Sabat, Sra. María de la Luz Domper Rodríguez y Ricardo Paredes Molina.

Autorizada por la Secretaria Abogada María José Poblete Gómez.