

ANT.: Sentencia N°175/2020 del H. TDLC en autos Rol C N°361-2018 caratulados “Requerimiento de la FNE en contra de Sociedad de Transportes Avda. Alemania - P. Nuevo S.A. y otros”.

MAT.: Informe sobre procedencia de interposición de querrela por el delito del art. 62 del Decreto Ley N° 211 de 1973.

A: FISCAL NACIONAL ECONÓMICO

DE: JEFE DIVISIÓN LITIGIOS

Este informe tiene por objeto manifestar la opinión fundada del Jefe de la División de Litigios de la Fiscalía Nacional Económica (en adelante, “**FNE**”) respecto a la procedencia o no de la interposición de una querrela por el delito del artículo 62 del Decreto con Fuerza de Ley N°1, de 2004, del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N°211 de 1973, que fija normas para la defensa de la libre competencia (en adelante, “**DL 211**”), respecto al acuerdo establecido en la Sentencia N°175/2020 dictada por el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia con fecha 21 de diciembre de 2020 en autos Rol C N°361-2018 y confirmada por la Sentencia dictada por la Excma. Corte Suprema con fecha 9 de junio de 2023 en autos Rol N°17.418-2021 (en adelante, “**Sentencia**”), de conformidad al §36 de la Guía Interna para la Interposición de Querrelas por el Delito de Colusión (en adelante, “**Guía**”).

La Sentencia, que sancionó 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, impuso a las 11 sociedades requeridas por la FNE multas que en total ascienden a 1.195,41 Unidades Tributarias Anuales (en adelante, “UTA”)¹. Asimismo, ordenó a todas las requeridas 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 competidores².

A juicio de quien suscribe, en base a los argumentos que se desarrollan en el presente informe, no se configura el deber de interponer una querrela por el acuerdo colusorio establecido en la Sentencia ni tampoco resulta conveniente el ejercicio facultativo de una querrela por tales hechos.

En primer término, en cuanto al deber del Fiscal Nacional Económico (en adelante, “**Sr. Fiscal**”) de interponer una querrela por el delito de colusión cuando los hechos comprometieren gravemente la libre competencia en los mercados, según se expondrá a continuación, no se cumplen los criterios copulativos establecidos en la Guía para dar por establecida dicha hipótesis. En particular, se puede descartar que los efectos económicos del hecho hayan sido aptos para provocar un impacto sistémico en los mercados, que el hecho se haya prolongado por un periodo de tiempo significativo y que haya afectado a todo o gran parte del territorio nacional

¹ En particular, las multas impuestas a cada una de las líneas requeridas fueron las siguientes: (i) Sociedad de Transportes Avda. Alemania-P. Nuevo S.A. (“Línea 1”), 158,40 UTA; (ii) Transportes Línea Número Dos Limitada (“Línea 2”), 102,06 UTA; (iii) Sociedad de Transportes Pedro Valdivia Padre de las Casas (“Línea 3”), 128,82 UTA; (iv) Sociedad de Transportes Ñielol Limitada (“Línea 4-Ñielol”), 20,61 UTA; (v) Transportes Santa Rosa Limitada (“Línea 4-Santa Rosa”), 53,54 UTA; (vi) Sociedad de Transportes Línea N° 5 S.A. (“Línea 5”), 133,14 UTA; (vii) Buses Número Seis Temuco S.A. (“Línea 6”), 123,97 UTA; (viii) Inmobiliaria e Inversiones El Carmen Cajón S.A. (“Línea 7”), 123,76 UTA; (ix) Empresa de Transportes Línea Número Ocho Padre Las Casas S.A. (“Línea 8”), 160,51 UTA; (x) Empresa de Transportes de Pasajeros Línea Número Nueve S.A. (“Línea 9”), 135,50 UTA; y, (xi) Empresa de Transporte de Pasajeros Altamira S.A. (“Línea 10”), 54,10 UTA.

² Con excepción de Empresa de Transportes de Pasajeros Altamira S.A., la que, de acuerdo con los antecedentes aportados en el proceso judicial, habría comenzado a implementar este tipo de medidas antes de la dictación de la Sentencia.

Enseguida, en relación con la interposición facultativa de la querrela por parte del Sr. Fiscal, un ejercicio de ponderación de diversas circunstancias de hecho del caso permite concluir inequívocamente que no resulta aconsejable el ejercicio de la acción penal. En este sentido, diversos criterios contenidos en la Guía permiten cuestionar la proporcionalidad de destinar recursos de esta Fiscalía a perseguir una sanción penal por el acuerdo colusorio que dio por establecido el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, “**H. TDLC**”) y respecto del cual ya se aplicaron sanciones administrativas.

En efecto, se trata de un ilícito que no tuvo la aptitud de afectar todo o gran parte del territorio nacional y que, durante el periodo en que ha estado vigente el delito del artículo 62 del DL 211³, duró 1 año y 4 meses, siendo esta una reducida fracción de la duración total de un acuerdo que no tuvo la naturaleza de secreto. Tampoco se acreditó la obtención de beneficios económicos por parte de las empresas de buses, ni consta la intervención de una asociación con el objeto de alcanzar y mantener la coordinación entre los agentes involucrados.

Asimismo, no concurre ningún criterio relativo al comportamiento de las personas penalmente responsables por el hecho, que amerite interponer una querrela: no se advierte la gravedad manifiesta de ninguna intervención individual; no se han identificado roles claves de personas naturales en la organización, celebración y/o ejecución del acuerdo; no existe reincidencia; ni hay antecedentes que justifiquen la necesidad de solicitar la aplicación de la pena de inhabilitación.

Los antecedentes que obran en autos revelan que los individuos que componen las empresas involucradas en el acuerdo actuaron, al menos, con una reducida conciencia de ilicitud. Demostrativo de lo anterior, es el hecho de que no estamos frente a un acuerdo clandestino, sino que, por el contrario, a uno materializado por instrumentos públicos y privados autorizados ante notario, puesto en conocimiento de autoridades regionales y

³ En lo sucesivo, todas las referencias a artículos sin mención del cuerpo legal al que pertenecen deben entenderse hechas al DL 211.

parlamentarios, avalado por dichas autoridades, e informado al público a través de la prensa.

Finalmente, la sanción penal tampoco parece necesaria o indispensable para los objetivos de defender y promover la libre competencia en los mercados.

I. Introducción

La Ley N°20.945 del año 2016 reintrodujo el delito de colusión en la normativa de libre competencia, tipificándolo en el artículo 62. De acuerdo con esta última disposición:

“El que celebre u ordene celebrar, ejecute u organice un acuerdo que involucre a dos o más competidores entre sí, para fijar precios de venta o de compra de bienes o servicios en uno o más mercados; limitar su producción o provisión; dividir, asignar o repartir zonas o cuotas de mercado; o afectar el resultado de licitaciones realizadas por empresas públicas, privadas prestadoras de servicios públicos, u órganos públicos, será castigado con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo”.

Por su parte, el artículo 64 que regula las condiciones y modos de ejercicio de la acción penal de este ilícito, establece que las investigaciones por este delito (i) sólo se podrán iniciar por querrela formulada por la FNE (ii) que podrá interponerla una vez que la existencia del acuerdo haya sido establecida por sentencia definitiva ejecutoriada del H. TDLC.

Conforme a la misma disposición se puede concluir que, por regla general, la interposición de la querrela es facultativa para la FNE (artículo 64 inciso primero). En caso de que el Sr. Fiscal decidiera no interponer la querrela, deberá emitir una decisión fundada (artículo 64

inciso tercero). Sin embargo, si los *“hechos comprometieren gravemente la libre competencia en los mercados”*, la interposición de la querella será obligatoria⁴.

En junio del 2018, la FNE dictó la Guía que establece las etapas del análisis que efectuará este Servicio para adoptar la decisión sobre una eventual querella; las consideraciones que se tendrán presentes para determinar la concordancia entre el acuerdo cuya existencia fue establecido en sentencia ejecutoriada del H. TDLC y el supuesto de hecho del delito de colusión; así como *“los criterios generales a los que se sujetará la FNE para evaluar aquellos hechos que comprometen gravemente la libre competencia en los mercados conforme al inciso segundo del artículo 64 precitado, las consideraciones que se tendrán en cuenta para tomar la decisión de interponer una querella criminal por el delito del artículo 62 en los demás casos, o para justificar fundadamente su no interposición, según corresponda”* (Guía, § 8).

Atendido que se encuentra ejecutoriada la Sentencia -que declaró la existencia de 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-, conforme al § 36 de la Guía corresponde informar fundadamente al Sr. Fiscal la opinión de esta Jefatura respecto a la procedencia de una eventual querella, de acuerdo al marco normativo recién expuesto, y a la metodología de análisis y criterios establecidos en la Guía.

II. Concordancia entre el acuerdo cuya existencia fue establecida en la Sentencia y la conducta tipificada en el artículo 62

De acuerdo con el artículo 64 inciso primero, el establecimiento de la existencia de un acuerdo por una sentencia definitiva ejecutoriada del H. TDLC es una condición habilitante para que la FNE pueda interponer una querella por el delito del artículo 62.

⁴ De acuerdo con el § 5 de la Guía, el carácter facultativo de la querella se desprende del artículo 64 inciso primero (*“podrá interponerla”*) así como por su inciso tercero que obliga al Sr. Fiscal a emitir una decisión fundada en caso de que *“decidiere no interponer querella”*. Por su parte, la hipótesis excepcional de querella obligatoria se establece expresamente en el inciso segundo de dicho artículo (*“deberá interponer querella”*).

En este sentido, conforme a los § 16 y siguientes de la Guía, “[u]n *presupuesto formal para que la FNE pueda querellarse es que exista concordancia entre el acuerdo cuya existencia se ha establecido en la sentencia y el supuesto de hecho del delito de colusión contemplado en el artículo 62*”. Con este objeto, revisaremos primero los elementos del delito de colusión y luego el acuerdo establecido por la Sentencia.

1) Supuesto de hecho del delito de colusión contemplado en el artículo 62

Los elementos del tipo penal descrito en el artículo 62 son los siguientes:

- (i) Celebrar u ordenar celebrar, ejecutar u organizar un acuerdo,
- (ii) Que involucre a dos o más competidores entre sí, y
- (iii) Que tenga alternativamente alguno de los siguientes objetos:
 - a. fijar precios de venta o de compra de bienes o servicios en uno o más mercados;
 - b. limitar la producción o provisión de bienes o servicios en uno o más mercados;
 - c. dividir, asignar o repartir zonas o cuotas de mercado; o
 - d. afectar el resultado de licitaciones realizadas por empresas públicas, privadas prestadoras de servicios públicos, u órganos públicos.

Atendido que, de acuerdo con el artículo 64, la condición habilitante para interponer una querrela es la sola existencia del acuerdo establecida por una sentencia definitiva ejecutoriada del H. TDLC, corresponde verificar si aquel establecido en este caso tiene por objeto algunas de las finalidades descritas en el artículo 62. De este modo, no corresponde en esta etapa analizar otros elementos, como la participación de eventuales sujetos activos en el delito de colusión, así como tampoco sus modalidades de comisión.

2) Acuerdo establecido por la Sentencia

En el numeral 2 de su parte resolutive, la Sentencia dio por establecida la existencia de 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 2017⁵.

Este acuerdo fue celebrado entre las 11 sociedades de microbuses requeridas por la FNE: 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”); Transportes Santa Rosa Limitada (“Línea 4-Santa Rosa”); 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”).

Sin embargo, tal como reconoció el Requerimiento a la luz de Investigación Rol N°2224-13 FNE, la participación de Línea 4-Santa Rosa se extendió hasta septiembre del 2013, momento en el cual dicha línea de transporte público comenzó a ser operada por Línea 4-Ñielol⁶. Asimismo, como reconoció esta Fiscalía en el escrito de Observaciones a la Prueba⁷ y como señala la Sentencia⁸, la participación de Línea 10 se extendió hasta marzo del 2016, esto es, antes de la entrada en vigencia de la Ley N°20.945. Lo anterior basta para descartar la interposición de una querrela en contra de las personas naturales vinculadas a ambas

⁵ En cuanto a la variable competitiva objeto del acuerdo que la Sentencia dio por establecido, el H. TDLC concluyó que este implicaba limitar la producción en el mercado relevante afectado, en el considerando 57° (“*el acuerdo tuvo el potencial de limitar la producción del servicio de transporte público de pasajeros*”), reiterándolo en los considerandos 70° (“*un acuerdo como el acusado en autos –cuyo objeto es limitar la producción–*”), 76° (“*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 107° (“*dicho acuerdo implicó limitar la producción al restringir la frecuencia con la que transitan los buses en los recorridos existentes*”).

⁶ Requerimiento interpuesto a fojas 2 en autos Rol C N°361-18, p. 3.

⁷ Observaciones a la prueba de la FNE, aportadas a fojas 2012 en autos Rol C N°361-18, p. 34, 43 y 44, 51 a 53, y 130.

⁸ C. 23°, 85° y 142°; y numeral 2 de parte resolutive.

sociedades, en tanto estas no participaron del acuerdo declarado por la Sentencia durante la vigencia del tipo penal de colusión.

Asimismo, la Sentencia estableció que las referidas diez líneas son competidoras entre sí, en tanto existe una superposición de recorridos relevante entre todas ellas, 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 (c. 36° y 37°)⁹.

En cuanto al objeto del acuerdo, la Sentencia sostuvo que este consistió en limitar la producción. Al respecto señaló que:

“(...) 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 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” (c. 57°)¹⁰.

De conformidad al artículo 174 del Código de Procedimiento Civil, la Sentencia se encuentra ejecutoriada, en tanto con fecha 27 de junio de 2023 se notificó la resolución que la manda cumplir, tras haber sido rechazados por la Excm. Corte Suprema los recursos de reclamación que 7 sociedades requeridas interpusieron en su contra (seguidos bajo el Rol N°17.418-2021). Con todo, cabe considerar que la Excm. Corte Suprema ratificó expresamente las conclusiones del H. TDLC respecto al acuerdo que dio por establecido,

⁹ Expresamente ratificado en el c. 13° de la Sentencia de la Excm. Corte Suprema Rol N°17.418-2021 que confirmó la decisión del H. TDLC en el presente caso.

¹⁰ Expresamente ratificado en el c. 13° de la Sentencia de la Excm. Corte Suprema Rol N°17.418-2021 que confirmó la decisión del H. TDLC en el presente caso.

señalando que “los Protocolos sí tuvieron la capacidad de imponer una limitación de la producción del servicio de transporte público de pasajeros por medio de buses” (c. 14°, sentencia Rol N°17.418-2021).

3) El acuerdo establecido por el H. TDLC es de aquellos descritos en el artículo 62

El acuerdo que dio por establecida la Sentencia efectivamente concuerda con el supuesto de hecho del delito de colusión contemplado en el artículo 62. En efecto, se trata de un acuerdo que:

- (i) involucró a dos o más competidores entre sí del mercado de transporte público urbano de pasajeros, en las comunas de Temuco y Padre Las Casas, esto es, a las Líneas 1, 2, 3, 4-Ñielol, 5, 6, 7, 8 y 9¹¹; y
- (ii) tuvo por objeto limitar la producción del servicio de transporte público urbano de pasajeros, en el referido mercado. En otras palabras, el acuerdo, que dio por establecido la Sentencia, recayó sobre una de las variables competitivas contempladas por el artículo 62.

Atendida la concordancia entre los hechos cuya existencia fue establecida en el juicio ante el H. TDLC y la descripción legal prevista en el artículo 62, corresponde avanzar a la segunda etapa de análisis contemplada en la Guía.

III. Los hechos establecidos en la Sentencia no comprometen gravemente la libre competencia en los mercados

Como se señaló *supra*, por regla general, existiendo un acuerdo establecido por una sentencia definitiva ejecutoriada del H. TDLC, el Sr. Fiscal tiene la facultad de interponer una querrela que de inicio a una investigación penal del delito de colusión. Sin embargo, el

¹¹ Estos son los competidores involucrados en el acuerdo durante el periodo en que se encontraba en vigencia la Ley N°20.945.

inciso segundo del artículo 64 establece una regla especial: cuando los hechos establecidos judicialmente comprometieren gravemente la libre competencia en los mercados, el Sr. Fiscal tiene el deber de interponer una querrela.

A su vez, la sección IV de la Guía establece una segunda etapa de análisis y determina el conjunto de criterios que permiten determinar la gravedad con que comprometieron los mercados los hechos establecidos en un fallo ejecutoriado del H. TDLC. En este sentido, el § 22 de la Guía dispone que se considerará que los hechos cumplen con dicha calificación cuando se verifiquen copulativamente cuatro requisitos, los que se pasarán a revisar en los siguientes párrafos.

- 1) Que el acuerdo cuya existencia se haya establecido por sentencia definitiva ejecutoriada sea calificado en dicha sentencia como una infracción a la letra a) del artículo 3°.

Este requisito se cumple, en tanto el numeral 2) de la parte resolutive de la Sentencia declara expresamente que las sociedades requeridas infringieron el artículo 3° incisos primero y segundo letra a), al haber celebrado un acuerdo para limitar la producción¹².

- 2) Que los efectos económicos del hecho sean de magnitud considerable y aptos para provocar un impacto sistémico en los mercados.

Como se desprende de su redacción, el numeral 2) del § 22 de la Guía parte del supuesto que el acuerdo colusorio haya producido efectos anticompetitivos. Lo anterior contrasta con el § 27 de la Guía -que establece criterios para fundar la decisión de interponer o no una

¹² En su parte considerativa, esta calificación es recogida en el c. 76° de la Sentencia.

querella en la hipótesis de ejercicio facultativo-, conforme al cual basta la aptitud evidente del acuerdo para producir efectos¹³⁻¹⁴.

De acuerdo con el numeral 2) del § 22 de la Guía, los efectos económicos del acuerdo deben ser de magnitud considerable y aptos para provocar un impacto sistémico en los mercados. En relación con la primera característica, cabe precisar que, conforme al Diccionario de la RAE, considerable significa “suficientemente grande, cuantioso o importante”¹⁵, debiendo reunir estas condiciones la magnitud de los efectos.

Por su parte, el término “sistémico” ha sido definido por el Diccionario de la RAE como “perteneciente o relativo a la totalidad de un sistema”¹⁶. En este sentido, un impacto de naturaleza sistémica consistiría en el efecto que produce el acuerdo colusorio en la confianza de la generalidad de los consumidores en los mercados como mecanismo de asignación de recursos. Así, si el daño producido por el cartel degrada la percepción pública del sistema económico, podemos considerar que los efectos del acuerdo han sido aptos para producir un impacto sistémico en los mercados.

¹³ En el mismo sentido, Alejandro Awad, Antonio Bascuñán, Miguel Chaves y Marcos Contreras, Informe en Derecho “Justificación y presupuestos legales de una Guía Interna de la Fiscalía Nacional Económica relativa a la interposición de querellas por el delito de colusión”, p. 38 y 39. Los autores, comentando la exigencia de que el hecho haya comprometido gravemente la libre competencia en los mercados, señalan: “*la consideración de la historia fidedigna del establecimiento de la Ley 20.945 apoya una interpretación más restrictiva, consistente en requerir la producción de un resultado lesivo de la libre competencia. Esta interpretación restrictiva es lingüística y sistemáticamente inobjetable, pues la obstrucción (“embarazo”) de la libre competencia se entiende como su “compromiso” según la tercera acepción admitida por el Diccionario de la Lengua Española, y la lesión del interés legalmente protegido por la prohibición de un comportamiento es su caso más grave de afectación. Por lo demás, bajo la lectura del art. 64 que diferencia entre la regla general y la excepción no hay obstáculo en admitir una interpretación restrictiva del deber de interponer la querella. Pues en los casos en que el FNE no se encuentre bajo ese deber, siempre mantiene la atribución de interponerla facultativamente. La constatación de un peligro hipotético o concreto para la libre competencia, aunque no haga imperativa la interposición de la querella, puede ser apreciada como una razón de peso para interponerla.*”

¹⁴ En este sentido, no corresponde interpretar el uso del término “aptos”, en el referido numeral 2), como idoneidad para producir efectos anticompetitivos, sino que tal calificativo hace referencia a la aptitud de los efectos del hecho ilícito para provocar un impacto sistémico en los mercados.

¹⁵ En su segunda acepción.

¹⁶ En su primera acepción.

Asimismo, también se pueden calificar como sistémicos aquellos impactos de la conducta comprendidos no de forma aislada, sino que en el marco de un conjunto interrelacionado de mercados. En este sentido, los efectos económicos de magnitud considerable con impacto sistémico podrían alcanzar a sustitutos imperfectos de aquel en que incidió directamente la conducta ilícita, o en mercados de bienes complementarios de aquel, o con los que está conectado aguas arriba (proveedores) o aguas abajo (distribuidores o clientes).

En los siguientes párrafos, revisaremos si se verifican estos tres elementos, es decir que existan efectos, que sean considerables y que sean sistémicos, conforme a la Sentencia y a la evidencia recabada en la investigación.

En lo que respecta a la existencia de efectos, la Sentencia establece que “(...) *el acuerdo produjo **efectos relevantes** que afectaron la competencia en el mercado de transporte interurbano de pasajeros en las comunas de Temuco y Padre de las Casas*” (c. 107°)¹⁷. Los efectos constatados por la Sentencia son consistentes con las conclusiones de la investigación de la FNE plasmadas en el Requerimiento, conforme al cual, el acuerdo acusado habría, entre otros efectos, provocado una limitación de la frecuencia y restringido la posibilidad de ofrecer nuevos recorridos (párr. 12).

Habiéndose establecido por la Sentencia la producción de efectos económicos relevantes, cabe determinar si estos fueron aptos para provocar un impacto sistémico en los mercados.

En este sentido, diversas circunstancias vinculadas al acuerdo analizado -y respecto de las cuales se profundizará en las siguientes secciones- dan cuenta que aquel no ha implicado una merma generalizada de la confianza de los consumidores en los mercados como mecanismo de asignación de recursos. En efecto, no estamos frente a un acuerdo clandestino, sino que, por el contrario, ante una infracción que consta en instrumentos de público acceso, a saber, escrituras públicas y un instrumento privado autorizado ante

¹⁷ En el mismo sentido, c. 87°, 90°, 92°, 94°, 98° y 101°. En similar sentido, Sentencia de la Excm. Corte Suprema Rol N°17.418-2021 que confirmó la decisión del H. TDLC en el presente caso: “(...) *los acuerdos tuvieron el efecto de conferir poder de mercado a las requeridas*”, c. 13°.

notario, los que se pusieron en conocimiento de autoridades regionales y parlamentarios, y se informaron al público a través de la prensa. Asimismo, se trata de un acuerdo que tuvo un alcance geográfico acotado a dos comunas de la Región de la Araucanía. Al menos estas dos circunstancias reducen el impacto del acuerdo sobre la percepción pública del sistema económico.

Adicionalmente, los efectos descritos tampoco tuvieron un alcance que excediera el servicio de transporte público de pasajeros en Temuco y Padre Las Casas prestado a través de buses y taxi-buses -directamente afectado por el acuerdo-, impactando eventualmente en un conjunto más amplio de servicios sustitutos imperfectos o mercados interrelacionados o conexos. En este sentido, no se advierten impactos relevantes en el segmento sustituto consistente en servicios prestados por taxi-colectivos ya que, de acuerdo con la Sentencia, “(...) *la demanda por viajes de los pasajeros es bastante inelástica a la comodidad y a la frecuencia*” (c. 59°)¹⁸. Tampoco existe evidencia en la investigación -ni referencia alguna en la Sentencia- a algún impacto en el mercado aguas arriba de venta de microbuses. Lo anterior se explica en tanto este mercado tendría un alcance geográfico más amplio -nacional o incluso más extenso- y enfrenta una demanda más bien atomizada, de modo tal que una restricción de flota por parte de las requeridas tiene un efecto nulo o muy marginal en él, atendida su limitada incidencia en la demanda agregada de buses en el país. Finalmente, atendida la naturaleza del mercado de transporte público de pasajeros en Temuco y Padres Las Casas, no cabe analizar algún mercado de bienes complementarios o aguas abajo.

En consecuencia, los efectos no serían aptos para producir un impacto sistémico en los mercados, por lo que no se cumple el requisito del numeral 2) del §22 de la Guía para que se configure la hipótesis de querrela imperativa.

¹⁸ La baja elasticidad de la demanda también fue constatada por esta FNE en las Observaciones a la prueba, p. 141.

- 3) Que la conducta afecte bienes o servicios de consumo masivo o de primera necesidad.

Atendido que los requisitos que establece el § 22 de la Guía para que se verifique el deber de interponer querrela se deben cumplir de modo copulativo y no se cumple el numeral 2) recién comentado, resulta inoficioso analizar el cumplimiento del criterio establecido en el numeral 3) en esta sección. Con todo, será analizado a propósito de la facultad de interponer querrela atendido que también constituye un criterio contemplado por la Guía para tales efectos.

- 4) Que concurra al menos uno de los siguientes presupuestos: (a) Que el hecho se haya prolongado por un período de tiempo significativo, tomando en consideración la naturaleza de la conducta y el mercado afectado. Se entenderá en todo caso significativa la prolongación por 3 o más años; o, (b) Que el hecho haya afectado a todo o gran parte del territorio nacional.

Sin perjuicio de que por las mismas razones expresadas en el numeral anterior, estos elementos se analizarán con mayor profundidad en la siguiente sección, desde ya, es posible adelantar que ninguno de los referidos elementos alternativos se cumple en este caso.

En cuanto al alcance temporal de la conducta, considerando exclusivamente el periodo bajo el cual los acuerdos entre competidores se han encontrado sancionados penalmente, esto es, desde la entrada en vigencia de la Ley N°20.945, la conducta ilícita se extendió durante 1 año y 4 meses. Este periodo que, juzgado en abstracto, podría resultar sancionable penalmente, corresponde a la última etapa de la conducta anticompetitiva reprochada y del último protocolo de un acuerdo que, como se expresó, no es de naturaleza clandestina. De este modo, es posible considerar que el hecho ilícito no se prolongó por un periodo de tiempo significativo.

En cuanto al ámbito geográfico del ilícito, la conducta sancionada incidió sólo en la conurbación Temuco – Padre Las Casas, sin que exista evidencia en la investigación -ni referencia alguna en la Sentencia- a algún efecto (o aptitud de producirlo) en un mercado geográfico más amplio.

IV. Criterios orientadores para decidir acerca del ejercicio de la facultad de querellarse

Atendido que no se cumplen los elementos copulativos establecidos en la Guía para considerar que la conducta sancionada por el H. TDLC en la Sentencia compromete gravemente la libre competencia en los mercados, cabe determinar si resulta recomendable al Sr. Fiscal el ejercicio de su facultad de interponer una querrela por los referidos hechos. Para tales efectos, la Guía acota los espacios de discrecionalidad, estableciendo criterios orientadores que deben justificar la decisión de ejercer o no una acción penal.

Con arreglo al §25 de la Guía, la decisión fundada de no interponer una querrela, en el eventual caso de que se adopte tal determinación, deberá basarse en uno o más de los criterios orientadores establecidos en la sección V de dicho documento, que serán sopesados por la FNE. En este sentido, a nuestro juicio, en presencia de criterios favorables y desfavorables al ejercicio de la acción penal, estos deberán ponderarse, de acuerdo con su entidad y relevancia.

La referida sección V establece tres tipos de criterios orientadores para determinar si ejercer o no la facultad de interponer una querrela. En primer lugar, aquellos relativos al hecho punible, que comprenden diversas consideraciones que permiten apreciar la gravedad material de los hechos que configuran el ilícito¹⁹. En segundo lugar, se contemplan criterios relativos al comportamiento de las personas penalmente responsables por el hecho, vinculados a la gravedad de la intervención individual en el delito y a su merecimiento o

¹⁹ En el mismo sentido, Awad y otros, Op. Cit., p. 43.

necesidad de una pena²⁰. Finalmente, se establecen consideraciones vinculadas a la probabilidad de éxito de la acción penal y a los objetivos de libre competencia, que permiten sopesar la capacidad de que la eventual querrela prospere²¹ y sea compatible con la función de resguardar la competencia en los mercados, encomendada por el legislador a la FNE.

a. Criterios relativos al hecho punible

i. Acuerdo contrario al artículo 3° letra a)

Además de que el hecho sea calificado en la sentencia definitiva ejecutoriada como infracción al artículo 3° letra a) -calificación realizada en esos términos, tal como vimos previamente-, el primer criterio relativo al hecho punible consiste en determinar si la existencia del acuerdo fue dada a conocer al público o si, por el contrario, tuvo un carácter eminentemente secreto.

A pesar de que el §26 de la Guía no lo establece expresamente, es posible sostener que el carácter secreto del acuerdo dota de mayor gravedad a los hechos que su publicidad. En efecto, los carteles se organizan usualmente como acuerdos clandestinos, lo que impide a la autoridad tomar conocimiento de la colusión y dificulta su posterior persecución²². Adicionalmente, se ha sostenido que el carácter secreto de los acuerdos sugiere que los intervinientes del ilícito son conscientes de la ilegalidad manifiesta de su conducta²³.

²⁰ En el mismo sentido, *Ibid.*, p. 45.

²¹ En el mismo sentido, *Ibid.*, p. 45 y 46.

²² OECD Reports, "Hard Core Cartels", 2000, p. 12 y 58. Asimismo, de acuerdo a la Excm. Corte Suprema, existen "(...) evidentes dificultades probatorias que se enfrentan al momento de acreditar un ilícito de esta naturaleza que se ejecuta en la clandestinidad, procurando los agentes económicos, en la generalidad de los casos, adoptar resguardos para impedir que la conducta anticompetitiva sea descubierta". Sentencia Rol N°15.005-2019, c. 11°.

²³ Dunne, N., "Characterizing Hard Core Cartels Under Article 101 TFEU", *The Antitrust Bulletin*, 65(3), 2020, p. 396. "[T]he unequivocal condemnation of cartels under Article 101(1) and the remote possibility of justification under Article 101(3) mean that defendants who remain determined to engage in cartel conduct necessarily do so discretely. (...) the existence of secrecy suggests awareness of manifest illegality on the part of the coordinating parties".

En el presente caso, el acuerdo sancionado tuvo cierto grado de publicidad. Los protocolos en los que se materializó la colusión fueron suscritos por escritura pública y por instrumento privado (cuyas firmas fueron autorizadas por notario público) (c. 26°). Asimismo, el Oficio N°1378 del 2003, emitido por el Seremi de Transportes de la Región de la Araucanía, da cuenta que el primer protocolo fue puesto en conocimiento de la autoridad²⁴, circunstancia reconocida por la Sentencia (c. 116°). Adicionalmente, en enero del 2016, aproximadamente 2 años antes del cese del acuerdo y meses antes del establecimiento de una sanción penal para la colusión, Sigifredo Quilodrán, socio de la Línea 4 y presidente de la Asociación Gremial de Dueños de Buses Urbanos de Temuco, expresó en una entrevista dada al diario de circulación local “Tiempo 21”, titulada “Los pro y los contra de la restricción vehicular”:

“Los dirigentes del transporte hace 10 o 12 años, cuando vimos que el parque de buses iba creciendo en forma irracional y cuando algunos ya se estaban preocupando para ver el centro de Temuco más ordenado, determinamos, sin que nos presionara la autoridad, congelar el parque de buses en Temuco y efectuamos un protocolo de congelamiento del parque y en la práctica quedó en un nivel cercano al cero crecimiento. Ese proyecto que reconocemos que no es legal, es respetado hasta la fecha por los máximos dirigentes del transporte urbano tanto de Temuco como de Padre Las Casas”²⁵.

De este modo, el comportamiento de los miembros del acuerdo sancionado por el H. TDLC careció de un carácter eminentemente clandestino o secreto.

²⁴ Oficio N° 1378, de fecha 25 de julio de 2003, emitido por Patricio Gálvez Strappa, Secretario Regional Ministerial de Transporte y Telecomunicaciones Región de la Araucanía de la época, cuya copia consta a fs. 809 del Cuaderno Principal de los autos Rol C N°361-2018.

²⁵ Diario “Tiempo 21”, Edición N° 371, “Los pro y los contra de la restricción vehicular”. [Disponible en: https://issuu.com/tiempo21_ediciondigital/docs/371. Última visita: 23 de agosto de 2023], p. 6.

ii. Magnitud de los efectos producidos por el acuerdo.

De acuerdo con el §27 de la Guía, un segundo criterio orientador sobre la procedencia de la querrela consiste en los efectos que el acuerdo produjo o fue evidentemente apto para producir, específicamente en lo referido a tres dimensiones que se pasarán a revisar.

(1) Si el hecho afectó o fue apto para afectar de manera masiva a la población.

La afectación masiva a la población (o la aptitud de producir este efecto) debe ser analizada a la luz del mercado relevante geográfico en que incidió la conducta. Así, a pesar de que el ámbito geográfico en que se cometió el hecho ilícito sea acotado, debe indagarse si dentro de dichos márgenes, un alto porcentaje de la población fue o pudo haber sido afectada por el acuerdo colusorio. Si, por el contrario, la masividad del efecto sólo pudiera predicarse de conductas que producen efectos en todo o gran parte del territorio nacional, este criterio se identificaría con el tercero, constituyendo una redundancia.

Juzgado de esta manera, cabe determinar si el acuerdo para limitar la producción en el mercado del transporte público urbano de pasajeros en las comunas de Temuco y Padre Las Casas afectó o fue apto para afectar de manera masiva a la población en dicho espacio geográfico.

Conforme a la investigación de esta Fiscalía, a la época del acuerdo se realizaban diariamente más de un millón de viajes mediante diversas modalidades de transporte de los cuales 267 mil se efectuaron utilizando la locomoción colectiva mayor o buses²⁶ por lo que el acuerdo habría tenido incidencia solo en un 26% de los viajes realizados. A su vez, si excluimos caminata y bicicleta, así como locomoción con destinos fuera de la conurbación (bus interprovincial), el porcentaje de viajes afectados por el acuerdo alcanzaría el 37%.

²⁶ Trasa (2014) "Actualización Plan de Transporte Temuco y Desarrollo de Anteproyecto, Etapa I", Resumen ejecutivo, Cuadro 12, pág. 24. Ubicado en el Tomo IX del Expediente de Investigación, pieza N°23.

En cuanto a la población afectada, si se considera que al año 2013 la población de la conurbación Temuco- Padre Las Casas era 365.587 habitantes²⁷, en promedio, el acuerdo habría afectado a un 36% de la población, bajo el supuesto de que las personas que usan el transporte público mayor realizan dos viajes al día (ida y regreso), representando una cota superior del porcentaje de población promedio afectada por el acuerdo²⁸.

Conforme a esta estimación, aun cuando la cantidad promedio de usuarios de buses de transporte público no alcanzaría siquiera la mitad de la población del mercado relevante geográfico, el porcentaje promedio de población afectada sí podría ser considerado significativo.

- (2) Si el hecho confirió o fue apto para conferir a los infractores poder de mercado en el mercado relevante que el hecho ilícito afectó o fue apto para afectar.

El poder de mercado ha sido definido por la jurisprudencia nacional como “(...) *la habilidad de una firma (o un grupo de firmas, actuando conjuntamente) para elevar el precio por sobre el nivel competitivo sin perder muchas ventas tan rápidamente como para que el incremento de precio no sea rentable y deba ser rescindido*”²⁹. Conforme a la Sentencia, recogiendo precedentes en la materia, “(...) *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,*

²⁷ Proyecciones Estadísticas de INE, archivo excel “Base-2002-(2014)-comunas_indicadores” <https://www.ine.gob.cl/estadisticas/sociales/demografia-y-vitales/proyecciones-de-poblacion>.

²⁸ Si se considera que las personas que utilizan el transporte público mayor, en promedio realizan más de dos viajes al día el porcentaje de población afectada se reduce. Por ejemplo, si se considera que los usuarios realizan 3 viajes diarios, el porcentaje de población afectada se reduce a 24%.

²⁹ Entre otras, Sentencia H. TDLC N°185, c. 296°, citando a W. Landes y R. Posner, “Market Power in Antitrust Cases”, Harvard L. Rev., 94[5], 1981, p. 937. En el mismo sentido, la Excma. Corte Suprema lo ha definido como “(...) *la capacidad que la misma [una empresa] tiene de influir sobre los precios vigentes en un mercado. Dicho poder de mercado puede aparecer tanto del lado de la oferta como de la demanda, es decir, una empresa puede tener poder de mercado como vendedora o como compradora de un bien o servicio (...) La existencia del poder de mercado tiene como implicancia principal el hecho de que la empresa que lo posee puede elegir entre vender (o comprar) los bienes a distintos precios*”. Sentencia Rol N°16.986-2020, c. 22°.

(ii) de manera indirecta, a través de la delimitación de un mercado relevante”, a lo que se sumaría el cálculo de cuotas de mercado, y la caracterización de las elasticidades de oferta y demanda de cada servicio³⁰.

En el presente caso, el acuerdo sancionado confirió poder de mercado a las empresas requeridas³¹. En efecto, de acuerdo con la Sentencia, ello se sigue del análisis del mercado relevante y las condiciones de entrada al mismo (c. 80°). Al año 2013, la participación de mercado de las requeridas, medida en cantidad de personas transportadas, alcanzó un 77,4% (C. 40°). Esta alta participación se ve reforzada por otras condiciones estructurales vigentes durante el periodo imputado: la incapacidad de los taxis colectivos para disciplinar completamente el comportamiento de las requeridas³² (c. 41°); la ausencia de condiciones favorables para la entrada (c. 42° y 43°); la prohibición de compartir terminales o crear sociedades con terceros establecida en los protocolos de acuerdo, como barrera estratégica a la entrada (c. 44°); todo lo cual se ve ratificado por el hecho de que 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 (c. 46°).

Cabe considerar que, luego de la entrada en vigencia de la Ley N°20.945 que sanciona penalmente la colusión, en agosto del 2016, la participación de mercado de las empresas partícipes del acuerdo decreció, en tanto Línea 10 se desvió en marzo del 2016, incorporando más buses y, consecuentemente, creando un nuevo recorrido (c. 85°). Con todo, las restantes 9 empresas mantuvieron una alta participación de mercado, junto con las restantes condiciones desfavorables a la entrada. En este sentido, durante el periodo que media entre agosto del 2016 y el cese del ilícito, el acuerdo sancionado también confirió poder de mercado a las empresas requeridas.

³⁰ Sentencia H. TDLC N°145, c. 19°.

³¹ En el mismo sentido, se pronuncia expresamente la Sentencia de la Excma. Corte Suprema Rol N°17.418-2021 que confirmó la decisión del H. TDLC, c. 13°.

³² En tanto, no constituyen un sustituto cercano del servicio de transporte público prestado mediante buses, considerando las diversas características de servicio, a lo que se suma su menor tamaño que les impide absorber demanda.

(3) Si el hecho afectó o fue apto para afectar todo o gran parte del territorio nacional.

Como se ha señalado, el mercado geográfico en que incidió la conducta sancionada es la conurbación Temuco – Padre Las Casas. Por otro lado, tampoco existe evidencia en la investigación -ni referencia alguna en la Sentencia- a algún efecto (o aptitud de producirlos) en un ámbito geográfico más amplio. A modo de ejemplo, a pesar de que el mercado aguas arriba de venta de microbuses tendría un alcance geográfico más amplio - nacional o incluso más extenso -, una restricción de flota en Temuco y Padre Las Casas tendría un efecto nulo o marginal en él. En consecuencia, el hecho ilícito no afectó ni fue apto para afectar todo o gran parte del territorio nacional.

iii. Existencia y magnitud de los beneficios económicos.

De conformidad con el §28 de la Guía, un tercer criterio orientador consiste en que la FNE considere la obtención de beneficios económicos acreditados, así como a su monto o aproximación, según se haya asentado judicialmente. Lo anterior significa que, a efectos de ponderar la procedencia de una querrela, esta Fiscalía debería responder dos preguntas: si existieron beneficios económicos derivados del ilícito y a cuánto ascendieron estos. Conforme al tenor del referido §28, para responder a tales preguntas, la FNE debe atender a las circunstancias acreditadas en el proceso.

La Sentencia explicó cómo el acuerdo de limitación de producción permitía a las empresas requeridas aumentar sus utilidades:

“(...) 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” (c. 59°).

En este sentido, la pregunta acerca de la existencia de beneficios está respondida positivamente: el acuerdo aumentó o, al menos, permitía aumentar las utilidades de sus miembros.

Sin embargo, la magnitud de los beneficios económicos no fue acreditada en el proceso, atendida la calidad y escasez de información que en dichos autos obró respecto a las empresas sancionadas³³. El Tribunal tampoco estableció en la Sentencia un *proxy* de los beneficios a partir de los ingresos de las empresas requeridas³⁴.

La Sentencia indicó que, en ausencia de tal información, se ha utilizado la literatura económica respecto de sobrepuestos promedios derivados del estudio de casos internacionales de carteles, con el objeto de estimar el beneficio económico que podrían haber percibido las empresas requeridas³⁵.

En el presente caso, se constataron incluso dificultades para estimar los ingresos de las líneas de buses derivados de su organización interna. En primer lugar, estas empresas

³³ “(...) 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”, c. 130°.

³⁴ A efectos de estimar la multa base, el H. TDLC utilizó aquella solicitada por la FNE en el Requerimiento, ajustándola de acuerdo con las participaciones de mercado relativas de cada línea. Ver c. 131°.

³⁵ “(...) una vez calculados los ingresos obtenidos como consecuencia de la colusión, se debe establecer el sobrepuesto derivado del ilícito. En ocasiones anteriores, cuando no se han aportado estudios o informes económicos que estimen el sobrepuesto derivado del acuerdo colusorio, como sucede en el caso de marras, este Tribunal ha utilizado la literatura comparada respecto de los sobrepuestos promedios derivados del estudio de casos internacionales de carteles (véase: Connor, John, 2014. *Price-Fixing Overcharges: Revised 3rd Edition*. Disponible en: https://papers.ssm.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2400780. Fecha de consulta: 1° de agosto de 2023). Específicamente, se ha considerado un valor de referencia al sobrepuesto promedio en los bienes o servicios afectados por la conducta, para así estimar el beneficio económico derivado de ello (v. gr., sentencias N°171/ 2019, c. 228° y siguientes; y N°179/ 2022, c. 322°). A tal efecto, la Excma. Corte Suprema ha confirmado el mérito probatorio de la literatura comparada, razonando que “efectivamente tal indicio [estudios en casos internacionales de carteles] puede servir de base para construir una presunción judicial, por admitirlo el artículo 22 y 26 del D.L. N°211” (Excma. C.S., 14 de agosto de 2020, Rol N°15.005-2019, c. 30°), c. 408°.

tienen ingresos derivados de ítems que no se vinculan al giro del negocio, sino que pagados diariamente por cada bus que va a efectuar recorridos o salidas bajo la administración de la Línea durante ese día, y que sólo tienen por objeto cubrir los costos administrativos de la sociedad (ej. derechos de *loza*)³⁶. Otras fuentes de ingresos de algunas líneas son la venta de combustible para la operación de los buses que componen su flota, como ocurre con Línea 5³⁷ o Línea 6³⁸; y la publicidad fijada en las ventanas posteriores de los taxibuses, como ocurre con la Línea 1³⁹. En este sentido, estos ingresos no corresponden a aquellos producidos por el giro del negocio, esto es, la venta de boletos. Adicionalmente, las empresas requeridas, por regla general, no declaran impuestos sobre renta efectiva según contabilidad completa, sino que están sometidos a un régimen de renta presunta⁴⁰, de modo tal que no cabía la posibilidad de acudir a sus asientos contables para determinar sus ingresos derivados del giro del negocio.

Y, en segundo lugar, en el proceso judicial solamente se aportó información de ingresos (propios de la operación o el giro) de cuatro líneas (1, 2, 5 y 6) correspondientes a un año (2017) reportada en informes de la Universidad de la Frontera. Cabe tener presente que esta institución académica sólo elaboró reportes respecto de dichas cuatro empresas requeridas y se agregaron al proceso en virtud de una solicitud de exhibición de documentos formulada por la FNE. Con todo, la cantidad de líneas analizadas por dichos informes y el hecho de haber sido elaborados sólo para un año impidió extrapolar conclusiones respecto de los ingresos y eventuales beneficios de las empresas sancionadas.

³⁶ Edgardo Escalante, contador de Línea 3, declaró ante el H. TDLC que el derecho de loza era la contraprestación del "(...) *derecho a un seguro, que paga la empresa, y derecho al soporte tecnológico que le permite estar reportando diariamente y sacar los informe. Eh, también pagan un, se pone a disposición un casino para que los choferes almuercen, colacionen, también hay un salón para que también descansen*". Transcripción de Audiencia Testimonial de don Edgardo Escalante, de fecha 11 de septiembre de 2019, que rola a fs. 1707 del Cuaderno Principal de autos Rol C N°361-18, p. 12.

³⁷ Declaración prestada por German Hermosilla ante la FNE con fecha 30 de septiembre de 2016, pp. 14 y 15.

³⁸ Declaración prestada por Carlos Osses ante la FNE con fecha 28 de septiembre de 2016, p. 8.

³⁹ Declaración prestada por Claudio Azar ante la FNE con fecha 30 de septiembre de 2016, pp. 4 y 5.

⁴⁰ Transcripción de Audiencia Testimonial de don Edgardo Escalante, de fecha 11 de septiembre de 2019, que rola a fs. 1707 del Cuaderno Principal de autos Rol C N°361-18, p. 16.

iv. Extensión temporal del acuerdo.

Según el §29 de la Guía, un cuarto criterio orientador de la procedencia de la querrela por el delito de colusión consiste en que el hecho se haya prolongado por un periodo de tiempo significativo, considerando la naturaleza de la conducta y el mercado afectado. El mismo párrafo establece que, en todo caso, se entenderá como significativa la prolongación por 3 años o más.

Corresponde precisar que, al determinar la extensión temporal de la conducta para efectos de orientar la decisión respecto a la interposición de una querrela por el delito de colusión, debemos considerar la duración de la conducta desde que tal conducta ilícita se encuentra tipificada como delito en virtud de la Ley N°20.945. Lo anterior se explica en tanto, si eventualmente se interpone una querrela, esta tendrá por objeto perseguir penalmente sólo aquella parte del acuerdo que se extiende desde el 30 de agosto de 2016. De lo contrario, es decir, si se consideraran circunstancias fácticas previas a esta última fecha, se evaluarían hechos que carecían de sanción penal a efectos de determinar la procedencia de una querrela.

En este sentido, considerando exclusivamente el periodo bajo el cual los acuerdos entre competidores se han encontrado sancionados penalmente, la conducta ilícita se extendió durante 1 año y 4 meses.

No obstante lo anterior, y que la Guía califique cualquier acuerdo que se extienda por 3 años o más como significativamente prolongado, no es posible juzgar en abstracto extensiones de tiempo menores, sino que depende de la variable competitiva afectada y del mercado afectado. A nuestro juicio, en el mercado del transporte público de pasajeros referido a una ciudad o conurbación se pueden adoptar e implementar decisiones de negocios referidos a la expansión de la oferta de servicios en periodos incluso menores a un año. De este modo, un acuerdo de limitación de producción en este u otros mercados

que alcance una extensión temporal incluso menor a 3 años se podría considerar prolongado.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe tener en consideración que el periodo del acuerdo que resultaría sancionable penalmente corresponde a la última etapa de la conducta anticompetitiva reprochada y del último protocolo de acuerdo. En este sentido, el hecho de que este protocolo de acuerdo no se haya renovado, da cuenta que la potencial sanción penal, entre otras circunstancias, pudo haber servido de suficiente disuasivo para evitar una extensión aun mayor de la conducta ilícita⁴¹.

v. Naturaleza del mercado.

De acuerdo con el §30 de la Guía, un quinto criterio orientador vinculado al hecho punible se refiere a la naturaleza del mercado de los productos o servicios afectados por el acuerdo. Para ello, la Fiscalía observará si se trata de:

(1) Bienes o servicios de primera necesidad.

El transporte público de pasajeros constituye un servicio de primera necesidad. Conforme a información recabada en la investigación, prácticamente el 50% de los viajes en Temuco y Padre Las Casas a la época del acuerdo tenían fines académicos o laborales⁴². Así también lo reconoce, en su considerando primero, el Decreto Supremo N°212/1992 que regula los servicios de transporte público de pasajeros, calificando este servicio como uno de primera necesidad⁴³. Del mismo modo, la jurisprudencia en materia de libre competencia ha calificado el transporte público como un servicio esencial:

⁴¹ En este sentido, la jurisprudencia del H. TDLC ha considerado, a efectos de la gravedad, el hecho de que el acuerdo probablemente se habría mantenido en el tiempo de no haberse iniciado una investigación. Sentencia H. TDLC N°119, c. 195°.

⁴² Cálculos efectuados a partir del informe Trasa (2014) "Actualización Plan de Transporte Temuco y Desarrollo de Anteproyecto, Etapa I", Resumen ejecutivo, Cuadro 19, pág. 36.

⁴³ "Considerando: 1° Que **el transporte de pasajeros constituye un servicio público de primera necesidad para la población, cuya regulación corresponde por excelencia al Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, el cual, de acuerdo a la normativa vigente, tiene el carácter de Organismo Rector Nacional**

“Pero no sólo debe considerarse la gravedad de la conducta, sino que, tal como se señaló, el servicio sobre el cual han recaído las prácticas colusorias es el transporte público de pasajeros, el que es un servicio esencial, lo que conlleva un mayor reproche”⁴⁴.

(2) Bienes o servicios de consumo masivo, y

Los bienes o servicios de consumo masivo son aquellos respecto de los cuales existe una alta demanda, con relativa independencia en cuanto al nivel de precios o a los ingresos del consumidor.

De acuerdo con los antecedentes de la investigación, el servicio de transporte público de pasajeros en Temuco y Padre Las Casas tiene el carácter de consumo masivo. En efecto, al año 2013, se realizaban 365 mil viajes de transporte público, de los cuales, un 74% se efectuaba a través de la locomoción colectiva mayor o buses⁴⁵. Como se señaló anteriormente, de la totalidad de los viajes, prácticamente el 50% tiene fines académicos o laborales.

Con todo, como se mencionó anteriormente, aunque se trata de un servicio de consumo masivo, ello no implica necesariamente que se haya afectado a la mayor parte de la población del respectivo mercado geográfico.

de Tránsito, correspondiéndole en tal calidad proponer las políticas en materia de tránsito por calles y caminos y demás vías públicas o abiertas al uso público, coordinar, evaluar y controlar su cumplimiento, como también velar porque los usuarios de dichos servicios tengan acceso a un transporte de calidad, seguro y al alcance de toda la población”.

⁴⁴ Sentencia de la Excma. Corte Suprema Rol N°19.806-2014, c. 22°. En el mismo sentido se han pronunciado los siguientes fallos: Sentencia H. TDLC N°137, c. 71° y Sentencia de la Excma. Corte Suprema Rol N°32.149-2014, c. 20°.

⁴⁵ Requerimiento, párr. 20 y 41

- (3) Bienes o servicios con baja o nula sustituibilidad, entendida como la disposición de los consumidores a sustituir un producto por otro en respuesta a un cambio en precios o cantidades ofertadas.

El carácter esencial de un bien o servicio unido a la baja o nula sustituibilidad determina que en el corto y mediano plazo su demanda sea inelástica, lo que permite a un oferente (o conjunto de ellos) explotar con mayor eficacia su poder de mercado.

El servicio de transporte público de pasajeros provisto específicamente por buses en Temuco y Padre Las Casas presenta baja sustituibilidad. Incluso dentro del mismo mercado relevante del producto, los taxis colectivos no constituyen un sustituto cercano. En este sentido, la Sentencia señala que: “(...) *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*” (c. 41°). Lo anterior guarda armonía con lo sostenido por el H. TDLC en otras sentencias, donde ha señalado que los taxis básicos constituyen un sustituto imperfecto del servicio de transporte público mayor, considerando las particulares características de servicio que entregan las diferentes modalidades de transporte⁴⁶.

vi. Intervención de una asociación.

Finalmente, de conformidad con el §31 de la Guía, un sexto criterio orientador vinculado con el hecho punible implica considerar si el acuerdo fue organizado, coordinado, celebrado, ejecutado o monitoreado con la participación de una asociación o entidad que reúne a competidores. La intervención de estas agrupaciones contribuye a dotar de gravedad a un acuerdo, en tanto implica una desviación de sus legítimos fines⁴⁷.

⁴⁶ Ver, por ejemplo, c. 35° de la Sentencia H. TDLC N°141.

⁴⁷ De acuerdo con el artículo 1° del DL 2757 de 1979 que establece normas sobre asociaciones gremiales, el objeto de estas entidades es “(...) *promover la racionalización, desarrollo y protección de las actividades que les son comunes, en razón de su profesión, oficio o rama de la producción o de los servicios, y de las conexas a dichas actividades comunes*”.

Durante el periodo del acuerdo y en el ámbito geográfico afectado, existieron cuatro asociaciones gremiales en el segmento de buses: Asociación Gremial Dueños de Buses Urbanos de la ciudad de Temuco (que reúne a las líneas 1, 2, 3 y 4), Asociación Gremial de Empresarios de Taxibuses de Temuco (que reúne a las líneas 5, 6, 7 y 9), Asociación Gremial de Dueños de Taxibuses Padre Las Casas – Temuco (que sólo representa a la Línea 8) y Asociación Gremial Altamira A.G. (que sólo representa a la Línea 10). Estas dos últimas, cada una de las cuales representa a una línea, tendrían como objeto representar ante las autoridades de transporte a las empresas que no pertenecían a ninguna de las dos principales asociaciones gremiales.

Las tres primeras asociaciones gremiales suscribieron los tres protocolos de acuerdo mediante el cual se materializó el ilícito. Asociación Gremial Altamira A.G. sólo suscribió el tercer protocolo. Adicionalmente, en todos los referidos instrumentos comparecieron las 10 líneas de buses partícipes del acuerdo.

De acuerdo con el tenor de los protocolos de acuerdo, las asociaciones gremiales concurrieron como garantes del cumplimiento del acuerdo. En este sentido, una de las medidas relativas al cumplimiento de los compromisos adoptados en el primer protocolo consistió en el establecimiento de una garantía por medio de un documento bancario por la suma de \$20.000.000. Para este fin, se consagraba la custodia cruzada de documentos, esto es, que el documento debía ser emitido a la asociación gremial a la que no pertenecía cada línea, lo que explica la comparecencia de las asociaciones. Los restantes protocolos contemplan garantías de similar naturaleza. Esta naturaleza de garantes se ve ratificada en el texto mismo de los protocolos, de acuerdo con los cuales la comparecencia de las asociaciones “(...) *tiene por objeto garantizar y avalar el compromiso, otorgándole un carácter corporativo, que beneficia a los asociados (...)*”.

Las restantes referencias de los protocolos a las asociaciones guardan relación con la necesaria suscripción de anexos, designaciones de árbitros y rescisión del instrumento, por todos los comparecientes, incluidas las asociaciones gremiales.

No se desprende de los protocolos de acuerdo, ni de los antecedentes de la investigación ni de otros elementos probatorios aportados en el proceso, que las asociaciones hayan ejercido otro rol en la conducta ilícita, específicamente en su organización, coordinación, celebración, ejecución o monitoreo.

De hecho, a diferencia de otros casos de colusión que ha conocido la institucionalidad chilena de libre competencia en que ha intervenido una asociación gremial que reúne a todos o la mayoría de los competidores del respectivo mercado relevante⁴⁸, en este comparecieron cuatro asociaciones, junto con las empresas de buses de Temuco y Padre Las Casas. Esta circunstancia minimiza el rol que pudo haber a las asociaciones involucradas, en tanto no representaban a las empresas en la adopción del acuerdo ni habrían actuado como un órgano que coordina la voluntad de sus asociados. En este sentido, no obstante la FNE concluyó que la existencia de estas asociaciones constituye un elemento facilitador del acuerdo⁴⁹, no se atribuyó un rol mayor a estas organizaciones.

Considerando lo expuesto, no ha sido posible determinar si las asociaciones gremiales habrían cumplido un rol fundamental en la gestación e implementación del Protocolo, ya que no contamos con evidencia de que los competidores se hayan reunido en el seno de las asociaciones para llegar al acuerdo, ni para monitorearlo o hacerlo cumplir.

En conclusión, las asociaciones gremiales de la industria del transporte público de pasajeros de Temuco y Padre Las Casas no participaron en el acuerdo de limitación de producción del modo descrito por el §31 de la Guía.

⁴⁸ Ver Sentencias H. TDLC N°139, 141 y 145.

⁴⁹ Observaciones a la prueba, p. 114 y 115.

b. Criterios relativos al comportamiento de las personas penalmente responsables por el hecho

El §32 de la Guía establece diversos criterios orientadores vinculados con el comportamiento de las personas que podrían ser penalmente responsables por el ilícito.

i. Gravedad manifiesta de las intervenciones individuales

No obstante la gravedad del comportamiento de las empresas, al haber participado en el ilícito más pernicioso para la libre competencia⁵⁰, no existe antecedente alguno sobre intervenciones individuales manifiestamente graves. En efecto, como se verá en la siguiente sección, el acuerdo en examen no se caracterizó por haber sido organizado e implementado por un conjunto de personas naturales identificables, respecto de las cuales además concurren elementos que permitan calificar su comportamiento como grave.

En este sentido, la Sentencia estableció que la Seremi de Transportes y Telecomunicaciones así como la Intendencia de la Región de la Araucanía habrían avalado el primer protocolo de acuerdo, con posterioridad a su suscripción (c. 116°). Lo anterior, a juicio del H. TDLC, *“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”* (c. 139°, citando la Sentencia N°94/2010, c. 99°). Esta circunstancia atenuante implicó la reducción de la multa base estimada por el H. TDLC en un 30% (c. 142°).

Estas circunstancias, a juicio de la Fiscalía, impiden sostener que existieron intervenciones individuales manifiestamente graves en la comisión del ilícito.

⁵⁰ De acuerdo con el §23 de la Guía, las calificaciones de gravedad de la conducta que pueda haber hecho la propia FNE, el H. TDLC o la Excm. Corte Suprema para efectos del art. 26 no resultan vinculantes ni necesariamente determinan que dichas conductas comprometan gravemente la libre competencia en los mercados.

- ii. Roles claves desempeñados por personas naturales identificadas o identificables en la organización, celebración y/o ejecución del acuerdo colusorio

Todo ilícito colusorio supone la intervención de personas naturales que ejecutan los actos que permiten implementar la coordinación anticompetitiva entre los agentes económicos. Así, si bien en la presente causa existen personas naturales que suscribieron los respectivos protocolos en los que se materializó el acuerdo, e incluso algunos de ellos firmaron más de uno⁵¹, no se advierten antecedentes en la investigación ni en el proceso judicial que permitan sostener una gravedad manifiesta en las intervenciones individuales o que determinados individuos hayan ejercido roles fundamentales o decisivos para la organización, celebración y/o ejecución del ilícito.

Es más, ningún antecedente da cuenta de que una o más personas que se desempeñaron como representantes de las líneas involucradas y que, en esa calidad, suscribieron los protocolos de acuerdo, hubiera ejercido una función relativamente más importante que otra en relación con la colusión, o fuera indispensable para alcanzar y mantener el referido acuerdo horizontal. Más bien, precisamente la función directiva en las respectivas líneas es el antecedente que gatilla la intervención de las personas naturales en la suscripción de los protocolos, con indiferencia de quien haya desempeñado esa labor, y sin que alguno de ellos haya mantenido una función particularmente decisiva en la organización, monitoreo o implementación del acuerdo sancionado.

Esta ausencia de roles claves en el acuerdo colusorio difiere de casos previos investigados por esta Fiscalía y sancionados en sede judicial, en los que resultaba evidente la intervención central de determinadas personas durante todo el *iter* colusorio, circunstancia

⁵¹ A modo de ejemplo, Sigifredo Juan Quilodrán, quien fue secretario de Línea 4, accionista y dueño de dos buses de esta línea y representante legal de la Asociación Gremial Dueños de Buses Urbanos de la ciudad de Temuco, compareciendo en los tres protocolos.

que incluso fue así considerada en las decisiones del H. TDLC al momento de acoger los requerimientos formulados por este Servicio⁵².

Algo similar ocurre en relación con las asociaciones gremiales como se ha indicado *supra*. De este modo, tampoco es posible vincular alguna persona natural que ejerciera formal o informalmente un cargo o función en alguna empresa o asociación gremial con algún rol clave en el acuerdo colusorio.

iii. Intervención previa de las personas en otras infracciones al art. 3.

Como señala la Sentencia (c. 136°), ninguna de las empresas involucradas es reincidente. Las personas naturales que representaron o actuaron por las respectivas empresas, formal o informalmente, tampoco han tenido intervención previa en otras infracciones al art. 3.

iv. En general, antecedentes que justifiquen la necesidad de solicitar la aplicación de la pena de inhabilitación.

La legislación contempla sanciones de inhabilitación para ejercer cargos u oficios públicos, cargos gerenciales y para contratar con el Estado⁵³.

Sin embargo, como se señaló *supra*, desde el punto de vista de la participación no se constata que ciertas personas hubiesen ejercido roles fundamentales o decisivos para la celebración, organización y/o ejecución del acuerdo colusorio. Asimismo, tampoco existen antecedentes adicionales que justifiquen la necesidad de solicitar esta sanción respecto de los individuos involucrados.

⁵² A modo de ejemplo, Sentencia TDLC N°133/2014, c. 162° y Sentencia TDLC N°185-2023, c. 428°.

⁵³ De conformidad a lo dispuesto en el artículo 59 numeral 1 de la ley N°21.595 Ley de Delitos Económicos, las penas de inhabilitación contenidas en el inciso segundo del artículo 62 del DL 211 han sido derogadas. Con todo, esa misma normativa establece nuevas sanciones de inhabilitación por la comisión de delitos económicos en sus artículos 30 y siguientes.

- c. Criterios relativos a la probabilidad de éxito de la acción penal y los objetivos de libre competencia

Por último, se revisarán los criterios orientadores contemplados en los §33 y 34 de la Guía.

- i. La FNE ponderará caso a caso si la querrela criminal es necesaria, proporcional y compatible con el cumplimiento a cabalidad de los objetivos que le mandata el DL 211.

De acuerdo con el art. 2º, corresponde a la FNE -en la esfera de sus atribuciones- dar aplicación a la ley para el resguardo de la libre competencia en los mercados. En este sentido, la interposición de una querrela criminal no resulta incompatible con la defensa del interés público resguardado por el DL 211. A la fecha, en relación con el acuerdo colusorio en examen, el ejercicio de una acción penal no entorpece ninguna función de la institucionalidad de libre competencia.

Sin embargo, la persecución de la responsabilidad penal de las personas naturales involucradas en esta colusión tampoco resulta estrictamente necesaria para dar cumplimiento al DL 211. En efecto, para este caso en particular, considerando los antecedentes descritos en este documento y con la finalidad de obtener un efecto disuasivo general y especial, parece suficiente una sanción pecuniaria establecida por el H. TDLC, sin que este efecto se vea debilitado por la ausencia de un reproche penal.

Finalmente, se evaluará la proporcionalidad de la interposición de una querrela al momento de ponderar los criterios orientadores que ya han sido objeto de análisis.

- ii. Probabilidad apreciable de que la acción prospere en términos que sea razonablemente plausible que la querrela pueda resultar en una justa sentencia condenatoria.

El análisis de la probabilidad de éxito de la querrela deriva de los principios de eficiencia y eficacia que debe observar la Administración del Estado, de acuerdo con el art. 3° de la Ley N°18.575⁵⁴.

Como se señaló previamente, a nuestro juicio, el acuerdo colusorio sancionado por el H. TDLC cumple con los elementos del tipo sancionado por el artículo 62. Asimismo, existen personas naturales identificadas que participaron del ilícito, en representación de las empresas, alcanzando y ejecutando el acuerdo. Finalmente, tanto en el expediente de investigación como en el proceso judicial se recabó suficiente material probatorio para acreditar los elementos del tipo contemplado en el artículo 62.

Con todo, como se advirtió precedentemente, no existen antecedentes en la investigación ni en el proceso judicial que permitan establecer que determinadas personas naturales hayan desempeñado roles claves en la organización, celebración o ejecución del acuerdo, ni respecto de las cuales se puede calificar su comportamiento como manifiestamente grave.

⁵⁴ Mendoza, Ramiro y Aguerrea, Pedro, Opinión Legal “Sobre la procedencia de que la FNE pondere normativa, general y anticipadamente la actual potestad otorgada para el ejercicio exclusivo de la acción penal que le otorga la actual legislación”, diciembre 2017, p. 28 y 29. En este sentido, cabe tener presente que “[l]a obligación que la ley impone al FNE no se reduce a elaborar un escrito, firmarlo y presentarlo ante el juez de garantía competente. La ley lo obliga a asumir la posición de querrelante en la investigación y el juicio y en tal calidad a promover la acción penal, sosteniendo la acusación y procurando la obtención de sentencia condenatoria. El cumplimiento de la obligación de interponer querrela implica por lo tanto la destinación de recursos institucionales considerables a la investigación y el juicio respectivos (...).” Awad y otros, Op. Cit., p. 39.

- iii. Elementos de prueba que se encuentran disponibles en el expediente.

Finalmente, el expediente de investigación contiene suficientes elementos de prueba relativos tanto a los elementos del tipo contemplado en el artículo 62 como a la participación de ciertas personas naturales en este ilícito, sin que haya establecido una gravedad manifiesta en sus intervenciones individuales o hayan desempeñado roles claves en su organización, celebración o ejecución, según se advirtió. Precisamente, en base a los antecedentes del expediente de investigación, junto con otras diligencias probatorias realizadas en el proceso, el H. TDLC acogió el Requerimiento de la FNE, decisión confirmada por la Excm. Corte Suprema. Con todo, debemos tener presente que el estándar probatorio del proceso infraccional de libre competencia, a pesar de que no está consagrado legalmente, ha sido calificado por la jurisprudencia como de prueba clara y concluyente (Sentencia, c. 107°); mientras que el art. 340 del Código Procesal Penal exige una convicción más allá de toda duda razonable para imponer una condena.

d. Ponderación de los criterios orientadores antes referidos

Hemos visto que, en el presente caso, concurren criterios orientadores que serían indiciarios de la gravedad de la conducta sancionada por el H. TDLC, así como otros que reducen dicha gravedad a efectos de perseguir sanciones penales por la comisión de estos hechos⁵⁵.

En este sentido, las características del caso vinculadas con el poder de mercado conferido por el acuerdo y la naturaleza del mercado afectado serían indiciarios de la seriedad que reviste el hecho ilícito.

⁵⁵ Como reconocen Awad y otros, la gravedad a efectos de ejercer la facultad de interponer una querrela no es idéntica al “grave compromiso de la libre competencia” que impone el deber de perseguir penalmente el ilícito. Awad y otros, Op. Cit., p. 36.

No obstante lo anterior, los referidos criterios deben ser ponderados a la luz de diversas circunstancias que permitirían cuestionar la proporcionalidad de destinar recursos de esta Fiscalía a perseguir una sanción penal por el acuerdo colusorio sancionado⁵⁶. Desde el punto de vista de su dimensión geográfica y temporal, se trata de un ilícito que no tuvo la aptitud de afectar todo o gran parte del territorio nacional y, durante el periodo en que ha estado vigente el delito del artículo 62, duró 1 año y 4 meses, siendo esta una reducida fracción de la duración total de un acuerdo que no fue de naturaleza clandestina. Tampoco se acreditó la obtención de beneficios económicos específicos por parte de las empresas de buses, ni consta la intervención de una asociación con el objeto de alcanzar y mantener la coordinación entre los agentes involucrados.

Asimismo, resulta relevante que no concurre ningún criterio relativo al comportamiento de las personas penalmente responsables por el hecho, que ameriten interponer una querrela: no se advierte la gravedad manifiesta de ninguna intervención individual; no se han identificado roles claves de personas naturales en la organización, celebración y/o ejecución del acuerdo; no existe reincidencia; ni hay antecedentes que justifiquen la necesidad de solicitar la aplicación de la pena de inhabilitación.

En este sentido, los individuos que componen las empresas involucradas en el acuerdo actuaron, al menos, con una reducida conciencia de ilicitud. Demostrativo de todo lo anterior, es el hecho de que no estamos frente a un acuerdo clandestino, sino que a uno materializado por instrumentos públicos y privados autorizados ante notario, puesto en conocimiento de autoridades regionales y parlamentarios, avalado por dichas autoridades, e informado al público a través de la prensa.

Finalmente, la sanción penal tampoco parece necesaria o indispensable para los objetivos de defender y promover la libre competencia en los mercados.

⁵⁶ De acuerdo con Rosenblut, Verónica y Moreira, Alejandro, Informe “Análisis y propuesta de criterios político criminales aplicables al ejercicio de la acción penal en materia de libre competencia”, p. 14 y 15, la proporcionalidad implica atender “a la magnitud de la lesión del bien jurídico protegido, a la intensidad del reproche de la conducta que sea posible hacer a su autor y a la nocividad social del comportamiento”.

De esta forma, a nuestro juicio, no resulta recomendable interponer una querrela, decisión justificable a la luz de los criterios orientadores y de la ponderación recién realizada.

Con todo, hacemos presente que la gravedad de las circunstancias fácticas del ilícito para efectos de orientar la procedencia y conveniencia de la interposición de una querrela, no se identifican con aquellas que configuran la gravedad como factor para el establecimiento de la multa en sede infraccional.

V. Conclusiones

1. El acuerdo que dio por establecido la Sentencia concuerda con el supuesto de hecho del delito de colusión contemplado en el artículo 62.
2. Los hechos establecidos en la Sentencia no comprometen gravemente la libre competencia en los mercados, en tanto no concurren los requisitos copulativos establecidos en el § 22 de la Guía. En particular, se puede descartar que los efectos económicos del hecho hayan sido aptos para provocar un impacto sistémico en los mercados, que el hecho se haya prolongado por un periodo de tiempo significativo y que haya afectado a todo o gran parte del territorio nacional.
3. En relación con el ejercicio facultativo de la querrela, esta no resulta recomendable. Tras haber ponderado los criterios orientadores establecidos en la Guía, no se considera proporcional la decisión de destinar recursos de esta Fiscalía a perseguir una sanción penal por el acuerdo colusorio ya sancionado infraccionalmente.
4. En consecuencia, informo al Sr. Fiscal que, a juicio de quien suscribe, no resulta procedente el deber de interponer una querrela por el acuerdo colusorio examinado en este documento ni conveniente el ejercicio facultativo de una querrela por tales hechos. Atendido lo anterior, se recomienda al Sr. Fiscal Nacional Económico, salvo su mejor parecer, no ejercer la atribución de formular querrela criminal en el presente caso.

VÍCTOR SANTELICES RÍOS
JEFE DIVISIÓN LITIGIOS

AWW/FBV