



UNIVERSIDAD DE CHILE

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO ECONÓMICO

PRECIOS PREDATORIOS: NUEVAS PERSPECTIVAS Y APLICACIÓN
EN CHILE

FERNANDO BINDER WIENER

MEMORIA PARA OPTAR POR EL GRADO DE LICENCIADO EN CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

PROFESOR GUÍA

JOAQUIN MORALES GODOY

SANTIAGO, CHILE

DICIEMBRE 2017

TABLA DE CONTENIDO

<u>INTRODUCCIÓN:</u>	1
<u>CAPITULO I: CONCEPCIONES BÁSICAS:</u>	3
1. Abuso de Posición Dominante:.....	3
2. Precios Predatorios como Conducta Exclusoria:.....	4
3. Concepto:.....	5
4. ¿Existen Realmente los Precios Predatorios?:.....	7
4.1. Pérdidas del Depredador:.....	8
4.2. Imposibilidad de Recuperación:.....	9
5. Teorías Modernas sobre el Funcionamiento de los Precios Predatorios:.....	10
5.1. Depredación Bajo el Nivel de Costos:.....	10
5.2. Depredación Sobre el Nivel de Costos:.....	13
<u>CAPÍTULO II: DIFICULTAD EN LA DISTINCIÓN ENTRE PRÁCTICAS PREDATORIOS Y ESTRATEGIAS EMPRESARIALES:</u>	17
1. El Problema:.....	17
2. Estructura de Mercado que Facilite la Existencia de Precios Predatorios:.....	18
3. Intención de Eliminar o Disciplinar a un Competidor:.....	19
4. Precio Bajo el Nivel de Costos:.....	20
4.1 Test de Sacrificio:.....	22
4.2 Test del Competidor Igualmente Eficiente:.....	24
4.3 Test del Congelamiento de Precios:.....	25
5. Examen de Recuperabilidad:.....	28

CAPITULO III: LOS PRECIOS PREDATORIOS EN EL DERECHO

COMPARADO:	32
1. Estados Unidos:.....	32
1.2 Examen Precio – Costo:.....	34
1.2 Prueba de Recuperabilidad:.....	35
2. Europa:.....	36
2.1 Examen Precio – Costo:.....	37
2.2 Presunción de Recuperabilidad:.....	39
2.3 Principios en el Abuso de Posición Dominante:.....	40

CAPÍTULO IV: LOS PRECIOS PREDATORIOS EN CHILE:.....42

1. Legislación:.....	42
2. Aplicación Jurisprudencial:.....	44
2.1 Demanda de AFP Provida en contra de otros fondos de pensiones:.....	44
2.2 Kemfar S.A contra Productos Roche:.....	44
2.3 Buses Chimbarongo contra de Buses Andibus:.....	45
2.4 FNE contra de T.V Cable Loncomilla S.A y otros:.....	45
2.5 Quimel S.A y Cementa S.A contra James Hardie Ltda:.....	46
2.6 Complejo Manufacturero de Equipos Telefónicos S.A.C.I contra de Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A:.....	47
2.7 GPS Chile S.A contra Entel PCS S.A:.....	48
2.8 Comercial Arauco Ltda. contra D&S e Hipermercado Líder Valdivia.....	48
2.9 FNE contra Asociación Gremial de Dueños de Mini Buses Agmita.....	50
Análisis Final de la Jurisprudencia Nacional:.....	51

CAPÍTULO V: PROPUESTA:.....54

1. Análisis del Mercado Chileno:.....	54
---------------------------------------	----

2. Condiciones que debe cumplir la Propuesta:.....	56
3. Propuesta Final:.....	57
4. Compatibilidad con los Preceptos Legales:.....	58
<u>CONCLUSIONES:</u>	60
<u>REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS:</u>	62

RESUMEN

A pesar de que los precios bajos se suelen ver como un síntoma de un mercado competitivo, también pueden ser el resultado de maniobras que buscan excluir competidores a fin de obtener poder de mercado. A estos precios se les llama predatorios. Su existencia y forma de determinarlos es una de las discusiones más arduas y largas en el derecho de la libre competencia, existiendo grandes diferencias en cuanto a su tratamiento en el derecho comparado.

En este trabajo comenzaré con una contextualización de la cuestión, analizando su concepto, elementos requeridos y funcionamiento según las teorías económicas modernas. Analizaré así mismo, los sistemas comparados más importantes (Europa y E.E.U.U) y su aplicación en casos concretos, para luego ver en particular el caso de Chile. Finalmente concluiré con una propuesta de la forma en que deben de ser examinados y tratados los casos de precios predatorios por parte de los tribunales nacionales para distinguirlos de simples maniobras empresariales, tomando en cuenta las particularidades del mercado nacional

INTRODUCCIÓN

Los Precios Predatorios son un punto de conflicto constante en el derecho de la libre competencia a nivel mundial. El asunto se dificulta al existir una aparente contradicción, al entenderse normalmente por el derecho antitrust, los precios bajos como un reflejo de un mercado saludable, mientras que en este caso los precios bajos se entienden como antijurídicos. Sin embargo esto es simplemente una contradicción ficticia, porque en este caso lo que se persigue no son los precios bajos, sino los precios abusivos que podrán ser fijados luego de la salida de los competidores del mercado. La forma de tratar, incluso de concebir los precios predatorios difiere de forma importante en el derecho comparado, así mismo existen un sinnúmero de autores que buscan solucionar este conflicto.

Dentro de lo que se entiende por “conductas predatoras” se distinguen entre aquellas que buscan excluir competidores a través del precio y aquellas que utilizan otro tipo de estrategia pero con el mismo propósito. Este trabajo se enfoca en el primero de estos mecanismos, analizando el desarrollo que ha tenido esta materia en el tiempo, partiendo de las teorías más antiguas en Estados Unidos, hasta llegar a las que hoy se utilizan en los distintos ordenamientos. Se hará un paralelo entre la forma de concebirlos en Europa y Estados Unidos, para luego terminar observando que es lo que sucede en nuestro país.

Luego de este examen quedará de manifiesto la existencia de esta conducta en las estrategias empresariales, a pesar de que parte importante de la doctrina manifiesta lo contrario; de su efectividad en la exclusión de competidores; y el hecho de existir importantes diferencias entre los distintos ordenamiento, donde nuestro país se acerca mucho a la jurisprudencia estadounidense (principalmente nuestra Corte Suprema), a pesar de que ellos son aún más escépticos sobre esta conducta. El desarrollo jurisprudencial de nuestro país va bien encaminado, en mi opinión gracias a la labor de la Fiscalía Nacional Económica (desde ahora FNE) y del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (o simplemente TDLC), los cuales siendo integrados tanto con abogados como economistas, se mantienen al tanto de las teorías modernas sobre el

derecho de la libre competencia y la economía y buscan aplicarlas a los casos puestos a su conocimiento.

Para lograr el objetivo propuesto, creo necesario iniciar con una breve explicación de lo que implica un precio predatorio. Se percatará el lector que el mismo concepto de la conducta está en discusión, existiendo definiciones que buscan determinar los elementos de esta, mientras que otras prefieren simplemente explicar su funcionamiento económico. En el Capítulo II se intenta dar solución al problema central, que es lograr distinguir una simple conducta empresarial de un acto exclusorio. Es en este último punto donde se concentran la mayoría de las discusiones sobre el tema y veremos distintos test que buscan respuesta a esta cuestión. Luego de analizar los elementos, principalmente el tema del nivel de costos, veremos cómo son tratados en EEUU, donde los tribunales entienden de forma restringida el concepto y ven con ojos muy cautos su existencia, para luego pasar a Europa, quien reconoce la usual ocurrencia de este tipo de actos y donde además existen una serie de principios que buscan controlar la posición de dominio que pudiese llegar a tener una empresa. Finalmente, veremos el sistema chileno, revisando gran parte de la jurisprudencia existente, analizando la economía misma para concluir con mi propuesta del test de costos que debe de ser utilizado y la opinión sobre la necesidad de analizar incluso la posibilidad de depredar competidores con precios sobre el nivel de costos y así responder a la pregunta central: ¿cuándo debe de ser considerado un precio como predatorio?

CAPÍTULO I: CONCEPCIONES BÁSICAS

1. Abuso de Posición Dominante

El derecho de la libre competencia ha luchado a nivel general contra tres tipos de delitos: los acuerdos anticompetitivos, las fusiones anticompetitivas y el abuso de posición dominante¹. Los precios predatorios, se han considerado históricamente dentro de los ilícitos provenientes del abuso de posición dominante, aunque esto no sea necesariamente correcto, ya que como explicaremos posteriormente, no siempre se exige que el infractor posea poder de mercado para ser condenado por precios predatorios.

El abuso de posición dominante es definido por Valdés Prieto como “el ejercicio antijurídico del poder de mercado que dispone el monopolista estructural”.² Esta definición amplia que entrega el autor, logra incluir un gran número de conductas en donde el actor utiliza abusivamente de su posición privilegiada en el mercado, como por ejemplo “discriminación arbitraria”; ventas atadas” “estrechamiento de márgenes”, precios predatorios, etc³.

En el derecho moderno, se ha entendido que el simple hecho de poseer una posición dominante no implica *per se* una contravención al derecho, ya que es precisamente ese el objetivo que busca toda empresa al competir, y dicha competencia es la que finalmente beneficia a los consumidores. Lo que se busca evitar y sancionar es al actor que no busca competir por lo méritos⁴, sino que utiliza su posición privilegiada de forma dañina para la competencia y para los consumidores.

Para que exista un ilícito por abuso de posición dominante, los distintos sistemas comparados establecen, por regla general, como elementos necesarios para su

¹ John Vickers, “Abuse of Market Power,” *The Economic Journal* 115, no. 504 (2005): 244.

² Domingo Valdés Prieto, *Libre Competencia Y Monopolio*, Primera ed. (Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2006), 545.

³ Véase Vickers, “Abuse of Market Power.”

⁴ Concepto utilizado por la el derecho de libre competencia europeo: Pierre Larouche and Maarten Pieter Schinkel, “Continental Drift in the Treatment of Dominant Firms: Article 102 TFEU in Contrast to § 2 Sherman Act,” TILEC Discussion Paper, 2013-34 (Amsterdam: Amsterdam Law School Legal Studies Research and Amsterda Center for Law & Economics, 2013), 6.

existencia: una posición monopólica, además de un mal uso de dicha posición con el objeto de mantener o alcanzar una posición dominante⁵.

Como mencioné previamente, se ha discutido si efectivamente los precios predatorios califican dentro de las conductas de abuso de posición dominante. Esto se debe precisamente al último requisito recién comentado. Existen varios ordenamientos como el estadounidense o el chileno, donde la ley no establece de que exista una posición dominante en el mercado, sino que también puede incurrir en dicha conducta para adquirirla. Así nuestro legislador lo entendió al establecer los precios predatorios en la letra c) del inciso segundo del artículo tercero del DL 211 y no en la letra b) donde se contemplan las conductas que abusan de una posición monopólica⁶.

Los economistas han discutido largamente sobre este tema, debido a que muchos no creen posible que los precios predatorios puedan ocurrir cuando no exista posición dominante, ya que la empresa depredadora no tendría la influencia necesaria en el mercado relevante para poder aguantar el nivel bajo de precios, como también el aumento de oferta que requeriría dicha conducta. Esto le agrega un capítulo más a la larga discusión sobre la efectividad de los precios predatorios que trataremos posteriormente.

2. Precios Predatorios como Conducta Exclutoria

Hay dos formas en que una empresa dominante puede abusar de su poder de mercado. A través de conductas que atentan directamente contra los consumidores o de forma indirecta al excluir en una primera etapa a competidores para después poder establecer precios monopólicos. El primer tipo se llaman “conductas explotativas”, mientras las otras son “exclutorias”⁷.

Los precios predatorios forman parte del segundo grupo, al buscar excluir la competencia o perjudicarla seriamente sacrificando los beneficios a corto plazo, al

⁵ Vickers, “Abuse of Market Power,” 227.

⁶ Valdés Prieto, *Libre Competencia Y Monopolio*, 579.

⁷ Bruce Lyons, “The Paradox of the Exclusion of Exploitative Abuse,” *Swedish Competition Authority*, 2007, 6.

cobrar un precio excesivamente bajo, para poder cobrar posteriormente un precio monopólico y siendo en esta segunda parte donde se produce el daño real hacia los consumidores.

Por regla general en el derecho de la libre competencia, se han perseguido las conductas exclusorias sobre las explotativas. Hecho extraño o “paradoja” como lo caracterizan varios autores, dado que ambas acciones tienden al mismo efecto y en el caso de las conductas explotativas los consumidores se ven directamente afectados, mientras que en las exclusorias para que haya ilícito es necesario que luego de la exclusión también se logre demostrar un perjuicio para los consumidores.

Aun así, como mencionamos los ordenamientos siguen preocupándose más por los actos exclusorios y persiguen de forma excepcional las conductas explotativas⁸.

3. Concepto

Los precios predatorios son quizás uno de los puntos más conflictivos y que ha producido una de las discusiones más largas dentro del derecho de la competencia. Las distintas opiniones sobre el alcance de estos complican su definición. Una definición clásica podría ser la entregada por Hernández: “*Son predatorios los precios inferiores a un determinado nivel de costos establecidos por una empresa dominante con la intención de expulsar del mercado o perjudicar seriamente a uno o varios competidores*”⁹. Ésta definición otorga los elementos que por lo general se exigen para la existencia de la conducta: (i) Precio bajo determinado tipo de costos; (ii) poder de mercado; (iii) intención de eliminar a competidores; y (iv) existencia de barreras de entrada¹⁰.

Sin embargo, con el transcurso del tiempo hay ordenamientos que han ido modificando estos requisitos o agregando nuevos Por ejemplo en Estados Unidos luego del caso

⁸ Para una mayor profundización: Lyons, “The Paradox of the Exclusion of Exploitative Abuse.”

⁹ Francisco Hernández Rodríguez, *Precios Predatorios Y Derecho Antitrust: Estudio Comparado de Los Ordenamientos Estadounidense, Comunitario Y Español*, Primera ed. (España: Marcial Pons, 1997).

¹⁰ Véase Claudio Lizana, “Precios Predatorios: ¿Bajo Qué Circunstancias Constituyen Una Infracción a La Libre Competencia?,” *Revista Anales Derecho UC*, 2008, 39–41.

de “Brooke Group”¹¹, se exige también que la parte demandante logre acreditar que la empresa predatora tenga la suficiente certeza de que recuperará la inversión luego de excluir a los competidores (*recoupment test*)¹², o en el caso de la Corte de Justicia de la Unión Europea, en donde no se debe necesariamente verificar la subjetividad de la conducta cuando las empresas monopólicas fijan el precio bajo ciertos niveles de costos¹³.

Por esta razón han ido surgiendo nuevas formas de definir esta conducta predatoria. Así Bork la define como “*la disminución de precios que no traería consigo un aumento en las ganancias de la empresa, sino es por la expectativa de (i) excluir a competidores del mercado, dejando al depredador con una cuota de mercado suficiente para poder cobrar un precio monopólico; o (ii) intimidar lo suficiente a los competidores, con el objeto de que abandonen su conducta competitiva que considera inconveniente o amenazante*”¹⁴. Bork los define de acuerdo al objetivo que busca el predador en su conducta, distinguiendo entre su intención de eliminar la competencia o simplemente controlarla.

Como se puede ver, resulta sumamente difícil entregar una definición que logre abarcar las distintas posturas que existen sobre esta materia y aún más que engloben opiniones modernas (defendida en este trabajo) que incorporan dentro de los precios predatorios aquellos que se encuentran incluso sobre el nivel de costos. Por estas razones creo que la definición económica entregada por Bolton, Broadley y Riordan es la más acertada y los definen como “*aquellas reducciones de precio que son rentables únicamente por el aumento del poder de mercado que obtiene el predador, al eliminar, disciplinar, o inhibir la conducta competitiva de un rival o potencial rival*”¹⁵. Esta definición es notoriamente más amplia que las anteriores, no buscando establecer los elementos de la conducta, sino que explicando su funcionamiento económico. Resulta bastante apropiada en mi opinión al darle cabida a la depredación sobre el nivel de

¹¹ Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp., 509 (Supreme Court 1993).

¹² Lizana, “Precios Predatorios: ¿Bajo Qué Circunstancias Constituyen Una Infracción a La Libre Competencia?,” 45.

¹³ Vickers, “Abuse of Market Power,” 248.

¹⁴ Robert H. Bork, *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself* (Simon & Schuster, 1993).

¹⁵ Patrick Bolton, Joseph F. Brodley, and Michael H. Riordan, “Predatory Pricing: Strategic Theory and Legal Policy,” *Geo. LJ*, 2000, 2442.

costos, así mismo como incluye los casos en que los precios predatorios no necesariamente sacan a un competidor del mercado, sino que también cuando logran disciplinarlo o dañarlo lo suficiente para que el poder de mercado aumente considerablemente luego de dicha estrategia.

En otras palabras, los precios predatorios pueden dividirse en dos etapas. En la primera, una empresa baja considerablemente el nivel de precios en un mercado, provocando el aumento de la demanda sobre sus productos afectando así la de sus competidores y eliminándolos del mercado. Luego en la segunda etapa, al obtener una mayor cuota de mercado y adquiriendo una posición monopólica en el mercado, procede a subir los precios a un nivel superior al que hubiese existido en un mercado competitivo, recuperando las pérdidas que sufrió en la primera etapa.

A pesar de que la mayoría de los países reconocen la existencia de los precios predatorios, hay parte de la doctrina que todavía se encuentra bastante escéptica sobre si es factible que las empresas puedan conseguir un real provecho de estas conductas¹⁶. Esta discusión se produce principalmente en Estados Unidos y en el próximo capítulo trataré esta cuestión y como la doctrina moderna explica el funcionamiento de éstos¹⁷.

4. ¿Existen Realmente los Precios Predatorios?

A pesar de que la teoría de los precios predatorios tiene una larga data, existen corrientes doctrinarias que aún dudan sobre la posibilidad de excluir competidores a través de este mecanismo, o al menos lo ven muy poco probable y que el fiscalizar este tipo de conductas perjudicaría la eficiencia del mercado¹⁸.

¹⁶ Aaron S. Edlin, "Predatory Pricing," *Research Handbook on Economics of Antitrust*, 2012, 4–18, http://works.bepress.com/aaron_edlin/74/ [accedido el 28-07-2016].

¹⁷ Miguel De La Mano and Benoît Durand, "A Three-Step Structured Rule of Reason to Assess Predation under Article 82," *Office of the Chief Economist, Discussion Paper, DG Competition, European Commission*, 2005, 5.

¹⁸ Joseph Farrell and Michael L. Katz, "Competition or Predation? Schumpeterian Rivalry in Network Markets," *UC Berkeley Competition Policy Center*, 2001, 2. [En línea] <http://ssrn.com/abstract=507084>. [Accedido el 28-7-2016].

En los años 50 en Estados Unidos proliferaban un gran número de demandas de precios predatorios en los tribunales superiores. Pero con el trabajo de Mc Gee (1958) comenzaron una serie de economistas a cuestionar la verdadera efectividad de los precios predatorios, principalmente de la Escuela de Chicago. Fue así como con el trabajo de Robert Bork en el año 1978, comenzó una nueva era para los precios predatorios en donde la Escuela de Chicago logró convencer a gran parte de los tribunales superiores de ese país de la improbabilidad de su existencia¹⁹. Con él surgió la opinión de que este fenómeno era inviable principalmente por dos razones, primero porque el predador durante el periodo de precios bajos sufría mayores pérdidas que la parte depredada; y luego que si realmente producía la salida del competidor, no iba a poder subir posteriormente el precio ya que esto invitaría a la entrada de nuevos o antiguos competidores²⁰. A continuación analizaré cada una de estas razones:

4.1 Pérdidas del Depredador:

De forma muy acertada, la escuela de Chicago afirma que durante el periodo de bajos precios, el predador sufre pérdidas mucho mayores que la empresa depredada, no sólo porque ofrece sus productos bajo el nivel de costos, sino porque también debe aumentar su oferta para lograr satisfacer la demanda que tienen sus competidores. De esta forma, según esta corriente, la conducta no puede ser mantenida por mucho tiempo lo que motivaría a la empresa víctima, a seguir en el mercado hasta que el predador deba subir necesariamente los precios, porque de lo contrario, ella misma se vería obligada a salir. Además durante este periodo, agregan, la empresa depredada puede acudir a fusiones u otros mecanismos de financiamientos, que le podrían ayudar a mantenerse a flote mientras el predador continúa con su conducta²¹.

¹⁹ Para mayor información, véase: Bork, *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*.

²⁰ Edlin, "Predatory Pricing," 2012, 10–14.

²¹ *Ibid.*, 10–14.

4.2 Imposibilidad de Recuperación:

La segunda razón de porque este tipo de conductas no son plausibles, es que el objetivo de la empresa que intenta excluir a competidores busca posteriormente subir los precios y hacerse de la renta monopólica. Sin embargo, este aumento en el precio atraería al ingreso o reingreso de competidores al volverse el mercado nuevamente atractivo para invertir²².

A través de estos dos argumentos centrales, comenzó una ola de escepticismo en Estados Unidos sobre la existencia de los precios predatorios al no tener uso práctico y si eran efectivamente usados por las empresas²³. Ante este escenario, surgieron opiniones como la de Frank Easterbrook que comparó esta práctica con los dragones, al estar en todas partes de la literatura, pero que jamás se han visto en la realidad²⁴. Fue con el fallo “Matsushita”²⁵ que ingresaron las ideas de la Escuela de Chicago al tribunal superior norteamericano y posteriormente con el fallo de “Brooke Group” se instauraron de forma definitiva, prácticamente sin existir fallo posterior alguno a favor de una demanda por predación de precios en dicho país²⁶.

A pesar de que la Escuela de Chicago hizo grandes aportes a la teoría de las conductas predatorias y su difícil aplicación, autores modernos comenzaron a refutar su idea de que los precios predatorios sean tan excepcionales. Los autores afirman que la forma en que la Escuela de Chicago analiza el mercado es estática, ignorando el hecho de que los mercados reales son dinámicos, donde no existe información perfecta o donde la entrada de competidores no se puede presumir²⁷. Además excluyen en su análisis, la posibilidad que una empresa impide la entrada de competidores a través de precios lo suficientemente bajos para cumplir con esta condición, pero sin ser estos bajo su nivel de costos²⁸.

²² Ibid., 13.

²³ Bolton, Brodley, and Riordan, “Predatory Pricing: Strategic Theory and Legal Policy,” 2244.

²⁴ Frank H. Easterbrook, “Predatory Strategies and Counterstrategies,” *The University of Chicago Law Review*, 1981, 264.

²⁵ U.S., *Matsushita Elec. Indus. Co v. Zenith Radio Corp*, 475 U.S, 574 (Supreme Court 1986).

²⁶ Aaron S. Edlin, “Stopping above-Cost Predatory Pricing,” *Yale Law Journal*, 2002, 941.

²⁷ Edlin, “Predatory Pricing,” 18.

²⁸ Edlin, “Stopping above-Cost Predatory Pricing,” 945.

Es así como el depredar bajo el nivel de costos pueda verse como una conducta improbable, pero si uno le agrega la posibilidad de que también existe la predación sobre el nivel de costos, esta práctica no se ve para nada improbable como sostiene la Escuela de Chicago materia que analizaremos en los capítulos siguientes.

5. Teorías Modernas sobre el Funcionamiento de los Precios Predatorios

Como mencioné en el título anterior, la opinión de la Escuela de Chicago influyó fuertemente en Estados Unidos luego del fallo “Matsushita” estableciendo la opinión de que la predación a través de precios es prácticamente inexistente. Sin embargo para contrarrestar este escepticismo, en los años 80 surgieron varias críticas realizadas por importantes economistas, fundadas principalmente en que los modelos planteados por Bork o McGee, se basaban en una visión estática de los mercados, donde se presumía que la información y los elementos de las empresas eran simétricos. No obstante, los mercados raramente tienen estas características y si uno los analiza aceptando dicha premisa, se abren distintas formas de predación y los economistas modernos se encargaron de desarrollar como pueden verse efectiva este tipo de conductas utilizando principalmente la teoría de juegos²⁹.

A continuación veremos las principales formas en que se pueden lograr las conductas predatorias, analizando en primer lugar, ciertas estrategias que utilizan las empresas para lograr la exclusión efectiva de competidores a través de precios bajo el nivel de costos, para luego explicar cómo pueden depredar incluso sobre el nivel de costos.

5.1 Depredación Bajo el Nivel de Costos:

En un mercado imperfecto las empresas no poseen la misma información. Este desequilibrio es tanto sobre el mercado, como sobre los costos o datos de las demás empresas. Esta situación permite que las empresas realicen estrategias para confundir o influenciar las expectativas de sus potenciales o actuales competidores. Estas

²⁹ Edlin, “Predatory Pricing,” 17–18.

maniobras pueden ser utilizadas tanto en la etapa 1 (sacar agentes del mercado), como en la etapa 2 (desincentivar el ingreso de nuevos competidores). Éstas pueden ser clasificadas en dos grupos principales, en estrategias de predación financiera o modelos de predación a través de señalizaciones.

McGee consideraba que en la primera etapa la predación era poco probable ya que las empresas podían siempre buscar métodos de financiamiento, permitiéndoles el mantenerse más tiempo en el mercado produciendo finalmente que la empresa predatora subiera nuevamente los precios al no poder aguantar las pérdidas que conllevaba dicha estrategia. Sin embargo las tácticas de predación financiera buscan aprovecharse de la asimetría de información haciéndoles creer a los financistas que el mercado no es atractivo y que por lo tanto no es conveniente financiar a los entrantes. Otra alternativa es bajar los precios, para que la empresa financiada deje de tener ganancias lo que produce que las financiadoras amenacen con cortar el capital como mecanismo de incentivo para que paguen las deudas. Es así como finalmente la empresa debe terminar dejando el mercado ya que pierde el financiamiento o se vuelve muy caro y no puede continuar con la actividad³⁰.

Por otro lado, están los modelos basados en señalización. De forma similar a la anterior, busca a través de actos desincentivar a la empresa para seguir compitiendo o entrar al mercado. Dentro de estas están los “modelos de reputación”, “modelos de señalización del mercado”; y “señalización de costos”³¹.

- (i) Los Modelos de reputación son definidos por Tarziján y Hevia como aquellos en que *“el depredador busca establecer una reputación de duro en uno de los mercados en que participa la empresa, para desincentivar la entrada a los otros mercados a través de hacerle creer a los entrantes que si ingresan a ellos habrá un bajo precio ahí también”*. Cabe destacar que esta estrategia también sirve para desincentivar a otros competidores o antiguos para que entren al mismo mercado posteriormente. Si una empresa logra realizar con éxito esta conducta

³⁰ Bolton, Brodley, and Riordan, “Predatory Pricing: Strategic Theory and Legal Policy,” 2290–92.

³¹ Jorge Tarziján and José Hevia, “Jurisprudencia Sobre Precios Predatorios En Chile: ¿ Han Sido Uniformes Los Criterios Aplicados?,” *Revista Abante*, 2005, 68.

exclusoria, ¿quién sabiendo su reputación intentaría entrar al mercado si existe la posibilidad de que baje los precios nuevamente?

- (ii) Cuando un potencial competidor quiere entrar al mercado, debe realizar primero un estudio de él para evaluar una serie de factores, como por ejemplo: si existe demanda suficiente, qué tan elástica es la demanda, preferencia de los consumidores, etc. Sin embargo, la información que posee es probablemente inferior a la que tienen las empresas que se encuentran compitiendo ya hace un tiempo en dicho mercado y que por lo tanto han acumulado información relevante respecto a él. Esta estrategia lo que busca es hacer ver el mercado como inconveniente para la entrada de más competidores. El potencial competidor al poseer menos información no va lograr determinar si las características que muestra el mercado son realmente malas o es una simple estrategia de sus competidores³². De esta forma, se puede desorientar a la empresa entrante respecto al nivel de demanda o respecto a la elasticidad de esta³³.
- (iii) Por último dentro de los modelos de señalización, se encuentra la señalización de costos. Esta estrategia quizás más simple, es utilizada por el predador para mostrarle a sus rivales que es un productor que tiene bajos costos³⁴. Es lógico que una empresa va a preferir entrar a un mercado donde los competidores tienen altos costos y podrá entrar a competir con iguales o menores pudiendo así obtener ganancias de tales negocios. Sin embargo, acá la empresa predadora fijará sus precios a un bajo nivel sacrificando utilidades para desincentivar la entrada y luego subirlos para recuperar esta inversión.

Además de las estrategias recién nombradas, la Escuela de Chicago presumía la entrada de competidores al momento que la empresa monopolica volviera a subir los precios, sin embargo esto no es necesariamente cierto. En un gran número de

³² Paul Milgrom and John Roberts, "New Theories of Predatory Pricing: Industrial Structure in the New Industrial Economics," *Oxford University Press*, 1990, 127–28.

³³ Para mayor información sobre éste tipo de prácticas, véase: De La Mano and Durand, "A Three-Step Structured Rule of Reason to Assess Predation under Article 82," 11–12.

³⁴ Tarziján and Hevia, "Jurisprudencia Sobre Precios Predatorios En Chile: ¿Han Sido Uniformes Los Criterios Aplicados?," 68–69.

mercados existen barreras de entradas que impiden la entrada de nuevos o antiguos competidores, o al menos implican un gran costo de inversión. Estas barreras de entradas pueden ser de distintos tipos: limitaciones legales, altos costos fijos, o cuando se trata de un mercado que tiene externalidades de red. De cualquier forma, no es correcto el presumir la entrada de competidores y menos que dicha entrada no conlleva costos que pueden provocar que los precios vuelvan a subir.

A través de estos sistemas y utilizando la teoría de juegos los economistas modernos buscaban demostrar que la depredación es posible y efectivamente ocurría. Sin embargo estos son simplemente ejemplos que demuestran que en un mercado imperfecto, la posibilidad de excluir competidores a través de precios bajo el nivel de costos, es realmente posible. Existen otras estrategias que pueden provocar el mismo efecto. Otro caso podría ser el de una empresa que utiliza un monopolio en otro mercado para soportar las pérdidas en que incurre al iniciar una conducta predatoria. Esta empresa, al poseer un monopolio en el mercado 1, puede cobrar un precio monopólico obteniendo un nivel alto de utilidades. Luego, en el mercado 2 comienza una estrategia de precios predatorios. Para poder soportar un largo periodo de precios bajos en el mercado 2, compensa a través de las utilidades que obtiene en el mercado 1. De esta forma, aunque los competidores logren obtener algún tipo de financiamiento, en algún momento no va a poder cumplir con la empresa financiera y deberá retirarse del mercado.

Además de las alternativas recién comentadas, en la doctrina surgió la opinión de que es posible la depredación a través de precios que son sobre el nivel de costos y que son de todas formas ilícitos.

5.2 Depredación Sobre el Nivel de Costos:

Dentro de los elementos que han requerido los tribunales de la mayoría de los países para que proliferen las demandas de precios predatorios, se encuentra que el precio sea bajo el nivel de determinados costos. Este requisito se convirtió casi en parte de la esencia de esta conducta, sin embargo la doctrina y los tribunales se han olvidado que los test de costos se comenzó a exigir como mecanismo para poder distinguir

entre precios bajos provenientes de estrategias empresariales y conductas que tienen la sola función de excluir competidores para obtener o mantener una posición dominante. Esto se debe principalmente a la gran dificultad que conlleva justamente distinguir entre una conducta lícita que tiene por objeto el ofrecer un producto a un menor precio, que implica un beneficio a los consumidores, a diferencia de aquella que busca eliminar a competidores para luego poder obtener beneficios monopólicos afectando a los consumidores.

Por regla general se ha entendido que no corresponde la fiscalización de los precios sobre el nivel de costos, ya que si una empresa se ve eliminada del mercado implica que esta no es eficiente y que por lo tanto no conlleva un perjuicio a la competencia³⁵. Sin embargo esto no es necesariamente correcto, y al continuar de esta forma, los únicos perjudicados son los consumidores³⁶.

En un mercado donde existe una empresa dominante y al mismo tiempo asimetría de costos, perfectamente se puede dar una maniobra predatoria a través de precios que a pesar de estar sobre el nivel de costos pueden entenderse como antijurídicos, entendiéndose los precios predatorios de la forma en que comentamos anteriormente: *“aquellas reducciones de precio que son rentables únicamente por el aumento del poder de mercado que obtiene el predador, al eliminar, disciplinar, o inhibir la conducta competitiva de un rival o potencial rival”*, definición proveniente de Bolton, Broadley y Riordan.

Una empresa monopólica tiene una serie de ventajas frente a empresas entrantes. En primer lugar, puede tener menores costos provenientes de la superioridad de su sistema de producción, de ya haber incurrido en la inversión de costos fijos, que se beneficie de una economía de escala o exista alguna otra barrera de entrada. También puede ser que su producto sea de mejor calidad, o que tiene una ventaja por la fidelidad de su clientela. Sea cual sea la razón de por qué el monopolista tenga menores costos, esta ventaja le permite impedir la entrada u obligar la salida de otros

³⁵ De la Mano and Durand, “A Three-Step Structured Rule of Reason to Assess Predation under Article 82,” 14.

³⁶ Respecto a este tema: Edlin, “Stopping above-Cost Predatory Pricing.”

agentes que cometieron el error de entrar al mercado, fijando el precio sobre su nivel de costos, pero bajo el de sus competidores o potenciales competidores³⁷.

Esta situación se puede explicar con dos simples ejemplos: una empresa monopólica con un bajo nivel de costos, se entera de que otra empresa desea entrar al mercado. Frente a esta situación, decide bajar el precio que estaba cobrando por sus productos, justo sobre su nivel de costos variables. De esta forma logra cobrar un precio sobre sus costos, pero bajo el nivel de sus competidores desincentivando la entrada, ya que no podrán alcanzar ese bajo nivel de costos y esto lo logra realizar sin cometer una conducta antijurídica. Como ya mencionamos anteriormente, los costos de la empresa entrante pueden ser mayores que los de la otra empresa no necesariamente por ser menos eficiente, sino que puede provenir de otros factores. Esta misma situación podría ocurrir con la empresa que efectivamente entra al mercado, pero al momento de hacerlo la empresa monopólica decide bajar los precios, impidiendo que la entrante pueda recuperarse de los costos de ingreso obligándola a salir, ya que no podrá soportar las pérdidas. En estos dos escenarios recién presentados, la actitud de la empresa dominante impide que se produzca un mercado competitivo que probablemente traería a un beneficio de los consumidores a largo plazo.

Frente a esta situación, A.S Edlin propone un mecanismo que a diferencia de los otros, se preocupe de la etapa previa a la reducción de precios, estableciendo una prohibición temporal a la empresa monopólica de bajar considerablemente sus precios cuando un competidor decide entrar al mercado. Es una propuesta interesante, sin embargo difícil de implementar. Profundizaremos sobre esta propuesta cuando analicemos los distintos tipos de tests existentes.

Como podemos apreciar, existe incluso la posibilidad de excluir competidores a través de precios sobre los niveles de costos, sin embargo para poder ser entendidos como antijurídicos es necesario dejar la antigua concepción y entender los precios predatorios en su sentido amplio como hemos recalado anteriormente. Los mecanismos modernos contemplan la existencia de este tipo de predación, y es así como han buscado nuevos métodos para calificar una conducta como predatoria.

³⁷ Edlin, "Predatory Pricing," 20.

El abrir las puertas a este nuevo tipo de predación, permitiría que muchas empresas puedan demandar ante tribunales ciertas conductas que hoy se ven como lícitas, pero que impiden la competencia por los méritos, demandas que son excluidas de inmediato por el examen de costos³⁸.

³⁸ Einer Elhauge, "Why above-Cost Price Cuts to Drive out Entrants Are Not Predatory: And the Implications for Defining Costs and Market Power," *Yale Law Journal* 112 (January 6, 2003): 684.

CAPÍTULO II: DIFICULTAD EN LA DISTINCIÓN ENTRE PRÁCTICAS PREDATORIAS Y ESTRATEGIAS EMPRESARIALES

Ya habiendo explicado la forma en que los precios predatorios funcionan y el daño que le puede provocar al mercado, es necesario a la siguiente gran interrogante, el mecanismo óptimo para poder distinguir entre una simple estrategia racional de una empresa, de una conducta exclusoria que pueda ser sancionada por los tribunales.

1. El Problema

El lograr determinar qué es un precio predatorio ha llevado a un conflicto constante en el derecho de la libre competencia. Es a tal nivel la incertidumbre, que no existe aún acuerdo sobre los requisitos que se necesita para nombrar una conducta como predatoria.

Como vimos anteriormente, tradicionalmente se entiende dentro de los requisitos de los precios predatorios: que el precio sea bajo el nivel de costos; poder de mercado del predador; y la intención de someter o eliminar a un competidor.³⁹ Pero con el paso del tiempo, se ha entendido que no basta con el poder de mercado, sino que también que el mercado tenga una estructura que permita la ocurrencia de predación, por lo que también se debe verificar que tenga altas barreras de entrada, baja elasticidad cruzada entre otros elementos. Sin embargo, como he mencionado varias veces, la doctrina y los ordenamientos han ido modificando la teoría clásica fijando nuevos requisitos o quitando otros. Es más, no existe ningún requisito que no sea cuestionado por parte de la doctrina, la intencionalidad en Europa, el poder de mercado en Estados Unidos y Chile, etc.

En el presente capítulo trataré los requisitos que es necesario que concurren para que existan precios predatorios propiamente tal y las principales discusiones que existen sobre estos, en lo principal el respecto al “test de costos” que debe aplicarse y sobre

³⁹ Lizana, “Precios Predatorios: ¿Bajo Qué Circunstancias Constituyen Una Infracción a La Libre Competencia?,” 41.

el “test de recuperabilidad” requisito que se exige en Estados Unidos y que se ha implementado en otras partes del mundo así como también en Chile⁴⁰.

2. Estructura de Mercado que Facilite la Existencia de Precios Predatorios

Para que proceda una demanda por depredación de precios, es necesario en primera instancia que se acredite que existe un mercado con determinadas características que hacen factible esta práctica. Así, debe existir una empresa con un poder de mercado suficiente para poder soportar las pérdidas en que incurrirá en la primera etapa, y luego poder posteriormente subir el precio por un largo periodo de tiempo aunque no necesariamente de forma permanente. A diferencia de ciertos países, en Chile o Estados Unidos se abre la posibilidad de que existan precios predatorios también cuando una empresa obtiene una posición dominante con dicha estrategia. En el lado opuesto se encuentra Europa, donde el Tratado Constitutivo de la Unión Europea en su artículo 102 exige necesariamente que la empresa tenga poder monopólico⁴¹.

Así mismo es relevante que existan barreras de entradas que dificulten la entrada o reentrada de competidores al mercado en la etapa 2 luego de la subida de los precios. Los ejemplos más comunes de barreras de entrada son los costos hundidos, fidelidad de los consumidores, externalidades de red, etc⁴².

Sin embargo, así como mencionan Bolton, Brodley y Riordan no siempre va a ser necesario demostrar que existen altas barreras de entrada o salida, ya que estas pueden ser constituidas por las mismas acciones de la empresa depredadora al realizar acciones anticompetitivas que demuestran su poder de mercado⁴³. Es así como lo relevante es lograr acreditar ante los tribunales que la empresa es capaz de incurrir en estas prácticas y causar un efecto negativo en el mercado. Importante destacar que no entiendo como requisito esencial que estas prácticas necesariamente

⁴⁰ Así queda de manifiesto en ciertos fallos de la Corte Suprema como en 3449-06 Producción Química y Electrónica Quimel S.A. y otros contra James Hardie Fibrocementos Ltda. (Corte Suprema 2006).

⁴¹ Valdés Prieto, *Libre Competencia Y Monopolio*, 581.

⁴² Para mayor información: *Ibid.*, 447.

⁴³ Bolton, Brodley, and Riordan, “Predatory Pricing: Strategic Theory and Legal Policy,” 2265.

conlleven un beneficio final para la empresa depredadora, ya que en mi opinión aunque no pueda recuperar posteriormente la inversión, de todas formas puede dañar la competencia y a competidores igualmente eficientes, sin embargo esto lo veremos posteriormente cuando tratemos el examen de recuperabilidad.

3. Intención de Eliminar o Disciplinar a un Competidor

Uno de los supuestos de la conducta es que produzca la salida o que someta a un competidor para que posteriormente le permita hacerse de una renta monopólica. Sin embargo esto ha llevado a preguntarse ¿si es necesario que la disminución del precio tenga por objeto la eliminación o disciplina de un competidor o basta que se produzca este efecto? En Europa debido al principio de la “responsabilidad especial de la empresas con poder de mercado”, no se exige en razón a que la empresa debe preocuparse de no dañar el mercado a través de acciones que impidan una competencia por los méritos⁴⁴. Sin embargo, en nuestro ordenamiento es necesaria esta intencionalidad al dictarlo así el artículo 3 c) del DL 211: “(...) las prácticas predatorias, o de competencia desleal, realizadas con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante”.

Por otra parte, creo importante aclarar que no siempre se va a requerir que se produzca la exclusión del competidor para que exista un delito. Como mencionamos previamente al hablar sobre la depredación sobre el nivel de costos, puede ocurrir que una empresa busque una reputación de “duro” o de agresivo con el objeto de disuadir a un competidor de entrar a un mercado. En esta situación no se están eliminando competidores actuales, no obstante se está evitando que exista un mercado competitivo, produciendo un daño a la eficiencia de este así mismo como a los consumidores⁴⁵. Por lo tanto, este requisito se puede cumplir demostrando ya sea la exclusión o intención de excluir a uno o más competidores, la intención de disciplinar

⁴⁴ Larouche and Schinkel, “Continental Drift in the Treatment of Dominant Firms: Article 102 TFEU in Contrast to § 2 Sherman Act,” 5.

⁴⁵ De La Mano and Durand, “A Three-Step Structured Rule of Reason to Assess Predation under Article 82,” 24.

a ciertos competidores o buscar evitar que competidores entren al mercado a través de alguna de las formas que comenté anteriormente.

4. Precio Bajo el Nivel de Costos

Como señalé en una serie de ocasiones, la gran mayoría de los ordenamientos exigen para poder considerar una conducta como predatoria el que la empresa venda a un precio que sea bajo un nivel determinado de costos. Pero partiendo del punto más básico, me gustaría analizar en un primer momento la razón de exigirse esto. ¿Por qué una conducta que termina eliminando competidores puede ser antijurídica solo cuando el precio se encuentra por debajo de este límite?

Areeda y Turner en 1975 fueron los primeros en proponer el uso de un estándar que fijaba el nivel de costos para verificar la intención de sacar del mercado a competidores. Su propuesta era una regla “per-se” que en caso de cumplirse, se presumía el factor subjetivo de la conducta, en otras palabras no era necesario demostrar la intención de excluir a un competidor. El examen establecía que un precio puede ser considerado predatorio, cuando una empresa fija el precio bajo sus costos variables promedio porque no existe otra explicación racional para realizar una conducta de este tipo, salvo el excluir a otras empresas que compitan en el mismo mercado. Mientras que si se excluye a competidores con precios sobre ese nivel, quiere decir que las excluidas son empresas menos eficientes y que por lo tanto no deben permanecer en el mercado⁴⁶.

A pesar de las dificultades que conllevaba aplicar este test al requerir la determinación de los costos de una empresa, fue comenzado a ser utilizado por la mayoría de los tribunales inferiores norteamericanos⁴⁷. Al poco tiempo de empezar a ser implementado este test, comenzaron a surgir críticas entre la doctrina, en relación a que éste beneficiaba de forma notoria a los demandados por la dificultad que implicaba demostrar que se estaba operando bajo el nivel de costos variables promedio. Junto

⁴⁶ Ibid. 12.

⁴⁷ Bolton, Brodley, and Riordan, “Predatory Pricing: Strategic Theory and Legal Policy,” 2253.

con esta crítica, aparecieron nuevas como el hecho de que una empresa sea excluida no necesariamente implica que sea menos eficiente. Esto se puede deber a que simplemente tiene costos variables más altos⁴⁸, entre otras.

Con las críticas, también llegaron nuevas propuestas donde se pueden distinguir entre dos tipos: las que buscaban modificar el criterio utilizado para determinar los costos y las que combinaban criterios económicos para determinar la existencia de comportamiento predatorio. En la primera se puede poner como ejemplo lo propuesto por Williamson⁴⁹, quien establece que aquella empresa dominante que incrementa significativamente su oferta en un periodo entre 12 y 18 meses luego de la entrada de un nuevo competidor, puede ser considerada como predatoria. En el segundo grupo, quizás una de las propuestas más importantes, es la ofrecida por Joskow y Klevorick. Ellos crean un test que consta de dos etapas, en la primera se analiza si el mercado tiene las características que permitan al potencial depredador recuperar las pérdidas sufridas en la época de pérdidas. Si se cumple con la primera condición, se debe analizar la relación precio-costos⁵⁰.

El test de costos como hemos visto tiene varias versiones, sin embargo el establecido en el caso AKZO en Europa por la Comisión Europea de Justicia (CEJ) es quizás uno de los más relevante hoy en día. En este caso la CEJ estableció que cuando una empresa monopólica establece un precio bajo los costos variables promedio, siempre existe depredación. Luego, cuando el precio se encuentra sobre estos costos, pero bajo los costos variables medios, es necesario que el demandante demuestre la intención de excluir competidores para que sea sancionable. Y en el caso que el precio se encuentra sobre los costos medios variables, la conducta no puede ser considerada como predatoria⁵¹.

⁴⁸ De La Mano and Durand, "A Three-Step Structured Rule of Reason to Assess Predation under Article 82," 12.

⁴⁹ Oliver E. Williamson, "Predatory Pricing: A Strategic and Welfare Analysis," *J. Reprints Antitrust L. & Econ.* 10 (1979): 99.

⁵⁰ Tarzján and Hevia, "Jurisprudencia Sobre Precios Predatorios En Chile: ¿ Han Sido Uniformes Los Criterios Aplicados?," 64.

⁵¹ C-62/86, *AKZO Chemie BV v Commission of the European Communities*, I-03359, 71 (Judgment Court of Justice 1991).

El método establecido por el caso recién citado, influyó de gran forma al derecho de la libre competencia (principalmente Europa) y varios ordenamientos lo fueron adoptando. La razón de su fuerte influencia se debe probablemente a que distingue entre los precios excesivamente bajo (donde es difícil encontrar una explicación diferente al querer excluir) y los precios que al no ser excesivamente bajos pueden tener de todas formas un objetivo anticompetitivo, pero donde es necesario que se presente pruebas para que los tribunales puedan discernir de forma más exacta si existe una intención predatoria por parte de la empresa dominante.

No obstante a que AKZO otorgó un mejor mecanismo para analizar los costos, siguieron las críticas y fue necesario elaborar nuevos criterios para determinar las conductas predatorias. A continuación desarrollaré cuatro de ellas que en mi opinión son las más relevantes y que algunas siguen siendo utilizadas hasta el día de hoy y son: el test de sacrificio”, “del competidor igualmente eficiente”, “congelamiento del precio”, y el del “daño a los consumidores”. Estas nuevas teorías fueron creadas, al entenderse por parte de la doctrina, que no basta analizar la relación precio-costo para deducir si existe un ilícito predatorio. En primer, lugar hay varias razones que justifican el vender bajo el nivel de costos; además como mencionamos anteriormente, es perfectamente factible el depredar a través de precios sobre el nivel de costos; y finalmente el lograr determinar los costos de una empresa o el simplemente conseguirlos, es sumamente difícil y en ciertos casos hasta imposible.

4.1 Test de Sacrificio:

A pesar de que este método también requiere analizar el precio y los costos, lo que busca determinar es si la maniobra utilizada por la supuesta predatora disminuyó las ganancias que tenía previo a la conducta anticompetitiva. Este test se pregunta ¿por qué realizó dicha conducta si no es para excluir competidores? Al igual que el test planteado por Areeda y Turner, se busca una explicación lógica de la conducta tomada por el supuesto predator que sea diferente a la simple exclusión. Sin embargo el sacrificio no implica necesariamente una pérdida producto a producto, con esto me refiero a que el costo de un producto sea menor que su precio, sino que la estrategia

general de la empresa conlleve menores utilidades⁵². Veamos un ejemplo simple. Si una empresa de cuadernos vende por año 10.000 cuadernos a un valor de 20 cada uno y su costo de producción es 17. Sus utilidades son de 30.000. Pero luego decide aumentar su oferta, pero tiene también que bajar el precio, por lo que pasaría a vender un total de 15.000, pero a un costo de 18. Sus utilidades bajarían a la mitad. ¿Podría ser considerado esto como predatorio si se excluye a competidores según los criterios vistos anteriormente? No, porque a pesar de que bajan las utilidades de la empresa, esta no está operando bajo el nivel de sus costos y por lo tanto, aunque no tenga ningún sentido racional (además de excluir competidores) esta no es sancionable

Es por esto, que el modelo del sacrificio no entra a analizar los costos marginales o variables, sino que son reemplazados por los costos que implica la conducta llamados “costos evitables” y que son aquellos que se hubiesen prescindido si no se hubiese incurrido en la práctica los cuales deben de ser comparados con las ganancias que se incurrieron en esa misma práctica⁵³.

El utilizar este tipo de análisis trae el gran beneficio de evitar la distinción entre precios fijos y variables. Tener que determinar los costos de terceros durante el juicio ya es extremadamente difícil y si a esto le agregamos el tener que demostrar que se está bajo los precios variables, la prueba se vuelve prácticamente imposible. Además en el caso de empresas multi-productoras los costos fijos se comparten entre los distintos productos, lo que no permite de forma más o menos exacta determinar los costos de producción para cada uno de los productos. Y para finalizar el problema de los precios fijos y variables, cabe mencionar que empresas que poseen altos costos fijos y un mínimo de costos variables, es casi imposible que ofrezcan un producto bajo el de precios-costos⁵⁴. Importante destacar, que el demandado siempre va a tener una posibilidad de demostrar la racionalidad de sus conductas, otorgando pruebas que acrediten que existió una estrategia distinta a la de simplemente excluir competidores. Concluyendo con el tema del test de sacrificio, me gustaría adelantar que en mi opinión es el test más óptimo para determinar precios predatorios al ser utilizado en conjunto

⁵² Edlin, “Predatory Pricing,” 28–29.

⁵³ Lizana, “Precios Predatorios: ¿Bajo Qué Circunstancias Constituyen Una Infracción a La Libre Competencia?,” 41.

⁵⁴ Idem.

con otros criterios. Logra de forma efectiva evaluar si un acto realizado tiene una justificación de negocios sin utilizar un sistema tan estricto.

4.2 Test del Competidor Igualmente Eficiente:

El test del Competidor Igualmente Eficiente o “*As-efficient Competitor Test*” se basa en que las autoridades deberían preocuparse solo en los casos que un precio pueda excluir a competidores que sean igual o más eficientes que la empresa predatora⁵⁵. Por lo tanto, lo que se debe probar, es que el demandante es en primer lugar una empresa que posee poder monopólico en el mercado relevante, y luego que su conducta puede excluir a competidores igual o más eficientes. Al mismo tiempo la parte demandada siempre va a tener la posibilidad de defenderse probando que su conducta aumenta la eficiencia.

Los problemas que se le imputan hoy en día a este test son varios. En primer lugar, la entrada de empresas menos eficientes puede aumentar el beneficio social en particular sobre la eficiencia distributiva, pero al mismo tiempo puede empeorar la eficiencia del mercado. Otro problema es respecto a la depredación sobre el nivel de precios. No es tan simple concluir que si se desplaza a un agente del mercado con precios sobre el nivel de costos, significa automáticamente que el competidor excluido era menos eficiente⁵⁶. Si consideramos que la empresa predatora ostenta una posición dominante y nos encontramos en un mercado donde existen precios fijos muy altos y una empresa desea entrar, el predador puede establecer el costo justo en su nivel de costos y excluir a un competidor igualmente eficiente o incluso que sea más eficiente. Es así como este test debe de ser armonizado con las teorías modernas donde, como hemos dicho en anteriormente, la competencia no es estática y es necesario analizar las conductas estratégicas de las empresas.

⁵⁵ Edlin, “Predatory Pricing,” 35.

⁵⁶ Vickers, “Abuse of Market Power,” 257–258.

4.3 Test de Daño a los Consumidores:

El objetivo de este test es impedir que las empresas monopólicas excluyan a competidores cuya presencia mejora el bienestar de los consumidores⁵⁷. Básicamente se debe preguntar si la empresa excluida ofrecía mejores productos o a menor precio al que es ofrecido posteriormente (o se ofrecerá en el caso de un examen ex ante) por el mercado sin su presencia⁵⁸.

Cabe destacar, que este test es una manifestación de aquella parte de la doctrina que cree que el bien jurídico protegido es el bienestar del consumidor. A pesar de que varios ordenamientos aun establecen que el bien principal es la libre competencia misma, se ha entendido por parte de la doctrina que en última instancia de todas formas lo que se protege es el bienestar de los consumidores.

Este test es visto por parte de la doctrina como esencialmente necesario para poder sancionar una conducta como predatoria, debido a que la razón de por qué se castigan las conductas exclusorias es por el efecto negativo que conlleva posteriormente para los consumidores, que por regla general, se produce con el aumento de precios o disminución de la oferta. Sin embargo el problema de su aplicación radica en la prueba.

⁵⁹ No es fácil lograr determinar el daño a los consumidores y el estándar de prueba requerida⁶⁰.

4.4 Test del Congelamiento de Precios:

Este tipo de test tiene por finalidad beneficiar a las empresas entrantes, otorgándoles un periodo razonable de tiempo para poder recuperarse de los costos en que incurrieron por haber entrado a un mercado. Esto lo logra prohibiendo a la empresa monopólica a bajar sus precios frente a la entrada de un nuevo competidor por un lapso de tiempo, hasta que la empresa entrante se acomode en el mercado⁶¹. Lo que

⁵⁷ Ibid. 258.

⁵⁸ Edlin, "Predatory Pricing," 39.

⁵⁹ Vickers, "Abuse of Market Power," 259.

⁶⁰ Edlin desarrolla más este test y luego analiza su aplicación con el caso AMR: Edlin, "Predatory Pricing," 38–47.

⁶¹ Edlin, "Stopping above-Cost Predatory Pricing," 945.

se busca a través de estos tests es impedir que un monopolista baje el precio al tomar conocimiento de que una empresa entrará en el mercado.

Para poder aplicar este mecanismo, es necesario incluir dentro del concepto de predación, aquellas acciones realizadas por las empresas monopólicas, en donde reaccionan a la entrada de un competidor, bajando drásticamente los precios (pero sobre el nivel de costos) o mejorando la calidad de sus productos, entendiéndose por lo tanto depredación en un sentido amplio. Existen diversas propuestas a este tipo de test, las cuales veremos a continuación.

Williamson fue el primer autor en proponer un test de este tipo. Este se basa en tres reglas básicas: la primera y principal es que luego de la entrada de un nuevo competidor (o antiguo que había tenido de dejar el mercado), la empresa con poder dominante no está autorizada para aumentar su oferta sobre el nivel que existía antes del ingreso, por un periodo de 12 a 18 meses. Luego, la segunda regla otorga la posibilidad de aumentar la oferta, siempre y cuando el precio no sea inferior a los costos variables a corto plazo. Y la tercera permite también el aumento de oferta con la condición de que el precio sea superior a los costos medios de corto plazo⁶². De esta forma, se ofrece una protección para las empresas entrantes, sancionando a las empresas que abusan de su posición dominante al bajar el precio como reacción ante nuevos competidores.

Años después Aaron Edlin elaboró un sistema alternativo al creado por Williamson, en donde agrega ciertos elementos que buscan perfeccionarlo, en particular a los requisitos para su aplicación. Este autor propone que luego de la entrada “substantial” de un nuevo competidor que ofrece un producto homogéneo, el precio del monopolista no puede variar por un periodo de 12 a 18 meses. Por entrada substantial, entiende que es aquella en que el precio es al menos 20% menor, pero que además tiene la capacidad de proveer una gran parte de la oferta. En el caso de que el entrante no ofrezca un producto que cumpla con dicha diferencia de precios, va a ser necesario demostrar que debido a las características del mercado, el monopolista tiene una serie

⁶² Williamson, “Predatory Pricing: A Strategic and Welfare Analysis,” 122.

de ventajas que le permiten ofrecer su producto a bajos precios y que no tienen relación con su eficiencia.

Edlin cree que el tiempo de congelamiento, al igual que Williamson, debe de ser entre 12 a 18 meses, mencionado la existencia de dos excepciones. En primer lugar, no será necesario el mantener la prohibición en el caso de que el mercado cambie produciéndose así una modificación del escenario monopolístico. Esto tiene sentido al no justificarse el congelamiento de precios, puesto que la empresa dejó de tener poder de mercado suficiente como para continuar con una estrategia exclusoria. La segunda excepción es cuando las circunstancias del mercado o del producto en sí, justifiquen un periodo más reducido de tiempo⁶³.

A pesar de que es un mecanismo bastante atractivo al preocuparse de la etapa *ex ante* a la exclusión convirtiéndose en un sistema preventivo, en mi opinión puede resultar difícil de implementar. En primer lugar, la diferencia de precios puede provenir de otras circunstancias siendo difícil determinar si un producto puede verse equivalente a otro, calidad, marca, sistema productivo, etc. Otro inconveniente es el mal uso al que se le puede dar. Una empresa que tenga suficiente poder financiero en otro mercado, puede aprovecharse de la situación y ofrecer un producto a un precio sumamente bajo impidiendo a la empresa que se encontraba en el mercado modificar sus precios, no permitiéndole competir y trayéndole grandes pérdidas que podrían llegar incluso a una salida del mercado. A pesar de que esto se pueda ver como una reacción “justa” al estar cobrando altos precios, en este caso puede provenir de otro tipo de circunstancias imposibilitando una posterior conducta estratégica para evitar su salida del mercado.

Una alternativa interesante es la del Profesor Baumol⁶⁴, el cual establece un sistema que tiene por objeto evitar que en el periodo post depredación, la empresa monopolística pueda subir los precios. De esta forma, en el caso que desee invertir en este tipo de conductas, no podrá intentar recuperarlas en un largo periodo de tiempo. A diferencia de Williamson, Baumol no se preocupa de limitar las acciones frente a la entrada de

⁶³ Edlin, “Stopping above-Cost Predatory Pricing,” 969.

⁶⁴ William J. Baumol, “Quasi-Permanence of Price Reductions: A Policy for Prevention of Predatory Pricing,” *The Yale Law Journal*, 1979.

un nuevo competidor, sino en una etapa ex-post a la depredación. Esto debido a que en su opinión, el test de Williamson ofrece un paraguas protector muy amplio a las empresas entrantes lo que podría afectar la eficiencia del mercado⁶⁵. Así mismo, asegura que a través de este mecanismo la empresa monopólica va a tener que considerar el hecho de que el periodo de pérdida va a ser mucho más amplio y al ser tan grande la inversión, se va a ver desincentivada.

En la doctrina existen un sinnúmero de alternativas al examen de costos para determinar cuándo un precio puede ser considerado como predatorio y cuándo no. Los elementos que cada una de estas analizan son sumamente diferentes lo que otorga una serie de herramientas que los distintos ordenamientos deben analizar para determinar cuál es la que más conveniente según sus propias circunstancias. En el próximo capítulo vamos a analizar qué sistema se utiliza en Europa y en Estados Unidos, para luego ver la jurisprudencia de nuestro país y finalmente entregar mi opinión sobre cuál debe usarse, sin embargo es necesario analizar un último elemento que es el examen de recuperabilidad.

5. Examen de Recuperabilidad:

Existen una serie de ordenamientos que exigen al demandante probar que la empresa monopólica tiene una alta probabilidad recuperar con creces la inversión en que incurrieron al momento de bajar los precios. Como mencionamos previamente, existen fallos que así lo exigen en nuestro país.

Este requisito fue mencionado por primera vez en los Estados Unidos en el fallo “Matsushita”, pero fue en el fallo “Brooke Group” donde se estableció de forma definitiva hasta ahora⁶⁶. En estos fallos, al seguir la doctrina de la Escuela de Chicago, donde se veían las prácticas predatorias como actuaciones irracionales y poco utilizadas por las empresas, se requirió que la empresa demandante además de probar de que el precio era bajo un nivel de costos, que existía una posibilidad de recuperar

⁶⁵ Ibid. 5.

⁶⁶ Edlin, “Stopping above-Cost Predatory Pricing,” 954.

las pérdidas que había sufrido el demandado⁶⁷. ¿Cuál sería el objetivo de este nuevo requisito? El profesor Christopher Leslie⁶⁸ menciona que son tres las razones por las cuales parte de la doctrina y tribunales apoyan este requisito: (i) es una forma de evitar los falsos positivos. Esto quiere decir que se evitaría de esta forma el castigar a una empresa que es eficiente y que trae finalmente un beneficio para el mercado y consumidores. La razón es que ninguna empresa consideraría realizar una conducta de este tipo si finalmente le originaría pérdidas y no ganancias, al no poder cobrar un precio monopólico. (ii) El segundo argumento con el que justifican el examen de recuperabilidad, es que en el caso de que la empresa no pueda recuperar lo invertido, implica que no se está haciendo ningún daño a la competencia ni a los consumidores. Esto porque es en la segunda etapa, cuando el monopolista se hace del mercado y logra subir el precio, el momento en que se produce el verdadero daño. (iii) Y la última razón que da este autor, es que funciona como un filtro. Al no existir una posible recuperación, no es necesario revisar los otros elementos como los costos y la intencionalidad que implican un grado de esfuerzo muy alto para los tribunales.

Como mencioné previamente, estos argumentos parten de la percepción de la Escuela de Chicago, según la cual las conductas predatorias excepcionalmente son efectivas o realizadas por las empresas. Es así como se establece este requisito sumamente exigente, con el objeto que solo en los casos excepcionalísimos en que pueda probarse el aumento de precio, sea exitosa la demanda. Sin embargo, como sabemos la Escuela de Chicago analiza los precios predatorios en mercados estáticos, sin entender como realmente ocurre la recuperación post depredación⁶⁹.

En primer lugar, no se puede presumir la entrada de competidores en la fase 2, porque pueden existir barreras de entradas que lo dificultan o que debido a la actitud agresiva del monopolista desincentiva este ingreso (o reincorporación), además de las otras estrategias que vimos cuando analizamos el funcionamiento de los precios predatorios. Siendo así, no son tan pocos los casos donde se produce una exclusión ilícita de competidores a través de bajos precios, lo que lleva a que la alternativa de

⁶⁷ Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp., 509, 222 (Supreme Court 1993).

⁶⁸ Christopher R. Leslie, "Predatory Pricing and Recoupment," *Columbia Law Review*, 2013, 1706–14.

⁶⁹ *Ibid.* 1720.

evitar falsos positivos a través de estos tan altos estándares no sea la correcta. Este examen de recuperabilidad logra apreciar lo equivocado que están con respecto a la forma que se produce la recuperación de la inversión. En el caso “Matsushita” la corte establece que el periodo de recuperación sería de un tiempo similar al que se produjo la depredación, es decir dos décadas. Sin embargo no necesariamente se requiere tanto tiempo. Para determinar correctamente el tiempo de recuperación, es necesario analizar el precio que podrían cobrar estas empresas en la etapa 2 en comparación con lo que hubiesen cobrado en el caso de que no se hubiese producido la exclusión⁷⁰. Además, esta corriente omite la posibilidad de recuperación en otros mercados, los cuales pueden ser complementarios, geográficos o sustitutos como en el caso de “Brooke Group” que analizaremos en el próximo capítulo.

Con respecto a la segunda utilidad a que se le atribuye a este examen, es incorrecto afirmar que solo en los casos en que se logra obtener una renta monopólica existe daño a la eficiencia del mercado⁷¹. El precio artificial produce un aumento de demanda en productos que tienen un bajo nivel de valor social produciendo asignación ineficiente. Así mismo, aumenta la demanda de productos cuyos costos son más altos que el valor que los mismos productores le asignan, distorsionando el equilibrio del mercado⁷². Finalmente, a pesar de que no se logra cobrar un precio monopólico se excluyen competidores eficientes y que aunque posteriormente pueden volver a entrar, de todas formas trae un costo social involucrado⁷³.

Por los argumentos recién vistos, creo innecesario el requisito del test de recuperación. Si se logra probar en juicio que existe un mercado con las características que permiten el esquema de predación a través de precios, además de los otros requisitos antes mencionados, es prueba suficiente para que el tribunal pueda dar por acreditada la existencia de precios predatorios. Este requisito se creó debido a una teoría que mostraba a los precios predatorios como una conducta sumamente extraña, sin embargo se ha demostrado de que esto no es así, y este requisito vuelve la carga de prueba para el demandante prácticamente insoportable y es así como en Estados

⁷⁰ U.S., *Matsushita Elec. Indus. Co v. Zenith Radio Corp*, 475 U.S., 592 (Supreme Court 1986).

⁷¹ Leslie, “Predatory Pricing and Recoupment,” 1743.

⁷² Williamson, “Predatory Pricing: A Strategic and Welfare Analysis,” 290.

⁷³ Leslie, “Predatory Pricing and Recoupment,” 1744.

Unidos, no han habido demandas exitosas desde que los tribunales comenzaron a exigirla.

CAPÍTULO III: LOS PRECIOS PREDATORIOS EN EL DERECHO COMPARADO

Antes de entrar a hablar sobre Chile, me gustaría de forma breve ver qué sucede con las prácticas predatorias en Estados Unidos y Europa. Esto para poder analizar cómo se aplican las teorías que vimos anteriormente en los sistemas más influyentes, además de la relevancia que otorgan nuestros tribunales a estos sistemas, buscando constantemente nuevas corrientes doctrinarias, en particular el TDLC.

1. Estados Unidos

La regulación de los precios predatorios en Estados Unidos se encuentra en el título segundo de la “Sherman Act” (1890). De forma muy similar al DL 211, se persiguen a los sujetos que busquen monopolizar, intentar monopolizar o aquellas que se unan o conspiren con otras para monopolizar un mercado. Es así como luego de una primera aproximación se puede destacar que no se requiere necesariamente poder de mercado para cometer un abuso de posición dominante.

Además de la Sherman Act, los precios predatorios pueden ser sancionados por la sección primera de la Robinson-Patmann Act. Esta ley busca castigar ciertos tipos de discriminaciones de precios como en el caso de que una empresa cobre un precio muy bajo en un mercado y financiado por el precio monopólico establecido en otro mercado proveniente la posición dominante, circunstancia que puede financiar una conducta predatoria⁷⁴. De todas formas, es la Sherman Act, la utilizada por casi la generalidad de las empresas para justificar sus demandas en los tribunales norteamericanos y por lo tanto la con mayor importancia en esta materia.

La historia jurisprudencial de este país es de larga data además de numerosa. El primer caso en donde fue reconocido un precio bajo como delito vulnerando la sección segunda de la Sherman Act fue en el año 1911 donde se declaró culpable a la empresa Standard Oil Company perteneciente a la familia Rockefeller, empresa que fue

⁷⁴ Ibid. 1697.

posteriormente desmembrada por orden del tribunal superior norteamericano. Pero fue en los años 40 cuando comenzaron las autoridades de dicho país a perseguir estas conductas con mayor rigurosidad, protegiendo de gran forma a las empresas locales frente a las grandes empresas que comerciaban entre estados, sin preocuparse sobre el beneficio que podían traer estas a los consumidores a través de los bajos precios que ofrecían. La cantidad de demandas que vencían en los tribunales era sumamente alta y algunos autores la han catalogado como la era “populista de la aplicación de precios predatorios”⁷⁵. Pero fue en 1975 donde esta situación cambió con un artículo publicado por Areeda y Turner en donde establecen una *regla per se* por la cual todo precio bajo los costos variables medios pueden ser considerados como predatorios. Con la utilización de este test, las demandas exitosas bajaron drásticamente por la dificultad que implicaba vender bajo el nivel de costos medios variables, así mismo como lograr determinar estos costos. Pero después de un cierto tiempo empezaron a surgir nuevas teorías, las cuales buscaban ofrecer una alternativa al de Areeda y Turner.

Como vimos anteriormente, Estados Unidos vive un momento de escepticismo sobre los precios predatorios. Esto se debe a la importancia que adquirió la Escuela de Chicago con las publicaciones de McGee y Bork, le permitió influenciar fuertemente a los tribunales, los cuales con el temor de afectar la eficiencia de los mercados decidieron implementar mecanismos estrictos para determinar conductas como predatorias. En su publicación McGee⁷⁶ hace un examen empírico de ciertos fallos, entre ellos el de Standard Oil Company, donde muestra que no existieron realmente precios predatorios, además de explicar por qué una conducta de este tipo sería irracional⁷⁷.

La influencia de la Escuela de Chicago comenzó a verse reflejada rápidamente en las decisiones de los tribunales y se plasmó definitivamente en el fallo “Matsushita” (1986) y “Brooke Group” (1993). Después de este último caso, prácticamente ninguna demanda interpuesta por precios predatorios ha triunfado en los tribunales federales.

⁷⁵ Bolton, Brodley, and Riordan, “Predatory Pricing: Strategic Theory and Legal Policy,” 2250.

⁷⁶ John S. McGee, “Predatory Price Cutting: The Standard Oil (N. J.) Case,” *The Journal of Law & Economics*, 1958.

⁷⁷ Bolton, Brodley, and Riordan, “Predatory Pricing: Strategic Theory and Legal Policy,” 2243.

Esto principalmente por el examen de recuperabilidad, el cual le exige al demandante a otorgar pruebas de que el demandado podrá recuperar con creces su inversión, como lo vimos en el capítulo anterior.

Resumiendo el estado de los precios predatorios en Estados Unidos, lo que necesita probar un demandante es:

- Que el precio sea bajo el nivel de costos.
- El predador debe tener certeza de poder recuperar sus pérdidas en la época post-depredación

A continuación veremos el tratamiento de cada uno de estos elementos y relacionándolos con la jurisprudencia de los tribunales superiores.

1.1 Examen Precio-Costo:

A pesar de que ha ido variando el standard de costos que han exigido las cortes norteamericanas, con la llegada de las teorías de Chicago, estos han ido derivando en los costos variables medios.

En el caso “Brooke Group” la corte suprema no propuso el nivel de costos requeridos, pero si estableció un criterio sumamente estricto diciendo que la empresa debe tener a corto plazo pérdidas y que no basta con la disminución de ganancias. Esto deja por lo tanto, fuera las posibilidades de utilizar los costos evitables que vimos cuando tratamos el test de sacrificio. Solo pueden considerarse precios predatorios cuando impliquen que los gastos de ofrecer un producto sean mayores que el valor cobrado por este.

Posteriormente en el caso de “AMR Corporation” (2003)⁷⁸, los tribunales rechazaron la demanda por considerar que el precio ofrecido por American Airlines no era bajo sus costos variables. Sin embargo como lo explica Edlin⁷⁹, American Airlines tenía la capacidad de excluir competidores a pesar de operar sobre su nivel de costos debido a las ventajas que poseía como reputación, beneficios que otorgaba a sus clientes frecuentes, horarios de los vuelos etc, que el tribunal no consideró.

⁷⁸ United States v. AMR Corp., F. Supp. 2d 1141 (D. Kan. 2001).

⁷⁹ Edlin, “Stopping above-Cost Predatory Pricing,” 943–44.

En lo que respecta a la posibilidad de depredar sobre el nivel de costos, es famosa la analogía utilizada por el juez Breyer de “Bird in Hand” en el caso de “Barry Wright Co v. ITT Grinnell Co.” (1984). En este caso el juez Breyer establece que el perseguir la depredación sobre el nivel de costos es el preferir un pájaro en un arbusto sobre el pájaro en la mano. Esto dado que los precios predatorios son extraños y al perseguirlos se estaría sacrificando eficiencia del mercado en búsqueda de un número muy bajo de conducta anticompetitivas.

En resumen, en Estados Unidos, se tiene un concepto restrictivo del límite de costos. No se tiene completa certeza del criterio de costos a utilizar, pero según el fallo de American Airlines comentado, la Corte Suprema se inclinaría hacia los costos variables. De esta forma se excluye expresamente la posibilidad de perseguir la depredación con precios sobre el nivel de costos, perjudicando de gran manera a los consumidores y al mercado en general.

1.2 Prueba de Recuperabilidad:

Como mencioné se nombró por primera vez en el caso “Matsushita” y finalmente se consolidó en “Brooke Group”. Esto a pesar que en el primer caso se exigió por parte del tribunal, para demostrar la probabilidad de la existencia de un acuerdo entre competidores, mientras que en el segundo se demandó por la sección segunda por abuso de posición dominante⁸⁰.

Este requisito consiste en una barrera muy difícil de superar para el demandante, donde debe demostrar que existe suficiente certeza de que la empresa predatora podrá recuperar de forma íntegra las pérdidas que sufrió en la primera etapa. Esto al ser necesario demostrar que existe un daño probable o razonable a la competencia como lo requiere la Sherman Act o la Robinson.Patman Act⁸¹. No se presume el daño a la competencia con la exclusión de competidores a través de precios bajo el nivel de

⁸⁰ Leslie, “Predatory Pricing and Recoupment,” 1713.

⁸¹ Bolton, Brodley, and Riordan, “Predatory Pricing: Strategic Theory and Legal Policy,” 2255.

costos, sino que debe de demostrarse la posibilidad de cobrar posteriormente precios monopólicos⁸².

El examen de recuperabilidad reemplaza de alguna forma lo exigido por otros ordenamientos donde es necesario demostrar un mercado que permita la posibilidad de implementar una conducta predatoria, pero aumentando su exigencia. No basta con el hecho de mostrar ciertas características como barreras de entrada o alta concentración, sino que va un paso más allá demostrando que existen altas probabilidades de que el monopolista pueda recuperar sus pérdidas. Respecto a los elementos que se necesitarían para poder dar por acreditado esta situación, los tribunales no profundizan en esto a pesar del sinnúmero de casos que han sido rechazados por no cumplir con este requisito⁸³.

Queda claro que Estados Unidos opera de forma cautelosa en contra de los precios predatorios y aun no se hacer cargo de las teorías modernas. Sin embargo en lo que respecta a esto último, hay dos fallos posteriores al de “Brooke Group” donde el tribunal reconoce la posibilidad de excluir competidores a través del efecto de la reputación.⁸⁴ A pesar de que terminan desestimando de todas formas las demanda, en “Advo, Inc. v. Philadelphia Newspaper”⁸⁵, “Inc. y Traffic Scan Network e Inc. v Winston”⁸⁶, el hecho de que utilicen visiones provenientes de las teorías modernas económicas implica cierta esperanza de que esta situación cambie en el futuro.

2. Europa

El sistema implementado en Europa posee importantes diferencias con el estadounidense, partiendo del importante hecho que en Europa no es extraño el

⁸² Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp., 509, 222 (Supreme Court 1993).

⁸³ Algunos nombrados por el profesor Leslie: Clark v. Flow Measurment, Inc., 948 F. Supp, 528 (D.S.C 1996); C.B. Trucking Inc. v. Waste Mgmt. Inc., 944 F. Supp., 69 (D. Mass 1996).

⁸⁴ Ibid., 2260.

⁸⁵ Advo, Inc. v. Philadelphia Newspapers, Inc, Inc 51 F.3d, 1191 (Us. Court of Appeal 3d Cir. 1995).

⁸⁶ Traffic Scan Network, Inc. v. Winston, 1995 Trade Cas. (CCH) 71,044 (E.D. La. 1995).

perseguir conductas explotativas, además de las exclusorias a diferencia de lo que sucede en nuestro país o Estados Unidos⁸⁷.

El escepticismo que se produjo en Estados Unidos sobre habitualidad de los precios predatorios no afectó a Europa lo que conllevó a que los requisitos exigidos por el ordenamiento no sean tan exigentes, incluso existen una serie de principios que implican para las empresas con poder de mercado una carga mayor en su actuar.

La regulación de los precios predatorios se encuentra, junto a los otros abusos de posición dominante en el artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea⁸⁸.

“Será incompatible con el mercado interior y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado interior o en una parte sustancial del mismo. (...)”

A primera vista se puede ver una clara diferencia con la Sherman Act y el DL 211 ya que éste persigue el abuso cuando es cometido por una empresa que necesariamente cuenta con poder monopolístico, razón por la cual ciertos autores justifican la impertinencia del examen de recuperabilidad⁸⁹. No podría ser condenado una empresa que adquiera este poder a través de una de las conductas sancionadas. Además de esto, el derecho europeo ofrece las siguientes peculiaridades:

2.1 Examen Precio-Costo:

Para entender de forma fundamental el sistema implementado en Europa, es necesario comenzar con el caso “AKZO” (1991). La empresas AKZO y ECS son empresas productoras de peróxido de benzoico, producto químico que se utiliza para la fabricación de plásticos y para el blanqueado de harinas. ECS quiso entrar a competir en el mercado de fabricación de plásticos, a lo que AKZO reaccionó agresivamente amenazando a ECS de excluirlo del mercado de aditivos de harina si

⁸⁷ Larouche and Schinkel, “Continental Drift in the Treatment of Dominant Firms: Article 102 TFEU in Contrast to § 2 Sherman Act,” 3–4.

⁸⁸ Antiguo artículo 82 del Tratado de Constitución de la Unión Europea

⁸⁹ Philip Lowe, “EU Competition Practice On Predatory Pricing” (Pros and Cons of Low Prices, Stockholm, December 5, 2003). [En línea] http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2003_066_en.pdf [accedido el 28-07-2016].

seguía con su intención. AKZO cumplió efectivamente con su amenaza ofreciendo el producto en el mercado de la harina a un precio sumamente bajo. Frente a esto ECS decidió presentar una denuncia ante la CEJ declarando finalmente culpable a AKZO por infringir el artículo 102. La importancia de este caso, es que la CEJ fijó el estándar para determinar un precio como predatorio. El tribunal distinguió entre los precios bajo el nivel de costos variables promedio y aquellos que se encuentran sobre estos, pero bajo el nivel de costos variables totales. Cuando el precio se fija bajo los primeros, se presume que la empresa está intentando excluir a los competidores al no existir otro fundamento que justifique esta acción. Pero cuando este es superior a los costos variables promedio y bajo los costos variables totales, debe de probarse la intención de exclusión.⁹⁰ ¿Qué criterios se toman en cuenta para determinar esta intención? Esta pregunta fue contestada por el tribunal en el caso Tetra Pak II⁹¹. A pesar de no establecer elementos de forma taxativa, si entregó criterios objetivos que determinan la intencionalidad, tales como la duración, costo, continuidad de la conducta, entre otros⁹².

Sin embargo, la Comisión ha reconocido que en ciertas circunstancias, por las características del mercado, el criterio de AKZO no es el óptimo. Fue así como en el caso de “Deutsche Post”⁹³, se tomaron en cuenta los costos evitables de largo plazo (o LAIC por sus siglas en inglés), y no los costos medios totales. En este caso, se demandó a la empresa alemana, por aprovecharse de la renta obtenida del monopolio legal que tenía en mercados paralelos, para cobrar precios bajos y así evitar la entrada de nuevos competidores en el mercado relevante. La Comisión consideró que en estos casos es presumible la depredación cuando el precio está bajo los LAIC, con el objeto de evitar este subsidio entre mercados, obligando a financiar al menos los costos variables y fijos que provengan de dicho mercado⁹⁴. Esto está de la mano con la

⁹⁰ Lizana, “Precios Predatorios: ¿Bajo Qué Circunstancias Constituyen Una Infracción a La Libre Competencia?,” 48.

⁹¹ T-83/91 Tetra Pak International SA v. Commission of the European Court (Judgment of the Court of First Instance 1994).

⁹² Lowe, “EU Competition Practice On Predatory Pricing,” 3.

⁹³ Commission Decision: 35.141-Deutsche Post AG (Commission of the European Court 2001).

⁹⁴ Interesante ver la opinión de la Comisión: “Competition Discussion Paper on the Application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuses” (DG Competition, 2005). [En línea] <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf> [accedida el 06-07.2016].

intención de la Comisión Europea de utilizar un análisis económico de las conductas del artículo 102, evolucionando paralelamente con las nuevas teorías económicas sobre el abuso de posición dominante⁹⁵.

Sobre la eventualidad de castigar la depredación sobre el umbral de costos, la Comisión ha reconocido esta posibilidad en ciertas circunstancias. En el caso “Campagnie Générale Maritime”⁹⁶, se demandó a un grupo de empresas las cuales abusaron de su poder en el mercado relevante, para bajar el precio de forma coordinada y excluir a competidores que no eran parte del cartel. Frente a esta situación, la comisión reconoce que se puede castigar la depredación a través del artículo 102, a pesar de que la depredación sea consecuencia de precios superiores a los costos totales. Así mismo, la Comisión reconoce que otro caso en que se podría dar esta situación, es en un mercado donde existe una empresa monopólica y que posee ciertas ventajas o economía de escala que implican que una empresa entrante no podría ser igual de eficiente en un comienzo. Pero en esta posibilidad, el demandante deberá demostrar esto, además de la intención de excluir⁹⁷.

Como podemos ver, en Europa también es utilizado un examen de costo como criterio para determinar los costos como predatorios. A diferencia Estados Unidos, no es tan estricto al otorgarle más importancia al efecto económico de la conducta, en particular el perjuicio al consumidor, reconociendo así la posibilidad de depredación incluso sobre el nivel de costos.

2.2 Presunción de Recuperabilidad:

A diferencia que en Estados Unidos, la CEJ no exige que se pruebe la factibilidad de la recuperación ex-post a la exclusión. Esto se puede ver en el caso “Tetrapak II”⁹⁸ donde el tribunal rechazó el argumento interpuesto por la defensa que exigía que se

⁹⁵ De La Mano and Durand, “A Three-Step Structured Rule of Reason to Assess Predation under Article 82,” 2.

⁹⁶ Casos acumulados: Compagnie maritime belge transports SA (C-395/96 P), Compagnie maritime belge SA (C-395/96 P) and Dafrá-Lines A/S (C-396/96 P) v Commission of the European Communities. (Corte Europea de Justicia 2000).

⁹⁷ DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses “Competition Discussion Paper on the Application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuses,” 37.

⁹⁸ T-83/91 Tetra Pak International SA v. Commission of the European Court, paragraph 44 (Judgment of the Court of First Instance 1994).

comprobara la posibilidad de recuperación.⁹⁹ La razón de esto, es que como vimos, en Europa es necesario que la empresa tenga posición dominante para infringir el artículo 102 y en la opinión de gran parte de la doctrina, esta es prueba suficiente de la posibilidad de recuperar la inversión en el periodo post depredación. A esto se le debe agregar que es necesario determinar ciertas características del mercado relevante, como por ejemplo barreras de entrada¹⁰⁰.

2.3 Principios en el Abuso de Posición Dominante:

Quizás uno de los aspectos más particulares que tiene el derecho europeo en lo que respecta al abuso de posición dominante, son dos principios reconocidos por los tribunales frente a empresas monopólicas o envueltas en un alto poder de mercado. Estos son: la responsabilidad especial de las empresas monopólicas y el principio de la competencia por los méritos.

El primer principio le entrega una responsabilidad especial a las empresas con poder dominante, las cuales deben de cuidar que sus conductas no dañen la competencia, estableciendo una discriminación en la forma que deben de competir estas empresas, a diferencia de las demás.¹⁰¹ Se entiende que una empresa con poder de mercado no puede realizar las mismas acciones que otra empresa que no se encuentra en dicha posición. Sin embargo, los tribunales no se han encargado en definir qué conductas son las que deben omitir. Algunos autores relacionan este principio con la conducta de “intento de monopolización” que existe en otros ordenamientos, pero que en Europa no se encuentra regulado¹⁰².

Esto de alguna forma se ve reflejado en el hecho de que las conductas de empresas monopólicas deben de analizarse de forma objetiva, esto quiere decir sin tomar en cuenta si existe o no intención de una actual depredación. Una empresa con poder de mercado debe de tomar en cuenta que sus conductas pueden afectar de forma

⁹⁹ De La Mano and Durand, “A Three-Step Structured Rule of Reason to Assess Predation under Article 82,” 7.

¹⁰⁰ Lowe, “EU Competition Practice On Predatory Pricing,” 6.

¹⁰¹ Larouche and Schinkel, “Continental Drift in the Treatment of Dominant Firms: Article 102 TFEU in Contrast to § 2 Sherman Act,” 6.

¹⁰² Massimiliano Vatiario, “Power in the Market: On the Dominant Position,” in *SIEPI Doctoral Workshop, Rome*, 2006, 5.

negativa el mercado y por dicha importante influencia, deben de tener especial cuidado.

El segundo principio es quizás un reflejo del primero y es el hecho de que las empresas monopólicas no pueden aprovecharse de su posición para competir, y en definitiva excluir, competidores sino es a través de sus méritos. Competir a través de los méritos se entiende el aprovechar en la competencia sus menores costos, mejor calidad de producto o innovación y no estrategias que busquen beneficiarse a través del desequilibrio de poderes entre empresas.¹⁰³

¹⁰³ ECJ, Case 322/81, Michelin v. Commission [1983] ECR 3461 at paragraph 57.

CAPÍTULO IV: LOS PRECIOS PREDATORIOS EN CHILE

Luego de revisar el tratamiento de esta conducta en los dos sistemas jurídicos anteriores, queda de manifiesto que los precios predatorios están lejos de ser una materia armónica. Su aplicación y concepción es muy diversa en los distintos ordenamientos jurídicos del mundo.

Al igual que en el derecho comparado, en nuestro ordenamiento y en la doctrina tampoco existe armonía en el tema. Las opiniones de los autores se encuentran diseminadas a lo largo de la gama de opciones y lo más problemático es que entre el TDLC y la Corte Suprema tampoco existe acuerdo, lo que veremos más adelante. Es así como mi objetivo es lograr entregar una propuesta clara y racional, para resolver dicha disputa y regular de la mejor forma esta conducta.

Con el fin de desarrollar de mejor forma esta parte, comenzaré analizando la regulación y luego su aplicación práctica realizada por los tribunales en distintos fallos o resoluciones además de lo que ha aportado la Fiscalía Nacional Económica al tema. Luego de todo esto analizaré brevemente el tipo de mercado que tenemos y lo importante que esto es para plantearse si el sistema requiere modificaciones, y en el caso que así sea, cuáles deben de ser estas.

1. Legislación

Los precios predatorios se encuentran regulados en el artículo tercero letra c) del Decreto Ley 211 y el artículo establece:

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

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

(...)

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

Cómo se puede ver, a diferencia de Estados Unidos y Europa, nuestro ordenamiento al establecer ejemplos de conductas abusivas incluye específicamente las prácticas predatorias. Además el mismo artículo nos ofrece ciertos requisitos que debe de contener la conducta para considerarse como antijurídica y estos son:

- (i) Acto que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia o que tienda a dichos efectos. Sin embargo al mismo tiempo el artículo otorga una presunción sobre este efecto en el caso que se califique dicha conducta como los casos posteriormente enunciados.
- (ii) Además incluye el requisito de que la acción deba tener como objeto alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante. Al igual que en Estados Unidos, no es necesario que la empresa posea posición dominante, basta que sea alcanzado a través de la conducta para poder ser considerada como predatoria. Al mismo tiempo, requiere ser analizado el aspecto subjetivo de la conducta. La empresa debe tener la intención de sacar del mercado o disciplinar a los competidores.¹⁰⁴

De igual forma que en la mayoría de los ordenamientos en materia de libre competencia, la ley no entrega una forma específica para calificar una conducta como predatoria, sino que le deja a los tribunales la tarea de determinar el mejor mecanismo. Esto es definitivamente un acierto, pues el establecer legalmente los mecanismos rigidiza demasiado el sistema, no permitiéndole a los tribunales calificar las conductas según las circunstancias particulares del caso, además de que el derecho a la libre competencia es una rama en desarrollo que debe ir a la par con las tendencias económicas no pudiendo hacerlo si es detenida a través de normas legales. No obstante, esto puede producir cierta incertidumbre al no existir certeza sobre la forma en que deben de actuar las empresas.

¹⁰⁴ Valdés Prieto, *Libre Competencia Y Monopolio*, 582.

2. Aplicación Jurisprudencial

Como comenté anteriormente, la ley simplemente otorga un marco teórico sobre el tratamiento y son los tribunales los encargados de entregar el tratamiento específico de estos y es justamente esta aplicación la que veremos a continuación. No son muchos los casos que han conocido nuestros tribunales, lo que de alguna forma justifica el poco desarrollo que ha existido en esta materia. A continuación presentaré los casos más relevantes con la intención de poder determinar los parámetros utilizados por los tribunales:

2.1 Demanda de AFP Provida en contra de otros fondos de pensiones (1981)¹⁰⁵:

Este es el primer caso que conoció la antigua comisión resolutive sobre precios predatorios. La AFP “Provida” demandó a distintos competidores debido a que estas comenzaron a cobrar comisiones a un precio cercano a 0 y que esto era bajo los costos de su administración, teniendo como objeto la exclusión de competidores. Resumiendo lo que dice la Comisión, es que las AFP realizaron una simple modificación en la estructura de cobro, donde se cobra menor comisión mensual, pero se ve aumentada la tasa anual.

Lo relevante en este caso, es que la comisión establece en primer lugar que frente a casos de precios predatorios es necesario realizar un análisis de precio-costos (aunque no se manifiesta sobre qué costos) y luego, si es pertinente según el primer análisis, realizar un test de recuperación en donde se debe analizar la estructura del mercado¹⁰⁶.

2.2 Kemfar S.a contra Productos Roche (2002)¹⁰⁷:

Productos Roche presentó un recurso en contra de un dictamen realizado por la Comisión Preventiva Central, en donde se consideró que esta empresa había implementado precios predatorios en una licitación para proveer de productos

¹⁰⁵ Resolución N° 101 (Comisión Resolutiva 1981).

¹⁰⁶ Tarzijan and Hevia, “Jurisprudencia Sobre Precios Predatorios En Chile: ¿ Han Sido Uniformes Los Criterios Aplicados?,” 71–73.

¹⁰⁷ Resolución N° 642 (Comisión Resolutiva 2003).

vitamínicos. Lo relevante en este caso es que la comisión resolutive falla en contra de la opinión de la Fiscalía Nacional Económica y de la comisión preventiva ya que el simple hecho de operar bajo el nivel de costos no es suficiente para que la práctica sea predatoria. Además se requiere analizar el mercado relevante (para verificar si existe la posibilidad de recuperación), poseer posición dominante y tener una intención de expulsar a los competidores o impedir la entrada de nuevos¹⁰⁸.

2.3 Buses Chimbarongo contra Buses Andibus (2003)¹⁰⁹:

Buses Chimbarongo demandó a Buses Andibus por supuestos precios predatorios en los trayectos de San Fernando a Chimbarongo y de San Fernando a Santa Cruz. Según la opinión de Tarzijan y Hevia, la comisión resolutive cometió un retroceso en esta sentencia, ya que en el fallo comentado anteriormente estableció una serie de requisitos copulativos no siendo suficiente la simple operación bajo el nivel de costos. En cambio, en esta ocasión no analizó a cabalidad la estructura del mercado como por ejemplo la posición dominante o barreras de entrada y tampoco hace referencia al periodo de recuperación.

2.4 FNE contra T.V Cable Loncomilla S.A y otros (2005):

La Fiscalía formuló un requerimiento con fecha 13 de octubre de 2004 en contra de las empresas TV Cable Loncomilla S.A., Holding de Televisión S.A. y Complejo Manufacturero de Equipos Telefónicos S.A.C.I. (en adelante también CMET). Estas dos últimas empresas pertenecientes al mismo grupo económico, comenzaron una guerra de precios en el servicio de televisión por cable en las localidades de San Javier y Villa Alegre en la VII Región donde competían con TV Cable Loncomilla, la cual reaccionó bajando así mismo el precio de sus servicios.

CMET en el año 2003 baja el valor de sus servicios de 7.000 a 5.000 y 4.000 pesos para todos sus clientes ubicados en San Javier y Villa Alegre respectivamente, w sin

¹⁰⁸ Tarzijan and Hevia, "Jurisprudencia Sobre Precios Predatorios En Chile: ¿ Han Sido Uniformes Los Criterios Aplicados?," 76.

¹⁰⁹ Resolución N° 689 (Comisión Resolutiva 2003).

ninguna modificación al servicio prestado, subsidiando de esta forma las pérdidas incurridas en dichas localidades a través de sus operaciones en otros sectores. Como método de defensa, TV Cable Loncomilla realiza estrategia similar bajando sus servicios a 5.000 pesos.

Según los datos informados por la FNE, ambas partes operaban bajo el nivel de costos (sin determinar expresamente cuales), por lo que el TDLC consideró que se constituía el delito de precios predatorios. Sin embargo, al considerar que TV Cable Loncomilla actuó por mera defensa, además de haber sido la que denunció esta situación, decidió sancionar solamente a CMET con multa a beneficio fiscal¹¹⁰.

Posteriormente, la Corte Suprema al conocer el recurso de reclamación interpuesto por CMET, rectifica el fallo del TDLC, sin profundizar respecto al nivel de costos¹¹¹.

Lo interesante en este caso, es la decisión que tiene el tribunal de primera instancia, en dejar sin castigo a la empresa, que a pesar de haber incurrido en precios bajo el nivel de costos, simplemente lo hizo por la razón de evitar su eventual salida del mercado.

2.5 Quimel S.A y Cementa S.A contra James Hardie Ltda. (2006)¹¹²:

James Hardie Ltda. es acusada de precios predatorios al mantener de forma prolongada un precio excesivamente bajo de las planchas de fibrocemento, adquiriendo con esto poder de mercado y teniendo la intención de excluir competidores. El TDLC en este caso estableció en primer lugar los dos requisitos copulativos requeridos en una conducta de precios predatorios: que el predador posea suficiente poder de mercado y luego que se opere bajo el nivel de costos. El tribunal falló en contra de la demanda ya que consideró que no se cumplía con la condición de poseer suficiente poder de mercado para poder incurrir exitosamente en esta conducta. A pesar de ya haber descartado la demanda por la razón anterior, procedió a analizar los costos y consideró que tampoco se habían otorgado pruebas que demostraran que la empresa estuviera operando bajo sus costos evitables.

¹¹⁰ 50-04 FNE contra TV. Cable Loncomilla y Otros. (Tribunal de Defensa de la Libre Competencia 2005).

¹¹¹ 5005-05 FNE contra TV. Cable Loncomilla y otros. (Corte Suprema 2005).

¹¹² ROL: 42-04 Producción Química y Electrónica Quimel S.A. y otra contra James Hardie Fibrocementos Ltda. (Tribunal de Defensa de la Libre Competencia 2006).

Las empresas denunciadas acudieron en segunda instancia a la Corte Suprema la cual revocó el fallo anterior sancionando a James Hardie por haber incurrido en una conducta anticompetitiva. En la opinión del tribunal, a pesar de que James Hardie no tenía al momento de establecer los precios poder monopolístico, lo adquirió posteriormente lo que cumple con lo establecido en la letra c) del artículo 3 del DL 211¹¹³.

Además agregó que la empresa si había operado bajo sus costos de producción, no entregando mayor información sobre a cuáles costos se refería y que Hardie soportaba dichas pérdidas a través de rentas provenientes de la exportación de las planchas¹¹⁴.

2.6 Complejo Manufacturero de Equipos Telefónicos S.A.C.I contra Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A (2008):

El 15 de marzo de 2007, Complejo Manufacturero de Equipos Telefónicos S.A.C.I., (en adelante: "CMET"), demandó a Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A. por estar ofreciendo su servicio de telefonía bajo sus costos, a través de una oferta de planes "duo" o "trío", en que se incluían los servicios de internet y televisión por cable. De esta forma se acusaba a la demandada de intentar excluir a CMET con el objeto de adquirir una posición dominante en el mercado de las telecomunicaciones.

El TDLC rechazó la demanda, al no haberse presentado pruebas por parte de CMET de dichas situación, sin embargo en el considerando 9° reitera nuevamente los requisitos establecidos en el fallo anterior para que se constituyan los precios predatorios, especificando que los costos relevantes son los evitables y precediendo a definirlos como "aquellos que se ven directamente afectados por cambios en los volúmenes de oferta relacionados con la estrategia denunciada como práctica predatoria".

¹¹³ Recurso de Reclamación: ROL: 3449-06 Producción Química y Electrónica Quimel S.A. y otra contra James Hardie Fibrocementos Ltda. (Corte Suprema 2006).

¹¹⁴ Lizana, "Precios Predatorios: ¿Bajo Qué Circunstancias Constituyen Una Infracción a La Libre Competencia?," 23.

2.7 GPS Chile S.A contra Entel PCS S.A (2009)¹¹⁵:

GPS Chile S.A presentó demanda en contra de Entel PCS S.A por vender y arrendar equipos de posicionamiento flotas de vehículos, bajo el nivel de costos a través de una subvención cruzada que financia a través de otros servicios que presta.

Al momento de calificar el mercado relevante, el TDLC establece que consiste en un mercado altamente competitivo, donde han entrado nuevos agentes y que no existen barreras de entradas, por lo que sería erróneo calificar que Entel PCS posee una posición dominante. Además, en el considerando 21° establece que una empresa que no tiene esta posición dominante en un mercado, está autorizada a compartir ciertas pérdidas en los distintos productos que ofrece en un mismo negocio como ocurre en este caso.

Frente al recurso de reclamación, la Corte Suprema, reconoce nuevamente la posibilidad de incurrir en precios predatorios sin poseer una posición dominante, pero agrega que en estos casos, el demandante debe demostrar que la conducta llevará a la exclusión al competidor del mercado y que posteriormente podrá subir los precios. Razón por la cual rechazó el recurso interpuesto¹¹⁶.

Esto fue un avance en la concepción que tiene la Corte Suprema del funcionamiento de los precios predatorios. Deja de lado los análisis formalistas y comienza a analizar las conductas desde una perspectiva económica, donde es necesario entender las características particulares del mercado y verificar la forma en que podría operar este tipo de conducta en él.

2.8 Comercial Arauco Ltda. contra D&S e Hipermercado Líder Valdivia (2010)¹¹⁷:

Comercial Arauco Ltda., sociedad propietaria de los supermercados “Únicos” presenta demanda contra D&S e Hipermercado Líder Valdivia (en adelante “Líder Valdivia”) por haber incurrido en dos conductas contrarias a la libre competencia. En primer lugar por precios predatorios en la venta de ciertos bienes considerados como "productos de

¹¹⁵ 78-08 GPS Chile S.A contra Entel PCS S.A (Tribunal de Defensa de la Libre Competencia 2008).

¹¹⁶ Recurso de Reclamación: 97-09 GPS Chile S.A contra Entel PCS S.A (Corte Suprema 2009).

¹¹⁷ 103-2010 Comercial Arauco Ltda. contra D&S e Hipermercado Líder Valdivia (Tribunal de Defensa de la Libre Competencia 2010).

conocido valor" que son definidos como "aquellos productos de consumo frecuente que tienen un alto valor para el consumidor y que normalmente están presentes en sus compras periódicas o pueden motivar compras de reposición"; y por competencia desleal consistentes en publicidad comparativa engañosa.

A pesar de que el análisis del tribunal establece que Líder Valdivia ofrece dichos productos bajo los "costos unitarios", entiende que no existe intención de excluir a los supermercados del mercado, ya que el precio se estableció a nivel nacional para todos los locales de dicha cadena.

La corte Suprema nuevamente rechaza el recurso de reclamación interpuesto por Comercial Arauco Ltda., justificando la falta de evidencia de intención de exclusión, además de haberse podido posteriormente subir los precios¹¹⁸.

En este caso, la Corte Suprema aprovecha de mencionar los requisitos de este tipo de conductas, estableciendo que se requiere una pérdida a corto plazo (nuevamente sin mencionar la forma en que se debe verificar esto) y que exista una posición dominante o que se haya obtenido esta, permitiéndole subir posteriormente los precios con el objeto de recuperar las pérdidas sufridas en el periodo de predación. Esto último lo vuelve a reiterar en el considerando 5°, en donde establece lo siguiente: "*Que dicho lo anterior, cabe consignar que el hecho de que el precio sea inferior al costo no implica necesariamente una conducta predatoria, puesto que para que ella exista se requiere también que el potencial predador pueda recuperar las pérdidas incurridas durante el período de depredación. De este modo, la práctica de venta bajo el costo en supermercados afectará a la libre competencia en el caso de que dicha conducta produzca o tienda a producir una mayor concentración en el mercado, originada en la exclusión de competidores*". Luego hace un breve análisis del mercado de los supermercados a nivel nacional y concluye que existen barreras de entradas en el mercado supermercadista, pero al ser productos de alta sensibilidad para los consumidores, un alza de precios produciría de todas formas una entrada de nuevos competidores.

¹¹⁸ Recurso de Reclamación: 7500-10 Comercial Arauco Ltda. contra D&S e Hipermercado Líder Valdivia (Corte Suprema 2011).

Nuevamente queda de manifiesto, que la Corte Suprema no contempla en su análisis las formas modernas de predación que reconocen las teorías economistas modernas. El presumir que un alza de precios en estos productos produciría la entrada de nuevos competidores es desconocer por completo la posibilidad de que esta actitud implique una señalización a potenciales competidores, desincentivándolos a recurrir en una inversión en dicho mercado, dada la actitud agresiva de esta empresa.

2.9 FNE contra Asociación Gremial de Dueños de Mini Buses Agmital¹¹⁹:

El año 2009 la FNE presentó un requerimiento en contra de la Asociación Gremial de Dueños de Mini Buses Agmital (en adelante “Agmital”), por supuestas conductas contrarias a la libre competencia, en particular en el mercado del transporte rural de la Región de Maule. La fiscalía le imputaba ciertas conductas anticompetitivas realizadas por distintas empresas de transporte, las cuales coordinaban a través del Agmital, con el objeto de excluir a otros competidores y lograr controlar el mercado.

El año 2006 José Muñoz Ortega, conocido por los usuarios como “Bus Azul” ingresó al mercado con una ruta distinta a las ofrecidas por el resto de los competidores. Frente a esto, los asociados de Agmital acordaron de ofrecer recorridos que cubrían la misma la ruta realizada por el entrante y en horarios prácticamente iguales, pero disminuyendo las tarifas de estos tramos. Con el propósito de prorratar las pérdidas en que incurrían, elaboraron un sistema, a través del cual se rotaba la ruta de forma equitativa entre las empresas.

El entrante no pudo competir a ese bajo precio, sufriendo una fuerte disminución de pasajeros, lo que le trajo significativas pérdidas, razón por la cual decidió presentar la denuncia ante la FNE, luego de haber llegado a un acuerdo con la asociación.

Al calificar determinar el sujeto responsable, el TDLC entiende que en este caso no corresponde entender a Agmital como un sujeto independiente a las entidades que lo integran, sino como el mecanismo utilizado por las empresas para coordinar la conducta ilícita. Así mismo, al momento de determinar la posición dominante, el

¹¹⁹ 102-2010 FNE contra Asociación Gremial de Dueños de Mini Buses Agmital (Tribunal de Defensa de la Libre Competencia 2010).

tribunal considera a la asociación gremial como una sola entidad capaz de controlar el mercado.

Al momento de determinar si se operó bajo los costos, el TDLC entiende que no existe prueba suficiente para acreditar que operaron bajo los costos medios evitables, a pesar de que la FNE presentó datos que demostraban de que se encontraba cerca de los costos variables medios. Es así como el tribunal considera que: “(...) constituye una discriminación arbitraria de precios adoptada con el objeto de excluir a un competidor del mercado, por lo que se sancionará a Agmital con multa, en los términos que se señalarán en lo resolutivo de la presente sentencia”.

3. Análisis Final de la Jurisprudencia Nacional

Como podemos ver en los distintos casos analizados, los criterios de los tribunales no son unitarios y no necesariamente tienen un desarrollo a la par con el derecho comparado. El TDLC a diferencia de lo que se puede decir de la Corte Suprema, tiene una visión más moderna sobre la ejecución de este tipo de conductas. En primer lugar, analiza los aspectos económicos que son requeridos para que puedan ser efectivas estas prácticas., mientras que la Corte Suprema sigue utilizando mecanismos que desconocen las teorías económicas modernas, no comprendiendo que la baja de precios puede afectar de distintas formas, tanto a los actuales competidores como los potenciales (especialmente en los casos 2.5 y 2.8). Es sumamente necesario que la Corte Suprema entienda la forma de operación de los precios predatorios, porque como dicen Bolton Bordley y Riordan: “*según la visión de la economía moderna el depredar a través de los precios puede ser una estrategia de negocios completamente racional y exitosa*”¹²⁰.

Debemos dejar de lado la percepción de que los precios predatorios son extrañamente utilizados por las empresas y aún más que estos no sean efectivos. Pero al mismo tiempo hay que elaborar un sistema que a pesar de ser estricto, sea lo suficiente

¹²⁰ Bolton, Brodley, and Riordan, “Predatory Pricing: Strategic Theory and Legal Policy,” 2241.

analítico para evitar que se produzcan falsos negativos, castigando así a empresas que a través de una reducción de precios están beneficiando la competencia y a los consumidores.

En definitiva, los elementos que requiere el TDLC para que exista una depredación de precios y que menciona en varias ocasiones, son dos: (i) que el precio del bien o servicio sea bajo los costos medios evitables; y (ii) que el predador tenga suficiente poder de mercado como para que la operación tenga el efecto de excluir (o al menos de reprochar) y que le permita recuperar posteriormente la inversión. Cabe destacar que al momento de determinar la posición dominante, se encarga de realizar un análisis importante del mercado, verificando si según sus características es viable dicha conducta. Además, según lo que se puede analizar, exige que la conducta tenga por objeto eliminar a uno o más competidores, donde se toma en cuenta el lugar en que se aplica la reducción de precios y la duración de esta¹²¹.

Por otro lado, la Corte Suprema no ha sido muy precisa en determinar los requisitos. No obstante, en el fallo de Comercial Arauco Ltda. contra Líder Valdivia, reconoce que es necesario comprobar de que existe una pérdida a corto plazo y que exista suficiente posición dominante.

A pesar de que entiende que la posición dominante es necesaria para demostrar que existe la posibilidad de recuperar lo invertido, no entrega certeza de que considere como suficiente el simplemente tener una posición dominante. En mi opinión, la Corte Suprema sigue parcialmente la teoría de los altos tribunales norteamericanos, en donde exigen un examen de recuperabilidad, y que por consiguiente es además necesario otorgar pruebas de que el predador podrá alzar los precios recuperando con creces lo invertido¹²². Sin embargo es poco lo que desarrolla este tema en los distintos fallos, dejando esta incógnita para futuros fallos.

¹²¹ 103-2010 Comercial Arauco Ltda. contra D&S e Hipermercado Líder Valdivia (Tribunal de Defensa de la Libre Competencia 2010) Considerando 34°.

¹²² La Corte Suprema en el considerando 1° establece que: “A su vez, tampoco resulta posible arribar a la conclusión de que incluso de producirse la salida de las otras firmas supermercadistas, la demandada hubiere podido subsecuentemente ejercer en forma abusiva un eventual poder de mercado así adquirido y compensar mediante dicho abuso la disminución de rentas asociadas a una conducta predatoria”. A una conclusión similar se podría llegar en la decisión del caso GPS Chile contra Entel PCS S.A.

A pesar de que veo con buenos ojos los mecanismos que utiliza el TDLC, en particular que analice los costos medios evitables, aún no han incorporado la posibilidad de predación sobre el nivel de costos (al igual que la Corte Suprema). Así mismo, veo un desarrollo positivo en las decisiones de la Corte Suprema, pero aun ven de forma estática el análisis económico de estas conductas. Además es preocupante que incluyan un examen de recuperabilidad, ya que como vimos anteriormente, agrega una carga de prueba adicional al demandante difícil de cumplir.

Como manifesté en el capítulo segundo, en las últimas décadas han surgido varios modelos que buscan los objetivos recién nombrados aplicando teorías modernas. Sin embargo es necesario evaluar una estrategia pertinente y aplicable según nuestra propia realidad. Las estrategias utilizadas en Estados Unidos y Europa no necesariamente tendrían el mismo efecto si fueran aplicadas en nuestro sistema. Nuestra economía y sus elementos no son necesariamente similares y se debe proceder con precaución al imitar las medidas que proponen estos ordenamientos, además de la importancia de no fijar un mecanismo extremadamente rígido que no permita analizar las particularidades de cada uno de los casos y que permita adaptarse al desarrollo de la economía.

Con el objetivo de poder llegar a un test adecuado para nuestro país, conviene primero analizar el mercado que poseemos y de esta forma determinar las características y los objetivos que debe tener el mecanismo aplicable, materia que veremos en el siguiente capítulo.

CAPÍTULO V: PROPUESTA

1. Análisis del Mercado Chileno

Antes de proceder a ver el sistema propuesto, me gustaría analizar de forma muy breve nuestro mercado nacional y así plantear el mecanismo más adecuado a las políticas económicas que deben buscar las autoridades. Una propuesta que sea muy lata al categorizar un precio como predatorio puede llevar a castigar empresas que provean de eficiencia al mercado. Por otro lado, si el nivel de exigencia que requieren los tribunales es muy estricto, llevaría a la exclusión de empresas que ofrecen mejores tratos a los consumidores y aumentaría aún más la concentración del mercado. Estos efectos, pueden preferirse en algunas economías, mientras que en otras son dañinas y es justamente esto lo que veremos a continuación.

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos o “OECD” por sus siglas en inglés, califica al mercado chileno de la siguiente manera: “*Chile es una economía de tamaño mediano entre sus vecinos latinoamericanos, con un PIB de 232,8 mil millones de dólares (estimación de 2007). Su población de 16 millones de personas también le confiere un tamaño mediano en la región. Su geografía, con montañas a un lado y el océano al otro, tiende a aislar su mercado y quizá a reducir las presiones competitivas (...)*”¹²³.

Por otro lado, un mercado pequeño es definido por S. Gal como una economía independiente y soberana que puede soportar solo un pequeño número de competidores en la mayoría de sus industrias atendiendo a la demanda¹²⁴. Los factores principales que influyen sobre el tamaño, según el mismo autor son; la población, su dispersión y su apertura en el mercado. En el caso chileno podremos observar claramente que los 2 primeros factores perjudican el tamaño de la economía y a pesar

¹²³ Informe entregado por la OECD al momento del ingreso de Chile a la organismo: “Derecho Y Política de Competencia En Chile,” 2010. [En línea] <https://www.oecd.org/chile/47951548.pdf>. [Accedido el 23-07.2016]

¹²⁴ Michal S. Gal, “Size Does Matter: The Effects of Market Size on Optimal Competition Policy,” *Southern California Law* (2000): 1439.

de que tenemos políticas que buscan facilitar el intercambio con otros países (tratados de libre comercio), no logra contrarrestar la poca demanda interna que tenemos. La calificación que hace esta autor respecto a nuestra economía toma en cuenta distintos factores que la hace más conveniente y acorde al objetivo final de este trabajo.

Un país con este tipo de mercado se ve enfrentado a múltiples problemas, entre ellos el alto nivel de concentración industrial y las altas barreras de entrada. Estas dos características llevan a que el mercado no se logre regular de forma autónoma como puede suceder en otros como Estados Unidos donde la alta demanda permite más fácilmente que nuevas empresas entren al mercado para competir con empresas con alto poder de mercado. En Chile la baja cantidad de demanda nacional permite (en la mayoría de las industrias) que un número reducido de empresas puedan competir a un nivel eficiente aprovechando la economía de escala, lo que provoca concentración y el abuso de dicho poder de mercado. Así mismo, la mayoría de las empresas buscan demanda en mercados internacionales, por lo que deben competir contra grandes transnacionales, lo que requiere al mismo tiempo, dicha economía de escala. Este nivel de concentración se convierte muchas veces en grande conglomerados que les permite realizar técnicas de señales mucho más eficientes contra competidores o potenciales competidores, en otros mercados para demostrarles su intención de abusar¹²⁵.

Es así como se llega a la compleja situación, en tener que determinar una política que permita a las empresas encontrar un nivel óptimo de producción a través de una economía de escala, pero al mismo tiempo que no lleve a que dichas empresas puedan utilizar ese poder de mercado para excluir competidores y conseguir posteriormente rentas monopólicas en perjuicio de los consumidores.

¹²⁵ Michal S. Gal, *Competition Policy for Small Market Economies*, 1era ed. (Cambridge, Massachusetts, and London, England: Harvard University Press, 2003), 104.

2. Condiciones que debe cumplir la Propuesta

Habiendo caracterizado, aunque sea de manera breve, la economía nacional y los principales problemas que tiene, podemos establecer ciertas características que debe tener el mecanismo que ha de ser seleccionado por las autoridades:

- (i) La propuesta debe contemplar un concepto amplio de precios predatorios para abarcar las distintas acciones que puedan realizar las empresas dominantes. Debe de tomarse en cuenta las estrategias de señalización.
- (ii) Lo primero que debe de analizarse, es el mercado relevante. Es necesario determinar si existen las condiciones requeridas para poder intentar esta conducta y que posteriormente permita recuperar lo invertido. Para eso se debe analizar si una empresa tiene poder de mercado y eso conlleva revisar la concentración del mercado, barreras de entrada, métodos de financiación (v.gr subvenciones cruzadas), elasticidad de la demanda, etc. Para los casos que no exista un poder dominante, nuestro ordenamiento contempla de igual forma, la posibilidad de castigar a una empresa en dicha situación. Sin embargo, creo importante que para estos casos los tribunales deben ser más exigentes con los demandantes, ya que una empresa que no posee dicho dominio es más difícil que incurra en dicha conducta de forma exitosa.
- (iii) Debido a que es necesario desarrollar la economía de nuestro país, conviene permitir aquellas conductas que a pesar de excluir competidores, mejoran la eficiencia. Esto significa otorgarle a las empresas una posibilidad para justificar las medidas tomadas, pero justificaciones que siempre deben de derivar en un beneficio final de los consumidores. Esto quiere decir que la eficiencia que adquiera esta empresa se traduzca en algo positivo para las personas.
- (iv) Al requerirse empresas que aprovechen la economía de escala, es necesario establecer un sistema estricto contra el abuso de la posición dominante. De esta forma se entrega la posibilidad de que exista esta concentración, pero al mismo tiempo que dicha posición implique una responsabilidad especial con la sociedad. Sus acciones deben perseguir la competencia a través de los méritos y no aprovecharse de su situación de privilegio.

- (v) Creo importante eliminar el examen de recuperabilidad que ha exigido en ocasiones la Corte Suprema. Como vimos en el Capítulo II punto 4.5, que una empresa no pueda recuperar lo invertido, no necesariamente implica que no se produzca un daño a la competencia o a los consumidores. Bastaría con examinar el mercado relevante, sin ir más allá.
- (vi) No es recomendable un sistema que utilice el test del competidor igualmente eficiente porque en mercados con poca competencia, a pesar de que existan empresas menos eficientes en sentido de producción, estos pueden ofrecerles a los consumidores mejores tratos.
- (vii) Incluir la posibilidad de castigar la predación sobre el nivel de costos. Hay que considerar que con altas barreras de entrada y un poder de mercado concentrado se facilita la posibilidad para que estas empresas se aprovechen de sus menores costos y que potenciales competidores entren.

3. Propuesta Final

Luego del análisis realizado, se llega a la conclusión que el mecanismo correcto es el Test de Sacrificio (según los vistos en el Capítulo II), esto quiere decir que es necesario que la empresa depredadora incurra en una pérdida de ganancias al cometer la conducta. En razón de esto los pasos serían los siguientes:

En primer lugar es necesario verificar las condiciones del mercado, como vimos anteriormente, para determinar si tiene suficiente poder dominante para poder excluir competidores a través de una conducta de precios predatorios y luego subir los precios afectando así a los consumidores. Esto implica revisar barreras de entradas, número de competidores, bienes sustitutos, etc. Toman gran importancia en este punto las estrategias de señalización u otros mecanismos similares para poder verificar de qué forma podría resultar exitosa la conducta.

No hay que olvidar lo que expuso la Escuela de Chicago, la empresa predadora debe realizar una gran inversión no solo por la baja de precio, sino además por el aumento de oferta que implica esta conducta. Esto vuelve sumamente difícil para una empresa

sin poder de mercado el incurrir en este acto. Sin embargo si es este el caso, radica en el demandante el demostrar cómo se llevó cabo la exclusión, lo que requiere características más estrictas del mercado como puede llegar a ser el caso de una subvención cruzada.

Una vez que sea determinado esto se pasa a la etapa dos, en que debe existir una exclusión o potencial exclusión del mercado, o una conducta que busque reprimir o controlar a uno o más competidores o potenciales competidores.

La tercera etapa, consiste en el análisis de costos. Con respecto los costos relevantes, creo pertinente revisar los costos evitables medios y en palabras de Lizana, estos “son aquellos que se hubiesen prescindido si no se hubiese incurrido en la práctica los cuales deben de ser comparados con las ganancias que se incurrieron en esa misma práctica”¹²⁶. En esta etapa se debe comprobar que hubo un incremento de costos mayor al incremento de ganancias. En el caso de que no se logre probar que se operó bajo el nivel de costos evitables medios, será carga de prueba del demandante, el demostrar que la conducta tiene por objeto eliminar competencia y que no hay otra justificación racional de negocios.

Finalmente, si quedó constancia de los requisitos anteriores, se debe otorgar siempre la posibilidad al demandado de justificar que su conducta tiene alguna razón de negocio o que conlleva una mayor eficiencia o beneficio para los consumidores. En el caso de que no logre justificarlo, efectivamente debe de ser sancionado.

4. Compatibilidad con los Preceptos Legales

Como vimos la letra c) del artículo 3 del DL 211 establece un marco bastante amplio sobre el tratamiento de los precios predatorios, exigiendo solamente que tenga por objetivo el conseguir, mantener o aumentar la posición dominante. De esta forma es fácil concluir que el examen recién propuesto es plenamente compatible con la normativa legal y no existiría problema con su aplicación.

¹²⁶ Lizana, “Precios Predatorios: ¿Bajo Qué Circunstancias Constituyen Una Infracción a La Libre Competencia?,” 41.

Así mismo, la propuesta no se aleja de los requisitos que ha exigido el TDLC desde el fallo de James Hardie Cementos, en donde se exige que el predador posea suficiente poder de mercado y que se opere bajo el nivel de costos evitables medios. Se desvía de la opinión de la Corte Suprema, en que aplica criterios económicos modernos, preocupándose de las distintas conductas que podría haber ejercido el depredador y no requiriendo un examen de recuperabilidad. En este caso basta demostrar que existen las condiciones de mercado que permitirían a una empresa luego elevar sus precios.

CONCLUSIONES

Sin duda que el desarrollo de los precios predatorios no se detendrá aquí y en los próximos años surgirán nuevas teorías y mecanismos para poder evitar que se produzcan este tipo de conducta que dañan al mercado, sin permitir el beneficio correspondiente a los consumidores. Es por esto mismo, que la ley de los distintos países debe mantenerse laxa permitiendo que estas nuevas teorías comiencen a ser aplicadas por las autoridades y tribunales sin necesidad de modificar los preceptos legales. Nuestro ordenamiento y en particular el DL 211 permiten justamente eso. Es deber de la FNE y los tribunales el mantenerse a la par con las nuevas teorías económicas y aplicarlas en los conflictos que conozcan.

Si uno coloca en perspectiva el desarrollo jurisprudencial que existe respecto a esta conducta exclusoria, se puede decir que en forma general han cumplido con esta tarea. El desarrollo desde la primera resolución de la Comisión Resolutiva hasta el último fallo visto muestra que tanto el TDLC como la Corte Suprema han incorporado teorías del derecho comparado. No obstante, aún faltan ciertos elementos que pueden incorporar en sus análisis para poder estar acorde a los ordenamientos más modernos en el tratamiento de esta materia, en particular la Corte Suprema, a la que le ha costado adoptar el hecho de que es necesario realizar un análisis económico dinámico, en donde la estrategia predatoria puede ser mediante diversos.

Como queda de manifiesto al comenzar a estudiar esta materia, existen diversas teorías con respecto a los elementos mismos que implican los precios predatorios, y aún más, respecto a los exámenes que permiten calificar a dichos precios como ilícitos. Examiné los que en mi opinión considero más importantes, junto a aquellos que han sido utilizados en Estados Unidos, Europa y Chile y concluí que el test de sacrificio es el más óptimo para nuestro país. A pesar de que es un método que sigue analizando el precio-costos, deja de lado la distinción entre costos fijos y variable. Estos costos, gran parte de las veces, son imposibles de determinar o en ciertas industrias se vuelve irrelevante su examen debido a ser muy altos los costos fijos¹²⁷. Los costos evitables

¹²⁷ United States v. AMR Corp., F. Supp. 2d 1141 (D. Kan. 2001).

medios tienen la ventaja de evaluar el costo total de la operación, dejando de lado un examen arbitrario, convirtiéndose en el mejor mecanismo para determinar la existencia de una intención de exclusión en la disminución de precios.

El examen de costos es un mecanismo que tiene por objeto principal, el distinguir si un precio tiene por simple intención o no excluir a un competidor y por lo tanto es sancionable. Sin embargo hay veces que ese examen deja fuera a falsos negativos y es así como creo necesario agregar la posibilidad de poder demandar cuando no necesariamente se haya depredado bajo el nivel de costos. Los costos evitables reducen bastante esta posibilidad, ya que al momento que una empresa decide bajar el precio (aunque sea muy por sobre los costos medios variables) y obtiene menos ganancias que antes, se estaría por sobre los costos evitables. Pero aún existe la posibilidad de que ocurra esto, o que simplemente no se logren probar los costos y ahí entra a ser relevante esta opción.

Para finalizar, me gustaría introducir la discusión sobre la aplicación de alguno de los test de congelamiento de precios. Creo que puede ser una buena opción para controlar a aquellas empresas que evitan la entrada de nuevos competidores, al reducir sus precios justo antes o al momento de entrar a su mercado. Este mecanismo aumentaría el costo para aquellas empresas que decidan bajar el precio ante la noticia de entrada de un competidor, o impedirían que lo modifiquen luego de la entrada de este.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- 1) Baumol, William J. "Quasi-Permanence of Price Reductions: A Policy for Prevention of Predatory Pricing." *The Yale Law Journal*, 1979.
- 2) Bolton, Patrick, Joseph F. Brodley, and Michael H. Riordan. "Predatory Pricing: Strategic Theory and Legal Policy." *Geo. LJ*, 2000.
- 3) Bork, Robert H. *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*. Simon & Schuster, 1993.
- 4) DG Competition. "Competition Discussion Paper on the Application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuses." 2005. [En línea] <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>. [Accedido el 06-07.2016]
- 5) De La Mano, Miguel, and Benoît Durand. "A Three-Step Structured Rule of Reason to Assess Predation under Article 82." *Office of the Chief Economist, Discussion Paper, DG Competition, European Commission*, 2005.
- 6) Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos "Derecho Y Política de Competencia En Chile," 2010. [En línea] <https://www.oecd.org/chile/47951548.pdf>. [Accedido el 23-07.2016]
- 7) Easterbrook, Frank H. "Predatory Strategies and Counterstrategies." *The University of Chicago Law Review*, 1981.
- 8) Edlin Aaron S, "Predatory Pricing." *Research Handbook on Economics of Antitrust*, 2012, 1-58, [En línea] http://works.bepress.com/aaron_edlin/74/ [accedido el 28-07-2016].

- 9) Edlin Aaron S, "Stopping above-Cost Predatory Pricing," *Yale Law Journal*, 111, 2002: 941- 991.
- 10) Elhauge, Einer. "Why above-Cost Price Cuts to Drive out Entrants Are Not Predatory: And the Implications for Defining Costs and Market Power." *Yale Law Journal* 112, 2003: 681–827.
- 11) Farrell, Joseph, and Michael L. Katz. "Competition or Predation? Schumpeterian Rivalry in Network Markets." *UC Berkeley Competition Policy Center*, 2001. [En línea] <http://ssrn.com/abstract=507084>. [Accedido el 28-7-2016]
- 12) Gal, Michal S. *Competition Policy for Small Market Economies*. 1era ed. Cambridge, Massachusetts, and London, England: Harvard University Press, 2003.
- 13) Michal S. Gal "Size Does Matter: The Effects of Market Size on Optimal Competition Policy." *Southern California Law Review*, 2000.
- 14) Larouche, Pierre, and Maarten Pieter Schinkel. "Continental Drift in the Treatment of Dominant Firms: Article 102 TFEU in Contrast to § 2 Sherman Act." TILEC Discussion Paper. 2013-34. Amsterdam: Amsterdam Law School Legal Studies Research and Amsterdam Center for Law & Economics, 2013.
- 15) Leslie, Christopher R. "Predatory Pricing and Recoupment." *Columbia Law Review*, 113, 2013: 1695-1771.
- 16) Lizana, Claudio. "Precios Predatorios: ¿Bajo Qué Circunstancias Constituyen Una Infracción a La Libre Competencia?" *Revista Anales Derecho UC*, 4, 2008: 35-55.
- 17) Lowe, Philip. "EU Competition Practice On Predatory Pricing." presented at the Pros and Cons of Low Prices, Stockholm, 2003. [En línea]

http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2003_066_en.pdf. [Accedido el 28-07-2016]

18) Lyons, Bruce. "The Paradox of the Exclusion of Exploitative Abuse." *Swedish Competition Authority*, 65, 2007: 1-33.

19) McGee, John S. "Predatory Price Cutting: The Standard Oil (N. J.) Case." *The Journal of Law & Economics*, 1, 1958: 137-169.

20) Milgrom, Paul, and John Roberts. "New Theories of Predatory Pricing: Industrial Structure in the New Industrial Economics." *Oxford University Press*, 8, 1990: 112-137.

21) Rodríguez, Francisco Hernández. *Precios Predatorios Y Derecho Antitrust: Estudio Comparado de Los Ordenamientos Estadounidense, Comunitario Y Español*. Primera ed. España: Marcial Pons, 1997.

22) Tarziján, Jorge, and José Hevia. "Jurisprudencia Sobre Precios Predatorios En Chile: ¿Han Sido Uniformes Los Criterios Aplicados?" *Revista Abante*, 8, 2005: 59-89.

23) Valdés Prieto, Domingo. *Libre Competencia Y Monopolio*. Primera ed. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2006.

24) Vatiéro, Massimiliano. "Power in the Market: On the Dominant Position." In *SIEPI Doctoral Workshop*. Roma, 2006.

25) Vickers, John. "Abuse of Market Power." *The Economic Journal* 115, no. 504 (2005): 244-61.

26) Williamson, Oliver E. "Predatory Pricing: A Strategic and Welfare Analysis." *J. Reprints Antitrust L. & Econ.*, 10, 1979: 284-340.

Jurisprudencia Estados Unidos

- 1) Advo, Inc. v. Philadelphia Newspapers, Inc, Inc 51 F.3d, (Us. Court of Appeal 3d Cir. 1995).
- 2) Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp., 509 (Supreme Court 1993).
- 3) C.B. Trucking Inc. v. Waste Mgmt. Inc., 944 F. Supp. (D. Mass 1996).
- 4) Clark v. Flow Measurment, Inc., 948 F. Supp (D.S.C 1996).
- 5) U.S. Matsushita Elec. Indus. Co v. Zenith Radio Corp, 475 U.S (Supreme Court 1986).
- 6) United States v. AMR Corp., F. Supp. 2d 1141, (D. Kan. 2001).

Jurisprudencia Europa

- 1) C-62/86 AKZO Chemie BV v. Commission of the European Communities, I-03359, (Judgment Court of Justice 1991).
- 2) T-83/91 Tetra Pak International SA v. Comission of the European Court, (Judgment of the Court of First Instance 1994).
- 3) C-395/96 Compagnie maritime belge transports SA v. Commission of the European Communities. (Corte Europea de Justicia 2000).

- 4) C-395/96 Compagnie maritime belge SA v. Commission of the European Communities. (Corte Europea de Justicia 2000).
- 5) 396/96 Dafra-Lines A/S v. Commission of the European Communities. (Corte Europea de Justicia 2000).
- 6) Comission Decision: 35.141-Deutsche Post AG, (Comission of the European Court 2001).

Jurisprudencia Chile

- 1) 42-04 Producción Química y Electrónica Quimel S.A. y otros contra James Hardie Fibrocementos Ltda., (Tribunal de Defensa de la Libre Competencia 2006).
- 2) 50-04 FNE contra TV. Cable Loncomilla y Otros., (Tribunal de Defensa de la Libre Competencia 2005).
- 3) 78-08 GPS Chile S.A contra Entel PCS S.A, (Tribunal de Defensa de la Libre Competencia 2008).
- 4) 97-09 GPS Chile S.A contra Entel PCS S.A, (Corte Suprema 2009).
- 5) 102-2010 FNE contra Asociación Gremial de Dueños de Mini Buses Agmital, (Tribunal de Defensa de la Libre Competencia 2010).

- 6) 103-2010 Comercial Arauco Ltda. contra D&S e Hipermercado Líder Valdivia, (Tribunal de Defensa de la Libre Competencia 2010).

- 7) 3449-06 Producción Química y Electrónica Quimel S.A. y otros contra James Hardie Fibrocementos Ltda., (Corte Suprema 2006).

- 8) 5005-05 FNE contra TV. Cable Loncomilla y otros., (Corte Suprema 2005).

- 9) 7500-10 Comercial Arauco Ltda. contra D&S e Hipermercado Líder Valdivia, (Corte Suprema 2011).

- 10) Resolución N° 101, (Comisión Resolutiva 1981).

- 11) Resolución N° 642, (Comisión Resolutiva 2003).

- 12) Resolución N° 689, (Comisión Resolutiva 2003).