



**UNIVERSIDAD DE CHILE**  
**FACULTAD DE DERECHO**  
**DEPARTAMENTO DE DERECHO ECONÓMICO**

**ESTÁNDARES DE DETERMINACIÓN DE CONDUCTAS EXCLUSORIAS**  
**EN EL DERECHO DE LA COMPETENCIA**

Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

**AUTOR:**

Carlos Garrido Delgado

**PROFESOR GUÍA:**

Nicole Nehme Zalaquett

Santiago, Chile

2018



A mis padres, Jorge y Marisol  
por su permanente e incondicional apoyo.

## RESUMEN

En materia de abusos exclusorios, la dificultad que enfrentan las agencias de competencia para determinar cuándo la conducta agresiva de un competidor dominante reñiría con las reglas de la competencia, ha devenido en variados *test* económicos y jurídicos que buscan robustecer el análisis de los órganos adjudicadores y dotar de predictibilidad a sus decisiones.

El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ha transitado por una jurisprudencia cada vez más sofisticada, que permite identificar elementos comunes a los *test* comparados de determinación de abuso de posición dominante.

En la presente investigación, se analizan dichos estándares a la luz de la experiencia nacional, para concluir cómo nuestras autoridades de competencia podrían sancionar la comisión de abusos exclusorios, sin disuadir a quienes por sus propios méritos compiten férreamente en el mercado.

**PALABRAS CLAVE:** Abuso de Posición Dominante – Libre Competencia – *Test* Económicos – Competencia en los méritos – Tribunal de Defensa de la Libre Competencia – Precios Predatorios.

## ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	10
CAPÍTULO I: Posición de dominio y abuso.....	12
1. La figura legal: artículo 3° letras b) y c) del Decreto Ley N°211 de 1973.....	13
2. Primer Elemento: Posición de dominio o poder de mercado.....	17
i. Posición de dominio en Europa .....	18
a. Enfoques para el análisis de posición de dominio.....	19
b. Consideraciones cuantitativas. ....	22
ii. Poder de mercado en Estados Unidos.....	24
a. Enfoques para el análisis de poder de mercado.....	26
b. Consideraciones cuantitativas. ....	27
3. Segundo Elemento: Abuso.....	27
i. Elemento conductual en el derecho estadounidense.....	28
ii. Elemento conductual en el derecho europeo .....	29
4. Competencia basada en los méritos y el riesgo del error. ....	31
CAPÍTULO II: Determinación de abusos exclusorios, diagnóstico práctico y jurisprudencial.....	37
1. Introducción .....	37
2. Marco teórico de la determinación del abuso de posición dominante exclusorio .....	39
i. <i>Test</i> de intención.....	39

ii. <i>Test</i> del sacrificio de utilidades y del sentido económico de la conducta.....	41
iii. <i>Test</i> del competidor igualmente eficiente.....	46
iv. <i>Test</i> de daños al consumidor.....	50
v. Teoría de Exclusión por Incremento del Costo de los Rivales o <i>Raising Rival Costs</i> 53	
3. La dificultad para determinar el estándar óptimo.....	59
4. Aplicación de <i>test</i> de determinación de abuso en el derecho comparado.....	60
5. Análisis general de <i>test</i> de determinación de abusos exclusorios en la jurisprudencia relevante del TDLC.....	63
5.1. Jurisprudencia en el mercado del <i>retail</i> .....	65
i. Sentencia N° 26 – Denuncia Philip Morris a Chiletabacos.....	65
ii. Sentencia N° 90 – Requerimiento FNE contra Compañía Chilena de Fósforos....	69
iii. Conciliación en Requerimiento contra Cervecera CCU Chile Limitada .....	75
iv. Demanda de Industria de Alimentos Trendy S.A. contra Nestlé Chile S.A. ....	79
v. Conciliación FNE con Embotelladora Andina S.A. y Coca-Cola Embonor S.A. ....	85
vi. Requerimiento FNE contra Unilever Chile S.A.....	90
5.2. Jurisprudencia en el mercado de telecomunicaciones .....	95
i. Sentencia N°45 - Demanda de Voissnet S.A. y requerimiento de la FNE contra CTC	95
ii. Sentencia N°88 - Demanda de OPS Ingeniería Limitada y otros contra Telefónica Móviles de Chile S.A.....	103

iii. Sentencia N°97 - Demanda de Voissnet S.A. contra Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A. ....	108
iv. Sentencia N°156 - Demanda de Netline Mobile S.A. contra Entel PCS Telecomunicaciones S.A. y otros .....	113
6. Conclusiones.....	119
CAPÍTULO III: Determinación de abuso de posición dominante en precios predatorios .....	126
1. Figura legal: artículo 3° letra c) del DL 211.....	127
2. Precios predatorios.....	128
2. <i>Test</i> de determinación de conductas exclusorias y precios predatorios .....	136
3. Precios predatorios en la jurisprudencia del TDLC.....	139
I. Sentencia N°28 TDLC. Requerimiento FNE en contra de TV Cable Loncomilla S.A., Holding de Televisión S.A. y CMET .....	140
II. Sentencia N°39. Demanda de Producción Química y Electrónica Quimel S.A., en contra de James Hardie Fibrocementos Ltda. ....	143
III. Sentencia N°72. Demanda de CMET S.A.C.I. contra Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A. ....	149
IV. Conciliación entre Telefónica del Sur S.A. y VTR Banda Ancha Chile S.A. ....	151
V. Sentencia N°78. Demanda de GPS Chile S.A. contra Entel PCS S.A. ....	157
VI. Sentencia N°103. Demanda de Comercial Arauco Ltda. contra D&S S.A. y Otro. 161	
VII. Sentencia N°151. Demanda de Metalúrgica Silcosil Ltda. en contra de Masisa S.A. y Otra.....	167
4. <i>Test</i> de determinación de precios predatorios en la jurisprudencia del TDLC .....	172

CONCLUSIONES.....	178
BIBLIOGRAFÍA.....	183

“Where a defendant maintains substantial market power, his activities are examined through a special lens: Behavior that might otherwise not be concern to the antitrust laws -or that might even be viewed as procompetitive- can take on exclusionary connotations when practiced by a monopolist”.

Antonin Scalia.

Corte Suprema de Estados Unidos.

Voto disidente en Eastman Kodak Co. v Image Technical Services, Inc.

8 de junio de 1992.

“Just as physicists strive to find the theory that unifies Newtonian physics and quantum mechanics, so economist strive to find the theory that unifies the various aspects of anticompetitive unilateral conduct. And the economists, just as physicists, have not yet found it”.

Philip Lowe.

Remarks on Unilateral Conduct, Washington DC.

11 de septiembre de 2006.

## INTRODUCCIÓN

El artículo 3° letras b) y c) del Decreto Ley N°211 prohíbe la explotación abusiva de una posición dominante en el mercado, así como otras prácticas cuyo objeto sea alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante. En mercados altamente concentrados, propios de economías en desarrollo, la norma que prohíbe el abuso de posición dominante es fundamental porque prohíbe las restricciones artificiales por parte de agentes dominantes en el mercado, que inhiban la competencia y dañen, en último término, a los consumidores.

La textura abierta del lenguaje empleado por el legislador del Decreto Ley N°211, permite que sean las agencias de competencia quienes desarrollen y definan los límites de las conductas constitutivas de abuso de posición dominante. En el ejercicio de esta labor, deben ponderar una efectiva sanción de conductas anticompetitivas con un posible efecto negativo de disuasión, que genere que los competidores se abstengan de competir agresiva -pero lícitamente- en los mercados.

Para lo anterior, han surgido diversos mecanismos que dotan de predictibilidad a las decisiones de las agencias de competencia. Entre estas herramientas, se han propuesto una serie de *test* económicos y jurídicos con la finalidad de esclarecer cuándo el actuar de una empresa dominante reñiría con las reglas del derecho de la competencia.

El derecho de la competencia chileno no ha estado ajeno a dichos *test* económicos. Como veremos en el presente trabajo, es posible identificar la presencia de dichos criterios en las principales decisiones del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“TDLC”) en materia de abusos exclusorios, que se produce cuando un competidor que cuenta con una posición dominante excluye o desarrolla una conducta que tiene la aptitud objetiva de excluir, por medio de conductas anticompetitivas, a sus rivales del mercado.

Para lo anterior, en el primer capítulo de la presente investigación, describiremos la consagración del abuso de posición dominante en nuestro ordenamiento jurídico, sus requisitos de procedencia en la doctrina comparada y los riesgos evaluados desde una perspectiva de política de la competencia, para trazar la línea de ilicitud de conductas que excluyen o tienden a excluir a otros competidores.

En el capítulo II, detallaremos los distintos estándares que han sido propuestos en el derecho comparado para definir la ilicitud de las conductas exclusorias, para con posterioridad analizar cómo han sido recogidos por los litigantes y la jurisprudencia nacional.

Luego, en el capítulo III, profundizaremos el análisis de dichos *test* para los precios predatorios, una de las conductas que han sido más ampliamente conocidas por el TDLC, concluyendo cuál es el estándar comparado que más se asemeja a la jurisprudencia nacional en precios predatorios.

Finalmente, a modo de conclusión, reuniremos los aspectos más relevantes que han sido recogidos en esta memoria, para delinear los desafíos normativos y jurisprudenciales en la materia.

## CAPÍTULO I: Posición de dominio y abuso

El objeto de sancionar conductas unilaterales anticompetitivas, coincide con los objetivos generales del derecho de la competencia, a saber, proteger la maximización del excedente social del consumidor y promover la eficiencia en los mercados. Junto con esto, y especialmente en países en desarrollo, es posible advertir otros objetivos, como garantizar la libertad económica, asegurar la participación de empresas de menor y mediano tamaño, y promover la integración al mercado<sup>1-2</sup>.

El diseño doctrinario y las herramientas que se utilizarán en el análisis de las conductas, permiten concluir que una política de competencia eficiente considerará la existencia de estándares de adjudicación de la autoridad que, en materia de conductas exclusorias, corresponden a *test* tanto económicos como jurídicos para evaluar si estamos frente una conducta basada en la competencia férrea por los méritos del dominante<sup>3</sup>, o bien ante conductas unilaterales anticompetitivas<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK. 2012. Unilateral Conduct Workbook Chapter 1: The objectives and principles of unilateral conduct laws. 11ª Conferencia Anual. Rio de Janeiro. Brasil. [en línea]: <<http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2014/03/ICN-2012-Unilateral-Conduct-Workbook-Chapter-1-Objectives-and-Principles-of-Unilateral-Conduct-Laws.pdf>> [Consulta: 29-10-2017] p. 3.

<sup>2</sup> En una reciente decisión, la Corte Suprema ha vinculado el derecho de la competencia con diversos fines. Así, afirmó que la normativa de protección a la libre competencia vela “[p]orque la libertad de emprendimiento y el derecho a desarrollar cualquier actividad económica sean respetados tanto por los particulares como por el Estado y, además, desde otra perspectiva limita y acota el ejercicio de tal derecho (...) De este modo, la protección institucional de la libre competencia sobrepasa el mero resguardo de intereses individuales, pretende mantener el orden económico en el mercado, reprimiendo los abusos o el mal uso de las libertades por cualquier agente económico que participa en el mercado, toda vez que no es posible que aquél, en el ejercicio del derecho de la libre iniciativa económica, afecte la libre competencia que le permite actuar”. CORTE SUPREMA. 2017. Sentencia en causa Rol N° 58.909-2016. Considerando 3°.

<sup>3</sup> Sin perjuicio de que volveremos sobre este concepto en el capítulo II, la competencia en los méritos, corresponde a: “[e]l ofrecimiento de precios más bajos, mejor calidad y una variedad más amplia de opciones de productos y servicios nuevos y mejorados. Al compararlo a un comportamiento de negocios de este tipo, no es difícil observar que otras actuaciones (...) no constituyen casos de competencia en los méritos y, por lo tanto, son capaces de ser considerados abusivos”. Traducción libre. WHISH, R. y BAILEY D. Competition Law. 2011. Londres. Oxford University Press. 7<sup>th</sup> Ed. p. 180.

<sup>4</sup> Op.Cit. pp. 9 – 10.

Para reconocer cuándo nos encontramos ante una conducta unilateral que pugna con el derecho de la competencia, la primera tarea es analizar el sustrato normativo del abuso de posición dominante en nuestro derecho de la competencia para, con posterioridad, desagregar este concepto en los elementos básicos que componen dicha infracción.

## 1. La figura legal: artículo 3° letras b) y c) del Decreto Ley N°211 de 1973

Al igual que en el derecho comparado<sup>5</sup>, la doctrina nacional ha señalado que el legislador del Decreto Ley N°211 de 1973 (“DL 211”), no buscó desarrollar un catálogo minucioso de conductas anticompetitivas<sup>6</sup>. Mientras que la Organización para la Cooperación y Desarrollo (“OECD”) reconoce que son las decisiones del TDLC, las que han desarrollado y delimitado, de forma más elaborada, el bien jurídico protegido por el DL 211<sup>7</sup>.

El DL 211 tiene por objeto, conforme a lo consagrado en su artículo 1°, promover y defender la libre competencia en los mercados. Para cumplir con dicho mandato, el

---

<sup>5</sup> Las leyes fundacionales de los sistemas estadounidense y europeo de la competencia tienen una textura lo suficientemente abierta, para amoldar el desarrollo jurisprudencial hacia un desarrollo unificado y coherente. CRANE D. Y MIRALLES G. 2010. Toward a Unified Theory of Exclusionary Vertical Restraints. [en línea] Southern California Law Review, Forthcoming; University of Michigan Law & Economics Empirical Legal Studies Center Paper. University of Michigan Public Law. <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1689068](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1689068)> [Consulta: 29 octubre 2017] p. 43.

<sup>6</sup> Según señala Valdés, “[l]os contenidos del DL 211 (...), son eminentemente orgánicos y procedimentales, antes que descriptivos y reguladores del bien jurídico tutelado (...) De esta forma, el desarrollo de los principios jurídicos que informan el derecho de la libre competencia y la descripción detallada de los hechos, actos o convenciones atentatorios contra dicho bien jurídico tutelado ha sido labor eminente de la jurisprudencia judicial y administrativa del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia”. VALDÉS D. 2010. Libre Competencia y Monopolio. Chile. Editorial Jurídica de. p. 239.

Asimismo, una interpretación histórica de la ley es consistente con la amplitud del tipo infraccional. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. 2003. Historia de la Ley N°19.911. [en línea]. <[https://www.bcn.cl/historiadela Ley/fileadmin/file\\_ley/5814/HLD\\_5814\\_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf](https://www.bcn.cl/historiadela Ley/fileadmin/file_ley/5814/HLD_5814_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf)> [Consulta: 12 de abril de 2018]. p. 20.

<sup>7</sup> OECD. 2010. Accession Report on Competition Law and Policy [en línea]. <<https://www.oecd.org/regreform/sectors/47950954.pdf>> [Consulta: 29 octubre 2017]. p. 17.

artículo 3° contiene una prevención de carácter general y abstracta, que establece en su inciso primero:

*“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”<sup>8</sup>.*

Este inciso concentra toda la parte sustantiva del DL 211. Así, a diferencia de otros cuerpos normativos, el carácter genérico –resaltado en el texto que se cita- del artículo 3° del DL 211 condiciona a las agencias de competencia a desarrollar de manera más detallada las conductas que riñen con esta disposición general.

En el inciso segundo del artículo 3°, se entrega una serie de ejemplos de conductas anticompetitivas, entre las que encontramos las letras b) y c), que señalan:

*“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 (...)*

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

---

<sup>8</sup> Artículo 3° inciso primero, Decreto con fuerza de Ley N°1 del 2004 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N°211, de 1973. Énfasis agregado por el autor.

*c) Las prácticas predatorias, o de competencia desleal, realizadas con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante”<sup>9</sup>.*

Del tenor del artículo 3° letra b), es posible concluir que podrían existir más ilícitos no expresamente descritos en el articulado de la ley (al señalar: “...o imponiendo a otros abusos semejantes”), entendemos que la amplitud de esta técnica legislativa sintoniza con el dinamismo propio de los mercados, y permite abarcar conductas como ilícitas o riesgosas para la competencia que, de otra manera, no podrían ser perseguidas. La letra c) describe, como parte de conductas más amplias, otra expresión del abuso de posición dominante, como son las prácticas predatorias o de competencia desleal para asegurar una posición dominante en el mercado.

Desde una interpretación gramatical del artículo 3° letra b), reconocemos dos elementos básicos a partir de los cuales identificar si hay abuso de posición dominante: “La explotación **abusiva** por parte de un agente económico o un conjunto de ellos, de una **posición dominante** en el mercado (...)”<sup>10</sup>. De forma que resulta claro que son elementos de la figura normativa: (i) la posición de dominio en el mercado, y (ii) la explotación abusiva de dicha posición por parte de un agente económico o de varios de ellos.

Asimismo, desde una interpretación gramatical del artículo 3° letra c), nos encontramos con un estándar legal menos exigente que el de la letra b), dado que simplemente cabría identificar como elemento de las conductas predatorias o de competencia desleal, el que sean ejecutadas con la finalidad de “*alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante*”, no siendo necesario, por tanto, que la entidad goce de una posición de dominio en el mercado con anterioridad a la ejecución de su conducta.

---

<sup>9</sup> CHILE. Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción Decreto con fuerza de Ley N°1 del 2004 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N°211, de 1973. Artículo 3° inciso segundo, letras b) y c).

<sup>10</sup> *Ibíd.* Énfasis agregado por el autor.

Es posible interpretar la aparente diferencia en los estándares legales establecidos en las letras b) y c) del artículo 3º, a la luz de la historia de la ley que incorporó la figura legal del artículo 3º letras c) tal como se encuentra actualmente establecida<sup>11</sup>. En la historia de la ley, se consideró que las prácticas predatorias constituirían una conducta distinta del abuso de posición dominante y que merecían, por tanto, ser subsumidas bajo una letra distinta en el articulado de la ley, dado que las prácticas predatorias no sólo contemplarían los precios predatorios, sino que también otras conductas no relacionadas con el precio<sup>12</sup>, como limitaciones al acceso al mercado, y también los excesos injustificados en publicidad, el abuso de procedimientos administrativos y jurisdiccionales, entre otras conductas que aumentan los costos de los rivales<sup>13-14</sup>, para las que no sería necesario gozar de poder de mercado. Mientras que, por otro lado, existirían conductas cuya concreción sólo se daría al acreditarse la existencia de poder de mercado o posición de dominio, como las descritas en la letra b) del artículo 3º del DL 211.

En definitiva, para que se materialice una conducta de abuso de posición dominante, la figura legal del artículo 3º letra b) exige que se acrediten dos elementos<sup>15</sup>: (i) posición de

---

<sup>11</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. 2003. Historia de la Ley N°19.911. [en línea]<[https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file\\_ley/5814/HLD\\_5814\\_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf](https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/5814/HLD_5814_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf)> [Consulta: 12 de abril de 2018].

<sup>12</sup> *Ibíd.* p. 97.

<sup>13</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. 1999. Historia de la Ley N°19.610. [en línea]<[https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file\\_ley/6649/HLD\\_6649\\_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf](https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/6649/HLD_6649_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf)> [Consulta: 12 de abril de 2018].

<sup>14</sup> De esta manera, el legislador cometió el error de no distinguir entre las conductas relacionadas al precio y las no relacionadas al precio en la letra c) del artículo 3º del DL 211. Lo anterior, como veremos con posterioridad en el capítulo final de esta memoria que trata la conducta de precios predatorios, devino en un estándar legal de menor exigencia para prácticas predatorias relacionadas al precio, como los precios predatorios, cuestión que no se condice con la doctrina comparada y con la jurisprudencia nacional en materia de predación.

<sup>15</sup> A propósito de esta aproximación metodológica, corresponde mencionar que Einer Elhauge en su obra *United States Antitrust Law and Economics*, realiza el mismo tratamiento de la materia, donde a partir de los cuerpos normativos estadounidenses – Sección 2 Sherman Act, Artículo 5 de la Federal Trade Commission Act, y Artículo 15 de la Robinson-Patman Act- concluye que son elementos básicos que permiten identificar cuándo una conducta unilateral es anticompetitiva, el poder de mercado y la conducta anticompetitiva. ELHAUGE E. 2008. *United States Antitrust Law and Economics*. Thomson West. p. 302.

dominio en el mercado, y (ii) explotación abusiva de dicha posición por parte de un agente económico o de varios de ellos. Analizaremos dichos elementos a continuación.

## 2. Primer Elemento: Posición de dominio o poder de mercado

Identificar la posición que los agentes económicos ocupan en el mercado resulta indispensable para comprender su desempeño en el mismo<sup>16</sup>. La doctrina y jurisprudencia comparada otorgan múltiples perspectivas de los aspectos que determinan la existencia de poder de mercado o de una posición dominante en un mercado.

Tradicionalmente, los términos poder de mercado y posición dominante han sido tratados como equivalentes<sup>17</sup>, pero existen algunas diferencias prácticas que deben ser advertidas. De esta manera, el concepto de poder de mercado es más cercano al derecho estadounidense, y el de posición de dominio es más común en el derecho europeo de la

---

<sup>16</sup> En cuanto a los elementos preliminares para adjudicar el ilícito de abuso de posición dominante, Domingo Valdés señala que “[l]a única modalidad de aproximación admisible es la que considera el mercado relevante respectivo; la otra vía de aproximación equivale a introducir la arbitrariedad y la injusticia en una sentencia que no ha evaluado siquiera la evidencia disponible y, por tanto, ha de ser rechazada por contrariar el debido proceso y asignar sanciones en forma aleatoria, lo que ciertamente atenta contra las garantías constitucionales más básicas y contra a justicia que, como fin, ha de presidir la integridad del proceso antimonopólico”. VALDÉS. 2010. p. 548. A mayor abundamiento, doctrina comparada señala: “La mayoría de las reglas de competencia requieren que el demandante muestre que el demandado tiene o probablemente adquirirá ‘poder de mercado’ o ‘poder de monopolio’. La ofensiva de monopolización requerirá, por cierto, prueba de que el demandado cuenta con poder de monopolio”. Traducción libre. KRATTENMAKER T. SALOP S. Y LANDE R. 1987. Monopoly power and market power in Antitrust Law. Georgetown Law Journal. [en línea] <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1140761](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1140761)> [Consulta: 29 octubre 2017] p. 2.

<sup>17</sup> Ya en 1987 la doctrina comparada afirmaba que “[p]oder de Mercado y poder de monopolio son conceptos cualitativamente idénticos, en tanto ambos términos se refieren a un poder económico anticompetitivo que, en última instancia, puede comprometer el bienestar del consumidor”. Traducción libre. Ibid. p. 3.

competencia<sup>18</sup>. Sin perjuicio de lo anterior, la diferencia dista de ser simplemente semántica, como veremos en el presente trabajo con posterioridad.

Esto, fuera de significar que no existe claridad respecto al concepto, ha devenido en un desarrollo prolijo en el derecho comparado, tanto doctrinaria como jurisprudencialmente, de lo que se debe entender como posición de dominio.

### **i. Posición de dominio en Europa**

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo ha entendido por posición dominante “[l]a posición de poder económico de una empresa que le permite obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado de referencia, al darle la posibilidad de actuar en buena medida independientemente de sus competidores, de sus clientes y en definitiva de los consumidores”<sup>19</sup>. Respecto a este concepto, la OECD ha señalado que se descompone en dos elementos: por un lado, la habilidad para evitar la

---

<sup>18</sup> Esto refleja el hecho de que la ley fundante del sistema de competencia estadounidense, la *Sherman Act*, fue dictada en el año 1890, con anterioridad al desarrollo de la literatura económica moderna referida a las empresas dominantes del mercado. Técnicamente, es más preciso utilizar el término posición de dominio, dado que los tribunales estadounidenses han entendido que gozan de poder monopólico (*monopoly power*), los competidores que tienen altas participaciones de mercado y escasos rivales (lo que ha sido llamado por la literatura económica moderna como posición de dominio). ELHAUGE E. y GERADIN D. 2011. *Global Competition Law and Economics*, Hart Publishing, Portland. 2ª Ed. p. 271. Por otro lado, el profesor Massimo Motta ha diferenciado el análisis económico, que utiliza el término poder de mercado, del concepto jurídico de posición de dominio, utilizado por las autoridades de competencia, señalando que en la práctica ambos conceptos han coincidido, de manera que “una empresa será considerada como dominante cuando cuente con un alto grado de poder de mercado, y el proceso para determinar la dominancia abarca el estudio de aquellos factores que son relevantes para la determinación del poder de mercado”. Traducción libre. MOTTA MASSIMO. 2004. *Competition Policy and Practice*. Cambridge University Press. Cambridge. p. 33.

<sup>19</sup> Traducción oficial. TRIBUNAL EUROPEO DE JUSTICIA. 1978. *United Brands v Commission*, Case 27/76 [1978] ECR 207, 1 CMLR 429. Párrafo 65, Para otra traducción del fallo del tribunal véase: BENEYTO J.M. y MAILLO, J. 2005. *Tratado de Derecho de la Competencia Unión Europea y España*. Editorial Bosch. p. 464.

Richard Whish critica esta decisión, señalando que olvida que el poder de mercado se puede ejercer desde ambos lados del mismo: como poder del comprador o como del vendedor. Por esto, un agente con poder de compra puede actuar independiente de sus vendedores, que no son en estricto rigor ‘clientes’. WHISH, R. y BAILEY D. 2011. p. 180.

competencia efectiva en el mercado relevante y, por otro, la posibilidad de comportarse de forma independiente de los otros actores del mercado<sup>20</sup>. Dicha independencia, se relaciona con el grado de presión competitiva ejercida sobre la entidad dominante, de manera que, cuando dicha “(...) [p]resión competitiva no es suficientemente eficaz (...) la empresa en cuestión disfruta de un poder de mercado sustancial durante cierto tiempo”<sup>21</sup>.

En sintonía con la jurisprudencia, la legislación europea de competencia indica que, en la idea de dominio o preponderancia, “*subyace como determinante que la empresa que disponga de tal posición puede actuar sin la necesidad de tener en cuenta las reacciones que su comportamiento suscite en el mercado y, en definitiva, que la competencia, cuando tal situación se da, no juega un papel regulador*”<sup>22</sup>.

#### **a. Enfoques para el análisis de posición de dominio.**

Existen al menos dos aproximaciones utilizadas por las autoridades comunitarias europeas para identificar una posición dominante<sup>23</sup>, el enfoque estructural y el conductual.

El análisis estructural se refiere a los factores que la jurisprudencia ha considerado relevantes para el análisis de una conducta, entre otros: los recursos y mecanismos de producción, los métodos de presentación, el transporte y la venta, la tecnología y el grado

---

<sup>20</sup> OECD. 1996. Abuse of dominance and monopolization. Policy Roundtables. [en línea] <<http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2014/03/OECD-1996-Abuse-of-Dominance.pdf>> [Consulta: 29 octubre 2017]; Respecto a esta distinción véase además: ELHAUGE E. y GERADIN D. 2011. p. 245.

<sup>21</sup> EUROPEAN COMMISSION. 2009. Guidance on the Commission’s enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings. (2009/C 45/02). [en línea] <[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009XC0224\(01\)&from=EN](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009XC0224(01)&from=EN)> [consulta: 29 octubre 2017].

<sup>21</sup> Traducción libre. WHISH, R. y BAILEY D. 2011. p. 180.

<sup>22</sup> PASCUAL Y VICENTE, Jean. 2005. Prohibición del abuso de posición dominante. En: BENEYTO J.M. y GONZÁLEZ J. 2005. Tratado de Derecho de la Competencia Unión Europea y España. Tomo I. Editorial Bosch. p. 462.

<sup>23</sup> *Ibíd.* pp. 468 – 478.

de integración vertical del agente en el mercado. Además de otros elementos que son indiciarios de la competitividad del mercado, como el número y fuerza de los competidores, las cuotas de mercado, los volúmenes de venta, los precios y las barreras a la entrada y expansión<sup>24</sup>.

Las cuotas de mercado suelen ser el primer acercamiento para determinar si un competidor goza de una posición dominante, constituyendo un “[i]ndicio significativo de la existencia de una posición dominante”<sup>25</sup>, sin perjuicio de lo anterior, no es un factor determinante por sí solo, sino que debe ser valorado junto con otros factores<sup>26</sup>. De esta manera, si un competidor mantiene durante cierto periodo de tiempo una alta porción del mercado, es muy posible que, concurriendo otros elementos, esté en condiciones de actuar con independencia de los otros actores del mercado.

En cuanto a las barreras a la entrada, son entendidas como aquellas “*dificultades y costes asociados que una empresa tiene que salvar para entrar en un sector económico*”<sup>27</sup>. Las barreras a la expansión son aquellas que enfrentan los competidores dentro de un mercado para aumentar su participación en el mismo. La lógica que subyace en ambos conceptos es que cualquier intento por parte de una empresa por aumentar los precios por sobre el nivel competitivo, atraería la expansión o la entrada de otro competidor, debilitando, así, el aumento de precios<sup>28</sup>. Resulta evidente que las características que presenten las barreras a la entrada o expansión dependerán en gran medida de la naturaleza del mercado bajo análisis<sup>29-30</sup>.

---

<sup>24</sup> *Ibíd.* p. 469.

<sup>25</sup> *Ibíd.* p. 471.

<sup>26</sup> *Ibíd.*

<sup>27</sup> *Ibid.* p. 474.

<sup>28</sup> ELHAUGE E. y GERADIN D. 2011. *Global Competition Law and Economics*, Portland. 2ª Ed. Hart Publishing . p. 249.

<sup>29</sup> La rentabilidad de la expansión o entrada de un competidor dependerá, en particular, del costo o la eficiencia de la expansión o entrada y de los precios probables luego de esa entrada o expansión. ELHAUGE E. y GERADIN D. 2011. p. 249.

<sup>30</sup> Para identificar las características de los mercados bajo análisis, la Comisión Europea ha optado por mirar la historia de la industria y la frecuencia y éxito de la entrada de competidores al mercado. Criterio al que adhiere la Fiscalía Nacional Económica (“FNE”) que, en su Guía para el

Otro elemento estructural es la integración vertical en el mercado relevante, que puede otorgar ventajas significativas al competidor integrado por sobre aquel que no lo está, como son: bajos costos de transacción, seguridad del suministro de insumos, calidad uniforme de los productos, entre otras<sup>31</sup>.

Por otro lado, el enfoque conductual atribuye una importancia mayor al comportamiento de los agentes en el mercado para dilucidar si existe posición de dominio, cuando del análisis estructural no es posible desprender fehacientemente la existencia de una posición dominante. Al respecto, la Dirección General de Competencia de la Comisión Europea (“Comisión Europea”)<sup>32</sup> comprendió tempranamente la relevancia de la conducta de los agentes en el mercado, señalando que: “[e]l dominio del mercado es un poder económico, es decir, la facultad de ejercer sobre el funcionamiento del mercado una influencia notable y, en principio, previsible para la empresa dominante. Esa facultad (...)

---

Análisis de Operaciones de Concentración, solicita dentro de la información necesaria para notificar una operación de concentración, una breve descripción de las condiciones de acceso y de salida de el o los mercados, así como la expansión dentro de los mismos; y el ingreso o salida de actores en el o los mercados señalados durante los últimos años Dicha guía no se encuentra actualmente vigente, sin perjuicio de que sigue siendo considerada en lo relativo al marco de análisis de operaciones de concentración, dado que a la fecha de esta memoria aún no se dicta otra guía en materia de análisis sustantivo en su reemplazo. FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA. 2012. Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración. [en línea] <[http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/10/Guia\\_oc\\_2012-1.pdf](http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/10/Guia_oc_2012-1.pdf)> [Consulta: 29 octubre 2017]. p. 36. Asimismo, se ha señalado en el artículo 6 letra n) del Reglamento para la Notificación de una Operación de Concentración. MINISTERIO DE ECONOMÍA, FOMENTO Y TURISMO. 2017. Decreto N°33, que Aprueba Reglamento sobre la Notificación de una Operación de Concentración.

<sup>31</sup> Si bien el competidor integrado verticalmente puede presentar ventajas sobre el resto de los competidores, la doctrina ha reconocido que es posible que aumenten sus costos, cuando el mercado es más eficiente que la integración vertical que dicho competidor ostenta. Dichos costos también podrían aumentar, por las dificultades que operacionalmente significa administrar la relación vertical. Es por esto que se considera como barrera a la entrada sólo cuando resulta evidente que la integración vertical ha otorgado una ventaja material por sobre los competidores no integrados. O’DONOGHUE, R y PADILLA, J. 2013. The Law and Economics of Article 102 TFEU. 2nd Edition. Hart Publishing. p. 161.

<sup>32</sup> La Comisión Europea, junto con las autoridades nacionales europeas de competencia, hace cumplir las leyes de competencia de la Comunidad Europea para asegurar que los agentes económicos compitan en igualdad de condiciones y por sus propios méritos, beneficiando a consumidores, empresas y a la economía europea en general.

*influye sobre el comportamiento y las decisiones económicas de otras empresas*<sup>33</sup>; es decir, la propia conducta de la empresa puede ser indicativa de posición dominante, toda vez que de ella se deduzca la capacidad para actuar de forma independiente de sus competidores.

Conforme se ha señalado, la aplicación de esquemas conductuales es complementaria con la aproximación estructural, esto, por la relación existente entre la estructura del mercado y el comportamiento de sus agentes<sup>34</sup>.

#### **b. Consideraciones cuantitativas.**

Desde un enfoque cuantitativo, la jurisprudencia europea ha construido una presunción de dominancia cuando -en ausencia de otras circunstancias que lo refuten- una empresa tiene una participación de mercado del 50% o más<sup>35</sup>. Whish señala que esta presunción no ha sido incorporada por la Comisión Europea en su guía relativa a *“Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes”*<sup>36</sup>, de lo que infiere que dicha agencia europea no estaría especialmente comprometida con tal criterio jurisprudencial<sup>37</sup>. De hecho, la citada guía es menos específica, indicando que *“La experiencia sugiere que cuanto mayor es la cuota de mercado y cuanto mayor es el período de tiempo durante el cual se tiene dicha cuota, más probable es que constituya un indicio preliminar importante de la existencia de una posición dominante”*<sup>38</sup>.

---

<sup>33</sup> PASCUAL Y VICENTE, Jean. 2005. p. 475.

<sup>34</sup> Ibid. p. 476.

<sup>35</sup> WHISH, R. y BAILEY D. 2011. p. 182.

<sup>36</sup> EUROPEAN COMMISSION. 2009. Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes. (2009/C 45/02). [en línea] <[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009XC0224\(01\)&from=EN](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009XC0224(01)&from=EN)> [consulta: 29 octubre 2017].

<sup>37</sup> WHISH, R. y BAILEY D. 2011. p. 183.

<sup>38</sup> Op. Cit.

Sin perjuicio de lo anterior, existen ciertos casos en los que las autoridades de competencia y la jurisprudencia europea han calificado como dominantes a entidades cuyas participaciones de mercado se encontraban bajo el 50%, toda vez que existían otros factores significativos que ayudaban a identificar tal dominancia. De esta manera, en *United Brands* el Tribunal Europeo de Justicia estimó que existía dominancia con participaciones de mercado de 40% a 45% pues en ese caso se tomó en consideración que los competidores restantes contaban con una participación mucho menor, que la entidad dominante gozaba de un alto grado de integración vertical y de un conocimiento importante de industria, y que para ingresar al mercado eran necesarias altas inversiones, que constituirían una barrera significativa para entrar al mercado<sup>39</sup>; y, en *Virgin/British Airways* la Comisión Europea y el Tribunal Europeo de Justicia calificaron como dominante a un agente con menos del 40% de participación de mercado, en atención a que dicha cuota era significativamente superior a la de sus competidores más cercanos, a que gozaba de una posición estructural de oferta de vuelos que tenían como punto de partida y destino el Reino Unido, y a que el dominante correspondía un socio comercial ineludible para las agencias de viaje<sup>40</sup>.

Tal laxitud en el criterio de determinación de poder de dominio ha motivado a que se busque encontrar *'safe harbours'*, donde una empresa no podría considerarse dominante. Al respecto, la guía de la Comisión Europea señala que *"Según la experiencia de la Comisión, no es probable que haya dominancia si la cuota de mercado de la empresa en el mercado de referencia es inferior al 40%"*<sup>41</sup>, sin perjuicio de lo anterior y en vista de la jurisprudencia europea actual, queda claro que podrían existir casos eventuales donde, en base a particulares características de mercado, un agente se calificado como

---

<sup>39</sup> TRIBUNAL EUROPEO DE JUSTICIA. 1978. *United Brands v Commission*, Case 27/76 [1978]. Considerandos 100° a 122°. [en línea] <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:61976CJ0027&from=EN>> [consulta: 27 febrero 2018].

<sup>40</sup> TRIBUNAL EUROPEO DE JUSTICIA. 2000. *Virgin v British Airways*, Case 2000/74/CE [2000]. Considerandos 100° a 122°. [en línea] <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32000D0074&from=EN>> [consulta: 27 febrero 2018].

<sup>41</sup> EUROPEAN COMMISSION. 2009. Párrafo 14.

dominante y mantenga menos del 40% de participación de mercado<sup>42</sup>. Así, sin perjuicio de reconocer que el indicador más directo de posición dominante es la cuota de mercado, “una posición dominante puede ser el resultado de una serie de factores que, considerados separadamente, no serían necesariamente determinantes”<sup>43</sup>, como lo son las barreras a la entrada, el grado de integración vertical del dominante, la diferencia existente entre las participaciones de mercado de la entidad dominante la de sus principales competidores, el *know how* o conocimiento de la industria en que participan, entre otros factores.

## ii. Poder de mercado en Estados Unidos

La Corte Suprema de Estados Unidos define el poder de mercado como el poder para controlar precios o excluir competidores<sup>44</sup>. Desde una perspectiva económica, el poder de mercado corresponde a la capacidad de un agente de apartarse del costo marginal obteniendo ganancias. De esta manera, mientras mayor sea el grado en que una empresa puede maximizar sus ganancias sobre el costo marginal, mayor será el poder de mercado que tiene<sup>45</sup>. Otro concepto de poder de mercado es la capacidad para establecer precios sobre los niveles competitivos, pudiendo ser ejercido en diversos grados<sup>46</sup>, o bien el

---

<sup>42</sup> WHISH, R. y BAILEY D. 2011. p. 183.

<sup>43</sup> TRIBUNAL EUROPEO DE JUSTICIA. 2000. *Virgin v British Airways*, Case 2000/74/CE [2000]. Considerando 87°. [en línea] <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32000D0074&from=EN>> [consulta: 27 febrero 2018]; en relación con sentencia del tribunal de primera instancia recaída sobre el caso *Compagnie Maritime Belge Transports and Others v. Commission*. 1996. Considerando 76. [en línea] <<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=103277&pageIndex=0&doclang=ES&m ode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=120407>> [consulta: 27 febrero 2018]

<sup>44</sup> CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS. 1956. *United States v. du Pont & Co.* (351 U.S. 377). ELHAUGE E. y GERADIN D. 2011. p. 291.

<sup>45</sup> Considerando que, bajo un supuesto de competencia perfecta, donde el precio es igual al costo marginal, no hay poder de mercado de los agentes económicos; por consiguiente –en mercados imperfectos- cuando un agente puede maximizar sus utilidades por sobre el costo marginal, existe poder de mercado. HOVENKAMP, H. 1999. *Federal Antitrust Policy, The law of Competition and its practice*. 4<sup>th</sup> edition. Minnesota: West Group Publishing. p. 79.

<sup>46</sup> Un actor del mercado podría establecer precios sobre los niveles competitivos de forma sostenida y durante un largo periodo de tiempo, mientras que otros podrían hacerlo ocasionalmente y durante periodos cortos de tiempo; en ambos casos estamos frente a poder de mercado, pero en grados diversos. KRATTENMAKER T. SALOP S. Y LANDE R. 1987. *Monopoly power and market power in Antitrust Law*. Georgetown Law Journal. [en línea]

poder para excluir competidores<sup>47</sup>. Respecto al concepto de poder monopólico, Posner ha señalado que “[d]enota propiamente un grado de control sobre los precio y producción, que excede con creces al poder de mercado mínimo que posee la mayoría de los vendedores de productos y servicios no fungibles”<sup>48</sup>, es decir, el poder monopólico es una expresión más fuerte del poder de mercado.

El ejercicio de medir del poder de mercado es de una alta dificultad. La jurisprudencia estadounidense ha resuelto esta dificultad, señalando que existe una correlación directa entre el poder de mercado y las participaciones de mercado<sup>49</sup>. Según Hovekamp, la relevancia que la jurisprudencia ha otorgado a las participaciones de mercado, permite darles un desarrollo independiente y paralelo al del concepto mismo de poder de mercado, sin perjuicio de que ambos conceptos se encuentran íntimamente ligados. Su argumento se basa en que los tribunales, ante la imposibilidad de descifrar directamente el poder dentro de un mercado, buscan la mejor alternativa posible<sup>50</sup>, que es medir cuáles son las participaciones de mercado. Por ejemplo, las prácticas exclusorias usualmente son posibles porque el agente económico ocupa una gran porción del mercado relevante, como es el caso de los precios predatorios<sup>51</sup>. El mismo criterio se aplica a otras expresiones exclusorias, por ejemplo, en aquellas en que el daño a la competencia se constata en la capacidad para privar a los competidores de fuentes de abastecimiento, de puntos de distribución y de otros elementos competitivos similares,

---

<[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1140761](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1140761)> [consulta: 29 octubre 2017] p. 4.

<sup>47</sup> Daniel Crane define el poder de mercado como: “*the power to raise prices above competitive levels or exclude competitors*”. Además, ha minimizado la relevancia de distinguir entre poder monopólico y poder de mercado, señalando que doctrinariamente se ha establecido que el primero es una expresión más fuerte del segundo. CRANE, D. 2014. Market Power without Market Definition. University of Michigan Law School Scholarship Repository. [en línea] <<http://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2385&context=articles>> [consulta: 29 octubre 2017]. p. 37.

<sup>48</sup> Traducción libre. POSNER, R. 2001. Antitrust Law. 2<sup>nd</sup> Edition. The University of Chicago Press. p. 195.

<sup>49</sup> HOVENKAMP, H. 1999. Federal Antitrust Policy, The law of Competition and its practice. 4<sup>th</sup> edition. Minnesota: West Group Publishing. p. 81.

<sup>50</sup> *Ibidem*.

<sup>51</sup> *Ibidem*.

de manera tal que “[e]n la ofensa, la base real del “poder” es, entonces, la participación de mercado, no el poder de mercado como tal. Por cierto que la preocupación central del derecho de la competencia está en el incremento del poder de mercado. Sin embargo, cuando consideramos la amenaza y la plausibilidad básica de la ofensa alegada, estamos examinando medios y no fines”<sup>52</sup>. Por último, la jurisprudencia también ha reconocido que las participaciones de mercado son indicativas de posición dominante, al menos, cuando se prueba que las barreras a la entrada del mercado son relativamente altas<sup>53</sup>.

#### **a. Enfoques para el análisis de poder de mercado.**

De acuerdo a lo señalado por los profesores Gellhorn, Kovacic y Calkins, existen tres enfoques que permiten medir el poder de mercado: la conducta del dominante, la rivalidad existente entre los competidores y la estructura del mercado<sup>54</sup>.

En primer lugar, desde una perspectiva conductual, y como se señaló respecto a la definición de poder de mercado, los autores concluyen que la actuación de una entidad dominante se caracteriza por desviarse de la competencia, lo que puede implicar que sus precios se apartan del costo marginal o sus utilidades netas excedan las utilidades promedio de la industria<sup>55</sup>. Así, al comparar esta aproximación conductual a su símil europeo, el análisis estadounidense del poder de mercado se refiere a la conducta económica del dominante, reflejada en la capacidad de establecer precios que se aparten de los costos marginales; mientras que el análisis europeo, como se señaló, se centra en determinar si el dominante puede actuar con independencia respecto de sus competidores<sup>56</sup>.

---

<sup>52</sup> Traducción libre. *Ibídem*.

<sup>53</sup> ELHAUGE, E. 2008. *United States Antitrust Law and Economics*. Foundation Press. p. 193.

<sup>54</sup> Los autores reconocen tres enfoques para medir el poder de mercado: la conducta de los agentes económicos, la rivalidad existente entre ellos y la estructura del mercado. GELLHORN, E. y KOVACIC, W. 2004. *Antitrust Law and Economics*. 5<sup>th</sup> Ed. West Publishing Co. pp. 114 y 115.

<sup>55</sup> HOVENKAMP, H. 1999. p. 79; ELHAUGE, E. 2008. p.184; GELLHORN, E., KOVACIC, W. y S. CALKINS. 2004. p. 112.

<sup>56</sup> De esta manera, el enfoque en ambas jurisdicciones es bastante similar, mientras que en el caso estadounidense la independencia del monopolista respecto a sus competidores se refleja en

En segundo lugar, el enfoque centrado en la rivalidad entre competidores, se refiere a la capacidad de las empresas para reaccionar al comportamiento de sus rivales o de sus consumidores.

Por último, desde un enfoque estructural, el poder de mercado puede medirse a partir del número de competidores que participan del mercado y su cuota en las ventas del mismo, lo que usualmente requerirá considerar las características propias de cada mercado, especialmente “*en lo relativo a las condiciones de entrada y la diferenciación de los productos*”<sup>57</sup>.

#### **b. Consideraciones cuantitativas.**

Desde un punto de vista cuantitativo, los tribunales han sostenido que es suficiente para considerar dominante a una empresa que cuente con el 90% de participación de mercado, también hay jurisprudencia que lo ha considerado suficiente con el 75%, pero en aquellos casos en que la participación de mercado es menor a 70% los tribunales son mucho más reacios a identificar poder monopólico. Por último, tribunales inferiores de justicia han considerado -como una suerte de presunción- que participaciones inferiores al 50% no deberán considerarse indicativas de posición dominante, sin perjuicio de la posibilidad del agente de aumentar el precio<sup>58</sup>.

### **3. Segundo Elemento: Abuso**

---

su capacidad de establecer precios a un nivel supra-competitivo, en el caso europeo dicha independencia se plantea en términos más amplios, y está referida a la escasa presión competitiva que ejercerían los competidores, clientes y consumidores finales (conforme a lo establecido en la guía de la Comisión Europea sobre abuso de posición dominante, EUROPEAN COMMISSION. 2009. Párrafo 10.)

<sup>57</sup> GELLHORN, E. y otros. 2004. p. 116.

<sup>58</sup> HOVENKAMP, H. 1999. p. 270.

Como reconocen de forma unánime tanto la doctrina como la jurisprudencia nacional y extranjera, para que exista una infracción anticompetitiva como la que señala el artículo 3° letra b) del Decreto Ley 211, no basta con que exista la explotación de una posición dominante, sino que esa explotación debe ser abusiva<sup>59</sup>.

Un componente común entre Estados Unidos y Europa, en cuanto abuso de posición dominante -“*monopolization*” en EEUU y “*abuse of dominance*” en Europa<sup>60</sup>- es que ambos regímenes requieren alguna forma de conducta anticompetitiva, adicional a la existencia de poder de mercado o posición de dominio<sup>61</sup>. Siendo, además, otra similitud entre estas jurisdicciones, el que ninguna entrega un catálogo taxativo de qué conductas son anticompetitivas<sup>62</sup>.

#### **i. Elemento conductual en el derecho estadounidense**

La Corte Suprema estadounidense ha señalado en su jurisprudencia originaria que el abuso de posición dominante, tiene dos elementos: la posesión de poder monopólico en el mercado relevante, y la intención de mantener o adquirir tal poder; según el juez Wyzanski, dicha intención contrasta con el mérito competitivo del agente, en sus palabras: “[l]a adquisición o mantención voluntaria de dicho poder [poder de monopolio], como algo distinto del crecimiento o desarrollo como consecuencia de un producto superior, de astucia en el negocio o de un accidente histórico”<sup>63</sup>. En lo que respecta a esta ‘intención’ de adquirir o mantener el poder monopólico, existe jurisprudencia asentada del máximo tribunal norteamericano señalando que “[n]ingún monopolista monopoliza sin consciencia

---

<sup>59</sup> MENCHACA, T. 2010. ¿Se debe sancionar la fijación unilateral de precios excesivos?. En Libre Competencia del Bicentenario. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. p. 256.

<sup>60</sup> ELHAUGE E. y GERADIN D. 2011. p. 271.

<sup>61</sup> En el presente trabajo, luego de analizar los distintos *test* de imputación de abuso exclusorio, nos referiremos a las diferencias y similitudes entre ambas jurisdicciones.

<sup>62</sup> ELHAUGE E. y GERADIN D. 2011. p. 344.

<sup>63</sup> Los autores Elhauge y Geradin critican esta noción señalando que difícilmente es posible pensar en algún caso en que un competidor tenga una posición dominante en el mercado sin acudir a conductas intencionales. Por otra parte, el *test* falla en definir cuándo estaríamos ante casos de un ‘producto superior’ o ‘agudeza comercial’. Traducción libre. Ibid. pp. 344-345.

de lo que está haciendo”<sup>64</sup>, lo que nos sugiere que para acreditar abuso basta con evaluar la intención objetiva del sujeto, verificable en el comportamiento que ha sostenido en el mercado<sup>65</sup>. Volveremos sobre este punto al analizar los *test* de determinación de abusos exclusorios.

Jurisprudencia más actual, ha reconocido otra noción del abuso de posición dominante en Estados Unidos, que requiere que el infractor tenga un poder monopólico sustancial en el mercado y que ejerza tal poder<sup>66</sup>. Tal ejercicio, ha sido descrito como desplegar una práctica exclusoria que disuada a potenciales rivales de entrar al mercado monopolizado o a rivales actuales a aumentar su oferta, considerando el aumento de precios del agente dominante<sup>67</sup>. Dicho de otra manera, para el *Antitrust Law* norteamericano sería necesario bajo esta definición que, junto con el poder monopólico, exista una práctica exclusoria. El objeto de este requisito es no condenar a quien, sólo en base a su capacidad y méritos, haya alcanzado una posición privilegiada en el mercado. De lo contrario, podrían incluso producirse efectos nocivos para la competencia, como veremos con posterioridad.

## ii. Elemento conductual en el derecho europeo

---

<sup>64</sup> Traducción libre. *Ibíd.* p. 345.

<sup>65</sup> CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS. 1966. *United States v Grinnell Corp.* 384 U.S. 562, 570-71, SCt. 1968, 1704. Elhaugue y Geradin critican esta jurisprudencia, señalando que difícilmente es posible pensar en algún caso en que un competidor tenga una posición dominante en el mercado sin acudir a conductas intencionales. Por otra parte, el *test* falla en definir cuándo estaríamos ante casos de un ‘producto superior’ o ‘agudeza comercial’ ELHAUGE E. y GERADIN D. 2011. pp. 344–345.

<sup>66</sup> Sin perjuicio de que en jurisprudencia anterior el juez Wyzanski reconoció como una posible aproximación al abuso de posición dominante, la necesidad copulativa de poder para: (i) excluir a competidores y (ii) ejercer dicho poder. HOVENKAMP H. 1999. p. 269.

<sup>67</sup> Que el monopolista quiera vender sus productos a un precio monopólico no es en sí “exclusorio”, de hecho, el aumento de precios podría -al menos en teoría, conforme a lo señalado por la Escuela de Chicago- traer incentivos para que nuevos entrantes quieran desafiar al monopolista en un mercado atractivo y que, del aumento de la oferta, devenga la disminución de precios hasta un nivel competitivo. Por esto, a lo que se refiere en realidad la jurisprudencia es a prácticas exclusorias que están diseñadas por el monopolista para desincentivar la entrada de nuevos competidores o evitar que los actuales competidores aumenten su participación. *Ibíd.*

La finalidad del *enforcement* de la Comisión Europea contra las conductas exclusorias es sancionar y prevenir lo que la doctrina comparada ha denominado *anticompetitive foreclosing*, esto es, garantizar que los agentes dominantes no afecten la competencia efectiva mediante un “cierre anticompetitivo” del mercado a sus rivales<sup>68</sup>. El término *anticompetitive foreclosing* o cierre anticompetitivo del mercado es empleado para describir una situación en que se entorpece o elimina el acceso efectivo de rivales actuales o potenciales al mercado, como consecuencia del actuar del competidor dominante, y con el objeto de incrementar los precios en perjuicio de los consumidores<sup>69</sup>. En términos concretos, se requerirá: que la conducta anticompetitiva sea sostenida durante un periodo suficiente de tiempo; que el comportamiento de los competidores demuestre el cierre del mercado, en un aumento de las participaciones de mercado del agente dominante o en la ralentización de la disminución de sus participaciones; que los competidores del mercado hayan sido excluidos o hayan debido abandonar el mercado; y que los competidores potenciales hayan intentado entrar al mercado y fracasado<sup>70</sup>.

A diferencia de la legislación relativa a carteles, en el caso del abuso de posición dominante, el análisis se centra en la conducta unilateral de un agente dominante en el mercado relevante y<sup>71</sup>, por su naturaleza, implica que una agencia de competencia o un órgano jurisdiccional deba definir si la conducta se justifica como competencia basada en los méritos del competidor, o si se aparta de un comportamiento normal y distorsiona la competencia<sup>72-73</sup>.

---

<sup>68</sup> ELHAUGE E. y GERADIN D. 2011. p. 347.

<sup>69</sup> Ibidem.

<sup>70</sup> ELHAUGE E. y GERADIN D. 2011. p. 348.

<sup>71</sup> Una característica del abuso de posición dominante es su carácter unilateral, sin perjuicio de que “[l]a posición de dominio puede ocuparla una sola empresa o en conjunción con otras, entendiéndose que todas tienen una posición de dominio colectivo” (ARPÓN DE MEDÍVIL, ALMUDENA Y OTROS. 2005. Comunicaciones electrónicas y competencia. 2005. En: BENEYTO J.M. y GONZÁLEZ J. 2005. Tratado de Derecho de la Competencia Unión Europea y España. Tomo I. Editorial Bosch. p. 1565), esto, porque tanto en el abuso de posición dominante individual como colectivo existe una sola línea de acción que configura el carácter unilateral de la conducta, por lo que el análisis de dicha conducta no cambia sustancialmente si varía el número de actores involucrados en la conducta.

<sup>72</sup> WHISH, R. y BAILEY, D. 2011. p. 192.

La Comisión Europea también examina las defensas de la entidad dominante asociadas con la eficiencia de su conducta y el sentido económico de su conducta, que permite excluir cualquier intención anticompetitiva que pudiere existir. Así, por ejemplo, podría considerarse necesaria una conducta exclusoria por motivos externos al dominante, como razones de salud o seguridad pública; y podría considerarse eficiente, cuando se presenta la evidencia necesaria para demostrar que no existe daño a los consumidores<sup>74</sup>.

#### 4. Competencia basada en los méritos y el riesgo del error.

Mientras que la doctrina comparada, ha señalado que el bien jurídico protegido por el derecho de la competencia es la protección del proceso competitivo y de los consumidores, mas no de los competidores<sup>75-76</sup>, existe desacuerdo respecto a qué variables permiten conseguir este objetivo. Lo señalado, es consecuencia de la

---

<sup>73</sup> OECD. 2005. Competition on the merits. Policy Roundtables. [en línea] <<https://www.oecd.org/competition/abuse/35911017.pdf>> [Consulta: 29 octubre 2017] . p.9.

<sup>74</sup> Entre los elementos que considerados de forma conjunta constituirían evidencia de que no hay daño a los consumidores, se encuentran: (1) que existen eficiencias alcanzadas producto de la conducta, como adelantos técnicos en la calidad de los bienes o la reducción de los costos de producción y distribución; (2) que la conducta es indispensable para lograr tales eficiencias, sin existir opciones menos lesivas para la competencia que logren el mismo resultado; (3) que las eficiencias alcanzadas son proporcionalmente mayores a los efectos negativos sobre la competencia y el bienestar de los consumidores; (4) que la conducta no elimina la competencia efectiva, removiendo todos o la mayoría de los canales donde podría desafiarse al agente dominante. ELHAUGE E. y GERADIN D. 2011. pp. 350-351.

<sup>75</sup> FOX, E. 2003. We protect competition you protect competitors. Kluwer Law International. Holanda. 26. p. 149.

<sup>76</sup> Doctrina más reciente ha cuestionado los cimientos de lo que la Escuela de Chicago consideró como el objetivo de la competencia en los mercados: la eficiencia económica, entendida hoy como la maximización del excedente social (tanto del consumidor como del productor). Desde un análisis no-económico del bienestar social, se ha planteado que las autoridades de competencia deben velar por incluir otros valores a la ecuación competitiva, como lo son: democracia económica, competencia justa, protección algunos actores de mercado como los consumidores y las pequeñas y medianas empresas, entre otros valores.

LIANOS, I. 2013. Some reflections on the question of the goals of EU Competition Law. Centre for Law, Economics and Society CLES. University College of London. [en línea] <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2235875](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2235875)> [Consulta: 29 octubre 2017]. p. 4 .

ambigüedad de las normas de competencia que regulan el abuso y de la falta de una definición clara de términos como 'competencia basada en los méritos'<sup>77</sup>.

Sin perjuicio de que no existe una noción clara de qué significa competencia basada en los méritos<sup>78</sup>, dicho término ha sido ampliamente utilizado por las autoridades de competencia de todo el mundo para trazar la frontera que distingue una conducta que daña la competencia de una que la promueve<sup>79</sup>. De esta manera, y definir expresamente el término 'competencia basada en los méritos', la Comisión Europea la ha ejemplificado como: ofrecer precios más bajos, ofrecer una mayor variedad de bienes y servicios, y mejorar su calidad<sup>80</sup>. Existen autores que se han señalado que la competencia en los méritos corresponde a aquella que aumenta el bienestar de los consumidores, sin perjuicio de reconocer que tal concepto no entrega un estándar claro de comportamiento a los competidores<sup>81</sup>.

Por lo general, el uso de esta expresión se relaciona con la posibilidad de un agente dominante de comportarse lícitamente en el mercado, aun cuando la consecuencia de su conducta sea excluir a competidores del mercado, disuadir su entrada o limitar su expansión<sup>82</sup>.

El concepto de 'competencia basada en los méritos' adquiere especial relevancia en materia de abuso de posición dominante. Tradicionalmente se distinguen dos enfoques que iluminarían el debate acerca de la licitud de una conducta exclusoria, una

---

<sup>77</sup> OECD. 2005. Competition on the merits. Policy Roundtables. [en línea] <<https://www.oecd.org/competition/abuse/35911017.pdf>> [consulta: 29 octubre 2017]. p. 10.

<sup>78</sup> Ibid. p. 9.

<sup>79</sup> OECD. 2006. What is Competition on the Merits?. Policy Brief. [en línea] <<http://www.oecd.org/competition/mergers/37082099.pdf>> p. 1.

<sup>80</sup> WHISH, R. y BAILEY, D. 2011. p. 199.

<sup>81</sup> PEEPERKORN, L. y VIERTIÖ, K. 2009. Implementing an effects-based approach to Article 82. [en línea] Competition Policy Newsletter. N°1. <[http://ec.europa.eu/competition/publications/cpn/2009\\_1\\_5.pdf](http://ec.europa.eu/competition/publications/cpn/2009_1_5.pdf)> [consulta 29 octubre 2017] p. 17.

<sup>82</sup> OECD. What is Competition on the Merits?. Policy Brief. (2006). Enlace: <<http://www.oecd.org/competition/mergers/37082099.pdf>> p. 1.

aproximación *formal* o *form-based approach* y otra basada *en los efectos*, *case-by-case* o *effect-based approach*.

La primera aproximación consiste en categorizar la conducta exclusoria dentro de un esquema formal que para determinar si es o no anticompetitiva, otorgando así mayor seguridad jurídica a los regulados y facilitando la persecución de esas conductas. Además, permite obviar el empleo excesivo de tiempo en el análisis económico de la conducta, que sacrifique el bienestar de los consumidores y obligue a los competidores a asumir altos costos<sup>83</sup>. La crítica principal de esta aproximación es que una misma conducta puede ser considerada, dependiendo de las circunstancias, como competencia normal o como competencia abusiva<sup>84</sup>.

En lo que respecta a la aproximación basada *en los efectos*, tal como indica su nombre, se centra más *en los efectos* de una conducta que en su tipo jurídico concreto<sup>85</sup>, de modo que se deben apreciar los aspectos beneficiosos y perjudiciales de una práctica exclusoria para determinar su impacto general en la competencia y en los consumidores<sup>86-87</sup>. Esta aproximación permite alcanzar conclusiones más cercanas a la realidad práctica de los mercados, pero redundante en investigaciones más lentas y costosas.

En los últimos años las principales jurisdicciones de libre competencia han optado por un análisis más económico –basado *en los efectos*– de las conductas exclusorias, alejándose de su estudio formal en las guías de abuso de posición dominante<sup>88</sup> y en la jurisprudencia de sus órganos de decisión<sup>89</sup>.

---

<sup>83</sup> Ibid. p. 274.

<sup>84</sup> Ibid. p. 277.

<sup>85</sup> Ibid. p. 190.

<sup>86</sup> SALOP, S. 2016. Exclusionary Conduct, Effect on Consumers, and the Flawed Profit-Sacrifice Standard. [en línea] < [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=871511](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=871511) > [consulta: 29 octubre 2017]. p. 26.

<sup>87</sup> OECD. 2006. p. 2.

<sup>88</sup> “Así, mientras la nueva Guía Europea sobre abuso de posición dominante abandona el análisis formal (*‘form-based approach’*) de las conductas, abrazando una aproximación de carácter más económica (*‘effect-based approach’*), el Departamento de Justicia Norteamericano retiró la Guía

El esfuerzo doctrinario y jurisprudencial por distinguir entre competencia férrea y abuso de posición dominante, está doblemente justificado. En primer lugar, porque se encuentra ampliamente reconocida la gravedad del error judicial y administrativo en el derecho de la competencia, error que es más factible en cuestiones grises, como el abuso de posición dominante; y, en segundo lugar, porque una sobre-disuasión deviene en efectos nocivos para la competencia, doctrinariamente conocidos como *chilling effects*.

---

de la administración Bush sobre la materia (...) por representar el extremo derecho del péndulo”. YBAR, M. 2014. Comprendiendo el abuso de posición de dominio: Revisión de la doctrina y Jurisprudencia Nacional y Comparada sobre las principales conductas exclusorias. Revista de Derecho Económico 7: p. 5.

<sup>89</sup> En línea con el enfoque tradicional o formal, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Justicia indicaba en el caso Michelin II que el efecto “*no se refiere necesariamente al efecto concreto del comportamiento abusivo denunciado (...) basta con demostrar que el comportamiento abusivo de la empresa que ocupa una posición dominante tiene por objeto restringir la competencia o, en otros términos, que el comportamiento puede tener dicho efecto*” (TRIBUNAL EUROPEO DE JUSTICIA. 2003. Michelin v Commission, Asunto T-203/01 [2003]. Párrafo 239). Sin perjuicio de lo anterior, jurisprudencia posterior de dicho tribunal se apartó de un análisis formal del mercado. Así, en el caso Tomra, se destaca la importancia de las circunstancias del caso, al señalar que “[ú]nicamente un análisis de las circunstancias del caso concreto, como el realizado por la Comisión en la Decisión impugnada, puede permitir determinar si las prácticas de una empresa en posición dominante son aptas para excluir la competencia (...) sería artificial determinar a priori cuál es la parte vinculada del mercado por encima de la cual las prácticas de una empresa en posición dominante pueden tener un efecto de exclusión de los competidores” (TRIBUNAL EUROPEO DE JUSTICIA. 2012. Tomra v Commission, Asunto C-549/10P [2012]. Párrafo 242). Por último, jurisprudencia actual ha despertado nuevamente el debate respecto a la aproximación correcta para determinar un abuso de posición dominante. En el caso Intel, el Tribunal de Justicia Europeo adjudicó en consideración a las circunstancias del caso, sin perjuicio de que la EC indicó que el sistema de descuentos ofrecidos por Intel tenía “[p]or su propia naturaleza, la capacidad de restringir la competencia, de modo que para declarar la existencia de un abuso de posición dominante resultaba innecesario un análisis de la totalidad de las circunstancias del caso”. En su decisión, el Tribunal de Justicia Europeo define su análisis en base a los efectos, decidiendo “[a]nular la sentencia recurrida por haberse abstenido erróneamente el Tribunal General, al analizar la capacidad de los descuentos controvertidos para restringir la competencia, de tomar en consideración la argumentación de Intel destinada a denunciar los supuestos errores cometidos por la Comisión en relación con el test del competidor igualmente eficiente”, por lo que devuelve el asunto al tribunal de instancia, cuestión que a la fecha de esta memoria se encuentra pendiente de decisión (TRIBUNAL EUROPEO DE JUSTICIA. 2017. Intel v Commission, Asunto C-413/14P [2017]. ECLI:EU:C:2017:632. Sentencia de fecha 6 de septiembre de 2017).

En cuanto al error judicial y administrativo, en el año 2008 el *U.S. Department of Justice* (“DoJ”)<sup>90</sup>, advirtió en su guía acerca de las conductas unilaterales, que no debía existir *enforcement* a menos que la evidencia demostrare una ‘desproporción sustancial’ entre el daño anticompetitivo y el beneficio procompetitivo, producto de la conducta unilateral<sup>91</sup>, cuestión que fue sumamente criticada por comisionados de la Federal Trade Commission (“FTC”)<sup>92</sup>, que consideraban que el reporte de la DoJ privilegiaba el interés de los privados por sobre el bienestar de los consumidores<sup>93</sup>. El fecundo debate que se desarrolló en torno a dicho reporte, culminó con el retiro del documento por la administración del presidente Obama<sup>94</sup>, lo que sólo deja en evidencia los resguardos que buscan tomar las agencias de competencia, para no cometer errores en su decisión, que puedan implicar sancionar a un inocente o dejar libre a un culpable.

Este último alcance, se conoce en teoría estadística como errores Tipo I y errores Tipo II, siendo el primero el que erróneamente rechaza una hipótesis nula (falso positivo), y el

---

<sup>90</sup> El Departamento de Justicia de los Estados Unidos (*‘Department of Justice’*), es una entidad persecutora dependiente del gobierno de los Estados Unidos que se encarga de hacer cumplir las leyes y defender los intereses de los distintos estados federales, y que cuenta con una unidad especializada en promover y hacer cumplir las leyes de competencia de dicho país.

<sup>91</sup> Véase DEPARTMENT OF JUSTICE. 2008. Competition and Monopoly: Single Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act. [en línea] <https://www.justice.gov/sites/default/files/atr/legacy/2009/05/11/236681.pdf> [consulta 29 octubre 2017].

<sup>92</sup> La Comisión Federal de Competencia (*‘Federal Trade Commission’*), es una agencia de competencia de Estados Unidos independiente del gobierno, cuyo objetivo es la protección de los consumidores y el resguardo de la competencia, centrandó su *enforcement* en la prohibición de fusiones anticompetitivas y otras prácticas que puedan aumentar los precios, disminuir las opciones de los consumidores o afectar la innovación.

<sup>93</sup> HOVENKAMP, H. 2010. The Obama Administration and Section 2 of the Sherman Act. [en línea] Boston University Law Review, Vol. 90. <<http://www.bu.edu/law/journals-archive/bulr/documents/hovenkamp.pdf>>. [Consulta: 29 octubre 2017] p. 1612.

Para comprender el debate desde la perspectiva del error judicial y administrativo, JACOBS, M. y DEVLIN, A. 2010. Antitrust Error. [en línea] William & Mary Law Review, Vol. 52. <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=15736933](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=15736933)> [Consulta: 29 octubre 2017]. p. 101. Véase también: ROUSSEVA, E. Rethinking Exclusionary Abuses in EU Competition Law. Portland. Hart Publishing, p. 327.

<sup>94</sup> DEPARTMENT OF JUSTICE. 2009. Justice Department Withdraws Report on Antitrust Monopoly Law. [Noticia en línea] <<https://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-withdraws-report-antitrust-monopoly-law>> [Consulta: 29 octubre 2017].

segundo el que erróneamente acepta una hipótesis nula (falso negativo)<sup>95</sup>. Al importarse estos conceptos al derecho de la competencia, el error tipo I o falso positivo, ocurre cuando una autoridad de competencia concluye erróneamente que un comportamiento procompetitivo es abusivo; y el error tipo II o falso negativo, ocurre cuando una autoridad de competencia concluye erróneamente que un comportamiento anticompetitivo no es ilícito, permitiéndolo<sup>96</sup>.

Dado que es tremendamente difícil determinar cuándo una conducta unilateral es anticompetitiva o procompetitiva, es inevitable que las autoridades de competencia cometan errores, por lo cual la decisión de política de la competencia que deben adoptar es cuál es el tipo de error que prefieren tolerar<sup>97</sup>. Una aproximación conservadora en cuanto al *enforcement* en materia de conductas unilaterales será que, en los casos más difíciles donde los errores tipo I son más probables, se resuelva el caso a favor del acusado. Esto tiende a ser generalmente aceptado respecto a casos de carteles, donde el estándar de convicción del tribunal es elevado<sup>98</sup>, aún más en nuestro derecho, dado la reciente criminalización de la colusión<sup>99</sup>.

En lo que respecta a abusos exclusorios, el análisis de los riesgos de error judicial y administrativo se complejiza. Mientras en algunos casos, podría resultar razonable ser

---

<sup>95</sup> BERTHET, Q. 2016. Topics in Statistical Theory. Statistical Laboratory. Department of Pure Mathematics and Mathematical Statistics, University of Cambridge. [en línea] <[http://www.statslab.cam.ac.uk/~qb204/teaching/set\\_1.pdf](http://www.statslab.cam.ac.uk/~qb204/teaching/set_1.pdf)> [consulta: 29 octubre 2017]. p. 17.

<sup>96</sup> WHISH, R. y BAILEY, D. 2015. p. 203.

<sup>97</sup> *Ibidem*.

<sup>98</sup> Así, en materia de carteles, mientras menos respaldada esté la hipótesis por evidencia circunstancial o sólo se disponga de evidencia conductual, mayor será la probabilidad de errores tipo I y menor será la disposición del tribunal de aplicar sanciones. GONZÁLEZ, A. 2011. Prácticas Colusivas. En: TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. Libre Competencia en el Chile del Bicentenario. Thomson Reuters. p. 151. Véase, además, JACOBS, M. y DEVLIN, A. 2010. p. 126.

<sup>99</sup> CHILE. Ley N°20.945. Que perfecciona el sistema de defensa de la libre competencia. Artículo 1°, numeral 22. Título V: De las sanciones penales.

tan conservador como propuso el DoJ en su reporte de abusos del año 2008, en otros cabría admitir estándares menos rígidos<sup>100</sup>.

Ahora bien, la aversión a los errores guarda un sentido económico. En aquellos casos en que la ley o su interpretación tiende a prohibir conductas pro-competitivas, siendo muy restrictiva; o donde la aplicación de reglas sustantivas es incierta, desincentivando a los agentes económicos a entrar en transacciones beneficiosas para el mercado, nos encontramos ante el fenómeno de *chilling effects* o efecto de enfriamiento de los mercados<sup>101</sup>. De esta manera, un *enforcement* de conductas unilaterales que asuma el riesgo cometer errores de tipo I, afectará la posibilidad e incentivos de los agentes económicos para emprender conductas procompetitivas, mientras un *enforcement* de conductas unilaterales que asuma el riesgo de cometer errores de tipo II, afectará la competencia por cuanto perderá la oportunidad de prevenir abuso de posición dominante de empresas, cuestión que, en último término, dañará a los consumidores<sup>102</sup>.

## **CAPÍTULO II: Determinación de abusos exclusorios, diagnóstico práctico y jurisprudencial**

### **1. Introducción**

Como vimos, en materia de abuso de posición dominante no está del todo claro el límite entre las conductas que dañan la libre competencia y las que no. Este problema adquiere

---

<sup>100</sup> Conforme se señala, en el *enforcement* estadounidense, cabría tener un estándar más estricto con los litigantes privados; y más laxo con las agencias de competencia, esto, porque a diferencia de los privados, las imputaciones de la FTC y del DoJ son relativamente creíbles. JACOBS, M. y DEVLIN, A. 2010. p. 128.

<sup>101</sup> LUGARD P. 2008. Chilling Effects of Antitrust Law, better safe than sorry?. En: HAWK, B. International Antitrust Law & Policy: Fordham Competition Law. Juris Publishing, Inc. (New York). p. 438.

<sup>102</sup> BOURGEOIS H. *The Chilling Effects of Article 82 Enforcement*. En: HAWK, B. International Antitrust Law & Policy: Fordham Competition Law. Juris Publishing, Inc. (New York). p. 349.

especial relevancia cuando en Chile, el abuso de posición de dominio, es una práctica que ha sido latamente conocida por nuestras autoridades de libre competencia<sup>103</sup>.

En el derecho comparado se han construido distintos estándares para determinar cuándo una práctica abusiva daña la competencia<sup>104</sup>, entre otros: (i) *Test* de intención anticompetitiva, que analiza si el dominante tuvo la intención de ejercer la conducta exclusoria o de provocar efectos anticompetitivos<sup>105</sup>; (ii) *Test* de sacrificio de beneficios, que se pregunta si la conducta de la empresa dominante sería rentable en términos económicos o, por el contrario, el sacrificio de utilidades sólo podría estar motivado en la lesión o eliminación de la competencia<sup>106</sup>; (iii) *Test* de daños al consumidor, que implica comparar la lesión a la competencia con el aumento de las eficiencias que genera la conducta<sup>107</sup>, esto es, evitar la exclusión por parte de la empresa dominante de los rivales cuya presencia aumenta el bienestar de los consumidores o el excedente social<sup>108</sup>; (iv) *Test* del competidor igualmente eficiente, que reconoce que una práctica es exclusoria sólo si ha sido razonablemente calculada para excluir a rivales que son igual o más eficientes que el demandado<sup>109</sup>; y la teoría de los (v) *Raising rivals' costs*, que

---

<sup>103</sup> TAPIA, J. 2011. Buscando certeza en materia de abusos de posición dominante en Chile. Exposición IX Día de la Competencia, Santiago de Chile [en línea] <<http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/11/Javier-Tapia.pdf>> [Consulta: 29 de octubre de 2017].

<sup>104</sup> En cuanto a la clasificación de los *test* de abuso, se ha afirmado que existen dos aproximaciones, la de balance general y la de intención específica de excluir a la competencia, ambos *test* han sido desarrollados por la doctrina con distintas variantes. Dentro de la noción de balance general encontramos el *test* de balance con atención a los daños al consumidor. Dentro del *test* de intención específica encontramos el *test* de competidor igualmente eficiente, el de sacrificio de beneficios, el *test* de la ausencia de sentido económico de la conducta, entre otros.

HYLTON K. 2008. The Law and Economics of monopolization standards. Boston University School of Law. [en línea] <[http://ssrn.com/abstract\\_id=1131250](http://ssrn.com/abstract_id=1131250)> [Consulta: 29 de octubre de 2017]. p. 13.

<sup>105</sup> NAZZINI R. 2011. The Foundations of European Union Competition Law: The Objective and Principles of Article 102. Oxford University Press. New York. p. 58.

<sup>106</sup> VICKERS J. 2004. Abuse of market. Discurso para el 31º Conferencia de la Asociación Europea por la Investigación de Economía Industrial, 3 de septiembre de 2004, Berlín. [en línea] <<http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.198.322&rep=rep1&type=pdf>> [Consulta: 29 de octubre de 2017] p. 13.

<sup>107</sup> Op.cit. pp. 13-14.

<sup>108</sup> Ibid. p. 21.

<sup>109</sup> POSNER, R. 2001. p. 194.

corresponde a las conductas del competidor dominante, cuyo objeto sea afectar los costos de los rivales para aumentar o mantener su posición de dominio<sup>110</sup>.

La discusión sobre el límite entre la licitud e ilicitud de las prácticas exclusorias, también se replica en nuestro país en los casos de los que ha conocido el TDLC. El desarrollo de la jurisprudencia de ese Tribunal, así como los acuerdos alcanzados por medio de conciliaciones entre la FNE y los privados, permiten identificar los parámetros que se han utilizado para estimar la existencia de abuso o -al menos- corregir las situaciones riesgosas que pudieren tener efectos anticompetitivos.

## **2. Marco teórico de la determinación del abuso de posición dominante exclusorio**

En la presente investigación nos centraremos en el análisis de la determinación de abusos unilaterales exclusorios, por medio de la aplicación de los *test* de imputación de abuso de posición dominante, en las acciones presentadas tanto por los particulares como por la FNE, en el marco del procedimiento contencioso ante el TDLC. Luego, trazaremos ciertos lineamientos respecto a lo que el TDLC ha comprendido como abusos unilaterales exclusorios en las sentencias definitivas que ha pronunciado y las conciliaciones que ha aprobado.

Antes de analizar la jurisprudencia relevante, que nos podrá dar luces del escenario actual de la aplicación de los *test* de abuso exclusorio, cabe hacer un análisis general de los principales *test* de abuso, revisando sus características y limitaciones.

### **i. Test de intención**

El *test* de intención es uno de los primeros estándares utilizados en el derecho comparado para determinar la ocurrencia de un abuso de posición dominante. Se ha categorizado en los *tests* de intención general y de intención específica. El *test* de

---

<sup>110</sup> SALOP S. 2008. p. 153.

intención general, denota la intención de ejercer la conducta exclusiva; mientras que el de intención específica corresponde a la intención de causar el daño anticompetitivo<sup>111</sup>. Respecto al carácter de esta intención, como ya mencionamos, la Corte Suprema de Estados Unidos resolvió el año 1966 que para determinar la existencia de *monopolization*, se requería no sólo poder monopolístico, sino que también la intención de mantener dicho poder<sup>112</sup>. Doctrinariamente, y en sintonía con la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema norteamericana, se encuentra reconocido el carácter objetivo de dicha intención, esto es, sería un estado mental razonablemente atribuible a un dominante, a la luz de su conducta. Cuestión que, por lo demás, resulta de toda lógica en concordancia con los sistemas legales modernos, en que nadie puede ser castigado únicamente por sus pensamientos o intenciones<sup>113</sup>. Todo lo anterior, por supuesto, con el efecto último de excluir a competidores en el mercado relevante y causar daño competitivo en el mercado.

Más allá del carácter de la intención, lo cierto es que este *test* ha cumplido un rol importante en dos aspectos:

(1) En primer lugar, ha permitido categorizar especialmente a aquellas conductas que tienen como único e indiscutible propósito dañar la competencia, y no tienen efectos pro-competitivos que sean plausibles. Dichas conductas han sido llamadas *naked abuse* o *naked exclusion*, por ejemplo, mediante la obtención de una patente que bloquea la entrada de un competidor, en circunstancias en que el dominante no está autorizado para obtenerla, y sólo lo hace por medio de cohecho en la agencia de patentes<sup>114</sup>. El *test*

---

<sup>111</sup> NAZZINI, R. 2011. p. 58.

<sup>112</sup> CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS. 1966. *United States v Grinnell Corp.* 384 U.S. 562, 570-71, SCt. 1968, 1704.

<sup>113</sup> Op.Cit.

<sup>114</sup> Ibid. p. 59.

de intención en el caso de *naked exclusion* resulta fundamental, dado que no es posible concebir este tipo de conductas sin la existencia de una intención para cometerla<sup>115</sup>.

(2) Incorpora en el análisis de las conductas exclusorias, la intencionalidad de la conducta como parte de la evidencia conductual que acredita la existencia de abuso. Sin perjuicio de que la intención de eliminar a un competidor claramente no es suficiente, sí puede ser relevante a la luz del resultado que se buscó obtener al ejercer cierta conducta anticompetitiva<sup>116</sup>, ayudando, de esta manera, a probar elementos objetivos de la conducta.

Respecto a este *test*, se critica principalmente su restringida aplicación al amplio catálogo de conductas exclusorias, dado que en prácticamente todos los casos pueden existir efectos pro-competitivos derivados de dichas prácticas. Además, por la gravedad de las conductas a las que podría aplicarse el *test* de intención, por lo general, se encuentran abordadas por otros cuerpos normativos, en muchos casos, de carácter penal<sup>117</sup>.

## **ii. Test del sacrificio de utilidades y del sentido económico de la conducta**

Un principio general que puede ayudar a comprender cuándo una práctica exclusoria es ilícita, es el *test* del sacrificio de ganancias -o su variante, el *test* del sentido económico de la conducta<sup>118</sup>- este estándar se pregunta si la conducta de una empresa dominante es rentable, es decir, si tiene sentido de negocios; o si, por el contrario, busca eliminar o disminuir la competencia. La idea de sacrificio está estrechamente ligada a la intención de la conducta, sin perjuicio de que no implica un estándar sustantivo acerca de qué

---

<sup>115</sup> Según indica el profesor Nazzini, conductas como el fraude, el engaño y el comportamiento oportunista del competidor, son prácticas que en el contexto de *naked abuses*, son implementados con la sola intención de dañar la competencia. Ibid. p. 60.

<sup>116</sup> Por ejemplo, se demostraría una intención específica de dañar la competencia, si la evidencia revela que el directorio de una empresa dominante decidió incurrir en significativas pérdidas en una guerra de precios, creyendo que eso forzaría a un rival a abandonar el mercado, como resultado de que sus precios habrían subido muy por sobre su costo marginal. Ibid. p. 64.

<sup>117</sup> Ibid. p. 62.

<sup>118</sup> VICKERS J. 2004. p. 13.

comportamiento es exclusorio<sup>119</sup>. Por lo mismo, necesariamente debe ser acompañado por un análisis que evalúe qué es sustantivamente una exclusión anticompetitiva.

Para esto, es necesario comprender qué es lo que se sacrifica. Hovenkamp señala que, cuando el incumbente crea o fortalece su posición de dominio, los *test* de sacrificio aplicados a conductas exclusorias ponderan su disposición para sacrificar las utilidades de corto plazo, a cambio de ingresos mayores que se materializarían con posterioridad<sup>120</sup>, de manera tal que la pérdida en el corto plazo sólo es razonable porque sirve para excluir rivales y obtener ganancias supra-competitivas como resultado de dicha exclusión<sup>121</sup>. La expresión más clara de una estrategia de sacrificio son los precios predatorios. La doctrina reconoce el escaso nivel de utilidad que este *test* puede presentar en otras conductas exclusorias, sin perjuicio de ser aplicable, además, al caso de negativa injustificada de contratar<sup>122</sup>. En conclusión, un estándar de conductas bajo-costo, como el *test* del sacrificio a precios predatorios y negativas de contratación, puede ser considerado en sí como una variable del *test* del sacrificio<sup>123</sup>.

El *test* de sacrificio puede, en sintonía con la definición antes descrita, prescindir del balance de costos y beneficios de la conducta. Tampoco necesitará ponderar las ganancias monopólicas con los daños al excedente de los consumidores, competidores o de la economía en general<sup>124</sup>.

---

<sup>119</sup> Ibid. p. 15.

<sup>120</sup> HOVENKAMP, H. 2008. The Antitrust Standard for Unlawful Exclusionary Conduct. University Iowa legal studies research paper. University of Pennsylvania and Wharton Business [en línea] <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1140346](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1140346)> [Consulta: 30 de octubre de 2017] p. 8.

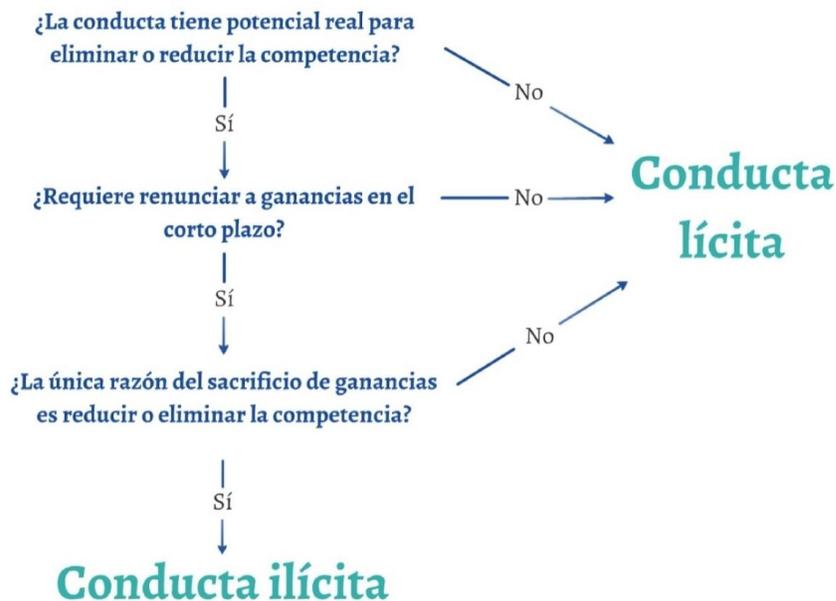
<sup>121</sup> NAZZINI R. 2011. p. 66.

<sup>122</sup> HOVENKAMP H. 2008. p. 10. En el mismo sentido, véase: VICKERS J. 2004. p. 18.

<sup>123</sup> VICKERS J. 2004. p. 16.

<sup>124</sup> Ibid. p. 9.

Diagrama 1 - Test del sacrificio de utilidades<sup>125</sup>



Entre las críticas que se plantean de este *test*, se cuestiona cómo responde a aquellos casos en que una conducta exclusoria lesione intencionalmente la competencia, pero no involucre sacrificio, como puede ser el caso de los *raising rival cost*<sup>126</sup>. Se reconoce además, la limitación respecto de casos en que existiendo un sacrificio en el corto plazo y réditos con posterioridad, no estaríamos frente a una conducta anticompetitiva<sup>127</sup>. De esta manera, la aplicación irrestricta del *test* de sacrificio redunda en aumentar el riesgo de errores tipo I y tipo II.

La adecuación del *test* de sacrificio a estándares más racionales y precisos, da lugar al *test* del sentido económico de la conducta<sup>128</sup>, que condena una práctica unilateral exclusoria sólo cuando no tiene sentido económico, esto es, si solamente puede

<sup>125</sup> OECD. 2006. What is Competition on the Merits?. Policy Brief. [en línea] <<http://www.oecd.org/competition/mergers/37082099.pdf>>. p. 3.

<sup>126</sup> Ibid. pp. 17-18.

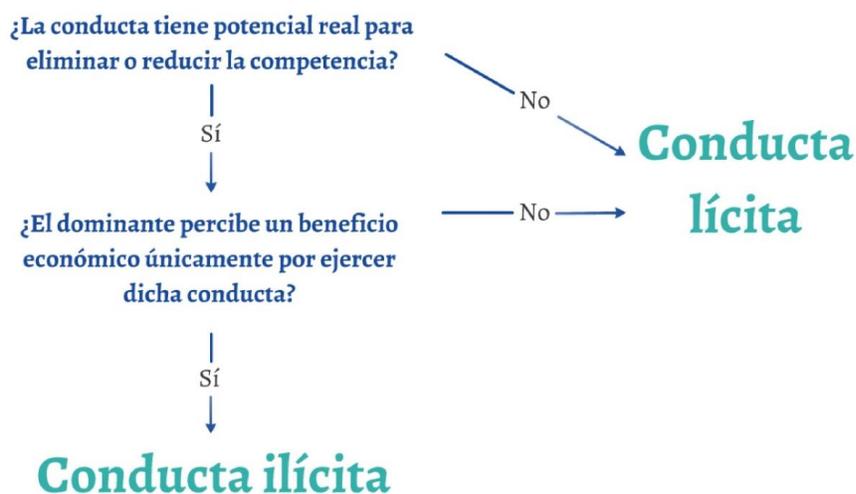
<sup>127</sup> Por ejemplo, la inversión en investigación y desarrollo, que requiere sacrificio en el corto plazo para ser recompensado con ganancias supra-competitivas si el proyecto es exitoso, conducta claramente procompetitiva. NAZZINI R. 2011. p. 67.

<sup>128</sup> NIELS, G. y otros. 2011. Economics for Competition Lawyers. Oxford University Press. p. 185.

explicarse cuando su finalidad es eliminar o lesionar la libre competencia, por medio del mantenimiento o la creación de una posición dominante<sup>129</sup>.

Bajo el *test* del sentido económico, es posible analizar cuándo la conducta agresiva de un competidor ha excluido rivales, pero se puede incurrir en errores si no se incorpora un análisis detallado de la conducta del dominante en el mercado para determinar la ilicitud de su conducta<sup>130</sup>. Sin perjuicio de lo anterior, se ha considerado que facilitaría el análisis de licitud de conductas exclusorias por parte de competidores, autoridades de competencia y tribunales; dado que requeriría un análisis *ex ante* sólo de la conducta del dominante, sin necesidad de ponderar el daño con las eficiencias para los consumidores<sup>131</sup>.

Diagrama 2 - Test del sentido económico de la conducta<sup>132</sup>



La principal dificultad con que se enfrentaría el *test* del sentido económico, es que implica realizar una comparación entre las utilidades que se habrían obtenido en

<sup>129</sup> NAZZINI R. 2011. p. 68.

<sup>130</sup> Existen conductas del dominante, que no necesariamente carecerán de sentido económico, o serán excesivamente costosas, por ejemplo, cuando se entrega información falsa o incompleta a una autoridad. HOVENKAMP H. 2008. pp. 11-15.

<sup>131</sup> Op. Cit.

<sup>132</sup> OECD. 2006. p. 4.

ausencia de la conducta exclusoria, con las que se podrían ganarse luego de la exclusión<sup>133</sup>, esto es, realizar un análisis prospectivo y ejercicios contrafactuales que dificultan la evaluación por parte de autoridades de competencia y tribunales. En concreto, implica reconstruir el precio de mercado que habría existido si los rivales no hubiesen sido excluidos, para determinar si la conducta del dominante habría sido rentable en dicho escenario.

Al igual que el *test* de sacrificio, el de sentido económico de la conducta, no considera el balance de daños al bienestar social, ni tampoco una ponderación de beneficios del monopolista versus daños a los consumidores, rivales o a la economía. Asimismo, el *test* puede resultar inadecuado para analizar aquellos casos donde por vías económicamente racionales, cuando la conducta no es necesariamente costosa para el monopolista, se busca explotar la posición de dominio por medio de la destrucción de los rivales<sup>134</sup>.

Una objeción a los *test* de sacrificio es realizada por Salop, quien señala que es susceptible de errores tipo I y II, principalmente falsos negativos (error tipo II), el autor da un ejemplo: pensemos en el cambio en el diseño de un producto que aumenta su valor para los consumidores, en un monto comparativamente mayor que el aumento que experimentan sus costos; dicho cambio de diseño, además, hace que sus rivales no puedan competir, lo que permite que el dominante aumente significativamente sus precios<sup>135</sup>. De utilizarse el *test* de sacrificio o de sentido económico de la conducta, no se hallaría ilicitud alguna, sin perjuicio del daño a los consumidores. Asimismo, la aplicación

---

<sup>133</sup> NAZZINI R. 2011. p. 70.

<sup>134</sup> Una conducta no necesariamente costosa y que en ciertas circunstancias puede otorgar poder de mercado por medios ilegítimos, es cuando se provee información falsa o se omite otorgar información relevante a algún funcionario de gobierno. Por ejemplo, si se obtuviere una patente a raíz de información falsa, y con posterioridad se ejercieren acciones contra los rivales para proteger tales derechos.

Ibid. pp. 11-12.

<sup>135</sup> SALOP, S. 2016. Exclusionary Conduct, Effect on Consumers, and the Flawed Profit-Sacrifice Standard. [en línea] Georgetown University Law Center Antitrust Law Journal Vol 73. <<http://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1197&context=facpub>> [consulta: 29 octubre 2017]. pp. 345 - 346.

de estándares de sacrificio, podría resultar en falsos positivos, condenando conductas exclusorias que podrían aumentar el bienestar de los consumidores; por ejemplo, en el caso anterior, si un aumento del precio es la única manera de recuperar la inversión realizada en la tecnología que permitió el cambio de diseño de un producto, los precios después de la exclusión de rivales no fueren notablemente superiores, y el periodo de tiempo hasta recuperar la pérdida no fuere tan extenso, la conducta podría igualmente ser condenada bajo un estándar de sacrificio, lo que no ocurriría bajo otros *test*<sup>136</sup>.

Renato Nazzini ha desestimado la utilidad del *test* del sentido económico como parámetro general de licitud de prácticas exclusorias, debiendo en su opinión ser aplicado de forma complementaria con otros *test*. Más aún, su única utilidad residiría en complementar la prueba de la intención anticompetitiva en conductas exclusorias<sup>137</sup>.

### **iii. Test del competidor igualmente eficiente**

El *test* del competidor igualmente eficiente fue propuesto en Estados Unidos por el juez Richard Posner, quien postula que una conducta sería contraria a la competencia si es capaz, en los hechos, de excluir del mercado a un competidor igual o más eficiente; por el contrario, si a quien se excluye es a un competidor menos eficiente, a pesar de que la práctica impugnada pueda presentar ribetes exclusorios, su conducta es económicamente eficiente y pro-competitiva<sup>138</sup>. Para Posner, considerar un estándar contrario llevaría al absurdo de no permitir que quien posee poder de mercado baje sus precios a un nivel cercano, pero no por debajo, a sus costos relevantes, por haber alcanzado niveles de eficiencia superiores a los de sus competidores. Se considera que este *test* sería pro-competitivo por dar mayor certeza a los agentes económicos acerca de la licitud de sus conductas, ya que son sus costos, información que razonablemente

---

<sup>137</sup> NAZZINI R. 2011. p. 72.

<sup>138</sup> POSNER R. 2001. p. 194.

pueden evaluar *ex ante*, lo que les permitiría definir al ‘competidor igualmente eficiente’<sup>139-140</sup>.

Este *test* distingue las exclusiones dañinas para la competencia, de aquellas que son el resultado de un proceso competitivo sin distorsiones, basado en el principio que postula que el derecho de la competencia no debería proteger a competidores ineficientes<sup>141</sup>. Lo anterior, deviene en una verdadera competición de los agentes económicos por ser más eficientes: por un lado, los competidores actuales y potenciales tendrán fuertes incentivos a ser más eficientes que el dominante, porque saben que la única forma de ser exitosos en el mercado es tomando ventaja de una eficiencia superior; mientras que la empresa dominante también tiene el incentivo a incrementar su eficiencia, porque de esta manera legitima la estrategia comercial agresiva contra sus competidores<sup>142</sup>. Todo lo anterior, deviene en mercados más eficientes e innovativos.

En la práctica, el demandante deberá probar que el demandado tiene poder de mercado y que la conducta puede excluir del mercado relevante a un competidor igual o más eficiente. La defensa podrá rebatir probando que, a pesar de que posee una posición monopólica y de que la práctica excluye a sus rivales, resulta eficiente que se realice<sup>143</sup>. Ahora bien, el concepto de eficiencia que los litigantes deberán probar corresponde a la eficiencia productiva<sup>144</sup>, referida a la reducción de costos<sup>145</sup>.

---

<sup>139</sup> DEPARTMENT OF JUSTICE. 2008. p. 45.

<sup>140</sup> En línea con lo señalado, el *test* del competidor igualmente eficiente permitiría al dominante estimar los costos de sus rivales, a partir de sus propios costos. Sin perjuicio de lo anterior, dicha estimación presenta muchas limitaciones, porque es muy probable que en la mayoría de las industrias los agentes económicos no cuenten con una estimación razonable de los costos de sus rivales. Por tanto, quien podría, en mayor medida, tener una visión global los costos y el nivel de eficiencia de cada competidor es la autoridad de competencia.

<sup>141</sup> NAZZINI R. 2011. p. 72.

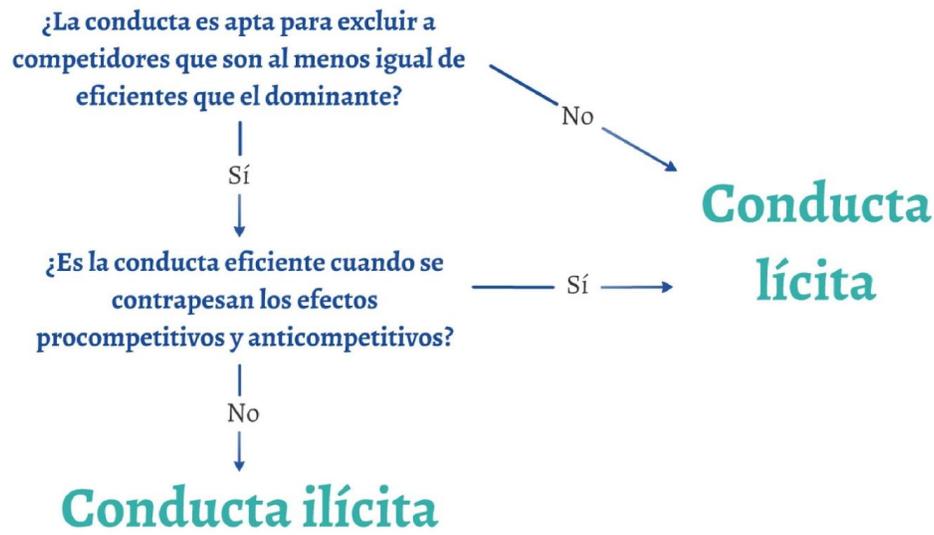
<sup>142</sup> *Ibid.* p.74.

<sup>143</sup> VICKERS J. 2004. p. 18.

<sup>144</sup> NAZZINI R. 2011. p. 73.

<sup>145</sup> FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA. p. 23.

Diagrama 3 - Test del competidor igualmente eficiente<sup>146</sup>



Ciertamente estamos frente a un *test* permisivo. Steven Salop plantea que el error que comete el *test* propuesto por Posner, es asumir que la entrada de competidores menos eficientes es pernicioso para la competencia, cuando en realidad la presión competitiva que ejercen aumenta el bienestar social<sup>147</sup>. Esto se explica en que incluso la entrada potencial de un nuevo competidor, aun siendo menos eficiente, puede reducir el precio, incrementar la producción del mercado y elevar tanto el bienestar del consumidor como el bienestar total de la economía<sup>148</sup>. Más aún, muchos abusos exclusorios son ejercidos justamente con la finalidad de denegar a los rivales los beneficios de operar de forma eficiente en el mercado, forzándolos a operar en una escala ineficiente<sup>149</sup>.

<sup>146</sup> OECD. 2006. p. 5.

<sup>147</sup> Supongamos, por ejemplo, que la empresa dominante tiene como costo marginal de producción \$1000 y vende a \$1800. Una empresa menos eficiente, podría tener como costo marginal \$1300 y vender a \$1600, lo que obligaría a la entidad dominante a bajar sus precios, al menos a \$1600. Para mayor detalle, véase NAZZINI R. p. 75.

<sup>148</sup> SALOP, S. 2008. Economic Analysis of Exclusionary Vertical Conduct: Where Chicago has overshot the mark. En: How the Chicago School Overshot the Mark: The Effect Of Conservative Economic Analysis on U.S. Antitrust. editado por PITOFSKY R. Oxford University Press. New York. p. 154. Véase también NAZZINI R. p. 74.

<sup>149</sup> NAZZINI R. 2011. p. 222.

En línea con la noción de Salop, la Guía de Restricciones Verticales de la FNE, señala que en aquellas restricciones relacionadas con el precio, los *test* de costos, como el recientemente descrito “(...) servirán para ilustrar los efectos competitivos de la restricción vertical, aunque no constituirán por sí solos evidencia de la conformidad o disconformidad de la misma con la normativa sobre defensa de la libre competencia. Lo anterior, toda vez que, al practicarse sobre la base de una realidad estática, los tests de costos no capturan la potencial presión competitiva que nuevos actores pudiesen ejercer en caso de removerse las barreras estratégicas que les impiden alcanzar mayores grados de eficiencia”<sup>150</sup>.

Finalmente, se ha señalado que otra crítica al *test* del competidor igualmente eficiente, radica en que la entrada en mercados altamente concentrados ocurre, casi siempre, en una escala relativamente menor a la de la entidad dominante. Si hay economías de escala o *learning by doing markets*<sup>151</sup>, al principio, los costos del entrante serán mayores que los del dominante, hasta que las economías de escala o los efectos de la experiencia se encuentren completamente alcanzados<sup>152</sup>. En sintonía con esto, se ha sugerido ajustar *test* del competidor igualmente eficiente, a un *test* del competidor ‘razonablemente’ eficiente, que se justificaría en casos donde los competidores no pueden alcanzar economías de escala suficientes, dado el comportamiento de la empresa dominante en el mercado<sup>153</sup>. Como veremos con posterioridad, jurisprudencia reciente del TDLC ha excluido -en el análisis de estrangulamiento de márgenes- la aplicación del *test* del competidor razonablemente eficiente, por sobre el *test* del competidor igualmente eficiente, señalando que de utilizarse: “se podría estar protegiendo o asegurando la rentabilidad de empresas ineficientes, las que en un mercado competitivo tienden

---

<sup>150</sup> FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA. 2014. Guía para el Análisis de Restricciones Verticales. [en línea] <[www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2014/06/Guía-Restricciones-Verticales.pdf](http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2014/06/Guía-Restricciones-Verticales.pdf)> [Consulta: 30 de octubre de 2017] p. 16.

<sup>151</sup> Corresponde a aquellos mercados en donde el costo medio disminuye y la oferta aumenta, producto de la experiencia adquirida por el competidor en el mercado. NAZZINI R. 2011. p. 75.

<sup>152</sup> *Ibíd.*

<sup>153</sup> OECD. 2009. Margin Squeeze. Policy Roundtables [en línea] <<http://www.oecd.org/regreform/sectors/46048803.pdf>> [Consulta: 29 de octubre de 2017] p. 11.

*naturalmente a salir, alcanzándose un equilibrio subóptimo desde el punto de vista del bienestar social*"<sup>154</sup>.

#### **iv. Test de daños al consumidor**

Como dijimos con anterioridad, no toda conducta exclusoria que dañe a los rivales es anticompetitiva, por el contrario, en gran parte de los casos podría tratarse sólo de competencia agresiva. Para ser considerada como anticompetitiva, adicionalmente debe afectar una variable competitiva, esto es, *"causar daño o amenazar a los consumidores con reducir la producción, aumentar los precios, reducir la innovación, o algún otro indicador de disminución de la competencia"*<sup>155</sup>. Así, cabe evaluar si el daño al consumidor ya ocurrió, o si existe un riesgo de que ocurra. De existir tal amenaza, es necesario determinar cuál es su gravedad y seriedad. El *test* de daños al consumidor concluye, en definitiva, que no debe prohibirse la exclusión de rivales cuya presencia aumenta el bienestar de los consumidores<sup>156</sup>. Conforme a lo señalado por Salop, bajo este estándar es posible concluir que una conducta exclusoria es anticompetitiva, si reduce la competencia sin crear una mejora en el rendimiento que compense totalmente el potencial efecto adverso, previniendo el daño a los consumidores<sup>157</sup>. Nazzini resume el objetivo de este *test*, señalando: *"La pregunta que el test busca responder no es simple, al menos, es clara. Una conducta es anticompetitiva sólo si daña a los consumidores"*<sup>158</sup>.

Dentro de las ventajas del *test* de daños al consumidor, es que se centra en el efecto de la conducta exclusoria en el precio y la oferta. Además, es consistente con los objetivos de la libre competencia, a saber, aumentar la oferta y que los consumidores puedan acceder

---

<sup>154</sup> TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. Sentencia N°156, Causa Rol N° C 271-13. "Demanda de Netline Mobile S.A. contra Entel PCS Telecomunicaciones S.A. y otros". Considerando 99°.

<sup>155</sup> HOVENKAMP H. 2008. p. 14.

<sup>156</sup> Cabe hacer el alcance de que la expresión "bienestar del consumidor" significa en realidad excedente del consumidor, que corresponde al bienestar social producto del libre intercambio de riqueza. VICKERS J. 2004. p. 21.

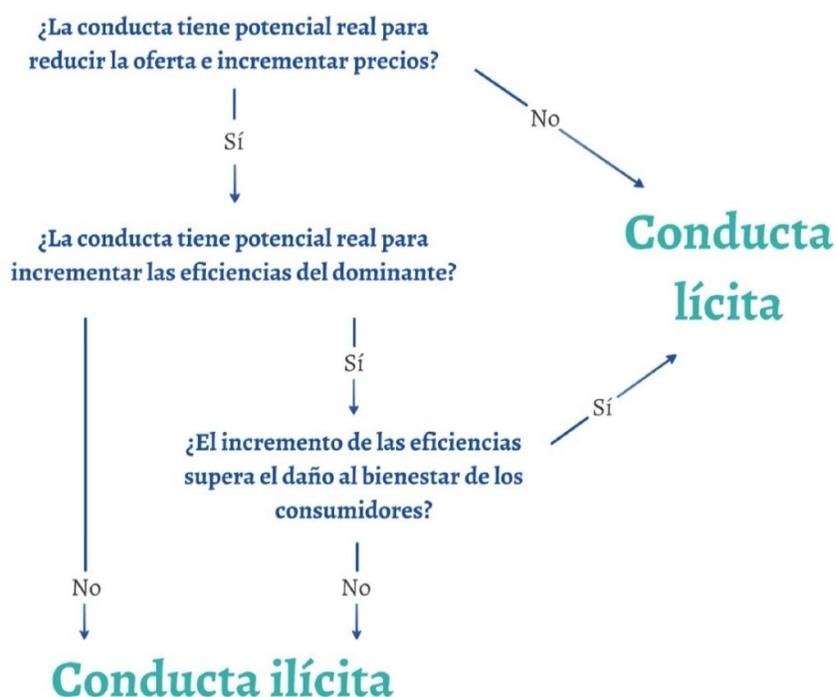
<sup>157</sup> SALOP S. 2006. p. 330.

<sup>158</sup> NAZZINI R. 2011. p. 93.

a más y mejores productos. Respecto de otras variables fundamentales para el bienestar social de largo plazo, como la eficiencia productiva y la innovación, la aplicación del *test* de daños al consumidor –al menos en teoría- debería forzar a los competidores a elegir las opciones más deseables para el bienestar social<sup>159</sup>.

Por otro lado, se señala que este *test* pondera eficazmente los efectos positivos y negativos de la conducta. El balance ha sido descrito como una ‘escala variable’, en la cual, mientras mayor es la evidencia de daño al consumidor, mayor deberá ser la evidencia de eficiencias que el adjudicador requerirá<sup>160</sup>.

Diagrama 4 - Test de daños al consumidor<sup>161</sup>



La principal crítica al *test* de balance de daños al consumidor, es que es muy difícil de aplicar y fiscalizar, dado que implica, en la práctica, que los agentes dominantes deban

<sup>159</sup> *Ibídem*.

<sup>160</sup> En un estándar similar al utilizado en el análisis de fusiones, donde se requeriría fuerte evidencia de la ausencia de riesgo anticompetitivo *prima facie*, para ser resuelto por la autoridad de competencia. SALOP S. 2006. p. 332. Véase, además, NAZZINI R. 2011. p. 94.

<sup>161</sup> OECD. 2006. p. 6.

predecir el impacto de sus conductas en el precio y la oferta en el mercado, y el grado en que las eficiencias podrían traspasarse a los consumidores<sup>162</sup>, que contrapesa el incremento de precios en el mercado. No es tarea fácil: de aplicarse un estándar muy inclusivo, aumentan los riesgos de cometer errores tipo I, lo que desincentiva a las empresas dominantes a ejercer conductas que podrían tener efectos beneficiosos para la competencia y los consumidores<sup>163</sup>; y, si el estándar es infra inclusivo, el sistema tenderá a errores tipo II.

Salop ha señalado que una forma de evitar errores judiciales y administrativos, es ajustando el estándar probatorio del *test* de daños al consumidor. De esta manera, el demandante deberá aportar pruebas significativas, que deben acompañarse conforme al carácter de la conducta imputada y de acuerdo a una 'escala variable'<sup>164</sup>. El autor concluye que si la preocupación de los tribunales reside en evitar falsos positivos, el *test* puede ser formulado de manera más escéptica respecto de las alegaciones del demandante, pudiendo adoptar incluso un estándar donde el daño deba ser desproporcionado respecto de los beneficios de la conducta<sup>165</sup>, esto es, más allá de toda duda razonable<sup>166</sup>, consagrado, en nuestro derecho, en procesos penales donde se requiere un alto grado de confirmación probatoria<sup>167</sup>.

---

<sup>162</sup> Dicha crítica sería, a la vez, un argumento a favor de un *test* de costos, como el del competidor igualmente eficiente; toda vez que permite una auto evaluación por parte de los dominantes y entrega mayor certeza jurídica respecto a la ilicitud de las conductas exclusorias. NAZZINI R. 2011. p. 74.

<sup>163</sup> Ibid. p. 94.

<sup>164</sup> Si lo imputado es el riesgo de cometer conductas exclusorias, y no los daños directos derivados de la conducta (cuestión que, como mencionamos con anterioridad, es posible en el sistema norteamericano); el demandante deberá aportar prueba de la amenaza de dicho daño. Para Salop, esta prueba deberá satisfacer un estándar probatorio que puede ir desde la posibilidad, tendencia o amenaza sustancial del daño, escalando hasta la certeza 'virtual' de que ocurrirá el daño. SALOP S. 2006. p. 353.

<sup>165</sup> Ibid. p. 354.

<sup>166</sup> NAZZINI R. 2011. p. 95.

<sup>167</sup> En nuestro ordenamiento jurídico, se encuentra consagrado en el artículo 340 del Código Procesal Penal. En términos cuantitativos, se señala que exige un 90% o más de probabilidades. CARNEVALI, RAUL y CASTILLO IGNACIO. 2011. El estándar de convicción de la duda razonable en el proceso penal chileno, en particular la relevancia del voto disidente. Ius et praxis. Vol. 17. N°

Si la preocupación son los falsos negativos, como en aquellos mercados con dominantes que sobreviven al tiempo por las altas barreras a la entrada, o tener muchas oportunidades para destruir a los competidores que surgen, sin enfrentar riesgos de intervención; en dichos escenarios, la prueba que pese sobre el demandante podría ser menos exigente<sup>168</sup>, aplicándose como estándar probatorio el balance de las probabilidades<sup>169</sup>, o preponderancia de la prueba, exigiendo que ninguna prueba sea admitida a menos que su probabilidad sobrepase el 50%<sup>170</sup>.

Sin perjuicio de lo anterior, existen autores que critican la propuesta de Salop, señalando que es menos costoso simplemente aplicar otro estándar de imputación<sup>171</sup>. Además, critican que es un *test* difícil de administrar, por cuanto sólo cabría analizar el balance de daños al consumidor en el largo plazo, lo que requiere no sólo información acerca del efecto de la conducta en el precio, sino que también del valor que los consumidores dan a la innovación en el mercado, y el grado de traspaso a los consumidores de las eficiencias productivas.

#### v. Teoría de Exclusión por Incremento del Costo de los Rivales o *Raising Rival Costs*

---

2. [en línea] <<http://www.revistaiepraxis.cl/index.php/iepraxis/article/view/99/94>> [Consulta: 10 de octubre de 2018] p. 101.

<sup>168</sup> Ibid. p. 354.

<sup>169</sup> NAZZINI R. 2011. p. 95.

<sup>170</sup> El estándar de balance de las probabilidades, pertenece al derecho anglosajón, y se aplica bajo un estándar mínimo a procesos civiles. Esta regla consagra la verdad más convincente que la otra en términos relativos. Presenta dos ventajas: “a) resulta un sistema absolutamente razonable, ya que se elige la versión que presenta un mayor soporte probatorio, y b) minimiza los errores e impera entre las partes el principio de igualdad”.

ACUÑA, MARCELO. 2015. De la valoración al quantum de la prueba. ¿Por qué es necesario un estándar de prueba en el proyecto de Código Procesal Civil? Consejo de Defensa del Estado. Revista de Derecho (33). [en línea] <<http://www.cde.cl/estudiosybiblioteca/wp-content/uploads/sites/15/2016/05/33-REVISTA-DE-DERECHO.pdf>> [Consulta: 30 de octubre de 2017]. p. 152.

<sup>171</sup> NAZZINI R. 2011. p. 95.

El análisis económico y jurídico de las conductas exclusorias ha sugerido dos paradigmas de exclusión por parte de empresas dominantes, el de precios predatorios y el de *raising rivals' costs* ("RRC"). En general, quienes sostienen la primera doctrina, señalan que el efecto exclusorio se evidencia cuando un dominante baja los precios con el propósito de expulsar a sus competidores del mercado, generando con posterioridad un alza de precios a un nivel supra-competitivo<sup>172</sup>.

El problema de circunscribir el análisis de conductas exclusorias sólo a este espectro, es que hay muchas conductas que, analizadas bajo el prisma de los precios predatorios, serían lícitas; cuando, en realidad, dañan a la competencia. De hecho, según señala Hovenkamp, es mucho más habitual una situación en que un agente de mercado afectado por la conducta de un dominante aumenta sus costos, pero no sale del mercado, que una en que el rival es destruido y expulsado del mercado<sup>173</sup>.

De esta manera, un paradigma menos conservador, y que surge con posterioridad al auge de la Escuela de Chicago<sup>174</sup>, es el de *raising rival costs*. Los RRC son aquellas conductas en

---

<sup>172</sup> SALOP, S. 2008. p. 142.

<sup>173</sup> HOVENKAMP, H. 2008. The Harvard and Chicago Schools and the Dominant Firm. En: How the Chicago School Overshot the Mark: The Effect Of Conservative Economic Analysis on U.S. Antitrust, editado por Robert Pitofsky, Oxford University Press. New York. p. 117.

<sup>174</sup> La Escuela de Chicago corresponde a aquella escuela de pensamiento económico que prioriza el rol del libre mercado en el crecimiento económico, libre de toda intervención del Estado. Dicha aproximación tuvo una notable influencia en las autoridades de competencia de los Estados Unidos desde los años 60', y consideraba que el análisis de competencia debía ser estrictamente económico, excluyendo cualquier consideración a factores no-económicos, confiando en la capacidad del libre mercado para corregir las posibles imperfecciones que se pudieren producir. Lo anterior, redundó en un desarrollo amplio del *enforcement* en materia de carteles y fusiones horizontales con altos niveles de concentración, en perjuicio del *enforcement* en conductas unilaterales, donde la preponderancia de las eficiencias haría innecesaria cualquier intervención de los órganos regulatorios.

POSNER, RICHARD. 1979. The Chicago School of Antitrust Analysis. University of Pennsylvania Law Review, Vol.127. [en línea] <[http://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4863&context=penn\\_law\\_review](http://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4863&context=penn_law_review)> [Consulta: 12-03-2018] p. 925.

Para destacados autores, existe un claro consenso respecto al valioso aporte realizado por los economistas de la Escuela de Chicago, en lo relativo a la rigurosidad y sofisticación de las herramientas económicas para el análisis competitivo. La modernización del análisis económico

que un agente económico, que posee una posición monopólica, podría incrementar o asegurar su posición dominante por medio de acciones cuyo objetivo sea aumentar los costos de sus rivales<sup>175</sup>, de manera que el efecto exclusorio radica en que dicho aumento se traduzca en un incremento de los precios del competidor o una reducción de su oferta, limitando al competidor a marginar sólo mediante precios supra-competitivos<sup>176</sup>. Hablamos de un enfoque menos conservador, porque a diferencia del enfoque de precios predatorios, no requiere un sacrificio de utilidades durante el periodo inicial de predación para ser recuperadas en el futuro. En segundo lugar, a diferencia del *test* de predación, el éxito de una estrategia de *RRC* no exige la salida de competidores del mercado o la disminución de su capacidad de producción. En tercer lugar, no es más costoso en el corto plazo para el dominante que para sus víctimas, a diferencia de la predación cuyo costo inicial es alto. Por último, en el *test* de predación es posible advertir beneficios para los consumidores en el corto plazo, mientras que en conductas *RRC* habitualmente el daño a los consumidores es inmediato<sup>177</sup>.

Una amplia variedad de prácticas exclusorias pueden ser catalogadas como *RRC*. Es más, la jurisprudencia comparada ha reconocido dichas prácticas en *boycotts*, acuerdos de exclusividad, estrangulamiento de márgenes, entre otras conductas<sup>178</sup>. Además, es posible asociar la estrategia de *RRC* con prácticas relacionadas al precio y con prácticas

---

ha permitido actualizar dichas herramientas y hacerlas aplicables al escenario actual del derecho de la competencia; en particular, ha permitido desarrollar múltiples herramientas para estudiar las conductas unilaterales que podrían tener efectos anticompetitivos. Para una discusión actualizada de el rol de la Escuela de Chicago en el derecho de la competencia, véase PITOFSKY, ROBERT. 2008. *How the Chicago School Overshot the Mark: The Effect Of Conservative Economic Analysis on U.S. Antitrust*. New York: Oxford University Press.

<sup>175</sup> Considerar los *raising rival cost* tendría ventajas por sobre la determinación del abuso por precios predatorios, ya que estos últimos requieren renunciar a ganancias para poder posteriormente aplicar precios monopólicos, luego de que los rivales se hayan visto forzados a salir del mercado. En cambio, por medio de los *RRC* se producen utilidades inmediatas al dominante. HOVENKAMP, H. 1999. pp. 318 - 319.

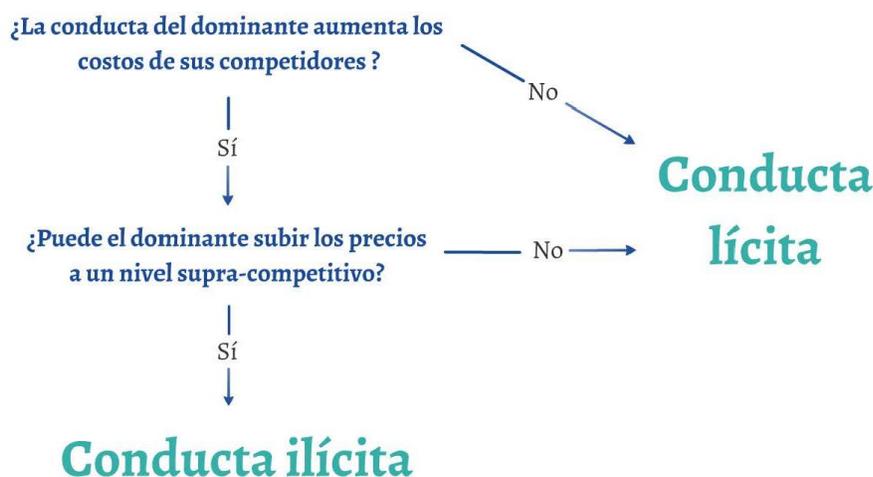
<sup>176</sup> Op. Cit.

<sup>177</sup> *Ibíd.*

<sup>178</sup> SCHEFFMAN, D. y SALOP, S. 1983. *Raising Rivals' Costs*, recent advances in the theory of industrial structure. 95th annual meeting of the American Economic Association. *American Economic Review*. p. 267.

no relacionadas al precio, en ambos casos con el objetivo de erigir barreras artificiales a la entrada de competidores. La doctrina ha reconocido distintas hipótesis de prácticas exclusorias que aumentan los costos de los rivales, entre otras: (i) Bloquear la oferta impidiendo el acceso a una facilidad esencial; (ii) Adquirir un derecho exclusivo sobre parte importante de la oferta; (iii) Aumentar los costos del rival por medio de inducir a la colusión de los actores de un mercado<sup>179</sup>; (iv) Solicitar regulación sectorial, que tenga un impacto más severo sobre competidores más pequeños; (v) Abusar de la litigación contra firmas más pequeñas, cuyo costo relativo de litigar sea mayor; (vi) Inscribir patentes de invención estratégicas, para que competidores deban litigar la validación y el reconocimiento de sus derechos de propiedad industrial<sup>180</sup>; entre otras conductas. Los ejemplos antes señalados no corresponden a un listado taxativo, ya que responderán a las características propias de cada mercado afectado por una conducta de RRC.

Diagrama 5 - Test Raising Rival Cost<sup>181</sup>



Otra expresión importante de los RRC son las *raising barriers to entry*, que corresponden a aquellos efectos sobre potenciales competidores por medio de la generación de barreras artificiales a la entrada, de manera que si las conductas exclusorias aumentan

<sup>179</sup> KRATTENMAKER, T. y SALOP, S. 1986. Anticompetitive Exclusion: Raising Rival Cost to Achieve Power over Price. *The Yale Law Journal* 96(2): pp. 236 – 248.

<sup>180</sup> HOVENKAMP, H. 1999. p. 319.

<sup>181</sup> Diagrama de elaboración propia a partir de OECD. 2006. p. 6.

significativamente los costos de los potenciales entrantes, esos derechos incrementarán las barreras a la entrada en el mercado y fortalecerán el poder de subir los precios de las empresas establecidas en el mercado<sup>182</sup>.

Sin perjuicio de lo anterior, quien logra subir los costos de sus rivales no necesariamente ha cometido una conducta reprochable desde la perspectiva de la libre competencia. La doctrina ha señalado que la lesión a la competencia se producirá solamente si quien ejerce la práctica exclusoria puede subir los precios a un nivel supra-competitivo<sup>183</sup>; por lo tanto, será necesario que dicha conducta genere efectos sobre los costos de los rivales y sobre los incentivos competitivos de los agentes económicos. En lo que respecta a la aplicación de los RRC, Hovenkamp ha señalado que son una herramienta útil pero insuficiente<sup>184</sup>, por lo que la adopción de sus criterios por parte de las autoridades de competencia tendría, necesariamente, que ser complementada con alguno de los otros *test* de imputación ya revisados.

Salop se pregunta si es plausible la aplicación del *test* del competidor igualmente eficiente a casos de exclusiones por *RRC*. Primeramente, indica que el *test* del competidor igualmente eficiente surge del análisis a los precios predatorios, a saber, si los precios están bajo los costos de un competidor igualmente eficiente no podría entrar al mercado. Sin embargo, el estándar del competidor igualmente eficiente no puede ser aplicado mecánicamente a todas las prácticas exclusorias. Así, Salop señala que el *test* del competidor igualmente eficiente es sumamente permisivo con prácticas *RRC*, por fijarse exclusivamente en si la conducta hace que los precios del dominante estén debajo de sus costos<sup>185</sup>, y perder de vista a las restricciones verticales distintas de los precios predatorios.

---

<sup>182</sup> KRATTENMAKER, T. y SALOP, S. 1986. p. 246.

<sup>183</sup> Op. Cit. p. 242.

<sup>184</sup> HOVENKAMP, H. 2008. p. 117.

<sup>185</sup> Un precio fijado bajo los costos de producir el bien o servicio que se ofrece al mercado, según el *test* en comento, no podría ser desafiado por un competidor igualmente eficiente. *Ibidem*.

En definitiva, la aplicación práctica de los *RRC* en la determinación de una conducta exclusoria como anticompetitiva, requiere que se cumplan dos condiciones: en primer lugar, que el agente económico tenga la capacidad de aumentar los costos de sus rivales por medio del ejercicio de prácticas exclusorias; y, en segundo lugar, que las condiciones en el mercado sean tales que lo habiliten para aumentar el precio, antes de incrementar los costos de sus rivales<sup>186</sup>. Esto es, debe tener poder de mercado.

En cuanto a la relación que los *RRC* pueden tener con el *test* de balance de daños al consumidor, Krattenmaker y Salop han señalado que *“Los tribunales y agencias de libre competencia no deben centrarse en si los competidores han paralizado su libertad propia o la de alguien más, o han enfurecido a los consumidores (...) Más bien, deben centrar su análisis en si el adquirente del derecho exclusorio ha ganado el poder de aumentar sus precios porque su adquisición ha aumentado significativamente los costos de sus competidores. Si es así los tribunales y las agencias de competencia deben considerar si la intervención es apropiada a la luz de los posibles costos al agente económico, contra-estrategias con que cuentan sus rivales y las eficiencias que conlleva la práctica”*<sup>187</sup>. Lo que los autores indican, implica analizar si el incremento de costos del rival es o no lícito bajo el prisma del balance del bienestar social, debiendo ponderar las eficiencias versus los costos de aceptar la conducta. Por tanto, un *test* de balance de daños al consumidor parece ser mucho más cercano al análisis de los *RRC* que el *test* del competidor igualmente eficiente. Más aún, Salop plantea que un correcto estándar de determinación del abuso declarará anticompetitiva una práctica *RRC*, cuando se satisfaga: (i) Que la conducta del demandado aumente significativamente los costos de los competidores –

---

<sup>186</sup> Obtendrá el poder de aumentar los precios sólo si los rivales no excluidos no cuentan con los incentivos o la habilidad para responder al aumento de precios impuesto, y si los potenciales entrantes no pueden aprovecharlo. KRATTENMAKER, T. y SALOP, S. 1986. p. 251.

<sup>187</sup> Traducción libre: “Antitrust courts and enforcement agents should not focus on whether traders have crippled their own or someone else freedom or made consumers irate (...) Rather they should focus their analysis on whether the acquirer of the exclusionary right has gained power to raise its price because its acquisition has significantly raised its competitors’ costs. If so, courts and enforcers next should consider whether intervention is appropriate in light of the likely costs to the purchaser, counterstrategies available to its rivals, and the efficiency benefits of the practice”. Ibid. p. 252.

incluso los competidores menos eficientes- por ejemplo, al no tener acceso a alternativas costo-efectivas; y (ii) Que como resultado de la conducta exclusoria se permita que el demandado alcance o mantenga un poder monopólico<sup>188</sup>. Ahora bien, debe evaluarse si la conducta, además de producir daños, genera beneficios en términos de eficiencia y bienestar para los consumidores.

### 3. La dificultad para determinar el estándar óptimo

La doctrina comparada reciente ha señalado que no es posible evaluar las diferentes conductas exclusorias bajo un solo *test* de imputación, dado que aumentaría los riesgos de errores judiciales o administrativos<sup>189</sup>. Así, cabría analizar cada conducta exclusoria de forma particular para, así, dependiendo del nivel de información que logren recabar los órganos jurisdiccionales, determinar el estándar más adecuado. En esa línea, Salop y Beckner afirman que existe una falsa presunción en torno al nivel de información con que cuenta el órgano decisor (*'decision maker'*) en una etapa inicial de una investigación; los autores indican que la estructura de información con que cuenten los decisores se encuentra directamente relacionada con el estándar que elegirán para evaluar la licitud de una conducta<sup>190</sup>, de manera tal que el estándar más apropiado será aquel que permita minimizar el riesgo de error<sup>191</sup>.

Por otro lado, el profesor Popofsky indica que la jurisprudencia norteamericana ha demostrado que los *test* aplicados a varios tipos de conductas son más intervencionistas que aquellos especializados en una sola. El autor señala que los *test* aplicados en casos de abuso buscan minimizar los costos de error, generados por la información imperfecta, y

---

<sup>188</sup> SALOP, S. 2008. p. 153.

<sup>189</sup> NAZZINI R. 2011. p. 100. Véase también: ROUSSEVA, E. 2010. p. 344; CRANE D. Y MIRALLES G. 2010. p. 34.

<sup>190</sup> SALOP, S Y BECKNER, F. 1999. Decision Theory and Antitrust Rules. Antitrust Law Journal. [en línea] Vol. 67. Issue 1. <[https://transition.fcc.gov/transaction/aol-tw/exparte/micra2\\_imviews120500.pdf](https://transition.fcc.gov/transaction/aol-tw/exparte/micra2_imviews120500.pdf)> [Consulta: 29 octubre 2017]. p.75. Véase, además, ROUSSEVA, E. 2010. pp. 345 – 346.

<sup>191</sup> ROUSSEVA, E. 2010. p. 345.

los costos de los procedimientos judiciales; así, mientras más homogénea y frecuente sea la conducta abusiva, más fácil será establecer un estándar particular para ésta<sup>192</sup>. Sin perjuicio de lo anterior, reconoce que existiría un 'límite práctico' en crear un *test* para cada conducta posible, por lo que sugiere la existencia de un estándar general en que se subsuman los demás. Lo anterior, junto con disminuir el riesgo de error, permitiría incorporar el bienestar del consumidor en el análisis de las conductas abusivas.

Otra alternativa al *test* único para todas las conductas, es la que postulan Crane y Miralles, quienes sugieren realizar un *screening prima facie* que aplique principios generales que permitan determinar qué *test* emplear en los distintos tipos de conductas exclusorias, minimizando los errores<sup>193</sup>.

#### 4. Aplicación de *test* de determinación de abuso en el derecho comparado

Antes de analizar conductas exclusorias específicas, cabe analizar la aplicación de los *test* de determinación de abuso de posición dominante en el derecho comparado.

El elemento común entre los sistemas de libre competencia estadounidense y europeo, es que en ambos casos poseer una posición dominante o monopólica en el mercado relevante, no es en sí mismo anticompetitivo, sino que es necesario acreditar algo más<sup>194</sup>.

---

<sup>192</sup> Ibid. p. 347.

<sup>193</sup> Existen autores que señalan que podría otorgarse un tratamiento similar de las distintas conductas exclusorias, desde los principios que fundan el *enforcement* de restricciones verticales, como el cierre anticompetitivo de los mercados y el daño sustancial a la competencia. En un esfuerzo por encontrar lugares comunes entre las jurisdicciones europea y norteamericana, Crane y Miralles señalan que los principios 'gemelos' de cierre anticompetitivo y daño sustancial a la competencia, sirven para realizar un *screening* general de la totalidad de los casos de restricciones verticales. CRANE D. Y MIRALLES G. 2010. p. 34.

<sup>194</sup> La doctrina comparada no es conteste en considerar que es simplemente la explotación abusiva de dicha posición dominante lo que configuraría el ilícito anticompetitivo. Por el contrario, autorizada doctrina señala que el factor que detona el reproche del sistema legal está íntimamente ligado al bien jurídico protegido. Así, mientras en Estados Unidos el daño consiste en limitar la oferta o aumentar el precio (relacionado con el daño a la eficiencia económica); en Europa se busca proteger el proceso competitivo (que contempla al bienestar social junto con la eficiencia). FOX, E. 2002. What is harm to Competition? Exclusionary Practices and

Sin perjuicio de lo anterior, la evaluación de conductas unilaterales, la división entre ambos lados del Atlántico es clara. Una primera diferencia clara es que, conforme lo descrito con anterioridad, el sistema europeo admite posición de dominio con participaciones de mercado menores que el sistema norteamericano.

Luego, la norma estadounidense es más amplia en su catálogo normativo de conductas unilaterales, que su símil europeo. A saber, el marco normativo estadounidense, en materia de conductas unilaterales, está compuesto por<sup>195</sup>: (1) Artículo 2, *Sherman Act* que condena las conductas de: (i) monopolización, (ii) intento de monopolizar, y (iii) conspiración para monopolizar; (2) Artículo 15, *Robinson-Patman Act*, que condena la discriminación de precios; y (3) la *Federal Trade Commission Act*, que contempla reglas de prácticas de competencia desleal. Por su parte, el marco normativo europeo se contiene en el artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que condena la explotación abusiva de una posición dominante. En definitiva, Estados Unidos no sólo condena las conductas destinadas a mantener o aumentar el poder monopólico, sino que también las que crean o, muy probablemente, pueden monopolizar el mercado<sup>196</sup>.

Otra diferencia importante, se encuentra en materia de abusos explotativos. Mientras que la Comisión Europea ha considerado que pueden tener efectos anticompetitivos al restringir a los consumidores, independientemente de la relación causal con la figura legal (mantención, incremento u obtención de poder de mercado). En Estados Unidos, los

---

Anticompetitive Effects. *Antitrust Law Journal*. Vol. 70 [en línea]. <<https://pdfs.semanticscholar.org/c0e6/b46d94a98b4fc8252f9b6ef54952351ee09c.pdf>> [Consulta: 29 octubre 2017]. p. 384.

<sup>195</sup> Conforme lo señala la doctrina comparada, el *mix* de estrategias regulatorias permite que el sistema norteamericano logre un punto de equilibrio disuasivo, facilitando aproximaciones diversas para cada tipo de conducta. ELHAUGE E. y GERADIN D. 2011. p. 270.

<sup>196</sup> Así, el análisis de este intento de monopolizar sería más prospectivo, y más cercano al análisis realizado en materia de fusiones por la Federal Trade Commission. *Ibid.* p. 271.

precios y la oferta de una empresa se dejan absolutamente libres, si la entidad adquiere o mantiene poder de mercado, sin haber cometido una conducta anticompetitiva<sup>197</sup>.

La diferencia más importante se refiere al *enforcement* en materia de abusos exclusorios, materia en la cual ambas jurisdicciones han tomado decisiones políticas consistentes con sus estructuras económicas, políticas y sociales. Por un lado, en Estados Unidos, desde la Escuela de Chicago, el acento ha sido puesto en la eficiencia económica, donde el precio se transformó en la herramienta más adecuada para el análisis de competencia<sup>198</sup>, y el paradigma dominante al momento de analizar exclusiones verticales es el de precios predatorios. Al mismo tiempo, este estándar ha sido aplicado para conductas distintas a los precios predatorios, por medio del *test* del competidor igualmente eficiente al señalar que cuando un dominante establece sus precios por sobre sus costos relevantes, entonces un competidor igualmente eficiente no debería verse forzado a abandonar el mercado. En esta línea, un estándar como el de predación, que condena los precios bajo costo, estaría protegiendo a competidores igual de eficientes que el monopolista<sup>199</sup>. Ambos *tests* aplicados en la jurisdicción estadounidense, resultan permisivos con conductas exclusorias verticales<sup>200</sup>.

El sistema europeo, por su parte, entrega un principio general en *'The Commission's Guidance on Article 102 Enforcement Priorities'*, señalando que la Comisión Europea sólo intervendrá donde una exclusión relacionada a que el precio dañe, o sea capaz de dañar, a competidores igualmente eficientes que la empresa dominante. Este *test* ha sido

---

<sup>197</sup> Ibid. p. 172.

<sup>198</sup> SCHMALENSEE, R. 2008. Thoughts on the Chicago Legacy in U.S. Antitrust” *En*: How the Chicago School Overshot the Mark: The Effect Of Conservative Economic Analysis on U.S. Antitrust, editado por Robert Pitofsky. New York: Oxford University Press. p. 14.

<sup>199</sup> Salop (2008). p. 153.

<sup>200</sup> Son *tests* más permisivos porque son difícilmente aplicables a conductas RRC. Por ejemplo, *test* de predación no protegería las conductas que aumentando los costos de los rivales no signifiquen un sacrificio en el corto plazo del monopolista. Asimismo, en el *test* del entrante igualmente eficiente, los pagos a proveedores aguas arriba para bloquear el acceso a insumos de competidores menos eficientes, no serían anticompetitivos.

avalado por la Corte de Justicia Europea respecto de prácticas relacionadas al precio<sup>201</sup>, especialmente en precios predatorios y estrangulamiento de márgenes. En cuanto a descuentos exclusorios, no existe jurisprudencia decisoria por parte del Tribunal General Europeo<sup>202</sup>, sin perjuicio de lo anterior, en el caso *Intel* jurisprudencia reciente del Tribunal Europeo de Justicia ha ordenado la devolución del asunto al Tribunal General, ordenándole conocer del *test* del competidor igualmente eficiente y que cuando los descuentos son prácticas relacionadas al precio, las autoridades de competencia deben aplicar el *test* del competidor igualmente eficiente<sup>203</sup>.

## 5. Análisis general de *test* de determinación de abusos exclusorios en la jurisprudencia relevante del TDLC

Una vez analizadas las características de los estándares de determinación de abuso de posición dominante, cabe preguntarnos si son aplicables en el derecho de la competencia nacional, entendiendo que dichos *tests* nacen en el derecho comparado y corresponden a realidades jurídico-económicas ajenas a la chilena.

El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ha conocido de diversos casos de abuso unilateral exclusorios<sup>204</sup>. El desarrollo jurisprudencial en estas materias puede ser

---

<sup>201</sup> WHISH, R. y BAILEY D. p. 756.

<sup>202</sup> NAZZINI R. 2011. p. 221.

<sup>203</sup> TRIBUNAL DE JUSTICIA EUROPEO. 2017. Sentencia de fecha 6 de septiembre de 2017. [en línea] <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30d6105e4a0>> [Consulta: 31 de octubre de 2017].

<sup>204</sup> En términos relativos, la importancia que tienen los casos de abuso de posición dominante en el sistema de libre competencia chileno lo posicionan como el tópico por el cual más se llevan causas contenciosas al TDLC. Al 30 de septiembre del 2011 un 43% de las causas contenciosas que conoció el órgano adjudicador correspondían a abuso, seguido por un 15% que correspondían a colusiones. TAPIA, J. 2011. Desde que a la Fiscalía Nacional Económica se le otorgaran las facultades intrusivas para perseguir carteles, ha aumentado el *enforcement* en materia de carteles. Sin perjuicio de lo anterior, y conforme a datos entregados por el mismo TDLC al 31 de agosto de 2016, de las causas contenciosas juzgadas por el TDLC, un 40% de las causas conocidas corresponden a abuso de posición dominante y un 15% a carteles.

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. Estadísticas, Causas contenciosas por Conducta. [en línea] <<http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Contenciosas%20-%20Conductas.pdf>> [Consulta: 29 de octubre de 2017].

analizado profundizando en los mercados que más frecuentemente han estado vinculados al conocimiento de las autoridades de competencia, el mercado de *retail* y el mercado de telecomunicaciones.

En el mercado de *retail*, se encuentran: Sentencia N°26, en causa caratulada “Denuncia de Philip Morris contra Chiletabacos” (caso “Chiletabacos”); Sentencia N°90, en causa caratulada “Requerimiento de la FNE contra Compañía Chilena de Fósforos S.A.” (caso “Fósforos”); y también en los acuerdos conciliatorios a los que ha llegado la FNE con privados en las causas caratuladas: “Requerimiento de FNE contra Cervecera CCU Chile Ltda”(caso “CCU”); “Demanda de Industria de Alimentos Trendy S.A. contra Nestlé Chile S.A.” (caso “Nestlé”); “Requerimiento de la FNE contra y Embotelladora Andina y CocaCola Embonor S.A.” (caso “Embotelladoras”); y “Requerimiento de la FNE contra Unilever Chile S.A.” (caso “Unilever”).

Por otro lado, en el mercado de telecomunicaciones se contemplan: Sentencia N°45, en causa “Demanda de Voissnet S.A. y requerimiento de la FNE contra CTC” (caso “Voissnet I”); Sentencia N°88, en causa “Demanda de OPS Ingeniería Limitada y otros contra Telefónica Móviles de Chile S.A.” (caso “Celulink”); Sentencia N°97, en causa caratulada “Demanda de Voissnet S.A. contra Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A.” (caso “Voissnet II”); y la reciente Sentencia N°156, dictada en causa caratulada “Demanda de Netline Mobile S.A. contra Entel PCS Telecomunicaciones S.A. y otros” (caso “Netline”)<sup>205</sup>.

---

<sup>205</sup> El análisis de este universo de casos se justifica en la influencia que han ejercido en el comportamiento y las decisiones de los agentes económicos: en el primer estudio de percepción que la FNE encargó a la empresa Deloitte, se aplicó una encuesta a abogados especialistas en libre competencia, donde al responder por las sentencias que se fallaron sobre abuso de posición dominante que más han influenciado en las decisiones de sus clientes se observa que, en orden de preponderancia, en el primer lugar un 68% de los encuestados señala a la Sentencia N° 26 “Chiletabacos”, luego un 55% indicaron en segundo lugar la sentencia N° 90 correspondiente al caso “Fósforos”. Al realizar la misma pregunta respecto de los acuerdos extrajudiciales y conciliaciones en materia de abusos, un 68% posiciona en primer lugar la conciliación de la FNE con CCU y un 59% posiciona en segundo lugar la conciliación de la FNE con Embonor y Andina. Respecto a la incorporación de la conciliación de la FNE con Unilever, se justifica en la relevancia y actualidad del caso, considerando que introduce elementos que se extienden más allá de lo estrictamente conocido en la fase contenciosa por el TDLC. Por último, la incorporación de casos

A continuación, abordaremos sintéticamente las sentencias, los requerimientos o demandas, contestaciones y conciliaciones seleccionadas, para identificar los argumentos que han utilizado las partes y las decisiones que ha adoptado el TDLC, a la luz de los *test* de determinación de abusos exclusorios.

## 5.1. Jurisprudencia en el mercado del *retail*

### i. Sentencia N° 26 – Denuncia Philip Morris a Chiletabacos<sup>206</sup>

International Tobacco Marketing Limitada, Philip Morris ( “PM”), indica en su demanda que su principal competidora, la Compañía Chilena de Tabacos S.A., o Chiletabacos (“CCT”), gozaba de una participación del 97,1% en el mercado de cigarrillos en Chile. Afirmó que aprovechando su posición dominante en el mercado, CCT realizaba prácticas exclusorias en contra de sus competidores, específicamente: negativa de venta, condicionando la venta a la no exhibición de productos de la competencia; retiro de productos y elementos de promoción, específicamente productos y *merchandising* de la competencia de los puntos de venta, obligando a reemplazarlo o canjearlo por productos propios; entregaba incentivos pecuniarios a puntos de venta para excluir a otros productores; y celebraba contratos de exclusividad. El daño resultaba especialmente grave para sus competidores, ya que el factor publicitario se erigía como barrera a la entrada para posicionar una marca en el mercado, de manera que, si el consumidor no

---

de telecomunicaciones resulta especialmente relevante, debido a que permite analizar diversas conductas exclusorias (restricción del acceso a instalación esencial, empaquetamiento y estrangulamiento de márgenes), que completan el análisis del *enforcement* de las autoridades de competencia en estas materias.

DELOITTE. 2013. Informe de resultados, La percepción sobre el efecto disuasivo de las acciones de la Fiscalía Nacional Económica entre Abogados de Libre Competencia. [en línea] <<http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2013/03/Estudio-FNE.pdf>> [Consulta: 29 octubre 2017]. p. 23.

<sup>206</sup> TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. Causa Rol C N° 11-04, caratulada “Denuncia Philip Morris a Chiletabacos”.

reconocía al producto nuevo en el mercado, continuaría comprando marcas del dominante.

CCT señaló que sus comportamientos son pro-competitivos, y que estaba obligada a mantener altos niveles de eficiencia al no existir barreras de entrada en el mercado. Por otro lado, aducía una utilización estratégica por parte de PM de la demanda ante el TDLC, para ingresar nuevamente al mercado y para justificar sus malas decisiones de negocios. Conforme a la contestación de CCT, la estructura del mercado dejaba un margen de utilidad acotado, por lo que la distribución directa del producto correspondía a un elemento central para reducir sus costos, lo que explicaba además las características del crédito otorgado a los clientes, en razón de los altos riesgos que asumía la demandada. Señalaba también:

*“Las causas por las que un minorista podría no disponer de productos de la competencia pueden ser a) falta de cobertura adecuada o ineficacia en el proceso de venta y/o b) falta o débil interés del comerciante por adquirir productos de PM, por su eventual escasa oferta de marca y baja rotación”<sup>207</sup>.*

Es decir, argumentó que PM no competía plenamente en todos los canales debido a su propia ineficiencia, que no era atribuible a una conducta desplegada por CCT. Es más, PM apuntaría a un segmento distinto del mercado y como tabacalera internacional tendría la posibilidad de incrementar su presencia en el país, cuestión que no hacía.

Así, el TDLC fijó como hechos pertinentes, sustanciales y controvertidos, los siguientes: la existencia y el contenido de los acuerdos de exclusividad de las tabacaleras y los puntos de venta de cigarrillos; los actos de exclusión que importarían barreras artificiales a la entrada, ejecutados por CCT respecto de PM; las características del abastecimiento de cigarrillos de Chiletabacos a través de distribuidores mayoristas independientes.

---

<sup>207</sup> TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. Sentencia N°26 en causa Rol N°C11 - 04. Visto 9.4.

En mérito a la prueba rendida en autos, la sentencia del TDLC determinó que existía un claro poder de mercado de CCT, desestimando las defensas de la demandada que indicarían que las características del mercado la obligarían a tener una amplia participación de mercado para obtener márgenes rentables. En el considerando vigésimo noveno, señaló:

*“Este Tribunal estima acreditado que Chiletabacos ha amenazado con negar la venta de sus propios cigarrillos a determinados distribuidores Low Trade (...) Esta conducta constituye un típico abuso de posición de dominio, de aquellos que la doctrina ha denominado como de disuasión u obstaculización a la entrada (entry deterrence) de nuevos competidores, consistente en que la empresa establecida en un mercado (generalmente un virtual monopolista, como es el caso de CCT), que teme el ingreso de un competidor (Philip Morris), incurre en gastos (dejar de vender sus propios productos) o acciones específicamente destinados a evitar que dicho competidor materialice su ingreso en el mercado, o lo vea obstaculizado gravemente”<sup>208</sup>.*

La sentencia del TDLC determinó que las conductas descritas corresponderían a barreras estratégicas y artificiales a la entrada de competidores, erigidas por la empresa dominante para sostener el poder de mercado que mantenía y que, en su conjunto, configuraban un abuso de posición de dominante contrario a la libre competencia. En cuanto a la distribución de los productos dentro del mercado, el TDLC señaló que para los puntos de venta al público resultaba más costoso adquirir los cigarrillos de los mayoristas que distribuían para CCT, que de CCT directamente, por lo que para un eventual competidor no sería posible distribuir sus cigarrillos a través de mayoristas independientes, contrariamente a lo sostenido por la demandada.

---

<sup>208</sup> Ibid. Considerando 29°.

En definitiva, el Tribunal dio lugar a la denuncia de Phillip Morris y ordenó el cese del impedimento o entorpecimiento de la exhibición y venta de cigarrillos de sus competidores en los puntos de venta<sup>209</sup>.

Finalmente, la Corte Suprema conoció del recurso de reclamación interpuesto por CCT principalmente por faltas a sus garantías procesales y por la errónea aplicación de las pruebas rendidas durante el juicio. En cuanto a la primera causal, la Corte descartó que existieran faltas procesales, mientras que en el segundo aspecto de la reclamación la sentencia de la Corte Suprema confirmó el criterio de apreciación utilizado por el TDLC, rechazándose, en definitiva, la reclamación interpuesta por CCT,

### **Criterios para la determinación de abusos exclusorios**

*a) Demanda de Phillip Morris:* Es más cercana al análisis de *RRC* a través de barreras artificiales a la entrada, elevadas por CCT; esto, facilitado por un mercado altamente concentrado, con una participación sobre el 90% del monopolista. La concentración permite cumplir con no sólo aumentar los costos de PM, sino que también subir los precios en el mercado de distribución minorista de cigarrillos.

*b) Contestación de Chiletabacos:* Su defensa puntualiza el aporte que CCT ha significado para el desarrollo de la industria. Asume los altos niveles de participación de mercado que se le imputan, pero no la posición de dominio. Además, señala que la demanda de PM se explica en su ineficiencia para competir, por lo que, al menos de forma implícita, CCT se defiende desde el *test* de competidor igualmente eficiente, de manera que la exclusión de PM del mercado no sería relevante, por las ineficiencias que habría demostrado. Por otro lado, contestó la demanda negando la ejecución de *RRC*, dado que los costos de distribuir por medio de mayoristas independientes no serían significativos, por lo que su estructura de estrategias verticales no implicaría incrementar los costos de PM.

---

<sup>209</sup> Ibid. Resolución tercera.

c) *Sentencia del TDLC*: Reconoce el petitorio de la demandante. La importancia jurisprudencial de esta sentencia, radica en reconocer que existiría una disuasión u obstaculización a la entrada *-entry deterrence-* de nuevos competidores, que correspondía a una práctica de *raising barriers to entry*, en otras palabras, fundó su adjudicación en la existencia de *RRC*, al existir “*un verdadero cerrojo que impide, en los hechos, la venta de cigarrillos de otras marcas en los puntos de venta*”<sup>210</sup>.

c) *Sentencia de la Corte Suprema*: No incorpora nuevos elementos al análisis de determinación de las conductas exclusorias de CCT, por lo que acoge el razonamiento del TDLC.

## **ii. Sentencia N° 90 – Requerimiento FNE contra Compañía Chilena de Fósforos<sup>211</sup>**

El requerimiento de la FNE denunció descuentos anticompetitivos por exclusividad e incentivos por cumplimiento de metas, destacó también el alto nivel de concentración del mercado, con cuotas de mercado de la Compañía Chilena de Fósforos S.A. (“CCF”) que alcanzarían el 92,9% el año 2006<sup>212</sup>.

Junto con lo anterior, el requerimiento señalaba que CCF incurrió en el ejercicio abusivo de acciones judiciales y administrativas, por oponerse al registro de marcas de Canadá Chemicals S.A. (“Canadá Chemicals”) en distintas oportunidades<sup>213</sup>. También, señalaba que la demandada habría pactado descuentos e incentivos por metas de venta, para evitar la entrada de empresas de fósforos competidoras a los canales de distribución mayorista y supermercadista, restringiendo, en último término, la posibilidad del

---

<sup>210</sup> Ibid. Considerando 23°.

<sup>211</sup> TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. 2009. Sentencia N°90. Causa Rol C N°165-08, caratulada “Requerimiento FNE contra Compañía Chilena de Fósforos”.

<sup>212</sup> TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. Requerimiento Fiscalía Nacional Económica contra Compañía Chilena de Fósforos en causa Rol C 165-08, párrafo N°55.

<sup>213</sup> Op.Cit. Visto 1.3.

consumidor de elegir entre distintas marcas. Respecto a la industria del fósforo, la FNE indicó que es una industria madura que ya no crecería más y que CCF era el único productor en Chile, el resto del mercado correspondería a importaciones. El mercado relevante son los fósforos de seguridad en el territorio nacional, comercializados a través de mayoristas y supermercados. Como parte de las barreras estratégicas a la entrada erigidas por CCF, se encontrarían las exclusividades e incentivos no lineales pactados con sus clientes, y la intervención de CCF para otorgar carácter obligatorio a la normativa de fósforos de seguridad en Chile.

La contestación de CCF indicaba que la posición de dominio no es tal, arguyendo que el mercado relevante debía ampliarse al mercado del encendido, lo que aumentaría su contestabilidad<sup>214</sup>. Adujo además que no existirían barreras a la entrada ni expansión de los competidores en la industria, por lo que no habría restricción alguna para competir. Respecto a los incentivos otorgados a los distribuidores por la exclusividad de sus marcas, señaló:

*“Si dichas empresas supermercadistas, u otras compañías del sector, no comercializaban o no venden actualmente otros fósforos importados, ello nada tiene que ver con CCF, sino con la calidad de los productos o los servicios ofrecidos por la competencia”<sup>215</sup>.*

Por último, cláusulas de exclusividad tendrían un sentido económico y operativo, por existir poco espacio en las góndolas para fósforos, y un margen escaso si la participación en las góndolas es baja. Respecto a los incentivos por metas, señaló que no existiría razón alguna para que sus competidores no puedan igualar o superar los incentivos que CCF estipula con sus distribuidores<sup>216</sup>.

---

<sup>214</sup> Contestación de Compañía Chilena de Fósforos en causa Rol C 165-08, puntos 7-10.

<sup>215</sup> Op.Cit. Visto 3.7.

<sup>216</sup> Ibid. Visto 3.8.

El TDLC al recibir la causa a prueba fijó como hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos los siguientes: la estructura y características del mercado, incluyendo participaciones históricas de las partes; efectividad del bloqueo por parte de CCF del clientes para sus competidores; la interposición estratégica de acciones judiciales y administrativas con objeto de imponer barreras a la entrada en el mercado; y las características y condiciones de los contratos celebrados entre CCF y sus distribuidores.

En la sentencia, el TDLC definió el mercado relevante como fósforos de seguridad para su uso en encendido fundamentalmente de artefactos domésticos en el territorio nacional, confirmó, además, la alta participación de CCF en los diversos canales de distribución. Debido al control de CCF de la plantación más grande de álamos, lo más conveniente sería la importación del producto. Así, el TDLC concluyó que CCF tenía una posición dominante en el mercado relevante. Por otro lado, el ejercicio abusivo de acciones judiciales y administrativas acusados por la FNE no se acreditaría, al no tener como finalidad inequívoca la lesión de la competencia. Por último, en lo relativo a los descuentos por exclusividad con distribuidores, fueron considerados contrarios a la libre competencia por parte del Tribunal porque la sola pérdida del descuento por parte del distribuidor constituiría un incentivo suficiente para no pactar con otros proveedores. El TDLC se pronunció además respecto de los descuentos por fidelidad, señalando que podrían tener efectos pro-competitivos, pero serían contrarios a la libre competencia cuando:

*“reduzcan la transparencia de los precios o que excluyan a competidores del mercado o restrinjan o impidan artificialmente el ingreso de competidores potenciales o no tengan justificación económica racional”<sup>217</sup>.*

Por último, en lo que concierne a los descuentos disímiles que se pactaron con cada distribuidor, el TDLC señaló:

---

<sup>217</sup> Ibid. Considerando 106°.

*“CCF confeccionó un ‘traje a la medida’ para cada distribuidor, que sólo encuentra explicación en el propósito de levantar barreras artificiales a la entrada a nuevos competidores y respecto del cual no existe en autos evidencia de que están justificados en condiciones generales, uniformes y objetivas, o en condiciones de costos”<sup>218</sup>.*

Finalmente, la Corte Suprema conoció de los recursos de reclamación interpuestos por Canadá Chemicals, CCF y la FNE<sup>219</sup>. En su decisión confirmó el razonamiento del TDLC en cuanto a la definición de mercado relevante, las barreras a la entrada y la posición de dominio de CCF. En lo que respecta a las alegaciones de Canada Chemicals y la FNE, la Corte Suprema estimó que no se pudo tener por acreditado, de acuerdo a las reglas de la sana crítica, que los ejecutivos de CCF presionaran para que el proveedor de Canadá Chemicals terminara dicha relación comercial. En cuanto al abuso de acciones administrativas y judiciales, tampoco fue posible concluir que hubieren tenido por finalidad afectar la entrada de Canada Chemicals.

Por último, la Corte Suprema resolvió que los incentivos por metas de ventas en casos donde existía un contrato de exclusividad, “[s]ólo pudieron tener como finalidad impedir, restringir o entorpecer en forma artificial la entrada de nuevos competidores (...) porque la única forma factible de obtener tales descuentos consistía en no ofrecer los productos de otros proveedores de fósforos, teniendo en consideración la posición de dominio del mercado relevante que posee la denunciada”<sup>220</sup>. En aquellos casos en que se ofrecían

---

<sup>218</sup> Ibid. Considerando 152°.

<sup>219</sup> La reclamación de Canadá Chemicals solicitó a la Corte Suprema acoger su demanda en cuanto a las presiones y amenazas ilegítimas contra un proveedor para que dejara de proveer fósforos a Canadá Chemicals, al abuso de acciones judiciales y administrativas; además de aumentar la cuantía de la multa al máximo legal. Por otro lado, la reclamación de la FNE solicitó también declarar las presiones ejercidas por ejecutivos de CCF a proveedores de Canadá Chemicals y aumentar el monto de la multa. Por su parte, CCF dedujo su reclamación solicitando dejar sin efecto la sentencia del TDLC que acoge el requerimiento de la FNE y la demanda de Canadá Chemicals, eliminando la multa. CORTE SUPREMA. 2010. Sentencia en causa Rol N°277-2010. Vistos, puntos I, II y III.

<sup>220</sup> CORTE SUPREMA. 2010. Sentencia en causa Rol N°277-2010. Considerando 19°.

descuentos sin existir cláusulas de exclusividad igualmente se comprobó que provocaron los mismos efectos exclusorios que los acuerdos de exclusividad.

De esta manera, la Corte Suprema acreditó que a raíz de las condiciones de comercialización pactadas por CCF, *“las empresas competidoras de la requerida se vieron impedidas de comercializar sus productos en los supermercados y distribuidoras, en tanto la Compañía Chilena de Fósforos vendía sus productos en dichos canales de distribución en forma exclusiva, conducta que evidentemente envuelve la intención o propósito para dicho efecto”*<sup>221</sup>.

Por último, la Corte Suprema aumentó prudencialmente la cuantía de la multa, habida cuenta los antecedentes que tuvo a la vista.

### **Criterios para la determinación de abusos exclusorios**

a) *Requerimiento de la FNE*: Nos encontramos nuevamente frente a un mercado altamente concentrado. La FNE identificó como parte de la estructura abusiva, la utilización excesiva de acciones judiciales y administrativas, y la promoción de nueva normativa sectorial respecto a la calidad de los fósforos, conductas que corresponden a prácticas de RRC<sup>222</sup>, ya que aumentan los costos de la empresa afectada, en el primer caso porque CCF puede soportar de mejor manera el costo de litigar que Canadá Chemicals, y en el segundo caso porque crea una barrera legal a la entrada del mercado que con anterioridad no existía.

b) *Contestación de CCF*: Por su parte, CCF niegó la existencia de barrera alguna para competir, además, tácitamente argumentó desde el *test* del competidor igualmente eficiente, al señalar que los supermercados no comercializaban los productos importados por su mala calidad en comparación con los de CCF. Además, indicó que no existe razón alguna para que los competidores no pudieran superar, o al menos igualar,

---

<sup>221</sup> *Ibídem*.

<sup>222</sup> HOVENKAMP H. 1999. pp. 318 - 319.

los incentivos que entrega. Ambas defensas fundaron la conclusión de que la exclusión de Canadá Chemicals no dañaría la competencia, porque no correspondería a un competidor con una eficiencia -en términos de calidad del producto y estrategias comerciales- a lo menos igual a la de CCF.

c) *Sentencia del TDLC*: No consideró como argumentos válidos la denuncia de las prácticas de *RRC* que ejecuta CCF en la litigación abusiva y la petición de normativa sectorial, ya que no se acreditó que tuvieran un sentido distinto al resguardo de sus derechos, por lo que dicha conducta tenía sentido económico, sin perjuicio de considerar que potencialmente podrían tener efectos anticompetitivos<sup>223</sup>. Aun así, señaló que la exclusión de los competidores no tuvo justificación económica racional, sino que buscó levantar barreras estratégicas a la entrada de competidores. En razón de lo anterior, el análisis del TDLC se centró en la aplicación de un *test* de sacrificio o de ausencia de sentido económico.

d) *Sentencia de la Corte Suprema*: Acoge el razonamiento planteado por el TDLC en lo que respecta a la determinación de los elementos básicos de imputación de las conductas exclusorias por las que se acusó a CCF. En lo relativo a los *test* de determinación de abuso que primaron en su decisión, es posible advertir el *test* del sentido económico de la conducta en cuanto a la ausencia de razones anticompetitivas tras el ejercicio de acciones administrativas y judiciales, y de las reuniones con el proveedor de Canadá Chemicals. En lo que respecta a los incentivos por metas de ventas, la Corte Suprema acreditó que, en los hechos, produjeron una exclusividad cuya única intención o

---

<sup>223</sup> TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. El TDLC consideró dentro de los puntos pertinentes, sustanciales y controvertidos de la causa, los “Hechos y circunstancias que demostrarían que la interposición de acciones judiciales y recursos administrativos por parte de la requerida tuvo por objeto imponer barreras a la entrada en el mercado o mercados materia de autos”, por lo que es dable concluir que de haber sido probados por la FNE, dichas conductas podrían erigir barreras artificiales a la entrada y constituir un abuso exclusorio por parte de la requerida. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. 2009. Sentencia N°90, p. 14. Auto de prueba.

propósito era excluir a sus competidores, por lo cual habría aplicado a este respecto el *test* de intención.

### iii. Conciliación en Requerimiento contra Cervecera CCU Chile Limitada<sup>224</sup>

En su requerimiento, la FNE señaló que la Compañía Cervecerías Unidas S.A. ( “CCU”) habría incurrido en prácticas abusivas al prohibir que los distribuidores minoristas comercializaran productos de la competencia, por medio de cláusulas de exclusividad en el canal de consumo, estableciendo: elementos publicitarios destinados a identificar al minorista exclusivamente con CCU; la prohibición de promoción, publicidad o venta de productos ajenos a CCU; premios en sumas de dinero al minorista según volumen de venta y duración del contrato. Conforme al requerimiento de la FNE, se evidenciaría:

*“La intención de la requerida en cuanto a asegurar la dependencia de los distribuidores minoristas que contratan con ella. Esta dependencia proviene no solo del riesgo de verse imposibilitado de comercializar los productos de la principal cervecera del mercado, sino que, además, es reforzada con la entrega de aportes en dinero y de bienes muebles publicitarios, con la obligación de adquirir cantidades mínimas de cerveza, y con los altos costos asociados al incumplimiento de la exclusividad”<sup>225</sup>.*

Según señala la FNE, las características cuasi-monopolísticas del mercado de la cerveza hacen que la conducta de CCU sea aún más reprochable, ya que la requerida ostentaría el 83% de participación de mercado. Además, el requerimiento definió el mercado relevante del producto en la cerveza, separado de otras bebidas, y distinguió entre los distintos canales de distribución por la diferencia de precios en que comercializaba el

---

<sup>224</sup> TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. 2008. Causa Rol N° C 153-2008, caratulada “Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de Cervecera CCU Chile Limitada”.

<sup>225</sup> FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA. Requerimiento contra Cervecera CCU Chile Ltda., causa Rol N° C 153-08, párrafo N°10.

producto al consumidor final, ofreciendo un precio más bajo en los canales de distribución masivo, como supermercados y botillerías no orientados al consumo inmediato; y uno más alto en establecimientos de consumo inmediato como bares, pubs, hoteles y discotecas. La principal barrera a la entrada al mercado correspondía al gasto publicitario en que incurrirían los agentes económicos para crear la imagen de la marca y posicionar su producto en la industria. Respecto al tiempo y suficiencia de la entrada, la entrada se relaciona directamente con el tamaño de entrada eficiente, pero en el canal de consumo inmediato esto no representaría una barrera de entrada significativa, porque los competidores necesitarían una menor escala y una planta de producción más reducida que en el canal de distribución masiva. Finalmente, la FNE señaló que en virtud de las cláusulas de exclusividad que CCU pactaba con los comerciantes minoristas, se levantaron barreras estratégicas a la entrada de competidores configurándose un abuso de posición dominante en el mercado.

CCU contestó el requerimiento señalando que no se podía calificar como contraria a la libre competencia la conducta imputada sólo por el hecho contar con una alta participación de mercado. Dicha entidad indicó que no se acreditaron las conductas imputadas, porque: los contratos no son impuestos sino que en ocasiones incluso solicitados por locales; no existe discriminación en precios y condiciones comerciales entre establecimientos exclusivos y no exclusivos; el porcentaje de locales con exclusividad es mínimo e incapaz de lesionar la libre competencia; por otra parte, los locales con los que se mantiene la exclusividad no son los principales vendedores de cerveza, por lo que no existiría ningún *“ánimo o intencionalidad de exclusión en CCU Chile, requisito esencial para que pueda configurarse en nuestro país el ilícito imputado por la FNE”*<sup>226</sup>; por otra parte, el requerimiento pretende prohibir a CCU Chile celebrar contratos de imagen<sup>227</sup>, mientras que su competencia sí los celebraba, lo que no permitiría que CCU compitiera en igualdad de condiciones.

---

<sup>226</sup> Contestación Cervecera CCU Chile Limitada, en causa Rol N° C 153-08. punto e).

<sup>227</sup> Los Contratos de Imagen correspondían a contratos de promoción y publicidad celebrados por CCU con diversos establecimientos, mediante los cuales se habría pactado la exclusividad de

Respecto a los argumentos en los que se basa CCU Chile para desestimar el requerimiento de la FNE son, principalmente: (i) en primer lugar, que existirían errores de derecho y económicos en el requerimiento. El primero, al calificar como infracción *per se* a la libre competencia la existencia de cláusulas de exclusividad junto con una alta participación de mercado, además de otorgar responsabilidad objetiva asumiendo que la intencionalidad no sería relevante, así como tampoco lo sería la ausencia de lesión o puesta en riesgo de la competencia<sup>228</sup>. Luego, el error económico se fundaría en que el requerimiento invoca corrientes económicas obsoletas, por obviar los criterios de eficiencia económica y el análisis desde la regla de la razón. (ii) En segundo lugar, cuanto al mercado relevante, señaló que existía un alto grado de sustitución de la demanda de cerveza, debiendo definirse en el mercado de las bebidas alcohólicas, gaseosas y jugos. Conforme esta definición del mercado la participación de las cervezas CCU se reduciría a un 17%. Tampoco sería correcto distinguir entre distintos canales de distribución. (iii) Por último, no existirían barreras a la entrada en el mercado de la cerveza, siendo posible posicionar nuevas cervezas y hacerlas crecer en ventas. Por lo mismo, no existiría poder de mercado suficiente, los bienes sustitutos serían relevantes, el mercado estaría abierto a la importación, y se advertiría el posicionamiento de productos nuevos, y una alta elasticidad de la demanda. Es más, aun cuando existiere poder de mercado, las cláusulas de exclusividad carecerían de aptitud para otorgarlo, mantenerlo o aumentarlo. Finalmente, dichas cláusulas no serían impuestas a sus clientes<sup>229</sup>, y no existirían represalias aparejadas a su incumplimiento.

---

CCU para promocionar sus productos y la prohibición de publicitar cerveza provista por terceros. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. Acuerdo Conciliatorio FNE con Cervecerías CCU Chile, en causa Rol N° C 153-08. Punto I.5.

<sup>228</sup> CCU Chile aduce que el ilícito imputado no infringe *per se* la libre competencia en nuestro sistema jurídico, tampoco en el derecho comparado. De manera tal que “*requirente tiene el deber de acreditar tanto en Chile como en las otras jurisdicciones mencionadas todos y cada uno de los elementos del injusto monopolístico imputado, entre los que se encuentra la necesidad de acreditar los efectos*” Ibid. 12.

<sup>229</sup> Más aún, la demandada afirma que los clientes solicitarían las exclusividades que implica el contrato de imagen, porque reciben ganancias de eficiencia en contraprestación por dicha exclusividad. Ibid. 42 letra (h).

Para concluir, la demandada señaló que en un análisis conforme a la regla de la razón, sería necesario ponderar las eficiencias que implica la práctica de cláusulas de exclusividad en el caso. Dichas eficiencias consisten en focalizar la atención del consumidor en la marca de CCU, mediante la exclusividad con un número limitado de puntos de venta como eficaz comunicador de la marca, esto redundaría en que no sería posible calificar como abusivas a las cláusulas de exclusividad porque la porción de mercado en la cual producen efecto sería limitada<sup>230</sup>.

En el acuerdo conciliatorio entre la FNE y CCU, la empresa se comprometió a no establecer de ninguna manera en sus relaciones con los distintos establecimientos, cualquier tipo de exclusividad publicitaria por el plazo de 3 años. Respecto a los contratos vigentes, renunció a las exclusividades verticales pactadas y a los incentivos exclusorios de todo tipo. Los establecimientos, quedaron habilitados para romper los contratos celebrados libremente previa notificación a CCU. Además, se acordó que CCU se obligaba no solamente a lo establecido en la conciliación, sino que a las demás obligaciones que surgieran de la ejecución de buena fe del acuerdo y de la naturaleza de las cargas asumidas<sup>231</sup>.

### **Criterios para la determinación de abusos exclusorios**

*a) Requerimiento FNE:* Se incorporan criterios de la teoría de RRC, al considerar como graves las prohibiciones y limitaciones artificiales creadas por el dominante en materia de publicidad, a través de cláusulas de exclusividad; en un mercado en que el gasto publicitario es la principal barrera a la entrada, siendo fundamental para que la marca adquiriera el reconocimiento de los consumidores. De esta manera, se incrementa artificialmente el costo de los rivales al obligarlos a acudir a otros canales para publicitar

---

<sup>230</sup> Ibid. 48-49.

<sup>231</sup> TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. Acuerdo Conciliatorio FNE con Cervecerías CCU Chile, en causa Rol N° C 153-08. Punto III. Acuerdos.

sus productos. Además, señala que el carácter ‘cuasimonopólico’ del mercado agrava aún más el abuso.

*b) Contestación CCU:* Critica que la FNE quiera aplicar una especie de regla *per se* para determinar la ilicitud de las cláusulas de exclusividad, por el solo hecho de existir una alta participación de mercado, debiéndose aplicar la regla de la razón para estos casos. Es posible reconocer una defensa desde el *test* del sentido económico de la conducta, al indicarse que la exclusividad, lejos de erigir barreras artificiales, permite disminuir los costos de publicidad, para enfocar al consumidor en la marca de CCU. Además, los contratos de exclusividad se celebrarían con un número limitado de puntos de venta, en particular, aquellos que cumplan con ser eficaces comunicadores de la marca.

*c) Conciliación:* De la suscripción del acuerdo conciliatorio, es dable reconocer que no existen sólo ineficiencias aparejadas a los acuerdos de exclusividad, sino que también beneficios. Implícitamente se habría analizado desde un *test* de balance de daños al consumidor, esto se demuestra en que se pacta la libertad a los puntos de venta para renunciar o no a la exclusividad, y la prohibición de celebrar estos contratos por parte de CCU en el término de 3 años, y no se obliga a terminar con dichos acuerdos de forma absoluta.

#### **iv. Demanda de Industria de Alimentos Trendy S.A. contra Nestlé Chile S.A.<sup>232</sup>**

Industria de Alimentos Trendy S.A. (“Trendy”), interpuso una demanda en contra de Nestlé Chile S.A. (“Nestlé”) por haber cometido una serie de conductas exclusorias constitutivas de abuso de posición dominante en el mercado de comercialización y venta de helados de consumo individual en el canal tradicional de venta minorista. En particular, Nestlé habría celebrado acuerdos de exclusividad exclusorios para evitar la comercialización de helados de la competencia; además, habría ejecutado conductas

---

<sup>232</sup> TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. Causa Rol N° C 230-11, caratulada “Demanda de Industria de Alimentos Trendy S.A. en contra de Nestlé S.A.”.

constitutivas de publicidad exclusiva, prohibiendo la promoción de productos de terceros; y, finalmente, habría introducido otros incentivos exclusorios en los puntos de venta.

Trendy señaló que Nestlé, a través de su marca Savory, contaba con una posición dominante en el mercado relevante, con participaciones que superaban el 40%. Adicionalmente, la demandada constituiría un 'proveedor irrenunciable' para los participantes del canal tradicional, por lo que los locatarios tendrían un escaso poder de negociación ante las condiciones exclusorias pactadas por Nestlé.

En cuanto a las conductas imputadas, la demandante señaló que Nestlé habría acordado un contrato de exclusividad con diversos puntos de venta, otorgando incentivos económicos, como pagos de dinero, descuentos en el precio de provisión de helados, pagos de un porcentaje de las ventas durante ciertos periodos, a cambio de comercializar solamente helados de marca Savory. Además, Nestlé habría exigido a varios de sus puntos de venta terminar su vínculo comercial con Trendy, bajo amenaza de privarlos de helados Savory o de los incentivos económicos antes señalados.

Otra de las conductas imputadas consistía en la exclusividad publicitaria y prohibición de exhibir productos de terceros, bajo la amenaza de cortar la provisión de productos Savory o privarlos de incentivos económicos. Lo anterior implicaría un perjuicio a los consumidores, que no podrían enterarse de las características de los productos de Trendy, y estarían imposibilitados de elegir entre más opciones al momento de comprar helados.

Por último, Trendy describió una serie de incentivos exclusorios, consistentes en descuentos importantes en los puntos de venta y reembolsos de dinero pagado por mercancía de Nestlé. Dichos incentivos se encontraban condicionados a obtener cierto volumen de ventas de productos Savory al público final, y solamente podía ser cumplido si los locatarios vendían exclusivamente productos Savory. Asimismo, la demandante indicó que las conductas desplegadas por Nestlé serían constitutivas de competencia desleal, que habrían tenido por objeto desviar clientela de la competencia.

En su contestación, Nestlé señaló que las conductas imputadas serían procompetitivas y beneficiosas para los clientes directos y consumidores finales de Nestlé. Así, la demandada indicó que, a diferencia de los casos anteriormente conocidos por el TDLC, el mercado relevante se caracterizaba por ser altamente competitivo y por contar con variados actores, donde la participación de mercado de Nestlé alcanzaría apenas un 38,5%, mientras que la de Trendy -su competidor más cercano- sería de 37,5%, lejos de las hipótesis de *supra-dominancia* conocidas por el TDLC con anterioridad. Junto con lo anterior, los productos comercializados bajo la marca Savory no serían indispensables para los locatarios aguas abajo, dado que la impulsividad del consumo de helados individuales no sería compatible con un poder relevante de las marcas.

Adicionalmente, Nestlé describió el desenvolvimiento competitivo de Trendy, señalando que en las zonas donde habrían ocurrido gran parte de sus imputaciones de conductas exclusorias, Trendy sería dominante; además, la demandante contaría con el mayor número de puntos de venta y su participación de mercado se encontraría en crecimiento durante los últimos años. Lo anterior, reflejaría que las conductas imputadas como anticompetitivas no serían más que el reflejo de una competencia férrea en el mercado, y no responderían a ninguna estrategia para excluir rivales. En efecto, las prácticas imputadas serían comunes en el mercado y habrían sido ejecutadas tanto por la demandante como por otros rivales.

En cuanto a los descuentos ofrecidos a sus clientes, Nestlé señaló que corresponderían a una práctica consistente con la libre competencia, y reducida a aquellos locales con que le interesaba estimular la publicidad, que corresponden a una minoría dentro del universo de locales a los que se ofrecerían condiciones equitativas a precio de lista (representarían un 3,5% del mercado). En dichos establecimientos en escasas ocasiones se establecería alguna exclusividad, por el contrario, los locatarios, generalmente, venderían también productos de sus competidores. Adicionalmente, todos los acuerdos serían pactados en condiciones competitivas que permitirían, en el caso de los grandes

distribuidores, la modalidad de *competencia por la cancha*<sup>233</sup>, una vez terminado el plazo de máximo dos años por el que eran acordados.

Adicionalmente, la preferencia publicitaria que se buscó conseguir se encontraría plenamente justificada en términos económicos. Entre los argumentos acompañados, se señaló que la preferencia o exclusividad permitiría evitar conductas de aprovechamiento de externalidades positivas de los comercializadores, o *free riding*, por parte de los rivales de Savory. En particular, Trendy se caracterizaría por ser un imitador de la identidad de los productos de Savory. Finalmente, los contratos celebrados por Nestlé y los locatarios no impedirían a sus rivales alcanzar escalas eficientes.

Por otro lado, la defensa de Nestlé indicó que la conducta imputada no sería ilícita bajo los estándares del derecho comparado. Así, la experiencia comparada sugeriría centrar el análisis en los efectos actuales o potenciales, balanceando los efectos pro-competitivos y anticompetitivos, de las prácticas de precios. En particular, la defensa analizó la imputación en contra de Nestlé a la luz de *test* de análisis de precios predatorios, según el estándar estadounidense; y analizó si la conducta producía el efecto de excluir a un rival igualmente eficiente, según el estándar europeo. En ambos casos Nestlé descartó que su conducta cumpliera alguno de los *test* comparados para determinación de abuso de posición dominante, además, no se cumplirían con los elementos comunes a ambas aproximaciones: que exista un bloqueo sustancial del mercado, que se superen umbrales de participación de mercado y que no se adviertan justificaciones objetivas de negocios.

Finalmente, Nestlé señaló que las conductas imputadas no constituirían competencia desleal, porque no se cumpliría el estándar jurisprudencialmente establecido, dado que no se habría cumplido con acreditar la existencia de actos de competencia desleal, por

---

<sup>233</sup> La competencia por la cancha o competencia *ex-ante*, corresponde a aquel principio de regulación económica por el cual se pone la demanda de un determinado mercado (la “cancha”) a disposición de los competidores en general, para que uno de ellos obtenga la totalidad de dicha oferta, en aquellos casos en que resulta más eficiente que sólo una entidad administre dichos valores durante un periodo determinado. CHADWICK, EDWIN. 1859. “*Result of different principles of legislation and administration in Europe: of competition for the field, as compared with competition within the field*”. Journal of the Royal Statistical Society. Serie A22, 381-420. [en línea] <<https://www.jstor.org/stable/pdf/2338385.pdf>> [Consulta: 12-04-2018]. p. 385.

parte de un agente con poder de mercado, o que buscó obtener o incrementar dicho poder mediante tales actos de competencia desleal.

En definitiva, debido a lo antes señalado, Nestlé solicitó al TDLC rechazar en todas sus partes la demanda de Trendy.

Luego, Trendy y Nestlé presentaron un acuerdo conciliatorio al TDLC, que recibió el visto bueno de la FNE. Dicho acuerdo conciliatorio estableció las obligaciones mutuas de los litigantes de no suscribir acuerdos de exclusividad, ni incentivos exclusorios en el canal tradicional. Además, se comprometieron a no obstruir de forma alguna la participación de su contraparte en licitaciones llevadas a cabo en otros canales de comercialización, para lograr emular condiciones de *competencia por la cancha*. En cuanto a los acuerdos de preferencia publicitaria, se aceptaron sólo bajo ciertas condiciones, por ejemplo, al definir que al término de un año el cliente pudiera poner fin al acuerdo sin expresión de causa.

El TDLC consideró que dicho acuerdo conciliatorio era compatible con la libre competencia, señalando que “[e]l Acuerdo Conciliatorio propuesto no atenta contra la libre competencia (...) pues las obligaciones asumidas por las partes tienden a reducir los obstáculos a la entrada y al desarrollo de competidores en el mercado involucrado y además se encuentran en línea con la jurisprudencia de este Tribunal establecida en materias similares”<sup>234</sup>.

### **Criterios para la determinación de abusos exclusorios**

a) *Demanda de Trendy*: es posible señalar que las conductas exclusorias imputadas en la demanda corresponderían a prácticas de RRC, dado que buscarían aumentar los costos de participar en la provisión de helados de consumo impulsivo al establecer incentivos económicos para bloquear o dificultar el acceso a proveedores. Además, la demanda de

---

<sup>234</sup> TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. Causa Rol N° C 230-11, caratulada “Demanda de Industria de Alimentos Trendy S.A. en contra de Nestlé S.A.”. Resolución de fecha 8 de marzo de 2012.

Trendy destaca el perjuicio que la conducta de Nestlé produciría en los consumidores, dado que no podrían acceder a una oferta más variada de productos. Así, al menos implícitamente, se habría dado aplicación al *test* de balance de daños al consumidor.

*b) Contestación de Nestlé:* en el escrito de contestación se incorporan diversos criterios de determinación de abuso de posición dominante. Como punto general de dichos estándares, la defensa señala que Nestlé no cuenta con una posición dominante en el mercado, principalmente porque no contaría con un alto porcentaje del mercado, a diferencia de los casos de *supra-dominancia* que el TDLC había conocido con anterioridad. En lo relativo a las imputaciones en contra de Nestlé, en primer lugar, a partir de un *test* de balance de daños del consumidor, la defensa señala que las conductas ejecutadas por Nestlé serían procompetitivas y beneficiosas para los consumidores finales, y para la competencia en general. Luego, los acuerdos tendrían sentido económico, dado que permitirían preferencias publicitarias y evitar el efecto de *free riding* por parte de los rivales de Savory. Finalmente, la defensa se refirió expresamente a los *tests* dominantes en el derecho comparado, descartando que se tratara de una hipótesis de prácticas predatorias y que se estuviera excluyendo a un competidor al menos igual de eficiente que Nestlé.

*c) Conciliación:* El acuerdo conciliatorio admitió que existieran prácticas de preferencia publicitaria pero bajo ciertas condiciones, lo que acerca su análisis al del *test* de sentido económico de la conducta, porque las aceptaría en cuanto cuenten con razones económicas y estratégicas más allá de la exclusión de un competidor, y de balance de daños del consumidor, porque admitió que cualquier acuerdo celebrado con los locatarios del canal tradicional no podría restringir el acceso de sus competidores a la oferta, cuestión que resguardaría la variedad de productos a los que pueden acceder los consumidores.

El TDLC, por su parte, habría admitido un *test* de sentido económico del acuerdo conciliatorio, toda vez que señaló que aseguraba la reducción de los obstáculos a la entrada, lo que implícitamente implica reconocer que, bajo las condiciones establecidas,

las conductas verticales no atentarían contra la competencia en el mercado, dado que no restringirían sin sentido a los agentes económicos. Asimismo, el hecho de que el acuerdo permitiera “*reducir los obstáculos a la entrada*” haría compatible el razonamiento del TDLC con los criterios de RRC.

#### **v. Conciliación FNE con Embotelladora Andina S.A. y Coca-Cola Embonor S.A.**<sup>235</sup>

La FNE interpuso un requerimiento en contra de Embotelladora Andina S.A. y Coca-Cola Embonor S.A. (“Coca Cola Embonor”) para que el TDLC declarara que realizaron acciones con objeto de impedir, retardar o entorpecer el ingreso y el crecimiento de bebidas de ‘marcas B’ o alternativas al mercado relevante, otorgando incentivos en el canal tradicional para evitar su publicidad, exhibición y comercialización. Las ‘marcas B’ crecieron de forma sostenida en el mercado, llegando a una participación del 9,3% en el año 2006<sup>236</sup>. Conforme a lo señalado por una de las requeridas, dichas marcas “*representan un riesgo para el negocio, debido a que se comercializan a precios muy inferiores generando presiones a nivel de precios de la industria*”<sup>237</sup>.

El requerimiento definió el mercado relevante como la distribución y comercialización de bebidas carbonatadas, a través del canal tradicional en las regiones que eran atendidas por las requeridas. Las participaciones de mercado de Coca Cola Embonor en el canal tradicional al 2010, alcanzaban el 70,3%. Son barreras naturales a la entrada, contar con centros de distribución y comercialización que abastezcan a los puntos de

---

<sup>235</sup> TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. Causa Rol N° C 233-11, caratulada “Demanda de Sociedad Comercial Antillanca Ltda. contra Coca Cola Embonor, acumulada a la causa Rol C N° 211-11, caratulada “Requerimiento de la FNE contra Embotelladora Andina S.A. y Coca-Cola Embonor S.A.”.

<sup>236</sup> Las ‘marcas B’ corresponden a aquellos productos de empresas locales cuya propuesta es servir a los consumidores de ingresos medios bajos, ofreciendo productos sustancialmente más baratos que las marcas conocidas, pero con una calidad que, cada vez más, rivaliza con las marcas Premium. FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA. Requerimiento contra Embotelladora Andina S.A. y Coca-Cola Embonor S.A., en causa Rol C 221-11.

<sup>237</sup> FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA. Según indican en el *Prospecto de Embotelladoras Coca-Cola Polar S.A.* del año 2010. Requerimiento contra Embotelladora Andina y Cocacola Embonor, en causa ROL C 221-11, punto 6.

venta y poseer una marca comercial reconocida; existirían también comportamientos estratégicos que erigen barreras artificiales a la entrada, como los incentivos a negar el acceso a la publicidad y comercialización de bebidas ‘marcas B’, y el comodato de equipos de refrigeración limitados a sólo exhibir productos de su compañía, copando de esta manera el espacio disponible en el punto de venta.

Por otro lado, la FNE imputó como conducta estratégica la comercialización por medio de la marca ‘Tai’, sustituta directa de las ‘marcas B’, posicionada en el mercado para afectar los márgenes de los competidores de dicho segmento<sup>238</sup>, utilizando la estrategia de *limit pricing*<sup>239</sup>, para advertir a los potenciales entrantes la imposibilidad de obtener márgenes atractivos. La FNE señaló que:

*“Todas estas conductas estratégicas dificultan seriamente el ingreso de nuevos operadores y la estabilización o crecimiento de los existentes. En efecto al negar mayores volúmenes de venta de bebidas Marcas B se impide a sus embotelladoras acceder a las economías de escala que existen (...) encareciendo –en definitiva- sus costos y posibilidades de llegar a más consumidores”<sup>240</sup>.*

La FNE indicó que las empresas requeridas tendrían una posición dominante en el mercado, junto con participaciones superiores al 70%, posición que se potenciaría con el

---

<sup>238</sup> A juicio de la FNE el carácter de esta marca es principalmente instrumental. Esto se explicaría en que no comercializa el sabor “cola” para no generar daño en la marca Coca-Cola lo que resultaría de mayor gravedad que el tope las otras marcas que poseen las requeridas. Una explicación posible a esto es que, aun cuando Tai afecta a las marcas tradicionales –como las que comercializan las requeridas por su marca Coca-Cola-. se justifica su comercialización en que perjudica aún más a las “marcas B”. Ibid. punto 103.

<sup>239</sup> La estrategia *limit pricing* consiste en la estrategia predatoria mediante la cual un dominante establece precios más bajos para reducir las ganancias a las que un potencial entrante podría aspirar. De esta manera, se desincentiva el ingreso de nuevos competidores que podrían disciplinar al dominante en el mercado. HALL, ROBERT. 2008. Potential competition, limit pricing, and Price elevation from exclusionary conduct. Issues in Competition Law and Policy N°433. ABA Section of Antitrust Law. [en línea] <<https://web.stanford.edu/~rehall/PotentialCompetition.pdf>> p. 434.

<sup>240</sup> Ibid. punto 105.

enorme poder de marca asociado a Coca Cola, que es un producto imprescindible para los actores del canal tradicional. Asimismo, la FNE indicó que los acuerdos de exclusividad celebrados con los distribuidores del canal tradicional tendrían como principal efecto el incremento artificial de los costos de distribución de las bebidas carbonatadas alternativas, elemento esencial para mantener economías de escala en el mercado relevante<sup>241</sup>, evitando de esta manera el ingreso y el crecimiento de competidores<sup>242</sup>. Por último, la FNE señaló que existe un daño directo a los consumidores, ya que las conductas imputadas reducen la posibilidad de libre elección de distintos productos dentro del mercado relevante, esto porque, en último término, el éxito de las prácticas exclusorias implicaría la eliminación de otras marcas.

Por su parte, Coca-Cola Embonor en su contestación a la demanda de Sociedad Comercial Antillanca Ltda.<sup>243</sup>, distinguió entre los ‘productos de precio’ y los ‘productos de marca’, dentro de los primeros se contemplan las ‘marcas B’ cuya principal característica sería realizar una escasa o nula inversión publicitaria, basando su negocio en la oferta de precios reducidos<sup>244</sup>. Los ‘productos de marca’, por el contrario, implican una inversión mayor en publicidad de la marca. La contestación se detiene en el caso de Antillanca, que comercializaba sus productos sólo en formatos no retornables y *multi-serve* (menos de 1 litro), estrategia comercial que Embonor calificó como:

---

<sup>241</sup> Ibid. punto 125.

<sup>242</sup> Conforme a lo que señala la FNE, salen del mercado no solamente actores relevantes sino que también distintas Pymes. Ibid. Nota 11.

<sup>243</sup> Se acumularon en la causa rol N° 221-11 caratulada “Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra Embotelladora Andina S.A. y Coca Cola Embonor S.A.”, las causas: (i) Rol C N° 222-11, "Demanda de Embotelladora Latinoamericana S.A. contra Embotelladora Andina S.A. y Coca Cola Embonor S.A."; (ii) la Rol C N° 226-11, caratulada "Demanda de Industrial y Comercial Lampa S.A. contra Embotelladora Andina S.A. y Coca Cola Embonor S.A."; (iii) Rol C N° 227-11, caratulada "Demanda de Embotelladora Castel Ltda. contra Embotelladora Andina S.A."; (iv) Rol N° C 233-11, caratulada "Demanda de Sociedad Comercial Antillanca Ltda. contra Coca Cola Embonor S.A.". TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. Resolución de término N° 92 – 2011. Visto primero.

<sup>244</sup> Contestación Coca-Cola Embonor, en causa ROL C 221-11, punto 39.

*“Una autolimitación relevante para el desempeño competitivo de Antillanca, toda vez que los formatos retornables y Single-Serve son altamente rentables. En particular, estos últimos tienen una menor elasticidad precio que los formatos Multi-Serve, por lo que la escasa participación de Antillanca en este segmento le resta escala, encareciendo sus sistemas de distribución y debilitando la penetración de sus marcas”<sup>245</sup>.*

Además, Coca-Cola Embonor señaló que la calidad ofrecida por los ‘productos de precio’ es menor que la de los ‘productos de marca’, por otro lado, la distribución de sus productos es por medio de centros de distribución propios, en cambio en los ‘productos de precio’ habría un sistema mixto: en las regiones correspondientes a su zona de influencia distribuyen por sistemas propios, mientras que tercerizan la distribución en zonas más alejadas de su centro productivo, por lo que al existir una menor cobertura se registraría una menor participación de mercado. Por otra parte, la contestación se refiere a la sensibilidad de los ‘productos precio’ a los ciclos económicos, señalando que experimentan un auge en periodos de menor crecimiento económico y decrecen en forma inversamente proporcional a la tendencia de recuperación económica. Así, señaló:

*“Cuesta imaginar que la causa de todos los males de Antillanca radique en unas supuestas e inexistentes prácticas anticompetitivas (...) y que los mismos no tengan otras explicaciones alternativas como las que se desprenden [del aumento del PIB]”<sup>246</sup>.*

Concluye que los embotelladores de ‘productos de precio’ han escogido competir en un segmento cuyo mercado relevante es reducido e incluso de nicho, lo que determinaría sus resultados comerciales y la evolución de su participación de mercado. Según la contestación, la política comercial de Embonor en el canal tradicional se basaría en contratos consensuales, bilaterales y conmutativos con los distintos clientes de dicho

---

<sup>245</sup> Ibid., punto 41.

<sup>246</sup> Ibid., punto 52.

canal. Incluso incorporaría eficiencias para los consumidores al entregar herramientas a los distribuidores del canal tradicional para mejorar la experiencia de compra del consumidor, e igualar la cancha con los distribuidores del canal supermercados. En cuanto a los *cooler*, Embonor señala que un 71% de los clientes del canal tradicional tiene sus propios equipos de frío a los que los ‘productos precio’ podían tener acceso pleno. La requerida definió el mercado relevante, en una amplia gama de productos cuyo objeto es saciar la sed, y que serían identificados por los consumidores como sustitutos de las bebidas carbonatadas. En cuanto a las condiciones de entrada, Embonor afirmó que no existirían barreras importantes, por lo que no tendría poder de mercado.

Finalmente, señaló que, para determinar un abuso de posición dominante, en el derecho comparado se utiliza el *test* del competidor igualmente eficiente<sup>247</sup>, cuyo objeto es evitar que la autoridad de competencia subsidie o proteja a empresas menos eficientes o que han optado libremente por desarrollar modelos de negocio distintos, como es el caso de los comercializadores de ‘productos precio’, cuya estrategia de negocios no los hace igual de eficientes que los productores de ‘productos marca’.

El conflicto jurídico terminó por medio de un acuerdo conciliatorio, aprobado por el TDLC, en el cual la requerida se obligó a: (i) no establecer con los puntos de venta acuerdos de exclusividad vertical, ni incentivos exclusorios ni retroactivos; (ii) no impedir, restringir o entorpecer que los puntos de venta exhiban bebidas carbonatadas de otros proveedores y comuniquen al público su disponibilidad y precios; (iii) no establecer ventas atadas ni empaquetamiento de productos; (iv) no vender bebidas carbonatadas a precios inferiores a su costo de producción; (v) poner a disposición del punto de venta un 20% del espacio del equipo de frío entregado para exhibir productos de la competencia.

### **Criterios para la determinación de abusos exclusorios**

---

<sup>247</sup> Ibid., punto 192.

a) *Requerimiento FNE*: La restricción por medio de prohibiciones al canal tradicional para exhibir productos de las 'marcas B', correspondería a una política comercial para incrementar los costos de los rivales, ya que los costos en publicidad son considerados como una inversión hundida en el mercado de distribución y comercialización de bebidas carbonatadas. Es también una conducta de RRC que produciría el cierre del mercado, la exclusividad de los espacios disponibles en refrigeración, y el incremento artificial de los costos de distribución de las bebidas de 'marcas B' alternativas. Además, el requerimiento sugeriría al adjudicador, realizar un balance de daños al consumidor, al indicar que la conducta de la requerida reduce la libre elección de distintos productos para los consumidores finales, lo que además redonda en un incremento del precio de los productos.

b) *Contestación Embonor y Andina*: Invoca el *test* del competidor igualmente eficiente, señalando que el modelo de negocios y el mercado elegido por los demandantes tiene características que lo harían estructuralmente menos eficiente, esto es: productos de menor calidad, sensibilidad mayor a los cambios económicos, menor eficiencia productiva y problemas de distribución. En definitiva, insinuó que de la aplicación del *test* del competidor igualmente eficiente no cabría proteger a los productores de 'marcas B', porque su exclusión no significaba un daño a la libre competencia.

c) *Conciliación*: La conciliación buscó eliminar los acuerdos exclusorios y dar la posibilidad de que las 'marcas B' compitieran en igualdad de condiciones. De manera tal que el acuerdo, sin perjuicio de no significar el reconocimiento de la práctica anticompetitiva, prohibió la existencia de incentivos exclusorios, asumiendo plausiblemente su efecto de RRC.

## vi. Requerimiento FNE contra Unilever Chile S.A.<sup>248</sup>

---

<sup>248</sup> TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. Causa Rol C N° 249-13, caratulada "Fiscalía Nacional Económica con Unilever Chile S.A.".

La FNE indicó en su requerimiento que Unilever Chile S.A. (“Unilever”), ejecutó una serie de prácticas exclusorias en el mercado de los detergentes para el lavado de ropa, por medio de incentivos para exclusividad y prácticas asociadas al uso de espacio para comercializar. En cuanto a los incentivos exclusorios, en el canal tradicional se imputan: (i) descuentos por exclusividad o por compra exclusiva; (ii) proyectos de distribución controlada, asegurando así un margen de utilidad a los distribuidores para ofrecer mejores precios que otros mayoristas que no controlan la distribución; (iii) pagos de descuentos condicionales retroactivos, consistentes en incentivos para que los distribuidores mayoristas no abran la venta de productos de otros competidores; (iv) *facing* o participación en góndolas, exigiéndole a los mayoristas hasta un 95% de ocupación de las estanterías.

En el canal supermercados, la FNE detectó descuentos condicionales retroactivos hechos a la medida de cada cliente supermercadista, con prácticas similares. El requerimiento definió el mercado relevante del producto en el de detergentes para el lavado de ropa, líquidos o polvos, para el consumo corriente del hogar<sup>249</sup>. El comportamiento estratégico de la requerida sería la barrera a la entrada más significativa, agravada por las elevadas participaciones del monopolista, que alcanzan el 82% en el canal tradicional y el 70% en el supermercadista. Además, las marcas comercializadas por Unilever serían consideradas productos imprescindibles para los distribuidores. Finalmente, la FNE señaló que los incentivos exclusorios habrían frenado la expansión y desarrollo de los competidores, mediante el alzamiento de barreras artificiales a la entrada que afectarían, en último término, a los consumidores<sup>250</sup>.

En su contestación, Unilever señaló que enfrentaba una competencia vigorosa por parte de otros actores del mercado, por la alta rivalidad en precios, la fuerte inversión publicitaria y la constante innovación de los productos. Arguyó que no ha cometido las

---

<sup>249</sup> FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA. Requerimiento a Unilever, en causa ROL C 249-13, punto 41.

<sup>250</sup> Ibid. Punto 81.

conductas exclusorias ilícitas, sino que sus decisiones habrían beneficiado al consumidor final, disminuyendo el precio, asegurando la disponibilidad, y ofreciendo una amplia variedad de marcas y formatos de productos. A esto se sumaba un sostenido crecimiento del detergente líquido, que habría restado participación a Unilever. Los productores de detergentes contaban con distintas alternativas para distribuir sus productos, no existirían barreras a la producción e importación de detergentes para acceder a los productos y, en cuanto a la distribución, los consumidores acudirían a un amplio espectro de puntos de venta. Por otro lado, argumentó que no contaba con poder de mercado frente a los supermercados, dado que estos seleccionaban los productos ofrecidos, y cobraban por el espacio y los servicios de distribución de los mismos.

Por otro lado, Unilever señaló que potenció el canal tradicional, que había perdido importancia frente al canal supermercadista, otorgándole mejor cobertura y mejores condiciones de comercialización. Para Unilever sus conductas lejos de dañar la competencia serían pro-competitivas, basándose en que las restricciones verticales por regla general lo son. En definitiva, adujeron que para distinguir cuándo una práctica disminuye el bienestar social las autoridades deberían realizar una aproximación basada *en los efectos* y no una aproximación formalista, que consideraría erróneamente que estas conductas son *per se* ilícitas cuando se realizan por un competidor que goza de una posición dominante<sup>251</sup>.

Por otro lado, señalaron que no estaría frente a un caso de RRC, en primer lugar, porque al existir distintas alternativas de suministro el competidor tendría accesos alternativos al mercado, lo que le impediría al proveedor que pactó una exclusividad subir los precios. Además, los descuentos ofrecidos serían *desafiables* por los competidores:

*“[n]o hay multas pactadas, sino que descuentos, de manera que un entrante más eficiente puede ingresar ofreciendo una mejor oferta al distribuidor*

---

<sup>251</sup> Ibid. Punto 118.

*exclusivo o bien desarrollarse junto a cualquiera de los tantos distribuidores existentes”<sup>252</sup>.*

Así, de no entrar un nuevo competidor sería porque no existe interés en desarrollar el canal tradicional, o porque es mejor para los distribuidores exclusivos trabajar con Unilever. En cuanto a la participación en el espacio en góndolas, la contestación señaló que constituiría una práctica común, en beneficio tanto del distribuidor como del consumidor final, asegurando la disponibilidad del producto y otorgando certidumbre a los proveedores para planificar su inversión en el producto ofrecido en ese punto de venta.

Finalmente se da término al procedimiento por medio de un acuerdo conciliatorio. En la resolución aprobatoria, el TDLC indicó:

*“A pesar de que la contienda entre las partes dice relación con la distribución y comercialización de detergentes, éstas han presentado una propuesta de acuerdo conciliatorio cuyos términos exceden por mucho el mercado de los detergentes”<sup>253</sup>.*

El TDLC además consideró que las prácticas exclusorias que se imputaban a Unilever podrían generar tanto perjuicios como beneficios a la libre competencia, así:

*“La conformidad de una restricción vertical con la normativa sobre defensa de la libre competencia dependerá, en definitiva, de la ponderación de las eficiencias y riesgos inherentes a la mismas”<sup>254</sup>.*

---

<sup>252</sup> Contestación Unilever en causa Rol N° C 249-13, punto 181.

<sup>253</sup> TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. Resolución de término N° 120 – 2014, considerando 3°.

<sup>254</sup> Ibid., considerando 7°.

Los términos la conciliación fueron que Unilever se obligaba a no ofrecer, aplicar, pactar, pagar o financiar de ninguna manera acuerdos, incentivos, premios o descuentos de ninguna naturaleza que tuvieran por objeto establecer exclusividad en la comercialización o distribución de una categoría relevante de productos.

### **Criterios para la determinación de abusos exclusorios**

a) *Requerimiento FNE*: Acudió a la teoría de los RRC, ya que la conducta afectaría los costos de los rivales del dominante, en proyectos de distribución controlada y prácticas de *facing*. Se consideró el bienestar de los consumidores, afirmando que han sido afectados por las barreras artificiales creadas por Unilever, restringiendo la diversidad de productos en el mercado.

b) *Contestación Unilever*: Basó su defensa en el *test* del competidor igualmente eficiente, al señalar que si sus productos estaban bien posicionados en el mercado sería porque Unilever competiría en calidad, precio y reconocimiento de los consumidores; en otras palabras, se prefirieron sus productos porque son mejores que los de la competencia y no por una imposición vertical de Unilever en los canales de distribución. Complementó esto señalando que, si no entra un nuevo competidor, es porque no existe interés o porque para los distribuidores es más conveniente trabajar de forma exclusiva con Unilever. Por otra parte, señaló que en el caso no sería posible desplegar una política de RCC, ya que en distribución y suministro existirían múltiples opciones distintas a las utilizadas por Unilever y no habría barreras artificiales a la entrada. Además, valora su conducta desde el *test* de balance de daños al consumidor, al sugerir la aplicación de la regla de la razón basándose en los efectos y, por tanto, considerar que no se debiera determinar una conducta *per se* ilícita por gozar de una posición dominante, además señaló que su estrategia de comercialización aumentaría el bienestar del consumidor al disminuir el precio, y aumentar la variedad y disponibilidad de los productos que ofrece, en virtud de los acuerdos de exclusividad pactados.

c) *Conciliación*: Introduce una innovación importante en materia de acuerdos conciliatorios en casos de abuso, ya que abarcó no sólo los productos sobre los que la FNE formuló su requerimiento, sino que además incorporó otras categorías de productos que Unilever comercializa. El TDLC señaló en la resolución que aprobó el acuerdo, que la restricción vertical debe analizarse sobre una ponderación de las eficiencias y riesgos inherentes a la misma, de modo tal que el análisis del TDLC adoptaría un *test* de balance, independientemente si este tiene o no acento en el bienestar de los consumidores.

## 5.2. Jurisprudencia en el mercado de telecomunicaciones

### i. Sentencia N°45 - Demanda de Voissnet S.A. y requerimiento de la FNE contra CTC<sup>255</sup>

Voissnet S.A. (“Voissnet”) demandó a la Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A. (“CTC”) porque habría abusado de su posición dominante en la propiedad de redes de telecomunicaciones y Banda Ancha, al manejar, restringir y controlar a los usuarios, imponiéndoles barreras para la utilización de dichas tecnologías, para dificultar el acceso de la telefonía IP (que utiliza Internet), y proteger su negocio de telefonía pública y de larga distancia, impidiendo que el usuario final accediera a las aplicaciones y posibilidades que otorga el ancho de banda e Internet.

En particular, la demanda imputó a CTC: (i) la celebración de contratos con distintos proveedores de acceso a Internet (“ISP”) en los que se prohibió dar servicio de voz sobre IP, y en los que se limitaron las condiciones técnicas para el acceso a servicios de telefonía IP; (ii) la celebración de contratos indirectos entre CTC, los ISP y el cliente final, en que se prohibió instalar equipos detrás del módem de CTC sin su autorización expresa; (iii) el bloqueo de las direcciones IP de los servidores de Voissnet a los clientes conectados a Internet de Banda Ancha por CTC o sus filiales; (iv) el empaquetamiento de

---

<sup>255</sup> TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. Causa Rol C N° 60-05, caratulada “Demanda de Voissnet S.A. y requerimiento de la FNE contra CTC”.

servicios de CTC a sus clientes finales, especialmente empresariales; (v) la entrega de conexión de Banda Ancha a través de módems previamente configurados para impedir tráfico de voz IP; (vi) la instalación de módems con puerta única de tipo UBS (que habitualmente sería tipo *ethernet*), cuya tecnología sería incompatible con el tráfico de voz IP; (vii) el establecimiento de subsidios desde servicios no regulados hacia servicios regulados, por medio de contratos de suministro.

Por su parte, CTC señaló en su contestación a la demanda que no existirían barreras a la entrada de nuevos operadores, dado que desde la perspectiva regulatoria el servicio de ancho de banda podía ser prestado por cualquier operador que estuviera dispuesto a efectuar inversiones en equipamiento, e incluso podrían montar sus servicios sobre las líneas vacantes de CTC o las que estuviera en uso; y, desde la perspectiva económica, las inversiones para ingresar al mercado de Banda Ancha no constituirían una barrera insondable, y quienes no estuvieran dispuestos a realizar esa inversión tendrían la posibilidad de contratar los productos mayoristas a CTC o sus competidores, quienes ofrecen los productos ISP de manera abierta y no discriminatoria. Además, CTC expuso que sus competidores estaban actualmente expandiéndose en el mercado, lo que junto con el desarrollo de nuevas tecnologías que aún no se encontraban desarrolladas, convertiría el mercado en uno *desafiable*.

Junto con lo anterior, CTC indicó que ofrecía servicios en igualdad de condiciones a todos los ISP, por lo que podían operar el servicio de Banda Ancha sin mayores inversiones en equipos, ofreciéndoles mejores condiciones técnicas. Además, señaló que Voissnet operaría bajo un esquema 'parasitario' que aprovecharía la infraestructura de red telefónica y conexión a Banda Ancha e Internet, a la que se agregan equipos marginales que permiten la prestación que Voissnet ofrece. Por otro lado, la prestación de telefonía IP a través de Banda Ancha no constituiría un servicio de telecomunicaciones distinto al servicio público telefónico local que CTC ofrecía a sus clientes, por lo que las empresas que ofrecían telefonía IP estarían ejecutando una práctica anticompetitiva al proveer un servicio que en términos prácticos sería igual al de telefonía, pero sin someterse a la

misma regulación y aprovechando instalaciones ajenas, lo que constituiría una ventaja ilegítima de mercado.

Además, CTC señaló que Voissnet perfectamente podría ser operadora de servicios ADSL y de acceso a Internet en Banda Ancha, dado que CTC mantendría vigente una oferta de servicios de desagregación de red. En línea con esto, CTC señaló que había realizado importantes inversiones en su calidad de concesionaria de servicio público telefónico local, para ofrecer su infraestructura a quienes lo requirieran dentro de su zona de servicio, habría una vulneración a su derecho constitucional de desarrollar libremente su actividad económica, en la oferta de terceras empresas de servicios de telefonía IP en sus propias instalaciones.

En cuanto a las conductas imputadas, CTC las refutó señalando: (i) el servicio de Banda Ancha es contratado libremente por los ISP, con el objeto exclusivo y específico de proveer de un servicio de conectividad de Banda Ancha sólo para el servicio de acceso a Internet, por tanto no se incluiría el servicio de voz sobre IP; (ii) respecto a las dificultades técnicas, señaló que la calidad del servicio contratado dependía exclusivamente del consumidor final y no era impuesta por CTC; (iii) en cuanto a la celebración de contratos indirectos entre CTC, el ISP y el cliente final, que impiden instalar equipos tras el módem, CTC señaló que sólo ofrecía acceso a Internet como única prestación, además toda otra intervención de los equipos por parte de terceros afectaría el servicio de acceso a Internet; (iv) asimismo, no se bloquearían las direcciones IP válidas en el servicio de acceso a Internet que CTC provee; (v) en cuanto al empaquetamiento de servicios a empresas, CTC indicó que se encontraba en marco de las autorizaciones sectoriales entonces vigentes; (vi) además, la configuración actual de los puertos de los módems, argumentó, respondía a un motivo de seguridad para prevenir intrusiones no deseadas, como ataques de *hackers*, además, no se bloquearían puertos relacionados con la prestación de Internet; (vii) por otro lado, los módem USB cumplirían con permitir la única prestación de CTC, de acceso a Internet, y sería la más común y barata; (viii) existiría un alto grado de competencia en el mercado de servicio

básico telefónico, y la falta de regulación tarifaria en dicho servicio habría permitido que diversos actores concentraran su accionar en clientes de alto consumo.

Por último, CTC describió los efectos adversos de la telefonía sobre Banda Ancha, al señalar que no aumentaba la cobertura del servicio telefónico; apuntaba a un nicho de clientes de altos ingresos que se beneficiarían por precios menores a costa de los clientes de bajo tráfico que no tendrían la posibilidad de contar con Banda Ancha; su desarrollo implicaba mayores inversiones y menores ingresos para la industria; y, desde el punto de vista de 'eficiencia social' no creaba un mayor valor para la sociedad.

A su vez, CTC demandó reconventionalmente a Voissnet, dado que consideró que habría atentado contra la libre competencia al utilizar la infraestructura de propiedad de terceras empresas sin retribución alguna, prestando un servicio idéntico al de las empresas concesionarias de telefonía local, pero en situaciones más favorables.

En su contestación a dicha demanda reconventional, Voissnet señaló que el mercado de telefonía tradicional era completamente distinto al de comunicaciones de voz sobre Banda Ancha, que no se encontraba regulado y cuyo estatuto jurídico mal podría contemplar las mismas obligaciones y deberes que el servicio de telefonía tradicional. Además, respecto a la calidad del servicio, Voissnet señaló que el producto que ofrecía tenía un precio menor, y el usuario tenía en cuenta que la calidad no podía ser idéntica a la del servicio tradicional, sin perjuicio de que el avance tecnológico permitirá mejorar la calidad en el corto plazo. Por último, el uso 'parasitario' de redes ajenas no sería tal, ya que el propio cliente ya habría pagado el servicio telefónico y de acceso a Internet, así como todos los costos de devolución de las inversiones de CTC que se encontraban contemplados en la tarifa regulada.

La FNE se hizo parte de la causa interponiendo un requerimiento en contra de CTC, basada en que se habrían creado barreras artificiales a la entrada de competidores en el mercado de telefonía local, para así mantener su posición de dominio a través de la imposición de contratos de servicio a sus clientes ISP. En particular, señaló que CTC sería una empresa dominante en el mercado de telefonía tradicional que, desde la perspectiva

de la demanda, sería percibido como un sustituto del de telefonía IP. Además, CTC contaría con un 50% de participación en el acceso a Banda Ancha, insumo necesario para la telefonía IP. Así, mediante la imposición de cláusulas por el servicio 'Megavía DSL', CTC habría trasladado su poder de mercado desde un mercado conexo, impidiendo a los consumidores acceder a un mejor servicio, lo que contrariaría la competencia desde una perspectiva dinámica.

Asimismo, la FNE estimó que el TDLC debía declarar que CTC garantizara la libre competencia en el acceso a la Banda Ancha, y que permitiera la instalación de cualquier aplicación, incluyendo telefonía IP, que los consumidores quisieran contratar. Por último imputó a CTC la realización de una serie de conductas competitivas que tuvieron por objetivo impedir el otorgamiento de la telefonía IP: (i) discriminación arbitraria, por medio de contratos con el consumidor final ofreciendo una menor cantidad de redes a nivel local (monousuario con una red o multiusuario con más de una), en circunstancias que el aumento de redes no representaría un mayor costo para CTC, por lo que no existirían condiciones económicas ni de costos que justificaren dicha decisión, salvo la de generar ingresos supra-competitivos para la entidad dominante; (ii) impedimento para instalar equipos tras el módem, que constituiría una barrera artificial dado que no sería posible acreditar que su instalación afecte el servicio de Internet prestado por CTC; (iii) bloqueo de puertos de los módems para impedir el tráfico de voz IP, lo que afectaría directamente al producto ofrecido a los clientes, dado que restringía el acceso a una de las tantas aplicaciones posibles desde una red de Internet.

El TDLC fijó en su resolución que recibe la causa a prueba como hechos pertinentes, sustanciales y controvertidos: (i) hechos y circunstancias de orden económico que justificarían las diferencias cobradas a los usuarios (monousuarios o multiusuarios) de Internet de CTC; (ii) hechos y circunstancias de orden técnico y económico que justifican la restricción de CTC para la transmisión de telefonía sobre Banda Ancha; y (iii) características técnicas, económicas y operacionales de la prestación del servicio de telefonía IP en Chile.

Respecto a las restricciones contractuales denunciadas por Voissnet, el TDLC señaló que para verificar si tenían efectos restrictivos a la competencia, era necesario analizar si CTC tendría el suficiente poder de mercado en la oferta mayorista de acceso a Internet por Banda Ancha. En relación con este punto, señaló que, al momento de celebrarse los contratos de provisión de Internet con los ISP, CTC contaba con una participación que superaba el 76% del mercado en la provisión de redes de telefonía fija, lo que le otorgó una posición de negociación favorable.

En lo que respecta a las acusaciones en contra de CTC, el TDLC señaló que las cláusulas de los antedichos contratos serían evidentemente restrictivas de la libertad de los ISP para contratar con quienes prestan el servicio de telefonía IP, constituyendo una verdadera barrera a la entrada para la prestación de determinados servicios de Internet, cuyo objetivo fue evitar que una nueva tecnología compitiera con la actividad económica del dominante. Por otro lado, la prohibición por parte de CTC para instalar equipos tras el módem implicaría una condición arbitraria para el usuario, dado que la transmisión de voz IP tendría efectos en la red idénticos a los de cualquier otra aplicación de Internet.

Adicionalmente, en cuanto a la presunta discriminación arbitraria entre monousuarios y multiusuarios, el TDLC señaló que podrían justificarse por cuanto los clientes multiusuarios utilizarían un mayor ancho de banda, por lo que una estructura tarifaria simplificada para ambos tipos de usuarios sería razonable y no constituiría en sí misma un atentado contra la competencia. Asimismo, el TDLC señaló que no se tuvo por acreditado que existiera un empaquetamiento anticompetitivo entre servicios regulados y no regulados para grandes clientes, siendo habitual que se solicitara una solución integral por parte de los clientes más grandes.

En definitiva, el TDLC acogió la demanda de Voissnet y el requerimiento de la FNE, y rechazó la demanda reconventional de CTC, ordenando el cese de las conductas acreditadas, la modificación de los contratos de suministro a los ISP e imponiendo una multa.

Finalmente, la Corte Suprema conoció del recurso de reclamación interpuesto CTC en contra de la sentencia del TDLC, acogiendo parcialmente el recurso sólo en lo relativo a la reducción prudencial de la sanción interpuesta por el TDLC, porque la conducta fue cometida durante los años 2000 y 2001, fecha en que se celebraron los contratos de suministro de Internet con los ISP, la ley vigente establecía sanciones inferiores<sup>256</sup>.

### **Criterios para la determinación de abusos exclusorios**

*a) Demanda de Voissnet S.A. y requerimiento de FNE:* en su imputación, Voissnet identificó conductas que dificultaron artificialmente el ingreso de competidores aumentando sus costos para competir. En particular, la prohibición de proveer el servicio de voz sobre IP, de instalar equipos tras el módem, instalar tecnología incompatible con el tráfico de voz IP y el bloqueo de direcciones IP, corresponderían a conductas implícitamente constitutivas de RRC.

Por otro lado, la FNE acusó a CTC de crear barreras artificiales a la entrada, con el objetivo de impedir la entrada de la telefonía IP en sus redes. El razonamiento de la FNE habría tomado implícitamente criterios de RRC, al coincidir con que el impedimento de instalar equipos tras el módem y el bloqueo de puertos para impedir el tráfico de voz IP afectaba el desenvolvimiento de los competidores excluidos. Adicionalmente, respecto de la conducta imputada de discriminación arbitraria, la FNE habría aplicado dos criterios; en primer lugar, el *test* de daños al consumidor, por cuanto la conducta del dominante habría disminuido la cantidad de productos ofrecidos; y, además el *test* del sentido económico de la conducta, dado que la disminución en la cantidad de redes ofrecidas no se justificaría en los costos, sino que solamente en el objetivo de generar ingresos supra-competitivos para el dominante.

---

<sup>256</sup> Señala la Corte Suprema que, “[a]l imponer el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia una multa ascendente a 1500 unidades tributarias anuales se ha excedido la sanción del límite máximo que imponía la ley vigente a la fecha de la comisión de los hechos o conductas que se reprochan en esta causa, cual era de 833,33 Unidades Tributarias Anuales”. CORTE SUPREMA. 2007. Sentencia en causa Rol N°6236-2006. Considerando 32°.

*b) Contestación CTC:* por su parte, la contestación de CTC resaltó el sentido económico de sus conductas en el mercado, señalando que ofrecía sus productos de forma no discriminatoria y con las mejores condiciones técnicas. Por otro lado, la defensa de CTC aplicó implícitamente criterios pertenecientes al *test* el competidor igualmente eficiente, al señalar que Voissnet perfectamente podría ser una operadora integrada verticalmente a la provisión de Banda Ancha, y al imputar una calidad ‘parasitaria’ a los servicios prestados por la demandante. Adicionalmente, desde el prisma del consumidor, adujo que cualquier intervención a los equipos de CTC perjudicaría la calidad del servicio prestado al consumidor final, además de señalar que la telefonía sobre Banda Ancha traería aparejados efectos perjudiciales para el sistema y no creaba un mayor valor para la sociedad.

*c) Sentencia del TDLC:* el TDLC fijó como criterio el sentido económico de la conducta, al contemplar como hecho a probar las circunstancias de orden técnico y económico que justificaban la oferta de Internet CTC a los consumidores finales, y la restricción para la transmisión de telefonía IP sobre Banda Ancha.

Luego, dicho adjudicador acreditó la posición dominante de CTC que contaba con un 76% del mercado de provisión de redes de telefonía fija, insumo indispensable para las demandantes. Además, respecto a las acusaciones, descartó que existiera algún sentido económico tras la imposición de cláusulas de los contratos de provisión de Internet y la prohibición de instalar equipos tras el módem de CTC. En cuanto a la diferencia de tarifas para clientes monousuarios y multiusuarios, igualmente aplicó un *test* de sentido económico, dado que consideró que dicha tarificación se encontraba suficientemente justificada desde la perspectiva técnica porque los clientes multiusuarios utilizarían un mayor ancho de banda.

d) *Sentencia de la Corte Suprema*: La Corte Suprema acogió el análisis conductual del TDLC, limitándose a reducir la multa aplicada, aplicando la ley vigente al momento en que se concretó la conducta anticompetitiva de CTC.

## ii. Sentencia N°88 - Demanda de OPS Ingeniería Limitada y otros contra Telefónica Móviles de Chile S.A.<sup>257</sup>

OPS Ingeniería Limitada (“OPS”), interpuso una demanda en contra de Telefónica Móviles de Chile S.A. (“TMCH”), por haber incurrido en una serie de conductas anticompetitivas, entre ellas la modificación unilateral de condiciones contractuales, elevando sustancialmente los precios pactados, con la finalidad de restarle competitividad en el mercado de conversión de red fija a celular (“Servicio de Conversión”), conocido como ‘celulink’, para favorecer la prestación de dicho servicio por parte de TMCH.

En su demanda, OPS señaló que su giro consistía en ofrecer el Servicio de Conversión a sus clientes, que constituía un sustituto de la llamada original de red fija a red móvil, cuyo costo era considerablemente mayor que el de un teléfono móvil hacia otro de esa misma red. Así las llamadas telefónicas podían ser *on-net* en aquellos casos en que el llamado se realizaba desde un celular conectado a la misma red móvil de origen, y *off-net* cuando se debía pagar el cargo de acceso al direccionar una llamada desde una red móvil a otra. La solución ofrecida por OPS permitía que, mediante la habilitación de un módem, se enlazara la llamada con una plataforma que convertía la llamada traspasándola a una *sim card* contratada por OPS que generaba una llamada dentro de la misma red de la compañía destinataria.

De esta manera, para prestar sus servicios, OPS contrataba planes de telefonía móvil con operadoras móviles. Así, OPS celebró contratos de suministro de servicio telefónico con TMCH, que a partir del año 2006 sufrieron modificaciones unilaterales imponiendo

---

<sup>257</sup> TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. Causa Rol N° C 126-07, caratulada “Demanda de OPS Ingeniería Limitada y otros contra Telefónica Móviles de Chile S.A.”.

precios sustancialmente más elevados que los pactados, que restaron competitividad a OPS, que no pudo renunciar a las condiciones impuestas, y que favorecieron la prestación del Servicio de Conversión por parte de TMCH.

OPS señaló también que la conducta de TMCH carecería de justificación racional, dado que se le aplicarían tarifas sustancialmente más altas que aquellas aplicables a empresas con un número inferior de minutos.

Junto con lo anterior, la demanda imputó a TMCH la ejecución de otras conductas anticompetitivas, consistentes en la afectación reiterada de las prestaciones realizadas por OPS, mediante el bloqueo de tarjetas SIM, y la negación de servicios que la dominante provee a terceros. De esta manera, se afectaría la calidad del servicio prestado por OPS, generando insatisfacción en sus clientes que optarían por otros proveedores ante la menor calidad del servicio.

ETCOM S.A. (“ETCOM”) presentó, por su parte, una demanda en contra de TMCH, también por conductas contrarias a la libre competencia. ETCOM prestaba servicios de fabricación y comercialización de equipos de conversión fijo-móvil y era cliente de TMCH en los servicios de planes ‘post pago’.

La demanda de ETCOM identificó como conductas anticompetitivas el alza injustificada de precios por parte de TMCH en los planes ‘post pago, que carecerían de criterios de racionalidad económica y corresponden a actos de discriminación arbitraria, debido a que no guardan relación con el valor económico del servicio suministrado dado que a mayor contratación se pretende cobrar un mayor precio, cuestión que debería ser a la inversa.

Interlink Global Chile Limitada (“Interlink”) también dedujo demanda en contra de TMCH, por aumento unilateral de las tarifas del plan telefónico que contrató con la demandada. Interlink señaló que dichas alzas serían discriminatorias porque no se habrían aplicado al conjunto de clientes con planes tarifarios bajo la misma modalidad, sino que sólo habrían afectado a Interlink, y tendrían por objetivo expulsar a dicha entidad del mercado.

Adicionalmente, Sistek Limitada presentó una demanda en los mismos términos que OPS.

TMCH contestó a las demandas interpuestas en su contra solicitando su rechazo, basado en que: (i) el servicio prestado por las demandantes correspondería al de “reoriginación de llamadas” y sería ilícito de conformidad a la regulación sectorial, dado que simulaba el servicio de interconexión mediante dispositivos de Celulink GMS, con la finalidad de evitar el pago de los cargos de acceso contemplados en la regulación sectorial; por lo que, en definitiva, no podría constituir un mercado relevante; (ii) las demandantes engañaron a TMCH, dado que se presentaron como usuarias finales del servicio de telefonía móvil, sin perjuicio de reoriginar las llamadas hacia otras redes a través de sus conversores; (iii) no sería efectivo que TMCH goza una posición dominante en el mercado, ya que cualquier otra empresa telefónica autorizada podría ofrecer los mismos servicios que ella; (iv) por último, en cuanto a las infracciones a la competencia que se le imputan, TMCH señala que no habría cometido ninguna. En particular, el alza a los planes contratados no sería discriminatoria, dado que se fundaría en los altos costos de soportar la concentración de tráfico generado en las redes de telefonía móvil, al saturar las celdas que componen su capacidad; tampoco serían alzas ilegales, ya que TMCH estaría autorizada expresamente para practicarlas en los contratos celebrados con las demandantes. Respecto al supuesto bloqueo de tarjetas SIM, señaló que no sería efectivo, sino que respondería a una falla propia del producto. En cuanto a la negativa de prestar servicios, TMCH argumentó que dichos servicios no habrían sido solicitados por OPS, aun habiéndole comunicado la posibilidad de ejecutarlos.

El TDLC fijó como hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos: (i) las características de los mercados en que inciden las conductas denunciadas y la similitud entre los servicios prestados por TMCH y los prestados por las demandantes; (ii) hechos y circunstancias de orden técnico y económico que justifican el alza de los planes, y la efectividad de que existieran restricciones técnicas para impedir o dificultar la prestación de los servicios ofrecidos por los demandantes.

La FNE acompañó un informe al TLDC señalando que el alza de precios que habría aplicado TMCH, podría explicarse como un ejercicio de poder de mercado destinado a apropiarse de las rentas del negocio de celulink, y no existiría justificación económica razonable para dicha alza aplicada sólo a ciertos clientes. Además, señaló que el tráfico generado por las demandantes no satura las redes de TMCH, por lo que técnicamente no se encontraba justificada el alza de precios en un aumento de los costos. En definitiva, TMCH habría incurrido en una conducta de estrangulamiento de márgenes anticompetitiva, con la finalidad de apropiarse de las ganancias de las demandantes, práctica reforzada por las disminuciones en la calidad la provisión de sus servicios.

En su sentencia, el TDLC concluyó que las empresas móviles cuentan con una facilidad esencial, que corresponde a los planes de telefonía móvil que permiten a las empresas que prestan el Servicio de Conversión de llamadas fijo-móvil *on-net* competir en dicho mercado. Asimismo, señaló que TMCH contaría con una posición de dominio en el mercado al ser el único proveedor del insumo esencial para dar el servicio de terminación de llamadas de su red, y sería capaz de traspasar dicho poder al mercado aguas abajo de terminación de llamadas fijo-móvil *on-net*.

En cuanto a las conductas anticompetitivas imputadas a TMCH, el TDLC señaló que las diferencias de precios que dicha entidad cobraba constituyeron una discriminación de precios arbitraria, dado que no parecían basarse en condiciones de racionalidad económica, ya que se cobraban mayores precios a quienes demandaban más minutos, cuestión que no se justificaría en la diferencia de costos para cada cliente. Asimismo, el TDLC concluyó que TMCH estranguló márgenes de las demandantes con quienes competía aguas abajo, al imponer la señalada discriminación arbitraria.

El TDLC indicó que TMCH habría formulado diversos argumentos para justificar su conducta y políticas de precio, que debían ser desestimados: por un lado, pues no parecía verosímil que la demandada desconociera el servicio prestado por las demandantes; y, por otro lado, tampoco resultaba verosímil que el alza de precios respondiera a un cumplimiento de las condiciones contractuales, como forma de resarcimiento por un

supuesto incumplimiento a determinadas cláusulas contractuales, dado que cualquier resarcimiento debió haberse discutido en los órganos de adjudicación competentes, para poner término a dichos contratos y solicitar una indemnización de perjuicios. Por último, el TDLC no dio por acreditada la imputación de competencia desleal realizada en contra de TMCH.

En atención a lo anteriormente señalado, el TDLC condenó a TMCH por haber incurrido en una práctica de discriminación arbitraria de precios, que se tradujo en un estrangulamiento de márgenes de sus competidores en el mercado, imponiendo una multa y prohibiendo a TMCH persistir en la conducta anticompetitiva.

La Corte Suprema conoció del recurso de reclamación interpuesto por TMCH, señalando que carecía de asidero en sus justificaciones respecto a la inexistencia de discriminación arbitraria. En particular, la Corte Suprema consideró que TMCH no logró desvirtuar las acusaciones deducidas en su contra en cuanto a que los cobros realizados no eran objetivos ni transparentes, descartando que existiere justificación económica suficiente. Finalmente, la Corte Suprema rechazó en todas sus partes la reclamación de TMCH.

### **Criterios para la determinación de abusos exclusorios**

*a) Demanda de OPS y otros:* en las demandas interpuestas, es posible reconocer la aplicación implícita del *test* del sentido económico, dado que el cobro por parte de la demandada de tarifas sustancialmente mayores a un cliente que demanda un tráfico mayor de minutos que a uno que demanda menos minutos, carecería de justificación económica. Junto con lo anterior, fueron imputadas una serie de conductas que pueden clasificarse como RRC, como el bloqueo de tarjetas SIM y la negación de servicios que TMCH provee a terceros.

Por su parte, la FNE habría aplicado un *test* del sentido económico, dado que señaló que no advirtió justificación técnica o económica en las alzas aplicadas a ciertos clientes en particular.

b) *Contestación Telefónica Móviles de Chile S.A.*: la demandada argumentó desde el *test* del sentido económico de su conducta, toda vez que, desde una perspectiva técnica, las tarifas ofrecidas se fundarían en los altos costos de soportar el tráfico en las redes de telefonía móvil generado por las demandantes; y, en términos jurídicos, TMCH se encontraría autorizada a efectuar un alza unilateral por los contratos de provisión celebrados con las demandantes.

c) *Sentencia TDLC*: dentro de los hechos pertinentes, sustanciales y controvertidos que fueron fijados en el auto de prueba, el TDLC consideró las circunstancias de orden técnico y económico que justifican el alza de los planes por parte de TMCH, lo que podría significar una aplicación implícita del *test* del sentido económico de la conducta del dominante. Además, consideró como hecho de prueba la efectividad de que existieran restricciones técnicas para dificultar la prestación de servicios por parte de las demandantes, lo que implica que sometió a evaluación conductas del tipo RRC.

En cuanto a las conductas imputadas, el TDLC acreditó posición de dominio de TMCH por la facilidad esencial con que contaba, que le habría permitido concretar la discriminación arbitraria. En la decisión del TDLC prima el *test* del sentido económico, dado que descartó que la conducta de TMCH tuviera alguna justificación alternativa.

d) *Sentencia Corte Suprema*: acogió el razonamiento de la sentencia recurrida, aplicando el *test* de sentido económico, al señalar que no existiría justificación económica suficiente para las conductas imputadas a TMCH.

### **iii. Sentencia N°97 - Demanda de Voissnet S.A. contra Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A.<sup>258</sup>**

Voissnet demandó a la CTC por las conductas anticompetitivas consistentes en empaquetamientos anticompetitivos de servicios de acceso a Internet de Banda Ancha y de telefonía fija por un único precio, realizando subsidios cruzados de ambos servicios.

---

<sup>258</sup> TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. Causa Rol N° C 135-07, caratulada “Demanda de Voissnet S.A. contra Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A.”.

En particular, establecería un precio excesivo por el servicio de Banda Ancha, en el que tiene poder de mercado, para subsidiar el servicio de telefonía fija que se encontraría tecnológicamente amenazado. Las conductas denunciadas tendrían por objeto impedir el ingreso de nuevos competidores y expulsar a los que actualmente se encuentran en el mercado de telefonía, evitando que las nuevas tecnologías pudieran competir en el mercado.

En su demanda, Voissnet señaló que la conducta de CTC habría excluido del mercado a sus competidores, al no poder replicar los precios y ofertas de la entidad dominante, de manera que el usuario que quería contratar Banda Ancha y por cualquier otra razón debía contratar con CTC, optaría siempre por la oferta conjunta de los productos dado que le permitía acceder a la telefonía a precios mucho más bajos.

CTC contestó la demanda solicitando su rechazo, dado que la *paquetización* respondía en su opinión a una preferencia de los consumidores por obtener los servicios de esa manera, y es una estrategia generalizada a nivel mundial. CTC no tendría poder de mercado, y el demandante podría ofrecer servicios de Banda Ancha, ya que CTC debía proveerle de dichos servicios para su comercialización, que se encontraban tarifados.

En cuanto a las ofertas conjuntas, CTC señaló que tendrían efectos beneficiosos, por las economías de ámbito asociadas a costos de facturación y atención a clientes; a su vez, contribuirían a la innovación y al permitir nuevos mercados y tecnologías; incrementarían el bienestar social, porque permitieron una mayor penetración de la tecnología de Banda Ancha; y favorecerían a la competencia, dado que por la *paquetización* se habría acelerado el ingreso de nuevos operadores. Adicionalmente, las ofertas conjuntas se encontrarían justificadas desde una perspectiva económica o de costos, dado que su precio permitiría cubrir los costos y no constituiría una estrategia predatoria; lo anterior lo definió aplicando herramientas económicas calculadas a partir de dos metodologías: en primer lugar, para el servicio de telefonía se utilizaron datos de costos del decreto tarifario aplicable, que contempló el costo total de largo plazo de una

empresa eficiente; y para el servicio de Banda Ancha, se utilizó un modelo que determinaba los costos promedios del servicio. En definitiva, CTC señaló que sus ofertas conjuntas *“son eficientes y no pueden limitarse sus eficiencias para asegurar la subsistencia de otros menos eficientes”*<sup>259</sup>.

Con posterioridad, en una segunda demanda de Voissnet que se acumuló a la causa anterior, Voissnet imputó a CTC la realización de ventas atadas anticompetitivas, dado que no comercializaría el servicio de Internet de Banda Ancha en forma individual, sino que sólo junto con el servicio de telefonía fija. Lo anterior no tendría justificación técnica o económica. Adicionalmente, Voissnet acusó la existencia de precios excesivos por la prestación del servicio de Banda Ancha, en relación con el costo promedio de dicho servicio.

En su contestación, CTC señaló que ninguna de sus conductas habría tenido por objeto el de imponer la venta de Banda Ancha a la compra de telefonía. La comercialización de Banda Ancha por lo general se ofrecía como un servicio accesorio a la telefonía, en línea con los criterios mundialmente comunes.

Además, CTC sostuvo que existirían razones técnico-económicas y normativas para explicar la comercialización conjunta de servicios, dado que, desde una perspectiva técnica, utilizan infraestructura común, lo que repercute en los costos de su comercialización, dado que ofrecer sólo Banda Ancha podría aumentar su costo por el acceso a la red común. En términos normativos, la red de telefonía se obtuvo en el marco de un proceso de licitación pública y sus tarifas han considerado los costos de la red. Adicionalmente, CTC señaló que había actuado en la esfera de su autonomía y que no tenía obligación de comercializar el servicio de Banda Ancha de forma independiente.

---

<sup>259</sup> TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. Causa Rol N° C 135-07, caratulada “Demanda de Voissnet S.A. contra Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A.”. Vistos 2.5.

El TDLC fijó como hechos pertinentes, sustanciales y controvertidos: la estructura y características de los mercados en que inciden las ofertas conjuntas, y las tarifas cobradas por CTC por el servicio de telefonía fija y Banda Ancha, comercializados de forma individual y conjunta.

En su sentencia, el TDLC precisó que era necesario dilucidar la racionalidad económica o de costos de las ofertas de CTC. Adicionalmente, señaló que para que las prácticas denunciadas infringieran las normas de la competencia, se requería que: (i) los productos o servicios ofrecidos conjuntamente fueran diferentes y no se vendieran separadamente; (ii) la denunciada contara con poder de mercado, en el servicio que sólo vende empaquetadamente; (iii) la vinculación produjera o tendiera a producir el efecto de inhibir el ingreso o de excluir competidores en el mercado del producto atado o potencialmente más competitivo; y (iv) dicha modalidad de comercialización careciera de justificación o explicación alternativa al abuso de poder de mercado.

En relación con lo anterior, el TDLC dio por acreditado que: (i) CTC nunca ha comercializado el servicio de acceso a Internet Banda Ancha en forma separada de telefonía fija, condicionando, por el contrario, se condicionaba el primero a la contratación del segundo; (ii) CTC era dominante en la provisión del servicio de telefonía local, sin perjuicio del paulatino aumento de la presión competitiva ejercida por otros servicios como la telefonía móvil y la telefonía IP. En cuanto a la provisión de Banda Ancha, el TDLC concluyó que CTC contaba con un importante poder de mercado, atendidas la falta de sustitutos, la alta concentración del mercado y las significativas barreras a la entrada; (iii) las conductas de venta atada tendieron a inhibir el ingreso o excluir a competidores en telefonía que no ofrecían Banda Ancha, como Voissnet, y ha reducido la libertad de los consumidores de contratar con proveedores alternativos, o de no contratar dicho servicio; y (iv) no existían razones o explicaciones alternativas al abuso de poder de mercado, debido a la ausencia de justificaciones técnicas suficientes.

Por último, el TDLC señaló que su decisión no cuestionaba que las ofertas conjuntas pudieran conllevar beneficios asociados al uso de una misma red, y que podrían seguir siendo ofrecidas por la demandada. Lo que sí resultaba reprochable eran los efectos exclusorios derivados de la conducta de CTC, por lo que finalmente la condenó a una multa a beneficio fiscal, ordenando además el cese de las conductas anticompetitivas.

Por su parte, la Corte Suprema se pronunció del recurso de reclamación interpuesto por CTC, señalando que esta última contaba con un activo o insumo esencial, consistente en los pares de cobre que posee en todo el país, lo que le otorgaba una posición dominante en la provisión de Banda Ancha, lo que a su vez constituiría una barrera a la entrada difícilmente superable por cualquier actor que quisiera ingresar al mercado con una red propia.

Asimismo, dicho adjudicador señaló que el hecho que siempre fuera más caro contratar sólo el producto Banda Ancha, permitía presumir la intención de CTC de evitar la adquisición por parte de consumidores de servicios separados. Esto, junto con el hecho de que la entidad dominante comercializara el servicio telefónico por un valor inferior a su costo: “[e]videncia un ánimo anticompetitivo, porque resulta inexplicable que el precio de ambos productos, al ser vendidos en la forma de un paquete, sea inferior al precio de alguno de sus componentes si son vendidos por separado, lo cual permite descartar la racionalidad económica del precio del producto o servicio que se ata”<sup>260</sup>. Por lo que, finalmente, rechazó la reclamación de CTC.

### **Criterios para la determinación de abusos exclusorios**

a) *Demandas de Voissnet*: a partir del *test* del sentido económico de la conducta, Voissnet indicó que CTC no habría basado su comportamiento en justificaciones técnicas o económicas, ofreciendo a los consumidores términos que no podían ser replicados por sus rivales.

---

<sup>260</sup> CORTE SUPREMA. 2017. Sentencia en causa Rol N° 2.140-2010. Considerando 13°.

b) *Contestaciones de CTC*: en primer lugar, respecto de la *paquetización* de sus servicios, CTC consideró criterios del *test* de daños al consumidor, al señalar que dicha oferta conjunta responde a solicitudes de sus propios consumidores, tendrían efectos beneficiosos para la innovación, y aumentarían el bienestar social al permitir el ingreso de nuevas tecnologías. Además, CTC defendió el sentido económico de su conducta, dado que la *paquetización* de sus servicios le permitió cubrir sus costos, y una oferta separada de Banda Ancha podía aumentar el costo de provisión. Junto con lo anterior, la defensa contempló argumentos de eficiencia cercanos al *test* del competidor igualmente eficiente, al señalar que las tarifas cobradas respondieron a los decretos tarifarios que toman en consideración los costos de una empresa eficiente, y al aseverar expresamente que las eficiencias aparejadas a dichas ofertas conjuntas no podían limitarse para asegurar la subsistencia de competidores menos eficientes.

c) *Sentencia TDLC*: adhirió al *test* del sentido económico, dado que en el *test* conductual que aplicó para adjudicar señala la necesidad de dilucidar la racionalidad económica de la oferta conjunta, descartando cualquier justificación alternativa al abuso de poder de mercado.

d) *Sentencia Corte Suprema*: junto con confirmar la ausencia de sentido económico de la conducta de CTC, aplica un *test* de intención, al verificar un ‘ánimo anticompetitivo’ en la conducta de la recurrente.

#### **iv. Sentencia N°156 - Demanda de Netline Mobile S.A. contra Entel PCS Telecomunicaciones S.A. y otros<sup>261</sup>**

Netline Mobile S.A., OPS Ingeniería Limitada y Telecomunicaciones Max Limitada ( “Netline”, “OPS” y “Telcomax”, respectivamente; en conjunto, las “demandantes”)

---

<sup>261</sup> TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. Causa Rol N° C 271-13, caratulada “Demanda de Netline Mobile S.A. contra Entel PCS Telecomunicaciones S.A. y otros”.

acusaron a Entel PCS Telecomunicaciones S.A., Claro Chile S.A. y Telefónica Móviles Chile S.A. (“Entel”, “Claro” y “Telefónica”, respectivamente; en conjunto, las “demandadas”), de ejercer prácticas exclusorias, discriminación de precios y abuso de posición dominante en el mercado de telefonía móvil, con el objeto de impedir, restringir y entorpecer su desempeño en dicho mercado.

Netline correspondía a una concesionaria de servicio público telefónico móvil, y decidió ingresar al mercado de telefonía móvil como Operador Móvil Virtual (“OMV”), para lo que solicitó una oferta de facilidades y una oferta para la reventa a las demandadas, quienes impusieron barreras artificiales a la entrada de Netline para la provisión de telefonía móvil como OMV.

En particular, Netline señaló que las demandadas habrían incumplido con lo dispuesto por la Corte Suprema en sentencia Rol N°7781-2010 de fecha 23 de diciembre de 2011, dado que no habrían ofrecido una parrilla de planes para OMV con un margen de comercialización, sino que sólo ofertas que no contemplarían condiciones comerciales económicamente razonables<sup>262</sup>, que se tradujeron en una negativa de venta injustificada de la oferta de facilidades o la reventa de planes para operar en el mercado de telefonía móvil.

Además, imputaron la conducta de discriminación arbitraria respecto de los precios y las condiciones comerciales establecidas para clientes minoristas, lo que provocaría, en los hechos, un estrangulamiento de márgenes por parte de las demandadas.

Todo lo anterior, impediría que las operadoras demandantes puedan competir en el mercado de telefonía móvil de forma rentable y justa.

---

<sup>262</sup> Según señalan Netline, las ofertas tampoco cumplirían con ser generales para cualquier tipo de operador móvil virtual, ni con el criterio de no discriminación, dado que cobrarían distinto para otros clientes minoristas. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. Sentencia N°156 – 2017. Punto 1.6.

Adicionalmente, se trataría de un mercado altamente concentrado, donde las demandadas concentrarían el 98,72%. En cuanto a las condiciones de entrada, sería necesario contar con un espectro radioeléctrico, realizar inversiones en infraestructura, disponer de terrenos aptos para instalar antenas y, finalmente, salvar los costos de cambio a los que se enfrentan los consumidores<sup>263</sup>.

La defensa de las demandadas se funda en que habrían cumplido con lo establecido en la sentencia de la Corte Suprema, y que incluso se habrían ajustado a los requisitos adicionales solicitados por la FNE en la investigación administrativa Rol 2078-2012, lo que en definitiva resguardaría las normas de la libre competencia y permitiría una operación rentable por parte de las demandantes.

Por una parte, Claro señala que las demandantes, para imputar estrangulamiento de márgenes, deberían probar que el precio ofrecido a sus competidores minoristas era predatorio (desde la perspectiva de Estados Unidos), o que se estaría beneficiando a competidores que no son al menos igual de eficientes que los demandantes (desde la perspectiva europea). Entel, por su parte, contravino la existencia de posición de dominio en el mercado relevante en virtud del fenómeno de la convergencia<sup>264</sup>, que determina quiénes tendrían dominancia en el mercado. Además, señaló que la exclusión de las demandadas carecería de fundamento económico, ya que no existirían incentivos para excluir a dichas operadoras y no excluir a otras a quienes prestan servicio, como Falabella Móvil que correspondía a una reconocida en el mercado del *retail* y que

---

<sup>263</sup> Entre estos costos de cambio de una compañía telefónica a otra, se encuentran: bloqueo de terminales móviles, contratos por periodos prolongados de tiempo, discriminación entre precios de llamadas on-off net, política de subsidio a equipos terminales, entre otros. Ibid. punto 1.14.

<sup>264</sup> La convergencia en materia de telecomunicaciones se traduce en que una misma red sirve para distintas plataformas de red, que ocupan una misma infraestructura, lo que redundaría en que las posiciones de los actores deben considerarse no sólo en función de un segmento del mercado, como la telefonía móvil, sino que en consideración del mercado de telecomunicaciones en general. Ibid. puntos 5.3 y 5.4.

contaría con una gran base de datos<sup>265</sup>. Por último, Telefónica señala en su defensa que el mercado carecería de barreras significativas a la entrada, lo que se demostró por el ingreso de Virgin Mobile y Falabella Móvil. El problema de competencia que adujeron los demandantes, correspondería más bien a una errada estrategia de negocios y a una falta de eficiencia productiva.

La sentencia del TDLC verificó que existían dos mercados relacionados entre sí, el mayorista de servicios de telecomunicaciones móviles, donde proveen servicio las demandadas; y el mercado de venta minorista de servicios móviles, donde actúan tanto las demandadas como las demandantes, ofreciendo servicios al cliente final. Luego, el Tribunal señaló que en el caso no era necesario analizar el poder de mercado de cada agente económico en los mercados relevantes, dado que el debía limitarse a determinar si las demandadas habían infringido la sentencia de la Corte Suprema.

Respecto a la negativa de venta, el TDLC descartó que el solo hecho de solicitar la confidencialidad del contrato calificara como negativa de venta, dado que dicho requisito no podría retardar injustificadamente la entrega de una oferta. Con posterioridad, el Tribunal se pronunció sobre el estrangulamiento de márgenes, identificando como requisitos para su procedencia:

*“(i) el proveedor de un insumo debe estar integrado verticalmente; (ii) el insumo de que se trata debe ser en algún sentido esencial para la competencia aguas abajo; (iii) los precios de la firma dominante integrada*

---

<sup>265</sup> Carece de sentido excluir a las demandantes, que son operadoras móviles virtuales pequeñas, y no excluir a Falabella Móvil, por cuanto este último contaría con bases de datos que lo convierten en un competidor potencialmente más peligroso. Ibid. punto 5.8.

Si bien es ajeno a los objetivos del presente trabajo, resulta fundamental el debate que se está desarrollando en torno al rol de las grandes bases de datos en los mercados actuales, y cómo las autoridades de competencia deben afrontar la nueva era digital. Para mayor detalle véase: STUCKE M. y GRUNES A. 2015. No Mistake About It: The Important Role of Antitrust in the Era of Big Data. Antitrust Source, University of Tennessee Legal Studies Research Paper No. 269 [en línea] <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2600051](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2600051)> [Consulta: 1 de noviembre de 2017].

*verticalmente deben hacer que las actividades de un rival eficiente no sean rentables; (iv) que no exista una justificación objetiva para la estrategia de precios de la firma dominante integrada verticalmente; y (v) que se prueben los efectos anticompetitivos de la conducta”<sup>266</sup>.*

En consecuencia, correspondería analizar si las ofertas de las operadoras demandadas permitirían el ingreso de competidores o rivales eficientes, para determinar si existió estrangulamiento de márgenes. Para lo anterior, el Tribunal aplicó expresamente los *test* económicos del competidor igualmente eficiente y del competidor razonablemente eficiente, señalando que para el caso:

*“El primero [test del competidor igualmente eficiente] evalúa si una empresa tan eficiente como el oferente integrado verticalmente podría ingresar al mercado minorista con las condiciones comerciales propuesta en la oferta mayorista. Por otra parte, el test CRE [test del competidor razonablemente eficiente] evalúa si la oferta mayorista permite el ingreso al mercado minorista de un competidor incipiente, que no alcanza las economías de escala del oferente, pero que puede lograrlas en el mediano plazo”<sup>267</sup>.*

Conforme a lo señalado por el TDLC, para este tipo de casos, en línea con la jurisprudencia europea, correspondería aplicar el *test* del competidor igualmente eficiente. Lo anterior, se encontraría doblemente justificado, primero, porque permitiría al dominante evaluar su conducta desde sus costos que, en un mercado donde no existe traspaso de información, le permitiría estimar de mejor manera cuál es el costo de sus rivales; y en segundo lugar, porque de no aplicarse dicho *test*, se podría estar protegiendo o asegurando la rentabilidad de empresas ineficientes, las que en un

---

<sup>266</sup> TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. Sentencia N°156-2017. Considerando 93°.

<sup>267</sup> Ibid. Considerando 96°.

mercado competitivo tienden naturalmente a salir, alcanzándose un equilibrio que se encuentra por debajo del óptimo social<sup>268</sup>. En mérito de lo expuesto por las partes, el TDLC concluyó que las ofertas de facilidades eran correctas, pudiendo un operador móvil virtual eficiente ingresar con márgenes positivos al mercado de telefonía móvil, por lo que se descartó que haya existido estrangulamiento de márgenes, rechazando las demandas contra Entel, Claro y Telefónica.

A la fecha de la presente memoria, la Corte Suprema se encuentra conociendo de los recursos de reclamación deducidos en contra de la sentencia del TDLC.

### **Criterios para la determinación de abusos exclusorios**

a) *Demandas Netline, OPS y Telcomax*: en términos generales, alegaron la falta de sentido económico de las ofertas de facilidades para la reventa de planes, que se traduce en ciertas conductas exclusorias, como negativa de venta y estrangulamiento de márgenes, arguyendo desde el *test* del sentido económico de la conducta. Lo anterior, en un mercado altamente concentrado y con altas barreras naturales a la entrada, entre las que se cuenta acceder a espectros radioeléctricos, insumo esencial con que cuentan las demandadas.

b) *Contestaciones Entel, Claro y Telefónica*: las demandadas señalaron que lo que corresponde examinar, desde los *test* comparados de determinación de abuso de posición dominante, es si se estrangulan márgenes al estar vendiendo bajo el costo marginal de producción (*test* de predación) o si los demandantes son competidores al menos igual de eficientes (*test* del competidor igualmente eficiente). Luego, indicaron que las demandantes habrían optado por un modelo de negocios inviable que disminuye su competitividad en el mercado. Junto con lo anterior, se refirieron a la falta de sentido económico de la supuesta conducta exclusoria alegada, ya que no excluirían del mercado a competidores más reconocidos y potencialmente más desafiantes (como Falabella

---

<sup>268</sup> Ibid. Considerando 99°.

Móvil), y sí estarían excluyendo a operadores que no cuentan con dicho reconocimiento (como las demandantes).

c) *Sentencia del TDLC*: el Tribunal adjudica directamente refiriéndose a los *test* de determinación de abuso de posición dominante, en particular, porque en la defensa existió una referencia explícita a dichos *test* y, además, porque para acreditar el estrangulamiento de márgenes, la doctrina comparada requiere que los precios de la firma integrada verticalmente hagan que las actividades de un rival eficiente no sean rentables. Así, el TDLC se refirió directamente al *test* del competidor igualmente eficiente como la herramienta óptima para delimitar la ilicitud de la conducta imputada, rechazando el estrangulamiento de márgenes en virtud de la falta de eficiencia productiva de las demandantes.

## 6. Conclusiones

Del estudio de la jurisprudencia del TDLC y la Corte Suprema en materia de abusos exclusorios es posible advertir, en principio implícita y con posterioridad explícitamente, la aplicación de criterios claudificables dentro de los *test* de determinación de abuso de posición dominante y de la teoría de RRC en los procedimientos que dichos adjudicadores han debido conocer.

La FNE ha acogido implícitamente criterios relacionados con el análisis de RRC y del *test* del sentido económico de la conducta, para determinar si existe abuso de posición dominante. Adicionalmente, en aquellos casos en que los mercados interactúan con el consumidor final, la FNE ha adoptado un análisis cercano al *test* de daños del consumidor, en particular, respecto en lo relativo al derecho a la libre elección entre una diversidad de productos<sup>269</sup>. De los casos analizados, no se desprende la aplicación por

---

<sup>269</sup> El derecho a la libre elección se encuentra consagrado en nuestro ordenamiento en el artículo 3° letra a) de la Ley de Protección a los Consumidores. CHILE. Ministerio de Economía. 1997. Ley

parte de la FNE del *test* del competidor igualmente eficiente, lo que sería consistente con los criterios predefinidos en su Guía de Restricciones Verticales<sup>270</sup>.

Los privados han sofisticado progresivamente el análisis realizado en los escritos de demanda y contestación. Como punto en común se aprecia que, en de todos los casos analizados, la defensa contempla elementos del *test* del competidor igualmente eficiente, en principio de manera implícita y, con posterioridad, explícitamente. Es posible advertir un avance en la calidad técnica de las contestaciones desde el caso CCU en adelante, donde se acogen criterios mucho más económicos y técnicos para argumentar la inexistencia de abuso, basándose la regla de la razón y el balance de los daños al bienestar social. Desde entonces las contestaciones, en los casos Nestlé, Embotelladoras, Unilever y Operadores Móviles se vuelven mucho más minuciosas, al incorporar argumentos que contraponen a las acusaciones de RRC, y al ponderar el bienestar del consumidor e incluir el *test* del competidor igualmente eficiente en la construcción de sus defensas.

En lo que respecta a la jurisprudencia del TDLC y de la Corte Suprema, el análisis de conductas exclusorias se ha focalizado en la existencia de barreras artificiales a la entrada, que no se justificarían en eficiencias de ningún tipo, analizando, además, si se advierten motivos plausibles que justifiquen técnica y económicamente la conducta del

---

N°19.496, que Establece normas sobre la Protección de los Derechos de los Consumidores. Artículo 3 letra a).

<sup>270</sup> Al respecto, la FNE se ha pronunciado sobre los *test* de costos en su Guía de Restricciones Verticales, señalando que “*Tratándose de conductas de precios (pricing conducts), podrían resultar pertinentes la aplicación de test de costos. Dichos test servirán para ilustrar los efectos competitivos de la restricción vertical, aunque no constituirán por sí solos evidencia de la conformidad o disconformidad de la misma con la normativa sobre defensa de la libre competencia*”. Esta advertencia se realiza ya que al aplicar estándares como el del competidor igualmente eficiente o razonablemente eficiente, se parte de una realidad estática, por lo que “*no capturan la potencial presión competitiva que nuevos actores pudiesen ejercer en caso de removerse las barreras estratégicas que les impiden alcanzar mayores grados de eficiencia*”. Fiscalía Nacional Económica. 2014. p. 16.

demandado<sup>271</sup>. En sus sentencias, por lo general los órganos adjudicadores no han sido explícitos en clarificar si sus criterios jurisprudenciales se encuentran en línea con los estándares desarrollados en el derecho comparado. Sólo en la jurisprudencia más reciente del TDLC se ha reconocido la aplicabilidad del *test* comparado del competidor igualmente eficiente<sup>272</sup>. Realizaremos un análisis detallado de los *test* de determinación de abuso de posición dominante en el último capítulo de esta memoria.

Otro elemento común de los casos analizados es la posición de que goza el monopolista en el mercado relevante, con participaciones de mercado elevadísimas. La FNE ya ha dado directrices respecto al tema, al señalar que mientras mayor es la porción del mercado sujeta a las restricciones verticales aún más peligrosas son éstas para la competencia<sup>273</sup>, criterio que es ampliamente aceptado en jurisdicciones comparadas<sup>274</sup>. En materia de abusos exclusorios verticales, por lo general, el TDLC ha conocido y fallado en causas cuyos mercados eran muy concentrados, con cuasi-monopolistas o participaciones conjuntas de actores (en casos de dominancia conjunta) cuyas

---

<sup>271</sup> De un análisis de la jurisprudencia del TDLC en materia de abusos exclusorios, se identificó como un denominador común que en gran parte de los casos: “[El Tribunal] se formó la convicción de que el agente sancionado había erigido barreras estratégicas de carácter artificial a la entrada o expansión de competidores, que no resultaban justificadas en eficiencias ni en ningún otro tipo de razón”. YBAR, M. 2014. p. 51.

<sup>272</sup> Como fue descrito con anterioridad, en: TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. Causa Rol N° C 271-13, caratulada “Demanda de Netline Mobile S.A. contra Entel PCS Telecomunicaciones S.A. y otros”.

<sup>273</sup> Así lo afirma la FNE en la Guía de Restricciones Verticales, donde señala que evidentemente la restricción vertical será más riesgosa en la medida que la participación de mercado de una o de todas las partes que participan en el mercado sean mayores. FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA. 2014. pp. 7-8.

<sup>274</sup> La Comisión Europea ha señalado “*Las participaciones de mercado son un primer indicador útil de la importancia de cada empresa en el mercado, en comparación con las demás. La visión de la Comisión es que mientras más alta sea la participación de mercado, y más extenso el período de tiempo sobre el cual ésta se mantiene, más alta será la probabilidad de encontrar una indicación preliminar de dominio. Si una empresa tiene una participación de mercado menor al 40%, es improbable que sea dominante*”. Traducción libre. EUROPEAN COMMISSION. 2013. Antitrust procedures in abuse of dominance (Article 102 TFEU cases). [en línea] <[http://ec.europa.eu/competition/publications/factsheets/antitrust\\_procedures\\_102\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/publications/factsheets/antitrust_procedures_102_en.pdf)> [Consulta: 29 octubre 2017]. p. 1.

participaciones que en ciertas oportunidades sobrepasaban el 90%<sup>275</sup>. De esta manera, el TDLC aún no ha debido conocer casos donde se acrediten participaciones de mercado más reducidas de los incumbentes<sup>276</sup>.

Por su parte, de la jurisprudencia analizada, es posible concluir que la Corte Suprema generalmente ha sido deferente con las decisiones del TDLC en materia de abuso de posición dominante, en los distintos recursos de reclamación que ha conocido. En particular, la Corte Suprema ha acogido el razonamiento del TDLC en la calificación de conductas como anticompetitivas, con sentencias cercanas al *test* del sentido económico de la conducta y aplicando en ciertos casos el *test* de la intención, cuando ha acreditado la intención o propósito de excluir a sus competidores<sup>277</sup>. Excepcionalmente, en los Casos Fósforos y Voissnet I ha disentido respecto de la cuantía de la multa impuesta por el TDLC, aumentando la multa en el primero y reduciéndola en el segundo<sup>278</sup>.

Los acuerdos conciliatorios en nuestro sistema de competencia en materia de abusos son particularmente relevantes, ya que en diversas oportunidades los privados y la FNE han preferido dar término al procedimiento por medio de la renuncia a la sede litigiosa, privilegiando una salida alternativa a la sentencia. Es posible explicar lo anterior dadas las características propias de los casos de abuso de posición dominante. En particular, en nuestra jurisprudencia ha primado el análisis desde una aproximación centrada *en los efectos (effects-based approach)*, siendo necesario realizar una la ponderación de costos

---

<sup>275</sup> A saber, el dominante tuvo participaciones de mercado de 97% en Chiletabacos y 92% en Fósforos y 92% en Voissnet II (en el acceso al insumo esencial). Sin perjuicio de lo anterior, existieron casos en que el TDLC conoció y fallo existiendo participaciones de mercado menores, como 76% en Voissnet I y 42% en Celulink. En los casos antes descritos, junto con las participaciones de mercado, concurren elementos adicionales que permitieron concluir la existencia de posición dominante.

<sup>276</sup> Cabe recordar que, en el caso Operadores Móviles, el TDLC obvió el análisis de poder de mercado, en virtud de que la acusación versaba sobre el incumplimiento de una sentencia de la Corte Suprema.

<sup>277</sup> Véase: CORTE SUPREMA. 2010. Sentencia en causa Rol N°277-2010. Considerando 19°; y CORTE SUPREMA. 2017. Sentencia en causa Rol N° 2.140-2010. Considerando 13°.

<sup>278</sup> En Voissnet I, tal como se describe *supra*, la reducción de la multa se debió a que la Corte Suprema consideró que en una correcta aplicación de la ley en el tiempo correspondía una multa de menor cuantía que la impuesta por el TDLC.

*versus* beneficios de la conducta, cuestión sumamente técnica y que puede derivar en procedimientos muy costosos para los litigantes y cuyo resultado, al estar basados en la prueba económica, no siempre es fácil de prever.

Así, el sentido de los acuerdos conciliatorios como método de resolución de casos de abusos exclusorios se encuentra en un análisis costo-beneficio de litigar, esto es, la autoridad preferirá conciliar cuando así decidirlo obtendrá un resultado más favorable del que razonablemente podría obtener litigando ante un tribunal<sup>279</sup>. En el caso chileno, la FNE ha podido corregir, mediante la celebración de acuerdos conciliatorios, las conductas anticompetitivas de las *incumbentes*, obteniendo el cese de las conductas anticompetitivas, lo que ha redundado en resultados favorables para la libre competencia<sup>280</sup>.

Sin perjuicio de los beneficios propios del consentimiento, existen costos aparejados a dicha decisión política<sup>281</sup>. Sin ir más lejos, esta realidad ya ha sido observada en jurisdicciones comparadas, donde desde mediados de los años 90 se ha avanzado hacia un sistema menos orientado en la litigación<sup>282</sup>. Las secuelas de un enfoque más burocrático pueden ser perjudiciales. La consecuencia más clara en materia de abusos exclusorios es la incertidumbre que genera la falta de sentencias en los agentes

---

<sup>279</sup> GINSBURG, D. y WRIGHT, D. 2013. Antitrust Settlements: The Culture of Consent (2013). en William E. Kovacic: An Antitrust Tribute – Liber Amicorum. [en línea] George Mason Law & Economics Research Paper Vol. 1. No. 13-18. <<https://ssrn.com/abstract=2225894>> [Consulta: 29 octubre 2017]. p. 5.

<sup>280</sup> Como fue revisado con anterioridad, un buen ejemplo del avance que significan los acuerdos conciliatorios es palpable el caso de Unilever, que no sólo se comprometió respecto del mercado relevante en el procedimiento contencioso, sino que además accedió a someter al acuerdo a otros productos que también estaban sujetos a prácticas que infringían o entorpecían la competencia. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. Causa Rol N°C249-13, caratulada “Fiscalía Nacional Económica con Unilever Chile S.A.”.

<sup>281</sup> En un extremo, llegar a conciliar todos los abusos de posición dominante, “infectaría” las investigaciones de una agencia, donde se guía una investigación -inevitablemente- a un término por medio de un acuerdo. Op.Cit. p. 6.

<sup>282</sup> Cabe hacer el alcance de que dichos acuerdos recaen mayoritariamente en casos de operaciones de concentración y abusos de posición dominante, donde se buscaría obtener medidas de mitigación cuya extensión y fiscalización sean eficaces para el regulador. Véase anexo de trabajo realizado por Ginsburg y Wright. GINSBURG, D. y WRIGHT, D. 2013. pp. 10-16.

económicos, ya que se desconoce el criterio que podría adoptar el TDLC para calificar como anticompetitiva a una conducta exclusoria, sobre todo en casos donde la dominancia no sea tan evidente (no exista un cuasi-monopolista) y el riesgo de incurrir en falsos positivos sea mayor<sup>283</sup>. En la práctica jurisprudencial, vemos claramente que desde los casos Chiletabacos y Fósforos, resulta mucho más difícil identificar jurisprudencia determinante en materia de abusos. Tanto es así que, ante la ausencia de jurisprudencia, el TDLC ha esgrimido ciertos criterios generales en resoluciones aprobatorias de conciliaciones<sup>284</sup>.

En relación con lo anterior, la profesora Eleanor Fox se ha referido al desarrollo de reglas en materia de libre competencia, señalando que: *“la elaboración de normas jurídicas debería surgir desde adentro, no desde afuera”*<sup>285</sup>. Lo anterior, resulta especialmente desafiante para los países en desarrollo, que trasplantaron el modelo de libre mercado y sus instituciones de orden público económico<sup>286</sup>. Por otro lado, Robert Pitofsky ha

---

<sup>283</sup> Dicho alcance ya ha sido señalado en el escrito de contestación de Nestlé Chile S.A., en el caso Nestlé. En dicho escrito, la demandada señala que el riesgo de falsos positivos es significativo, porque *“se trata de conductas –la reducción directa o indirecta de precios- que van directamente en línea con lo que persigue el derecho de la libre competencia: que el comportamiento competitivo de las compañías se refleje en una reducción de sus márgenes, lo que en definitiva beneficia a los consumidores, objeto final de la protección legislativa”*. El TDLC no sentenció dicha causa porque, como analizamos con anterioridad, terminó mediante un acuerdo conciliatorio entre los litigantes. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. Causa Rol N° C 230-11. caratulada “Demanda de Industria de Alimentos Trendy S.A. contra Nestlé Chile S.A.”.

<sup>284</sup> Un ejemplo de lo señalado se encuentra en el caso Unilever, donde no sólo resolvió aprobando el acuerdo conciliatorio, como lo había hecho con anterioridad en CCU y Embotelladoras; sino que declaró que *“La conformidad de una restricción vertical con la normativa sobre defensa de la libre competencia dependerá, en definitiva, de la ponderación de las eficiencias y riesgos inherentes a la mismas”*. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. Resolución de término N° 120 – 2014, Considerando 7°.

<sup>285</sup> FOX. 2007. p. 173.

<sup>286</sup> La defensa de la libre competencia en Chile se fortalece a partir de la promulgación del Decreto Ley N°211 de 1973, pero ya desde la misión Klein-Saks encargada por el gobierno de Carlos Ibañez en el año 1959 a un grupo asesor estadounidense, donde se inicia un proceso de implementación de políticas de corte liberal que incluía el combate contra los monopolios. Esta última propuesta política de la misión Klein-Saks es la que finalmente perduró, expresándose legislativamente en el título V de la ley N°13.305, denominado “Normas para fomentar la libre competencia industrial y comercial”.

señalado que el contenido del derecho de la competencia no es netamente económico, sino que cuenta con elementos políticos que deben ser complementados con el contenido económico<sup>287</sup>.

Asimismo, Michal Gal ha señalado que las economías pequeñas necesitan una política de la competencia adecuada a su realidad, ya que, por las altas barreras a la entrada presentes en dichos mercados, las economías pequeñas no podrían acoger a un número menor de competidores en la mayoría de las industrias. En tales economías, pocos competidores en muchos mercados locales redundará en que la competencia sea restringida<sup>288</sup>.

En definitiva, a la luz de lo expuesto por dichos autores, la aplicación de estándares de determinación de abuso de posición dominante en nuestro derecho de la competencia, debería alinearse a los elementos no-económicos trascendentales en nuestro sistema, como el modelo de agencias especializadas, con revisión por parte de la Corte Suprema<sup>289</sup>; las potestades de nuestras autoridades de competencia; el carácter oligopólico de una gran cantidad de mercados a nivel nacional, entre otros factores.

Dichos alcances, coinciden con los realizados por cierta doctrina nacional, que ha señalado que “(...) *de efectuarse el trasplante de un test de competencia foráneo, nuestras*

---

BERNEDO, P. 2013. Historia de la libre competencia en Chile 1959 – 2010. Editorial LOM. [en línea] <[http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2013/11/Historia\\_libre\\_competencia.pdf](http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2013/11/Historia_libre_competencia.pdf)> [Consulta: 1 de noviembre de 2017] pp. 23-49.

<sup>287</sup> PITOFISKY, R. 1979. The Political Content of Antitrust. University of Pennsylvania Law Review. 127(4). [en línea] <[http://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4867&context=penn\\_law\\_revie\\_w](http://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4867&context=penn_law_revie_w)> [Consulta: 1 de noviembre de 2017] pp. 12 - 13.

<sup>288</sup> GAL, M. 2003. Competition Policy for Small Market Economies. Harvard University Press. Cambridge. pp. 44 - 45.

<sup>289</sup> TAPIA, J. Y MONTT, S. 2012. Judicial Scrutiny and Competition Authorities, The Institutional Limits of Antitrust. En: SOKOL, D. The Global Limits of Competition Law. Stanford University Press. pp. 150 y ss.

*autoridades deben evaluar si el mismo se funda en una visión de la competencia (...) consistente con la propia”<sup>290</sup>.*

A partir de este diagnóstico, y con la finalidad de sistematizar los criterios jurisprudenciales de determinación de abuso exclusorio, realizaremos un análisis más detallado de la conducta de precios predatorios, una de que más han sido conocidas por el TDLC, para luego concluir, a la luz de la jurisprudencia estudiada, cómo se han aproximado los privados, la FNE y los órganos de adjudicación a los *test* de determinación de abuso exclusorio en materia de precios predatorios.

---

### **CAPÍTULO III: Determinación de abuso de posición dominante en precios predatorios**

Conforme a lo señalado en el Capítulo I de este trabajo, el abuso de posición dominante se configura por dos elementos, como primer elemento se encuentra el poder de mercado o la posición dominante o en el mercado relevante, y como segundo elemento el abuso de dicha posición dominante o elemento conductual. Luego, se analizaron los estándares generales proporcionados por los *test* de determinación de abuso de posición dominante, que permiten fijar el límite entre aquellas conductas lícitas en el contexto de una competencia basada en los méritos, y aquellas conductas que infringen la libre competencia de los mercados.

O’Donoghue y Padilla señalan que resulta fundamental desarrollar una aproximación general para la calificación de todas las conductas exclusorias como anticompetitivas, dado que generan efectos similares para el mercado. Sin perjuicio de lo anterior, los

---

<sup>290</sup> YBAR, M. 2014. p. 15.

autores reconocen que dentro de ese marco general, deben desarrollarse reglas que capturen con exactitud el tipo de daño causado por la conducta exclusoria específica<sup>291</sup>.

Así las cosas, el precio ha sido un objeto relevante de escrutinio por parte del derecho de la competencia<sup>292</sup>, al momento de evaluar conductas exclusorias. En el universo de casos de abusos exclusorios, los precios predatorios han sido profusamente analizados por la doctrina a nivel comparado. Decimos profusamente, por el rol cardinal que ha cumplido la literatura y jurisprudencia en esta materia, tanto por el desarrollo de herramientas económicas, como por las decisiones políticas que las distintas agencias han adoptado en materia de precios predatorios.

Sin perjuicio del profuso análisis que puede realizarse respecto de cada conducta exclusoria, el presente capítulo de este trabajo analizará la conducta de precios predatorios, por dos razones: en primer lugar porque dicha conducta cuenta con importantes diferencias en su persecución a nivel comparado, entre Estados Unidos y Europa, lo que torna relevante el estudio de la jurisprudencia nacional; y, en segundo lugar, porque la figura legal que contiene la conducta de precios predatorios en el artículo 3° letra c) del DL 211, tal como fue expuesto en el primer capítulo de esta memoria, demanda un estándar menos exigente para obtener una sentencia condenatoria, por lo que resulta valioso profundizar en la comprensión que la judicatura ha tenido de la aplicación de dicha letra. Adicionalmente, la siguiente sección analizará, a partir del estudio de la jurisprudencia de nuestros órganos de adjudicación, los *test* comparados que han sido aplicados para la determinar cuándo la conducta del predator riñe con el DL 211.

## **1. Figura legal: artículo 3° letra c) del DL 211**

---

<sup>291</sup> O'DONOGHUE, R y PADILLA, J. 2013. pp. 240-241.

<sup>292</sup> HOWARTH, D. 2007. Pricing Abuses, Unfair and Predatory Pricing under Article 82 EC: From Cost-price Comparisons to the Search for Strategic Standards. En: AMATO, G. EC Competition Law A Critical Assessment. Hart Publishing, Oregon. p.279.

A nivel legal, los precios predatorios se encuentran descritos en el artículo 3° letra c) del DL 211 que, señala que:

*“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**”*<sup>293</sup>.

Como fue analizado en el Capítulo I de la presente memoria, el artículo 3° letra c) requiere un estándar menos exigente para condenar que el exigido para el resto de las conductas exclusorias contenidas en la letra b) del mismo artículo, dado que bastaría con que la práctica predatoria sea realizada *“con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante”* (artículo 3° letra c) del DL 211) y no sería necesario acreditar la *“explotación abusiva (...) de una posición dominante en el mercado”* (artículo 3° letra b) del DL 211).

Dicha diferencia se explicaría en la historia de la ley, dado que el legislador contempló dentro del mismo tipo infraccional, en particular en la voz *‘prácticas predatorias’*, conductas asociadas al precio, como precios predatorios, y conductas no asociadas al precio, como el abuso de acciones judiciales y administrativas, excesos en publicidad y otras limitaciones de acceso al mercado. Respecto a estas últimas, a la luz de lo expuesto en el Capítulo II de esta memoria<sup>294</sup>, las conductas no relacionadas al precio descritas por la historia de la ley, son de aquellas que suelen calificarse en el derecho comparado como RRC, cuyo objetivo es aumentar artificialmente el costo de los rivales.

## 2. Precios predatorios

---

<sup>293</sup> CHILE. Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción Decreto con fuerza de Ley N°1 del 2004 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N°211, de 1973. Artículo 3° inciso segundo, letra c). Énfasis agregado por el autor.

<sup>294</sup> Véase *supra*, en el Capítulo II, sección 2, número v).

Los precios predatorios consisten en aquella estrategia exclusoria cuya finalidad es expulsar a los rivales del mercado vendiendo bajo costo. En principio, no debería existir reproche alguno por una baja en los precios, dado que es justamente el resultado al que un mercado competitivo debería arribar<sup>295</sup>, esto es, que la presión competitiva sea tal que exija a los competidores maximizar su oferta y vender sus productos al costo marginal de producción (o lo más cercano posible a dicho costo)<sup>296</sup>. En definitiva, no existe una especial obligación de los competidores de mantener sus precios a un cierto nivel, para asegurar que el mercado se mantenga atractivo para sus competidores<sup>297</sup>. Sin perjuicio de lo anterior, podría existir un daño a la competencia cuando la intención del predador fuere establecer precios supra-competitivos una vez que los rivales hayan sido expulsados del mercado<sup>298</sup>. Así lo reconoce también la Comisión Europea que señala que los precios predatorios ocurren cuando una empresa dominante incurre deliberadamente en pérdidas o sacrifica beneficios a corto plazo, con la finalidad de excluir o tener probabilidades de excluir a uno o varios de sus competidores reales o potenciales, con el objeto de reforzar o mantener su poder de mercado<sup>299</sup>. Lo anterior, si bien tiene beneficios para los consumidores en el corto plazo, en el largo plazo podría resultar comparativamente peor<sup>300</sup>.

Conforme a la teoría económica, las principales motivaciones de una empresa para establecer precios predatorios son<sup>301</sup>: (i) Expulsar del mercado a un competidor restringido financieramente. Si el competidor incurre en costos fijos para continuar

---

<sup>295</sup> NIELS, G. y otros. 2011. *Economics for Competition Lawyers*. Oxford University Press. 2nd Ed. p. 171.

<sup>296</sup> Establecer precios cercanos al costo marginal, o incluso bajo el costo marginal, es una práctica común en el mundo de los negocios. Por ejemplo, cuando los agentes económicos ingresan al mercado, lanzan un nuevo producto, o cuando desean aumentar su cuota dentro del mercado. Niels y otros (2016). p. 171; O'DONOGHUE, R y PADILLA, J. 2013. p. 291.

<sup>297</sup> FAULL, J. Y NIKPAY A. 2014. p. 398.

<sup>298</sup> Véase HOVENKAMP, H. 1999. p. 335; ELHAUGE, E. 2008. p. 228; O'DONOGHUE, R y PADILLA, J. 2013. p. 292; y, WHISH, R. y BAILEY D. 2015. p. 782.

<sup>299</sup> EUROPEAN COMMISSION. 2009. Párrafo 63. p. 10.

<sup>300</sup> FAULL, J. Y NIKPAY A. 2014. p. 397.

<sup>301</sup> *Ibíd.*

operando, una estrategia predatoria exitosa podría resultar en una pérdida de al menos de una cuantía igual a dichos costos fijos, incentivando a la salida del mercado; (ii) Obtener la reputación de competidor agresivo, para comunicar a los rivales la inviabilidad de enfrentar al dominante -por ejemplo- por medio de una guerra de precios; (iii) Enviar una señal a los potenciales entrantes para disuadirlos de entrar, dicho mensaje sería que la demanda es débil, que los costos del predador son muy bajos o que se encarecerá de manera relevante su acceso al mercado financiero, en dichos casos la finalidad sería comunicar ausencia de un prospecto económico atractivo para entrar.

La dificultad de delimitar cuándo es lícito reducir agresivamente los precios, ha generado un vasto desarrollo doctrinario, que fluctúa entre considerar que los precios predatorios son tan irracionales que nunca ocurren, a considerar que cada precio fijado por el dominante en reacción a la entrada de un competidor debería estar sujeto a control<sup>302</sup>.

La postura más conservadora ha sido expuesta por integrantes de la Escuela de Chicago. McGee señala en que las prácticas predatorias pueden ser más costosas para el predador que para la víctima, toda vez que el predador tiene una participación de mercado más significativa y, en la medida que aumente, también lo harán los costos de la predación, por lo que los precios predatorios serían un caso excepcional y no serían un problema significativo para la competencia<sup>303-304</sup>. Entre otras críticas al carácter anticompetitivo de los precios predatorios, encontramos que<sup>305</sup>: (i) existen otras alternativas preferibles a la predación, como la fusión donde se lograría evitar los costos de la disminución de los precios; (ii) el predador pierde más que la víctima, porque debe bajar sus precios y sacrificar utilidades; (iii) no existe un periodo posterior de beneficios monopólicos, ya

---

<sup>302</sup> O'DONOGHUE, R y PADILLA, J. 2013. p. 292.

<sup>303</sup> MCGEE, J. 1980. Predatory Pricing Revisited, Journal of Law and Economics. 23(1). p. 294.

<sup>304</sup> OECD. 1989. Predatory Pricing. Policy Roundtables [en línea] <<http://www.oecd.org/competition/abuse/2375661.pdf>> [Consulta: 1 noviembre 2017].

<sup>305</sup> Entre los autores que critican el *enforcement* contra los precios predatorios se encuentran McGee, Posner, Easterbrook, y Areeda.

OECD, *Ibid.* pp. 7-11.

que probablemente se propicie la entrada de un nuevo competidor en el mercado; (iv) considerar los precios predatorios como anticompetitivos provocaría una sobrejudicialización en sede de libre competencia de prácticas que no son anticompetitivas. McGee resume su aproximación hacia los precios predatorios indicando que “*las reducciones de precio no son extrañas ni generalmente perniciosas, ni en los modelos económicos ni en el mundo real. Generalmente no hay razón para alarmarnos si observamos precios que están por debajo del costo medio total, o tan bajos como el costo marginal o el costo variable medio*”<sup>306</sup>.

Ahora bien, esta noción de los precios predatorios ha sido considerada extrema y, en la actualidad, se reconoce la relevancia de que las agencias de competencia persigan los precios predatorios como conducta que atenta contra la competencia. En la literatura económica es posible identificar distintas “escuelas” en torno a los precios predatorios, entre ellas, las que consideran que dicha conducta podría tener repercusiones anticompetitivas son<sup>307</sup>: (1) la escuela basada en los costos, cuyo aporte más notable es el *test* propuesto por Phillip Areeda y Donald F. Turner, los autores señalan que habitualmente será irracional para un competidor establecer en el corto plazo precios bajo de su costo marginal, a menos que espere razonablemente recuperarlos en el futuro estableciendo precios monopólicos. Por la dificultad que reviste definir el costo marginal, los autores proponen la utilización de costos variables promedio (“*average variable cost*”, siendo fieles a la denominación original, “AVC”), que corresponden a los costos divididos por la cantidad de unidades producidas<sup>308</sup>; (2) la segunda escuela está basada en la estructura del mercado, que realiza el análisis de costo marginal antes descrito, sólo si la

---

<sup>306</sup> Traducción propia: “*Price reductions are neither rare nor generally pernicious, in economic models or the real world. There is no reason generally to be alarmed if we observe prices that are lower than average total cost, or as low as marginal cost or average variable cost*”. MCGEE, J. 1980. p. 293.

<sup>307</sup> GELLHORN, E. y KOVACIC, W. 2004. p. 137.

<sup>308</sup> Areeda y Turner proponen como medida de la predación los costos medios variables (*average variable cost* o “AVC”), que tienen la particularidad de responder a las variaciones que se pueden generar en un periodo dado de tiempo, siendo –en este sentido– un baremo de medición mucho más completo que el de los costos fijos. Lo anterior, permite que un precio sobre los AVC pueda presumirse lícito. HOVENKAMP, H. 1999. p.23.

estructura del mercado permitiría daños a la competencia; (3) por último, la escuela de teoría de juegos, ha explicado la estrategia de predación como una conducta exclusoria cuyo objetivo es erigir barreras artificiales a la entrada de competidores, al explotar las asimetrías de información, señalizando a los competidores que deben abandonar el mercado, reducir su oferta, o evitar su entrada<sup>309</sup>. De esta manera, la literatura de teoría de juegos ha otorgado un soporte técnico a la proposición de que un monopolista puede estar dispuesto a intercambiar ganancias actuales por ganancias futuras<sup>310</sup>.

Para la OECD, la aproximación a los precios predatorios por los ordenamientos de libre competencia de Estados Unidos y de la Unión Europea, si bien disienten en la técnica legislativa y en el *enforcement* de las agencias de competencia, en la práctica han demostrado semejanzas<sup>311</sup>. En este sentido, en ambas jurisdicciones la conducta predatoria debe evaluarse desde las utilidades que, en el largo plazo, se generarían para el predador. Así, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos sostuvo que, para ganar una demanda de precios predatorios, el demandante debe probar que el acusado tuvo una perspectiva razonable o un peligro probable de recuperar su inversión en precios bajo costo<sup>312</sup>. Asimismo, la Comisión Europea ha señalado que resulta mucho más probable que la estrategia de precios bajo costo, sea una alternativa menos costosa - a largo plazo- para el monopolista, de manera tal que fomentaría la reputación de competidor duro del dominante, con el objeto de evitar o disuadir la entrada de nuevos competidores<sup>313</sup>.

---

<sup>309</sup> Ibid. p.139.

<sup>310</sup> YBAR, M. 2014. p. 20.

<sup>311</sup> OECD. 1996. p. 167.

<sup>312</sup> Traducción libre: “La Corte ha sostenido que, para vencer en una demanda por precios predatorios, el demandante debe mostrar que (...) el demandado tenía un prospecto razonable o ...una probabilidad peligrosa de recuperar su inversión en precios bajo el costo”; a propósito del caso *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.* 509 US. DEPARTMENT OF JUSTICE. 2008. p. 18.

<sup>313</sup> EUROPEAN COMMISSION. 2009. Párrafo 68; En dicho sentido, véase además: WHISH, R. y BAILEY D. 2015. p. 782; NIELS, G. y otros. 2016. pp. 176–178.

Sin perjuicio de lo anterior, ambas jurisdicciones tienen diferencias significativas en cuanto a política de competencia respecto de precios predatorios, lo que se ha traducido en un *enforcement* más permisivo en Estados Unidos y menos permisivo en Europa.

Así, en Estados Unidos se ha optado por establecer ‘zonas de licitud’ (denominadas “*safe harbours*”), esto es, evitar que se desincentive la competencia en precios al castigar a un competidor menos eficiente, un ejemplo es el *test* de Areeda y Turner, que ha sido aplicado ampliamente por la jurisprudencia de los tribunales estadounidenses. Dicho *test* contempla que el demandante debe probar dos elementos<sup>314</sup>: el primero consiste en acreditar que predator podía predecir razonablemente que la estrategia de precios sería rentable, al poder recuperar el sacrificio realizado al principio de su estrategia predatoria por medio de precios monopólicos luego de cierto periodo de tiempo (el llamado *recoupment o recuperabilidad*); el segundo elemento a probar por el demandante, es que el precio establecido por el dominante se encuentra bajo una medida de costos, correspondiente en la mayoría de los casos al AVC.

En lo relativo al requisito de recuperar el sacrificio realizado, la Comisión Europea señala que es necesario que el predator demuestre que puede recuperar las pérdidas en que incurrió. Sin perjuicio de lo anterior, en dicha jurisdicción, la jurisprudencia no ha requerido recuperar el sacrificio en aquellos casos en que la intención de excluir es explícita y existe un alto poder de mercado. De manera que, para impugnar una conducta exclusoria, primaría el riesgo de que un competidor sea eliminado<sup>315-316</sup>. A mayor abundamiento, el Tribunal de Justicia Europeo ha considerado que fortalecer o incluso mantener la posición dominante mediante prácticas predatorias, sería otra forma de

---

<sup>314</sup> HOVENKAMP, H. 2015. Predatory Pricing under Areeda-Turner Test. U Iowa Legal Studies Research Paper No. 15-05. [en línea] <<https://ssrn.com/abstract=2422120>> [consulta: 29 octubre 2017]. p. 1.

<sup>315</sup> WHISH, R. y BAILEY D. 2015. p. 786.

<sup>316</sup> A partir de la jurisprudencia, el elemento de “recuperar las pérdidas” requerirá prueba de que dicha circunstancia constituía una expectativa razonable, donde el caso correspondería a una discriminación de precios; o una “peligrosa probabilidad”, en cuyo caso la conducta anticompetitiva sería de precios predatorios. ELHAUGE, E. 2008. p. 363.

recuperar el sacrificio, señalando que incluso cuando el dominante no puede recuperar sus pérdidas, la conducta predatoria le permitiría “fortalecer su posición de dominio” reduciendo aún más la intensidad competitiva del mercado<sup>317</sup>.

Al otro lado del Atlántico, la jurisprudencia de Estados Unidos ha exigido el requisito de recuperar las pérdidas. Así en *Brooke Group* la Corte señala que debe existir una “probabilidad peligrosa” de recuperar las pérdidas en que se incurrió por los precios predatorios<sup>318</sup>.

En cuanto a la venta bajo costo, el parámetro de costos que debe tomarse como baremo ha sido sometido a una profusa discusión<sup>319</sup>. Precisamente es en este punto donde existe un mayor desacuerdo entre Estados Unidos y Europa.

Por un lado, en Estados Unidos se consideró que establecer los precios por debajo de una medida de costos variables, sea costo marginal, costo medio o costo medio evitable, se presumía siempre predatorio, mientras que cualquier medida de costo superior era presumiblemente no predatorio; pudiendo, en este último caso, desvirtuar la presunción por medio de prueba relativa a la intención anticompetitiva o al sacrificio a corto plazo de ganancias<sup>320</sup>. La jurisprudencia de los tribunales de circuito estadounidenses no ha sido uniforme, dado que mientras algunos tribunales consideran que la medida apropiada de costo es el costo marginal, o costo medio si el marginal no puede determinarse; otros han considerado que deben considerarse los costos medios evitables o costos incrementales<sup>321</sup>, esta última proposición tendría sentido dado que facilitaría el

---

<sup>317</sup> NAZZINI, R. 2011. p. 207.

<sup>318</sup> CRANE, D. Y OTROS. Predatory Pricing, response of members of the Unilateral Conduct Committee of the ABA Section of Antitrust Law. International Competition Network. [en línea] <[http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/questionnaires/uc%20pp/nga%20crane\\_davis\\_friedman%20predatory%20pricing.pdf](http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/questionnaires/uc%20pp/nga%20crane_davis_friedman%20predatory%20pricing.pdf)> [Consulta: 29 octubre 2017]. p. 2.

<sup>319</sup> ELHAUGE, E. 2008. pp. 241 - 244; HOVENKAMP, H. 1999. p. 340.

<sup>320</sup> ELHAUGE E. y GERADIN D. 2011. p. 366.

<sup>321</sup> El costo medio evitable es la media de los costos que podrían haberse evitado si la empresa no hubiera fabricado una modesta cantidad de producción (adicional), correspondiente a la cantidad presuntamente objeto de la conducta abusiva. EUROPEAN COMMISSION. 2009. p. 12.

análisis que realice el órgano adjudicador, por cuanto no tendría que determinar costo marginal, ni realizar análisis complejos para determinar cuándo usar una medida de costos u otra; sino que los costos incrementales serían simplemente la diferencia entre los costos totales del *incumbente* durante el periodo de predación y los costos totales en que habría incurrido si la demanda no hubiere aumentado producto de la predación<sup>322</sup>.

Por otro lado, la Comisión Europea ha señalado la predación podría configurarse aun cuando los precios de los bienes o servicios ofrecidos fueren superiores a la medida de costos determinada, en aquellos casos en que la conducta impugnada careciera de sentido económico. En lo que respecta a la “medida de costos”, la mayoría de las jurisdicciones consideran los costos medios evitables o costos incrementales<sup>323</sup>. En palabras de la propia Comisión Europea: *“el concepto de sacrificio no sólo consiste en aplicar unos precios por debajo del AVC [Costo medio evitable]. Para demostrar una estrategia predatoria, la Comisión también puede investigar si la presunta conducta predatoria produjo a corto plazo unos ingresos netos inferiores a los que cabría haber esperado de una conducta alternativa razonable, es decir, si la empresa dominante incurrió en una pérdida que podría haber evitado (...) Sólo se tendrán en cuenta las alternativas económicamente racionales y practicables que, habida cuenta de las condiciones de mercado y de la situación comercial de la empresa dominante, cabe esperar, siendo realista, que sean más rentables”*<sup>324</sup>. Además, la Comisión Europea abre la posibilidad a que la intencionalidad anticompetitiva sea considerada aun cuando el precio supuestamente predatorio se ubique sobre los costos medios evitables pero bajo el costo medio total, en dicho caso la imputación deberá probar la intención de excluir a un competidor del mercado<sup>325</sup>.

---

Por ejemplo, si una empresa es acusada de precios predatorios durante un periodo de 18 meses, será relevante analizar qué costos habría evitado si no hubiere producido las unidades que fueron objeto de la predación durante esos 18 meses. WHISH, R. y BAILEY D. 2015. p. 758.

<sup>322</sup> ELHAUGE E. y GERADIN D. 2011. p. 368.

<sup>323</sup> YBAR, M. 2014. p. 23.

<sup>324</sup> EUROPEAN COMMISSION. 2009. Párrafo 65.

<sup>325</sup> Op. Cit. p. 24.

El *enforcement* en materia de precios predatorios debe ser sumamente cuidadoso con no inhibir la reacción competitiva que pudieren tener los competidores, por lo que deben considerarse las razones económicas que justifican la conducta<sup>326</sup>, dado que uno de los beneficios intrínsecos al proceso competitivo son los precios bajos, producto del traspaso de eficiencias en la cadena de valor a los clientes<sup>327</sup>.

## 2. Test de determinación de conductas exclusorias y precios predatorios

La jurisprudencia y doctrina, que han desarrollado los requisitos que dan el carácter de exclusorios a los precios bajo una medida de costos, se sostienen, desde la perspectiva de los *test* de determinación analizados en el capítulo II del presente trabajo, en diversas aproximaciones políticas y económicas. Nazzini identifica los *test* que han sido contemplados, muchas veces de forma complementaria, para justificar el carácter anticompetitivo de la predación<sup>328</sup>, a saber:

- i. *Test* de intención y precios predatorios: a diferencia de un análisis de costos, un *test* de intención sería más apropiado para definir cuándo los precios bajo costo son predatorios. Si una empresa dominante establece precios bajo costo con la intención de eliminar a un competidor, la conducta es apta para contravenir la ley y dañar a la competencia. La jurisprudencia ha señalado que la conducta es abusiva sólo si es posible probar la existencia de un plan para eliminar a un competidor, adoptando este *test* cuando los precios se encuentran sobre los AVC, pero bajo los costos medios totales ("ATC"). De esta manera, no se requerirá prueba de la intención del dominante si los precios se encuentran bajo los AVC, porque la jurisprudencia considera que en tal caso, *prima facie*, los precios no tendrían otro propósito que eliminar a un competidor. De la jurisprudencia europea es posible concluir que el *test* se refiere a una intención subjetiva, pero se

---

<sup>326</sup> Ibid. pp. 25-26.

<sup>327</sup> WHISH, R. y BAILEY D. 2015. p. 782.

<sup>328</sup> NAZZINI, R. 2011. pp. 187 - 284.

requiere que dicha intención (i) pueda identificarse de la evidencia circunstancial, y (ii) haya sido implementada en el mercado<sup>329</sup>.

- ii. *Test del sentido económico de la conducta y precios predatorios*: el *test* del sentido económico de la conducta fue primeramente formulado como un *test* de sacrificio de utilidades, a saber, la pérdida de ganancias en el corto plazo sólo sería racional porque permitiría excluir a competidores y obtener ganancias supra-competitivas como resultado de dicha expulsión; luego, el desarrollo posterior de dicho estándar concluye que una conducta no es exclusoria o predatoria a menos que, para el dominante, no tenga otro sentido [económico] que eliminar o lesionar la competencia<sup>330</sup>.
- iii. *Test del competidor igualmente eficiente y precios predatorios*: Nazzini señala que el principio propuesto por el *test* del competidor igualmente eficiente trasciende en el análisis de precios predatorios, dado que los precios sobre los AVC pero bajo los ATC son abusivos si forman parte de un plan para eliminar a un competidor al menos igual de eficiente. En lo que respecta a la medida adecuada de costos para este *test*, será la que determine la decisión de dicho competidor de salir del mercado en el largo plazo<sup>331</sup>.
- iv. *Test de daño al consumidor*: el requisito de recuperar el sacrificio realizado sería propio de un análisis de daño al consumidor, por cuanto significa un aumento posterior del precio que dañaría a los consumidores. Así se desprende de la

---

<sup>329</sup> En el caso Azko (Caso 62/86), el Tribunal de Justicia utilizó la expresión “propósito económico” para los precios bajo los AVC, y el término “intención” en relación a los precios sobre los AVC pero bajo los ATC. En France Telecom (France Telecom, Caso T-340/03), el mismo adjudicador se refirió a un “plan con el propósito de eliminar a un competidor”, y respecto a precios bajo los AVC, a “objetivo económico [de la conducta]” y “intención de eliminar”. Ibid. pp. 205-206.

<sup>330</sup> NAZZINI, R. 2011. pp. 68, 208. Además, véase WERDEN, G. 2006. The “no economic sense” test for exclusionary conduct. The Journal of Corporation Law. [en línea] <<http://lesliecaton.com/wordpress/wp-content/uploads/2012/01/2-WERDEN-FINAL.pdf>> [Consulta: 1 noviembre 2017] p. 301.

<sup>331</sup> NAZZINI, R. 2011. p. 228.

jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos, que en *Brooke Group* señala: “Recuperar es el objetivo final de un esquema ilícito de precios predatorios, es el medio por el cual el predador se beneficia de la predación (...) una estrategia predatoria fallida es, en general, beneficiosa para los consumidores”<sup>332</sup>. Como señalamos con anterioridad, en la jurisdicción europea este requisito no es necesario.

Por su parte, Salop ha contrapuesto la relación entre las estrategias de RRC y los precios predatorios, dado que -como analizamos *supra*- las primeras abarcan una serie de conductas que no pueden ser abordadas por el análisis de precios predatorios, de tal manera que es posible analizar una relación propia entre la predación y las conductas RRC:

- v. *Raising Rival Costs* y precios predatorios: aumentar el costo a los rivales sería una forma indirecta y más sutil de expulsar a rivales del mercado que los precios predatorios, dado que es mejor para competir con rivales con costos altos, y no requiere sacrificar utilidades en el corto plazo. Por lo demás, el análisis de costos que por lo general se realiza para analizar la predación, no sería suficiente en las prácticas de RRC, dado que no permiten distinguir si el precio baja o los costos suben<sup>333</sup>. En definitiva, para Salop el análisis desde los RRC constituiría un paradigma separado del de precios predatorios, dado que se enfocan en aspectos distintos, mientras el paradigma de precios predatorios requiere -como vimos con anterioridad- de varios requisitos (incluyendo el de la “recuperabilidad” en el derecho estadounidense) y sería más amigable para el acusado; el paradigma de RRC analiza si hubo un cierre anticompetitivo a competidores para acceder a insumos críticos o a consumidores, que deviene en el aumento de sus precios y la reducción de su oferta, y sería más apropiada para analizar el daño a los

---

<sup>332</sup> CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS. 1993. *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.* 509 US. [en línea] < <https://www.law.cornell.edu/supct/html/92-466.ZO.html> > [Consulta: 1 noviembre 2017].

<sup>333</sup> SCHEFFMAN, D. Y STEVEN, S. 1983. p. 2.

consumidores. De cualquier manera, estima que ambos paradigmas deberían aplicarse dependiendo de las conductas que hayan sido imputadas, dado que se aplican a las conductas, y no a un demandado en particular<sup>334</sup>.

### 3. Precios predatorios en la jurisprudencia del TDLC

En lo relativo a precios predatorios el TDLC ha conocido de un número considerable de casos en las sentencias N°28, 39, 72, 78, 103 y 151. De los casos señalados, se obtuvo sentencia condenatoria sólo en la Sentencia N°28 y en la reclamación ante la Corte Suprema de la Sentencia N°39.

Como señala Ybar, de una sistematización de la jurisprudencia del TDLC, es posible identificar tres requisitos jurisprudenciales para configurar precios predatorios exclusorios<sup>335</sup>, estos son:

- a.** Aptitud del ejecutante de incrementar, mantener o alcanzar posición de dominio: Consecuentemente a lo señalado en el artículo 3°, letra c) del DL 211.
- b.** Oferta de bienes y servicios por debajo de costos evitables de provisión: Para el TDLC la medida de los precios que tienen por objeto infringir la competencia es la de aquellos inferiores a los costos medios evitables.
- c.** Poder de mercado suficiente, de manera de tener una expectativa razonable de recuperar a futuro la pérdida en el corto plazo.

La enumeración de dichos requisitos resulta especialmente ilustrativa y entrega un buen parámetro de análisis de la jurisprudencia del TDLC, por lo que será considerada en lo sucesivo para el presente capítulo. Así, este acápite tiene por objeto identificar el

---

<sup>334</sup> SALOP, S. 2016. p. 15.

<sup>335</sup> YBAR, M. 2014. pp. 26 – 28.

razonamiento del TDLC en la adjudicación de los casos de predación que ha conocido hasta la fecha, así como una posible aproximación a los requisitos para configurar precios predatorios en nuestro sistema y la aplicación de los *test* de determinación de conductas exclusorias, como fueran aplicados en el capítulo anterior de esta memoria.

### **I. Sentencia N°28 TDLC. Requerimiento FNE en contra de TV Cable Loncomilla S.A., Holding de Televisión S.A. y CMET**

En su requerimiento, la FNE señaló que hubo una guerra de precios entre dos empresas proveedoras de TV cable en las comunas de San Javier y Villa Alegre. Además, sostuvo que existió competencia desleal recíproca por venta de servicios bajo los costos de operación, con el propósito de alcanzar una posición dominante, en el caso de Holding de Televisión S.A., y de mantener la posición dominante, por parte de TV Cable Loncomilla S.A. (“Loncomilla”)<sup>336</sup>; conductas que podrían, en el mediano y largo plazo, determinar la salida de un competidor.

Por otro lado, a modo de contestación, se señaló que la requerida Holding de Televisión S.A., fue disuelta y dejó de operar a inicios del 2004, siendo reemplazada por la empresa Cable Central S.A. (“Central”), ambas empresas filiales de CMET S.A.C.I. (“CMET”). Por su parte, la empresa Loncomilla, adujo que la baja en precios correspondía al resultado de una actitud defensiva de sus intereses, para evitar ser eliminada del mercado ante los precios agresivos de las empresas del grupo CMET, lo que dicha defensa estimó que debería reflejarse en la determinación de la responsabilidad ante la conducta imputada<sup>337</sup>.

Finalmente, el TDLC resolvió que la baja de precios realizada por ambas empresas se encontraría bajo costos, lo que en el caso de CMET se habría compensado con sus utilidades en otras ciudades del país. Además, consideró atendible la petición de

---

<sup>336</sup> TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. 2005. Sentencia N°28. Causa Rol N° C 50-04, Visto 1.14.

<sup>337</sup> Ibid. Vistos 4 y 5.

Loncomilla, en cuanto su baja en el precio respondió a una defensa ante la guerra de precios a la que se vio arrastrada, por lo que no acogió la acusación de la FNE que consideraba el actuar de a ambas empresas igualmente reprochable<sup>338</sup>. Luego, el Tribunal concluyó que existirían antecedentes para sancionar a Cable Central S.A., y solidariamente a CMET en los siguientes términos:

*“Que teniendo presente que la empresa CMET es controladora de la empresa Cable Central S.A. y ambas fueron requeridas en autos, atendido lo dispuesto en el artículo 26°, letra c), del Decreto Ley N° 211, y considerando que la matriz se benefició y participó en el acto anticompetitivo antes indicado, se multará a Cable Central S.A. y será responsable solidariamente del pago de dicha multa su matriz CMET”<sup>339</sup>.*

Luego, CMET y Cable Central S.A. interpusieron recursos de casación ante la Corte Suprema, que fueron rechazados, dado que la conducta de las recurrentes, al prolongarse en el tiempo: *“no permiten deducir que se trate de promociones, ni de acciones destinadas a posicionarse en un mercado determinado, sino que, por el contrario, ellas son constitutivas de competencia desleal, realizada con el propósito de alcanzar una posición dominante en el mercado, lo cual configura la situación descrita y sancionada en el párrafo que se singulariza con la letra c) del artículo 3° del Decreto Ley N° 211”<sup>340</sup>.*

### **Requisitos jurisprudenciales para determinar precios predatorios**

De esta manera, si bien la jurisprudencia del TDLC y de la Corte Suprema no impetró un análisis de fondo significativo de la conducta de las requeridas, a la luz de la sistematización antes señalada, es posible identificar de forma implícita los requisitos de la conducta:

---

<sup>338</sup> Ibid. considerandos 7° y 11°.

<sup>339</sup> Ibid. considerando 14°.

<sup>340</sup> CORTE SUPREMA. 2005. Sentencia en causa Rol N° 5005-2005. Considerando 7°.

a. Aptitud de fortalecer, mantener, alcanzar una posición de dominio: Cable Central S.A. habría iniciado una guerra de precios con la finalidad de mantener su posición de dominio en el mercado relevante.

b. Ofrecer bienes bajo los costos de provisión: Hecho que no fue controvertido por las requeridas en autos, sin perjuicio de que el TDLC no identifica cuál es la medida de costos que determina los precios predatorios.

c. Poder de mercado suficiente que otorgue una expectativa razonable de recuperar a futuro la pérdida a raíz de la predación: Si bien no consta un plan futuro de alza de precios, la estrategia predatoria de Cable Central S.A. se sustentaba en el precio cobrado a sus abonados en otras localidades, de los cuales “recuperaba” el sacrificio realizado en San Javier y Villa Alegre<sup>341</sup>.

### **Crterios para la determinación de abusos exclusorios**

Desde el punto de vista de los *test* de determinación de abuso de posición dominante, el razonamiento del TDLC y de la Corte Suprema es cercano al *test* del sentido económico de la conducta.

En cuanto al TDLC, evaluó la conducta de Loncomilla a partir del sentido económico de su conducta predatoria, justificando el haber operado bajo sus costos por un periodo prolongado de tiempo dado que de otra manera habría desaparecido del mercado. Por su parte, la Corte Suprema, se refirió directamente a la conducta reprochada, señalando que no pudo acreditarse que respondiera a una estrategia económicamente justificada, sino que tendría por objeto alcanzar una posición dominante en el mercado, infringiendo el artículo 3° letra c) del DL 211.

---

<sup>341</sup> Ibid. considerando 7°.

## II. Sentencia N°39. Demanda de Producción Química y Electrónica Quimel S.A., en contra de James Hardie Fibrocementos Ltda.

La demanda de Quimel S.A. (“Quimel”) señaló que James Hardie Fibrocementos Ltda. (“James Hardie”), reiteró la conducta de precios predatorios e incurrió en desacato del dictamen N° 1.287 de la Comisión Preventiva Central<sup>342</sup>. Adicionalmente, indicó que la Sociedad Industrial Pizarreño (“Pizarreño”) sería el actor predominante del mercado con una participación cercana al 60%, James Hardie sería el segundo actor con casi el 40%<sup>343</sup>, y luego se encontraría Quimel que en algún momento tuvo el 8%, pero a la fecha de la demanda contaba con una escasa participación.

Dentro de las estrategias predatorias de James Hardie no sólo se encontrarían los precios predatorios con que ofrece planchas de fibrocemento, sino que, además, otros mecanismos complementarios que permitirían bajar el precio, como distintos tipos de descuentos.

Por su parte, Cementa S.A. (“Pizarreño”) interpuso una demanda que señaló que James Hardie habría continuado con su conducta de precios predatorios y que, desde la fecha del referido Dictamen, habría vuelto a bajar los precios. Además, Pizarreño adujo que fue desplazada como proveedora de *Home Depot* a raíz de la estrategia de precios predatorios imputada. Por último, dicha estrategia no contaría con razones de eficiencia y calidad, sino que se fundaría en el respaldo económico de una transnacional que le permitía competir agresivamente en el mercado<sup>344</sup>.

---

<sup>342</sup> El Dictamen N°1.287 de la Honorable Comisión Preventiva Central de fecha 30 de abril de 2004, señaló: “*No se puede desconocer que la conducta permanente y persistente de James Hardie de vender su producto por debajo del costo durante los últimos tres años, ha tenido consecuencias para el mercado de las planchas de fibrocemento, en especial (...) sobre las pequeñas y medianas empresas que actúan en este mercado (...) dicha práctica podría constituir una conducta de precios predatorios prohibida y sancionada en el artículo 3° letra c) del DL 211*”. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. 2006. Sentencia N°39. Causa Rol N° C 42-04. Visto 1.

<sup>343</sup> La demanda indica que James Hardie pasó de un 0% a un 40% de participación en el mercado de planchas de fibrocemento para la construcción, mediante la venta sistemática de sus productos bajo el costo, especialmente en el periodo 2001-2003. *Ibidem*.

<sup>344</sup> *Ibid*. Visto 2.

En su contestación, James Hardie indicó que su única estrategia habría sido competir con productos de mayor calidad que los disponibles a la fecha de su ingreso en el país, ofreciéndolos a precios competitivo, pero que el mercado habría experimentado una fuerte baja de los precios liderada por una tercera empresa, filial de Pizarreño, que fue seguida inmediatamente por los competidores aún antes de que James Hardie llegara a Chile. Al ampliar el mercado relevante, la demandada reconoció muchos más actores, de los que el dominante sería Pizarreño. Además, señaló que no existirían barreras absolutas a la entrada, por lo que los incentivos para constituirse como monopolio por la vía de la predación de precios serían escasos. En cuanto a Pizarreño, indicó que su delicada situación económica respondería a sus ineficiencias propias, y no a una supuesta política de precios predatorios de la demandada. Finalmente, indicó que a pesar de que sus precios se pudiesen considerar bajo el costo, esto no constituiría una política de precios predatorios ya que existiría un actor dominante (Pizarreño) que ofrece una gama de productos superior a la de la James Hardie, y goza del reconocimiento de sus clientes<sup>345</sup>.

En su sentencia, el TDLC analizó si la estrategia de James Hardie correspondía a una de precios predatorios, para lo que identificó dos aspectos fundamentales: (i) si ha dispuesto de poder de mercado durante la predación, de forma que pudiera gozar de una razonable expectativa de recuperar a futuro las pérdidas de corto plazo; y (ii) si, de cumplirse con lo anterior, existirían indicios definitivos sobre la alegación de fijación de precios de venta bajo los costos relevantes<sup>346</sup>.

---

<sup>345</sup> En lo que respecta a la expresión “costos relevantes”, el TDLC se refiere a los costos relevantes a la producción de planchas de fibrocemento, que es necesario analizar en a la luz de la imputación realizada. En el caso, parte de las imputaciones sugería la existencia de “subsídios cruzados anticompetitivos” entre las líneas de producción de James Hardie, lo que requería analizar si al menos parte de los costos fijos totales de producción eran compartidos entre una y otra línea de producción, para que pudiese ser económicamente eficiente buscar reducir los costos medios totales de producción, aumentando la producción de cualquiera de esas líneas a propósito de la predación. Ibid. Considerandos 3°, 4° y 26°.

<sup>346</sup> Ibid. Considerandos 4° y 5°.

Así, el TDLC acreditó que la demandada sólo producía planchas lisas, de un amplio espectro de planchas de distintos tipos, identificándose como la marca líder del mercado de planchas lisas a Pizarreño, seguida luego por James Hardie. Asimismo, señaló que sería dable asumir cierto grado de sustitución entre las planchas de fibrocemento con otros materiales de revestimiento, igualmente condicionados por elementos marcarios de la empresa que los produce, lo cual:

*“...plantea una primera área de dudas respecto de que la parte demandada pudiese haber disfrutado, al inicio y durante el periodo de presuntas prácticas predatorias, de suficiente poder de mercado para posteriormente ser capaz de recuperar sus pérdidas de corto plazo”<sup>347</sup>.*

En lo que respecta a las condiciones de entrada y salida del mercado, el TDLC estimó que no existían barreras significativas<sup>348</sup>.

De todo lo anterior el TDLC infirió que no existía evidencia probada respecto del suficiente poder de mercado de James Hardie, que pudiere formar la expectativa razonable de recuperar a futuro las pérdidas asociadas a los *presuntos* precios predatorios<sup>349</sup>. De manera que, al no existir poder de mercado, el análisis de la acusación de precios predatorios perdería sustento.

Sin perjuicio de lo anterior, el Tribunal consideró que existiría racionalidad económica en la reducción de los precios de las planchas de fibrocemento, porque los costos fijos de producción eran compartidos por dos líneas distintas de elaboración, por lo que resultaría económicamente eficiente bajar los costos medios totales de producción mediante altos volúmenes de cualquiera de las líneas productivas.

---

<sup>347</sup> Cabe mencionar el lenguaje inexacto y poco técnico que el TDLC utiliza en esta sentencia, lo que con posterioridad funda el recurso de reclamación de las demandantes, por no haber logrado la convicción necesaria en su decisión. Ibid. considerando 14° y 16°.

<sup>348</sup> Ibid. Considerando 24°.

<sup>349</sup> Ibid. Considerando 25°.

Finalmente, el TDLC concluyó que la conducta de la demandada no infringiría las normas de competencia<sup>350</sup>.

Las demandantes dedujeron recursos de reclamación en contra de la Sentencia N°39 del TDLC. Pizarreño, indicó que la sentencia no se hizo cargo de la prueba rendida por las partes, y fue dictada sin lograr certeza de sus convicciones. Por su parte Quimel S.A. indicó que existirían errores en la sentencia del TDLC, ya que el crecimiento de James Hardie sólo se entendería por la expulsión de sus competidores del mercado, debido a los bajísimos precios de las planchas de fibrocemento, producto en que la acusada llegó a su plena producción, por lo que no tendría margen para mejorar su eficiencia a los precios -bajo costo- que habría ofrecido al mercado. Adicionalmente, Quimel acusó que: “[a]hora puede empezar a subir fuertemente sus precios, pues tiene ocupada plenamente su planta, y así resarcirse de lo que significaron cuatro años de precios predatorios, consumándose la infracción antieconómica”<sup>351</sup>. Por último, dicha recurrente desmintió el hecho de que James Hardie compitiera en calidad, señalando que la guerra se ha dado en el terreno de los precios, donde sólo los grandes competidores podrían resistir.

La Corte Suprema resolvió que, en virtud de la prueba rendida, se acreditó que James Hardie incurrió en la conducta del artículo 3° letra c) del DL 211. Así, por medio de una política de venta bajo costo, del 2001 al 2004 las participaciones de James Hardie habrían varido de un 0% a un 32,5%; mientras que las de Pizarreño, de un 67% a un 59,9% en el mismo periodo. Las ventas extranjeras que James Hardie realizó le irrogaron ganancias durante dicho periodo de cuatro años, teniendo sólo pérdidas en el mercado interno, por lo que pudo sostener la política de precios bajo el costo gracias al aporte entregado por la exportación<sup>352</sup>. Tal conducta de la demandada se mantuvo, a pesar de dictamen de la Comisión Preventiva Central.

---

<sup>350</sup> Ibid. Considerandos 28°, 29° y 33°.

<sup>351</sup> CORTE SUPREMA. 2006. Sentencia en causa Rol N° 3449-2006. Considerando 2°.

<sup>352</sup> Ibid. Considerando 4°.

La Corte Suprema señaló que del tenor literal de la ley es posible aducir que no es necesario tener posición dominante en el mercado para ejecutar la conducta de precios predatorios, ya que podría bastar con que uno de sus objetivos sea alcanzar tal posición, como ocurrió en el caso de James Hardie, que vendió bajo el costo sin mediar eficiencia y con el objetivo de eliminar a la competencia para ganar poder de mercado, respaldado por los mecanismos necesarios para financiar las pérdidas económicas asociadas a la predación, por la vía de las exportaciones<sup>353</sup>. En definitiva, la Corte Suprema acogió las reclamaciones interpuestas, revocando la Sentencia N°39 del TDLC y sancionando a James Hardie.

### **Requisitos jurisprudenciales para determinar precios predatorios**

De la Sentencia N°39 del TDLC y de la sentencia de la Corte Suprema, es posible deducir de forma implícita los requisitos de los precios predatorios:

**a. Aptitud de fortalecer, mantener, alcanzar una posición de dominio:** El TDLC reconoció como un argumento para rechazar la demanda a James Hardie, la falta evidencia que respaldase el poder de mercado de la incumbente, obviando en su análisis una conducta que buscare alcanzar una posición de dominio. La Corte Suprema, en cambio, indica que del tenor literal del 3° letra c) del DL 211, resultaba posible deducir que, para ejecutar la conducta de precios predatorios, no sería necesario tener una posición de dominio.

**b. Ofrecer bienes bajo los costos de provisión:** En el caso, para el TDLC sólo se analizaría el carácter predatorio de los precios bajo los costos evitables relevante, si se cumplía antes con tener poder de mercado suficiente que permita recuperar pérdidas del corto plazo. La recurrente, indicó que la conducta reprochada por la ley sería ‘vender bajo costos’, pero el fallo recurrido agregaría la exigencia de que fueran costos evitables

---

<sup>353</sup> Ibid. Considerando 6°.

relevantes sin siquiera delimitarlos<sup>354</sup>. Sin perjuicio de lo anterior, la Corte Suprema no se refirió explícitamente a una medida de costos, sino que solamente hizo alusión a los precios establecidos bajo ‘costos de producción’.

c. Poder de mercado suficiente que otorgue una expectativa razonable de recuperar a futuro la pérdida a raíz de la predación: El TDLC indicó que uno de los aspectos fundamentales de los precios predatorios, sería la existencia de poder de mercado durante la predación para gozar de una razonable expectativa de recuperar a futuro las pérdidas de corto plazo. Luego, la Corte Suprema indicó que sería posible sostener una política de precios predatorios si existieren mecanismos necesarios para financiar las pérdidas económicas asociadas a dicha conducta, sin necesidad de demostrar poder de mercado<sup>355</sup>.

### **Crterios para la determinación de abusos exclusorios**

La jurisprudencia del TDLC recalcó que la entidad predadora debería contar con suficiente poder de mercado para ser capaz de recuperar el sacrificio realizado en el periodo de predación, ya que de lo contrario la conducta predatoria carecería de sustento. Lo señalado, acerca el análisis del TDLC a los *test* de sacrificio de utilidades y de sentido económico de la conducta. Adicionalmente, el TDLC consideró la racionalidad económica en la reducción de precios de planchas de fibrocemento, dado que los costos medios totales se verían reducidos al compartir dicho producto líneas de producción con otro distinto.

En cuanto al fallo de la Corte Suprema, se basó en una interpretación literal del artículo 3° letra c) del DL 211, determinando que no sería necesario contar con poder de mercado para incurrir en precios predatorios.

---

<sup>354</sup> Ibid. Considerando 1°.

<sup>355</sup> En este sentido: YBAR, M. 2014. p. 27; y CORTE SUPREMA. 2006. Sentencia en causa Rol N° 3449-2006. Considerando 4°.

### III. Sentencia N°72. Demanda de CMET S.A.C.I. contra Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A.

Complejo Manufacturero de Equipos Telefónicos S.A.C.I. (“CMET”) demandó a Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A. (“CTC”) por ofrecer planes telefónicos por medio de promociones, a precios que se encontraban por debajo de los costos, lo que constituiría una práctica predatoria con el objeto de excluir a los rivales.

CTC, por su parte, señaló que las ventas paquetizadas corresponderían a estrategias de competencia ampliamente utilizadas en la industria y que han otorgado beneficios directos a los consumidores por medio de menores precios. La promoción cuestionada habría durado un tiempo limitado, sobre ofertas conjuntas que se justifican en las economías de ámbito existentes<sup>356</sup>. Así, se cumpliría con lo establecido por el Reglamento contenido en el Decreto Supremo N° 742/03, que regula las condiciones en que pueden ser ofrecidas tarifas menores y planes diversos. El descuento asociado a la *paquetización* se fundaría en que permitiría obtener la fidelización de los clientes, disminuyendo su tasa de rotación.

El TDLC, señaló que para estimar que una conducta corresponde a precios predatorios, sería necesario que concurrieran requisitos copulativos, a saber:

*“[1] Que la parte demandada haya gozado de suficiente poder de mercado en el o los mercados relevantes, de forma tal que dicha posición le haya provisto de una razonable expectativa de recuperar a futuro las pérdidas de corto plazo; y [2] que la parte demandada efectivamente haya ofertado sus bienes*

---

<sup>356</sup> Las ofertas conjuntas comprendían servicios de Plan de Minutos Día y Noche, más Plan Speedy Banda Ancha y/o Plan de TV, de manera que podían contratarse: el Plan de Minutos más el Plan Speedy (“Dúo Banda Ancha”; el Plan de Minutos más el Plan de TV (“Dúo TV”); o los tres servicios conjuntamente (“Trío”). TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. 2008. Sentencia N°72. Causa Rol N° C 125-07. Visto 2.4.

*o servicios por debajo de los costos evitables de proveerlos, con el fin de desplazar a sus competidores (...)*<sup>357</sup>.

Señaló también que la carga probatoria pesaba sobre la demandante, que no aportó antecedentes suficientes para acreditar la conducta de precios predatorios de la demandada. Adicionalmente, el TDLC consideró que las promociones ofrecidas por CTC infringieron la disposición del DS N°742/03, en lo relativo al plazo durante el que la promoción debe mantenerse vigente y disponible al público<sup>358</sup>. Esto, porque un plazo muy acotado, no resguardaría a sus clientes<sup>359</sup>. Sin perjuicio de lo anterior, el cumplimiento o incumplimiento del DS 742/03, no fue materia de la *litis* y, por lo mismo, las partes no pudieron debatir ni aportar antecedentes en lo relativo a dicha medida, por lo que el TDLC señaló que no aplicaría sanción alguna.

Finalmente, la Corte Suprema conoció del recurso de reclamación interpuesto por CMET, que fue desestimada por no cumplir con el requisito de ser fundada<sup>360</sup>.

### **Requisitos jurisprudenciales para determinar precios predatorios**

Conforme a lo establecido en la Sentencia N°72, en relación con los elementos que conforman los precios predatorios, si bien no impetró una sentencia condenatoria por predación, aporta antecedentes relevantes para dilucidar el razonamiento del TDLC en la determinación de precios predatorios. Así, conforme al ejercicio que hemos realizado en los casos anteriores, es posible analizar:

---

<sup>357</sup> Números agregados por el autor. Ibid. Considerando 9°.

<sup>358</sup> Las promociones ofrecidas por la demandada habrían infringido los artículos 2, 7 y 13 del Decreto Supremo N°742/03. Conforme a los cuales “...*Telefónica Chile, al ofrecer la promoción materia de autos... debió haberla mantenido vigente y disponible para el público al menos durante un año, y no como lo hizo, esto es, manteniéndola disponible para el público por sólo algo más de dos meses y vigente por sólo algo más de diez*”. Ibid. Considerandos 13° y 14°.

<sup>359</sup> Conforme a lo señalado por la Resolución N°709 de la Comisión Resolutiva. Ibid. Considerando 16°.

<sup>360</sup> CORTE SUPREMA. 2006. Sentencia en causa Rol N° 3449-2006. Considerando 4°.

a. Aptitud de fortalecer, mantener, alcanzar una posición de dominio: Parte de los requisitos copulativos que el TDLC reconoció como necesarios para configurar una práctica predatoria, es que la parte demandada haya gozado de suficiente poder de mercado en el o los mercados relevantes<sup>361</sup>.

b. Ofrecer bienes bajo los costos de provisión: Dentro de los requisitos copulativos que el TDLC identificó para los precios predatorios, se encuentra que efectivamente “*haya ofertado sus bienes o servicios por debajo de los costos evitables de proveerlos*”<sup>362</sup>. Adicionalmente, el TDLC entregó un concepto de costos evitables, a saber, aquellos que son afectados directamente por los cambios en los volúmenes de oferta relacionados con la estrategia predatoria.

c. Poder de mercado suficiente que otorgue una expectativa razonable de recuperar a futuro la pérdida a raíz de la predación: Por último, el TDLC indicó que la posición de dominio en el mercado relevante debe haberle provisto de una razonable expectativa de recuperar a futuro las pérdidas de corto plazo<sup>363</sup>.

### **Crterios para la determinación de abusos exclusorios**

Los requisitos enumerados por esta jurisprudencia del TDLC son acordes al *test* de sacrificio de utilidades, al contemplar los requisitos de existencia de un poder de mercado que le otorgara la expectativa de recuperar las pérdidas a futuro, y que se hubiera ofrecido los bienes bajo una medida de costos.

## **IV. Conciliación entre Telefónica del Sur S.A. y VTR Banda Ancha Chile S.A.**

Telefónica del Sur S.A. (“Telsur”), empresa de telecomunicaciones activa en la provisión de telefonía e Internet entre las regiones VIII y XI de Chile, interpuso una demanda en

---

<sup>361</sup> Ibid. Considerando 9°.

<sup>362</sup> Ibídem.

<sup>363</sup> Ibídem.

contra de VTR Banda Ancha Chile S.A. (“VTR”) por haber infringido el artículo 3° letra c) del DL 211, al ofrecer la contratación de sus planes en determinadas zonas del país a precios significativamente más bajos que al resto de sus clientes<sup>364</sup>. Adicionalmente, la demandada habría incurrido en prácticas de retención de clientes, cuya consecuencia habría sido la instalación de un mercado local con precios predatorios. Lo anterior, además de constituir una falta por sí misma a la libre competencia, infringiría la Resolución N°1/2004 del TDLC que habría fijado como condición para aprobar la operación de concentración entre VTR y Metrópolis Intercom, que la entidad fusionada mantuviera una única política de precios uniforme para todo el territorio nacional.

En particular, la conducta imputada a VTR consistiría en cobrar a los clientes de la X Región precios que se encontrarían bajo el costo operacional, en el marco de supuestas ofertas que, sin perjuicio de tener un límite fijado, se extenderían más allá de las fechas anunciadas por VTR. Lo anterior, habría sido motivado por un producto nuevo, televisión digital vía banda ancha, que Telsur habría lanzado recientemente al mercado, y que no podría competir producto de la predación ejercida por VTR, que contaría con un 95% de participación en el mercado de la X Región.

Además de la conducta de precios predatorios, la demanda señaló que VTR habría ejercido una serie de otras conductas anticompetitivas constitutivas de competencia desleal, como: circular automóviles en la ciudad que ofrecen televisión por banda ancha, en circunstancias que VTR no ofrecería dicho producto en la X Región; sacar equipos de banda ancha y telefonía de Telsur dentro de los hogares de los clientes, incluso antes que éstos manifestaren su voluntad de poner término a su vínculo con Telsur, dificultando o imposibilitando que el suscriptor levantado por VTR, vuelva a suscribir los servicios de Telsur; entorpecer la labor de los puntos de venta de Telsur, estacionando vehículos promocionales de VTR a las afueras de las oficinas de la demandante, lo que obedecería a un plan previamente trazado para hostigar a la fuerza de venta de Telsur.

---

<sup>364</sup> Demanda Telefónica del Sur S.A., en causa Rol N° C 138-07. Punto 3.

En su contestación a la demanda<sup>365</sup>, VTR solicitó que se esta se rechazara en todas sus partes, señalando que su conducta sería procompetitiva y respondería al dinamismo propio del mercado de la X Región. VTR señaló que se encontraba ingresando a dicho mercado, hecho previamente conocido por Telsur, ofreciendo mejores precios y productos innovadores a través del servicio de Banda Ancha y *Triple Pack*<sup>366</sup>. Adicionalmente, VTR indicó que Telsur habría adelantado el lanzamiento de su servicio de televisión por Banda Ancha como respuesta a los nuevos servicios ofrecidos por VTR, cuestión que no resultaría anticompetitiva, pero que habría sido manipulada por la demandante para fundar su demanda en contra de una supuesta conducta anticompetitiva de VTR.

Por otro lado, VTR señaló que los nuevos mercados a los que habría ingresado, se encontraban dominados por Telsur, con más del 80% de participación de mercado en la provisión de telefonía local y de Banda Ancha, participación que sostuvo durante mucho tiempo con alianzas con otras grandes empresas que le permitieron ofrecer productos de “*triple play*”. En dicho contexto, VTR indicó que resultaba totalmente razonable que un entrante cuyo objetivo fuera inyectar competencia en el mercado, ingresara con ofertas que permitieran difundir su marca y obtener una masa crítica de usuarios.

Adicionalmente, la contestación indicó que Telsur ofrecería los mismos niveles de promociones que ofrecía la demandada e, históricamente, habría impuesto barreras artificiales que aumentarían los costos de cambio de los clientes, por medio de cláusulas indemnizatorias gravosas para los clientes que decidieran terminar su vínculo contractual con Telsur, y de cláusulas de vigencia de los contratos extensas y prorrogables automáticamente ante el silencio de las partes. En virtud de lo anterior, VTR debió elaborar promociones especialmente atractivas, al menos al momento de entrar al mercado, para asumir dicho costo de cambio de los usuarios de la X Región.

---

<sup>365</sup> Contestación VTR Banda Ancha S.A., en causa Rol N° C 138-07.

<sup>366</sup> El servicio de *Triple-Pack* contendría los productos de televisión pagada, Banda Ancha y telefonía local.

Por otro lado, las ofertas de VTR no infringirían lo fallado por el TDLC en la Resolución N°1-2004, ni podrían constituir herramientas predatorias, dado que: (i) no contaba con presencia en la X Región, por lo que tampoco habría gozado de posición dominante en dicho mercado; (ii) las promociones de VTR no tendrían la aptitud suficiente para expulsar del mercado a Telsur; (iii) VTR no tendría aptitud para alzar con posterioridad los precios, dado que existirían otros actores importantes con ofertas similares, como CTC; (iv) tampoco habría sido posible obtener rentas extraordinarias de la presunta estrategia predatoria, porque las tarifas se encontrarían congeladas desde la Resolución N°1-2004 del TDLC; (v) VTR no tendría intención alguna de expulsar a Telsur o dificultar su crecimiento en el mercado, sino que buscarían competir en un mercado dominado por Telsur que junto con altas participaciones, habría aumentado artificialmente las barreras de entrada y los costos de cambio de los usuarios; (vi) finalmente, las promociones tendrían una perfecta lógica comercial, distinta de la supuesta intención exclusoria.

Junto con lo anterior, VTR señaló que sus conductas, supuestamente constitutivas de competencia desleal, simplemente correspondían a comportamientos competitivos. Adicionalmente, la contestación indicó que la demanda de Telsur respondería a su incapacidad de reaccionar de forma adecuada a la competencia inyectada por VTR en el mercado relevante.

En definitiva, VTR solicitó rechazar en todas sus partes la demanda de Telsur, y prevenir que en lo sucesivo la demandante se abstuviera de imponer barreras de cambio a sus clientes.

Con posterioridad, Telsur y VTR solicitaron al TDLC declarar el desistimiento de la demanda, dado que, de conformidad a los escritos de demanda y contestación, las partes habrían concluido que las conductas desplegadas responderían a un contexto de competencia férrea, y no existiría intencionalidad anticompetitiva tras la conducta de VTR que dio origen a la demanda. Adicionalmente, la promoción de lanzamiento de VTR habría concluido al momento de solicitar el desistimiento de la demanda,

Conforme consta en el expediente de la causa, la Fiscalía Nacional Económica evacuó un informe que señaló que la conducta de VTR no sería predatoria, sino que respondería a otros motivos, como los costos de cambio asociados a la telefonía, donde sólo una oferta atractiva en los precios llevaría a los consumidores a contratar con una empresa distinta. Adicionalmente, en línea con la experiencia comparada, la oferta de VTR no constituiría predación por haber estado acotada a un periodo determinado de tiempo, y por haberse acotado a un número menor de clientes con la finalidad de posicionar un producto. En conclusión, la FNE sugirió al TDLC aceptar el desistimiento de la demanda y prevenir a Telsur que eliminara las conductas que conllevaran aumentar los costos de cambio de sus clientes.

Finalmente, las partes presentaron un acuerdo conciliatorio que fue aprobado por el TDLC, basado en los términos ya descritos del desistimiento, y comprometiéndose a no ejercer prácticas que afectaren de manera alguna los costos de cambio de sus clientes, así, además, indicaron que no existió intencionalidad anticompetitiva tras las conductas desplegadas por Telsur.

### **Requisitos jurisprudenciales para determinar precios predatorios**

En cuanto a los elementos que conforman los precios predatorios, del caso en análisis fue posible desprender que:

a. Aptitud de fortalecer, mantener, alcanzar una posición de dominio: mientras que la demanda señaló que VTR contaba con una participación de mercado altísima en la X Región, la defensa desvirtuó la existencia de poder de mercado, al señalar que VTR no tenía presencia en el mercado relevante hasta antes de las promociones ofrecidas, por lo que mal podría contar con poder de mercado.

b. Ofrecer bienes bajo los costos de provisión: según lo señalado por Telsur, las promociones de VTR habrían ofrecido precios bajo los costos de provisión. Por su parte,

VTR no reconoció precios bajo costo, sino que simplemente señaló que su conducta habría respondido a una inyección de competencia con la finalidad de difundir su marca y obtener usuarios, cuestiones que facilitarían su entrada en el mercado.

c. Poder de mercado suficiente que otorgue una expectativa razonable de recuperar a futuro la pérdida a raíz de la predación: conforme a lo señalado la contestación de la demanda, VTR no tendría la aptitud para recuperar el sacrificio realizado a partir de los supuestos precios predatorios, porque ante cualquier alza los usuarios contaban con otros oferentes similares.

### **Crterios para la determinación de abusos exclusorios**

La demanda se basaría implícitamente en el *test* de sacrificio, dado que señala que VTR habría sacrificado ganancias, con el objeto único de excluir a Telsur del mercado. Adicionalmente, Telsur acusa de una serie de conductas que califica como constitutivas de competencia desleal, como dificultar que suscriptores vuelvan a contratar con Telsur al retirar sus equipos. Dichas conductas pueden ser consideradas como conductas RRC, porque tendrían como finalidad aumentar los costos de Telsur para competir en el mercado.

En cuanto a la contestación de la demanda, argumentó desde diversos estándares, la licitud de la conducta de VTR. A saber, (i) su comportamiento tendría sentido económico, dado que en un mercado dominado por Telsur resultaba totalmente razonable que ingresara con promociones lo suficientemente atractivas para difundir su marca y obtener una masa crítica de clientes, adicionalmente no existiría posibilidad de recuperar el sacrificio realizado, porque existirían otros competidores, como CTC, con ofertas similares a las de VTR; (ii) la contestación consideró que Telsur sería un competidor un nivel de promociones similar al de VTR, por lo que desde un *test* del competidor igualmente eficiente podría cumplir con haberse excluido a un competidor en función de sus méritos y no por una conducta anticompetitiva, adicionalmente,

considera un argumento de eficiencias, al señalar que Telsur interpuso la demanda al no poder reaccionar adecuadamente a la competencia inyectada por VTR; (iii) desde un *test* de intención, VTR señaló que no tenía intención alguna de expulsar o dificultar la expansión de Telsur, sino que su comportamiento respondería a una competencia férrea en el mercado.

El informe de la FNE se basa en el *test* del sentido económico de la conducta, dado que las prácticas de VTR se entenderían como una estrategia lícita, cuya finalidad era ofrecer promociones atractivas que le permitieran competir en el mercado.

Luego, en el desistimiento de la demanda y en el acuerdo conciliatorio, implícitamente pareciera primar el *test* de intención, dado que las partes declaran que no habría intencionalidad anticompetitiva tras las prácticas denunciadas, sino que simplemente serían promociones en un contexto de alta competencia.

#### **V. Sentencia N°78. Demanda de GPS Chile S.A. contra Entel PCS S.A.**

GPS Chile S.A. (“GPS Chile”) señaló en su demanda que Entel PCS S.A. (“Entel”) habría iniciado una escalada de precios a la baja en el mercado de servicios de posicionamiento de vehículos, haciendo abuso de su posición financiera con el objeto de apoderarse del mercado nacional y destruir la libre competencia, incurriendo en la conducta de precios predatorios conforme al artículo 3° letra c) del DL 211.

La demanda indicó que la estrategia de precios de Entel consistió en segmentar sus planes comerciales en base al número de posiciones transmitidas, contando además con una red de transmisión propia que posibilitaba tal conteo. Por medio de tal estrategia de precios, en un largo plazo, podría alcanzar una posición dominante en el mercado que le permitiese eliminar a la mayoría de su actual competencia. A través de su negocio de telefonía, Entel podría reducir o anular la rentabilidad del servicio de posicionamiento de

flotas, soportando los costos de los precios predatorios que fije, por medio de subsidios cruzados<sup>367</sup>.

GPS señaló que estas conductas le habrían causado importantes perjuicios económicos y de imagen ante sus clientes, y de continuar podrían producir su eliminación del mercado.

Por su parte, Entel pidió que se rechazara la demanda, indicando que el mercado sería competitivo, desconcentrado, con una penetración significativamente baja, *desafiable* y que no presentaría barreras a la entrada. Indicó además que el *dumping* predatorio del cual se le acusaba no gozaría de racionalidad económica ni asidero práctico, ya que para ser creíble debería implicar que, con posterioridad a la eliminación de la competencia, operaran barreras a la entrada, lo que no se constataría al existir competencia potencial. Adicionalmente, la predación en los mercados donde priman las tecnologías tendría como consecuencia estimular nuevos desarrollos, siendo un mercado sumamente *desafiable*.

Por otro lado, Entel no tendría posición dominante en el mercado relevante, y su estrategia de crecimiento buscaría incentivar la incorporación de nuevos clientes, y correspondería a una estrategia legítima de apertura y desarrollo de mercados inmaduros. De todas maneras, la demandada negó haber prestado servicio con precios bajo una medida de costos relevantes. En definitiva, Entel afirmó que su conducta no sería contraria a las disposiciones del DL 211, sino que –muy por el contrario- habría estimulado la competencia, produciendo incluso que sus competidores han bajaran sus precios<sup>368</sup>. Finalmente, Entel hizo presente que dentro de los fines del derecho de la competencia se consideraba la expansión de la oferta y la reducción de los precios, y no la defensa de los competidores<sup>369</sup>.

---

<sup>367</sup> TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. 2008. Sentencia N°78. Causa Rol N° C 111-06. Visto 1.6. y 1.7.

<sup>368</sup> Ibid. Visto 2.6. – 2.10.

<sup>369</sup> Ibid. Visto 2.16.

En la parte considerativa de la sentencia, el TDLC sostuvo que:

*“...para determinar si una conducta es o no constitutiva de una práctica de precios predatorios, se requiere acreditar la existencia de dos requisitos copulativos, a saber, (i) que la parte demandada cuente con suficiente poder de mercado en el o los mercados relevantes, de forma tal que dicha posición le haya provisto de una razonable expectativa de recuperar a futuro las pérdidas de corto plazo; y (ii) que la parte demandada efectivamente haya ofertado sus bienes o servicios por debajo de los costos evitables de proveerlos, durante un período de tiempo tal que le haya permitido desplazar a sus competidores, entendiéndose como costos evitables aquellos que se ven directamente afectados por los cambios en los volúmenes de oferta, o en la calidad del servicio ofrecido, relacionados con la estrategia denunciada como práctica predatoria”<sup>370</sup>.*

Así, el TDLC analizó, en primer lugar, si Entel contaba con poder de mercado<sup>371</sup>. Al respecto, destacó la heterogeneidad del servicio de posicionamiento de vehículos, principalmente porque los clientes determinan qué tipo de producto recibirán a la medida de sus necesidades. Además, no existirían barreras a la entrada relevantes en el mercado, debido a la entrada reciente de nuevos oferentes, y porque para grandes empresas -según informe de la FNE- podría ser rentable integrarse verticalmente, implementando sus propias soluciones de posicionamiento de vehículos. Por lo demás, tampoco se apreciarían significativos costos hundidos<sup>372</sup>. En conclusión, el TDLC señaló que Entel no contaría con poder de mercado en la época de que se habrían ejecutado las conductas.

---

<sup>370</sup> Ibid. Considerando 3°.

<sup>371</sup> Ibid. Considerando 7° a 9°.

<sup>372</sup> Ibid. Considerando 14° a 16°.

Por otro lado, el TDLC analizó si los precios por el servicio de posicionamiento de vehículos fueron ofrecidos por debajo de los costos evitables de provisión<sup>373</sup>. Así, consideró lícito que la empresa vendiera o arrendara equipos a un precio bajo, incluso por debajo del costo de adquisición, pudiendo con posterioridad recuperar la diferencia mediante la oferta conjunta de tales equipos con otros servicios<sup>374</sup>. Por lo que se rechazó la acusación de precios predatorios.

Luego, GPS Chile interpuso un recurso de reclamación, señalando que el TDLC habría cometido un error en la aplicación de la ley, dado que el artículo 3° letra c) del DL 211 no exigiría que se ostente una posición dominante, por cuanto la conducta reprochada podía tener por finalidad alcanzar dicha posición. La Corte Suprema, estimó que no se tuvo por acreditado que Entel hubiere incurrido en una conducta de precios predatorios, por lo que la sentencia impugnada se ajustaría a derecho.

### **Requisitos jurisprudenciales para determinar precios predatorios**

En conclusión, a la luz a del ejercicio que hemos realizado en los casos anteriores, es posible identificar:

a. Aptitud de fortalecer, mantener, alcanzar una posición de dominio: el TDLC fue consistente con su jurisprudencia anterior, al señalar que sería necesario que la parte demandada cuente con suficiente poder de mercado en el o los mercados relevantes.

b. Ofrecer bienes bajo los costos de provisión: como segundo requisito, y en concordancia con la jurisprudencia anterior, el TDLC señaló que la parte demandada debe efectivamente haber ofrecido sus bienes o servicios por debajo de los costos

---

<sup>373</sup> En esta oportunidad el TDLC decidió, sin perjuicio de no existir poder de mercado de la demandada, analizar el mérito predatorio de los precios ofrecidos por Entel, disintiendo de la jurisprudencia del Caso James Hardie Fibrocementos, en línea con la posición de la Corte Suprema en dicho caso, según fue descrito con anterioridad. Ibid. Considerando 19°.

<sup>374</sup> Ibid. Considerando 21°.

evitables de proveerlos, en agregando que la oferta bajo costos evitables debía ser durante un periodo de tiempo que le permitiera desplazar a sus competidores del mercado.

c. Poder de mercado suficiente que otorgue una expectativa razonable de recuperar a futuro la pérdida a raíz de la predación: el TDLC es consistente con su jurisprudencia anterior, señalando que el poder de mercado en el mercado relevante debe proveer a la demandada de una razonable expectativa de recuperar a futura las pérdidas de corto plazo.

### **Crterios para la determinación de abusos exclusorios**

La sentencia del TDLC aplicó un *test* de sacrificio que considera el poder de mercado del predador, que le otorgue la expectativa razonable de recuperar a futuro las pérdidas a corto plazo; y que los precios se hayan establecido por debajo de los costos evitables de proveer sus bienes o servicios.

## **VI. Sentencia N°103. Demanda de Comercial Arauco Ltda. contra D&S S.A. y Otro**

Comercial Arauco Ltda. (“Arauco”), demandó a Distribución y Servicios D&S S.A. (“D&S”), por actos que atentarían contra el artículo 3° letra c) del DL N°211, al haber implementado precios predatorios y actos de competencia desleal. En primer lugar, señala que D&S contaría con un amplio poder de mercado, que la habilitaría para impedir, restringir o entorpecer la libre competencia en el mercado relevante<sup>375</sup>. Así, las participaciones de mercado en la ciudad de Valdivia, en base a ventas, serían: Bigger 22,3%, Líder Valdivia 22,1%, Cencosud 15,7%, FullFresh 15,2%, Único 8,2% y Bryc 5,2%. El poder de mercado de D&S, por medio de sus locales que operan bajo la marca Líder, se

---

<sup>375</sup> Asimismo, en el ámbito geográfico, la demandante señala que la demanda de D&S tendería a ser regional o interregional, comprendiendo la X Región de los Lagos y la XIV de los Ríos, que incluye a los supermercados de Valdivia y Osorno. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. 2010. Sentencia N°103. Causa Rol N° C 151-08. Vistos 1.2. y 1.3.

vislumbraría en: (i) su poder de compra en el mercado del aprovisionamiento, lo que reforzaría su poder de mercado en el mercado del *retail* supermercadista; (ii) la capacidad financiera con que contaría, al ser una cadena nacional con 106 locales; (iii) los elevados costos de entrada al mercado supermercadista; y, por último, (iv) en la integración vertical por medio de marcas propias<sup>376</sup>.

Se sostiene que la demandada habría ejecutado actos de competencia desleal por medio de publicidad comparativa engañosa, y prácticas predatorias, por la venta de “productos de conocido valor” (“PCV”) a precios bajo el costo o excesivamente bajos (cuestión que, según se señala, podría ser tan predatoria como ofrecer precios bajo costo), con una intencionalidad exclusoria<sup>377</sup>. Existirían 50 PCV a precios excesivamente bajos, por medio de descuentos en caja. Adicionalmente, Arauco sostuvo que la estrategia de las demandadas sería vender un número limitado de productos bajo costo, para generar un mayor tráfico que le permitiría compensar las pérdidas del corto plazo y preda a sus rivales. Arauco adujo que los efectos de las prácticas anticompetitivas que denuncia serían: excluir a los competidores, fortalecer su reputación entre los consumidores, perjudicar a los proveedores, incrementar las barreras a la entrada y restringir la competencia efectiva.

Por su parte, D&S contestó a la demanda solicitando su rechazo. En su escrito, señaló que el mercado relevante sería de carácter local correspondiendo solo a Valdivia, la definición de la demandante consideraría un ámbito geográfico mayor y tuvo por objeto reducir la participación de Arauco en Valdivia, ocultando su carácter de dominante en dicho mercado<sup>378</sup>. Líder Valdivia sólo ocuparía el tercer lugar en términos de participaciones de mercado en dicha ciudad. Junto con lo anterior, existirían bajas barreras de entrada para nuevos operadores en el mercado, y los distintos actores

---

<sup>376</sup> Ibid. visto 1.5.

<sup>377</sup> Para la presente memoria analizaremos la conducta de precios predatorios, sin perjuicio de que la convicción a la que llega el tribunal en el caso respecto del *petitum* de la demanda debe advertir el análisis realizado en materia de competencia desleal. Ibid. visto 1.6. y 1.7.

<sup>378</sup> Ibid. visto 1.8 – 2.2.

presentes en el mercado, desarrollarían conductas competitivas con el objetivo de captar nuevos clientes, lo que se demuestra en numerosas promociones. En este sentido, la posibilidad de que Líder Valdivia –tercer actor en el mercado- ejerciera conductas exclusorias no tendría racionalidad económica ni comercial, pues no sería una estrategia exitosa.

La venta bajo el costo o a pérdida, podría tener muchas explicaciones racionales en el funcionamiento de la empresa, como las actividades promocionales, y sólo podría sancionarse si no tuviese otra justificación que causar daño a los competidores para expulsarlos del mercado. Por esto, la demandada consideró que debía estudiarse la intencionalidad anticompetitiva en la determinación de los precios predatorios, además de los requisitos ya reconocidos por la jurisprudencia del TDLC<sup>379</sup>. De cualquier forma, Líder Valdivia no habría vendido bajo el costo, ya que presentaría resultados positivos incluso al considerar los productos denunciados. D&S concluye señalando que los precios promocionales que han sido cuestionados por la demandante, no son otra cosa que la respuesta competitiva de Líder en un mercado altamente dinámico y competitivo como el de la ciudad de Valdivia y que, dada la estructura y características del mercado relevante, carecerían de toda intencionalidad y aptitud para ser calificados de predatorios.

El TDLC coincidió con la demandada en que el mercado relevante geográfico debía ser la ciudad de Valdivia, en línea con la jurisprudencia anterior en el mercado supermercadista. Conforme a la sentencia del TDLC, el mercado relevante sería dinámico, lo que se evidenciaría en la entrada de competidores y la inversión de los principales actores por un mayor número de locales. En lo que respecta a las barreras a la entrada, una de ellas sería alcanzar o mantener una escala mínima eficiente de la

---

<sup>379</sup> Señala la demandada, “[p]ara determinar la concurrencia de precios predatorios, deben concurrir los siguientes requisitos que, en este caso, no se cumplen: (i) precios inferiores a un determinado nivel de costos; (ii) poder de mercado del supuesto predador; (iii) condiciones de entrada al mercado que hagan posible la predación por precios; y, (iv) intención de eliminar a un competidor”. Ibid. Visto 2.6.

operación, en dicho contexto, D&S tendría significativas economías de escala y de ámbito, dada su extensa presencia en la industria del *retail*, por lo que gozaría de importantes ventajas de competencia respecto de sus rivales. Si bien en el caso, Líder Valdivia se encontraría tercero en el mercado de dicha ciudad, a nivel nacional D&S sería una empresa dominante y consolidada<sup>380</sup>, con una posición de dominio que sería extensible a la ciudad de Valdivia.

Al analizar las conductas denunciadas, el Tribunal señaló que, en la mayoría de las promociones relacionadas con los productos denunciados, D&S obtendría un margen negativo, sin perjuicio que de un análisis anual de las promociones en sólo un 3% de los productos obtendría margen negativo. El Tribunal indicó que:

*“Las ventas bajo el costo que se efectúen a fin de promocionar un producto y siempre que duren un corto período, no son per se contrarias a la libre competencia, pero cuando estas ventas se hacen persistentes y se utilizan como un medio para excluir competidores, pueden constituir un arbitrio que limite la competencia”<sup>381</sup>.*

Asimismo, el TDLC consideró que las prácticas de *loss leading*<sup>382</sup> no serían prácticas *per se* o necesariamente contrarias a la libre competencia, y consistirían en ofrecer un subconjunto de productos de alta recordación y sensibilidad a un precio bajo el costo medio variable, con el fin de aumentar la demanda de otros productos para obtener margen suficiente que compense las pérdidas generadas.

---

<sup>380</sup> Ibid. Considerandos 20° y 25°.

<sup>381</sup> Ibid. Considerando 33°.

<sup>382</sup> Las prácticas de *loss leading*, corresponden a aquellas “[e]strategias de precios bajos en determinados productos que generan menos ganancias que las usuales, con la finalidad de aumentar el tráfico de clientes en los puntos de venta”. Los productos seleccionados para las estrategias de *loss leading* suelen contar con marcas reconocidas y frecuentemente adquiridas por los consumidores. DeGRAVA PATRICK. 2003. Volume Discounts, Loss Leaders and Competition for More Profitable Customers. FTC Bureau of Economics Working Paper N°260. Federal Trade Commission Antitrust I [en línea] <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=402423](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=402423)> p. 2.

En definitiva, el TDLC resolvió que no era posible dar por acreditada la conducta de precios predatorios, por haber sido en el marco de promociones generales con la finalidad de aumentar la demanda de otros productos que le permitiese obtener margen suficiente para compensar las pérdidas generadas por los productos bajo promoción<sup>383</sup>. Sin perjuicio de lo anterior, el TDLC sancionó las prácticas de competencia desleal por publicidad engañosa que fueron ejercidas por D&S.

La sentencia del TDLC fue objeto de los recursos de reclamación de Arauco y D&S. En cuanto al recurso de Arauco, la Corte Suprema señaló que: “[p]ara que se configure la conducta de predación es necesario verificar la concurrencia de dos elementos: 1) la existencia de una pérdida en el corto plazo; y 2) detentar el autor suficiente poder de mercado potencial o tener suficientes recursos financieros que le permitan obtener una posición de dominio, de tal manera que sea capaz de incrementar los precios y así aumentar sus beneficios en el largo plazo, una vez excluidos sus rivales del mercado”<sup>384</sup>. Adicionalmente, la Corte Suprema consideró realizar dos alcances relevantes para analizar la conducta de D&S en el mercado: en primer lugar, señaló que las promociones u ofertas que tengan lugar en mercados competitivos y cumplan con ciertas condiciones, no necesariamente son contrarias a la libre competencia, sino que pueden constituir conductas comerciales legítimas de competencia por la preferencia de los consumidores. En segundo lugar, señaló que debía determinarse si una empresa gozaba de posición de dominio actual o potencial en el mercado relevante, para el caso si bien D&S no contaría con una clara posición dominante en el mercado de Valdivia, sí contaría con claras ventajas respecto de los otros actores al ser una empresa consolidada a nivel nacional, por lo que sería capaz de aumentar significativamente su poder de mercado.

---

<sup>383</sup> Sin perjuicio de que el TDLC sí consideró que D&S incurrió en prácticas de competencia desleal por la publicidad comparativa engañosa denunciada por Arauco. Ibid. Considerando 55°.

<sup>384</sup> CORTE SUPREMA. 2011. Sentencia en causa Rol N°7.500-2010. Considerando 2°.

Respecto a la venta bajo costo, la Corte Suprema señaló que se demostró que dichos precios eran igualmente cobrados en otros establecimientos de D&S en localidades distintas a Valdivia, por lo que formaría parte de una política comercial y no tendría por finalidad excluir a competidores en dicha ciudad.

En conclusión, la Corte Suprema desestimó el recurso de casación de Arauco, por considerar que no se cumplió con los requisitos propios de los precios predatorios.

Respecto a la reclamación de D&S, la Corte Suprema rechazó la solicitud de dejar sin efecto la decisión de condenar la competencia desleal consistente en publicidad engañosa, que habría ejercido en el mercado relevante.

### **Requisitos jurisprudenciales para determinar precios predatorios**

En cuanto al análisis de los requisitos para configurar precios predatorios:

a. Aptitud de fortalecer, mantener, alcanzar una posición de dominio: nuevamente el TDLC consideró dentro de los elementos para la imputación de un abuso de posición dominante la posición en el mercado del predador. En el caso, D&S tendría una alta presencia en el mercado nacional del *retail*, lo que le otorgaría la aptitud de alcanzar una posición dominante en la ciudad de Valdivia. Así, aun no corroborándose posición de dominio en dicha ciudad, se identificó al menos una aptitud para alcanzarla. La Corte Suprema coincide con el requisito exigido por el TDLC, ya que señala que el autor de los precios predatorios debe ostentar suficiente poder de mercado actual o potencial para ser capaz de incrementar los precios y aumentar sus beneficios en el largo plazo.

b. Ofrecer bienes bajo los costos de provisión: el TDLC fue consistente con sus fallos anteriores, al señalar que los costos medios variables serían la medida de costos apropiada bajo la cual precios son considerados como predatorios. Por otro lado, reafirmó la importancia de la dimensión temporal de la conducta, toda vez que las

estrategias bajo costo promocionales o de *loss leading*, no serían *per se* anticompetitivas cuando fueran ejecutadas por un corto periodo de tiempo. Sin perjuicio de lo anterior, el TDLC indicó que, si tales prácticas fueran persistentes y utilizadas como un medio para excluir competidores, podrían constituir una limitación a la competencia. Por su parte, la sentencia de la Corte Suprema confirmó lo resuelto por TDLC en cuanto a que la predación se produce bajo los costos de producción, además, indicó que no todos los precios bajo costo serían por sí mismos contrarios a la competencia.

c. Poder de mercado suficiente que otorgue una expectativa razonable de recuperar a futuro la pérdida a raíz de la predación: para este caso, tanto el TDLC como la Corte Suprema estimaron que D&S contaba con poder de mercado a nivel nacional, con la capacidad potencial de crecimiento en determinadas localidades. Sin perjuicio de lo anterior, no se consideró que la práctica fuera predatoria por contar con motivos económicos que justificaron los precios establecidos por D&S.

### **Crterios para la determinación de abusos exclusorios**

La jurisprudencia del TDLC y la Corte Suprema efectuó un análisis en sintonía con el *test* del sentido económico de la conducta, dado que reconoce que existirían ventas bajo el costo que bajo ciertas condiciones (como por ejemplo que duren un corto periodo de tiempo y tengan por finalidad promocionar un producto o aumentar la demanda de otros productos) no serían *per se* contrarias a la libre competencia. Adicionalmente, es posible identificar criterios relacionados con el *test* de intención en la decisión de los órganos de adjudicación, toda vez que se reconoce que los precios bajo costos serían parte de una política general de precios y no tendrían como finalidad excluir a los rivales de Líder en la localidad de Valdivia.

## **VII. Sentencia N°151. Demanda de Metalúrgica Silcosil Ltda. en contra de Masisa S.A. y Otra**

Metalúrgica Silcosil Limitada (“Silcosil”) interpuso una demanda en contra de Masisa S.A. (“Masisa”) y Masisa Componente SpA (“Componentes”), por haber infringido el artículo 3° letras b) y c) del DL 211. En particular, Componentes habría vendido a precios predatorios, y cometido un acto de competencia desleal al copiar los productos de Silcosil; y Masisa habría estrangulado márgenes y efectuado subsidios cruzados.

En cuanto a la conducta de precios predatorios, Componentes habría vendido a precios predatorios muebles *ready to assemble* (“RTA”), estableciendo precios bajo el costo medio variable durante los años 2011 a 2014. En cuanto a la posibilidad de recuperar las pérdidas experimentadas por la predación, la demandante señala que se realizaría mediante el cobro de precios monopólicos y mediante la reputación de agente depredador en el mercado. La conducta de las demandadas habría desviado clientela de Silcosil, que registró pérdidas desde el ingreso de Componentes al mercado.

Respecto a las otras conductas imputadas a las demandadas, en primer lugar, Silcosil indicó que Masisa habría incurrido en estrangulamiento de márgenes, incrementando sostenidamente el precio del insumo de tableros de aglomerado melamínico, mientras que habría vendido sus productos a Componentes por debajo de sus costos. En segundo lugar, Componentes habría ejecutado subsidios dado que la primera tendría la capacidad de cobrar precios inferiores a su costo gracias a la relación vertical con la Masisa. Por último, la demandante expuso que Componentes habría incurrido en una práctica de competencia desleal al copiar productos de Silcosil con objeto de desviar su clientela.

En cuanto a los clientes de las demandadas, Silcosil señaló que se podrían ver beneficiados en el corto plazo por los precios bajo costos a los que Componentes ofrecía sus productos. Sin perjuicio de ello, una vez que la demandada eliminase al resto de los oferentes, estaría en condiciones de recuperar sus pérdidas mediante el cobro de precios superiores, mermando, adicionalmente, la variedad de productos entre los que podrían elegir sus clientes.

En su contestación, Masisa y Componentes señalan que el mercado de provisión de muebles RTA sería uno atomizado y que se encontraría dominado por Silcosil, y en el cual las importaciones cumplirían un rol disciplinador del mercado (el 60% de los muebles RTA comercializados en Chile serían importados), dado que ofrecerían precios menores y serían entregados en plazos acotados. En virtud de lo anterior, las demandadas señalan que no contarían con incentivos para llevar a cabo prácticas de estrangulamiento de márgenes y precios predatorios.

En cuanto a la imputación de precios predatorios, Componentes indica que no tendría poder de mercado, dado que contaría con una participación de 2% desde su ingreso al mercado y el poder de negociación sería ostentado por los *retailers* que fijan el precio de los productos adquiridos en base a los precios de los muebles RTA que importan. Además, las demandadas señalaron que la política comercial de Componentes sería que sus ingresos se encuentran sobre sus costos medios variables, por lo que la conducta no calificaría como predatoria. Por último, para las demandadas sería imposible recuperar las pérdidas en que incurrirían al vender sus productos bajo costo, dado que los precios de muebles RTA serían fijados por los *retailers*, y porque su capacidad de producción no alcanzaría a satisfacer a todo el mercado.

Respecto a las otras conductas anticompetitivas imputadas, las demandadas solicitan que se rechacen dado que: no habría estrangulamiento de márgenes, dado que Masisa no contaría con una posición dominante en la provisión de tableros melamínicos y no tendría incentivos para ejecutar dicha conducta, por representar un porcentaje bajo de sus ventas totales; no cabría analizar la conducta de subsidios cruzados, toda vez que el mercado en cuestión no sería un mercado regulado, y la conducta de subsidios cruzados no sería anticompetitiva por sí misma, sin perjuicio de la política comercial de Masisa por la cual insta a sus filiales a obtener sus propias utilidades; y, por último, no existiría competencia desleal, toda vez que los muebles RTA que Componentes comercializa serían a pedido de sus clientes, además no serían productos protegidos por propiedad industrial o intelectual.

La sentencia del TDLC señaló que Componentes contaría con una participación de mercado de 10,8%. Además, indicó que el mercado se encontraría atomizado y que las importaciones jugarían un rol importante en el mercado. Luego, a partir de la cuota de mercado de la demandada, el TDLC descartó la existencia de poder de mercado actual por parte de Componentes. En cuanto a la posibilidad de alcanzar una posición dominante en el mercado mediante precios predatorios y competencia desleal, el TDLC indicó que sería altamente improbable, habida cuenta de las participaciones y el número de rivales en el mercado aguas abajo. Así, en ausencia de posición de dominio actual o potencial, el TDLC concluyó que no se configurarían las conductas descritas en el artículo 3° letra c) del DL 211, no siendo necesario continuar con dicho análisis.

En cuanto a las otras acusaciones, el TDLC indicó que sin perjuicio de que Masisa contaría con cierto poder de mercado aguas arriba en la provisión de tableros melamínicos (participaciones de al menos 45%), sus participaciones de mercado habrían disminuido desde que su principal rival en el mercado aguas arriba instaló una planta productora, y las importaciones constituirían, al menos, un techo al precio interno. Por lo que el TDLC descartó que Masisa contara con poder de mercado, por lo que la demanda fue rechazada en todas sus partes.

La sentencia fue pronunciada con un voto disidente del ministro Saavedra, no en cuanto a rechazar la demanda de Silcosil, sino que en lo relativo a los fundamentos para hacerlo. En primer lugar, el voto disidente coincide en descartar de plano las imputaciones relacionadas con el artículo 3° letra c) del DL 211, por la participación menor que tendría Componentes en el mercado aguas abajo. Sin perjuicio de lo anterior, considera que no es posible obtener convicción de la falta de dominancia de Masisa en el mercado aguas arriba, por lo que correspondería analizar si su conducta tuvo efectos anticompetitivos. Así, concluye que existió una baja de precios en el corto plazo que le permitió a Componentes aumentar su participación de mercado y desplazar a Silcosil de ciertos clientes. Sin perjuicio de ello, no habría efectos en el largo plazo dado que Componentes,

aunque fuera capaz de recuperar sus pérdidas en un margen similar al que obtenía Silcosil, no tendría posibilidad alguna de cobrar con posterioridad precios supra-competitivos, y dado que su conducta no habría impetrado daño a los consumidores, concluye que no habría sido anticompetitiva, y correspondería rechazar la demanda de Silcosil en cuanto a la imputación de estrangulamiento de márgenes por parte de las demandadas.

Finalmente, se interpuso recurso de reclamación por parte de Silcosil en contra de la sentencia del TDLC, que fue posteriormente desistido ante la Corte Suprema<sup>385</sup>.

### **Requisitos jurisprudenciales para determinar precios predatorios**

En cuanto al análisis realizado por el TDLC en este caso, para configurar precios predatorios:

a. Aptitud de fortalecer, mantener, alcanzar una posición de dominio: el principal argumento para fundar la decisión del TDLC fueron las bajas participaciones de mercado de Componentes, que permitió descartar poder de dominio actual y consideró altamente improbable la posibilidad de alcanzar tal poder, en consideración al número de rivales en el mercado en que Componentes se mantenía activo.

b. Ofrecer bienes bajo los costos de provisión: el TDLC no se pronunció sobre la provisión de productos bajo el costo dado que no se acreditó posición de dominio de la demandada. Sin perjuicio de lo anterior, el voto disidente señala que Componentes habría vendido sus productos bajo su costo medio evitable, con lo que fue capaz de hacerse de clientes importantes y aumentar su participación de mercado.

c. Poder de mercado suficiente que otorgue una expectativa razonable de recuperar a futuro la pérdida a raíz de la predación: el TDLC no se pronunció sobre la posibilidad de

---

<sup>385</sup> Según consta en el expediente de la Corte Suprema, Rol C-44.166-2016.

recuperar a futuro las pérdidas de la predación, en virtud de que descartó que Masisa y Componentes gozaran de una posición dominante. Por otro lado, el voto disidente consideró que, si bien Componentes contaría con cierto poder de mercado, este no sería significativo, por lo que, aunque fuere capaz de recuperar las pérdidas en que incurrió, su ganancia no sería distinta a la que percibía Silcosil, por lo que no existirían efectos anticompetitivos de su conducta.

### **Criterios para la determinación de abusos exclusorios**

La sentencia del TDLC aplicó un *test* de predación, pero al no identificar poder de mercado descartó mayor análisis. En cambio, el voto disidente aplicó el *test* de predación, analizando cada uno de sus requisitos. Adicionalmente, dicha minoría consideró en su análisis un balance de los daños al consumidor final producto de la predación, descartando que existiere daño anticompetitivo.

#### **4. Test de determinación de precios predatorios en la jurisprudencia del TDLC**

A la luz de la jurisprudencia del TDLC, la doctrina nacional ha señalado que, sin perjuicio de la dificultad de realizar analogías, en principio la aproximación nacional sería más cercana al derecho norteamericano, por cuanto aún no se ha abierto a la posibilidad de castigar precios por sobre los costos evitables. Sin perjuicio de lo anterior, contaría con elementos cercanos a la aproximación europea a estas conductas, dado que el requisito de recuperar el sacrificio realizado por la predación no sería exigido de forma irrestricta, sino que bastaría con una razonable expectativa de recuperación<sup>386</sup>. Por lo anterior, y en consideración a las particularidades del sistema chileno de competencia, resulta necesario analizar cuál ha sido el enfoque actual del TDLC en materia de precios predatorios, más allá de la experiencia comparada.

---

<sup>386</sup> YBAR, M. 2014. p. 28; y TAPIA, J. 2014. “Dime de qué presumes y te diré de qué careces”: El tratamiento jurisprudencial de los abusos de dominancia en Chile. Revista Derecho Competencia Bogotá Colombia 10. [en línea] <<https://centrocedec.files.wordpress.com/2010/06/2-dime-de-que-persumes.pdf>> [Consulta: 1 noviembre 2017] p. 74.

La progresiva sofisticación del análisis de precios predatorios por parte del TDLC, ha otorgado jurisprudencia -estimamos asentada- que identifica cuáles son los requisitos de procedencia de dicha conducta, a saber: “(1) *que la parte demandada cuente con suficiente poder de mercado en el o los mercados relevantes, de forma tal que dicha posición le haya provisto de una razonable expectativa de recuperar a futuro las pérdidas de corto plazo; y (2) que la parte demandada efectivamente haya ofertado sus bienes o servicios por debajo de los costos evitables de proveerlos, durante un período de tiempo tal que le haya permitido desplazar a sus competidores, entendiendo como costos evitables aquellos que se ven directamente afectados por los cambios en los volúmenes de oferta, o en la calidad del servicio ofrecido, relacionados con la estrategia denunciada como práctica predatoria*”<sup>387</sup>.

Desde una perspectiva de política de la competencia, el TDLC ha adoptado decisiones aproximándose a los efectos (*effect-based approach*) que las conductas predatorias producen en el mercado, apreciando los efectos beneficiosos y perjudiciales de la conducta para la competencia. Así, para el estándar fijado por el TDLC, no bastaría con que existieren precios bajo los costos evitables, para ser considerados anticompetitivos, adicionalmente, dado que importan los efectos, será necesario que dichos precios lo hayan sido por un periodo de tiempo suficiente para desplazar a sus rivales y dañar la competencia.

En cuanto a los *test* de determinación de abusos exclusorios, cabría analizar si alguno de los antes expuestos se adecúa de mejor manera al análisis de precios predatorios realizado por el TDLC. En primer lugar, respecto al *test* de intención, conforme a lo señalado con anterioridad, la jurisprudencia comparada ha considerado que se evidenciaría la intención anticompetitiva cuando los precios se encuentran bajo los AVC. Si están sobre dicha medida será necesario aportar prueba adicional de la intención

---

<sup>387</sup> TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. 2008. Sentencia N°78. Causa Rol N° C 111-06. Considerando 3°.

anticompetitiva. En la Sentencia N°103 del caso “Demanda de Comercial Arauco Ltda. Contra D&S S.A. y otro”, la demandada sugirió la necesidad de incorporar en el análisis del TDLC la intención anticompetitiva del demandado, lo que no fue considerado por el TDLC para eximir de responsabilidad a la demandada. Así, la jurisprudencia del TDLC no ha aplicado el *test* de intención, lo que se evidenciaría en dos cuestiones, en primer lugar, porque no utiliza la medida de costos AVC, sino que, en línea con la jurisprudencia europea de competencia<sup>388</sup>, utiliza los AAC o costos medios evitables; y, en segundo lugar, porque no ha invocado la intención del predador como un elemento relevante en su adjudicación en casos de precios predatorios<sup>389</sup>.

En lo que respecta al *test* del competidor igualmente eficiente en materia de predación, implicaría que los precios sobre la medida de costos, pero cercanos a ella, serían abusivos si excluyen a un competidor al menos igual de eficiente que el demandado, esto es, que aun un competidor igual de eficiente no pudiese competir sin sufrir pérdidas insostenibles en el largo plazo. A la fecha, el TDLC no ha aplicado este criterio para los precios predatorios.

Luego, en cuanto al *test* de daños al consumidor, el requisito de recuperar las pérdidas del sacrificio que realiza el predador deviene en un aumento en el precio una vez se

---

<sup>388</sup> EUROPEAN COMMISSION, 2009. Párrafo 26.

<sup>389</sup> Adicionalmente, en otros casos de abuso de posición dominante los acusados han invocado en su defensa la ausencia de intencionalidad anticompetitiva en la conducta que se les imputa. Así, por ejemplo, en la causa caratulada “Demanda de Constructora e Inmobiliaria Independencia Ltda. en contra de Aguas Nuevo Sur Maule S.A.”, Rol C 79-2005, también denominado “Caso Sanitarias”, la defensa habría señalado que no actuó con intención anticompetitiva en la fijación unilateral y arbitraria de precios por la que fue acusada, dicha defensa no fue considerada en la decisión sancionatoria del TDLC. La Corte Suprema confirmó la sentencia del TDLC, dado que el tipo infraccional del artículo 3° letra b) correspondería a una hipótesis de responsabilidad infraccional u objetiva, bastando la infracción a la norma para que el actuar se estime culposo (Considerando 7°, Sentencia Corte Suprema en causa Rol 5443-09, de fecha 18 de mayo de 2010). Adicionalmente, en la causa caratulada “Requerimiento de la FNE contra la Cámara de Comercio de Santiago A.G.”, Rol C 203-2010, la defensa habría señalado que no estaba en su intención cometer un abuso contra la libre competencia. En dicho caso el TDLC rechazó el requerimiento de la FNE, entre otros argumentos, porque no se demostró que la demandada hubiese tenido una intención real de excluir del mercado a otros actores.

expulsó a los competidores del mercado. Nuestro Tribunal ha seguido el ejemplo de las autoridades europeas de competencia, sin requerir irrestrictamente este elemento en su adjudicación, sino que sólo una razonable expectativa de recuperar en el futuro. Por tanto, tampoco sería aplicable este *test* en materia de precios predatorios.

Por último, el *test* del sentido económico de la conducta contempla dos versiones. La primera -y su versión originaria- es entenderlo como un *test* de sacrificio, que como analizamos *supra* implica el sacrificio de utilidades en el corto plazo a cambio de ingresos mayores que se concretarían luego de la exclusión de los rivales. Sin duda esta descripción se ajusta al estándar de predación aplicado por la jurisprudencia nacional. Una versión más moderna del *test* del sentido económico<sup>390</sup>, señala que una conducta no es predatoria a menos que no tenga otro sentido económico más que la propensión a eliminar o lesionar la competencia. En general, el TDLC ha considerado en sus decisiones argumentos relacionados con el sentido económico de los precios bajo costo, por ejemplo, dado que de no establecer precios predatorios habría desaparecido del mercado<sup>391</sup>, porque la reducción del precio se explicaría en el contexto de líneas de producción comunes<sup>392</sup>, o con la finalidad de promocionar, durante un corto periodo de tiempo, un producto y posicionarse en el mercado<sup>393</sup>. En ese sentido, cierta jurisprudencia del TDLC indica que los precios predatorios no sólo restringirían directamente la competencia, sino que también podrían imponer barreras estratégicas a la entrada de potenciales competidores<sup>394</sup>, al señalar precios que no son lo suficientemente atractivos en el mercado relevante afectado, lo que inhibiría la entrada

---

<sup>390</sup> Para cierta doctrina comparada, el *test* de ausencia del sentido económico sería erróneamente visto como un *test* de sacrificio; lo que lo haría inaplicable cuando los costos de excluir fueran mínimos, y no implicaran un verdadero “sacrificio” para el dominante. WERDEN, 2006. p. 300.

<sup>391</sup> TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. 2005. Sentencia N°28. Causa Rol N° C 50-04.

<sup>392</sup> TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. 2006. Sentencia N°39. Causa Rol N° C 42-04.

<sup>393</sup> TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. 2010. Sentencia N°103. Causa Rol N° C 151-08.

<sup>394</sup> TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. 2010. Sentencia N°103. Causa Rol N° C 151-08. Considerando 27°.

de potenciales actores. Así, dichas barreras artificiales serían restricciones innecesarias a la competencia, dicho de otro modo: no tienen sentido económico y su único objetivo es disuadir la entrada al mercado.

En definitiva, y sin perjuicio de que la jurisprudencia nacional no es explícita en esta materia, creemos que el análisis realizado por el TDLC se asemeja más al del sentido económico de la conducta, lo que se encuentra doblemente justificado, en primer lugar porque el análisis de predación del TDLC se basa en un *test* de sacrificio, antecesor del estándar de sentido económico; y, en segundo lugar, en línea por lo señalado por la doctrina nacional más reciente<sup>395</sup>, por el rol que han cumplido las barreras artificiales a la entrada como restricción que no cuenta con un sentido económico, sino que su único objetivo es la disuasión de potenciales competidores y la exclusión de competidores actuales.

En cuanto a la jurisprudencia de la Corte Suprema sobre precios predatorias analizada, por regla general es posible señalar que fue deferente con lo resuelto por el TDLC<sup>396</sup>, por lo que podríamos decir que habitualmente acogió los criterios y estándares de dicho tribunal especializado. La única excepción a dicha deferencia corresponde al fallo de la reclamación de la sentencia N°39, relativa a la demanda de Quimel contra James Hardie, en la que el análisis de la Corte Suprema, en una votación dividida, se distancia del razonamiento del TDLC basado *en los efectos* de la conducta (*effect-based approach*), para adoptar una aproximación más formalista del artículo 3° letra c) del DL 211. En particular, el TDLC sostuvo que, a partir de una interpretación literal de dicho articulado, no sería necesario contar con poder de mercado para incurrir en la conducta de precios predatorios, por lo que James Hardie habría incurrido en precios predatorios anticompetitivos con la finalidad de alcanzar poder de mercado.

---

<sup>395</sup> YBAR, M. 2014. p. 28; y TAPIA, J. 2014. p. 74.

<sup>396</sup> De las seis sentencias de precios predatorios falladas a la fecha de la presente memoria, en cuatro oportunidades confirmó la sentencia del TDLC (sentencias N°28, 72, 78 y 103), en una la reclamación fue desistida (sentencia N°151), y sólo en una oportunidad la Corte Suprema revocó la sentencia del TDLC (sentencia N°39).

Finalmente, la discrepancia identificada entre la aproximación basada *en los efectos* del TDLC y la basada en la forma Corte Suprema, se encontraría cada vez más resuelta. Así, la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema, ha estimado que las promociones bajo costo de producción, cuando se cumplen ciertas condiciones, pueden constituir conductas comerciales legítimas, de competencia por la preferencia de los consumidores. Adicionalmente, y en general en otras materias relativas a abuso de posición dominante, la Corte Suprema ha sido deferente respecto de la jurisprudencia el TDLC<sup>397</sup>. Por todo lo anterior, sería poco probable que la Corte Suprema vuelva a adoptar un enfoque literal y formalista en su interpretación del artículo 3° letra c) del DL 211, sino que más bien pareciera avanzar hacia un análisis basado *en los efectos* de la conducta.

---

<sup>397</sup> Conforme a información proporcionada por el sitio web del TDLC, del total de causas correspondientes a las conductas de 'Abuso de posición dominante', 'Negativa de contratación', 'Prácticas predatorias' y 'Precios predatorios', que se encuentran falladas por la Corte Suprema, en un 90% de los casos (38 causas) se ha confirmado la sentencia del TDLC. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. Estadísticas, Base de datos Contenciosas. [en línea] <<http://www.tdlc.cl/tdlc/wp-content/uploads/Estadisticas/31marzo2017/Contenciosas.xlsx>> [Consulta: 19 de abril de 2017].

## CONCLUSIONES

Al conocer de abusos exclusorios, las autoridades de competencia se enfrentan a la difícil tarea de distinguir las conductas que dañan la competencia, de aquellas que la promueven. En Chile, esta frontera difusa ha devenido en una aversión de la jurisprudencia a cometer falsos positivos<sup>398</sup>, esto es, han empleado un especial celo en evitar que la sentencia condene a un competidor agresivo por una conducta que no riñe con las normas del DL 211, sino que es una expresión de sus propios méritos competitivos. Dicha decisión política podría no estar en línea con los incentivos propios del diseño institucional chileno, ya que la existencia de órganos especializados debería favorecer un análisis más económico de los casos<sup>399</sup>, y, por lo tanto, un *enforcement* más cuidadoso con la comisión de falsos negativos que de falsos positivos.

Ahora bien, es posible advertir una jurisprudencia cada vez más sofisticada para el análisis de abusos exclusorios, tanto es así, que recientemente el TDLC ha demostrado importantes avances en a lo menos dos materias: en estrangulamiento de márgenes aplicando el *test* del competidor igualmente eficiente<sup>400</sup>, y en precios predatorios aplicando consistentemente el *test* de ausencia de sentido económico. Sin perjuicio de este avance, el desafío jurisprudencial para la estandarización del amplio catálogo de conductas exclusorias, no es menor.

Eleanor Fox señala que en el mundo desarrollado se tiende a abogar por normas de aplicación más universal y basadas exclusivamente en la eficiencia, mientras que, en los

---

<sup>398</sup> En la especial precaución respecto de falsos positivos, es posible advertir la notable influencia de la Escuela de Chicago en las decisiones de nuestras autoridades de competencia. En ese sentido, la doctrina comparada ha reconocido que es un problema que permea la realidad de otras agencias de competencia en el mundo. GOLDSCHMID, H. 2008. Comment on Herbert Hovenkamp and the Dominant Firm: The Chicago School has made us too cautious about falses positives and the use of Section 2 of the Sherman Act. En: PITOFISKY, R. 2008. How the Chicago School Overshot the Mark: The Effect Of Conservative Economic Analysis on U.S. Antitrust. New York: Oxford University Press. p. 127.

<sup>399</sup> TAPIA, J. 2014. p. 53.

<sup>400</sup> Véase *Infra*, en el capítulo II, sección iv), el análisis de la Sentencia N°156, caratulada “Demanda de Netline Mobile S.A. contra Entel PCS Telecomunicaciones S.A. y otros”.

países en desarrollo, el contexto en el que se encuentra el regulador debería traducirse en un derecho de la competencia adecuado a las características del país, de manera que afirma: *“La elaboración de normas jurídicas debería surgir desde adentro, no desde afuera. La legislación debería responder a los problemas relacionados con un contexto específico que requieren solución (...) Por lo tanto, es importante hacer una pausa y reunir información sobre los hechos: ¿Quién resulta afectado dentro del país y por qué prácticas? ¿Cómo pueden ser prevenidos los daños? ¿A qué costo?”*<sup>401</sup>.

En el contexto de Chile, con una economía pequeña y mercados concentrados, es razonable considerar que la protección del bien jurídico tutelado por el artículo 3° letras b) y c) del DL 211, debería implementar un estándar que no sea excesivamente permisivo con las conductas abusivas, pero que, al mismo tiempo, permita promover una competencia férrea en el mercado.

Ante la pregunta de cuál es el estándar de determinación de conductas exclusorias que debiese ser aplicado en nuestro ordenamiento jurídico es necesario evaluar la aplicación de un único *test* o varios de ellos. La aplicación de varios *test* presenta ventajas: (i) como hemos señalado con anterioridad, la experiencia comparada indica que contar con solamente un *test* de imputación aumentaría el riesgo de error judicial o administrativo; (ii) además, en el caso de los precios predatorios -conducta que el TDLC ha conocido profusamente- el análisis reiterado ha permitido contar una regla más homogénea, lo que permite proyectar que, mientras más profundo sea el análisis del TDLC en las distintas conductas, existirán estándares más desarrollados en cuanto a la determinación de conductas específicas. El problema práctico que actualmente enfrenta la creación de predictibilidad a través de estándares, es que el TDLC no ha sentenciado muchos casos de abuso en las distintas conductas exclusorias.

---

<sup>401</sup> FOX, E. 2007. Desarrollo económico, pobreza y antimonopolio: El otro sendero. [en línea] Revista Jurídica de la Universidad de Palermo. <[http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista\\_juridica/n8N1-Sept2007/081jurica11.pdf](http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n8N1-Sept2007/081jurica11.pdf)> [Consulta: 29 octubre 2017]. pp. 172-173.

Por otro lado, aplicar un *test* general para todas las conductas exclusorias sería más fácil de administrar, y entregaría una mayor certeza respecto de aquellas conductas en que el TDLC no cuenta con experiencia previa.

En consideración de lo anterior, la solución jurisprudencial que el TDLC ha adoptado es aplicar un *test* general para todas las conductas exclusorias que se someten a su conocimiento, y *tests* particulares para aquellos casos en que, por la naturaleza y frecuencia de la conducta, una decisión con criterios generales puede acarrear un error judicial. Lo anterior, si bien sacrifica la predictibilidad de la decisión del TDLC, le permite decidir el estándar óptimo a la luz del nivel de información con que cuenta y de las condiciones que existan en el mercado, minimizando el riesgo de sancionar a un agente que compita en sus méritos.

Conforme señala la doctrina nacional<sup>402</sup>, el TDLC ha privilegiado implícitamente como *test* general el estándar de la ausencia de sentido económico de la conducta<sup>403</sup>, toda vez que es posible identificar reiteradamente en su jurisprudencia la convicción de que el dominante habría erigido barreras artificiales a la entrada o expansión a los competidores<sup>404</sup>, lo que sería otra forma de advertir “restricciones innecesarias a la competencia” propias de un *test* de ausencia de sentido económico. En cuanto a los *tests* particulares a cada conducta, para los casos de los precios predatorios y de estrangulamiento de márgenes el TDLC ha aplicado, respectivamente, un *test* de sacrificio, y uno del competidor igualmente eficiente. Además, es posible identificar los criterios de *raising rivals' costs* que, conforme al estudio realizado, se encuentran implícitos en la jurisprudencia nacional.

En conclusión, el TDLC avanza hacia la incorporación de estándares que permitirán dotar de predictibilidad a sus decisiones. Un camino transitable será aquel que incorpore de

---

<sup>402</sup> YBAR, M. 2014. p. 51; y TAPIA, J. 2014. p. 74.

<sup>403</sup> TAPIA, J. 2014. pp. 98-101.

<sup>404</sup> YBAR, M. 2014. p. 51.

manera general y explícita el *test* de la ausencia de sentido económico de la conducta y los RRC, transparentando la decisión política que hasta ahora se ha adoptado. Dejando espacio para estandarizar su adjudicación respecto del conocimiento de determinadas conductas exclusorias en que haya visto más casos, como lo ha hecho con los precios predatorios y, recientemente, con el estrangulamiento de márgenes<sup>405</sup>. Lo anterior, permitiría el fortalecimiento del *enforcement* de las agencias de competencia en abusos exclusorios, no sólo con la finalidad de sancionar las conductas anticompetitivas de los actores dominantes, sino que también para otorgar certeza a quienes, compitiendo por sus méritos, ofrecen a los consumidores bienes y servicios de calidad a un precio competitivo.

Junto con el desafío jurisprudencial recién descrito, el estudio de los casos de precios predatorios permite identificar una necesidad normativa. Según pudimos apreciar, el estándar de convicción que establece el artículo 3° letra c) del DL 211 exigiría que las prácticas predatorias o de competencia desleal sean ejecutadas con la finalidad de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante, y no exigiría contar con una posición de dominio actual, como señala la letra b) del mismo artículo.

Según se expuso, el legislador habría considerado dentro de la voz '*prácticas predatorias*', conductas no relacionadas al precio que, según hemos expuesto, podrían ser calificadas como RRC y efectivamente serían más flexibles en sus requisitos de procedencia. En cambio, en cuanto a las prácticas predatorias relacionadas al precio, como los precios predatorios, la doctrina comparada y nacional, junto con la jurisprudencia nacional, han requerido que el predador cuente con un poder de mercado suficiente para recuperar a futuro las pérdidas a raíz de la predación.

La mencionada discrepancia, entre la letra de la ley y la postura mayoritaria de la doctrina y jurisprudencia, produjo que la Corte Suprema interpretara de forma literal el artículo 3° letra c) en el fallo del recurso de reclamación contra la Sentencia N°39,

---

<sup>405</sup> TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. Causa Rol N° C 271-13, caratulada "Demanda de Netline Mobile S.A. contra Entel PCS Telecomunicaciones S.A. y otros".

condenando por precios predatorios a James Hardie, en un caso en que el TDLC había dado por acreditada la ausencia de posición de dominio y de barreras significativas a la entrada.

Si bien estimamos que resulta poco probable que la Corte Suprema vuelva a fallar casos de precios predatorios interpretando literalmente la ley en un sentido similar al recién descrito, dada la actual línea jurisprudencial basada *en los efectos* de la conducta, consideramos que nuestro tipo infraccional no es el más adecuado para otorgar una mayor certeza jurídica a los agentes económicos. Así, mantener la conducta de precios predatorios en el artículo 3° letra c) del DL 211, podría disuadir a los rivales en el mercado para que, en sus propios méritos, compitan férreamente. Lo anterior, tal como fue expuesto durante esta memoria, sería perjudicial para la economía si llegase a dar lugar a un enfriamiento en los mercados.

En razón de lo expuesto, una posible solución sería modificar el DL 211 en lo relativo al lugar que ocupan los precios predatorios en el artículo 3°, particularmente, mediante su traslado a las conductas ejemplificadas en la letra b) del mismo artículo. De esta manera, el legislador exigiría la acreditación de una explotación abusiva de posición dominante para sancionar conductas de precios predatorios, lo que estaría en sintonía con el estándar actual reconocido doctrinaria y jurisprudencialmente en la materia. De esta manera, se evitaría el riesgo de que, a futuro, interpretaciones puramente literales del artículo 3° letra c) afectaren a empresas que, compitiendo en sus propios méritos, lograren una posición ventajosa en el mercado.

## BIBLIOGRAFÍA

ACUÑA, MARCELO. 2015. De la valoración al quantum de la prueba. ¿Por qué es necesario un estándar de prueba en el proyecto de Código Procesal Civil? Consejo de Defensa del Estado. Revista de Derecho (33). [en línea] <<http://www.cde.cl/estudiosybiblioteca/wp-content/uploads/sites/15/2016/05/33-REVISTA-DE-DERECHO.pdf>>.

BERNEDO, P. 2013. Historia de la libre competencia en Chile 1959 – 2010. Editorial LOM. [en línea] <[http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2013/11/Historia\\_libre\\_competencia.pdf](http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2013/11/Historia_libre_competencia.pdf)>.

BERTHET, Q. 2016. Topics in Statistical Theory. Statistical Laboratory. Department of Pure Mathematics and Mathematical Statistics, University of Cambridge. [en línea] <[http://www.statslab.cam.ac.uk/~qb204/teaching/set\\_1.pdf](http://www.statslab.cam.ac.uk/~qb204/teaching/set_1.pdf)>.

BENEYTO J.M. y GONZÁLEZ J. 2005. Tratado de Derecho de la Competencia Unión Europea y España. Editorial Bosch.

BOURGEOIS H., *The Chilling Effects of Article 82 Enforcement*. En: HAWK, B. International Antitrust Law & Policy: Fordham Competition Law. Juris Publishing, Inc. (New York).

CARNEVALI, RAUL y CASTILLO IGNACIO. 2011. El estándar de convicción de la duda razonable en el proceso penal chileno, en particular la relevancia del voto disidente. *Ius et praxis*. Vol. 17. N° 2. [en línea] <<http://www.revistaiepraxis.cl/index.php/iepraxis/article/view/99/94>>.

CHADWICK, EDWIN. 1859. *“Result of different principles of legislation and administration in Europe: of competition for the field, as compared with competition within the field”*.

Journal of the Royal Statistical Society. Serie A22, 381-420. [en línea]  
<<https://www.jstor.org/stable/pdf/2338385.pdf>>.

CRANE, D. 2014. Market Power without Market Definition. University of Michigan Law School Scholarship Repository. [en línea]  
<<http://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2385&context=articles>>.

CRANE D. Y MIRALLES G. 2010. Toward a Unified Theory of Exclusionary Vertical Restraints. [en línea] Southern California Law Review, Forthcoming; University of Michigan Law & Economics Empirical Legal Studies Center Paper. University of Michigan Public Law. <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1689068](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1689068)>.

CRANE, D. Y OTROS. Predatory Pricing, response of members of the Unilateral Conduct Committee of the ABA Section of Antitrust Law. International Competition Network. [en línea]  
<<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/questionnaires/uc%20pp/nga%20crane%20davis%20friedman%20predatory%20pricing.pdf>>.

DeGRAVA PATRICK. 2003. Volume Discounts, Loss Leaders and Competition for More Profitable Customers. FTC Bureau of Economics Working Paper N°260. Federal Trade Commission Antitrust I [en línea]  
<[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=402423](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=402423)> .

DELOITTE. 2013. Informe de resultados, La percepción sobre el efecto disuasivo de las acciones de la Fiscalía Nacional Económica entre Abogados de Libre Competencia. [en línea] <<http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2013/03/Estudio-FNE.pdf>>.

DEPARTMENT OF JUSTICE. 2008. Competition and Monopoly: Single Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act. [en línea]  
<https://www.justice.gov/sites/default/files/atr/legacy/2009/05/11/236681.pdf>>.

DEPARTMENT OF JUSTICE. 2009. Justice Department Withdraws Report on Antitrust Monopoly Law. [Noticia en línea] <<https://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-withdraws-report-antitrust-monopoly-law>>.

ELHAUGE E. 2008. United States Antitrust Law and Economics. Thomson West.

ELHAUGE E. y GERADIN D. 2011. Global Competition Law and Economics, Hart Publishing, Portland. 2a Ed.

EUROPEAN COMMISSION. 2009. Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings. (2009/C 45/02). [en línea] <[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009XC0224\(01\)&from=EN](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009XC0224(01)&from=EN)>.

EUROPEAN COMMISSION. 2013. Antitrust procedures in abuse of dominance (Article 102 TFEU cases). [en línea] <[http://ec.europa.eu/competition/publications/factsheets/antitrust\\_procedures\\_102\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/publications/factsheets/antitrust_procedures_102_en.pdf)>.

FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA. 2012. Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración. [en línea] <<http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2012/10/Guía-Fusiones.pdf>>.

FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA. 2014. Guía para el Análisis de Restricciones Verticales. [en línea] <[www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2014/06/Guía-Restricciones-Verticales.pdf](http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2014/06/Guía-Restricciones-Verticales.pdf)>.

FOX, E. 2002. What is harm to Competition? Exclusionary Practices and Anticompetitive Effects. Antitrust Law Journal. Vol. 70 [en línea].

<<https://pdfs.semanticscholar.org/c0e6/b46d94a98b4fc8252f9b6ef54952351ee09c.pdf>>.

FOX, E. 2003. We protect competition you protect competitors. Kluwer Law International. Holanda. 26.

FOX, E. 2007. Desarrollo económico, pobreza y antimonopolio: El otro sendero. [en línea] Revista Jurídica de la Universidad de Palermo <[http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista\\_juridica/n8N1-Sept2007/081Jurica11.pdf](http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n8N1-Sept2007/081Jurica11.pdf)>.

GAL, M. 2003. Competition Policy for Small Market Economies. Harvard University Press. Cambridge.

GELLHORN, E. y KOVACIC, W. 2004. Antitrust Law and Economics. 5<sup>th</sup> Ed. West Publishing Co.

GINSBURG, D. y WRIGHT, D. 2013. Antitrust Settlements: The Culture of Consent (2013). en William E. Kovacic: An Antitrust Tribute – Liber Amicorum. [en línea] George Mason Law & Economics Research Paper Vol. 1. No. 13-18. <<https://ssrn.com/abstract=2225894>>.

GOLDSCHMID, H. 2008. Comment on Herbert Hovenkamp and the Dominant Firm: The Chicago School has made us too cautious about false positives and the use of Section 2 of the Sherman Act. En: PITOFSKY, R. 2008. How the Chicago School Overshot the Mark: The Effect Of Conservative Economic Analysis on U.S. Antitrust. New York: Oxford University Press.

GONZÁLEZ, A. 2011. Prácticas Colusivas. En: TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. Libre Competencia en el Chile del Bicentenario. Thomson Reuters.

HALL, ROBERT. 2008. Potential competition, limit pricing, and Price elevation from exclusionary conduct. Issues in Competition Law and Policy N°433. ABA Section of Antitrust Law. [en línea] <<https://web.stanford.edu/~rehall/PotentialCompetition.pdf>> .

HOVENKAMP, H. 1999. Federal Antitrust Policy, The law of Competition and its practice. 4<sup>th</sup> edition. Minnesota: West Group Publishing.

HOVENKAMP, H. 2008. The Antitrust Standard for Unlawful Exclusionary Conduct. University Iowa legal studies research paper. University of Pennsylvania and Wharton Business [en línea] <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1140346](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1140346)>.

HOVENKAMP, H. 2008. The Harvard and Chicago Schools and the Dominant Firm. En: How the Chicago School Overshot the Mark: The Effect Of Conservative Economic Analysis on U.S. Antitrust, editado por Robert Pitofsky, Oxford University Press. New York.

HOVENKAMP, H. 2010. The Obama Administration and Section 2 of the Sherman Act. [en línea] Boston University Law Review, Vol. 90. <<http://www.bu.edu/law/journals-archive/bulr/documents/hovenkamp.pdf>>.

HOVENKAMP, H. 2015. Predatory Pricing under Areeda-Turner Test. U Iowa Legal Studies Research Paper No. 15-05. [en línea] <<https://ssrn.com/abstract=2422120>>.

HOWARTH, D. 2007. Pricing Abuses, Unfair and Predatory Pricing under Article 82 EC: From Cost-price Comparisons to the Search for Strategic Standards. En: AMATO, G. EC Competition Law A Critical Assessment. Hart Publishing, Oregon.

HYLTON K. 2008. The Law and Economics of monopolization standards. Boston University School of Law. [en línea] <[http://ssrn.com/abstract\\_id=1131250](http://ssrn.com/abstract_id=1131250)>.

INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK. 2012. Unilateral Conduct Workbook Chapter 1: The objectives and principles of unilateral conduct laws. 11ª Conferencia Anual. Rio de Janeiro. Brasil. [en línea]: <<http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2014/03/ICN-2012-Unilateral-Conduct-Workbook-Chapter-1-Objectives-and-Principles-of-Unilateral-Conduct-Laws.pdf>>.

JACOBS, M. y DEVLIN, A. 2010. Antitrust Error. [en línea] William & Mary Law Review, Vol. 52. <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=15736933](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=15736933)>.

KRATTENMAKER T. SALOP S. Y LANDE R. 1987. Monopoly power and market power in Antitrust Law. Georgetown Law Journal. [en línea] <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1140761](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1140761)>.

LIANOS, I. 2013. Some reflections on the question of the goals of EU Competition Law. Centre for Law, Economics and Society CLES. University College of London. [en línea] <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2235875](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2235875)>.

LUGARD P. 2008. Chilling Effects of Antitrust Law, better safe than sorry?. En: HAWK, B. 2008. International Antitrust Law & Policy: Fordham Competition Law. Juris Publishing, Inc.

NAZZINI R. 2011. The Foundations of European Union Competition Law: The Objective and Principles of Article 102. Oxford University Press. New York.

NIELS, G. y otros. 2011. Economics for Competition Lawyers. Oxford University Press. 2nd Ed.

MCGEE, J. 1980. Predatory Pricing Revisited, Journal of Law and Economics. 23(1).

MENCHACA, T. 2010. ¿Se debe sancionar la fijación unilateral de precios excesivos?. En: TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. Libre Competencia en el Chile del Bicentenario. [en línea] <<http://www.lcuc.cl/home2011/wp-content/documentos/libros/Libro%20La%20libre%20competencia%20en%20el%20Chile%20del%20Bicentenario.pdf>>.

MOTTA MASSIMO. 2004. Competition Policy and Practice. Cambridge University Press. Cambridge.

OECD. 1989. Predatory Pricing. Policy Roundtables [en línea] <<http://www.oecd.org/competition/abuse/2375661.pdf>>.

OECD. 1996. Abuse of dominance and monopolization. Policy Roundtables. [en línea] <<http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2014/03/OECD-1996-Abuse-of-Dominance.pdf>>.

OECD. 2005. Competition on the merits. Policy Roundtables. [en línea] <<https://www.oecd.org/competition/abuse/35911017.pdf>>.

OECD. 2006. What is Competition on the Merits?. Policy Brief. [en línea] <<http://www.oecd.org/competition/mergers/37082099.pdf>>.

OECD. 2009. Margin Squeeze. Policy Roundtables [en línea] <<http://www.oecd.org/regreform/sectors/46048803.pdf>>.

OECD. 2010. Accession Report on Competition Law and Policy [en línea]. <<https://www.oecd.org/regreform/sectors/47950954.pdf>>.

O'DONOGHUE, R y PADILLA, J. 2013. The Law and Economics of Article 102 TFEU. 2nd Edition. Hart Publishing.

PASCUAL Y VICENTE, Jean. 2005. Prohibición del abuso de posición dominante. En: BENEYTO J.M. y GONZÁLEZ J. 2005. Tratado de Derecho de la Competencia Unión Europea y España. Tomo I. Editorial Bosch.

PEEPERKORN, L. y VIERTIÖ, K. 2009. Implementing an effects-based approach to Article 82. [en línea] Competition Policy Newsletter. N°1. <[http://ec.europa.eu/competition/publications/cpn/2009\\_1\\_5.pdf](http://ec.europa.eu/competition/publications/cpn/2009_1_5.pdf)>.

PITOFISKY, R. 1979. The Political Content of Antitrust. University of Pennsylvania Law Review. 127(4). [en línea] <[http://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4867&context=penn\\_law\\_review](http://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4867&context=penn_law_review)>.

PITOFISKY, ROBERT. 2008. How the Chicago School Overshot the Mark: The Effect Of Conservative Economic Analysis on U.S. Antitrust. New York: Oxford University Press.

POSNER, RICHARD. 1979. The Chicago School of Antitrust Analysis. University of Pennsylvania Law Review, Vol.127. [en línea] <[http://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4863&context=penn\\_law\\_review](http://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4863&context=penn_law_review)>

POSNER, R. 2001. Antitrust Law. 2<sup>nd</sup> Edition. The University of Chicago Press.

ROUSSEVA, E. Rethinking Exclusionary Abuses in EU Competition Law. Portland. Hart Publishing.

SALOP, S y BECKNER, F. 1999. Decision Theory and Antitrust Rules. Antitrust Law Journal. [en línea] Vol. 67. Issue 1. <[https://transition.fcc.gov/transaction/aol-tw/exparte/micra2\\_imviews120500.pdf](https://transition.fcc.gov/transaction/aol-tw/exparte/micra2_imviews120500.pdf)>.

SALOP, S. 2008. Economic Analysis of Exclusionary Vertical Conduct: Where Chicago has overshot the mark. En: How the Chicago School Overshot the Mark: The Effect Of Conservative Economic Analysis on U.S. Antitrust. editado por PITOFSKY R. Oxford University Press. New York.

SALOP, S. 2016. Exclusionary Conduct, Effect on Consumers, and the Flawed Profit-Sacrifice Standard. [en línea] <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=871511](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=871511)>.

SCHEFFMAN, D. y SALOP, S. 1983. Raising Rivals' Costs, recent advances in the theory of industrial structure. Nonagésima quinta annual meeting of the American Economic Association. American Economic Review.

SCHMALENSEE, R. 2008. Thoughts on the Chicago Legacy in U.S. Antitrust" En: How the Chicago School Overshot the Mark: The Effect Of Conservative Economic Analysis on U.S. Antitrust, editado por Robert Pitofsky. New York: Oxford University Press.

STUCKE M. y GRUNES A. 2015. No Mistake About It: The Important Role of Antitrust in the Era of Big Data. Antitrust Source, University of Tennessee Legal Studies Research Paper No. 269 [en línea] <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2600051](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2600051)>.

TAPIA, J. 2011. Buscando certeza en materia de abusos de posición dominante en Chile. Exposición IX Día de la Competencia, Santiago de Chile [en línea] <<http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/11/Javier-Tapia.pdf>>.

TAPIA, J. 2014. "Dime de qué presumes y te diré de qué careces": El tratamiento jurisprudencial de los abusos de dominancia en Chile. Revista Derecho Competencia Bogotá Colombia 10. [en línea] <<https://centrocedec.files.wordpress.com/2010/06/2-dime-de-que-persumes.pdf>>.

TAPIA, J. Y MONTT, S. 2012. Judicial Scrutiny and Competition Authorities, The Institutional Limits of Antitrust. En: SOKOL, D. The Global Limits of Competition Law. Stanford University Press.

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. Estadísticas, Causas contenciosas por Conducta. [en línea] <<http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Contenciosas%20-%20Conductas.pdf>>.

VALDÉS D. 2010. Libre Competencia y Monopolio. Editorial Jurídica de Chile.

VICKERS J. 2004. Abuse of market. Discurso para el 31° Conferencia de la Asociación Europea por la Investigación de Economía Industrial, 3 de septiembre de 2004, Berlín. [en línea]<<http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.198.322&rep=rep1&type=pdf>>.

WERDEN, G. 2006. The “no economic sense” test for exclusionary conduct. The Journal of Corporation Law. [en línea] <<http://lesliecaton.com/wordpress/wp-content/uploads/2012/01/2-WERDEN-FINAL.pdf>>.

WHISH, R. y BAILEY D. Competition Law. 2011. Londres. Oxford University Press. 7<sup>th</sup> Ed..

YBAR, M. 2014. Comprendiendo el abuso de posición de dominio: Revisión de la doctrina y Jurisprudencia Nacional y Comparada sobre las principales conductas exclusorias. Revista de Derecho Económico Universidad de Chile. 7.

## LEGISLACIÓN NACIONAL

CHILE. Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción Decreto con fuerza de Ley N°1 del 2004 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N°211, de 1973.

CHILE. Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción. 1997. Ley N°19.496, que Establece normas sobre la Protección de los Derechos de los Consumidores. Artículo 3 letra a).

CHILE. Ministerio de Economía, Fomento y Turismo. 2017. Decreto N°33, que Aprueba Reglamento sobre la Notificación de una Operación de Concentración.

## HISTORIA DE LA LEY

HISTORIA DE LA LEY N°19.911. [en línea].  
<[https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file\\_ley/5814/HLD\\_5814\\_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf](https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/5814/HLD_5814_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf)>

HISTORIA DE LA LEY N°19.610. [en línea]<[https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file\\_ley/6649/HLD\\_6649\\_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf](https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/6649/HLD_6649_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf)>

## JURISPRUDENCIA NACIONAL

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. 2005. Sentencia N°26. Causa Rol C N° 11-04.

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. 2006. Sentencia N°39. Causa Rol N° C 42-04.

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. 2005. Sentencia N°28. Causa Rol N° C 50-04.

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. Causa Rol C N° 60-05, caratulada “Demanda de Voissnet S.A. y requerimiento de la FNE contra CTC”.

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. 2008. Sentencia N°78. Causa Rol N° C 111-06.

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. 2008. Sentencia N°72. Causa Rol N° C 125-07.

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. Causa Rol N° C 126-07, caratulada “Demanda de OPS Ingeniería Limitada y otros contra Telefónica Móviles de Chile S.A.”.

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. Causa Rol N° C 135-07, caratulada “Demanda de Voissnet S.A. contra Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A.”

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. 2010. Sentencia N°103. Causa Rol N° C 151-08.

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. 2009. Sentencia N°90. Causa Rol N° C 165-08.

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. 2012. Causa Rol N° C 230-11. caratulada “Demanda de Industria de Alimentos Trendy S.A. contra Nestlé Chile S.A.”

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. 2017. Sentencia N°156. Causa Rol N° C 271-13.

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. 2008. Acuerdo Conciliatorio Causa Rol N° C 153-08.

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. 2011. Acuerdo Conciliatorio. Causa Rol N° C 233-11.

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. 2014. Acuerdo conciliatorio. Causa Rol N° C 249-13.

CORTE SUPREMA. 2005. Sentencia en causa Rol N° 5005-2005.

CORTE SUPREMA. 2006. Sentencia en causa Rol N° 3449-2006.

CORTE SUPREMA. 2007. Sentencia en causa Rol N°6.236-2006.

CORTE SUPREMA. 2010. Sentencia en causa Rol N°277-2010.

CORTE SUPREMA. 2011. Sentencia en causa Rol N°7.500-2010.

CORTE SUPREMA. 2017. Sentencia en causa Rol N° 2.140-2010.

CORTE SUPREMA. 2017. Sentencia Rol N° 58.909-2016.

### **JURISPRUDENCIA COMPARADA**

CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS. 1956. United States v. Du Pont & Co. (351 U.S. 377).

CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS. 1966. United States v Grinell Corp. 384 U.S. 562, 570-71, Sct. 1968, 1704.

CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS. 1993. Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp. 509 US. [en línea] <<https://www.law.cornell.edu/supct/html/92-466.ZO.html>>.

TRIBUNAL EUROPEO DE JUSTICIA. 1978. United Brands v Commission, Case 27/76 [1978] ECR 207, 1 CMLR 429.

TRIBUNAL EUROPEO DE JUSTICIA. 2000. Virgin v British Airways, Case 2000/74/CE [2000]. [en línea] <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32000D0074&from=EN>>.

TRIBUNAL EUROPEO DE JUSTICIA. 2003. Michelin v Commission, Asunto T-203/01 [2003].

TRIBUNAL EUROPEO DE JUSTICIA. 2012. Tomra v Commission, Asunto C-549/10P [2012].

TRIBUNAL EUROPEO DE JUSTICIA. 2017. Sentencia de fecha 6 de septiembre de 2017. [en línea] <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30d6105e4a0>>.