

REVISTA DE DERECHO ECONÓMICO

COMPRENDIENDO EL ABUSO
DE POSICIÓN DE DOMINIO:
REVISIÓN DE LA DOCTRINA Y
JURISPRUDENCIA NACIONAL
Y COMPARADA SOBRE LAS
PRINCIPALES CONDUCTAS
EXCLUSORIAS

MARIO YBARABAD

COMPRENDIENDO EL ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO: REVISIÓN DE LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA NACIONAL Y COMPARADA SOBRE LAS PRINCIPALES CONDUCTAS EXCLUSORIAS

MARIO YBAR ABAD*

RESUMEN

En primer lugar, el artículo analiza la doctrina y jurisprudencia nacional y comparada acerca de los requisitos necesarios para determinar la existencia de una posición dominante. A continuación, el artículo revisa la doctrina y la jurisprudencia de Europa y Estados Unidos en relación con los precios predatorios, la negativa de venta y los acuerdos de exclusividad. Simultáneamente, el artículo compara la doctrina y jurisprudencia referida con la jurisprudencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de Chile (TDLC). Posteriormente, el artículo evalúa la consistencia de la jurisprudencia del TDLC respecto de las tres conductas analizadas, y si resulta posible encontrar dentro de aquella ciertos patrones que permitan concluir si se está más cerca de la posición europea o estadounidense. Para concluir, el artículo propone un principio común a prácticamente todas las sentencias condenatorias del TDLC, susceptible de ser adoptado por las empresas dominantes como principio rector a la hora de evaluar su comportamiento.

Palabras clave: Competencia, abuso de posición dominante, precios predatorios, negativa de venta, acuerdos de exclusividad.

Existe a nivel comparado cierto consenso en cuanto a que la finalidad última del derecho de la competencia es la protección de los consumidores y no de los competidores particulares.¹ Sin embargo, y a pesar

* Abogado. Licenciado Cs. Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. LLM in Competition Law, University College London.
Email: marioybar@gmail.com.

El autor se desempeña laboralmente en la Fiscalía Nacional Económica, sin embargo, el siguiente artículo ha sido escrito a título individual y las opiniones vertidas en él no representan necesariamente la opinión de la Fiscalía Nacional Económica ni del Fiscal Nacional Económico.
Diciembre de 2013.

1 FOX, Eleanor. We Protect Competition, You Protect Competitors. *World Competition*, 26(2): 149-165, 2003, p. 149.

de la existencia de importantes esfuerzos en pro de la homogenización del derecho de la competencia², subsisten importantes diferencias en el tratamiento que las distintas jurisdicciones otorgan a las diferentes conductas anticompetitivas³. Lo anterior resulta particularmente cierto respecto al abuso de posición de dominio del tipo *exclusorio* (en adelante, indistintamente, conductas unilaterales *exclusorias*)⁴.

Las conductas unilaterales de tipo *exclusorio* son aquellas que pueden afligir a los consumidores de manera indirecta, mediante la afectación del proceso competitivo ocurrida como consecuencia de la exclusión de determinados agentes económicos o la generación de una desventaja competitiva artificial respecto de los mismos⁵. Dicho vocablo se utiliza en contraposición al abuso unilateral de tipo *explotativo*, conducta que se excluye del presente análisis, la cual implica la afectación directa de los consumidores, como ocurre por ejemplo con la imposición de precios excesivos.

Seguramente nadie que haya tenido la oportunidad de participar en litigios relativos a conductas de naturaleza *exclusoria* podrá manifestarse sorprendido por la paradoja que representa la existencia de convergencia en cuanto al objeto final del derecho de la competencia y de divergencia respecto a los caminos necesarios para alcanzarlo⁶. En efecto, a diferencia de lo que ocurre con una práctica indiscutiblemente ineficiente como la colusión, las conductas unilaterales de tipo *exclusorias* no resultan inequívocamente anticompetitivas, existiendo prácticamente siempre aspectos beneficiosos asociados a las mismas. Por este motivo se ha señalado “que las conductas *exclusorias* y las competitivas suelen parecerse”⁷.

2 Principalmente, la creación de la International Competition Network (ICN) el año 2001.

3 KOLASKY, William. North Atlantic Competition Policy: Converging Toward What? [en línea]. 2002. <<http://www.justice.gov/atr/public/speeches/224128.htm>>. [fecha de consulta: 1 octubre 2011].

4 Ídem.

5 JONES, Alison y SUFRIN, Brenda. EC Competition Law. Text, Cases and Materials. 3ª ed. Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 121.

6 EVANS, David. Why Different Jurisdictions do Not (and Should Not) Adopt the Same Antitrust Rules. Chicago Journal of International Law, 10 (1): 161-188, 2009. p. 2.

7 U.S. Department of Justice. Competition and Monopoly: Single Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act. U.S. [en línea]. 2008. <<http://www.justice.gov/atr/public/reports/236681.pdf>>. [fecha de consulta: 1 octubre 2011], p. 18.

Conscientes, entonces, del carácter mayoritariamente ambiguo de las conductas unilaterales exclusorias, y de que muchas veces resulta imposible revelar con certeza –al menos a un costo razonable– los efectos de las mismas, la aproximación a este tipo de materias por parte de las autoridades de competencia fluctúa entre una aversión a la sanción injustificada de conductas eficientes (en adelante, indistintamente "falso positivo" o "error del tipo 1") y la hostilidad hacia la absolución de conductas efectivamente restrictivas de la competencia (en adelante, indistintamente, "falso negativo" o "error del tipo 2").

Al final, la disyuntiva entre falsos positivos y falsos negativos dependerá de la forma de concebir la relación entre el Estado y los agentes económicos. En concreto, si se está dispuesto a conceder mayor poder al Estado a fin de controlar el abuso del poder privado, o si por el contrario, se desconfía de los resultados de una mayor intervención estatal, en el entendido de que el mercado es el mejor regulador de sí mismo⁸.

Consecuentemente, los requisitos exigidos por la jurisprudencia para dar por acreditada una conducta constitutiva de abuso de posición dominante variarán también de acuerdo a la aproximación de los jueces a los distintos tipos de error. Lo anterior implica al menos una advertencia en cuanto a que antes de efectuarse el trasplante de un test de competencia foráneo, nuestras autoridades deberán evaluar si el mismo se funda en una visión de la competencia –específicamente, en una aproximación a los tipos de errores– consistente con la propia.

El presente artículo persigue múltiples objetivos. Por lo mismo, lo que gana en alcance lo pierde en profundidad. En primer lugar, se pretende analizar someramente la jurisprudencia y doctrina comparada y nacional respecto de los requisitos necesarios para que un agente económico sea considerado dominante. Seguidamente, observaremos la doctrina y jurisprudencia europea y norteamericana en relación con los tres grupos de conductas constitutivas de abuso de una posición de dominio *exclusorio* más frecuentemente analizados en nuestra institucionalidad: precios predatorios, negativa de venta y contratos de exclusividad. Lo anterior, en

8 AMATO, Giuliano. *Antitrust and the Bounds of Power: The Dilemma of Liberal Democracy in the History of the Market*. Oxford, Hart Publishing, 1997, p. 4.

el entendido que los tests aplicados en Europa y Estados Unidos reflejan, con matices, parte importante del recorrido del péndulo que oscila entre la predilección por uno u otro tipo de error⁹.

Simultáneamente, compararemos la jurisprudencia y doctrina extranjera a que se haga referencia con la emanada de nuestro propio Tribunal. Este ejercicio tiene por objeto determinar si existe en nuestra institucionalidad una jurisprudencia propiamente tal sobre dichas conductas y si la misma contiene elementos que permitan reputarla como cercana a la posición norteamericana o europea sobre la materia (o más aversa a algún tipo de error). Finalmente, en las conclusiones se intentará extrapolar un principio común de la jurisprudencia del Tribunal, el que a juicio del autor puede servir de guía –y otorgar un mayor grado de certeza jurídica– a los agentes económicos.

I. DEFINIENDO LA POSICIÓN DE DOMINIO

Un requisito común para dar por acreditadas todas las conductas que analizaremos en este trabajo consiste en que el sujeto activo de las mismas exhiba una posición de dominio. Sin embargo, nuestro texto legal no define dicha figura. Peor aún, no existe en doctrina un concepto unívoco de posición de dominio. En efecto, un análisis de la doctrina y jurisprudencia nacional y comparada revela al menos las siguientes tres formas de concebir esta figura¹⁰:

I. Posición de dominio como situación de fortaleza comercial respecto de los competidores

Tradicionalmente, se ha entendido la posición de dominio como la situación de superioridad comercial en que se encuentra una empresa en relación a sus competidores, la que reviste al agente económico de

9 Sin embargo, durante los últimos años se ha reducido significativamente la longitud de la oscilación del péndulo. 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 de la administración Bush sobre la materia, que citaremos frecuentemente en este trabajo, por representar el extremo derecho del péndulo.

10 MONTI, Giorgio. The Concept of Dominance in Article 82. *European Competition Journal*, 32 (2): 31-52, 2006, p. 31.

la habilidad de excluir del mercado a los mismos o, al menos, de contenerlos (por ejemplo, impidiendo a estos la obtención de economías de escala que les permitan competir de manera eficiente en el mercado), distorsionando el proceso competitivo¹¹.

La superioridad comercial de una empresa sobre sus competidores obedece a diversos atributos, tales como ventajas de costo (economías de escala o ámbito), grado de penetración de la industria, reputación de la marca, acceso a activos estratégicos, canales de distribución, fuentes de financiamiento, etcétera.

Esta caracterización de la posición de dominio ha sido utilizada por el TDLC en sus Sentencias N° 47¹², 65¹³, 78¹⁴ y 103¹⁵. Así, por ejemplo, la Sentencia N° 78 establece que "para determinar si una empresa tiene o no poder de mercado, es necesario analizar una serie de factores, entre ellos, su cuota de participación de mercado, la existencia o no de barreras de entrada, y otras características propias del mercado en estudio, como por ejemplo la importancia de la innovación tecnológica, el grado de diferenciación de los servicios provistos y el espacio de mercado disponible o esperado para el crecimiento de las firmas incumbentes o para la entrada de nuevos competidores".

2. Posición de dominio como aptitud de cobrar precios superiores a los competitivos

Bajo esta mirada más económica de la posición de dominio, lo que caracteriza al agente dominante es su capacidad para afectar el bienestar de los consumidores, ya sea restringiendo la cantidad producida o

11 LANG, John Temple. Some Aspects of Abuse of Dominant Position in European Community Antitrust Law. *Fordham International Law Forum*, 3: 9-12, 1979, p.12.

12 Sentencia N° 47, de 6 de diciembre de 2006, sobre requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra Sociedad Punta de Lobos S.A. Considerandos quincuagésimo primero y quincuagésimo quinto.

13 Sentencia N° 65, de 8 de mayo de 2008, sobre requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra D&S S.A. y Cencosud S.A. Considerandos octogésimo sexto y octogésimo séptimo.

14 Sentencia N° 78, de 4 de diciembre de 2008, sobre demanda de GPS Chile S.A. contra Entel PCS S.A. Considerando noveno.

15 Sentencia N° 103, de 8 de septiembre de 2010, sobre demanda de Comercial Arauco Ltda. contra D&S y Otro. Considerandos vigésimo primero a vigésimo sexto.

incrementando los precios del bien o servicio que ofrece por sobre los niveles de equilibrio competitivo. Por cierto, la capacidad de afectar a los consumidores requiere de la capacidad para actuar "con un grado relevante de independencia respecto de estos últimos"¹⁶. Ciertamente, esta aproximación aplica un concepto más restringido de dominancia que el anteriormente descrito, limitando el número de agentes susceptibles de ser categorizados como dominantes¹⁷.

Entre nosotros, el TDLC ha utilizado la aptitud de fijar precios supra-competitivos como manera de construir la existencia de una posición de dominio en la Sentencia N° 93¹⁸.

3. Acreditación de la posición dominante por medio de los efectos anticompetitivos

Esta forma de construcción del concepto de dominancia implica, paradójicamente, la prescindencia del mismo. Así, en vez de establecerse si una empresa exhibe o no el carácter de dominante, para luego decidir si su conducta produjo efectos anticompetitivos, se atiende inmediatamente a los efectos, presumiéndose que si la empresa es capaz de restringir o entorpecer la competencia es porque no puede si no exhibir el carácter de dominante¹⁹.

Esta aproximación ha sido utilizada por el TDLC en el marco de las Sentencias N° 45²⁰ y 63²¹.

16 Case 27/76 United Brands Co and United Brands Continental BV v Commission [1978] I CMLR 429.

17 MONTI, Giorgio. Op. cit., p. 33.

18 Sentencia N° 93, de 6 de enero de 2010, sobre requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra Empresa Eléctrica Atacama S.A. Considerando trigésimo segundo.

19 EUROPEAN Advisory Group on Competition Policy. An Economic Approach to Article 82. [en línea]. 2005. <http://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/eagcp_july_21_05.pdf> [consulta: 1 octubre 2011], p. 4.

20 Sentencia N° 45, de 26 de octubre de 2006, sobre demanda de Voisset S.A. y requerimiento de la FNE en contra de CTC. Considerando cuadragésimo sexto.

21 Sentencia N° 63, de 10 de abril de 2008, sobre requerimiento de la FNE contra Almacenes Paris y Falabella. Considerando centésimo trigésimo cuarto.

4. Posición de dominio en nuestra jurisprudencia

Según hemos visto, el TDLC ha utilizado indistintamente las tres formas de conceptualización del abuso de posición de dominio. De esta manera, dicha figura podrá acreditarse aun cuando la empresa carezca del poder de actuar de manera completamente independiente a sus competidores, en la medida que exhiba una fortaleza comercial que le permita contener la entrada o expansión de los mismos. Todavía más, podría darse la posibilidad de que incluso en ausencia de evidencia concluyente respecto de la superioridad comercial del agente económico, su posición de dominio se acredite por medio de los efectos asociados a su conducta.

II. ANÁLISIS DE LAS PRINCIPALES CONDUCTAS ABUSIVAS EXCLUSORIAS

En lo que sigue, este artículo se concentra en tres de las principales figuras de conducta abusiva exclusoria sobre las que nuestro TDLC ha tenido la oportunidad de pronunciarse más frecuentemente: precios predatorios, negativa de venta (junto a una forma particular de negativa de venta, como es el estrangulamiento de márgenes) y descuentos y exclusividades²².

I. Precios predatorios

1.1. Generalidades

Posiblemente el tipo más controversial de conducta exclusoria, implica el desarrollo de una política de precios bajo costo por parte de un agente dominante o con aptitud de serlo, destinada a eliminar del mercado a sus competidores. En términos simples, la teoría de los precios predatorios sugiere que el ofrecimiento de bienes y servicios a un valor inferior a su costo de provisión permitiría a su ejecutor atraer gran parte de la demanda de sus competidores, obligando a estos últimos a abandonar el mercado. Ocurrido lo anterior, se abriría el camino para que el agente

22 Se ha dejado fuera el análisis de las conductas de venta atada (*tying*) y empaquetamiento (*bundling*), toda vez que la jurisprudencia emanada del TDLC sobre las mismas se encuentra limitada a dos sentencias (Sentencia N° 25 y Sentencia N° 97). Asimismo, se he excluido el análisis de las prácticas de competencia desleal, atendida la existencia de una jurisprudencia uniforme y sistemática, menos susceptible de una aproximación crítica.

predador pueda subir sus precios sobre los niveles que prevalecían de manera previa, resarciéndose así de las pérdidas que le arrojó la estrategia en comento. En síntesis, las pérdidas de corto plazo se compensarían con las ganancias de largo plazo provenientes de su reforzada posición de dominio.

La hipótesis de daño reseñada ha sido objeto de fuertes cuestionamientos por parte de la Escuela de Chicago²³. Fundamentalmente se ha puesto en duda la racionalidad subyacente en la misma, atendido: a) el alto precio a pagar por la estrategia, tanto en términos simples (mientras más vende, más pierde el agente predador) como comparativos (la práctica le reporta pérdidas muy superiores al agente predador que a los competidores que deciden sacrificar clientela y no incurrir en una guerra de precios); b) el riesgo aparejado a la estrategia, en términos de incertidumbre del retorno de la misma, pues a menos que el mercado presente difíciles condiciones de entrada –y de salida– la teoría clásica predice que un eventual intento por resarcirse de las pérdidas pasadas mediante el establecimiento de precios supracompetitivos atraerá el ingreso al mercado de nuevos competidores²⁴. Resume lo señalado la siguiente frase de la Corte Suprema estadounidense: "Las estrategias de precios predatorias son excepcionalmente intentadas, y aún más excepcionalmente exitosas"²⁵.

Ahora bien, distintos modelos de teoría de juegos han venido a desafiar la idea de "irracionalidad" de las estrategias predatorias como conducta exclusoria o como forma de erigir una barrera artificial a la entrada²⁶, proveyendo de soporte teórico a la proposición de que un monopolista puede estar dispuesto a intercambiar ganancias actuales por ganancias futuras²⁷.

23 BORK, Robert. *The Antitrust Paradox – A Policy at War with Itself*. Nueva York, The Free Press, 1978, p. 387; EASTERBROOK, Frank H. *Predatory Strategies and Counterstrategies*. *University of Chicago Law Review*, 48 (2): 263-337, 1981, p. 264.

24 HOVENKAMP, Herbert. *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice*. 2ª ed. Saint Paul, Minnesota, West Group Publishing, 1999. 820p. (Hornbook Series), p. 336.

25 *Matsushita v. Zenith Radio Corp.*, 475 U.S. 574. Párrafo 589 (1986). Traducción libre.

26 MILGROM, Paul y ROBERTS, John. *Predation, Reputation, and Entry Deterrence*. *Journal of Economic Theory*, Elsevier, 27 (2): 280-312, 1982, p. 303.

27 U.S. Department of Justice. *Op. cit.*, p. 55. Traducción libre.

De partida, se cuestiona la visión en que se funda la crítica de la Escuela de Chicago, esto es, que la predación tiene por objeto último eliminar o inhibir el ingreso de competidores al mercado. La crítica se fundamenta en que es mucho más probable que la predación se erija como una conducta estratégica destinada a disciplinar políticas competitivas agresivas de parte de los otros actores del mercado²⁸.

Adicionalmente, autores calificados como *post-Chicago*, han descrito circunstancias en que el ejercicio de estrategias predatorias resulta menos riesgoso y exhibe un menor costo²⁹. Así, por ejemplo, un agente dominante puede explotar una situación de información imperfecta, forzando la salida o inhibiendo el ingreso de rivales que carecen de una estructura de costos tan eficiente como la que el agente dominante le hace creer que tiene, como consecuencia del nivel de precios al que ofrece sus bienes o servicios.

Asimismo, la venta bajo el costo puede erigir una barrera estratégica a la entrada de nuevos competidores, como consecuencia del desarrollo de una reputación de competidor duro³⁰. Dicha estrategia resulta mucho menos riesgosa —y por ende menos irracional— cuando es ejecutada por empresas que operan en muchos mercados relevantes geográficos o del producto, puesto que aquella le reportará pérdidas en el mercado concreto en que tuvo lugar, pero le generará beneficios indirectos en todos aquellos mercados servidos³¹.

Asimismo, una estrategia predatoria será mucho menos costosa (y por lo mismo susceptible de resultar exitosa) si no abarca el espectro total

28 A este respecto, ver conducta imputada a la empresa Pullman Bus en el marco del requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra Servicios Pullman Bus Costa Central S.A. y Otros. Rol C 224-11.

29 BAKER, Jonathan. Predatory Pricing After Brooke Group: An Economic Perspective. *Antitrust Law Journal*, 62: 585-603, 1994, pp. 595 y ss.

30 EUROPEAN Commission. 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]. 2009. <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2009:045:0007:0020:EN:PDF>> [consulta: 1 octubre 2011], párrafo 68.

31 En palabras de una Corte Estadual estadounidense, la predación hace mayor sentido cuando un monopolista opera en varios mercados, puesto que "requiere realizar una menor inversión relativa (precios bajo el costo en unos pocos mercados) a objeto de cosechar una mayor recompensa (precios supracompetitivos en muchos mercados)". *Advo, Inc. v. Phila. Newspapers, Inc.*, 51 F.3d 1540. Párrafo 1549 (1995). Traducción libre.

de clientes del agente dominante, concentrándose en un grupo especial de los mismos, precisamente aquellos con potencial de interesarse en los productos de la competencia³².

1.2. Requisitos para configurar una práctica predatoria

En términos generales, los requisitos necesarios para configurar una práctica predatoria son: a) venta bajo una medida relevante de costos; b) aptitud de afectar la competencia; y, c) inexistencia de una justificación para dicha conducta.

a. Venta bajo una medida de costos

La configuración de una práctica predatoria requiere, en primer lugar, de evidencia de venta bajo el costo. Lo señalado implica la aplicación del denominado test del “competidor igualmente eficiente”, puesto que en la medida que el agente dominante mantenga los precios de sus productos por sobre sus costos de provisión no podrá afectar competidores “igualmente eficientes” (sin perjuicio de que puede excluir rivales menos eficientes)³³.

Con todo, la literatura económica coincide en que no sólo los precios bajo los costos tienen aptitud anticompetitiva, pudiendo resultar lesiones a la competencia, incluso, de la fijación estratégica de precios superiores a los costos de provisión del bien o servicio³⁴. Sin embargo, para la jurisprudencia³⁵ y doctrina³⁶ norteamericana una regla óptima en materia de precios predatorios debe establecer un puerto seguro para aquellos

32 EUROPEAN Commission. Op. cit., párrafo 72.

33 SALOP, Steven. Economic Analysis of Exclusionary Vertical Conduct: Where Chicago has overshot the mark. En: PITOFSKY, Robert. How the Chicago School Overshot the Mark: The Effect Of Conservative Economic Analysis on U.S. Antitrust, Oxford University Press, 2008, p. 153.

34 El siguiente ejemplo grafica una venta sobre los costos capaz de inferir daño a los consumidores: imaginemos un monopolista que produce a \$ 50 y vende a \$ 100, y que enfrentado al ingreso de un competidor menos eficiente (que produce a \$ 60) pero más barato (vende a \$ 70), baja sus precios a \$ 55. El entrante, incapaz de igualar el nuevo precio del incumbente, abandona el mercado, tras lo cual este último vuelve a subir sus precios a \$ 100.

35 Matsushita v. Zenith Ratio Corp. 475 U.S. 574 (1986), párrafo 594.

36 POSNER, Richard. Antitrust Law. Chicago, The University of Chicago Press, 2001, p. 214; ELHAUGE, Einer. Why Above-Cost Price Cuts To Drive Out Entrants Are Not Predatory—and the Implications for Defining Costs and Market Power. The Yale Law Journal, 112 (4): 681-827, 2003, pp. 826-827.

precios establecidos por sobre cierto nivel de costos, ya que de lo contrario se podría hacer más daño que bien al proceso competitivo³⁷. Así, en aras de evitar un falso positivo particularmente costoso –inhibir la competencia por precios –se sacrifica la posibilidad de sancionar estrategias de precios lesivas de competidores menos eficientes, pero con potencial de ejercer cierto nivel de disciplina competitiva en el mercado³⁸.

Por el contrario, la Guía sobre Abuso de Posición Dominante de la Comisión Europea prescribe que, excepcionalmente, podría existir predación incluso cuando los precios de los bienes o servicios ofrecidos sean superiores a sus costos de provisión³⁹. Esto ocurriría cuando la política de precios, además de dañar a los competidores, implica la renuncia a un curso de acción alternativo –factible y no meramente teórico– más rentable, careciendo así de sentido económico (*non economic sense*).

Para entender lo anterior, imaginemos una aerolínea que destina parte de su flota desde rutas muy rentables hacia otras menos rentables (pero donde igualmente cubre sus costos de provisión), con la sola intención de ahogar el ingreso de un rival incipiente⁴⁰. La Guía europea abre la puerta a la sanción de dicha conducta, opción que en aras de la certeza jurídica se mantiene cerrada en los Estados Unidos.

Finalmente, surge la pregunta acerca de la medida de costos apropiada que permita distinguir el precio bajo que aumenta el bienestar de los consumidores del que tiene el potencial de dañarlo en el largo plazo. En la actualidad, la mayoría de las jurisdicciones parecieran decantar por el costo medio evitable⁴¹, medida cercana al costo medio variable propuesto por Areeda-Turner⁴², pero que incorpora, además, los costos fijos eventualmente necesarios para efectuar la predación.

37 Así, por ejemplo, la Corte Suprema estadounidense ha señalado que los tribunales carecen de capacidad para sancionar precios que exceden una medida de costos sin introducir un intolerable riesgo de inhibir reducciones legítimas de precios. *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.* 509 U.S. 209 (1993), párrafo 223.

38 HOVENKAMP, Herbert. Discounts and Exclusion. *Utah Law Review*, 857: 841-861, 2006, p. 841.

39 EUROPEAN Commission. Op. cit., párrafo 65.

40 *U.S. v. AMR Corporation, American Airlines, Inc., and American Eagle Holding Corporation*, 140 F. Supp 2d 1141 (2001).

41 EUROPEAN Commission. Op. cit., párrafo 64; U.S. Department of Justice. Op. cit., p. 73.

42 AREEDA, Philip y TURNER, Donald. Predatory Pricing and Related Practices Under Section 2 of the Sherman Act. *Harvard Law Review*, 88 (4): 697-733, feb. 1975, pp. 699-700.

Sin embargo, la jurisdicción europea, en abierta contraposición a la norteamericana, tradicionalmente ha abierto la puerta a la condena de precios superiores al costo medio evitable e inferiores al costo medio total (concepto que incluye todos los costos fijos y variables asociados a la provisión del bien), en la medida que exista evidencia de intencionalidad anticompetitiva. Esto es, que dichos precios forman parte de una estrategia formulada con el objeto de excluir al competidor del mercado⁴³⁻⁴⁴.

b. Aptitud de afectar la competencia

En el caso *Brooke Group* de 1993, la Corte Suprema estadounidense estableció que “para acreditar la existencia de precios predatorios debe demostrarse, además de la venta por debajo de una apropiada medida de costo, que la defendida tiene una probabilidad peligrosa de recuperar su inversión en venta bajo el costo”⁴⁵.

La jurisprudencia referida es consistente con un derecho de la competencia centrada en el bienestar de los consumidores. De esta manera, si el valor presente de las futuras rentas monopólicas es menor al costo de la predación significa que los consumidores resultan beneficiados, en términos netos, por la conducta⁴⁶.

Nuevamente, la evidencia necesaria para acreditar la viabilidad de la estrategia predatoria dependerá de la aproximación a los distintos tipos de errores.

Así, para quienes profesan una marcada antipatía por los errores de tipo I, resultará preferible esperar el desenlace de la estrategia predatoria y sancionar a su ejecutor en la medida que se acredite: a) la eliminación de competencia; y b) el consecuente incremento de los precios o disminución de la cantidad producida.

43 EUROPEAN Commission. DG Competition Discussion Paper on the Application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuses. Public Consultation. [en línea]. 2005. <<http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>> [consulta: 1 octubre 2011], p. 32.

44 AKZO Chemie BV v. Commission. Case C-62/86 [1991]. Párrafo 72. Traducción libre,

45 *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.* 509 U.S. 209 (1993). Párrafo 212.

46 HOVENKAMP, Herbert. Op. cit., p. 337.

Por otra parte, quienes tienen una aproximación más neutral a los distintos tipos de errores⁴⁷, abogarán por un análisis no de los efectos, sino de la aptitud anticompetitiva de la venta bajo el costo, examen intrínsecamente vinculado a la racionalidad de la estrategia predatoria. Para estos efectos se considerará, por ejemplo, evidencia de contactos en varios mercados geográficos o del producto entre los competidores, el impacto financiero de la estrategia en la competencia, la fortaleza económica de las empresas rivales y su nivel de dependencia en capital externo y el grado de dificultad de las condiciones de entrada. Por su parte, no se requerirá evidencia de exclusión efectiva, en el entendido que la estrategia puede resultar exitosa aun sin eliminar del mercado a los competidores, en la medida que cumpla con el propósito de disciplinar su intensidad competitiva⁴⁸.

Finalmente, quienes se encuentren al otro lado del péndulo⁴⁹, propiciarán un régimen donde no resulte necesario acreditar la posibilidad de recuperación, pues la misma se encuentra implícita en la actuación del agente dominante. Lo anterior, por cuanto atendida la racionalidad con que se supone actúan los agentes económicos, nadie mejor que el propio predador puede conocer las perspectivas de éxito asociadas a su estrategia predatoria. De esta manera, si este decide vender a pérdida, a falta de una buena explicación, es porque tiene la confianza que recuperará las mismas con las rentas futuras emanadas de su exitosa estrategia de exclusión⁵⁰.

c. Inexistencia de una justificación competitiva

Finalmente, el agente dominante debe tener la oportunidad de demostrar que la venta bajo el costo exhibe una explicación competitiva distinta del interés en excluir o disciplinar a sus rivales. Así, por ejemplo, se ha aceptado como legítima la venta bajo el costo en casos de introducción

47 EUROPEAN Commission. 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]. 2009. <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2009:045:0007:0020:EN:PDF>> [consulta: 1 octubre 2011], párrafos 67 - 70.

48 HOVENKAMP, Herbert. Post-Chicago Antitrust: A Review and Critique. *Columbia Business Review*, 2001 (2): 257-337, 2001, pp. 316-317.

49 Posición tradicional de la Comisión Europea. Ver *France Télécom v. Commission*. Case T 340/03 [2007], párrafo 228.

50 *Tetra Pak v. Commission*. Case T-83/91 [1994] ECR II-755. Párrafo 148.

de nuevos productos, estrategias de *loss leading*, liquidación de stocks remanentes y de mercados de dos lados. En este último caso, incluso puede resultar lícito proveer gratuitamente el bien o servicio en uno de los mercados, según la estrategia de maximización de utilidades que adopte la empresa⁵¹.

1.3. Precios predatorios en nuestra jurisprudencia

El artículo 3º, letra c) del Decreto Ley N° 211, sanciona las prácticas predatorias realizadas con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante.

Hasta la fecha, solo una empresa ha sido sancionada por el Tribunal de Defensa de la Competencia por predación (Sentencia N° 28⁵²), sin perjuicio de una segunda sanción establecida por la Corte Suprema, mediante la revocación de una sentencia absolutoria del TDLC (Sentencia N° 39⁵³).

Sin perjuicio de lo anterior, el TDLC ha establecido, mediante sus Sentencias N°s 39⁵⁴, 72⁵⁵, 78⁵⁶ y 103⁵⁷, una consistente jurisprudencia en materia de precios predatorios. Dicha jurisprudencia prescribe que dicha conducta sólo podrá ser sancionada en la medida que concurren los siguientes requisitos:

a. Aptitud del ejecutante de incrementar, mantener o alcanzar posición de dominio

Nuestro Decreto Ley N° 211 no exige que el agente predador exhiba el carácter de dominante, bastando que la conducta desplegada sea apta para permitirle alcanzar dicha posición.

51 EUROPEAN Advisory Group On Competition Policy. Op. cit., p. 51.

52 Sentencia N° 28, de 7 de septiembre de 2005, sobre requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica, en contra de TV Cable Loncomilla S.A., Holding de Televisión S.A. y CMET.

53 Sentencia N° 39, de 13 de junio de 2006, sobre demanda de Producción Química y Electrónica Quimel S.A., en contra de James Hardie Fibrocementos Ltda.

54 Ídem.

55 Sentencia N° 72, de 31 de julio de 2008, sobre demanda de CMET S.A.C.I. contra Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A.

56 Sentencia N° 78, de 4 de diciembre de 2008, sobre demanda de GPS Chile S.A. contra Entel PCS S.A.

57 Sentencia N° 103, de 8 de septiembre de 2010, sobre demanda de Comercial Arauco Ltda. contra D&S y Otro.

b. Oferta de bienes y servicios por debajo de costos evitables de provisión

En plena armonía con la doctrina y jurisprudencia comparada, nuestro TDLC ha establecido que una política de precios tiene por objeto infringir la competencia cuando los valores ofertados resultan inferiores a sus costos evitables medios de provisión.

c. Poder de mercado suficiente, de manera de tener una expectativa razonable de recuperar a futuro pérdida en corto plazo

Para ser consistente con el requisito referido con la letra a), la expresión “poder de mercado suficiente” debe entenderse como un grado de poder de mercado inferior al existente en el contexto de una posición dominante, toda vez que una venta bajo el costo podrá sancionarse en la medida que sea realizada con el objeto de “alcanzar” una posición de dominio. Dicha interpretación ha sido respaldada por la Corte Suprema⁵⁸.

Por otra parte, este requisito es el símil nacional de la probabilidad objetiva de recuperar las pérdidas incurridas a propósito de la estrategia predatoria. Sin embargo dicha exigencia no resulta del todo reveladora. En efecto, no parece claro si dicha probabilidad objetiva se colige automáticamente del poder de mercado del agente predador (caso en el cual el requisito sería redundante), o si la razonable expectativa a que se refiere el TDLC debe ser acreditada por otros medios previamente referidos, lo que parece más razonable aunque menos ajustado al tenor literal⁵⁹.

Los requisitos referidos han sido exigidos reiteradamente por el TDLC cada vez que ha debido resolver casos de predación, asentándose así una jurisprudencia sistemática sobre la materia.

58 Considerando tercero de la Sentencia de 8 de abril de 2009, emitida con ocasión del recurso de reclamación interpuesto en contra de la Sentencia N° 78 del TDLC.

59 En lo que a la Corte Suprema respecta, existe un precedente que parece ampliar el concepto de aptitud para alcanzar una posición de dominio a un punto donde no se requiere exhibir un poder de mercado suficiente, bastando con demostrar que la empresa que incurre en la venta bajo costos cuenta “con los mecanismos necesarios para financiar las pérdidas económicas asociadas a dicha conducta”, independiente de su participación de mercado. Considerando cuarto de la Sentencia de 29 de noviembre de 2006, que revocó la Sentencia N° 39 del TDLC, sancionando a la empresa James Hardie, a pesar de que esta exhibía un 32% de participación de mercado, en contraposición a Pizarreño, primer actor del mercado con un 60% de participación en el mismo.

Con todo, no resulta tarea simple establecer analogías con las aproximaciones comparadas sobre la figura de predación. En principio, el TDLC ha seguido una posición que podría calificarse como más cercana a la jurisprudencia norteamericana, pues no se ha abierto la puerta a la sanción de precios superiores a los costos evitables de provisión. No obstante, el mismo parece requerir un estándar de prueba inferior al norteamericano en lo relativo a la exigencia de *recuperabilidad* de la estrategia predatoria, al exigir una razonable expectativa de recuperación y no evidencia concreta de la misma.

Finalmente, corresponde señalar que son muchas las preguntas relevantes cuya respuesta deberá esperar a que el TDLC tenga la oportunidad de pronunciarse respecto de estrategias de precios más complejas que las que ha debido conocer hasta ahora. Así, por ejemplo, ¿resultará anti-competitiva una estrategia de precios superior a los costos evitables, pero inferior a los costos medios totales, acompañada de evidencia de intencionalidad exclusoria?; ¿tiene cabida en esta sede el test de la ausencia de sentido económico que implica que un agente renuncia a cursos de acción alternativos y más rentables, con el solo objeto de causar perjuicio a los competidores?⁶⁰; y, finalmente, ¿resultará posible sancionar una venta bajo el costo limitada temporalmente en la medida que la misma haya servido un propósito estratégico inhibiendo el comportamiento de un competidor agresivo?

2. Negativa de venta

2.1. Generalidades

Nuestro ordenamiento jurídico descansa en el principio de autonomía de la voluntad, lo que básicamente significa que los particulares gozan de la libertad para pactar los contratos que estimen convenientes y de determinar su contenido y efectos. Lo anterior implica que, en principio, los

60 Por ejemplo, una empresa reduce la oferta en un mercado geográfico en el que goza de una posición de dominio, dejando una demanda insatisfecha, destinando esa oferta a mercados geográficos que exhiben mayores niveles de competencia, y en que por ende obtendría una menor rentabilidad. Lo anterior con el objeto de excluir o incrementar los costos de su competencia. A este respecto, ver el caso de American Airlines, en EDLIN, Aaron y FARRELL, Joseph. The American Airlines Case: A Chance to Clarify Predation Policy. En: KWOKA Jr., John y WHITE, Lawrence. The Antitrust Revolution: Economics, Competition, and Policy. Oxford University Press, 2004. pp. 502-525.

agentes económicos son libres para determinar con quién mantener relaciones contractuales y, en específico, a quién comprar y a quién vender.

Ahora bien, nuestro ordenamiento jurídico contempla límites para el ejercicio de dicha autonomía contractual, representados por la ley, el orden público y las buenas costumbres. En el caso específico de los agentes económicos dominantes, es el orden público económico, manifestado por medio del derecho de la competencia, el que excepcionalmente limitará su autonomía de la voluntad, obligando a estas empresas a contratar con terceros, en la medida que concurren ciertos supuestos.

En este sentido, si una empresa posee un insumo (Ej. materia prima, información) o cuenta con acceso a una infraestructura o plataforma tecnológica, que revisten el carácter de indispensables para que terceros puedan competir con la misma en mercados relacionados, parece evidente que, al menos en el corto plazo, los consumidores podrían ser beneficiados por una decisión de la autoridad en virtud de la cual se obligue a la empresa propietaria del insumo o de la infraestructura a negociar con sus rivales la venta o acceso a los mismos⁶¹.

Por otra parte, resulta incuestionable que el establecimiento de una regla que obligue a las empresas dominantes a compartir con sus competidores la fuente de su ventaja competitiva puede desincentivarlas de continuar invirtiendo en investigación y desarrollo, perjudicando con ello a los consumidores en el largo plazo⁶². Dicho en palabras de la Corte Suprema estadounidense: "La posibilidad de cobrar precios monopólicos es lo que atrae el empuje empresarial" e "induce la adopción de riesgos que producen innovación y crecimiento económico"⁶³. No sólo eso, sino que además podría desincentivarse la innovación por parte de los propios competidores de la empresa dominante, quienes se verán tentados a usar el camino de los tribunales para obtener acceso a productos de terceros, en vez de desarrollarlos por sí mismos⁶⁴.

61 U.S. Department of Justice. Op. cit., p. 119.

62 Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis v. Trinko, LLP, 540 U.S. 398 (2004), párrafos 407-408 (quoting United States v. Colgate & Co., 250 U.S. 300, 307 (1919)).

63 Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis v. Trinko, LLP, 540 U.S. 398 (2004), párrafo 406. Traducción libre.

64 U.S. Department of Justice. Op. cit. p. 123.

De lo señalado, podría pensarse entonces que la discusión en torno a los alcances de las obligaciones de contratar debe centrarse en resolver la disyuntiva entre una competencia estática de corto plazo (representada por el acceso de los competidores al insumo) y una competencia dinámica de largo plazo (asociada a permitir al monopolista gozar de manera excluyente el fruto de su inversión).

Sin embargo, esta visión tiende a simplificar la discusión, puesto que menosprecia los efectos del acceso al insumo o infraestructura esencial, limitándolo a la generación de mayor competencia en un sentido estático, pero obviando el fuerte potencial de innovación "incremental" que la utilización de los mismos por parte de terceros puede producir (eficiencia dinámica)⁶⁵. Asimismo, debe considerarse que una mayor presión competitiva sobre el dueño del insumo/infraestructura parece poner mayores incentivos a que este continúe innovando, en comparación con el tranquilo disfrute de su posición monopólica.

En síntesis, lo que está en juego al definir la regla a utilizar en materia de obligaciones de contratar no es, como algunos sugieren⁶⁶, la disyuntiva entre competencia estática y dinámica, la que sería simple de resolver a favor de la segunda, sino que la compatibilización de los incentivos necesarios para invertir en un insumo/plataforma, esencial para el desarrollo de nuevos bienes o servicios, con la subutilización del mismo producto de la negativa de acceso/venta a terceros.

2.2. Requisitos para configurar una negativa de venta

Existe consenso en doctrina en cuanto a que los casos en que una obligación de contratar incentiva más competencia que la que desincentiva son excepcionales⁶⁷. Por lo mismo, los requisitos establecidos por la

65 El desarrollo incremental resulta parte esencial del método científico. Parafraseando a Newton, difícilmente podría este haber visto lejos, si los gigantes no lo hubiesen dejado subirse a sus hombros.

66 U.S. Department of Justice. Op. cit., p. 123.

67 PITOFSKY, Robert. The Essential Facilities Doctrine Under the United States Antitrust Law. *Antitrust Law Journal*, 70: 443-462, 2002. [en línea] <<http://www.ftc.gov/os/comments/intelpropertycomments/pitofskyrobert.pdf>>. [fecha de consulta: 1 octubre 2011], p. 447; OCDE. Policy Roundtables: Bundled and Loyalty Discounts and Rebates. [en línea]. 2008. <<http://www.oecd.org/dataoecd/41/22/41772877.pdf>>. [fecha de consulta: 1 octubre 2011], p. 76.

jurisprudencia comparada y nacional para introducir excepciones a la autonomía contractual en aras de la libre competencia son muy estrictos⁶⁸:

- a) *Conducta susceptible de ser calificada como negativa de venta*: La negativa de venta puede ser pura y simple o indirecta, mediante dilaciones en la negociación o el establecimiento de precios excesivamente altos, tema específico que se verá más adelante, a propósito del estrangulamiento de márgenes;
- b) *Control de una instalación esencial*: No debe tratarse de cualquier insumo o infraestructura, sino que de uno indispensable para que el tercero pueda desempeñar una actividad económica en un mercado relacionado⁶⁹. De esta manera, la existencia de sustitutos actuales o potenciales descarta, necesariamente, el establecimiento de una obligación de contratar⁷⁰. Así, bajo el esquema del acceso a un activo esencial, las obligaciones de contratar surgen en posiciones monopólicas o supradominantes;
- c) *Inhabilidad práctica o razonable de duplicar la misma*: El acceso alternativo al insumo o la infraestructura debe ser imposible o extremadamente difícil. Lo anterior no sólo producto de un impedimento físico o legal, sino que, además, porque dicha opción resulta económica o comercialmente inviable⁷¹;
- d) *Factibilidad de proveer acceso a la instalación*: El propietario del insumo o infraestructura esencial puede excepcionarse de contratar en la medida que demuestre la existencia de una razón legítima, técnica o de negocio que dificulte el otorgamiento de acceso a la

68 Para estos efectos se siguen, fundamentalmente, los requisitos establecidos en *MCI Communications Corp v AT&T*, 708 F.2d 1081 (7th Cir. 1983).

69 EUROPEAN Commission. *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]. 2009. <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2009:045:0007:0020:EN:PDF>> [consulta: 1 octubre 2011], párrafo 83.

70 Salvo que gran parte de los propietarios de dichos insumos se nieguen a contratar, caso en el cual podríamos estar en presencia de un abuso de posición dominante colectivo, excluido de este trabajo referido únicamente a conductas unilaterales.

71 EUROPEAN Commission. *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]. 2009. <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2009:045:0007:0020:EN:PDF>> [consulta: 1 octubre 2011], párrafo 83.

infraestructura o la venta del insumo. Así, por ejemplo, se cuentan entre estas razones eventuales restricciones de capacidad que comprometan el cumplimiento de las obligaciones contraídas con terceros, incrementos sustanciales de los costos de operación de la infraestructura producto del otorgamiento de acceso a competidores o ausencia de capacidad técnica de estos últimos para utilizar la infraestructura sin poner en riesgo su funcionamiento⁷². Adicionalmente, la normativa Europea admite explícitamente la justificación fundada en que la negación de acceso al insumo o infraestructura a los competidores resulta esencial para recuperar la inversión incurrida en el desarrollo del mismo⁷³ (en contraposición a aquellos casos en que el carácter esencial del bien proviene de un legado histórico o de economías de escala, ámbito o redes⁷⁴). Evidentemente, en estos casos, la magnitud de la inversión realizada debe ser demostrada por el demandado; y,

- e) *Efecto restrictivo de la competencia*: Este requisito resulta fundamental para un derecho de la competencia que exhibe como fundamento último la protección de los consumidores. De esta manera, para calificar una negativa de venta como anticompetitiva no basta con que el insumo denegado resulte esencial para quien lo demanda, de manera tal que sin él no resulte factible competir aguas abajo con la propietaria del insumo. Adicionalmente, la ausencia de ese competidor particular debe producir efectos negativos en los niveles de competencia del mercado⁷⁵. Así, por ejemplo, la negativa de venta restringirá la competencia cuando se previene la aparición de

72 EUROPEAN Commission. DG Competition Discussion Paper on the Application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuses. Public Consultation. [en línea]. 2005. <<http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>> [consulta: 1 octubre 2011], párrafos 234 y 235.

73 EUROPEAN Commission. 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]. 2009. <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2009:045:0007:0020:EN:PDF>> [consulta: 1 octubre 2011], párrafo 89.

74 EUROPEAN Advisory Group On Competition Policy. Op. cit., p. 46.

75 EUROPEAN Commission. 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]. 2009. <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2009:045:0007:0020:EN:PDF>> [consulta: 1 octubre 2011], párrafos 87 y 88.

un producto diferenciado, que cuenta con demanda potencial⁷⁶ o, tratándose de mercados que operan de manera poco competitiva –por ejemplo, con altos márgenes de comercialización–, cuando la presencia de un nuevo actor tiene potencial de incrementar la intensidad competitiva al interior del mismo⁷⁷.

2.3. *Negativa de venta en nuestra jurisprudencia*

En Chile, el Tribunal de la Competencia se pronunció respecto de casos de negativa de venta en la Resolución 19⁷⁸ y en las Sentencias N^{os} 45⁷⁹, 47⁸⁰, 64⁸¹, 88⁸² y 101⁸³, estableciendo sanciones por esta conducta en sólo dos ocasiones⁸⁴ (Sentencias N^{os} 45⁸⁵ y 88⁸⁶).

De dichas decisiones resulta posible colegir que el TDLC considera al derecho de la competencia como una institucionalidad idónea para el establecimiento de obligaciones de contratar, a diferencia de la posición doctrinaria menos intervencionista que considera que dichas obligaciones pueden ser establecidas únicamente por la vía de una regulación específica⁸⁷.

76 IMS Health GmbH & Co. OHG & NDC Health GmbH & Co. KG. Case 481/01 [2004] (ECJ), párrafo 32.

77 EUROPEAN Advisory Group On Competition Policy. Op. cit., p. 45.

78 Resolución N^o 19, de 7 de diciembre de 2006, sobre consulta de PACX South America S.A.

79 Sentencia N^o 45, de 26 de octubre de 2006, sobre demanda de Voissnet S.A. y requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de CTC.

80 Sentencia N^o 47, de 6 de diciembre de 2006, sobre requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra Sociedad Punta de Lobos S.A.

81 Sentencia N^o 64, de 18 de abril de 2008, sobre demanda de Micom S.A. contra ENAP.

82 Sentencia N^o 88, de 15 de octubre de 2010, sobre demanda de OPS Ingeniería Ltda. y Otros contra Telefónica Móviles de Chile S.A.

83 Sentencia N^o 101, de 23 de julio de 2010, sobre demanda de Andersen S.A. contra Emaresa S.A.

84 Sin perjuicio de una tercera sanción establecida por la Corte Suprema mediante la revocación de una sentencia absolutoria del TDLC (Sentencia N^o 104, sobre requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra Telefónica Móviles S.A. y otros).

85 Sentencia N^o 45, de 26 de octubre de 2006, sobre demanda de Voissnet S.A. y requerimiento de la FNE en contra de CTC.

86 Sentencia N^o 88, de 15 de octubre de 2010, sobre demanda de OPS Ingeniería Ltda. y Otros contra Telefónica Móviles de Chile S.A.

87 BRENNAN, Timothy. Essential Facilities and Trinko: Should Antitrust and Regulation Be Combined? *Federal Communications Law Journal*, 61 (1): 133-148, 2008. [en línea] <<http://>

Adicionalmente, la Resolución N° 19⁸⁸ y las Sentencias N° 64⁸⁹ y N° 88⁹⁰ intentan sistematizar la aproximación del TDLC respecto de la negativa de venta, al establecer los siguientes requisitos para configurarla: a) La empresa perjudicada debe ver sustancialmente afectada su capacidad de actuar o seguir actuando en el mercado aguas abajo; b) Lo anterior como consecuencia de un escaso grado de competencia en el mercado aguas arriba; c) El interesado debe haber estado dispuesto a aceptar las condiciones comerciales y técnicas usualmente establecidas; d) Los perjudicados deben ser competidores en el mercado aguas abajo y la conducta tener por objeto mantener o incrementar posición de dominio en dicho mercado, o como se dice en la Resolución N° 19, "debe provocar efectos anticompetitivos horizontales en el segmento de distribución"⁹¹.

Al respecto, pareciera ser que los requisitos establecidos en las letras a) y b) equivalen a la exigencia de que el insumo debe revestir el carácter de esencial establecido en la doctrina comparada. Con todo, el TDLC emplea una terminología que puede implicar un estándar menos exigente, toda vez que requiere evidencia de que el competidor vea "sustancialmente afectada" su capacidad para competir, en vez de seguir la jurisprudencia comparada exigiendo la "indispensabilidad" del insumo para operar⁹².

Por otra parte, en relación al requisito establecido en la letra c), merece destacarse la jurisprudencia emanada de la Sentencia N° 45, en virtud de la cual se exige que las condiciones comerciales y técnicas establecidas

www.law.indiana.edu/fclj/pubs/v61/no1/14-BRENNAN_FINAL.pdf, [fecha de consulta: 1 de octubre de 2011], p. 148.

88 Resolución N° 19, de 7 de diciembre de 2006, sobre consulta de PACX South America S.A.

89 Sentencia N° 64, de 18 de abril de 2008, sobre demanda de Micom S.A. contra Enap.

90 Sentencia N° 88, de 15 de octubre de 2010, sobre demanda de OPS Ingeniería Ltda. y Otros contra Telefónica Móviles de Chile S.A.

91 Resolución N° 19, de 7 de diciembre de 2006, sobre consulta de PACX South America S.A. Considerando octavo.

92 Excepcionalmente en su Sentencia N° 47 el TDLC utilizó un requisito análogo al exigido por la doctrina comparada y más restrictivo que el utilizado en sus decisiones posteriores, al intentar establecer la viabilidad económica de replicar una instalación portuaria, lo que no es otra cosa que acreditar el carácter de instalación esencial de la misma. Adicionalmente, dicha sentencia exigió ausencia de restricciones técnicas que impidan el acceso al puerto y que la obligación de acceso influya positivamente sobre el grado de competencia en el mercado nacional de la sal (considerandos sexagésimo sexto a septuagésimo primero).

por la empresa dominante para dar acceso a su red cuenten con una justificación técnica o económica, de manera tal que no se erijan como un mero arbitrio destinado a impedir la entrada al mercado conexo⁹³.

Finalmente, el requisito de la letra d) guarda relación con la necesidad de que la negativa de venta tenga aptitud de dañar a los consumidores. Al respecto, resulta llamativa la forma en que el TDLC formuló esta última exigencia. Esto se fundamenta en que, sin perjuicio de encontrar cierto respaldo doctrinario⁹⁴, excede lo que la jurisprudencia comparada ha exigido para dar por acreditado el daño a consumidores. En efecto, para la jurisprudencia norteamericana y europea basta con que la empresa propietaria del insumo esencial participe del mercado aguas abajo, siendo irrelevante el poder de mercado con que lo haga. Lo anterior, por cuanto independiente de si la negativa tiene aptitud para apalancar la posición de dominio que se detenta aguas arriba en el mercado aguas abajo, la misma puede privar a los consumidores de la presencia de un competidor que ofrezca nuevos o innovadores productos o servicios, o que tenga aptitud de disciplinar la competencia aguas abajo.

Finalmente, atendido el reducido número de casos fallados por el TDLC en materia de negativa de venta (y particularmente el bajo número de condenas existentes), no parece posible, por el momento, precisar con exactitud los alcances de dicha jurisprudencia, ni menos establecer analogías con la doctrina y jurisprudencia comparada.

2.4. Estrangulamiento de márgenes

Según vimos, la negativa de venta no se limita a la abierta denegación de la posibilidad de contratar. Por el contrario, en muchas ocasiones aquella tendrá lugar de manera indirecta, principalmente mediante el establecimiento de precios de venta excesivamente altos. En esos casos estaremos en presencia de lo que la doctrina y jurisprudencia comparada denominan "estrangulamiento de márgenes".

93 Sentencia N° 45, de 26 de octubre de 2006, sobre demanda de Voissnet S.A. y requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de CTC. Considerando quincuagésimo.

94 SALOP, Steven. An Administrable and Efficient Legal Standard for Refusals to Deal and Price Squeezes by an Unregulated, Vertically Integrated Monopolist. [en línea]. 2009. <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1436481>. [fecha de consulta: 1 octubre 2011], p. 35.

En términos simples, estrangular márgenes significa cobrar por la venta de un insumo o acceso a una infraestructura esencial un precio tal que el comprador se vea imposibilitado de ingresar o permanecer rentablemente en el mercado, ejerciendo disciplina competitiva en el mismo⁹⁵.

Como antecedente, se hace presente que existe una aceptable convergencia en ambos lados del Atlántico en cuanto al test que debe ser aplicado en materia de estrangulamiento de márgenes: ¿La filial de la empresa propietaria del insumo operaría de manera rentable en el mercado aguas abajo en el supuesto de que tuviese que pagar por el bien definido como esencial el mismo precio que su filial aguas arriba está demandando a sus competidores por aquel? (para lo que resulta indispensable conocer los costos de operación aguas abajo de la filial de la empresa dominante)⁹⁶. En el evento de que la respuesta a esa pregunta fuese negativa, esto es, que la relacionada no podría operar rentablemente a ese precio, resultaría factible concluir que el precio ofrecido constituye un estrangulamiento de márgenes respecto de un "competidor igualmente eficiente".

El test referido fue exactamente el aplicado por la Sentencia N° 78 del TDLC, que al resolver respecto de una denuncia en contra de Entel PCS, concluyó que si dicha empresa "hubiera imputado a sus planes de AVL el mismo precio que ella cobra a terceros por los planes de datos utilizados, el margen de servicio de GPS de Entel PCS, medido como porcentaje de los ingresos, disminuiría en cerca de un 50%". De esta manera, "el margen resultante no podría ser considerado insuficiente o inviable, sobre todo para un área de negocios que se encuentra en plena etapa de consolidación y crecimiento"⁹⁷.

No obstante lo anterior, la única vez que se condenó a una empresa por estrangulamiento de márgenes⁹⁸, el TDLC prescindió del test anterior. A juicio del TDLC, no habiendo podido demostrarse que la filial de la

95 O'DONOGHUE, Robert y PADILLA, Jorge. *The Law and Economics of Article 82 EC*. Portland, Hart Publishing, 2006, p. 303.

96 EUROPEAN Commission. *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]. 2009. <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2009:045:0007:0020:EN:PDF>> [consulta: 1 octubre 2011], párrafo 80.

97 Sentencia N° 78, de 4 de diciembre de 2008, sobre demanda de GPS Chile S.A. contra Entel PCS S.A. Considerando vigésimo octavo.

98 Sentencia N° 88, de 15 de octubre de 2009, sobre demanda de OPS Ingeniería Ltda. y Otros contra Telefónica Móviles de Chile S.A.

demandada no podría haber operado rentablemente en el mercado aguas abajo con los precios que esta última cobraba a la demandante, resulta impropio calificar la conducta como un estrangulamiento de márgenes.

En efecto, lo que el TDLC sancionó fue una discriminación arbitraria de precios por parte de la propietaria de un insumo esencial, que implicando un cambio en las condiciones contractuales preexistentes y careciendo de sentido económico⁹⁹, "objetivamente puso a las demandantes (competidores aguas abajo) en una situación de competencia asimétrica, disminuyendo su capacidad para competir"¹⁰⁰.

Más allá del error que significa la tipificación de una conducta, las futuras decisiones sobre la materia nos ilustrarán acerca de si la decisión de realizar un test formal en vez de un test basado en costos, tuvo un carácter circunstancial –atendida la ausencia de datos de costos en el proceso y el carácter más o menos evidente de la intencionalidad anticompetitiva de la empresa sancionada–, o si lo que se intentó fue establecer un precedente acerca de que empresas dominantes verticalmente integradas no pueden discriminar arbitrariamente respecto de sus competidores aguas abajo, a menos que exista justificación económica para la misma.

3. Exclusividades y descuentos condicionales

Los límites entre exclusividades y descuentos condicionales aparecen difusos en la práctica. Para efectos de claridad, entenderemos por contrato de exclusividad el acuerdo expreso o tácito por medio del cual un agente económico accede a no comprar o vender productos provenientes de empresas distintas de aquella con la que suscribe el acuerdo, a cambio de un pago, descuento o, lisa y llanamente, como consecuencia de una amenaza. Por descuento condicional entenderemos el pago de un premio o la concesión de un descuento a cambio del cumplimiento de metas de compra o venta, o de metas de participación dentro del negocio de una de las partes. Finalmente, la concesión de un descuento supeditado a la compra conjunta de dos o más productos distintos recibe el nombre de empaquetamiento (*bundling*), conducta excluida del presente análisis.

99 Ídem. Considerando octogésimo octavo.

100 *Ibíd.* Considerando centésimo.

3.1. Contratos de exclusividad¹⁰¹

3.1.1. Generalidades

Algunos autores esgrimen que los acuerdos de exclusividad podrán presumirse eficientes, y por ende procompetitivos, en la medida que impliquen una contraprestación efectiva a un beneficio concedido y no representen, por ejemplo, la consecuencia de una amenaza¹⁰². Sin embargo, existe relativo consenso que esta interpretación restringe excesivamente el ámbito de injerencia del derecho de la libre competencia, puesto que independiente de que la exclusividad ceda en beneficio de ambas partes, dicho acuerdo puede ser apto para dañar la competencia a través de la imposición de externalidades a un tercero¹⁰³.

Con todo, los acuerdos de exclusividad no resultan necesariamente anticompetitivos, constituyendo vehículos aptos para la generación de eficiencias que resultan del alineamiento de los incentivos de los distintos agentes económicos que operan en una cadena vertical. Así, por ejemplo, estos acuerdos pueden servir para eliminar el problema de *free-riding*, asegurar un aprovisionamiento continuo de ciertos insumos de producción o favorecer inversiones específicas, al permitir una mejor planificación del negocio (específicamente, asegurando una mayor predictibilidad de la demanda)¹⁰⁴.

Sin embargo, la celebración de contratos de exclusividad por parte de agentes dominantes implica severos riesgos para la competencia, toda vez que tienden a erigir barreras artificiales a la entrada que, privando a los

101 Lo que sigue se refiere a las exclusividades que afectan a los competidores impidiéndoles la llegada a una masa crítica de clientes (empresa X vende su producto a los puntos de venta con la condición de que estos no comercialicen los productos de su competidor), y no a aquellas que afectan el desempeño de su negocio al negarle el acceso a ciertos insumos (empresa X compra a empresa Y el insumo Z, a condición de que la empresa Y no venda dicho insumo a ninguna competidora de X).

102 GLAZER, Kenneth y HENRY, Brian. Coercive vs. Incentivizing Conduct: A Way Out of the Section 2 Impasse?. *Antitrust Magazine*, 18 (1): 45-51, 2003.

103 EUROPEAN Commission. 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]. 2009. <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2009:045:0007:0020:EN:PDF>> [consulta: 1 octubre 2011], párrafo 34; U.S. Department of Justice. Op. cit., p. 136.

104 *Ibid.*, pp. 131, 135 y 139.

competidores de la posibilidad de acceder a economías de escala, limitan la expansión de la competencia existente, o previenen el surgimiento de nuevos rivales con posibilidades de ejercer disciplina competitiva en el mercado¹⁰⁵.

3.1.2. Requisitos necesarios para que los acuerdos de exclusividad sean considerados anticompetitivos

El primer elemento de análisis dice relación con la capacidad objetiva de las exclusividades para restringir la competencia. Para estos efectos el demandante deberá acreditar que la beneficiaria de la exclusividad constituye un socio comercial inevitable (*obligatory trading party*) para sus clientes, atendido que estos no tienen más opción que trabajar con sus marcas para el desarrollo exitoso de su negocio (*must stock items*)¹⁰⁶. Pareciera ser que este requisito implica la demostración de un grado de poder de mercado superior al necesario para configurar una predación e inferior al requerido para incurrir en una negativa de venta.

Asimismo, se deberá demostrar que las exclusividades cubren una parte importante del mercado relevante, de manera que las empresas afectadas carecen de otros medios efectivos de distribución de sus productos (o que no les resulte comercialmente viable desarrollar mecanismos propios de distribución) que le permitan alcanzar una escala eficiente de negocio¹⁰⁷. Al respecto, cierta jurisprudencia¹⁰⁸ y doctrina¹⁰⁹ ha abogado por la consideración de "puertos seguros" de exclusión, descartando efectos negativos a la competencia cuando los contratos cubren menos del 30%-40% del mercado relevante¹¹⁰.

105 EUROPEAN Commission. 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]. 2009. <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2009:045:0007:0020:EN:PDF>> [consulta: 1 octubre 2011], párrafo 34.

106 *Ibíd.*, párrafo 36.

107 U.S. Department of Justice. *Op. cit.*, p. 138.

108 *3M Co. v. Appleton Papers*. 35 F. Supp. 2d 1138 (D.Minn. 1999). Párrafo 1143; y opinión de Juez O'Connor en *Jefferson Parish Hosp. Dist N° 2 v. Hyde*, 466 U.S. 2 (1984).

109 WRIGHT, Joshua D. An Evidence-Based Approach to Exclusive Dealing and Loyalty Discounts. *Global Competition Policy*. [en línea]. 2009. <http://www.law.gmu.edu/assets/files/publications/working_papers/0932EvidenceBasedApproach.pdf>. [fecha de consulta: 1 octubre 2011], p. 5.

110 Adicionalmente, merece ser destacado que la extensión de la conducta podrá acotarse en la medida que existan segmentos de mercados que ofrezcan posibilidades de ingreso y

Otro requisito usualmente exigido en jurisdicciones más renuentes a intervenir en materia de abusos exclusorios dice relación con la duración de la exclusividad, en el entendido de que si el plazo es corto, un “competidor igualmente eficiente” podrá mejorar las condiciones y “levantar” el contrato al dominante cuando se acerque el vencimiento del mismo¹¹¹. Por el contrario, y fundado precisamente en el carácter de socio comercial inevitable del agente dominante, es que la Comisión Europea ha rechazado que la duración de los acuerdos juegue un rol relevante en el análisis de los mismos, salvo en casos excepcionales, como ocurriría, por ejemplo, en un mercado de productos homogéneos¹¹².

Verificados los elementos anteriores, relevantes para demostrar la aptitud exclusoria de los acuerdos, resulta necesario evaluar eventuales eficiencias asociadas a los mismos¹¹³. A este respecto, resulta evidente que la prueba de las eficiencias corresponderá a la empresa dominante, de manera tal que si esta no las alega no pueden presumirse¹¹⁴.

Finalmente, la autoridad llamada a evaluar la conducta deberá decidir si ponderar todas las eficiencias que atenúan el daño a la competencia o si considerar sólo aquellas eficiencias que no pueden ser alcanzadas mediante prácticas menos lesivas de la competencia que los contratos de exclusividad.

expansión superiores a otros canales de distribución o áreas geográficas. Así, por ejemplo, la tesis de la Fiscalía Nacional Económica en el requerimiento contra CCU por celebración de contratos de exclusividad con el canal de consumo inmediato (Rol N° C 153-08) fue que los bares y restaurantes del segmento socioeconómico ABCI constituirían el principal medio de acceso al mercado de cervezas artesanales de alta calidad (que difícilmente serían adquiridas, por ejemplo, en supermercados, si los consumidores no habían tenido la opción de probarlas previamente). Otras veces el mercado relevante deberá acotarse en términos geográficos, si por ejemplo la celebración de contratos de exclusividad tiene lugar con empresas ubicadas en zonas fronterizas, única opción eficiente de ingreso de competidores internacionales (por ejemplo, debido a los costos de transporte).

111 HOVENKAMP, Herbert. Discounts and Exclusion. *Utah Law Review*, 857: 841-861, 2006, p. 844; *Concord Boat*, 207 F.3d 1039, 395 (8th Cir.), párrafo 1059.

112 EUROPEAN Commission. 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]. 2009. <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2009:045:0007:0020:EN:PDF>> [consulta: 1 octubre 2011], párrafo 149.

113 U.S. Department of Justice. *Op. cit.*, p. 140.

114 OCDE. *Op. cit.*, p. 127.

3.1.3. Acuerdos de exclusividad en nuestra jurisprudencia

La jurisprudencia del TDLC en materia de exclusividades se encuentra todavía en proceso de desarrollo, careciendo hoy en día de una sistematización suficiente como para otorgar plena certeza a los agentes económicos.

Con todo, de las dos sentencias condenatorias (N° 26¹¹⁵ y N° 90¹¹⁶) recaídas sobre esta conducta parecen colegirse los siguientes requisitos:

- a) Existencia de acuerdos de exclusividad o análogos¹¹⁷: En las dos ocasiones que el TDLC ha sancionado la existencia de exclusividades aquellas han constado expresamente en los contratos celebrados por la empresa dominante con sus distribuidores.
- b) Posición de dominio del agente demandado: Tanto la Compañía Chilena de Fósforos como Chiletabacos exhibían participaciones de mercado casi monopólicas (superiores al 95%), de manera que no resultó difícil acreditar su carácter de empresas dominantes. Ahora bien, en el caso de Chiletabacos –no así en Fósforos– el TDLC listó elementos de los cuales podía desprenderse su carácter de socio comercial inevitable, como por ejemplo, el factor multiplicador que los cigarrillos de Chiletabacos representan para la comercialización de otros productos y la importancia del crédito concedido por dicha empresa para la comercialización de productos caracterizados por un exiguo margen de comercialización¹¹⁸.

115 Sentencia N° 26, de 5 de agosto de 2005, sobre denuncia de Philip Morris en contra de Chiletabacos.

116 Sentencia N° 90, de 14 de diciembre de 2009, sobre requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra la Cía. Chilena de Fósforos S.A.

117 Así, por ejemplo, el considerando centésimo octavo de la Sentencia N° 90 estimó que un descuento asociado al cumplimiento de un nivel de ventas de un producto igual o mayor al que se exigía al distribuidor cuando estaba vigente un contrato de exclusividad, en los hechos producía idénticos efectos que el contrato previo de exclusividad y, por lo mismo, merecía su mismo tratamiento. Lo anterior, eso sí, en un contexto de demanda decreciente por dichos productos (pues si, por el contrario, las ventas se encontraran en expansión, el cumplimiento de esa meta no sería suficiente para cerrar a terceros el acceso al canal, el que por lo mismo dejaría de ser exclusivo).

118 Sentencia N° 26, de 5 de agosto de 2005, sobre denuncia de Philip Morris en contra de Chiletabacos. Considerandos vigésimo noveno y trigésimo.

- c) Efecto restrictivo de la competencia: El TDLC no ha establecido un estándar respecto de cuándo la celebración de contratos de exclusividad restringe la competencia. En la Sentencia N° 26, el TDLC se formó la convicción de que los contratos de exclusividad tenían por objeto afectar la competencia, toda vez que, en los hechos, impedían que otros productos fuesen vendidos en los locales comerciales o que dicha venta se hiciera bajo condiciones mínimas de exhibición (esto es, que la exclusividad acordada fuera efectivamente materializada en la práctica)¹¹⁹. Por su parte, en la Sentencia N° 90 el TDLC condenó a la Compañía Chilena de Fósforos en el entendido de la aptitud objetiva de su conducta para lesionar la competencia, ya “que, en su conjunto, representaban (los contratos de exclusividad) un porcentaje significativo de la oferta de supermercados del país”¹²⁰. Con todo, el resuelvo de ambas sentencias da a entender que, al menos tratándose de empresas supradominantes como la Compañía Chilena de Fósforos o Chiletabacos, la celebración de contratos de exclusividad resulta *per se* anticompetitiva. Así, por ejemplo, se ordena a Chiletabacos “que en lo sucesivo, no impida ni entorpezca la exhibición y venta de cigarrillos de sus competidores en los puntos de venta”¹²¹.

Del análisis de las sentencias del TDLC parece colegirse que nuestra jurisprudencia sigue un apronte más europeo que norteamericano. En efecto, hasta el momento el TDLC no ha establecido “puertos seguros” sobre la extensión de los mismos (aun cuando algo se insinúa en el citado considerando nonagésimo cuarto de la Sentencia N° 90), ni ha prestado mayor atención a los plazos de duración de las exclusividades. Asimismo, tampoco se ha establecido un estándar excesivamente alto en lo que a acreditación del daño se refiere. Sin embargo, dicho análisis puede resultar prematuro, toda vez que el estándar adoptado por nuestro TDLC podría encontrar justificación en la naturaleza cuasimonopólica de las

119 Ídem. Considerando decimonoveno.

120 Sentencia N° 90, de 14 de diciembre de 2009, sobre requerimiento de la FNE contra la Cía. Chilena de Fósforos S.A. Considerando nonagésimo cuarto.

121 Sentencia N° 26, de 5 de agosto de 2005, sobre denuncia de Philip Morris en contra de Chiletabacos. Resuelvo tercero.

empresas hasta ahora condenadas, y no necesariamente resultar aplicable a todos los casos que se le presenten. Finalmente, corresponde señalar que el TDLC no ha tenido oportunidad de lidiar con eficiencias debidamente acreditadas, de manera tal que su aproximación sobre la materia resulta incierta.

3.2. Descuentos condicionales

3.2.1. Generalidades

La aplicación de descuentos por ventas aparece, en principio, como una forma menos lesiva de la competencia destinada a alcanzar las eficiencias referidas a propósito de los contratos de exclusividad. Sin embargo, al igual que en estos últimos, la probabilidad de efectos anticompetitivos resulta mayor cuando los rivales de la empresa dominante compiten sólo por parte de la demanda del mercado (la denominada porción desafiable), puesto que el agente dominante tiene asegurado cierto nivel de demanda, atendido principalmente a su carácter de socio comercial inevitable¹²².

De esta manera, descuentos condicionales anticompetitivamente estructurados pueden permitir a la empresa dominante cerrar el mercado a sus competidores mediante el "subsidio" del precio de las unidades que constituyen la porción disputable de su demanda (aquella a la que otros competidores pueden acceder) con una suerte de "sobrepeso" sobre las unidades que constituyen la porción no disputable de su demanda¹²³.

Dicha estrategia de "apalancamiento" de la parte no disputable de su demanda a la parte que sí resulta disputable no implica sacrificio económico alguno para la empresa dominante, puesto que la estrategia racional para una empresa que enfrenta una demanda altamente inelástica por parte

122 EUROPEAN Commission. 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]. 2009. <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2009:045:0007:0020:EN:PDF>> [consulta: 1 octubre 2011], párrafo 37.

123 OCDE. Op. cit., p. 123.

de su producción es establecer precios de lista artificialmente altos y precios finales (posdescuento) que maximicen sus utilidades ($MR=MC$)¹²⁴.

La contrapartida del "subsidio" otorgado a aquellos clientes que deciden adquirir la porción disputable de su demanda también de la empresa dominante es el establecimiento de una suerte de "impuesto" (en forma de sobreprecio) para aquellos clientes que opten por comercializar productos de terceros en detrimento de la porción disputable de la oferta del agente dominante.

3.2.2. Requisitos necesarios para que los descuentos condicionales sean considerados anticompetitivos

Tradicionalmente esta conducta fue abordada mediante una aproximación formal, en la que los riesgos asociados a la conducta se coligen de factores cualitativos que arrojan luces respecto de la aptitud de los descuentos para cerrar el mercado.

Para estos efectos, además de los factores ya analizados a propósito de los contratos de exclusividad (el grado de penetración en el mercado, el carácter de socio comercial inevitable respecto de parte de la demanda –la porción no disputable– y, eventualmente, la duración de los acuerdos), se consideran otros elementos tales como la manera en que están estructurados los descuentos (si las metas se establecen sobre base retroactiva o incremental, general o particular); la magnitud de los descuentos y de los umbrales de compra que inducen los mismos; y ciertas características del mercado, tales como su tasa de crecimiento (así, por ejemplo, un descuento condicional será mucho más lesivo de la competencia en un mercado estancado que en uno en expansión).

Efectuada la determinación de la aptitud de la conducta para cerrar el mercado, aquella debe ponderarse con las eventuales eficiencias acreditadas por la empresa dominante. A este respecto, debe tenerse presente que los descuentos incrementales constituyen herramientas mucho más aptas que los descuentos retroactivos para alinear los intereses de los agentes económicos que operan verticalmente, mientras que los

¹²⁴ Lo señalado constituye un fuerte argumento contra quienes abogan por un tratamiento laxo de los descuentos condicionales, atendido el carácter procompetitivo de los mismos (por ejemplo, en U.S. Department of Justice. Op. cit., p. 110).

descuentos estandarizados resultan más efectivos como mecanismo de reducción de costos de transacción que aquellos establecidos en función de metas individuales¹²⁵.

La fuerte penetración de las ciencias económicas en materia de competencia ha implicado el reemplazo del test anterior por una aproximación más económica, que implica un análisis de costos, y que tiene como eje el test del competidor igualmente eficiente. Al respecto se han propuesto dos modelos de análisis:

El modelo norteamericano, que establece la aplicación pura y simple del test de la predación¹²⁶. De esta manera los descuentos no serían reprochables en la medida que el precio final de todas las unidades vendidas, considerando los descuentos, resulte inferior a una medida apropiada de costos¹²⁷.

No obstante la existencia de consenso respecto de que este test resulta propicio para descuentos estructurados de manera incremental¹²⁸, esto es, cuando el descuento se limita a las unidades que exceden de los mínimos de venta, sus detractores argumentan que el mismo resulta extremadamente susceptible de generar falsos negativos tratándose de descuentos concebidos de manera retroactiva, en que el cumplimiento de las metas gatilla la obtención de descuentos por todas las unidades y no solo respecto de aquellas que exceden el umbral¹²⁹.

125 EUROPEAN Commission. 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]. 2009. <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2009:045:0007:0020:EN:PDF>> [consulta: 1 octubre 2011], párrafo 46.

126 U.S. Department of Justice. Op. cit., p. 116.

127 HOVENKAMP, Herbert. Discounts and Exclusion. *Utah Law Review*, 857: 841-861, 2006, p. 844.

128 EUROPEAN Commission. 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]. 2009. <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2009:045:0007:0020:EN:PDF>> [consulta: 1 octubre 2011], párrafo 42.

129 TOM, Willard, BALTO, David y AVERITT, Neil. Anticompetitive Aspects of Market-Share Discounts and Other Incentives to Exclusive Dealing. *Antitrust Law Journal*, 67 (3): 615-639, 2000, p. 627.

Una segunda aproximación, actualmente en rigor en la Comunidad Europea¹³⁰, consiste en determinar si el precio efectivo (aquel que incorpora lo que la empresa deja de ganar al efectuar descuentos sobre ventas pasadas) cobrado por la porción de ventas que la competencia puede desafiar resulta o no predatorio¹³¹. Esto es, en términos más prácticos, si el precio que debiera pagar el competidor de la empresa que concede los descuentos para que el cliente de esta última renuncie a los mismos, y le compre la porción disputable de su demanda, pueden o no ser alcanzados por un “competidor igualmente eficiente” que el dominante¹³².

Comparado con los otros tests propuestos, el aquí referido tiene el mérito de minimizar el riesgo de falsos positivos y falsos negativos. No obstante lo anterior, el mismo resulta difícil de administrar atendida la dificultad que entraña la obtención de ciertos datos indispensables para su aplicación, como por ejemplo, la porción de mercado que resulta disputable por terceros¹³³.

3.2.3. Descuentos condicionales en nuestra jurisprudencia

La jurisprudencia directa sobre descuentos condicionales del TDLC se limita a la Sentencia N° 90 que condenó la Compañía Chilena de Fósforos por la ejecución de dicha práctica. En dicha sentencia el TDLC explicita los riesgos a la competencia asociados a los descuentos condicionales, al señalar que si bien aquellos pueden producir efectos positivos, “en algunos casos podrían llevar a producir efectos anticompetitivos en la medida que reduzcan la transparencia en los precios o que excluyan a competidores

130 EUROPEAN Commission. 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]. 2009. <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2009:045:0007:0020:EN:PDF>> [consulta: 1 octubre 2011], párrafos 42 a 44.

131 OCDE. Op. cit., p. 127.

132 EUROPEAN Commission. 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]. 2009. <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2009:045:0007:0020:EN:PDF>> [consulta: 1 octubre 2011], párrafo 41.

133 OCDE. Op. cit., p. 126.

del mercado o restrinjan o impidan artificialmente el ingreso de competidores potenciales o no tengan una justificación económica racional”¹³⁴.

Asimismo, el considerando centésimo quincuagésimo segundo de la Sentencia referida adscribe a la aplicación de un test de naturaleza formal, en lugar de un test económico (que por lo demás no podría haber realizado, atendida la ausencia de evidencia de costos en el proceso), como mecanismo de análisis de una política de descuentos condicionales:

“QUE, A JUICIO DE ESTE TRIBUNAL, EN ESTOS CASOS (DESCUENTOS) –QUE NO ESTÁN ASOCIADOS NI DIRECTA NI INDIRECTAMENTE A UNA EXCLUSIVIDAD– HABRÍA EXISTIDO IGUALMENTE UN PROPÓSITO DE IMPEDIR EL INGRESO DE NUEVOS COMPETIDORES, TODA VEZ QUE, EN EL CONTEXTO DE MERCADO YA DESCRITO Y HABIDA CONSIDERACIÓN DE LA POSICIÓN DOMINANTE DE CCF, NO CONSTA EN AUTOS EVIDENCIA DE LA QUE SEA POSIBLE PRESUMIR LA EXISTENCIA DE ECONOMÍAS DE ESCALA O DE EFICIENCIAS QUE JUSTIFIQUEN ESTE SISTEMA DE DESCUENTOS, Y QUE EXPLIQUEN, ADEMÁS, LAS RAZONES POR LAS CUALES SE PACTÓ DESCUENTOS DISÍMILES PARA CADA DISTRIBUIDOR. LO ANTERIOR, A JUICIO DE ESTE TRIBUNAL, DEMUESTRA QUE CCF CONFECCIONÓ UN “TRAJE A LA MEDIDA” PARA CADA DISTRIBUIDOR, QUE SOLO 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”¹³⁵.

Realizado el análisis anterior, y una vez establecido que los descuentos establecidos por Fósforos resultaban lesivos de la competencia, el voto de mayoría optó por generar una regla a futuro, ordenando a dicha empresa:

“(…) QUE SE ABSTENGA EN LO SUCESIVO DE CELEBRAR CON SUS CLIENTES O DISTRIBUIDORES, DIRECTA O INDIRECTAMENTE, CONTRATOS O ACUERDOS QUE INCLUYAN TÉRMINOS O CONDICIONES DISCRIMINATORIOS RESPECTO DE LAS CARACTERÍSTICAS DE QUIÉN ADQUIERA O DISTRIBUYA SUS PRODUCTOS, SALVO QUE ELLO SE FUNDE EN CIRCUNSTANCIAS GENERALES, UNIFORMES Y OBJETIVAS, O BASADAS EN CONDICIONES JUSTIFICABLES EN RAZÓN DE SUS COSTOS, Y QUE SEAN APLICABLES A TODO EL QUE SE ENCUENTRE EN LAS MISMAS CONDICIONES”¹³⁶⁻¹³⁷.

134 Sentencia N° 90, de 14 de diciembre de 2009, sobre requerimiento de la FNE contra la Cía. Chilena de Fósforos S.A. Considerando centésimo sexto.

135 *Ibíd.*, Considerando centésimo quincuagésimo segundo.

136 *Ibíd.*, Resuelvo tercero.

137 Atendido el carácter dividido de dicha decisión, así como de la decisión de la Corte Suprema respecto del recurso de reclamación interpuesto en contra de la misma (Sentencia de 2 de junio de 2010), en lo que a los descuentos condicionales concierne, habrá que poner atención a las decisiones futuras del TDLC antes de dar por asentada una jurisprudencia

Un criterio similar adoptó el TDLC, esta vez de manera unánime, cuando impuso en la Resolución N° 37 la condición undécima, la cual prohíbe a LAN “dar incentivos a las agencias de viaje en relación a metas porcentuales de su venta total u otras medidas equivalentes, cuya justificación económica sea reforzar abusivamente el poder de mercado de LATAM”¹³⁸. Dicha medida se justificó en los siguientes términos:

“UNO DE LOS MECANISMOS PARA AUMENTAR LA PARTICIPACIÓN DE MERCADO EN ESTA INDUSTRIA CONSISTE EN OTORGAR INCENTIVOS A LAS AGENCIAS DE VIAJE PARA OFRECER PREFERENTEMENTE LOS VUELOS DE LA EMPRESA QUE LOS OTORGA. ESTOS MECANISMOS DE INCENTIVO PUEDEN SER DAÑINOS A LA LIBRE COMPETENCIA CUANDO LA AEROLÍNEA INVOLUCRADA TIENE UNA ALTA PARTICIPACIÓN DE MERCADO Y, ADICIONALMENTE, LOS INCENTIVOS ESTÉN CONDICIONADOS A CUMPLIR METAS DE VENTAS EN RELACIÓN A LAS VENTAS TOTALES DE LA AGENCIA O CORRESPONDAN A ALGÚN MECANISMO DISTINTO DE UN PREMIO O DESCUENTO POR VOLUMEN JUSTIFICADO ECONÓMICAMENTE”. DE LO ANTERIOR SE DESPRENDE QUE, A JUICIO DEL TDLC, PARA QUE LOS DESCUENTOS ESTABLECIDOS POR LAS EMPRESAS QUE DETENTEN UNA POSICIÓN DE DOMINIO, AL MENOS EN LA MAGNITUD EXHIBIDA POR LAN, SEAN CONSIDERADOS COMPATIBLES CON LA NORMATIVA SOBRE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA, LOS MISMOS DEBEN TENER UNA JUSTIFICACIÓN ECONÓMICA –O EFICIENCIA– ASOCIADA¹³⁹.

III. CONCLUSIONES

A poco andar desde su creación, el TDLC ha desarrollado una jurisprudencia que da luces acerca de los requisitos que deben concurrir para dar por acreditados los tres tipos de conductas exclusorias analizadas en este documento. Atendido el escaso número de decisiones –en particular de

sobre la materia. Asimismo, queda pendiente conocer si lo que el voto de minoría de cada instancia pretendió al señalar que requirente y demandante no cumplieron con demostrar que los descuentos establecidos por Fósforos tuvieron por “finalidad inequívoca la de impedir, restringir o entorpecer en forma artificial la entrada de nuevos competidores al mercado”, era que se demostrara esa “finalidad inequívoca” de manera objetiva, desplazando el análisis formal tradicional por un análisis económico sustancial que aplicase el test del “competidor igualmente eficiente”, o si lo que se pretendió es lo que efectivamente se explicitó, esto es, la demostración subjetiva de la intencionalidad anticompetitiva de la conducta (dolo).

138 Resolución N° 37, de 21 de septiembre de 2011, sobre consulta de Conadecus sobre operación de concentración LAN Airlines S.A. y TAM Linhas Aéreas S.A.

139 Un criterio similar se establece en el acuerdo conciliatorio entre la FNE y las Embotelladoras de Coca Cola, Andina y Embonor (Rol N° C 221-11), mediante el cual estas últimas se obligan a no supeditar la entrega de incentivos a los puntos de venta al cumplimiento de metas de participación de sus productos al interior del almacén o botillería, ni al cumplimiento de metas de compra o venta que tomen en consideración períodos o visitas anteriores.

decisiones condenatorias, que por su naturaleza implican una mayor profundidad de análisis— no debe sorprender que subsistan todavía muchas dudas por resolver.

En efecto, la principal deuda que salta a la vista es la inexistencia de reglas claras respecto de los requisitos necesarios para configurar una posición dominante. Adicionalmente, y en lo que al abuso de dicha posición respecta, existen ciertos requisitos establecidos por el TDLC que claman por una interpretación específica, a objeto de conocer con exactitud sus fundamentos y objetivos (¿Cómo se acredita la probabilidad real de recuperar las pérdidas en una predación?; ¿Será anticompetitiva la negativa de venta del propietario de un insumo esencial que no es dominante en el mercado relacionado?; ¿Resulta necesario acreditar que una empresa no puede competir de manera efectiva en el mercado con el precio exigido por la propietaria de un insumo esencial, acreditando que dicho precio obedece a una discriminación arbitraria carente de sentido económico?; ¿Cómo se acredita el daño asociado a una exclusividad o a un descuento condicional?). Igualmente, subsisten muchas interrogantes respecto de las cuales el TDLC no ha tenido oportunidad de pronunciarse (¿Puede ser anticompetitiva una venta sobre los costos evitables medios, acreditada la intencionalidad anticompetitiva?; ¿Qué rol juega el plazo de los acuerdos de exclusividad en el análisis de los mismos?; ¿Cómo se pondera el daño asociado a una exclusividad o a un descuento condicional con las eficiencias asociadas al acuerdo?).

Por otra parte, y según ha quedado evidenciado en este artículo, la jurisprudencia de nuestro TDLC en materia de abusos de posición de dominio parece, en líneas generales, más cercana a la visión tradicional europea que a la norteamericana. Con todo, cualquier generalización en esta materia implica una simplificación excesiva del análisis, por cuanto el examen comparativo debe realizarse necesariamente conducta por conducta.

Al respecto, resulta posible concluir:

- a) En relación a los precios predatorios se ha seguido una posición que podría calificarse como más cercana a la jurisprudencia norteamericana, pues no se ha abierto la puerta a la sanción de precios superiores a los costos evitables de provisión. Sin embargo, la analogía no resulta completa, pues en lo relativo a la exigencia de

recuperabilidad nuestro TDLC ha adoptado un estándar de prueba inferior al norteamericano, más cercano a la mirada actual de la Comisión Europea (y lejano de la posición tradicional europea, prescindente de ese requisito);

- b) En materia de negativa de venta la jurisprudencia del TDLC adolece de cierta imprecisión que impide su encasillamiento, aun cuando resulta posible colegir de la misma que el TDLC considera el derecho de la competencia como una institucionalidad idónea para el establecimiento de obligaciones de contratar (a diferencia de la posición más conservadora que considera que dichas obligaciones pueden ser establecidas únicamente por la vía de una regulación específica).
- c) En cuanto al estrangulamiento de márgenes, no existe una jurisprudencia asentada, toda vez que existe una condena que parece más bien fundada en el test de la "ausencia de sentido económico" y la discriminación arbitraria, así como una absolución que toma de modelo el test del "competidor igualmente eficiente" que impera en Estados Unidos y Europa;
- d) Respecto de las exclusividades, el apronte de nuestro TDLC ha sido más europeo que norteamericano, toda vez que no ha establecido "puertos seguros" sobre su extensión, ni ha prestado mayor atención a los plazos de duración de las exclusividades. Asimismo, tampoco se ha establecido un estándar excesivamente alto en lo que a acreditación del daño se refiere. Sin embargo, como se señaló, dicho análisis puede resultar prematuro, toda vez que el estándar adoptado por el TDLC podría encontrar justificación en la naturaleza cuasimonopólica de las empresas hasta ahora condenadas, y no necesariamente resultar aplicable a todos los casos que se le presenten.
- e) Por último, en materia de descuentos condicionales el TDLC ha aplicado un test que analiza el potencial anticompetitivo de la estrategia, tomando en consideración la forma de estructuración de los descuentos y ciertas características del mercado. Esta posición, cercana al análisis tradicionalmente efectuado en Europa, difiere de la aproximación –más económica– propuesta en la nueva Guía sobre abuso de posición dominante de la Comisión Europea.

Finalmente, analizado el total de sentencias condenatorias del TDLC por conductas unilaterales exclusorias¹⁴⁰, se tiene que en nueve de los diez casos, dicho Tribunal siempre 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.

Dicho denominador común entrega información de gran valor para los agentes económicos, en relación con la legalidad de los posibles cursos de acción que pueden adoptar en el marco de sus estrategias competitivas. En efecto, sin haber sido explicitado, el mensaje que subyace en estas decisiones es el siguiente: "Las empresas dominantes tienen prohibido efectuar conductas que excluyen o limitan la expansión de los competidores, o que incrementan sus costos, a menos que exhiban una justificación razonable y proporcionada para ello". Más corto todavía, "las empresas dominantes no pueden restringir innecesariamente la competencia". La conclusión es simple y clara. Adicionalmente, revela una cuestión poco explorada, pero de la mayor importancia: los mejor posicionados para su aplicación parecen ser precisamente quienes conocen las prácticas de cada mercado. El instinto comercial de los hombres y mujeres de negocios podría resultar –paradójicamente– una guía mucho más fiable que aquella que estén en condiciones de proveer ejércitos de abogados expertos en *compliance*.

140 Entendiendo por tales aquellas en que el TDLC estableció una multa. Ver Anexo que identifica sentencias condenatorias en que al menos una de las conductas que motiva la condena implica un abuso de posición dominante. Dicha tabla excluye los actos de competencia desleal sancionados por el TDLC.

BIBLIOGRAFÍA

- AMATO, Giuliano. *Antitrust and the Bounds of Power: The Dilemma of Liberal Democracy in the History of the Market*. Oxford, Hart Publishing, 1997. 133 p.
- AREEDA, Philip y TURNER, Donald. *Predatory Pricing and Related Practices Under Section 2 of the Sherman Act*. *Harvard Law Review*, 88 (4): 697-733, feb. 1975.
- BAKER, Jonathan. *Predatory Pricing After Brooke Group: An Economic Perspective*. *Antitrust Law Journal*, 62: 585-603, 1994.
- BORK, Robert. *The Antitrust Paradox-A Policy at War with Itself*. Nueva York, The Free Press, 1978. 479 p.
- BRENNAN, Timothy. *Essential Facilities and Trinko: Should Antitrust and Regulation Be Combined?*. *Federal Communications Law Journal*, 61 (1): 133-148, 2008. [en línea] <http://www.law.indiana.edu/fclj/pubs/v61/no1/14-BRENNAN_FINAL.pdf>. [fecha de consulta: 1 de octubre de 2011].
- EASTERBROOK, Frank H. *Predatory Strategies and Counterstrategies*. *University of Chicago Law Review*, 48 (2): 263-337, 1981.
- EDLIN, Aaron y FARRELL, Joseph. *The American Airlines Case: A Chance to Clarify Predation Policy*. En: KWOKA Jr., John y WHITE, Lawrence. *The Antitrust Revolution: Economics, Competition, and Policy*. Oxford University Press, 2004. pp. 502-525.
- ELHAUGE, Einer. *Why Above-Cost Price Cuts To Drive Out Entrants Are Not Predatory-and the Implications for Defining Costs and Market Power*. *The Yale Law Journal*, 112 (4): 681-827, 2003.
- EUROPEAN Advisory Group on Competition Policy. *An Economic Approach to Article 82*. [en línea]. 2005. <http://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/eagcp_july_21_05.pdf> [consulta: 1 octubre 2011].
- EUROPEAN Commission. *DG Competition Discussion Paper on the Application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuses*. Public Consultation. [en línea]. 2005. <<http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>> [consulta: 1 octubre 2011].
- EUROPEAN Commission. *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]. 2009. <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2009:045:0007:0020:EN:PDF>> [consulta: 1 octubre 2011].

- EVANS, David. Why Different Jurisdictions do Not (and Should Not) Adopt the Same Antitrust Rules. *Chicago Journal of International Law*, 10 (1): 161-188, 2009.
- FOX, Eleanor. We Protect Competition, You Protect Competitors. *World Competition*, 26 (2): 149-165, 2003.
- GLAZER, Kenneth y HENRY, Brian. Coercive vs. Incentivizing Conduct: A Way Out of the Section 2 Impasse?. *Antitrust Magazine*, 18 (1): 45-51, 2003.
- HOVENKAMP, Herbert. *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice*. 2ª ed. Saint Paul, Minnesota, West Group Publishing, 1999. 820 p. (Hornbook Series).
- HOVENKAMP, Herbert. Post-Chicago Antitrust: A Review and Critique. *Columbia Business Review*, 2001 (2): 257-337, 2001.
- HOVENKAMP, Herbert. *The Antitrust Enterprise*. Cambridge, Harvard University Press, 2005. 368 p.
- HOVENKAMP, Herbert. Discounts and Exclusion. *Utah Law Review*, 857: 841-861, 2006.
- JONES, Alison y SUFRIN, Brenda. *EC Competition Law. Text, Cases and Materials*. 3ª ed. Oxford, Oxford University Press, 2008. 1418 p.
- KOLASKY, William. North Atlantic Competition Policy: Converging Toward What?. [en línea]. 2002. <<http://www.justice.gov/atr/public/speeches/224128.htm>>. [fecha de consulta: 1 octubre 2011].
- KROES, Neelie. Preliminary Thoughts on Policy Review of Article 82. [en línea]. 2005. <<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=S-PEECH/05/537>>. [fecha de consulta: 1 octubre 2011].
- LANG, John Temple. Some Aspects of Abuse of Dominant Position in European Community Antitrust Law. *Fordham International Law Forum*, 3: 9-12, 1979.
- MILGROM, Paul y ROBERTS, John. Predation, Reputation, and Entry Deterrence. *Journal of Economic Theory*, Elsevier, 27 (2): 280-312, 1982.
- MILLER, Thomas y MARTH, Ryan. Promoting Greater Consistency in Single Party Conduct Policy: Is Section 5 of the FTC a "Third Way" to Converge European and U.S. Interests? Draft paper presented to the American Antitrust Institute's 10th annual conference. 18 de Junio, 2009.
- MONTI, Giorgio. The Concept of Dominance in Article 82. *European Competition Journal*, 32 (2): 31-52, 2006.
- MONTT, Santiago. El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia Como Ente Regulador del Comercio: Una Mirada Desde las Políticas Públicas. [en línea].

2009. <<http://www.regcom.uchile.cl/assets/files/Informes%20y%20Papers/Documento%20de%20trabajo%201.pdf>>. [fecha de consulta: 1 octubre 2011].
- OCDE. Policy Roundtables: Bundled and Loyalty Discounts and Rebates. [en línea]. 2008. <<http://www.oecd.org/dataoecd/41/22/41772877.pdf>>. [fecha de consulta: 1 octubre 2011].
- O'DONOGHUE, Robert y PADILLA, Jorge. *The Law and Economics of Article 82 EC*. Portland, Hart Publishing, 2006. 782 p.
- O'DONOGHUE, Robert. Verbalising a General Test for Exclusionary Conduct under Article 82. En: EHLERMANN, Claus Dieter y MARQUIS, Mel. *European Competition Law Annual 2007: A Reformed Approach to Article 82*. Portland, Hart Publishing, 2008. 753 p.
- PITOFISKY, Robert. The Essential Facilities Doctrine Under the United States Antitrust Law. *Antitrust Law Journal*, 70: 443-462, 2002. [en línea] <<http://www.ftc.gov/os/comments/intelpropertycomments/pitofskyrobert.pdf>>. [fecha de consulta: 1 octubre 2011].
- POSNER, Richard. *Antitrust Law*. Chicago, The University of Chicago Press, 2001. 316 p.
- SALOP, Steven. Exclusionary Conduct Effect on Consumers, and the Flawed Profit-Sacrifice Standard. *Antitrust Law Journal*, 73: 311-374, 2006.
- SALOP, Steven. Economic Analysis of Exclusionary Vertical Conduct: Where Chicago has overshot the mark. En: PITOFISKY, Robert. *How the Chicago School Overshot the Mark: The Effect Of Conservative Economic Analysis on U.S. Antitrust*, Oxford University Press, 2008. pp. 141-155.
- SALOP, Steven. An Administrable and Efficient Legal Standard for Refusals to Deal and Price Squeezes by an Unregulated, Vertically Integrated Monopolist. [en línea]. 2009. <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1436481>. [fecha de consulta: 1 octubre 2011].
- TOM, Willard, BALTO, David y AVERITT, Neil. Anticompetitive Aspects of Market-Share Discounts and Other Incentives to Exclusive Dealing. *Antitrust Law Journal*, 67 (3): 615-639, 2000.
- U.S. Department of Justice. *Competition and Monopoly: Single Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act*. U.S. [en línea]. 2008. <<http://www.justice.gov/atr/public/reports/236681.pdf>>. [fecha de consulta: 1 octubre 2011].
- WHISH, Richard. *Competition Law*. 6ª ed. Oxford University Press, 2008. 1006 p.
- WRIGHT, Joshua D. An Evidence-Based Approach to Exclusive Dealing and Loyalty Discounts. *Global Competition Policy*. [en línea]. 2009. <http://www.law.gmu.edu/assets/files/publications/working_papers/0932EvidenceBasedApproach.pdf>. [fecha de consulta: 1 octubre 2011].

Jurisprudencia

Case 27/76 United Brands Co and United Brands Continental BV v Commission [1978] I CMLR 429

Hoffmann v. La Roche & Co. AG v Commission. Case 85/76. [en línea] <http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&numdoc=61976J0085&lg=en>. [fecha de consulta: 1 octubre 2011].

AKZO Chemie BV v Commission. Case C-62/86 [1991] ECR I-3359

Tetra Pak v. Commission. Case T-83/91 [1994] ECR II-755.

IMS Health GmbH & Co. OHG & NDC Health GmbH & Co. KG. Case 481/01 [2004] (ECJ)

France Télécom v. Commission. Case T 340/03 [2007].

Case COMP/C-3/37.792 Microsoft. [en línea] <<http://www.microsoft.com/presspass/download/legal/europeancommission/03-24-06EUDecision.pdf>>. [fecha de consulta: 1 octubre 2011].

MCI Communications Corp v AT&T, 708 F.2d 1081 (7th Cir. 1983)

Jefferson Parish Hosp. Dist N° 2 v. Hyde, 466 U.S. 2 (1984)

Matsushita v. Zenith Ratio Corp. 475 U.S. 574 (1986). [en línea] <<http://supreme.justia.com/us/475/574/case.html>>. [fecha de consulta: 1 octubre 2011].

Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp. 509 U.S. 209 (1993). [en línea] <<http://www.law.cornell.edu/supct/html/92-466.ZS.html>>. [fecha de consulta: 1 octubre 2011].

Advo, Inc. v. Phila. Newspapers, inc., 51 F.3d 1540 (10th Cir. 1995).

3M Co, v. Appleton Papers. 35 F. Supp. 2d 1138 (D.Minn. 1999).

Concord Boat Corp. v. Brunswick Corp., 207 F.3d 1039, 395 (8th Cir.) Cert denied, 531 U.S. 979 (2000)

U.S. v. AMR Corporation, American Airlines, Inc., and American Eagle Holding Corporation, 140 F. Supp 2d 1141 (2001)

United States v. AMR Corp., 335 F. 3d. 1109 (10th Cir. 2003); 140 F. Supp 2d. 1141 (D. Kan. 2001).

Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis v. Trinko, LLP, 540 U.S. 398 (2004). [en línea] <<http://www.law.cornell.edu/supct/html/02-682.ZS.html>>. [fecha de consulta: 1 octubre 2011].

United States v. Dentsply Int'l, Inc. 399 F.3d 181, (3d Cir. 2005).

- Sentencia N° 26, de 5 de agosto de 2005. [en línea] <http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Sentencia_26_2005.pdf>. [fecha de consulta: 1 octubre 2011].
- Sentencia N° 28, de 5 de agosto de 2005. [en línea] <http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Sentencia_28_2005.pdf>. [fecha de consulta: 1 octubre 2011].
- Sentencia N° 39, de 13 de junio de 2006. [en línea] <http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Sentencia_39_2006.pdf>. [fecha de consulta: 1 octubre 2011].
- Sentencia N° 45, de 26 de octubre de 2006. [en línea] <http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Sentencia_45_2006.pdf>. [fecha de consulta: 1 octubre 2011].
- Sentencia N° 47, de 6 de diciembre de 2006. [en línea] <http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Sentencia_47_2006.pdf>. [fecha de consulta: 1 octubre 2011].
- Sentencia N° 63, de 10 de abril de 2008. [en línea] <http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Sentencia_63_2008.pdf>. [fecha de consulta: 1 octubre 2011].
- Sentencia N° 64, de 18 de abril de 2008 [en línea] <http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Sentencia_64_2008.pdf>. [fecha de consulta: 1 octubre 2011].
- Sentencia N° 65, de 8 de mayo de 2008. [en línea] <http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Sentencia_65_2008.pdf>. [fecha de consulta: 1 octubre 2011].
- Sentencia N° 72, de 31 de julio de 2008. [en línea] <http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Sentencia_72_2008.pdf>. [fecha de consulta: 1 octubre 2011].
- Sentencia N° 78, de 4 de diciembre de 2008. [en línea] <http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Sentencia_78_2008.pdf>. [fecha de consulta: 1 octubre 2011].
- Sentencia N° 88, de 15 de octubre de 2010. [en línea] <http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Sentencia%2088_2009.pdf>. [fecha de consulta: 1 octubre 2011].
- Sentencia N° 90, de 14 de diciembre de 2009. [en línea] <http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Sentencia_90_2009.pdf>. [fecha de consulta: 1 octubre 2011].

- Sentencia N° 93, de 6 de enero de 2010. [en línea] <http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Sentencia_93_2010.pdf>. [fecha de consulta: 1 octubre 2011].
- Sentencia N° 101, de 23 de julio de 2010. [en línea] <http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Sentencia_101_2010.pdf>. [fecha de consulta: 1 octubre 2011].
- Sentencia N° 103, de 8 de septiembre de 2010. [en línea] <http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Sentencia_103_2010.pdf>. [fecha de consulta: 1 octubre 2011].
- Resolución N° 19, de 7 de diciembre de 2006. [en línea] <<http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Resolucion-19-2006.pdf>>. [fecha de consulta: 1 octubre 2011].
- Resolución N° 37, de 21 de septiembre de 2011. [en línea] <http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Resolucion_37-11.pdf>. [fecha de consulta: 1 octubre 2011].
- Sentencia de 29 de noviembre de 2006 de la Excma. Corte Suprema, en conocimiento del Recurso de Reclamación interpuesto en contra de la Sentencia N° 39, de 13 de junio de 2006. [en línea] <http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Sentencia_39_Corte_Suprema.pdf>. [fecha de consulta: 1 octubre 2011].
- Sentencia de 8 de abril de 2009 de la Excma. Corte Suprema, en conocimiento del Recurso de Reclamación interpuesto en contra de la Sentencia N° 78, de 4 de diciembre de 2008. [en línea] <http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Sentencia_78_Corte_Suprema.pdf>. [fecha de consulta: 1 octubre 2011].
- Sentencia de 2 de junio de 2010 de la Excma. Corte Suprema, en conocimiento del Recurso de Reclamación interpuesto en contra de la Sentencia N° 90, 14 de diciembre de 2009. [en línea] <http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Sentencia_90_Corte_Suprema.pdf>. [fecha de consulta: 1 octubre 2011].
- Sentencia de 7 de julio de 2010 de la Excma. Corte Suprema, en conocimiento del Recurso de Reclamación interpuesto en contra de la Sentencia N° 88, de 15 de octubre de 2010. [En línea] <http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Sentencia_88_Corte_Suprema.pdf>. [fecha de consulta: 1 octubre 2011].
- Sentencia de 11 de julio de 2011 de la Excma. Corte Suprema, en conocimiento del Recurso de Reclamación interpuesto en contra de la Sentencia N° 103, de 8 de septiembre de 2010. [en línea] <http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Sentencia_103_Corte_Suprema.pdf>. [fecha de consulta: 1 octubre 2011].
- Acta audiencia de conciliación entre FNE y Cervecera CCU Chile Ltda., de 9 de julio de 2008. [en línea] <http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Resolucion_Termino_62_2008.pdf>. [fecha de consulta: 1 diciembre 2011].

Acta audiencia de conciliación entre FNE, Embotelladora Andina, Embotelladora Emboonor, y otros, de 15 de noviembre de 2011. [en línea] <<http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Acta%20%20Acuerdo%20de%20Conciliacion.pdf>>. [fecha de consulta: 1 diciembre 2011].

ANEXO: Sentencias condenatorias del TDLC por abuso de posición dominante¹⁴¹.

N°	Rol	Nombre	Multa
7	Rol C N° 1-2004	Requerimiento FNE en contra de Nestlé Chile S.A.	500 UTM
26	Rol C N° 11-2004	Denuncia de Philip Morris, en contra de Chiletabacos	10.000 UTM
28	Rol C N° 50-2004	Requerimiento FNE contra TV Cable Loncomilla S.A., Holding de Televisión S.A. y CMET.	100 UTA
29	Rol C N° 16-2004	Requerimiento FNE contra Transbank S.A.	1.000 UTM
35	Rol C N° 71-2005	Demanda del Instituto Profesional de Chile en contra del Colegio de Kinesiólogos de Chile A.G.	2 UTA
45	Rol C N° 60-2005	Demanda de Voissnet S.A. y requerimiento de la FNE en contra de CTC	1.500 UTA
47	Rol C N° 13-2004	Requerimiento de la FNE contra Sociedad Punta de Lobos S.A.	6.000 UTM
53	Rol C N° 87-2006	Demanda de Labbé, Haupt y Cía. Limitada contra Shell Chile	250 UTA
55	Rol C N° 94-2006	Requerimiento de la FNE en contra de Lan Airlines S.A. y Lan Chile Cargo S.A.	330 UTA
62	Rol C N° 122-2006	Demanda de María Rivas Morel contra American British School	25 UTA
63	Rol C N° 103-2006	Requerimiento de la FNE contra Almacenes Paris y Falabella	13.000 UTA
73	Rol C N° 147-2007	Requerimiento de la FNE contra Empresa Eléctrica de Magallanes S.A.	400 UTA
75	Rol C N° 113-2007	Demanda de Atrex y otros contra SCL	1.800 UTA
76	Rol C N° 100-2007	Demanda de GTD Teleductos S.A. contra EFE	150 UTM
85	Rol C N° 79-2005	Demanda de FNE y Constructora e Inmobiliaria Independencia en contra de Aguas Nuevo Sur Maule S.A.	3.601 UTA

141 El Anexo identifica las sentencias condenatorias (entendiendo por tales aquellas en que el TDLC estableció una multa) en que al menos una de las conductas que motiva la condena implica un abuso de posición dominante. Dicha tabla excluye los actos de competencia desleal sancionados por el TDLC. Los abusos de tipo exclusivos se destacan en gris.

N°	Rol	Nombre	Multa
88	Rol C N°126-2007	Demanda de OPS Ingeniería Ltda. y Otros contra Telefónica Móviles de Chile S.A.	3.000 UTA
90	Rol C N°165-2008	Requerimiento de la FNE contra la Cía. Chilena de Fósforos S.A.	1.200 UTA
97	Rol C N°135-2007	Demanda de Voissnet S.A. contra Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A.	5.000 UTA
100	Rol C N°127-2007	Demanda de Nutripro S.A. contra Puerto Terrestre Los Andes Sociedad Concesionaria S.A. y el Fisco	350 UTA