

APLICACIÓN DE POLITICAS DE COMPETENCIA EN CHILE.

(Desde el informe inter-pares OECD hasta hoy).

(Presentación en el Seminario Internacional sobre Peer Review y Políticas de Competencia.
Buenos Aires, 12 y 13 de octubre de 2006).

I.- Política y Derecho de la Libre Competencia en Chile: el Examen Inter-Pares OECD 2003:

1.- En el marco del entonces recientemente creado Foro Latinoamericano de la Competencia, Chile fue el primer país en ofrecerse para ser objeto de esta experiencia de colaboración de la OECD, en el año 2003. Al examen del sistema chileno, han seguido los de Perú, Brasil y Argentina.

2.- Si bien la primera ley chilena sobre libre competencia data del año 1959, sólo podemos hablar de una tradición de libre competencia en Chile, desde el año 1973, en que se dictó el Decreto Ley N° 211, que coincide con las políticas de liberalización de la economía y, en especial, el término del control de precios.

3.- En el informe de la OECD, las principales virtudes que se destacaron del sistema chileno de libre competencia son las siguientes:

a) El funcionamiento de la institucionalidad de manera productiva e independiente, no obstante los escasos recursos que le eran asignados.

En efecto, hasta el mes de abril del año 2004 los organismos decisorios (unos de carácter administrativo-consultivo, las Comisiones Preventivas) y otro, de carácter jurisdiccional-resolutivo (la Comisión Resolutiva), eran integrados por miembros del Gobierno, del Poder Judicial, académicos, representantes de la colectividad local, todos trabajando ad honorem y con una dedicación de sólo medio día por semana. El personal de apoyo de dichas Comisiones era prestado por la Fiscalía Nacional Económica (FNE). Por lo tanto, si bien la última decisión en los casos estuvo siempre radicada en la Excm. Corte Suprema de Justicia, había una relación en extremo estrecha entre el organismo de Gobierno encargado de la aplicación de la ley, la Fiscalía Nacional Económica, y los órganos encargados de dictaminar respecto de casos concretos de aplicación de la misma.

b) Una aplicación muy activa de la ley en materia de infraestructura. En efecto, a los organismos de la libre competencia les cupo un relevante papel en los procesos privatizadores y de desregulación de que fueron objeto importantes industrias, tradicionalmente constitutivas de monopolios naturales, tales como los mercados eléctrico, de telecomunicaciones, portuario y sanitario, entre otros.

c) La fundamentación, cada vez más frecuente, de las políticas y decisiones de libre competencia, en principios económicos. No obstante lo anterior, se lamentaba, en el informe, una falta de mayor explicitación de dichos principios y la repercusión de los mismos en opciones de política adoptadas por la autoridad y difundidas a la comunidad. Se reconocía el avance que significaba la publicación en Internet de todas las decisiones de las Comisiones, pero se insistía en que debía avanzarse prioritariamente en la aclaración de los preceptos jurídicos aplicables y mejorar el grado de previsibilidad.

4.- Entre las debilidades del sistema que destacó el informe cabe consignar:

a) La escasa destinación de recursos a la institucionalidad de libre competencia;

b) Cierta hábito de prudencia en la aplicación de la ley, manifestado en una aparente renuencia a dictaminar infracciones e imponer sanciones pecuniarias, lo cual se explicaba, en parte, por la persistencia de una cultura según la cual los delitos económicos contra la colectividad no revisten gravedad y la opinión de que los costos de los monopolios no pueden ser mayores que los costos de la aplicación de la ley de libre competencia;

c) La falta de penetración de los organismos de la libre competencia en una gama más amplia de campos de la actividad económica y la carencia de un rol más enérgico en la impugnación de todas las formas de conducta anticompetitiva: fusiones y carteles.

5.- Finalmente, el informe daba cuenta de la más importante reforma legislativa, en materia de libre competencia, en 30 años, que en ese momento (abril de 2003) estaba siendo discutida en el Congreso Nacional, en su fase final, como parte de la llamada “Agenda Pro-Crecimiento”, compromiso público-privado sobre una serie de reformas legislativas. Junto con apoyar en términos generales la implementación de la reforma, el informe OECD incorporó una serie de recomendaciones y mencionó áreas de trabajo, de desarrollo prioritario u opciones de política, entre las cuales podemos destacar las siguientes:

a) La conveniencia de que la Fiscalía emitiera lineamientos o declaraciones de política, no obligatorios, sobre la aplicación de las leyes o el marco general de su interpretación, así como respecto a su enfoque sobre aspectos fundamentales del análisis y los procedimientos en materia de libre competencia;

b) La adopción de una política que combinase promoción y defensa general de la libre competencia, que explicara los costos de los monopolios y los carteles, y contuviera lineamientos para su aplicación, que abogara por los beneficios de la libre competencia para la colectividad (consumidores, empresas y economía en general), así como del uso de aquella política en el análisis de todas las leyes y los reglamentos, que pudieran entorpecer la libre competencia;

c) La adopción, por la Fiscalía, de una orientación más emprendedora y enérgica en la aplicación de las normas de libre competencia, en aquellos mercados que pueden y deben ser competitivos. Expresamente, el informe sostuvo: *“La fijación en ramos de actividad con elementos de monopolio natural ha conducido o ha contribuido a generar un nivel relativamente bajo de cumplimiento de la ley en mercados potencialmente competitivos. Si se toma en cuenta tanto el nivel relativamente bajo de la observancia de la ley como la infrecuente imposición de multas de poca monta, luce poco probable que la Ley de Defensa de la Libre Competencia en Chile actualmente esté haciendo mayor cosa por desaconsejar conductas reñidas con la libre competencia.”* (pág. 74)

d) Analizar la conveniencia de dotar a la Fiscalía de mayores recursos, proponiéndose un incremento presupuestario moderado, con especial consideración de los recursos que demandaría la instalación del nuevo Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ,TDLC, (principal aspecto de la reforma), aumento de recursos para tareas de promoción, coordinación e inserción internacional, y en materias de infraestructura.

e) Reconsiderar la ausencia en Chile de un régimen de notificación previa de fusiones y evaluar la adopción de la sanción *per se*, tratándose de carteles duros.

II.- La Reforma Legislativa y la Nueva Institucionalidad de Defensa de la Libre Competencia.

6.- En mayo de 2002, el Presidente de la República envió al Congreso un proyecto de ley de reforma a la institucionalidad chilena de defensa de la libre competencia. El resultado fue la Ley N° 19.911, que introdujo en Chile la modificación más importante en materia de libre competencia de los últimos 30 años. La Ley creó el TDLC y, en términos generales, cumplió con los siguientes objetivos del Gobierno del Presidente Lagos:

a) Modificación de la tipificación de conductas. El artículo 3° de la Ley, en su redacción actual, incorpora una figura general, también denominada “ilícito monopólico universal” y, a continuación, en su inciso segundo, una enunciación no taxativa, que considera, en primer lugar, los acuerdos, luego los abusos y, finalmente, dos tipos de abusos de exclusión (prácticas predatorias y competencia desleal).

b) Supresión de las penas corporales establecidas en la antigua Ley, que nunca fueron aplicadas.

c) Clarificación del bien jurídico protegido. La antigua Ley no lo definía. El artículo 1° de la nueva Ley dispone: “La presente ley tiene por objeto promover y defender la libre competencia en los mercados”. Por lo tanto, en general, se enuncia éste como el bien jurídico protegido: “libre competencia en los mercados”. Sin embargo, como se adivinará, en estos casi tres años de vigencia de la Ley no ha existido pleno consenso respecto a qué significa, en un caso concreto, la libre competencia en los mercados, según se desprende de los propios fallos del TDLC y de las publicaciones académicas.

d) Creación del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en reemplazo de las Comisiones Preventivas y de la Comisión Resolutiva. Este es, sin duda, el cambio de mayor envergadura, toda vez que se ha dado paso a un órgano de carácter jurisdiccional, independiente del Poder Ejecutivo, del todo diferente al organismo investigador y acusador (la FNE); integrado por miembros de elevada calidad profesional y técnica, abogados y economistas, que han sido seleccionados mediante un estricto concurso público de antecedentes, en que participan la Excma. Corte Suprema, el Presidente de la República y organismos autónomos, como el Banco Central, debiendo acreditar aquéllos conocimientos y experiencia en el área. Los ministros del TDLC son remunerados y cuentan con dedicación significativa a sus labores.

**III.- Política y Derecho de la Libre Competencia en Chile:
Aplicaciones de la nueva institucionalidad en los años recientes (2003-
2006).**

A.- En relación con las recomendaciones de la OECD.-

7.- En relación con la publicación de lineamientos o declaraciones de política, por parte de la FNE, cabe señalar que esta actividad no corresponde a una facultad que se encuentre explícitamente consagrada en su estatuto jurídico. No obstante ello, se ha iniciado una primera experiencia inspirada en la recomendación, mediante la elaboración de una Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración, un borrador preliminar de la cual ya fue publicado y objeto de comentarios de economistas, empresarios y juristas, en general positivos, y cuyo texto definitivo se encuentra en etapa de edición. Esta guía será obligatorio instrumento de trabajo para los profesionales de la FNE, pero no es vinculante para los particulares. Cabe reiterar que en Chile no existe un régimen de notificación previa y obligatoria de fusiones. El origen de esta guía se encuentra en el programa de gobierno de la Presidenta Bachelet, que establece la necesidad de transparentar los procedimientos de los organismos antimonopolio, en materia de operaciones de concentración, con la finalidad de brindar mayor certeza a los actores económicos. En el futuro, se espera la elaboración de lineamientos de política sobre otras materias.

8.- En materia de promoción y defensa general de la libre competencia, la FNE ha realizado, a partir del año 2003, importantes actividades de difusión. Entre ellas, destaca la jornada anual denominada "Día de la Competencia", que reúne académicos, abogados y economistas, empresarios y representantes de las asociaciones de consumidores, cuyas ponencias han sido publicadas anualmente, por la FNE. A su vez, los directivos de la FNE, progresivamente, han ido participando en el ámbito académico nacional. También ha sido preocupación de la FNE acercarse a las Regiones de todo el país, mediante labores de difusión.

9.- Siguiendo la recomendación de la OECD, la FNE, progresivamente, ha ido dejando de concentrarse en las áreas de infraestructura y haciéndose cargo de actuaciones anticompetitivas en las más diversas áreas de la economía, tales como el mercado de la distribución minorista, la TV pagada, los Medios de Pago (Administración de Tarjetas de Crédito y Débito), la sal, los laboratorios farmacéuticos, el transporte marítimo de exportación, el abastecimiento de oxígeno a hospitales públicos, la telefonía IP, los seguros privados de salud, el transporte internacional de carga, etc. Dicha expansión del ámbito de acción de la FNE, se ha referido a los distintos tipos de conductas anticompetitivas: abusos de posición dominante, acuerdos, precios predatorios, competencia desleal contraria a la libre competencia; y ha incluido, por cierto, análisis estructurales en caso de de operaciones de concentración.

10.- En cuanto al moderado incremento presupuestario de la FNE, propuesto por la OECD, puede señalarse que entre los años 2003 y 2005, éste se produjo y ha permitido el fortalecimiento de la Fiscalía, tanto en recursos humanos, equipamiento e infraestructura computacional y condiciones ambientales. En 2006, el presupuesto experimentó un crecimiento mayor en gastos en personal. Y de acuerdo al Programa de Gobierno de la Presidenta Bachelet, en el proyecto de Ley de Presupuesto para 2007, que se encuentra en actual discusión, también se considera un incremento en la asignación de recursos para la Fiscalía, destinados a dotación de personal y actividades de promoción de la libre competencia.

11.- En cuanto al régimen de las operaciones de fusión y concentración, no se contempla establecer la notificación previa obligatoria, por cuanto las empresas tienen importantes incentivos para someter voluntariamente a una revisión, por el TDLC, aquellas operaciones que incrementen la concentración en los mercados. Y así ha ocurrido con todas las operaciones de este carácter. Al concurrir al TDLC, las empresas evitan futuros cuestionamientos y el peligro de que la fusión sea deshecha posteriormente, y adquieren certeza respecto a la determinación de los riesgos de la operación y de las eventuales medidas destinadas a reducirlos o eliminarlos.

En cuanto a la consideración de los carteles duros como sancionables *per se*, debe reconocerse que la tipificación establecida por la ley actualmente vigente no coincide con esta postura. En efecto, el artículo 3º, inciso. 2º, al describir los acuerdos anticompetitivos, expresa: “Los acuerdos expresos o tácitos entre agentes económicos, o las prácticas concertadas entre ellos, que tengan por objeto fijar precios de venta o de compra, limitar la producción o asignarse zonas o cuotas de mercado, *abusando del poder que dichos acuerdos o prácticas les confieran.*” No obstante, en un reciente fallo del TDLC, recaído en un caso de licitación colusoria en el mercado del abastecimiento de oxígeno medicinal para hospitales públicos, con ocasión del cual el TDLC debatió acerca de los efectos nocivos para el mercado derivados de la conducta, el voto mayoritario parece haber seguido una postura que se acerca a estimar que determinadas infracciones graves pudiesen ser consideradas, *per se*, anticompetitivas.

B.- Una mirada general a la aplicación de la Ley vigente.

12.- El TDLC, a la fecha, ha emitido 44 decisiones fruto de un procedimiento contencioso (sentencias) y 17 producto de un procedimiento no contencioso (resoluciones), además de una instrucción de carácter general, lo cual brinda un promedio de poco más de 2 decisiones por mes, desde su instalación, en mayo de 2004. Prácticamente, la totalidad de las decisiones ha sido confirmada por la Excma. Corte Suprema. En muchos de dichos procedimientos, la intervención de la FNE ha sido determinante, ya actuando como requirente (acusadora), ya como informante, o bien como consultante, cuando ha requerido de la opinión del TDLC, respecto a un asunto específico.

13.- En materia de concentraciones, al TDLC le ha correspondido pronunciarse sobre dos operaciones, respecto de las cuales merece la pena decir algunas palabras:

(1) La primera, de octubre de 2004, recayó sobre una operación de fusión de las dos principales operadoras de TV por cable, cuya participación conjunta

superaba el 90%. En definitiva, en el análisis se consideró la existencia de 3 mercados estrechamente interrelacionados, en todos los cuales tenían alguna participación las empresas involucradas en de la operación: El de la TV pagada, Internet Banda Ancha y Telefonía Fija (local). El TDLC se pronunció por aprobar la operación, considerando, entre otros aspectos, la rápida evolución de la tecnología aplicada a las telecomunicaciones, que conduce a fuertes fenómenos de convergencia. En definitiva, se aprobó la operación consultada, por no haberse acreditado que la misma pueda producir una disminución sustancial y permanente de las condiciones de competencia en los tres mercados relevantes bajo análisis. No obstante lo anterior, la operación fue fuertemente condicionada, puesto que podía obstaculizar el desarrollo de la competencia efectiva en el mercado de la TV pagada, en el corto plazo. Entre otras condiciones, se impuso e la empresa fusionada y a su grupo controlador (i) la prohibición de participar y la obligación de enajenar toda propiedad de compañías operadoras de TV satelital o vía microondas en Chile; (ii) la prohibición de participar en la propiedad de empresas dominantes en el mercado de la telefonía fija y, otros resguardos en mercados de telecomunicaciones; (iii) la regulación de ofertas conjuntas de distintos servicios de telecomunicaciones y la prohibición de operaciones atadas; (iv) la obligación de oferta mayorista pública, no discriminatoria y a precios competitivos, del servicio de acceso a Internet banda ancha, para Proveedores de Servicio Internet (ISP); y (v) la prohibición de alzas de precios y disminuciones en la calidad programática durante los 3 años posteriores a la materialización de la fusión.

(2) La segunda operación es la toma de control de las sociedades chilenas del grupo BellSouth, por parte de la española Telefónica Móviles de España. Como se sabe, esta toma de control formó parte de una operación continental, mediante la cual la empresa española adquirió la totalidad de las operaciones que BellSouth Corporation tenía en varios países de Centro y Sudamérica. La operación fue aprobada por el TDLC, previo informe de la FNE y de otros actores del mercado y también fue objeto de importantes condicionamientos, entre los cuales cabe destacar la obligación de enajenar parte de las

concesiones del espacio radioeléctrico en una banda, con el fin de permitir el ingreso de un nuevo operador móvil.

14.- En materia de acuerdos colusorios, en sus dos primeros años de funcionamiento, el TDLC desestimó todos los casos de acuerdo que fueron sometidos a su conocimiento, ya fueran originados en un requerimiento de la FNE o en demanda de un particular.

(1) El primero fue el caso conocido como de “la Leche”. (SENT N° 7 de 05.08.2004 TDLC). Lo reprochado, mediante un requerimiento de la FNE fue, entre otras conductas, un acuerdo de reparto de cuotas de mercado entre las industrias procesadoras de leche, aguas arriba, es decir, en relación con los productores lecheros (atomizados) y abuso del poder de mercado, mediante una disminución arbitraria y concertada del precio. Es decir, se apuntaba a sancionar un acuerdo monopsónico, en un mercado caracterizado por una importante concentración del poder comprador por parte de empresas productoras de lácteos. En este primer fallo, el TDLC se veía enfrentado a sentar, ante la opinión pública, su independencia de la FNE, factor que hasta entonces había sido objeto de crítica en el antiguo sistema legal. EL TDLC tuvo por no acreditada la imputación de reparto de mercado, con el objetivo de reducir arbitrariamente los precios del insumo, y rechazó el requerimiento de la FNE, pero ello no fue obstáculo para que impusiera importantes medidas de transparencia en ese mercado.

(2) Demanda de la asociación de consumidores CONADECUS, en contra de la Asociación de Bancos e Instituciones Financieras (SENT N° 15 de 20.04.2005 TDLC). En este caso, la FNE actuó sólo como informante. El reproche de los consumidores apuntaba a que los bancos miembros de la ABIF no hacían efectivo el traspaso a los consumidores de las rebajas de la Tasa de Política Monetaria (TPM), lo que se veía reflejado en el incremento de la rentabilidad de los bancos en el período 1998-2002. El TDLC resolvió desestimar la demanda, entre otras consideraciones, porque *“la circunstancia de ser inferior la rebaja, en puntos porcentuales, de la tasa de interés promedio de las colocaciones, en relación a la reducción de la TPM en igual período, no es*

suficiente para deducir la colusión que se denuncia. Por otro lado, el aumento de la rentabilidad de la industria en el período analizado no constituye antecedente suficiente para acreditar la existencia de un acuerdo como el denunciado en autos". (Cons. 5° y 12°).

(3) La exigencia de un elevado estándar probatorio, para la acreditación de los acuerdos colusorios fue reiterada por el TDLC, al pronunciarse sobre un requerimiento de la FNE en el mercado de la distribución mayorista de combustibles líquidos. (SENT N° 18 10.06.2005 TDLC). El requerimiento imputaba a las requeridas conductas colusorias con el objeto de fijar sus precios de venta a público en el mercado de la distribución y venta de combustibles líquidos en la Región Metropolitana, en el período febrero 2001-septiembre 2002. Se fundaba en el aumento de los márgenes de comercialización en un contexto de restricción de la demanda, en la asimetría en el traspaso a público de los cambios de precios de combustibles fijados por Enap, transmitiéndose a los consumidores con mayor rapidez las alzas que las bajas, en la similitud, entre las distintas marcas, en los precios y evolución de los mismos y en la caída en los márgenes de comercialización en la zona poniente de la RM atribuida a la existencia de una estación de servicio independiente.

El TDLC rechazó el requerimiento, descartando la existencia de un acuerdo, entre otras consideraciones, porque, a su juicio, *"el alza en los márgenes de comercialización, que fue comprobada, puede obedecer a un alza motivada por costos o a una colusión tácita para aumentar los márgenes, facilitada por una baja en los precios de venta de Enap, no habiendo en el expediente antecedentes cuantitativos suficientes que permitan optar por una de esas posibilidades (Cons. 15°, 26°, 28°).* La Excma. Corte Suprema, al ratificar lo resuelto por el TDLC, estableció un criterio aún más riguroso, al sostener que el estatuto de defensa de la libre competencia *"establece una serie de actuaciones que deben ser voluntarias o dolosas, esto es, que tengan la intención de provocar determinado resultado. Por lo tanto, no puede comprender figuras en que la voluntad esté ajena, o sea el producto de actuaciones meramente coincidentes entre las distintas compañías, pues no*

puede sancionárseles por supuestas o presuntas colusiones tácitas, como fue calificada la actuación de éstas por la propia Fiscalía Nacional Económica. (...) porque en esta materia el dolo debe probarse, ya que no se está frente a una figura penal, de manera de poder aplicar la norma del artículo 1º del Código Penal. (Cons. 11º y 18º)

15.- A esas alturas, en materia de acuerdos, se había hecho explícita la elevación del estándar probatorio, por parte del nuevo Tribunal, para acreditar su configuración. Lo anterior hacía necesario ir pensando en una modificación legal, que facilitara el acceso a la prueba directa de la existencia de un cartel y confiriera a los particulares adecuados incentivos para proporcionar dicha prueba. Sobre el proyecto de ley en actual tramitación se dirá algo más adelante.

16.- Sin embargo, en esta materia, la FNE ha logrado, en el último año, importantes condenas por parte del TDLC.

(1) Es así como en el mercado de transporte marítimo de exportación bajo régimen de conocimiento de embarque, el TDLC acogió el planteamiento de la Fiscalía y condenó recientemente a 5 agencias de naves, aplicándoles multas, según sus participaciones de mercado, entre 160.000 USD\$ y 4.000 USD\$ y condenándolas en costas. Lo anterior, por la imposición concertada de un cobro (por “servicios documentales integrales”) a un cliente cautivo (el exportador) a pretexto de servicios no solicitados. (SENT N° 38 de 07.06.2006 TDLC). Los indicios en que basó su convicción el TDLC se refieren fundamentalmente a la simultaneidad en el comienzo de la nueva modalidad de cobro y a la similitud de los montos cobrados y su concepto (Cons. 36º). Por otro lado, el TDLC analizó el eventual concurso de un abuso de posición dominante con un acuerdo colusorio. Al efecto sostuvo: *En resumen, existiendo una posición dominante pero de carácter no absoluto, se requirió reforzarla con un acuerdo colusorio.* (Cons. 42º). El TDLC concluye que *se configuró una concertación entre las agencias de naves requeridas para establecer de forma prácticamente simultánea el cobro de los “SDI”. Dicha concertación tendría como objetivo poder hacer sostenible el cobro de los “SDI” en el tiempo,*

minimizando el riesgo de que los exportadores decidieran cambiarse a navieras cuyos agentes de naves no cobraran este concepto. (Cons. 43°). El caso aún se encuentra pendiente ante la Excma. Corte Suprema.

(2) También, recientemente el TDLC acogió el requerimiento de la FNE en contra de las 4 empresas proveedoras de oxígeno medicinal (SENT N° 43, 07.09.2006 TDLC), condenándolas por participar concertadamente en una licitación para hospitales públicos. El acuerdo entre las empresas no se mantuvo hasta el momento mismo de adjudicación de la licitación (la que finalmente se produjo a los precios de referencia), ya que el cartel fue desestabilizado producto del diseño de la licitación y de la oportuna intervención de la FNE. No obstante, se condenó de igual forma a los participantes por haber mantenido una coordinación hasta bien avanzada la licitación con el fin de hacerla fracasar, para mantener la opacidad, no en el mercado licitado, sino en un mercado vinculado, más amplio. En efecto, al respecto el TDLC señaló, luego de un exhaustivo análisis, que no es del caso desarrollar acá: *“existe en autos un importante cúmulo de indicios y antecedentes que, valorados por el Tribunal de acuerdo con las reglas de la sana crítica, son aptos, en si mismos, para dar por establecido[...], que existió un comportamiento coordinado por parte de las requeridas en la licitación de Cenabast, pues era la única forma de intentar seriamente que ésta fallara”* (Cons. 90°); **o que** *“existen en autos indicios o antecedentes que, en concepto de este Tribunal, son aptos para establecer que todas y cada una de las requeridas han incurrido en una práctica concertada con el objeto o efecto de hacer fracasar la licitación a que llamó la Cenabast para proveer a los hospitales públicos de oxígeno medicinal, afectándose así gravemente la competencia, tanto en ese mercado como en el del oxígeno medicinal privado y en el del industrial. Los referidos indicios o antecedentes, por lo demás, en la medida en que llevan naturalmente y mediante el razonamiento lógico propio de la sana crítica a formar convicción en este Tribunal - tal como ha ocurrido en este caso - constituyen plena prueba, al tenor del texto expreso del referido inciso segundo del artículo 22°, pues esta disposición señala el carácter autónomo de tales indicios como medio que lleve a dicha convicción, no debiendo necesariamente limitarse los medios de prueba que pueda valorar*

este Tribunal a aquellos que taxativamente enuncia el Código de Procedimiento Civil. Las conductas así establecidas constituyen una clara violación al artículo 3º del Decreto Ley N° 211, por lo que este Tribunal multará prudencialmente a las requeridas considerando los términos de lo dispuesto en el artículo 26º; incisos primero y final, del referido Decreto Ley N° 211.” (Cons. 96º). Por otro lado, la misma sentencia, si bien por una parte parece dejar abierta la posibilidad de sancionar los carteles duros sin necesidad de un análisis exhaustivo del mercado y por lo tanto sin ponderación de los efectos en el mismo¹, específicamente para este caso señaló detalladamente cuáles fueron los efectos nocivos para el mercado (Cons. 97º): “Que este Tribunal estima, además, que la colusión de las requeridas así establecida tendió a producir un efecto perjudicial para la eficiencia económica en el mercado, que merece un juicio de reproche adicional, cual es el de impedir o entorpecer la posibilidad de que, producto de la licitación de Cenabast, se hubiese alcanzado un precio inferior al de referencia para la provisión de oxígeno líquido a los establecimientos hospitalarios del sistema público de salud. Lo anterior, puesto que, de haber existido competencia plena y efectiva en el proceso licitatorio en cuestión, se podría haber alcanzado una oferta menor a dicho precio de referencia en la segunda ronda, producto del remate a la baja efectuado.”

En definitiva, las multas que fueron impuestas a las empresas alcanzaron un monto total por sobre los 2 millones USD\$.

El caso ha sido elevado en reclamación ante la Excma. Corte Suprema.

¹ (Cons. 44º): “[...]en general, en los casos de acuerdos o de prácticas concertadas entre empresas no es estrictamente necesario efectuar un análisis a fondo del mercado relevante afectado por dicho acuerdo o práctica, toda vez que, en principio, tales prácticas serían restrictivas de la competencia sólo en la medida en que razonablemente tengan por objeto o efecto restringirla, o que se estime que lo son **per se**. Ahora bien, para establecer la ocurrencia de estas conductas y juzgarlas debe ponderarse la evidencia material del acuerdo mismo o bien, según corresponda, los indicios o antecedentes que sean aptos, con arreglo a la valoración que haga el Tribunal, para establecer los hechos juzgados y sus circunstancias concomitantes. Lo anterior, a diferencia de lo que ocurre en los casos de abuso de posición dominante, o en los de procedimientos de control de operaciones de concentración entre empresas. En efecto, en estos dos últimos casos, es conveniente delimitar el mercado relevante, a fin de medir, respectivamente, si existe una posición de dominio susceptible de abuso, o si las empresas que pretendan concentrarse alcanzarán o no tal posición”.

17.- Revisemos a continuación algunas de las decisiones en materia de comportamiento unilateral, por parte de algunas empresas.

18.- Quizá los casos más relevantes sean los tres a que me voy a referir, atendida la importancia de las empresas que desplegaron la conducta abusiva. De los fallos no siempre resulta fácil desprender si el razonamiento seguido por el TDLC es el de la comisión de un abuso de explotación de los adquirentes o bien, un abuso de exclusión de los competidores.

(1) Caso “Paltomiel”. En este caso, (SENT. N° 24 de 28.07.2005 TDLC), en que no tuvo intervención la FNE, un laboratorio demandó a una de las 3 grandes cadenas de farmacias del país imputándole la negativa de compra del producto “Paltomiel” de la demandante y la comercialización por parte de la denunciada del producto “Jarabe expectorante Palto con Miel”, similar en nombre, forma, color, material y tamaño de su envase con el producto de la demandante. Se impuso a la condenada en definitiva una multa superior a los 30.000 USD\$, decisión del TDLC que fue ratificada íntegramente por la Excma. Corte Suprema. Gran parte de las consideraciones que tuvo en cuenta el TDLC apuntaron a la protección del consumidor (abuso de explotación), en el sentido que la conducta generaba *confusión en el consumidor* e inducía a error sobre el producto que cree adquirir e incluso sobre su procedencia. Incluso, el fallo llega a afirmar que, de no haberse afectado la *libertad del consumidor de elegir entre ambos productos*, los actos denunciados no habrían constituido restricciones a la libre competencia. Pero también se refiere a la situación del competidor demandante (abuso de exclusión), al afirmar que la demandada se ha aprovechado de la imitación de un producto consolidado en el mercado, produciendo una distorsión que *priva al fabricante del producto original del acceso en condiciones de mercado a los clientes finales*. (Cons. 10° a 14°).

(2) Caso “Chiletabacos”. Este caso (SENT. N° 26 de 05.08.2005 TDLC), también creó un interesante precedente, desde el punto de vista de los abusos de exclusión de competidores derivados de la relaciones verticales entre una empresa y sus puntos de distribución. El caso concreto dice relación con el mercado de la comercialización de cigarrillos en el territorio de la República. La

propia demandada, subsidiaria de la British American Tobacco, reconoció haber mantenido una muy elevada participación en el mercado, por cerca de un siglo. La demandante, Phillip Moris, le reprochaba que las condiciones de comercialización que mantenía con sus puntos de venta, las que incluían negativas de venta, amenazas de negativas de venta, negativa de crédito, retiro de productos y elementos de promoción, comunicación e información y, entrega de incentivos pecuniarios, todo ello asociado a la condición de no exhibir ni vender productos de su rival (la demandante), contratos de exclusividad e importantes contraprestaciones por dicha exclusividad, etc., se constituían en barreras artificiales a la entrada de un nuevo competidor, que habían sido generadas estratégicamente por la demandada dominante, con el propósito de impedir o entorpecer el reingreso de la demandante al mercado. Para condenar a la demandada al pago de una multa por sobre los 600.000 USD\$, decisión ratificada por la Excma. Corte Suprema, el TDLC no consignó ninguna consideración del bienestar del consumidor. Por lo tanto, ¿cabe subentender que la entrada de un nuevo competidor favorece por sí misma al bienestar del consumidor? ¿O bien resulta que tratándose de un producto como el cigarrillo y, teniendo presente las consecuencias del fumar, aparecía poco presentable hablar de bienestar del consumidor en este caso? En efecto, en sus razonamientos, el TDLC se refiere sólo a consideraciones de exclusión: las prácticas de la demandada constituyen (Cons. 19° y 20°) *“una limitación objetiva a la venta y comercialización de cigarrillos de la demandante, circunstancia que obstaculiza la competencia en el mercado en cuestión, configurando una barrera estratégica que permite a la demandada mantener su predominio en dicho mercado; o bien, que la demandada, dominante en el mercado, ha incurrido en prácticas de exclusión de la demandante de los canales de distribución, mediante el despliegue de barreras estratégicas a la entrada de competidores que le permiten sostener un poder de mercado y que en su conjunto configuran un abuso de posición dominante contrario a la libre competencia (Cons. 29° a 32°).* Para dejarlo más claro aún, expresa el fallo en su Considerando 29°: *“La disuasión u obstaculización a la entrada (entry deterrence) de nuevos competidores, consiste en una conducta exclusoria en que la empresa establecida en un mercado (generalmente un virtual monopolista como la demandada), que teme el ingreso de un competidor,*

incurre en gastos (dejar de vender sus propios productos) o acciones específicamente destinadas a evitar que dicho competidor materialice su ingreso al mercado o lo vea obstaculizado gravemente”.

(3) Caso “Transbank”. (SENT. N° 29 TDLC de 12.09.2005). El reproche de la FNE, en su requerimiento, se dirigió en este caso en contra de la única empresa que administra las tarjetas bancarias de crédito y/o débito en el país, y apuntaba al abuso de su poder monopólico derivado de un conjunto de antecedentes tales como: 1) rentabilidades excesivas (50%); 2) precios abusivos por arriendo de terminales electrónicos de autorización y captura, asociados a una prohibición al comercio de adquirir sus propios equipos para autorizar transacciones; 3) discriminación no justificada en costos, en los cobros a distintos establecimientos comerciales; 4) cobros equivalentes a productos con diferentes costos de operación (tarjeta de débito y tarjeta de crédito); 5) doble cobro: al comercio y a los emisores de tarjetas, por el mismo servicio de verificación de cada transacción; 6) incumplimiento de la normativa bancaria de las sociedades de apoyo al giro bancario. Lo interesante de este caso, es que por primera vez, operó ante el TDLC una salida alternativa entre la FNE y la requerida. En efecto, buena parte del contenido del requerimiento fue resuelto producto de un avenimiento parcial alcanzado en sucesivas audiencias de conciliación. Con todo, el TDLC, respecto de la parte en que no hubo avenimiento sancionó a la requerida por una conducta específica, por un monto cercano a los 60.000 USD\$, con un voto de minoría que estuvo por establecer una sanción mucho más elevada en el caso, junto con un conjunto de otras medidas pro-competencia. El caso no fue conocido por la Excma. Corte Suprema.

19.- Siempre en materia de comportamiento unilateral, refirámonos brevemente a las prácticas predatorias a que alude expresamente la ley, con la condición de que sean “realizadas con el objeto de alcanzar mantener o incrementar una posición dominante”. A la fecha, el TDLC, a lo menos en dos ocasiones ha recurrido a esta figura, en un caso, para imponer una condena y, en el otro, para absolver de la acusación de precios predatorios.

(1) Caso “TV Cable Loncomilla y otros”. (SENT N° 28 TDLC de 07.09.2005). La FNE acusó a dos empresas regionales de provisión del servicio de TV Cable que se enfrascaron en una guerra de precios en dos ciudades, cobrando tarifas por debajo de los costos. Habiéndose acreditado el subsidio cruzado con otras áreas geográficas, en el caso de la empresa que había iniciado la guerra de precios, el TDLC dio por acreditada la existencia de una práctica predatoria, estableciendo una doctrina que puede resumirse del siguiente modo: *El subsidio de operaciones en 2 ciudades en que se presta el servicio bajo los costos de operación, por un largo período (casi 2 años), unido a una discriminación geográfica de precios no justificada económicamente y que lleva a cobrar por el mismo servicio tarifas superiores en otras ciudades, configura una práctica que puede ser catalogada de predatoria, prevista y sancionada en el art. 3 letra c) (Cons.4°; 5°; 7°; 8°; 9°)*. Otra interesante doctrina que sentó este fallo es la causal de justificación que le permitió absolver a la otra empresa que había reaccionado bajando los precios a su turno: *La empresa víctima de una guerra de precios iniciada por su rival, cuya estrategia de defensa es bajar los suyos bajo sus costos, durante un tiempo prolongado, desarrolla con ello una estrategia justificada y no reprochable cuando no ha iniciado la estrategia de precios bajo los costos, ha sido la primera en denunciar la situación y, de no haber seguido esa estrategia, habría desaparecido del mercado. (Cons. 7° y 11°)*. Finalmente, la condena impuesta fue cercana a los 65.000 USD\$, siendo confirmada por la Excma. Corte Suprema.

(2) Caso “Quimel c/ Hardie”. (SENT. N° 39 de 13.06.06) En este caso, que dice relación con el mercado de la producción y comercialización de planchas lisas de fibrocemento, la acusación de precios predatorios fue en definitiva desestimada por el TDLC, pero merece la pena destacar la definición teórica de esta figura que inspiró al Tribunal, que señaló: *“La existencia de una política de precios predatorios requiere precisar dos aspectos fundamentales (1) si durante la estrategia de predación la demandada ha dispuesto de suficiente poder de mercado, de forma tal que este supuesto dominio de mercado le haya provisto de una razonable expectativa de recuperar a futuro las pérdidas de corto plazo; (2) en caso de cumplirse la condición anterior, si existen indicios*

definitorios sobre fijación de precios de venta por debajo de los costos relevantes”. (Cons. 4º, 5º, 25º, 26º).

20.- Por último, en materia de comportamiento unilateral, merece la pena referirse a varias decisiones del TDLC recaídas en materia de competencia desleal. Hasta antes de la reforma legal que creó el TDLC, se entendía que las ex Comisiones tenían jurisdicción para conocer asuntos de competencia desleal, sea que en estos últimos casos se viera o no comprometido el mercado. En el nuevo texto legal, las prácticas de competencia desleal, para ser sancionadas por el TDLC, requieren ser “realizadas con el objeto de alcanzar mantener o incrementar una posición dominante”. El Tribunal, realizando un importante esfuerzo por deslindar las aguas entre la libre competencia y la competencia desleal, ha declarado lo siguiente:

a) Para configurar la infracción de prácticas de competencia desleal deben establecerse dos condiciones copulativas: 1) que se hayan realizado actos de competencia desleal; 2) que ellos tengan por objeto alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante en el respectivo mercado relevante².

b) Queda de manifiesto que la intención del legislador fue excluir del conocimiento del TDLC los actos de competencia desleal que no sean idóneos para afectar la libre competencia en el mercado³.

c) El principio de especificidad de las competencias excluye del conocimiento del TDLC materias referidas a los aspectos éticos o sanitarios de la publicidad, aquellos que afectan a los derechos de los consumidores o aquellos que se refieren exclusivamente a derechos de la propiedad industrial⁴.

² Por ejemplo, sentencias N° 10, 12, 17, 23, 30, 40, todas, del TDLC.

³ Por ejemplo, resolución N° 5 del TDLC.

⁴ Por ejemplos, sentencias N° 12, 17, 23 del TDLC.

d) No se cumple con los requisitos de la Ley, si el autor de la conducta de competencia desleal no goza de posición dominante en el mercado relevante respectivo, o ha tendido a alcanzarla con sus acciones⁵.

Siguiendo esta doctrina, el TDLC ha condenado, en unos pocos casos, a los autores de conductas de competencia desleal que afectaban o al menos ponían en peligro la libre competencia⁶ pero, en general, la mayor parte de las denuncias de competencia desleal han sido desestimadas, por falta de afectación al mercado⁷.

21.- Desde la perspectiva de los mercados, los organismos de defensa de la libre competencia han examinado los más diversos. Mencionaremos cinco mercados que han sido frecuentemente objeto de actuaciones por dichos organismos, en estos 3 años. (1) El mercado de laboratorios-medicamentos-farmacias, con 6 decisiones⁸; (2) El mercado municipal de la recolección, transporte y disposición de residuos (licitaciones públicas), con 6 decisiones⁹; (3) El mercado de los supermercados, con 3 decisiones¹⁰; (4) 4 Casos vinculados con el mercado de las telecomunicaciones¹¹; y, (5) 7 Casos vinculados con los mercados asociados a la infraestructura portuaria y aeroportuaria¹².

22.- Concluamos este repaso general de la aplicación de la nueva ley, con dos observaciones: (1) La inagotable discusión sobre el bien jurídico protegido o la finalidad del Derecho de la Libre Competencia y (2) La aplicación del Derecho de la Libre Competencia a las autoridades públicas (“reguladores”).

(1) En relación con el bien jurídico protegido o finalidad del Derecho de la Libre Competencia, es importante destacar que el TDLC sólo excepcionalmente se

⁵ Por ejemplo, resolución N° 5 del TDLC.

⁶ Sentencias N° 8, 30, 35 TDLC.

⁷ Resolución N° 5 TDLC, Sentencias N° 10, 12, 17, 23, 40 TDLC.

⁸ Sentencias N° 8, 17, 24, 33; Resoluciones N° 12, 16.

⁹ Sentencias N° 4, 34 y 37; Resoluciones N° 4 y N°7; Instrucción General N° 1.

¹⁰ Sentencias N° 9, 19 y 31.

¹¹ Sentencias N° 13, 25; Resoluciones N° 1,2.

¹² Sentencias N° 3, 36; Resoluciones N° 3, 6, 10, 11, 13.

ha referido de modo expreso a este asunto. En tal sentido, ha declarado, por ejemplo, que lo que se discute en dicha sede *son eventuales hechos, actos o convenciones contrarios a la libre competencia, precisamente el bien jurídico que el TDLC está llamado a proteger* (Cons. 2°, SENT. TDLC N° 11, 13.12.2004). Pero, hay declaraciones más explícitas, como, por ejemplo, *que la jurisprudencia reiterada de los organismos de defensa de la competencia ha señalado que la finalidad de esta legislación es la “salvaguardia de la libertad de los agentes económicos, sean ellos productores, comerciantes, prestadores de servicios o consumidores, para acceder al mercado respectivo en condiciones equitativas”* (Cons. 2° RESOL. N° 5, TDLC 05.05.2005). Sin embargo, también ha justificado, con criterios de *eficiencia asignativa*, la privación de dicho acceso a algún agente económico. Por ejemplo, el Tribunal justificó una negativa de venta, por cuanto, a su juicio, *criterios de eficiencia asignativa hacen conveniente asignar las copias disponibles (de películas cinematográficas) [cuando su número es limitado e inalterable], sólo a aquellas salas de cine que ofrezcan la opción de obtener mayores niveles de recaudación* (Cons. 26°, SENT. N° 16, TDLC 20.05.2005).

Por el momento, se puede avanzar dos conclusiones preliminares. (A) En términos generales, el TDLC parece haber seguido más una idea de mercados abiertos, que un estricto criterio de eficiencia asignativa, con daño real o potencial al mercado (entendido como disminución del excedente total o del excedente del consumidor). En efecto, sus decisiones parecen ponderar los distintos intereses en juego antes que focalizarse en uno solo, como pudiera ser el bienestar del consumidor. Por otro lado, muy excepcionalmente, ha adoptado medidas ligeras (“recomendaciones”), fundadas en el perjuicio real o eventual del pequeño comercio o comercio local (v., en este sentido, SENT N° 19, TDLC, 14.06.2005). (B) Cuando al TDLC le ha correspondido evaluar la competencia ex – ante (por ejemplo, licitaciones públicas o subconcesiones), en la puja por el monopolio que se generará ex – post, ha seguido un criterio inclusivo, de igualdad de oportunidades para participar en el proceso, de libre concurrencia en igualdad de condiciones, velando además por la transparencia del proceso. (v., en este sentido, SENT N° 11, TDLC 13.12.2004; o, SENT N° 34, TDLC 07.12.2005).

La discusión en relación con el bien jurídico protegido no ha quedado restringida al debate legislativo ni al foro especial de libre competencia. En el presente año hemos recibido dos aportes doctrinarios que merecen ser destacados.

Domingo Valdés, en su obra “Libre Competencia y Monopolio”, al concluir, expresa: “[...] el elemento específico y constitutivo de la ofensa monopólica es el atentado contra una libertad adquirida, de naturaleza política o civil, cuyo objeto no es otro que la competencia mercantil y, por tanto, contraria al justo precio. Por regla general [agrega el autor], la tutela de esta libertad entraña una mayor eficiencia económica; sin embargo, en aquellos casos de excepción en que ello no ocurre así, no puede sacrificarse tal libertad y el justo precio en aras de una mayor eficiencia económica”.

Por su parte, Eduardo Engel, en un estudio titulado “Que Gane el Más Mejor”, en co-autoría con Patricio Navia, ha traído Bork a la discusión nacional, citando de su conocido trabajo (The Antitrust Paradox), el siguiente párrafo: “Si se mira los textos de las leyes antimonopolios, la intención del legislador o las pautas de comportamiento judicial adecuado, se puede apreciar una opinión abrumadoramente favorable a que el bienestar de los consumidores sea el único objetivo al interpretar la normativa antimonopolios. Sólo este objetivo es consistente con la intención del legislador e, igualmente importante, sólo este objetivo permite a los tribunales comportarse responsablemente y lograr los objetivos perseguidos por el derecho”.

(2) Por último, en relación con la aplicación del Derecho de la Libre Competencia a las autoridades públicas, por las eventuales consecuencias anticompetitivas del ejercicio de sus potestades, particularmente las de carácter regulatorio, el TDLC, en varios casos, ha reprochado conductas o formulado recomendaciones a Municipalidades y Organismos técnicos regulatorios, (SENT. N° 17 de 20.05.2005 o N° 19 de 14.06.2005) o bien ha rechazado bases de licitación propuestas (RESOL. N° 13 de 27.06.2006) o sugerido a la

autoridad modificar o implementar determinada normativa (SENT. N° 44 de 26.09.2006).

La doctrina en la materia la estableció el TDLC en 2004, aunque ya venía de las Comisiones: *El TDLC es competente para conocer de actuaciones de la autoridad que infrinjan o puedan infringir las normas que protegen la libre competencia, aun cuando hayan sido efectuadas sin exceder sus atribuciones legales, pues éstas tienen el límite de respetar las normas de orden público económico contenidas en dicho cuerpo legal aplicable a “El que ejecute o celebre individual o colectivamente...”(art. 3° DL 211), sin distinguir al efecto entre entes privados o públicos, siendo reiterada la jurisprudencia de la HCR, en este sentido. (Cons. 1°) Sentencia N° 11 de 13 de diciembre de 2004 en causa Rol C 29-04 TDLC.*

IV.- Política y Derecho de la Libre Competencia en Chile: el futuro inmediato.

23.- Concluyo esta exposición con una muy breve reseña de algunos requerimientos relevantes presentados recientemente por la FNE, cuya resolución se espera para los próximos meses, y del proyecto de Ley en actual discusión en el Congreso.

24.- Ante el TDLC se encuentran en tramitación algunos importantes asuntos en los cuales la FNE ha intervenido, sea como informante o como requirente. Como requirente, se encuentran pendientes una causa en contra de la Cámara de Comercio de Santiago, Asociación Gremial encargada de administrar, monopólicamente el Boletín de Informaciones Comerciales, que habría incurrido en abusos en el cobro de las tarifas por determinados servicios que brinda; una causa en contra de las empresas concesionarias de redes telefónicas fijas, por entorpecer la entrada de empresas de telefonía IP, desarrollando barreras estratégicas en las cláusulas de sus contratos con sus clientes; un importante requerimiento en contra de las aseguradoras privadas de salud (Isapres), por coordinación y reducción simultánea y generalizada de

los planes de salud que ofrecen en el mercado; un requerimiento por negativa concertada de venta o boicot con perjuicio a los consumidores, en la distribución minorista, en especial vinculada a la venta del producto “televisores plasma”, obstaculizándose la promoción que realizaría un banco, el cual se vio imposibilitado de hacerlo, debido a la intervención de grandes tiendas por departamento y presión a sus proveedores; y requerimiento contra cadenas de supermercados, en que se solicita al TDLC, entre otras medidas, aplicar a las nuevas adquisiciones de supermercados efectuadas por las mayores cadenas, el régimen de consulta obligatoria ante el Tribunal.

Además, como informante, la FNE se ha pronunciado sobre el proyecto conjunto de generación eléctrica de mayor envergadura, anunciado para los próximos años, que implica un joint venture entre las dos principales generadoras del país, a ser desarrollado en el sur de Chile ; y sobre una alianza estratégica entre Soprole(Fonterra) y Nestlé.

25.- Buena parte de las energías del Fiscal Nacional Económico están siendo dirigidas a obtener del Congreso Nacional que se le otorguen nuevas prerrogativas, contempladas en un proyecto de reforma a la Ley de Defensa de la Libre Competencia. El proyecto, remitido por el Ejecutivo al Congreso en junio de este año, es ambicioso y apunta a objetivos tales como fortalecer la independencia de los integrantes del TDLC y mejorar la eficiencia de su labor, así como aumentar el monto de las sanciones pecuniarias, incorporando, como criterio de ponderación, la extensión del daño causado a la libre competencia.

Desde el punto de vista de la FNE, la incorporación de un mecanismo de delación compensada, que es parte del proyecto, constituye una sensible aspiración que permitiría dotar al organismo encargado de la detección de carteles, de una herramienta cuya eficacia ha sido probada en otros sistemas. Este objetivo se ve complementado con otras modificaciones legales que contempla el proyecto y que otorgarían a la Fiscalía facultades como la de solicitar a la policía el allanamiento, descerrajadura y registro de recintos públicos o privados, o la incautación de documentos y antecedentes; y, finalmente, la facultad de solicitar la intercepción toda clase de

comunicaciones. Todas estas facultades serían ejercidas bajo control preventivo del TDLC.

Santiago, 10 de octubre de 2006.

JEF/ FAJ