

**“DIME DE QUÉ PRESUMES Y TE
DIRÉ DE QUÉ CARECES”:
EL TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL DE LOS
ABUSOS DE DOMINANCIA EN CHILE***

JAVIER TAPIA C. **

RESUMEN

Este trabajo analiza la jurisprudencia chilena en materia de abusos de posición dominante desde el comienzo del funcionamiento efectivo del TDLC (2004) hasta mediado del año 2013, considerando tanto conductas exclusorias como explotativas. Se concluye

* Este trabajo actualiza, complementa y extiende, para el caso chileno, los argumentos desarrollados en ROBERTS y TAPIA (2013). Muchas de las ideas aquí expuestas son fruto de incontables enriquecedoras discusiones con MARIO YBAR, quien, si no fuera por su modestia, sería coautor. Con él estoy en deuda. Agradezco, además, los comentarios de FRANCISCO AGÜERO, ANDREA BUTELMANN, DANIELA GORAB, NICOLÁS ROJAS y CAROLINA WERNER; y la valiosa labor de investigación de CONSUELO FERNÁNDEZ. Los errores (y su abuso) son de mi exclusividad.

** “Ministro (juez) Titular del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC); Senior Research Fellow, Centre for Law, Economics and Society, University College London (UCL); académico, Universidad de Chile, e investigador asociado,

que, contrariando los incentivos con que fue pensado el sistema, existe en general una ausencia de reglas asentadas en análisis económico profundo. El examen muestra un elevado número de casos, indicativo de una cierta preferencia por el *over-enforcement*, y que estos, en su mayoría, pueden ser calificados de “simples”, en el sentido que la dominancia y los efectos son relativamente claros, y las partes no han justificado su conducta adecuadamente. Esto ha permitido al TDLC resolverlos de manera relativamente directa y rápida. Según se argumenta, la simplicidad de los casos se debe tanto a factores exógenos al sistema de competencia chileno (las características de los mercados) como endógenos (la estructura normativa del DL 211, la ausencia de un control obligatorio de fusiones y el deficiente diseño de la revisión judicial). El trabajo intenta, en fin, descubrir si existe algún test o estándar general que haya guiado la jurisprudencia en la resolución de los casos. A pesar del escaso análisis económico, se argumenta que ese test es equivalente al de la “ausencia de razonamiento económico”. Algunas lecciones generales son derivadas del análisis.

Palabras clave: abusos de dominancia, conductas explotativas, conductas exclusorias, Chile.

Clasificación JEL: K21, K42, L12, L40, L41.

Universidad Diego Portales. Las opiniones expresadas en este trabajo son personales y no reflejan necesariamente las del TDLC o de sus demás integrantes. Este trabajo fue completado en forma previa a mi nombramiento en mayo del año 2013. E-mail: jtapia02@gmail.com”

**“TELL ME WHAT YOU KNOW AND I’LL TELL YOU
WHAT YOU DON’T”:
JUDICIAL TREATMENT OF ABUSES OF
DOMINANCE IN CHILE**

ABSTRACT

This work assesses the Chilean case law on abuses of dominance since the establishment of the TDLC (2004) until mid-2013. It considers both exclusionary and exploitative types of conduct. The review reveals a general lack of rules based upon profound economic analysis by the Tribunal, which runs counter to the incentives embedded in the system at the time it was created. The work shows there are a large number of abuse of dominance cases, which indicates some preference for over-enforcement. Most of these may be considered “easy cases”, because the dominance and the effects are largely clear, and parties were unable to justify their conduct correctly. Accordingly, the TDLC has dealt with the cases directly and rapidly. This piece argues that the explanation for the simplicity of the cases can be attributed both to factors exogenous to the competition system (i.e., the characteristics of the local markets) and to endogenous factors (the normative structure of the competition act, the lack of compulsory merger control, and the poor design of the judicial review). Also, the work aims to assess whether there is test or general standard guiding the case-law on abuses of dominance. It is argued that, notwithstanding the scarce economic analysis, that standard is equivalent to the “no economic sense” test. Some general lessons are derived from the analysis.

Key words: *Abuse of Dominance, monopolization, exploitative conducts, exclusionary conducts, Chile.*

JEL Codes: K21, K42, L12, L40, L41.

*“Afirmar que el derecho en materia de abusos de dominancia debiera desarrollar una base económica más sólida no implica afirmar que las reglas del derecho debieran ser reemplazadas por decisiones discrecionales caso a caso basadas en cualquier cosa que se crea deseable en términos económicos. Deben existir reglas de derecho en esta área de la política de competencia, cuando menos por razones de predictibilidad y accountability. Por tanto, el tema no es reglas versus discreción, sino con cuanta corrección las reglas están fundadas en economía”*¹.

INTRODUCCIÓN

La preocupación por las conductas de las firmas que detentan una posición de dominio es un aspecto fundamental en cualquier economía de mercado. Por esta razón, ella constituye uno de los pilares de la mayor parte de (por no decir todas) las leyes de protección de la competencia. Sin embargo, más allá de este reconocimiento general, no existe un consenso respecto de la forma en que deben ser tratadas tales prácticas. Comparativamente, existen importantes diferencias entre jurisdicciones². Lo mismo sucede a nivel conceptual. Para algunos autores, particularmente asociados a la llamada “Escuela de Chicago”, la posición dominante es esencialmente transitoria y premia la innovación, por lo que las medidas tendientes a restringirla serían innecesarias al afectar negativamente los incentivos a realizar líneas de negocio legítimas y procompetitivas³. Otros, en cambio, han notado la impor-

1 VICKERS (2005), [traducción del autor].

2 Esto sucede incluso en(tre) jurisdicciones maduras. Para un resumen de algunas diferencias, véase MONTI (2012).

3 JACOBS (2005, págs. 67 y 70-72), DAVIDSON (2011) y PITOFKY (2008) discuten algunas de las visiones de los autores de la Escuela de Chicago. Por cierto, el

tancia de analizar caso a caso las conductas de estas firmas, las cuales podrían responder tanto a comportamientos competitivos como anticompetitivos⁴. Por tanto, en esta área del derecho de la competencia, como en ninguna otra, existe la importante tarea de establecer claros principios y reglas que guíen la aplicación de la ley y permitan discernir entre el comportamiento legal y el ilegal.

Si el derecho de la libre competencia tiene por finalidad producir resultados económicamente deseables en los mercados, tales principios y reglas debieran estar basados en la economía, por lo que el buen uso de esta última resulta vital para generar decisiones correctas en esta área. Sin embargo, como expresa una autora, “más economía no siempre significa mejor derecho”⁵. La aplicación de un análisis económico altamente sofisticado puede elevar de manera significativa los costos de operar el sistema. Para evitar esto, el derecho de la competencia suele recurrir a reglas directas y tajantes, ya sea bajo la forma de “puertos seguros”⁶, presunciones⁷ o reglas *per se*⁸. Aunque estos “atajos” pueden llevar a un *enforcement* más alto o más bajo que el deseable, los costos que acarrea optar por una regla determinada suelen ser menores que el de (intentar) aplicar la ley y las reglas económicas de manera

argumento expresado en el texto no parece aplicable a economías que aún se encuentran en desarrollo. En estas últimas, la posición de dominio normalmente no es consecuencia de la innovación, sino de una serie de circunstancias de mercado y de comportamiento. Al menos por esta razón, la figura de abuso de posición dominante merece un lugar destacado en las políticas de competencia. En este sentido, DABBAH (2011) y BRUSICK y EVENETT (2008). Las características generales de los mercados chilenos son señaladas *infra*, en sección 4.1.

- 4 Por todos, véase, e.g., CUCINOTTA et al. (2003).
- 5 SIBONY (2012) pág. 39.
- 6 Por ejemplo, ningún precio puede ser considerado predatorio si está fijado sobre una determinada medida de costo.
- 7 Por ejemplo, una firma con una cuota de mercado de más del 50% es dominante.
- 8 Por ejemplo, el precio bajo el costo promedio variable es siempre un abuso si quien lo fija es una firma dominante.

perfecta. Por esto, a la par de la resolución de un problema de mercado, el objetivo debe ser, entonces, establecer y aplicar *tests* que funcionen en materia de persecución de conductas, confieran predictibilidad y cuya base sea un sólido conocimiento económico; pero que, al mismo tiempo, tomen en consideración la realidad económica de cada país y los hechos del caso concreto de que se trate.

Hasta ahora, no existen estudios en Chile que hayan intentado analizar, de modo sistemático y general, cómo ha sido la creación y aplicación de reglas por parte de la jurisprudencia en esta materia; al menos con posterioridad a la introducción del TDLC⁹. Este trabajo es un esfuerzo por llenar ese vacío¹⁰. Como intentaré mostrar, las respuestas están aún en ciernes. Hasta ahora, tanto las peticiones al TDLC como las decisiones de este último han tendido a ser enmarcadas en términos muy generales, sin establecer parámetros acotados que provean una guía firme y suficiente para el comportamiento de las firmas. Si bien se aplica un determinado nivel de análisis económico y han sido establecidas reglas mínimas de comportamiento, el estándar es amplio y elusivo. En otras palabras, no existe claridad suficiente acerca de importantes definiciones mínimas relativas a cuáles estándares legales debieran ser aplicados o qué tipo de evidencia debe ser recopilada y sujeta a revisión.

Esta situación resulta sorprendente en un sistema como el nuestro, que ha sido *explícitamente* creado para conferir mayor certeza por la vía de invertir en análisis económico complejo¹¹. “La actual estructura institucional está vigente desde el año 2004

9 Un esfuerzo anterior es PAREDES (1995).

10 El trabajo no pretende realizar un examen de cuán bien o mal lo ha hecho el TDLC hasta ahora (no se proveen *benchmarks* para ello), ni tampoco tiene un sentido normativo, es decir, relativo a cómo debiera fallar el TDLC las materias aquí expuestas. El *approach* intenta ser estrictamente positivo.

11 Véase *infra*, sección 1.

y se basa en un sistema de agencia dual...”, con un organismo persecutor (la Fiscalía Nacional Económica o FNE) y otro encargado de juzgar (el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia o TDLC), ambos de naturaleza especializada¹². Esta estructura favorece (aunque no asegura) un enfoque económico en los casos y una mayor predisposición al uso de evidencia económica¹³. En grandes líneas, ella ha contribuido de buena forma a elevar el nivel general del análisis, produciendo que las conductas sean analizadas de forma más rigurosa, más razonable y más sofisticada. Al mismo tiempo, ha contribuido a la creación de una mayor “conciencia pública” acerca de los comportamientos anticompetitivos. Sin embargo, como he señalado, al menos en materia de abusos de dominancia persisten aún serios vacíos.

El desafío que esta situación plantea se acrecienta si se considera que, en nuestro derecho, la importancia de los abusos de dominancia es (e históricamente ha sido) cuantitativamente muy alta. El número de casos que han sido fallados por el TDLC (63 desde el año 2004 hasta julio de 2013) es mucho mayor al de otras jurisdicciones, considerando el mismo período, lo que si bien parece sugerir una relativamente eficaz resolución de los conflictos en esta materia, refleja, al mismo tiempo, un cierto grado de mayor tolerancia a la persecución excesiva (*over-enforcement*) de este tipo de conductas por parte de las autoridades de competencia nacionales. Esto se produce precisamente porque se trata de un sistema donde el *expertise* es alto y las autoridades (tanto el TDLC como la FNE) cuentan con recursos que les permiten, al menos en teoría, arriesgar en la aplicación de estándares legales.

A su vez, más allá de lo que sugieren “los números”, el tratamiento cualitativo de los casos evidencia la carencia en la crea-

12 En el mundo, es posible encontrar estructuras similares en Canadá, Israel y Sudáfrica. Sobre diseños institucionales, véase TAPIA y MONTT (2012).

13 Véase OECD (2010a & 2004), para el caso chileno; y ROBERTS (2012).

ción de reglas. El examen en la mayoría de ellos es más bien directo y se hace de una forma relativamente sintetizada. Esto es posible dado el carácter relativamente “simple” de los casos, en el sentido que en una larga fracción de estos es posible encontrar firmas abrumadoramente dominantes (por lo que en general la pregunta por la dominancia no ha sido disputada o refutada), presenta efectos relativamente claros (por lo que, en general, ha habido poca necesidad de llevar a cabo análisis de costos extensos para determinar el abuso), y en los cuales las firmas dominantes alegaron justificaciones de eficiencia extremadamente débiles o no las adujeron en lo absoluto (por lo que el TDLC no ha debido lidiar con evidencia extensa en materia económica relativa a los efectos *versus* las eficiencias de la conducta).

Tanto el elevado número de casos como sus características más salientes encuentran su explicación en una multiplicidad de factores que, en los hechos, han tendido a prevalecer por sobre el incentivo buscado y creado por el marco institucional. Por una parte, están las características generales de los mercados chilenos¹⁴: mercados concentrados, basados principalmente en recursos naturales, relativamente aislados geográficamente de los países industrializados, insertos en una economía pequeña en términos de población y de ingresos medios, pero con aún un alto nivel de desigualdad. Jurídicamente, un sistema de protección fuerte de los derechos de propiedad, una cultura legal bien asentada e instituciones de mercado desarrolladas, completan el panorama. Todo esto se traduce, en materia de competencia, en la existencia de firmas *claramente* dominantes en muchos mercados (al menos en términos de cuotas de mercado).

Por otra parte, al menos tres factores endógenos al sistema de competencia contribuyen al elevado número de casos y sus

14 Varios de estos aspectos, como la naturaleza concentrada de los mercados, son similares a la situación que se observa en otros países latinoamericanos. Véase TAPIA (2012).

características. Primero, el pobre diseño de la revisión judicial de las decisiones del TDLC por parte de la Corte Suprema, que en la práctica ha permitido que esta última opere crecientemente con falta de deferencia respecto de lo resuelto por el TDLC, influyendo en el estándar de los casos y en los incentivos a litigar¹⁵. Segundo, la carencia de un sistema de control de concentraciones obligatorio ha producido que el control estructural pase de ser *ex ante*, como en la mayoría de los sistemas comparados, a un control *ex post* que tiende a “inflar” la importancia de los abusos de dominancia¹⁶. Finalmente, el carácter general, amplio y flexible de la figura legal de abuso en el DL 211¹⁷, aunque confiere el potencial de permitir la realización de un análisis económico sólido de las conductas, sin arriesgar sobrepasar el marco legal, impone sobre el TDLC y los litigantes la importante carga de establecer los estándares adecuados para la resolución de los conflictos¹⁸.

La pregunta que surge es si existe un estándar de decisión generalmente aplicable a los casos de abuso de dominancia fallados en el derecho chileno o bien estándares aplicables a cada tipo determinado de conducta abusiva. Esta es una pregunta fundamental para asegurar que el DL 211 efectivamente promueva la competencia y el bienestar del consumidor en aquellos casos que, no careciendo totalmente de mérito, están sin embargo basados en una conducta que no es manifiestamente anticompetitiva. Esto no implica que deba (o pueda) ser establecido un test general

15 *Infra*, sección 4.2.1.

16 *Infra*, sección 4.2.2.

17 La ley chilena es el Decreto Ley N° 211 de 1973 (DL 211), el cual ha sido objeto de enmiendas en diversas ocasiones, siendo las principales las reformas introducidas en los años 2003 y 2009. Es posible sostener que, aunque los orígenes de la legislación datan de 1959 (con la dictación de la Ley 13.305), solo desde estas reformas Chile tiene un verdadero régimen de libre competencia moderno. Una descripción del régimen antiguo la da FURNISH (1971).

18 *Infra*, sección 4.2.3.

aplicable a todas las conductas potencialmente anticompetitivas o *tests* específicos para cada una de ellas¹⁹. Como argumentaré, la revisión muestra que, hasta hoy, tal test ha sido (una versión de) el de la “ausencia de sentido económico”²⁰. Con todo, este es un estándar meramente implícito, que puede ser derivado de la construcción relativamente textualista o formal aplicada por el TDLC, más que de un enfoque económico propiamente tal.

El resto del trabajo desarrolla estos aspectos bajo la siguiente estructura. La sección 1 presenta el diseño institucional chileno y los incentivos que surgen de él. En la sección 2 se provee un resumen estadístico de los casos chilenos. La sección 3 está dedicada al análisis de los casos más relevantes en las dos grandes áreas de los abusos de dominancia: abusos exclusorios y abusos explotativos. Luego, la sección 4 ahonda en los factores que han afectado el tratamiento de las conductas de abuso de posición dominante en Chile. La sección 5 intenta dilucidar cuál ha sido el estándar aplicado en Chile en casos de abuso de dominancia. Finalmente, la sección 7 presentan algunas conclusiones y lecciones.

1. LAS BASES DEL DISEÑO INSTITUCIONAL Y EL INCENTIVO AL ANÁLISIS ECONÓMICO

Como es sabido, el sistema chileno de defensa de la libre competencia está fundado en un esquema de agencia dual, que consta de la FNE como organismo persecutor y el TDLC como encargado de juzgar las controversias, ambos de manera exclusiva y excluyente en este ámbito. Esta estructura, relativamente inusual en el

19 La ausencia de un test general o de tests específicos para la mayoría de las conductas es común en otras jurisdicciones. Probablemente, las únicas excepciones se dan en materia de precios predatorios.

20 Véase *infra*, sección 5.

mundo²¹ y única en Latinoamérica en materia de libre competencia²², se basa en la especialización, es decir, en la experticia y/o experiencia dedicadas a un ámbito del saber específico por parte de ambos organismos²³.

Este sistema fue *explícitamente* creado para invertir en análisis económico complejo y profundo²⁴. La estructura dual debiera favorecer un enfoque económico en los casos, dada la mayor predisposición hacia el uso y consideración de evidencia económica en el análisis, tanto por parte de la FNE como del TDLC. En jurisdicciones con sistemas administrativos clásicos²⁵, en cambio, la evidencia es presentada por las partes dentro de la etapa de investigación, pero generalmente luego no queda sujeta a un proceso de publicidad e interrogación similar al realizado frente a un tribunal. Por su parte, en países con sistemas judiciales generalistas²⁶, si bien el testimonio de expertos puede ser oído por las cortes, los jueces no poseen un conocimiento específico en competencia, ni se incluyen economistas entre ellos o bien como

21 *Supra*, nota 12.

22 Desde el año 2011, Brasil cuenta con una institución unificada que incluye tribunales administrativos *dentro* de la agencia. En el resto de los países latinoamericanos prima un modelo administrativo tradicional, con una agencia que es parte del poder ejecutivo y que puede imponer sanciones, cuyas decisiones son luego revisadas judicialmente. Este es el sistema imperante, además, en la Unión Europea y en la mayoría de sus Estados miembros.

23 Esta es la definición de especialización usada en TAPIA Y MONTT (2012). En el caso del TDLC, esto se denota en su composición: dos economistas y tres abogados con experticia en materias de competencia.

24 En la historia de la Ley 19.911 de 2003, que creó el TDLC, se dejó claramente establecido que la especialización era una de las justificaciones del Ejecutivo para crear el nuevo organismo: “la combinación de especialidades de sus integrantes permite asegurar la solvencia técnica, legal y procedimental en el tratamiento de los temas sometidos a su conocimiento” (pág. 10). Asimismo, se destacó durante diferentes pasajes de la tramitación el carácter técnico del nuevo tribunal.

25 *Supra*, nota 22.

26 Es decir, donde jueces con jurisdicción común conocen de los casos.

asesores, lo que disminuye las posibilidades de contrarrestar el juicio de los expertos de manera directa.

Un sistema como el chileno favorece además un *enforcement* más activo de conductas unilaterales, pues el riesgo de desalentar conductas procompetitivas es relativamente bajo²⁷. La FNE puede incluso tener un incentivo a errar hacia el lado de la persecución excesiva y sobre-litigar²⁸. Frente a esto, dadas sus propias capacidades, en teoría el TDLC no necesita “restringir” las categorías de comportamientos prohibidos bajo las leyes de la competencia para desincentivar la presentación de casos con teorías del daño débiles, como sí ocurre en otros países²⁹. De hecho, el único límite ante el incentivo al *over-enforcement* parece ser el requisito (procesal) de que los litigantes presenten evidencia pertinente y convincente de sus alegaciones (dadas las reglas de la sana crítica aplicables).

2. ALGUNOS DATOS RELEVANTES³⁰

2.1 LA IMPORTANCIA CUANTITATIVA DE LOS CASOS DE ABUSO

Desde el establecimiento del TDLC en el año 2004, las autoridades chilenas de la libre competencia han sido cada vez más activas en el *enforcement* del DL 211³¹. Es importante determinar cuán importantes resultan los casos de abuso de dominancia

27 Es ciertamente menor que, por ejemplo, un sistema como el norteamericano, basado en decisiones de jurados, daños triples para los litigantes victoriosos y reglas de “*discovery*” que facilitan la litigación.

28 Incentivo que es, sin embargo, contrarrestado por la escasez de recursos.

29 Esta ha sido la práctica, por ejemplo, de la Corte Suprema de Estados Unidos y las Cortes Federales de ese país.

30 Los datos de esta sección están actualizados a julio de 2013 y comprenden la revisión de las sentencias 1/2004 a 130/2013.

31 La FNE ha investigado un promedio de 45 casos por año, siendo aproximadamente 15 iniciados de oficio y 30 por denuncias de particulares. El TDLC ha fallado un promedio de 14,33 casos al año.

en este contexto. La tendencia histórica previa al establecimiento del nuevo régimen fue la persecución de un elevado número de casos de conductas unilaterales (PAREDES, 1995). Si bien en un comienzo esta tendencia se mantuvo inalterada, la introducción de una estrategia de priorización explícita por parte de la FNE en el año 2010 debiera estar produciendo una disminución en la importancia relativa de estos casos en relación a la colusión. Sin embargo, fuera de que esta política es aún muy nueva como para juzgar su real impacto, la naturaleza confidencial de las investigaciones en esta materia impide verificar la realidad y velocidad de este cambio³². Considerando que durante el año 2012 se abrieron 48 investigaciones relativas a abusos de dominancia³³ y que al 31 de diciembre de 2012 aún existían aún 17 investigaciones vigentes de abusos provenientes de años previos³⁴, las investigaciones vigentes por colusión debieran superar la treintena para cumplir con lo aseverado por la FNE.

Con todo, las estadísticas oficiales del TDLC también informan que, en promedio, ha habido un aumento de los casos de

32 La confidencialidad implica que a un agente solo le es indicado que se ha iniciado una investigación en su contra, pero no la conducta imputada. En efecto, la FNE (2013) señala que “La comunicación hará referencia al hecho de haberse iniciado una investigación, al nombre del funcionario de la FNE a cargo actualmente de la respectiva investigación, las disposiciones que facultan a la Fiscalía para iniciar la respectiva investigación y la(s) actividad(es) económica(s), mercado(s) y/o industria(s) que serán objeto de la misma. En caso de investigaciones no reservadas, se adjuntará también copia de la resolución que ordena instruir investigación” (pág. 7). Con todo, “El Fiscal podrá disponer que no se dé noticia del inicio de una investigación al afectado, con autorización del TDLC. Procederá siempre la solicitud de no dar noticia, en los casos en que sea necesario practicar diligencias cuyo conocimiento previo ponga en riesgo su objetivo, causando perjuicio a la eficacia de la investigación de la FNE” (*ibid.*).

33 Este número es muy superior a las 12 investigaciones abiertas durante el 2011 y las 15 durante el 2010.

34 De hecho, en agosto de 2011 existían 34 investigaciones por abuso de dominancia en progreso, el más alto número de ese año. En total, la FNE cerró 20 investigaciones relativas a abusos en el año 2011.

colusión, los cuales han tomado prioridad en comparación con los casos de abuso, particularmente a partir de las reformas al marco legal introducidas en el año 2009. En efecto, desde su formación y hasta el mes de julio de 2013, el TDLC ha emitido un total de 129 sentencias en procedimientos contenciosos³⁵. De acuerdo a lo señalado por el TDLC, desde el año 2009 en adelante un 22% de las causas contenciosas pertenecieron al grupo de “colusión”, lo que implica un aumento significativo si se compara con el 12% del período 2004-2009. En el año 2012, en particular, se informó de un 33% de casos de colusión contra un 10% a abusos de dominancia durante el año inmediatamente anterior³⁶, porcentajes que se han mantenido estables durante el último tiempo.

Sin embargo, en las estadísticas oficiales del TDLC un porcentaje relevante de los casos han sido clasificados como “imposición de barreras artificiales a la entrada”³⁷, porcentaje que a mayo de 2013 ascendía a un 20%³⁸. Si se revisan en detalle, en realidad estos son, en su gran mayoría, verdaderos casos de abuso de posición dominante. De lo contrario, no sería justificable su tratamiento en sede de competencia, debiendo preferirse el uso de soluciones regulatorias. Como veremos, esta forma de clasificar no es meramente estadística, sino que refleja una práctica enraizada en los estándares sustantivos aplicados por el TDLC³⁹. Lo importante por ahora es destacar que la revisión muestra que la afirmación de las autoridades relativa al aumento de causas por colusión es algo engañosa: los casos de abuso siguen siendo extremadamente relevantes en el derecho chileno, al menos en términos cuantitativos.

35 TDLC (2013). Además, el TDLC ha emitido 43 resoluciones en procedimientos no-contenciosos y ha aprobado 6 acuerdos extrajudiciales.

36 TDLC (2012).

37 Por ejemplo, en el año 2011 este porcentaje ascendió a un 38% (TDLC, 2012).

38 TDLC (2013). En la última cuenta pública no se informó del porcentaje de este grupo que correspondía solo al año 2012.

39 Véase *infra*, sección 6.

Si se consideran ambos grupos (“abusos de posición dominante” e “imposición de barreras de entrada”) de manera conjunta, existe un total de 63 casos fallados por el TDLC en esta materia, desde su entrada en funcionamiento en el año 2004 hasta el mes de julio de 2013⁴⁰. Contrastado con la experiencia internacional, donde el número de casos no suele pasar de la veintena en un período similar, esta cifra es desproporcionadamente alta⁴¹. De esos 63 casos atribuibles genéricamente a abusos de dominancia, la FNE ha participado en 22 de ellos (habiendo iniciado 15 por requerimiento⁴²), mientras que 41 disputas han sido entre partes privadas sin intervención directa de la FNE. Todo esto parece sugerir, en principio, un cierto grado de mayor tolerancia a la persecución excesiva (*over-enforcement*) de este tipo de conductas.

2.2 TIEMPOS DE DURACIÓN, SANCIONES Y NATURALEZA DE LOS CASOS

La duración promedio de las investigaciones llevadas a cabo por la FNE en materia de abusos de dominancia ha sido de aproxima-

40 Este monto surge del análisis de las causas indicadas *supra* en nota 30, las cuales se encuentran en la base de datos de causas contenciosas del TDLC. No obstante, hay contradicción entre este listado y la información declarada por el mismo TDLC en sus estadísticas sobre las conductas juzgadas en causas contenciosas. En estas se afirma que un 43% de los casos resueltos corresponden a abusos de posición dominante, un 8% a barreras de entrada y un 4% a precios predatorios. Esto equivale a un 55% del total de casos fallados (129), lo que implicaría 70,95 casos.

41 Por ejemplo: ROBERTS y TAPIA (2013) (reportando 11 casos fallados por el Tribunal de Competencia de Sudáfrica en el período 1999-agosto 2012); VANDE WALLE y SHIRAIISHI (2013) (señalando que en Japón “los casos de monopolización han sido escasos”); OECD (2009) (reportando solo 2 casos que terminaron con multa en Colombia entre 2005-2007). OECD (2010b) reporta que Brasil tiene un número de violaciones encontradas similar a Chile: 57 para el período 2005-septiembre 2009.

42 Nótese que hubieron casos iniciados bajo el régimen antiguo (previo al año 2004) ante las Comisiones y solo finalizados ante el TDLC. Por esto, ellos no han sido considerados. Esto explica la diferencia numérica.

damente 18 meses entre los años 2010 y 2012⁴³. Dado que, salvo el plazo de prescripción (3 años en casos de abusos), la FNE no tiene un tiempo límite para investigar un caso, en ocasiones se ha producido algo de dilación, pero en general este tiempo parece razonablemente efectivo⁴⁴. En el TDLC, el tiempo promedio de tramitación ha sido de casi 2 años (1 año y 9 meses) en casos que tuvieron auto de prueba, y aproximadamente nueve meses y medio en casos con juicios abreviados⁴⁵. Al igual que en las investigaciones, esto demuestra un grado alto de eficacia en la resolución de los conflictos en esta materia.

Del total de casos, el TDLC ha sancionado 24, imponiendo multas en 18 de ellos⁴⁶. Seis casos se referían a prácticas explota-

43 Las investigaciones en materia de carteles parecen tomar algo menos de tiempo, promediando 17,6 meses durante el mismo período 2010-2012 (véase GCR, 2012).

44 En FNE (2013) este organismo se refiere solamente a que “Las investigaciones de la FNE deberán desarrollarse dentro de un plazo *razonable* de tramitación, atendidos (i) la naturaleza de la misma; (ii) el mérito del procedimiento; (iii) la extensión o complejidad del caso específico, teniendo en cuenta el número de personas afectadas por la investigación y el(los) mercado(s) o la(s) industria(s) objeto de la investigación; (iv) la falta de colaboración de los afectados o terceros y, en particular, si se hubiere producido una omisión o retardo en la entrega de la misma o si existieren dudas respecto de la calidad, integridad o veracidad de ella; y, en general, (v) toda circunstancia que pueda incidir en el ejercicio de las atribuciones y en el cumplimiento de los fines de la FNE en el caso concreto”, (pág. 8, destacado agregado).

45 Casos abreviados son aquellos donde no existe etapa probatoria. El tiempo promedio es de 628 días corridos en casos con auto de prueba y 287 días en casos abreviados, de acuerdo al TDLC (2013). En los primeros, nótese el importante rol que cumple el auto de prueba, que circunscribe la controversia a ciertos aspectos y no permite, por el contrario, extender la prueba latamente a cualquier aspecto de la causa. Asimismo, otras normas (como, por ejemplo, la limitación del número de testigos que pueden ser presentados por cada punto de prueba) son también relevantes para la eficacia del TDLC.

46 Los casos en que no se ha impuesto sanción son: *ACHS* (1/2004); *Hemisferio Izquierdo v. José Soler* (50/2007); *Delfos v. SCL* (61/2007); *FNE v. D&S y Cencosud* (65/2008); *Chiletabacos II* (115/2011); y *Naviera Valdivia v. MOP* (121/2012).

tivas, mayoritariamente en contra de consumidores, pero también en algunos casos hacia suministradores (los últimos, por infracciones a requisitos establecidos previamente, durante el anterior sistema de comisiones imperante en Chile)⁴⁷. Las otras 11 sanciones se refirieron a prácticas exclusorias cometidas por agentes económicos. Entre estas, existe una sanción por predación⁴⁸; dos por cláusulas de exclusividad (*exclusive dealings*), de las cuales una incluye una sanción por reembolsos (*rebates*)⁴⁹; una por amarras (*tying*)⁵⁰; dos por negativa de pactar (*refusal to deal*), aunque en uno de esos casos también se sancionó por estrangulamiento de márgenes (*margin squeeze*)⁵¹; y, finalmente, otras cinco sanciones por conductas que levantaban barreras artificiales de entrada o que no caen bajo ninguna categoría “limpia” o “tradicional” de abusos⁵².

Por sector, los casos de telecomunicaciones son el mayor número, representando un 12% del total de casos en procedimientos contenciosos ante el TDLC⁵³. Más difícil resulta proveer datos precisos de los casos por conducta. Muchos de ellos han sido cla-

47 Las nueve condenas son: *Nestlé* (7/2004) (condenatoria solo en lo que respecta a la discriminación de precios); *FNE v. Lan Airlines* (55/2007); *FNE v. Edelmag* (73/2008); *Atrex v. SCL* (75/2008); *GTD v. EFE* (76/2008); y *Constructora Independencia v. Aguas Nuevo Sur Maule* (85/2009).

48 *Loncomilla* (28/2005).

49 Los casos son *Chiletabacos I* (26/2005) y *Fósforos* (90/2009); el último se refiere también a *rebates*.

50 *Voissnet II* (97/2010).

51 *Voissnet I* (45/2006) y *OPS v. Telefónica* (88/2009); el último también por estrangulamiento de márgenes.

52 *Transbank* (29/2005); *Instituto Profesional de Chile v. Colegio de Kinesiólogos* (35/2005); *FNE v. Punta de Lobos* (47/2006); *María Rivas v. ABS* (62/2008); y *PTLA* (100/2010).

53 Las telecomunicaciones también explican un 22% de las consultas resueltas en procedimientos no-contenciosos.

sificados deficientemente por las partes⁵⁴ o han sido presentados de manera genérica ante el TDLC, utilizando el amplio inciso 1° del artículo 3° del DL 211, dejando a aquel la calificación. Por su parte, este último clasifica muchos casos simplemente de forma genérica (por ejemplo, como “abuso explotativo de posición de dominio”). Con todo, de la información disponible es posible desprender que la conducta más común con la que el TDLC ha lidiado parece ser la discriminación arbitraria de precios, seguida de predación.

2.3 REVISIÓN JUDICIAL Y DEMANDAS DE PARTICULARES

Del número total de sentencias emitidas por el TDLC (129), 80 han sido objeto de recurso de reclamación ante la Corte Suprema; esto es, aproximadamente un 62%⁵⁵. Hasta mayo de 2012, la Corte había fallado solo nueve en contra del TDLC⁵⁶ y ha considerado que existió contravención a la normativa en un caso que el TDLC había desestimado⁵⁷. Asimismo, en una ocasión la Corte ha aceptado a tramitación un recurso de revisión, el cual no está contemplado como vía de revisión judicial en el DL 211, aunque es parte del régimen de recursos generales. Sin embargo, el recurso fue desestimado⁵⁸.

En general, se observa un progresivo aumento en el número de reclamaciones. Por ejemplo, mientras en el año 2010 de

54 Un caso extremo es *OPS v. Telefónica* (88/2009), donde la conducta fue presentada como exclusoria por estrangulamiento de márgenes y negativa de venta, además de explotativa (discriminación de precios) y de “conducta desleal”.

55 En TDLC (2012) se informa que, a mayo de 2012, 67 casos habían sido objeto de reclamación, esto es, aproximadamente un 56% del total a esa fecha. En TDLC (2013) no se informó este dato.

56 TDLC (2012).

57 El caso era de predación (*Hardie*), lo cual derivó en la definición de los costos. Véase *infra*, nota 182 y el texto principal al que ella acompaña.

58 El caso fue *OMV*: sentencia rol 2746-2013, de 17 de julio de 2013.

las 12 sentencias emitidas en procedimientos contenciosos, seis fueron objeto de recurso de reclamación (50%)⁵⁹, en el año 2011 el TDLC emitió 9 sentencias, cinco de las cuales fueron reclamadas (55,5%)⁶⁰. Asimismo, es posible constatar una mayor demora en la resolución de los recursos de reclamación contra fallos del TDLC en la Corte Suprema. Durante el año 2010, el promedio de duración de la tramitación de un recurso de reclamación fue de 236 días, es decir, casi 8 meses (incluyendo dos casos relativamente simples, en los que la Corte tardó solo cuatro meses)⁶¹. Como veremos, tanto el acrecentamiento de la litigiosidad como la pérdida de eficacia en la resolución de los conflictos, son en buena medida atribuibles a la creciente revisión de cuestiones de fondo que está desarrollando la Corte Suprema⁶².

Finalmente, respecto de las demandas particulares por daños, estas permanecen en un bajo nivel. A mayo del año 2012, solamente cinco casos derivados de conductas abusivas de la firma dominante habían derivado en demandas: tres en precios predatorios⁶³, uno por discriminación⁶⁴ y uno por abuso exclusorio⁶⁵.

3. EL TRATAMIENTO DE ALGUNAS PRÁCTICAS ABUSIVAS

El hecho que en Chile se haya decidido un alto número de casos de manera relativamente eficaz en términos temporales, no implica –necesariamente– que la profundidad del análisis sea la

59 TDLC (2011).

60 TDLC (2012).

61 Incluso, uno de los casos resueltos tardó 444 días en ser resuelto, esto es, cerca de 15 meses.

62 *Infra*, sección 4.2.1.

63 *Quimel v. Hardie* (39/2006), *Loncomilla* (28/2005) y un antiguo caso de la Comisión Preventiva: *DAP v. Lan* (resolución 479/1996).

64 *Constructora Independencia v. Aguas Nuevo Sur Maule* (85/2009).

65 *Phillip Morris v. Compañía Chilena de Tabacos* (26/2005).

adecuada. Esta sección muestra, de manera separada para abusos exclusorios (3.1) y explotativos (3.2), que el examen en la mayoría de los casos es más bien directo y se hace de una forma relativamente sintetizada. Las causas son diversas y, muchas de ellas, no atribuibles al TDLC. Esto es posible dado el carácter relativamente “simple” de los casos, en el sentido que en una gran porción de estos es posible encontrar firmas abrumadoramente dominantes (por lo que en general la pregunta por la dominancia no ha sido disputada o refutada⁶⁶, aunque el TDLC ha sido laxo en su conceptualización⁶⁷); presenta efectos relativamente claros (por lo que, en general, ha habido poca necesidad de llevar a cabo análisis de costos extensos para determinar el abuso); y en los cuales las firmas dominantes alegaron justificaciones de eficiencia extremadamente débiles o simplemente no las adujeron (por tanto, el TDLC no ha tenido que lidiar con evidencia extensa en materia económica relativa a los efectos *versus* las eficiencias de la conducta)⁶⁸.

3.1 CONDUCTAS EXCLUSORIAS

Las conductas exclusorias son aquellas diseñadas por una firma para disciplinar o excluir rivales (HOVENKAMP, 2011: 715), de modo que pueda mantener su posición de dominio o incrementarla. En otros términos, se trata de conductas que producen efectos

66 Una excepción, por ejemplo, es *Voissnet II* (97/2010), especialmente en c. 24°.

67 Véase *infra*, sección 4.2.3.

68 Los ejemplos son abundantes. En un caso de precios predatorios, el defendido no argumentó contra la acusación de venta bajo los costos medios evitables, facilitando el proceso (*Loncomilla*, 28/2005). Asimismo, en un caso de venta atada, la firma dominante justificó la paquetización, pero no el diseño concreto de ella en el caso (*Voissnet II*, 97/2010). En otros dos casos, el defendido incluso justificó su conducta en la protección de sus ingresos (regulados) (*Voissnet I*, 45/2006, c. 54° y *OPS v. Telefónica*, 88/2009, c. 121°).

estructurales en un mercado, ya por la vía de excluir a competidores o ponerlos en desventaja. La protección al consumidor, entonces, se da por una vía indirecta, protegiendo la estructura competitiva. Al igual que en otras jurisdicciones, estos casos constituyen la mayor parte de los casos de abuso de dominancia en nuestro derecho: la mayoría de las decisiones se basa en que la firma dominante ha incrementado artificialmente las barreras de entrada o frenado la expansión de sus competidores.

3.1.1 *Negativa de pactar (refusal to deal) y estrangulamiento de márgenes (MARGIN SQUEEZE)*

Un primer grupo de conductas se refiere a aquellas negativas de pactar que, de forma excepcional, pueden constituir un abuso. Este grupo genérico incluye negativas de venta, de suministro, de contratación y otras similares, incluyendo la denominada “doctrina de las instalaciones esenciales”⁶⁹. Refiriéndose específicamente a la negativa de venta, el TDLC ha exigido consistentemente tres requisitos copulativos para establecerla⁷⁰: (i) que una firma sea “sustancialmente afectada [en] su capacidad de actuar o de seguir actuando” en el mercado (aguas abajo), a consecuencia de la falta de “insumos necesarios para desarrollar su actividad” en el mercado aguas arriba; (ii) que la falta de acceso a los insumos se deba al “grado insuficiente de competencia” en el mercado aguas arriba; y (iii) que la afectada este “dispuesta a aceptar las condiciones comerciales usualmente establecidas” por el proveedor del insumo.

69 La identificación de ambas doctrinas es al menos debatible. Véase, por ejemplo, HOVENKAMP (2011: 336). La doctrina de las instalaciones esenciales tiene un amplio reconocimiento en el derecho nacional. De hecho, existe en la materia una cantidad de estudios mayor a la habitual. Entre los principales: MONTT y NEHME (2009), WERNER (2007) y SERRA (2001).

70 En este sentido *Micom v. Enap* (64/2008), c. 11°; *OPS v. Telefónica* (88/2009), c. 142°; y *PACX* (Resolución 19/2006), c. 7°. En *OMV* (104/2010), c. 28°, se ratifica la jurisprudencia y reitera el último requisito.

Nótese que, al igual que en el derecho comparado, el TDLC no exige expresamente extensión del poder de mercado (*leverage*); esto es, no se demanda que la negativa le permita a la firma mantener o incrementar su posición de dominio en el mercado aguas abajo. La razón es que la negativa puede tener la aptitud para dañar al consumidor simplemente por la vía de evitar la entrada de una firma disidente (*maverick*) o una firma innovadora⁷¹. Asimismo, como ha expresado la jurisprudencia en Estados Unidos, la sola actividad de intentar extender el poder de mercado aguas abajo puede debilitar al monopolista, pues cuando este último intenta reafirmar su poder aguas abajo, la firma competidora tiene incentivos a buscar proveedores alternativos, lo que a su vez provee razones a estos para pensar que pueden competir con la firma dominante⁷².

A pesar de lo consistente de los fallos, no es evidente que estos requisitos sean los generalmente aplicables (con las pertinentes adecuaciones) a toda negativa de pactar. En especial, en algunos casos es discutible que la negativa de venta haya sido distinguida totalmente de la doctrina de las facilidades esenciales⁷³. La pregunta es si en Chile ambas constituyen dos doctrinas separadas o bien les son aplicables requisitos comunes. En este sentido, aunque los requisitos antes mencionados parecen similares a aquellos utilizados para establecer la aplicación de la doctrina de las instalaciones esenciales, una revisión más detallada no permite desarrollar analogías tan claras, lo que permite sostener que ambas son consideradas de manera separada en el derecho nacional.

71 Sin embargo, a favor del requisito, véase SALOP (2010).

72 Véase *Alaska Airlines v. United Airlines*, 948 F.2d 536, 549 (9th Cir. 1991), cert. denied, 503 US 977 (1992).

73 Por ejemplo, *OPS v. Telefónica* (88/2009). El mismo problema ha sido planteado por la doctrina europea respecto de los fallos en dicha jurisdicción. En Estados Unidos, la situación de la doctrina permanece irresuelta. Por todos, véase MONTI (2007) pág. 231 y ss.

En efecto, aunque a primera vista el requisito de la “afectación sustancial” parece equivalente al requisito de esencialidad exigido en el derecho comparado, no es completamente claro si dicha expresión realmente significa “indispensabilidad” (*indispensability*). De hecho, mientras algunos casos que se refieren a ambos de manera separada⁷⁴, otros se refieren exclusivamente a la indispensabilidad⁷⁵. Luego, en casos de instalaciones esenciales, el TDLC demanda que no exista la posibilidad económica de replicar la instalación a un costo y en un período de tiempo razonables⁷⁶. Finalmente, las condiciones para dar acceso a la instalación deben tener una justificación técnica o económica⁷⁷. Aunque este requisito parece vinculado a aquel demandado en casos de negativa de venta según el cual el requirente debe estar “dispuesto y habilitado” para aceptar las condiciones comerciales establecidas de manera no discriminatoria también para otros agentes, ambos no parecen referirse exactamente a la misma situación, sino que este último es una consecuencia del primero.

Con todo, cualquiera sea la doctrina invocada, lo importante es que a través de su jurisprudencia el TDLC parece indicar que el derecho de la competencia es apto para establecer deberes de pactar con rivales⁷⁸ y que, por tanto, está siendo usado como una especie de “abrelatas” de los mercados⁷⁹. Si esta es o no una po-

74 Compárese *OPS v. Telefónica* (88/2009), c. 36° y 142°.

75 Por ejemplo, *CCS II* (124/2012), c. 11° y *Afex v. Banco de Chile* (129/2013), c. 11°. En el primero, el TDLC define indispensabilidad como la imposibilidad de participar en el mercado aguas abajo sin la facilidad (*Ibid.*, c. 18° y c. 20°).

76 Por ejemplo, *FNE v. Punta de Lobos* (47/2006), c. 65°, *CCS II* (124/2012), c. 11° y *Afex v. Banco de Chile* (129/2013), c. 11°.

77 Por ejemplo, *Voissnet I* (45/2006), c. 50°.

78 Lo mismo ocurre en el derecho europeo. La posición allí ha sido construida a partir de *Commercial Solvents* (casos 6/73 y 7/73, *Istituto Chemioterapico Italiano SpA and Commercial Solvents Corp v. EC Commission* [1974] ECR 223, [1974] 1 CMLR 309).

79 La frase fue acuñada por VAN MIERT (2000). El tema en Europa puede ser visto en

lítica correcta es una discusión que va más allá de los límites de este estudio. Lo que importa destacar es que, en general, a una firma dominante le será dificultoso demostrar que la negativa de pactar con un rival está objetivamente justificada⁸⁰. Sin embargo, los requisitos para determinar cuándo y por qué, en nombre de la competencia, puede hacerse excepción a la libertad de contratar, no han sido del todo aclarados.

Una práctica exclusoria relacionada a la negativa de pactar es el estrangulamiento de márgenes, la cual ocurre cuando una firma dominante que controla un insumo aguas arriba y compite en el mercado aguas abajo, fija un precio relativamente alto para el insumo y un precio aguas abajo relativamente bajo (predatorio), de modo que la diferencia entre *ambos* precios no es suficiente para que sus rivales cubran sus costos⁸¹. En esta materia, la jurisprudencia chilena es escasa, existiendo solo dos casos calificados como tales. Pero este solo hecho es, de por sí, algo digno de ser destacado. En Estados Unidos, la Corte Suprema ha sostenido que el estrangulamiento de márgenes no constituye una práctica exclusoria diferente: o la firma dominante no da acceso a un insumo, o fija un precio predatorio para el producto aguas abajo; no hay espacio para una tercera teoría del daño⁸². En Chile, en cambio, siguiendo el modelo europeo, existe espacio para indicar que una práctica puede ser anticompetitiva aun cuando no exista una

TAPIA y MANTZARI (2013).

80 Normalmente, los casos de negativa de pactar requieren de un remedio adecuado aparejado a la imposición del deber de contratar. Este es un aspecto no tratado en este trabajo.

81 Desde cierto punto de vista, esta práctica puede ser considerada como un caso indirecto de negativa de trato, en la cual el precio de venta aguas arriba es excesivamente alto en relación a un *benchmark* competitivo determinado. Esto justifica su tratamiento conjunto. En sentido similar, BISHOP y WALKER (2010) pág. 322; HOVENKAMP (2011) pág. 328.

82 *Pacific Bell Telephone Company et al v. linkLine Communications Inc.*, 555 US 438, 129 S.Ct. 1109 (2009).

negativa de pactar (aguas arriba) o un precio predatorio (aguas abajo)⁸³.

Las razones subyacentes a esta posición no son claras, pero pueden tener que ver con los incentivos de la especialización antes descritos⁸⁴. Asimismo, las consecuencias tampoco son evidentes. En *GPS v. Entel* (78/2008) el TDLC aplicó el test del “competidor igualmente eficiente”⁸⁵ para sustentar su conclusión que el estrangulamiento no se había verificado. Es decir, determinó que era posible que la filial de la empresa dominante operara de manera rentable en el mercado aguas abajo pagando a su relacionada aguas arriba el mismo precio que esta última demandó a su rival⁸⁶. El test, sin embargo, no fue aplicado en el único fallo condenatorio en la materia, *OPS v. Telefónica* (88/2009). Aunque el TDLC describió la conducta como un estrangulamiento de márgenes, en realidad no produjo ningún análisis para determinar si la filial del demandado aguas abajo podría haber tenido utilidades con el precio ofrecido al demandante. Por el contrario, después de sostener que “existen distintos tipos de estrangulamiento de márgenes”, indicó que esta conducta se produce *porque* la empresa dominante habría discriminado precios arbitrariamente⁸⁷. En realidad, lo que se sancionó fue el hecho que a los competidores aguas abajo les fueran cobrados precios más altos que a aquellos no-competidores que hacían un uso menos intensivo del espectro, cambiando además las condiciones contractuales preexistentes. Lo importan-

83 En la jurisprudencia europea, véase el caso C-280/08P, *Deutsche Telekom v. Commission* [2010] OJ C 346/4.

84 *Supra*, sección 1.

85 *Infra*, sección 5.1.

86 *GPS v. Entel* (78/2008), c. 28°. El TDLC analizó la conducta aun cuando no encontró dominancia en el mercado relevante.

87 *OPS v. Telefónica* (88/2009), c. 97°. Con todo, en el considerando 126° se sostiene que la relación es inversa: la discriminación arbitraria se produjo *mediante* el estrangulamiento de márgenes.

te, sin embargo, es que al no hacer uso del test, el TDLC parece considerar la posibilidad de que, en ciertos mercados (como los de telefonía), la conducta abusiva de una firma dominante puede detener la entrada no solo de competidores igualmente eficientes, sino también de potenciales competidores cuya eficiencia no es conocida de antemano, previniendo la formación o consolidación de una estructura competitiva.

3.1.2 Estrategias predatorias (*predatory pricing*)

La protección contra los precios predatorios —esto es, precios fijados bajo una medida de costo relevante— es el área donde la jurisprudencia del TDLC parece ser más consistente, al menos en varios aspectos importantes⁸⁸. Primero, en relación al concepto de dominancia, respecto del cual la regla legal de la predación (el artículo 3 letra “c” del DL 211) exige que el objeto de la conducta sea “alcanzar, mantener o incrementar” una posición de dominio. Si bien ha existido una serie de casos donde el TDLC ha desechado reclamos debido a la ausencia de dominancia⁸⁹, también ha reiterado que el DL 211 no demanda que en realidad se detente una posición dominante, siendo suficiente que la conducta sea apta para alcanzar dicha posición. Esto se conoce en el derecho comparado como el requisito o test de la “adecuación”, el cual implica que el grado de poder de mercado necesario para incurrir en una conducta predatoria es menor al requerido en otras figuras de abuso de dominancia.

Segundo, la medida del abuso en caso de precios predatorios es objetiva y clara: el TDLC ha sostenido que una firma incurre

88 TARZIÁN y HEVIA (2005) concluyen que los criterios seguidos por la jurisprudencia en la materia no han sido uniformes, sino que han variado con la tecnología disponible en cada período. Sin embargo, agregan, se ha seguido razonablemente la evolución internacional. La conclusión se debe a que su análisis solo incorpora un caso fallado por el TDLC (*Hardie*).

89 Por ejemplo, *Quimel v. Hardie* (39/2006), c. 25°; *GPS v. Entel PCS* (78/2008), c. 21° y c. 22°; y *Vallejos v. Naviera Danvi Ship* (95/2010), c. 26°.

en esa práctica si vende sus productos bajo los costos medios evitables (*average avoidable costs*)⁹⁰, en contraposición a los costos medios variables (*average variable costs*).⁹¹ Tanto este requisito como el de dominancia requieren un examen de los costos⁹², lo que no siempre ha sido posible en los casos nacionales producto de restricciones informacionales. Sin embargo, explicitar una medida clara es un paso positivo, en tanto las partes no requieren enfrascarse en largas disputas asociadas a la definición y medición de costos, pudiendo enfocar sus esfuerzos en los efectos anticompetitivos de la conducta.

Donde los precedentes son menos claros es en el caso del requisito de la recuperación de las pérdidas (*recoupment*), exigido en la jurisprudencia norteamericana, pero no en la Europea⁹³. El TDLC ha sugerido que el estándar de prueba es uno de “razonable

90 Por ejemplo, *GPS v. Entel* (78/2008), c. 3°. Véase *Arauco v. D&S* (103/2010, c. 33°), donde el TDLC sostuvo que el precio bajo el costo durante un período promocional no constituye *per se* una conducta predatoria.

91 Este último es el estándar tradicional en la literatura y los precedentes internacionales. Sin embargo, como observan CHURCH y WARE (2000, pág. 660), “al tiempo que el estándar Areeda-Turner ha sido crecientemente acogido por los tribunales de la libre competencia, ha sido rotundamente condenado por los economistas”. Por esto, tanto la literatura como la jurisprudencia han avanzado en el reconocimiento de los costos medios evitables, reconociendo que es un estándar más adecuado para firmas multiproducto. Así se ha hecho, por ejemplo, en la Unión Europea, en la “Guía sobre Abusos de Dominancia” (EUROPEAN COMMISSION, 2009, párrafo 26). Es también importante reconocer que rivales eficientes pueden requerir alcanzar una cierta escala antes de poder igualar los costos medios del incumbente.

92 Esto está en línea con el enfoque adoptado por la Comisión Europea (EUROPEAN COMMISSION, 2009) y en Estados Unidos, el DOJ (2008).

93 En Estados Unidos se exige “*dangerous probability to recoup the losses*”. Véase *Brooke Group Ltd v. Brown & Williamson Tobacco Corp*, 509 US 209 (1993). En Europa, la posibilidad de recuperación solo juega un rol eventual en la determinación de la intencionalidad del predador, pero no es un requisito para sancionar, para lo cual basta la salida de uno o más competidores a causa de la conducta (caso C-202/07, *France Télécom SA v. Commission* [2009] OJ C 141/2, paras. 110-12).

expectativa de recuperación” de las pérdidas de corto plazo⁹⁴, es decir, no uno de evidencia cierta de la recuperación. Como veremos, esto es compatible con el test que parece subyacer al razonamiento del TDLC en la mayor parte de los casos de abusos exclusorios⁹⁵. Sin embargo, no es claro si la posibilidad de recuperar es inferida del poder de mercado (en cuyo caso la recuperación es superflua) o si debiera ser probada por otros medios (lo cual es menos probable que pueda ser incorporado en el marco legal).

3.1.3 *Acuerdos de exclusividad (exclusive dealing) y prácticas “híbridas” (loyalty discounts, rebates, etc.)*

En virtud de un acuerdo de exclusividad, un comprador se obliga a adquirir sus requerimientos de uno o más productos solamente de un determinado productor, o un vendedor a vender sus productos en un área a través de un solo distribuidor⁹⁶. El TDLC se ha pronunciado en escasas tres ocasiones acerca de esta práctica⁹⁷. En todas ellas se han reiterado fundamentalmente tres aspectos: primero, los acuerdos han constado expresamente en contratos; segundo, estos han sido suscritos entre una empresa claramente dominante (con una participación de mercado superior al 90%⁹⁸) y sus distribuidores; y tercero, las eficiencias que justifican los acuerdos no han sido debidamente acreditadas. Estas características han influido –quizás– en el silencio del TDLC respecto de una serie de cuestiones que normalmente son materia

94 *Quimel v. Hardie* (39/2006), c. 5° y c. 25°.

95 *Infra*, sección 5.1.

96 En ocasiones se distingue entre contratos de exclusividad con un solo proveedor (*exclusive dealing* o *requirement contracts*) y contratos con un solo distribuidor (*exclusive dealership* o *output contracts*). Sin embargo, el análisis sustancial de la competencia no se ve afectado por la distinción.

97 En *Chiletabacos I* (26/2005), *Fósforos* (90/2009) y *Chiletabacos II* (115/2011).

98 E.g., *Fósforos* (90/2009), c. 31° a 36°; *Chiletabacos I* (26/2005), c. 10°.

de discusión en casos relativos a exclusividades⁹⁹. Por ejemplo, el evidente poder de mercado vuelve inútil preguntarse si al distribuidor le es “inevitable” mantener relaciones comerciales con la firma dominante, al menos para una parte de la demanda del mercado¹⁰⁰. Sin embargo, en *Chiletabacos I* (26/2005) el TDLC parece aludir indirectamente a este requisito, al indicar que “atendida la naturaleza de la relación de negocios existente entre CCT y tales puntos de venta [...] a estos últimos no les cabe sino ceder ante tales amenazas pues, de no hacerlo así, se verían privados, en especial, del crédito que les otorga CCT, elemento este último que es fundamental para obtener [el producto]”¹⁰¹.

Asimismo, no ha sido establecido un estándar específico que permita determinar cuándo una tratativa de exclusividad restringe la competencia, pues las características de los casos antes mencionadas lo tornaron prácticamente superfluo en ellos. Si bien en *Chiletabacos I* (26/2005) se impuso a la firma dominante la obligación futura de no ejecutar la conducta, esto es, de no impedir que otros competidores accedan al canal distribuidor¹⁰², lo que en los hechos implicaba la consideración de las tratativas exclusivas como ilegales *per se* (sujeto siempre al carácter claramente dominante del proveedor involucrado en el caso), con posterioridad el requisito fue temperado en otro caso, permitiéndose la exclusividad

99 Lo fueron, por ejemplo, en los acuerdos mencionados *infra*, nota 110.

100 Por ejemplo, porque se trata de un producto “que se debe tener”, por ser preferido por muchos consumidores finales, o porque las limitaciones de capacidad de los otros proveedores son tales que una parte de la demanda solo puede ser satisfecha por el proveedor dominante (como en el caso T-65/98, *Van den Bergh Foods v. Commission* [2003], ECR II-4653, paras. 104 y 156, en el derecho europeo).

101 *Chiletabacos I* (26/2005), c. 30°.

102 *Chiletabacos I* (26/2005), resuelvo 3°. En *Chiletabacos II* (115/2011) se reiteran las medidas (c. 157°) e incluso se ordena a la firma dominante que cuando un competidor no pueda participar en el canal distribuidor por sus propios medios, debe cederle parte de su infraestructura (resuelvo 3°).

cuando ella no es discriminatoria y se encuentra justificada en costos¹⁰³.

En fin, las mismas razones podrían explicar que el TDLC tampoco haya prestado mayor atención a los plazos de duración de la exclusividad¹⁰⁴, ni que haya establecido “puertos seguros” (*safe harbours*) que determinen sus límites (anti)competitivos, tales como cuotas de mercado máximas cubiertas por la exclusividad o restricciones geográficas.

Por otra parte, existen varias estrategias de precio exclusorias que no se “amoldan” claramente a una práctica predatoria tradicional o a una tratativa exclusiva, como es el caso de algunos tipos particulares de descuentos. Uno de los ejemplos más controverbiales es el de los descuentos o devoluciones por fidelidad (*loyalty discounts* o *loyalty rebates*). En este caso, el vendedor condiciona un descuento en el precio (sea de forma *ex ante* o *ex post*) al hecho que el comprador adquiera una cantidad de un producto de aquel¹⁰⁵. Si el porcentaje de cuota de mercado establecida para que opere el descuento es 100%, se está en presencia de una “tratativa exclusiva” propiamente tal; si es menor, la práctica podría de todos modos ser exclusoria porque tiene el potencial de “cerrar” el mercado (*foreclose*). El problema se presenta cuando los descuentos reflejan un precio por sobre el costo promedio evi-

103 *Fósforos* (90/2009), resuelvo 3°. No obstante, en un acuerdo conciliatorio posterior a ambos casos, la firma dominante se comprometió a “no establecer, ni unilateralmente ni mediante acuerdos, ni de ninguna otra manera, en sus relaciones con los [clientes], acuerdos de Exclusividad de Comercialización ni Incentivos Exclusorios”, lo que parece ratificar un suerte de ilegalidad *per se* de estas conductas (*Acuerdo Conciliatorio Industria de Alimentos Trendy S.A. y Nestlé Chile S.A.*, sección III, primero. Véase también Resolución de Término 97/2012, que aprueba el acuerdo).

104 Generalmente cuanto mayor es la duración de la obligación, mayor es el probable efecto de cierre del mercado.

105 El descuento suele ser creciente: un 5% si adquiere el 80% de sus necesidades del vendedor, 10% por al menos el 90% de sus necesidades, etc.

table (es decir, no son propiamente “predatorios”). En el derecho comparado, estas prácticas con normalmente consideradas legales, pues el test aplicable se basa estrictamente en los costos como el *benchmark* a ser considerado¹⁰⁶. De este modo se ha establecido, por la vía jurisprudencial o estatutaria, un “puerto seguro” que otorga un grado de certeza al actuar de los particulares.

En el derecho chileno, sin embargo, el razonamiento en el único caso fallado por el TDLC relativo a estos descuentos condicionales, *Fósforos* (90/2009), se basó en criterios meramente formalistas, prescindiendo, por el contrario, de la aplicando un riguroso análisis económico de los efectos. El TDLC presumió la naturaleza ilegal de la práctica considerando ciertas características del mercado (como el alto poder de mercado del defendido y la naturaleza decreciente de la demanda del producto), la forma cómo los descuentos fueron estructurados (primero como contratos de exclusividad, luego remplazados por descuentos retroactivos e individualizados, pero cuyo resultado restrictivo de la competencia era el mismo¹⁰⁷) y su magnitud.

Con todo, nuevamente la ausencia de una justificación económica fue fundamental en la calificación de los descuentos como anticompetitivos¹⁰⁸. Ello explica que el TDLC ordenara a la firma dominante a 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

106 Hay opiniones en contra. Véase SALOP (2006) y WRIGHT (2013).

107 EL TDLC indicó que “para lograr el descuento, era prácticamente indispensable no ofrecer el producto de otros proveedores” y que con el descuento pactado la firma dominante pretendía “obtener el mismo fin restrictivo de la competencia que obtenía con la exclusividad –solo que esta vez con una técnica contractual distinta–” (*Fósforos*, 90/2009, c. 104° y 108°, respectivamente).

108 Por ejemplo, en el c. 152° se indica que “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”. Véase también c. 158°.

respecto de las características de quien adquiriera 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 condiciones¹⁰⁹. Esta necesidad de fundamentar los descuentos ha sido ratificada en dos acuerdos extrajudiciales concluidos por la FNE (aprobados por el TDLC)¹¹⁰ y una resolución a propósito de una fusión¹¹¹.

Más allá de requerir una justificación económica como regla general, no es claro que en el futuro el análisis para determinar si los descuentos son anticompetitivos estará basado en costos. Reiterando, una explicación plausible para el análisis formalista llevado a cabo en *Fósforos* es que el demandante no proveyó suficiente información como para que el TDLC realizara un examen

109 *Fósforos* (90/2009), resuelvo 3°.

110 En el primer caso (*Cerveceras*, Resolución de Término 62/2008), la FNE requirió en contra de la empresa cervecera dominante por acordar tratativas exclusivas con bares y restaurantes. Uno de los argumentos de la defensa fue que estas tratativas representaban solo una proporción menor del mercado relevante y que, en cuanto tal, no tenían un carácter exclusorio. La FNE contra-argumentó que la exclusividad apuntaba hacia un nicho estratégico enfocado a locaciones donde existía un poder comprador muy alto, donde los principales competidores potenciales, las cervezas artesanales, eran las que más probablemente podrían entrar al mercado. El procedimiento terminó con el compromiso adquirido por la empresa dominante de poner fin a los contratos de exclusividad. En un segundo caso (*Bebidas*, Resolución de Término 92/2011), la FNE requirió a los principales distribuidores de productos Coca Cola por otorgar a una serie de revendedores descuentos que estaban sujetos a la negativa de vender marcas alternativas de bajo costo. Esta exclusividad nunca fue aplicada respecto de sus principales competidores. Aunque inicialmente los defendidos negaron los cargos, más tarde decidieron poner fin al procedimiento acordando adoptar e implementar una serie de compromisos, entre los cuales se encontraba la restructuración de los descuentos y la concesión, por un período limitado de tiempo, de espacio en sus refrigeradores para las marcas B en aquellas tiendas que no contaran con un segundo refrigerador.

111 *Lan/Tam* (Resolución 37/2011), donde se prohibió a la aerolínea a dar incentivos a las agencias de viajes en relación a las metas de ventas, atendida la alta participación de mercado y a que los descuentos carecían de justificación económica.

económico. Podría sostenerse, entonces, que el test aplicado fue apropiado, dado los casi evidentes hechos del caso. Sin embargo, un análisis más sofisticado se esperaría si la cuota de mercado fuera menor o si existieran las razones de eficiencia para crear los aludidos mecanismos de incentivo para los clientes.

3.1.4 *Ataduras (tying) y empaquetamiento (bundling)*

Una última conducta exclusoria relevante son las ventas atadas, la cual consiste en que un vendedor acuerda vender su producto solo a condición que el adquirente compre también un segundo producto del mismo vendedor (reduciendo, por tanto, las ventas de los rivales). La práctica adopta una forma menos absoluta cuando se trata de un empaquetamiento, en virtud del cual se otorga un descuento o una devolución condicional a que el comprador adquiriera dos productos distintos del vendedor. En Chile, aunque los casos son escasos, esta práctica ha tenido cierto grado de repercusión en el mercado de las telecomunicaciones¹¹².

El TLDC ha indicado que la venta atada no es anticompetitiva si la venta de uno de los productos no está condicionada a la venta de los otros, careciendo de relevancia el hecho que la firma dominante “impida o dificulte” la comercialización separada¹¹³. Asimismo, ha sostenido que “el principal mercado afectado por la conducta de venta atada es el mercado del producto atado o vinculado”¹¹⁴. Finalmente, ha dicho que si bien, en general, la oferta conjunta de bienes o servicios puede reflejar economías de ámbito, siendo eficiente en esos casos, ella no puede ser realizada con un descuento de tal magnitud que uno de los servicios sea ofrecido, en la práctica, a un precio negativo —que fue lo que en

112 Aparte de los casos, véase TDLC, *Instrucciones de Carácter General N° 2/2012*.

113 *Héctor Sotomayor v. Entel PCS (25/2005)*, c. 12° y 13°.

114 *Voissnet II (97/2010)*, c. 58°.

este caso ocurrió—, pues no es razonable que el costo marginal de un producto sea menor a cero¹¹⁵. Estas reglas, aunque extremadamente básicas, son sin embargo un paso adelante respecto del tratamiento de otros tipos de conductas.

3.2 ABUSOS EXPLOTATIVOS

Tal como acontece en Europa y otras jurisdicciones¹¹⁶, la legislación chilena acepta la sanción de abusos explotativos, es decir, aquellos que perjudican el interés de los consumidores directamente, sin producir ningún efecto en la estructura de competencia. Se trata esta de la posibilidad más obvia de ejercer una posición dominante¹¹⁷: la firma que la detenta ejerce su poder de mercado por la vía de elevar el precio por sobre el nivel competitivo, actuando así de una forma en la que no le sería posible hacerlo si estuviera en un ambiente competitivo. En Chile, la posibilidad de sancionar este tipo de comportamiento es cierta tanto respecto de los precios excesivos (que no son sancionados en algunas jurisdicciones, como por ejemplo Estados Unidos), como respecto de la discriminación arbitraria de precios (que sí es generalmente reprochada en el derecho comparado). Sin embargo, de modo similar a otras agencias de competencia del mundo, las autoridades de competencia nacionales han atacado los precios excesivos en muy pocas ocasiones. Sí se ha hecho, en cambio, un uso intensivo

115 *Voissnet II* (97/2010), c. 66°. A juicio del TDLC, tal práctica le permitió “extender o potenciar su poder de mercado” en el mercado atado (c. 59°), permitiéndole no solo permitió excluir competidores, sino también reducir la libertad de los consumidores de contratar con proveedores alternativos o bien no contratar el servicio atado en absoluto (c. 63°).

116 Por ejemplo, Sudáfrica. Véase **ROBERTS** (2008).

117 En el mismo sentido, **BISHOP** y **WALKER** (2010) pág. 237 (indicando que esta es “tal vez la más intuitiva forma de abuso”). Para un análisis de esta práctica en el derecho comparado, véase **ELHAUGE** y **GERADIN** (2011) pág. 404 y ss.

de la defensa contra la discriminación de precios.

En materia de precios excesivos, entre los años 2007 y 2008 se dio comienzo a una aparente tendencia jurisprudencial que consideraba abiertamente este tipo de conductas como abusivas. En tres casos el TDLC determinó que existía discriminación de precios debido a que el monto que la firma dominante estaba cobrando no estaba basado en ninguna medida de costo relevante o simplemente no tenían fundamento alguno¹¹⁸. En otro caso, sin embargo, luego de concluir que la estructura tarifaria usada por la firma “no tiene fundamento en costos”¹¹⁹, el TDLC sostuvo que de todos modos “existen razones *económicas* que permitirían justificar la estructura de tarifas por tramos de deuda”¹²⁰, por lo que la conducta no fue estimada arbitraria o carente de razón. Extrañamente, el TDLC no mencionó cuáles eran esas otras razones, limitándose a constatar que “la circunstancia de que sea económicamente razonable una estructura de tarifas creciente por tramo de deuda no permite descartar que esa estructura pueda ser abusiva, ya que no cualquier progresión es razonable”¹²¹.

Con todo, nuevamente las decisiones parecen estar guiadas por la naturaleza relativamente “fácil” de los casos: mientras en dos de los tres casos decididos en el año 2008, la firma dominante vulneró de forma abierta los términos de los contratos que establecían su campo de acción¹²²; en el tercero, las diferencias de

118 *Atrex v. SCL* (75/2008), c. 51°; *GTD v. EFE* (76/2008), c. 49°; *FNE v. Lan Airlines* (55/2007), c. 39°.

119 *CCS I* (56/2007), c. 40°.

120 *Ibid.*, c. 45° (énfasis agregado).

121 *Ibid.*, c. 46°. Culpando a la FNE de no precisar en el requerimiento cómo o por qué la estructura tarifaria sería abusiva, el TDLC indicó que “no tiene antecedentes que permitan identificar cuál sería el escalonamiento de tarifas *socialmente óptimo*” (c. 46°, énfasis agregado).

122 *FNE v. Edelmag* (73/2008) y *Atrex v. SCL* (75/2008).

precio eran enormes y recaían sobre dos productos (agua y alcantarillado) que estaban literalmente a uno y otro lado de la calle, con regulación aplicable en un lado, pero no en otro¹²³.

A pesar de que los avances en materia de abusos explotativos (bajo el marco legal de la discriminación de precios) parecían promisorios, el año 2010 revirtió la tendencia. En *Emelat* (93/2010), el TDLC indicó claramente que el abuso explotativo no es un abuso en sí mismo. Las razones del cambio no son claras. Una explicación posible, relacionada con ciertas explicaciones dadas por la literatura, puede estar ligada a la influencia personal de algunos ministros. En particular, en el año 2010 TOMÁS MENCHACA, ministro del TDLC desde sus inicios en el año 2004, fue nombrado Presidente del mismo organismo. El Presidente MENCHACA ha defendido con firmeza el carácter legal de estas prácticas; o, más precisamente, el ámbito extremadamente limitado que debiera dársele a la parte del DL 211 que permite la sanción de los abusos explotativos. Esta opinión la ha expresado con firmeza no solo en fallos, sino también en discursos y publicaciones académicas¹²⁴. Su argumento puede resumirse en la afirmación que “el tribunal no es un ente regulador de precios”, el cual es precisamente el tipo

123 *Constructora Independencia v. Aguas Nuevo Sur Maule* (85/2009). Nótese que en algunas jurisdicciones (como Sudáfrica, por ejemplo) este caso debiera haber sido presentado como precio excesivo, dadas las restricciones de la ley en materia de discriminación arbitraria de precios.

124 En un capítulo de libro, por ejemplo, él argumenta que “no debiera sancionarse el mero hecho de que una empresa, incluso monopólica, fije precios altos, sin perjuicio de que ello pueda indicar su poder de mercado y la posibilidad de abusar del mismo y sin perjuicio de la posibilidad de recurrir a la regulación, incluso de precios, en caso de tratarse de un monopolio natural con gran poder de mercado, si es que tal regulación se justifica económicamente” (MENCHACA, 2011: pág. 263). Asimismo, agrega dos argumentos. Primero que el beneficio de condenar tales prácticas sería muy bajo y los costos muy altos. Segundo, que existiría un riesgo de abrir la puerta a un tipo de regulación “que destruiría las bases esenciales del sistema de libre mercado” (*Id.*, pág. 264). Nótese que esta opinión sigue de cerca a la expresada por el juez Scalia, de la Corte Suprema de Estados Unidos, en el caso *Trinko* (*Verizon Communications v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP*, 540 U.S. 398 [2004]).

de razonamiento expresado en *Emelat* (93/2010)¹²⁵. Así, aun cuando este caso fue fallado poco antes que asumiera su período como Presidente, es posible especular que su pensamiento en la materia estaba entonces comenzado a ser influyente entre sus pares.

Si bien es cierto que atacar precios excesivos es una opción poco atractiva para una agencia de competencia, atendidos los problemas de identificar qué precio es excesivo y cuál es el remedio apropiado, lo cierto es que el argumento reduccionista es poco sostenible bajo el actual texto legal chileno. Este se refiere expresamente a la necesidad de evitar la “explotación abusiva” de la posición de dominio. De hecho, en países donde existe una redacción similar de la norma, como en las traducciones francesa y alemana del Tratado de la Unión Europea¹²⁶, la discusión se dio en algún momento respecto de la situación inversa: se preguntaba si la norma era aplicable solo a abusos *explotativos* o si también podía ser extendida a abusos exclusivos, zanjándose finalmente en favor de la interpretación amplia¹²⁷. En Estados Unidos, donde la sanción de precios excesivos no es aceptada, el texto legal es completamente diferente: se refiere a “monopolización”.

Con todo, independiente de la discusión doctrinaria, el resultado práctico de la posición del TDLC ha sido la ausencia de nuevos casos de abusos explotativos por precios excesivos. Por cierto, es difícil establecer causalidad: si la FNE o los privados no han presentado casos *porque* ellos han sido desincentivados por la nueva tendencia es un tema que permanece irresuelto.

125 Por ejemplo, en el c. 31°.

126 El artículo 102 del Tratado de la Unión Europea se refiere a “...d’exploiter de façon abusive”, en francés, y “mißbräuchliche Ausnutzung” en alemán. De modo similar, la norma española también habla de “explotación abusiva”. El texto inglés, en cambio, solo indica “any abuse...of a dominant position”.

127 La situación fue resuelta por la Corte Europea de Justicia en favor de la interpretación amplia en *Continental Can* (caso 6/72, *Europemballage Corp and Continental Can Co Inc v. Commission* [1973] CMLR 199).

4. FACTORES QUE EXPLICAN EL TRATAMIENTO DE LAS CONDUCTAS ABUSIVAS

Hasta ahora, los incentivos derivados de la especialización del sistema de competencia solo parecen haber funcionado de modo parcial: si bien se ha producido un volumen importante de casos, no ha existido un mayor control de la sustancia. Aunque la revisión de la sección precedente ha mostrado que aunque existe un buen nivel de análisis básico, la estructura institucional no siempre ha asegurado profundidad ni predictibilidad en las decisiones. Una explicación plausible es que, en muchos casos, los beneficios derivados de dicha estructura se han visto contrarrestados o superados por el influjo de otros factores, los cuales, en general, corresponden a dos grandes grupos. El primero es exógeno a la legislación, y está dado por las características generales de los mercados nacionales. El segundo está compuesto por una serie de elementos endógenos a la legislación chilena, tanto institucionales como normativos.

4.1 FACTORES EXÓGENOS AL SISTEMA DE COMPETENCIA

Las características generales de los mercados chilenos son comunes a los de varios otros países latinoamericanos y economías en desarrollo¹²⁸. En primer lugar, la evidencia muestra que muchos mercados son altamente concentrados. En el caso de algunas industrias particulares, como la banca, salud o el sector forestal, así lo han demostrado algunos de los estudios de mercado encargados por la FNE¹²⁹. En varias otras, el análisis hecho por el TDLC

128 Respecto de países latinoamericanos, véase TAPIA (2012).

129 Por ejemplo, se ha señalado que “Luego del análisis descriptivo de la estructura de propiedad del mercado de la Salud, se ha podido constatar un importante nivel de concentración existente en él” (PUCV 2012, pág. 52); que “En la última década, la estructura del mercado bancario

en los casos presentados ante él ha puesto de manifiesto que la concentración tiende a ser transversalmente elevada¹³⁰. A esto se suma el hecho que varias firmas suelen pertenecer a grandes conglomerados económicos con presencia simultánea y contacto en múltiples mercados. En segundo lugar, dadas las características geográficas del país, los mercados chilenos se encuentran relativamente aislados de los países industrializados, lo que produce el doble efecto de, por una parte, disminuir (aunque solo en cierta medida) las posibilidades de competencia potencial y, por otra, hacer que las firmas locales se hayan enfocado principalmente en los mercados internos. Tercero, Chile es una economía pequeña en términos de población (cerca de 16,5 millones de habitantes), lo que se traduce en mercados de un tamaño relativamente menor en términos de demanda, pero de ingresos medios/altos (con un PIB per cápita a paridad de poder de compra de aproximadamente US\$15,363 al año 2012¹³¹). Finalmente, varios mercados suelen ser mercados maduros, en los cuales las (normalmente severas) asimetrías de información se refuerzan mutuamente con las economías de escala existentes.

Este grupo de características permite que la mayoría de los factores que, en materia de libre competencia, comúnmente se estiman como determinantes en la adquisición de dominancia en una industria –tales como la ventaja de “moverse primero”, la

ha evolucionado hacia una mayor concentración” (GÓMEZ-LOBO y GONZÁLEZ, 2010, pág. 3); reconociendo, empero, que en el contexto internacional el nivel chileno no es alto ni atípico; *Ibid.*); y que el sector forestal “se percibe como un sector de grandes dimensiones, pero donde solo dos empresas dominan la mayoría de las actividades” (Universidad de Concepción, 2009, pág. 119).

130 Véase *supra*, sección 3.1.

131 BANCO MUNDIAL (2013). En tanto el GNI per cápita a paridad de poder de compra (PPP), al mismo año, es US\$21,590. La cifra es sin perjuicio del alto nivel de desigualdad.

calidad y cantidad de inversiones irreversibles, el desarrollo de ventajas de costos, la reputación y las externalidades de red, entre otros— se encuentren con relativa facilidad (y usualmente de manera conjunta varios de ellos a la vez). Esto se traduce en la existencia de firmas *claramente* dominantes en muchos mercados. Esta posición proviene, además, usualmente no de la innovación, sino tanto de una cierta inercia como del “atrincheramiento” propio al cambio desde antiguos monopolios estatales a firmas privatizadas. Si a esto se suma el hecho que, jurídicamente, Chile cuenta con un sistema de protección muy fuerte de los derechos de propiedad, una cultura legal bien asentada e instituciones de mercado desarrolladas, la dominancia deviene en un fenómeno relativamente permanente en el tiempo. Esto, por una parte, explica el hecho que la pregunta por la dominancia no haya sido relevante en la mayoría de los casos; por otra parte, ha impuesto la necesidad de monitorear con mayor celo el comportamiento de las firmas que la detentan.

4.2 FACTORES ENDÓGENOS AL SISTEMA DE COMPETENCIA

4.2.1 *La revisión judicial*

Un primer factor endógeno que ha influenciado de manera importante el desarrollo de los casos de abuso de posición dominante en Chile es el sistema de escrutinio judicial. Como es sabido, las decisiones del TDLC están sujetas al control de la Corte Suprema, donde los casos de competencia son analizados por la Tercera Sala. Si bien esta última tiene a su cargo las causas de derecho constitucional y administrativo, usualmente no lidia con disputas con un componente económico importante. Adicionalmente, en nuestro sistema jurídico no resulta habitual que los ministros de la Corte cuente con el apoyo de “ayudantes” (*clerks*) especializados o bien se acuda a relatores *ad-hoc* expertos en un área determinada. Estas

características pueden eventualmente limitar la especialización del sistema y los incentivos que ella conlleva aparejados.

El que dicho peligro potencial se transforme en real depende fundamentalmente del estándar de revisión judicial. En Chile, esta última se hace por la vía del llamado “recurso de reclamación”, cuyo ámbito no está definido en el DL 211, quedando entregado libremente a la interpretación de la Corte. De forma creciente, esta última ha utilizado el recurso en los términos más amplios posibles, lo que ha llevado a una suerte de “espejismo”: aunque en la mayoría de las ocasiones la Corte ha confirmado lo fallado por el TDLC¹³², un análisis más profundo de los casos revisados revela que la realidad dista de lo mostrado por las estadísticas. Progresivamente, el ámbito de aplicación del recurso ha sido ampliado¹³³. En la actualidad, la Corte Suprema decide los casos realizando un análisis de cuestiones de derecho, de hecho o incluso de política; y, en ocasiones, ha llegado a sustituir la decisión del TDLC por la suya propia¹³⁴. En la práctica, el recurso de reclamación ha operado crecientemente con un estándar de apelación¹³⁵.

132 Véase *supra*, sección 2.3.

133 En la fusión *Movistar/Bellsouth*, la Corte limitaba su competencia en procesos no contenciosos a “la procedencia o improcedencia” de las condiciones de la fusión, sin que le fuera posible rechazarla (Corte Suprema, sentencia rol 396/2004, de 15 de julio de 2005, c. 4°). Cuatro años después, en cambio, en *3G*, afirmó que estaba habilitada para “revisar íntegramente los fundamentos que tuvo en cuenta el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia para arribar a su decisión, incluyendo el análisis jurídico y económico” (Corte Suprema, sentencia rol 4797-2008, de 27 de enero de 2009, c. 6°).

134 Refiriéndose a la reclamación, el ex Presidente de la Corte Suprema, don Milton Juica (2011), ha indicado que “[e]l problema que se presenta es que como no es ni apelación ni nulidad, hay que concluir que comprenderá ambos fines, lo que resulta bastante impropio para un tribunal de derecho como lo es la Corte Suprema. [...] ante tal ambigüedad, la verdad es que la Corte Suprema actúa como tribunal de instancia, conociendo por ello tanto de las cuestiones de hecho [...] y también como órgano de derecho...”.

135 Sin embargo, la amplitud de la revisión parece variar con el objeto de ella: sentencia

Esta falta de deferencia ha transformado a la reclamación en un recurso procesal extremadamente abierto, que incentiva a las partes a hacer un uso intensivo del mismo, ya sea para revertir un resultado sustantivo que no les ha sido favorable, para modificar la sanción impuesta, o simplemente para modificar algún aspecto menor de la sentencia. Este acentuado uso del recurso, sumado al hecho que el TDLC ha emitido más fallos relevantes que sus predecesores y que parece estar incipientemente utilizando literatura económica de forma más frecuente, ha producido que la participación de la Corte Suprema en asuntos de competencia se haya incrementado de manera importante desde el año 2004 (el año de entrada en funcionamiento del TDLC). Como veremos, esto incide de manera esencial en el estándar aplicado para resolver los casos¹³⁶.

4.2.2 *La ausencia de un control estructural ex ante*

Otro factor que ha afectado la labor del TDLC en materia de abusos de dominancia dice relación con la ausencia de un sistema obligatorio de fusiones que permita ejercer un control estructural *ex ante* de los mercados. Dada esta característica y los incentivos que ella produce, es posible que buena parte del control estructural que en otras jurisdicciones normalmente se efectúa de esa manera, se esté efectuando en Chile a través del control *ex post*. Bajo el antiguo sistema de comisiones esto era meridianamente claro, pues muchas decisiones tuvieron un componente importante de política industrial como base subyacente¹³⁷. Si bien esto

condenatoria, autorización solicitada (consulta), informe o instrucción general. Un análisis más detallado excede los límites autoimpuestos en este trabajo.

136 *Infra*, sección 5.

137 Esto explica, por ejemplo, el alto número de casos vinculados a integración vertical y los remedios estructurales que caracterizaron la etapa previa a la creación del TDLC.

se ha aminorado de manera importante, la ausencia de un control *ex ante* no puede ser completamente descartada como elemento explicativo de, al menos, una parte de los casos (como por ejemplo, aquellos donde se impone un deber de pactar con competidores)¹³⁸.

4.2.3 *La estructura normativa del DL 211*

Como ha sido destacado en varias ocasiones¹³⁹, el DL 211 es inusualmente amplio¹⁴⁰. Esta amplitud se manifiesta en al menos dos ámbitos: primero, en la forma de consagrar el objetivo (el bien jurídico) a proteger; y segundo, en la manera de formular las conductas sustantivas consideradas atentatorias contra la competencia.

Desde el punto de vista del objetivo normativo a ser protegido, el artículo 1° del DL 211 lo describe como “promover y defender la libre competencia en los mercados”. Esto es complementado con el mandato del artículo 2°, que indica que las autoridades de competencia deben aplicar la ley “para el resguardo de la libre competencia en los mercados”; y con el mandato que el artículo 39° letra “b” entrega al Fiscal Nacional Económico, de representar “el interés general de la comunidad en el orden económico”. Todas estas son referencias generales y amplias, más allá de las cuales no existe un bien jurídico claro explicitado en la legislación.

Esta situación ha dado lugar a interpretaciones dispares a lo largo del tiempo. De forma previa a la creación del TDLC, la “libertad de competir” y su vinculación a la autonomía de la voluntad era considerada por muchos como el bien protegido por la

138 *Supra*, sección 3.1.1.

139 Por ejemplo, en OECD (2010a).

140 Esto se observa, por ejemplo, en la historia de la Ley 19.911 de 2003, en la cual la decisión por mantener la amplitud contó con la anuencia del Congreso, pese la intención del Ejecutivo en el Mensaje.

legislación¹⁴¹. Esto puede ser explicado no solo por el texto del DL 211, sino también por el enfoque más bien formalista/textualista con que se enfrentaban las conductas anticompetitivas¹⁴². Con todo, desde sus inicios el TDLC, en línea con la perspectiva adoptada en la mayoría de las legislaciones comparadas, ha reiterado explícitamente en varias de sus decisiones que el bienestar del consumidor es el objetivo central a ser protegido, el cual se alcanza a través del fomento al comportamiento eficiente de los agentes¹⁴³. Esto ha sido ratificado por Chile ante los foros internacionales¹⁴⁴ y por la escasa doctrina en la materia¹⁴⁵.

Lo anterior se ha visto reflejado en el análisis de los casos y en las decisiones más recientes, las cuales tienen una mayor orientación hacia la eficiencia económica. En este sentido, tanto la innovación como el bienestar del consumidor no son considerados como objetivos a ser buscados en sí mismos, sino como un resultado esperado de dicha eficiencia¹⁴⁶. Sin embargo, la falta de

141 Así se explica también en OECD (2004). Entre quienes vinculaban la libertad económica a la competencia está VALDÉS (1992, pág. 96), quien indicaba que “El fundamento de la libre competencia no es otro que el principio de subsidiariedad en su aspecto negativo o restrictivo, que demanda a su vez el principio de la iniciativa privada. Esto significa que el Estado no debe intervenir en aquello que pueden realizar en forma justa eficaz los particulares”.

142 Al igual que en otras jurisdicciones, la Constitución chilena confiere a los ciudadanos el derecho a ejercer libremente cualquier actividad económica (artículo 21). Esto significó que, por mucho tiempo e incluso hoy, muchas partes han puesto un acento sustancial en el objetivo de prevenir restricciones a la autonomía de las firmas. Este razonamiento, aunque se encuentra en retirada, ha jugado en ocasiones un rol decisivo en el razonamiento de los decisores.

143 Véase, por ejemplo, *ACHS* (1/2004), *UIP Chile* (16/2005) y *Knop/Farmacias* (24/2005).

144 En OECD (2010a: pág. 11) se indica que Chile ‘*regards the principal goal of its competition law as being to promote economic efficiency, with the expectation that in the long run this maximises consumer welfare*’.

145 Por ejemplo, AGÜERO (2004).

146 El mensaje de la Ley 19.911 de 2003, que creó el TDLC, introducía una reforma al artículo 1° que explicitaba el objetivo en esta línea: “La presente ley tiene por

un objetivo claro establecido en la legislación ha permitido que todavía algunas decisiones sean adoptadas, al menos en parte, con base en argumentos de equidad y justifica retributiva, como si reminiscencias de la libertad de competir aún permearan el razonamiento en algunos casos.

Desde el punto de vista de las conductas consideradas anticompetitivas, las reglas sustantivas están contenidas en una única disposición del DL 211: el artículo 3°. Al igual que el artículo 1°, aquel es general, amplio y flexible. Específicamente, las letras “b” y “c” de su inciso segundo cubren esencialmente todas las categorías tradicionales de abuso de dominancia, sin exigir mayores requisitos para su formulación¹⁴⁷. Si bien en la mayoría de las jurisdicciones, incluyendo las más tradicionales como la europea o la de Estados Unidos, la apertura de la norma es similar, esto no es de la esencia de la configuración normativa, existiendo jurisdicciones donde las exigencias normativas específicas son mayores¹⁴⁸. Una norma abierta como la chilena, en cambio, deja un vasto espacio para efectuar interpretaciones y plantea, por tanto, un desafío importante para las autoridades

objeto defender la libre competencia en los mercados, como medio para desarrollar y preservar el derecho a participar en las actividades económicas, promover la eficiencia y, *por esta vía*, el bienestar de los consumidores” (pág. 8, énfasis agregado).

147 Nótese que las categorías en el segundo inciso (las “letras” del artículo 3°) son más cercanas a las establecidas en el derecho europeo que en el norteamericano. Este hecho, junto a la existencia del inciso primero (inexistente en otras jurisdicciones), muestra que a pesar de sus orígenes, el derecho de la competencia chileno es mucho más que un simple “trasplante del derecho de la competencia norteamericano y de la Escuela de Economía de Chicago” adaptado al contexto local, como algunos ha erróneamente argumentado (e.g. BAUER, 2011). Más aún, la mayoría de los estándares sustantivos están lejos de aquellos propuestos por la Escuela de Chicago.

148 Un ejemplo es la ley sudafricana, en la cual existen al menos dos disposiciones que tratan, de manera muy detallada, las diferentes conductas abusivas. Véase Ley de Competencia de Sudáfrica, capítulo 2, parte B, artículos 8 (*abuse of dominant prohibited*) y 9 (*price discrimination by dominant firm prohibited*).

de competencia, quienes están llamadas a acotar dicha ambigüedad.

Ciertamente, el problema central está en el inciso primero del artículo 3°; una norma prácticamente original del derecho chileno y por lejos la parte más abierta de la disposición. Lo exagerado de su amplitud ha permitido que él haya sido usado muchas veces por las partes (incluyendo la FNE) para fundamentar sus casos, sin hacer alusión directa a la letra correspondiente del inciso segundo. Esto produce, en ocasiones, algunas diferencias procedimentales importantes¹⁴⁹. Sin embargo, lo primordial es que su uso ha frenado un desarrollo más depurado en la interpretación de las disposiciones específicas del abuso y la configuración de este. Lamentablemente, no ha sido inusual que la FNE y las partes presenten casos fundados en estudios poco rigurosos¹⁵⁰. Aún más, algunos casos más parecen disputas civiles (donde dos competidores buscan dirimir una controversia comercial¹⁵¹) o una suerte de contencioso-regulatorio con la Administración Pública, que un real caso de competencia.

La amplitud normativa, combinada con el *expertise* del TDLC, redundando en un amplio espacio para la exégesis, lo que le ha permitido arribar a interpretaciones dispares e incluso contradictorias

149 Sobre todo en casos de colusión. Por ejemplo, el artículo 39 bis del DL 211 establece que la delación compensada solo procede respecto de las conductas previstas en la letra “a” del inciso segundo del artículo 3°, por lo que si la conducta no hace mención a esta letra sino solo al inciso primero genérico, aquella no sería aplicable.

150 La misma crítica fue hecha por GALETOVIC (2007) al antiguo régimen de comisiones, previo al TDCL, pero la extiende a este último. Sin embargo, de algún modo inconsistente con su crítica, sus ejemplos provienen solo del antiguo régimen.

151 Dos buenos ejemplos son *CCS II* (124/2012) y *Afex v. Banco de Chile* (129/2013). En el caso de la FNE, esto podría explicarse en algo similar a lo que ABBOTT y SACHER (2013) denominan el “síndrome de Robin Hood”: la tendencia de las agencias de países en desarrollo a ampliar su ámbito de acción a otras esferas más allá de la competencia (tales como disputas regulatorias o contractuales).

en ciertos casos, sin que se hayan dado razones para los cambios, minando con ello la estabilidad de los precedentes. Por ejemplo, siguiendo el derecho europeo¹⁵², hasta hace poco tiempo la noción de abuso en Chile fue siempre considerada objetiva, por lo que la pregunta por la “intención” era en gran medida irrelevante¹⁵³. Sin embargo, en *CCS II* (124/2012) expresamente se declara que “no existen antecedentes en autos que permitan concluir que la CCS haya tenido la intención real de excluir...” (c. 30°)¹⁵⁴.

Otro ejemplo que refleja las amplias posibilidades de interpretación y la falta de claridad en las definiciones está dado por las diversas formas en que el TDLC ha conceptualizado la posición de dominio¹⁵⁵. Mientras en algunos casos ni siquiera ha sido necesario conceptualizar la posición, pues el carácter dominante se desprende, de manera suficiente, de la propia conducta de la firma¹⁵⁶, en otras sentencias ha sido posible derivar dicha po-

152 Este ha sido el enfoque europeo desde *Hoffman-La Roche* (caso 85/76, *Hoffman-La Roche & Co AG v. Commission* [1979] ECR 461, [1979] 3 CMLR 211).

153 Por ejemplo, en *GPS v. Entel* (78/2008), c. 24°, la FNE indica que es necesario establecer las “motivaciones económicas” de la conducta (cursivas agregadas).

154 Una declaración similar se reitera en el c. 32°, aludiendo al “propósito específico” de excluir.

155 La posición dominante es atribuida a una serie de factores que no solo se remiten a los costos, sino que también se extiende a otros. Por ejemplo, *GPS v. Entel PCS* (78/2008, c. 9°): “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 a la 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”. Véanse también *FNE v. Punta de Lobos* (47/2006, c. 51° y 55°), donde la posición de dominio es derivada de economías de escala y participación en mercados internacionales, y de ventajas de costos irreproducibles; y *Arauco v. D&S* (103/2010, c. 21° a 26°), donde se mencionan factores similares. En *Andersen v. Emaresa* (101/2010) indicó que la posición de dominio no había sido acreditada “por cuanto no existe prueba sobre los posibles grados de sustitución entre las diversas marcas disponibles en el mercado” (c. 18°).

156 Por ejemplo, en *Guerra del Plasma* (63/2008, c. 34°) el TDLC expresó que “...

sición de una aptitud de cobrar precios supra-competitivos¹⁵⁷. Sin embargo, en algunos casos el TDLC parece indicar que se trata de una posición de “superioridad comercial” que posee una firma respecto de sus competidores¹⁵⁸. Si bien varias jurisdicciones tienen reglas específicas destinadas al control del abuso de la superioridad comercial¹⁵⁹, este último concepto no es igual al de dominancia, siendo normalmente considerado como parte de las prácticas comerciales inequitativas (*unfair trade practices*)

el hecho de que las presiones realizadas por Falabella y Paris lograron el resultado buscado de impedir que los proveedores participaran en la Feria y con ello se hiciera fracasar la misma, es *prueba suficiente de que las requeridas*, al menos conjuntamente, *tenían*, a la época de los hechos analizados, *un poder de mercado del cual podían abusar*. En efecto, es indudable que si una causa determinada produce un efecto, habiéndose descartado la existencia de otras causas, obviamente es porque es capaz de hacerlo. Dado que el poder de mercado está precisamente relacionado con la capacidad de un agente de mercado de influir en los precios o en la decisión de otro agente que, de no mediar dicho poder, podría actuar independientemente, debe entonces concluirse que las empresas requeridas, a lo menos conjuntamente, detentaban poder de mercado a la época de los hechos materia de esta causa” (énfasis agregado).

157 Por ejemplo, en *Emelat* (93/2010, c. 32°) se indica que “en todo caso, el hecho que una empresa cobre precios que excedan sus costos relevantes, incluida la rentabilidad normal de proveer el servicio, es un *claro indicador* de su poder de mercado...” (énfasis agregado).

158 Por ejemplo, *Voissnet I* (45/2006, c. 46°): “Que, en la época en que comenzaron a suscribirse los contratos Megavía, esto es el año 2000, ..., dicha compañía [CTC] era la única empresa que realizaba una oferta mayorista abierta de acceso de banda ancha y detentaba la propiedad sobre una parte importante de las redes de telefonía fija (alrededor de un 79,7% y de 76% de las líneas telefónicas locales en servicio a nivel nacional a diciembre de los años 2000 y 2001, respectivamente). Lo anterior entregó a esta compañía un *manifiesto poder de negociación* frente a los ISPs interesados en el producto Megavía. En efecto, a juicio de este Tribunal, es evidente que, a la fecha de suscripción de los contratos Megavía, CTC tenía un *importante poder de mercado* en la oferta mayorista de servicios de acceso a Internet” (énfasis agregado). Véase también c. 49° (refiriéndose a la restricción del poder de negociación).

159 Reglas específicas relativas al abuso de la superioridad comercial existen en cinco países europeos (Alemania, Austria, Francia, Italia y Eslovaquia), en Japón y en Corea. Véase ICN (2008).

protegidas por el derecho de la competencia en dichas jurisdicciones¹⁶⁰.

5. EL ESTÁNDAR APLICABLE

La pregunta que surge del análisis anterior es si existe un estándar de decisión generalmente aplicable a los casos de abuso de dominancia fallados en el derecho chileno¹⁶¹ o bien estándares aplicables a cada tipo determinado de conducta abusiva. Esta es una pregunta fundamental para asegurar que el DL 211 efectivamente promueva la competencia y el bienestar del consumidor en aquellos casos que, no careciendo totalmente de mérito, están sin embargo basados en una conducta que no es manifiestamente anticompetitiva. En este sentido, la pregunta no es solamente genérica, sino que dice relación con el test que *el derecho chileno* ha favorecido. Esto último, por cuanto las áreas de progreso dependen en buena medida de los casos presentados por las partes o la FNE, lo cual, a su vez, es función del nivel de desarrollo y madurez del régimen local de competencia¹⁶².

5.1 TDLC: ABUSOS EXCLUSORIOS

En materia de abusos exclusorios, se conocen fundamentalmente cinco estándares alternativos para determinar si una determinada

160 Con todo, la Corte Suprema ha rechazado esta definición, señalando que “la infracción al D.L. 211 que se atribuye a la demandada no se centra en la asimetría del poder negociador que puede tener por causa de la posición dominante...” (sentencia rol 1813-2010, *Vallejos v. Naviera Danvi Ship*, c. 12°).

161 Sin perjuicio de que, indudablemente, cada caso tiene características particulares que influyen en cada decisión.

162 De aquí que el análisis que se presenta a continuación sea fruto del estudio de casos y, en ese sentido, empírico/positivo. Una pregunta distinta (normativa), no contestada en este trabajo, es cuál es el o los tests que debieran ser utilizados en la práctica de competencia en Chile.

conducta es anticompetitiva. De ellos, tres son inmediatamente descartables como criterio general utilizado por el TDLC en sus fallos en esta materia. El primero es el denominado test del “balance de los efectos” (*effects-balancing test*)¹⁶³, que consiste en preguntarse si una determinada conducta “reduce la competencia sin crear una mejora suficiente en el desempeño que compense totalmente estos potenciales efectos adversos en los precios y por tanto prevenga el daño al consumidor” (SALOP, 2006: 330)¹⁶⁴. El test requiere, entonces, cuantificar y pesar los efectos pro competitivos y anticompetitivos de la conducta, lo cual de por sí es una tarea difícil y costosa, que no ha sido llevada a efecto en los casos nacionales, principalmente producto de una notoria falta de información derivada de la escasa evidencia empírica que se presenta en los casos o que está disponible públicamente.

El segundo test que es posible descartar es el test del “sacrificio de utilidades” (*profit sacrifice test*)¹⁶⁵, el cual se pregunta si la conducta bajo escrutinio es más rentable en el corto plazo que cualquier otra conducta que la firma pudo haber realizado que no tenga los mismos o mayores efectos exclusorios. Si no lo es, probablemente el sacrificio se debió al efecto exclusorio. Las razones para descartarlo son similares a las señaladas a propósito del test anterior. Al igual que el balance de efectos, la medición del sacrificio requiere cuantificar y realizar comparaciones sobre la base de una buena cantidad de evidencia empírica, la cual no es presentada normalmente en los casos chilenos, lo que ha impedido la realización de la comparación.

163 También llamado “test del daño al consumidor” (*consumer harm test*).

164 VICKERS (2008) indica que bajo este test, el marco legal debiera evitar la exclusión de rivales cuya presencia aumenta el bienestar del consumidor, pero no es claro si este último equiparable al excedente del consumidor o al bienestar social en general. El test equivale a decir que no hay exclusión sin explotación (Fox, 2002).

165 También llamado test del “*but for*”.

Finalmente, es también posible descartar el test del “competidor igualmente eficiente” (*as efficient competitor test*), aunque por motivos algo distintos. De acuerdo a él, se debe realizar un balance abierto para determinar si “la práctica denunciada podría, considerando las circunstancias, excluir del mercado del demandado a un competidor igual o más eficiente” (POSNER, 2001: 194-95)¹⁶⁶. Es decir, este test se pregunta por qué tipo de exclusión debe ser prevenida. La protección, indica, no se extiende a todos los rivales en general, sino solo a aquellos que son no menos eficientes que la firma dominante. Sin embargo, como ha señalado la doctrina, muchas veces la presencia de un competidor menos eficiente puede aumentar el bienestar social, por la vía de estimular precios bajos. Dado que esto es especialmente cierto en el caso de competidores nacientes, el test puede llevar a falsos negativos y baja disuasión. Atendidas las antedichas características de los mercados nacionales, parece implausible que este sea el test que subyace de forma general a la forma de fallar los casos en Chile¹⁶⁷.

Existen entonces solo dos posibles tests que pueden estar guiando la resolución de casos de un modo general. El primero es el llamado “test de la desproporción” (*disproportionality test*). De acuerdo a este, si una conducta produce potencialmente tanto efectos competitivos como anticompetitivos, es abusiva si sus probables daños anticompetitivos superan sustancialmente a los probables beneficios pro competitivos. Como se observa, el test es similar al del balance de los efectos, pero la necesidad de realizar un cálculo de modo preciso se reduce, lo que permite su aplicación casi inmediata en un gran número de casos en los que el

166 POSNER (2001: págs. 194-195) prosigue indicando que si lo anterior es probado, “el demandado puede refutar probando que a pesar de ser un monopolista y la práctica denunciada es exclusoria, la práctica es, en balance, eficiente”.

167 Probablemente producto de las dificultades en su aplicación, en *OPS v. Telefónica* (88/2009) el TDLC optó por recurrir a la figura de la discriminación arbitraria para fundar su decisión. Con todo, el test fue aplicado en *GPS v. Entel* (78/2008). Sobre ambos casos, véase *supra*, sección 3.1.1.

beneficio o el daño son claramente predominantes. Esto lo vuelve, en principio, atrayente para su aplicación en nuestro derecho.

Sin embargo, nótese que el test impone un estándar altísimo para el requirente o demandante, quien tiene la pesada carga de probar que el daño a la competencia sobrepasó *sustancialmente* a los beneficios de la conducta. Por el contrario, al demandado le bastaría probar eficiencias (u otros beneficios) de forma mínima para que la desproporción no fuera sustancial y, por tanto, la conducta no pudiera ser sancionada. Quizá por este motivo, o simplemente por un tema informacional que no permite efectuar comparaciones adecuadas, el TDLC no ha aplicado el test de la desproporción de modo generalizado. Con todo, en algunos casos particulares sí parece haber utilizado un estándar igualmente exigente para el demandante, como por ejemplo, para juzgar si el ejercicio de acciones legales o administrativas es abusivo, el tribunal exige que su finalidad anticompetitiva sea “única” e “inequívoca”¹⁶⁸.

El test que principalmente parece haber guiado al TDLC en la mayor parte de los casos es el de la “ausencia de sentido económico” (*no-economic sense test*). Este se refiere a que la conducta en sí misma no tiene una racionalidad aparente de no ser por el efecto exclusorio. Es decir, la conducta es estimada ilegal solo si ella “probablemente [no] hubiera sido rentable si los competidores existentes [en el mercado] no fueran excluidos y un monopolio no se hubiera creado” o si “probablemente [no] hubiera sido rentable si la competencia que recién surge prospera o el monopolio no fuera mantenido” (WERDEN, 2006: 415)¹⁶⁹. A esto hace referencia

168 Por ejemplo, en *Fósforos* (90/2009), c. 69°; y *OMV* (104/2010), c. 22°.

169 El test tiene sus raíces en el trabajo de AREEDA y TURNER (1975). En un sentido, la ausencia de sentido económico podría ser formulada en los mismos términos que el test del sacrificio, comparando las utilidades no-exclusorias derivadas de la conducta con aquellas que la firma hubiera ganado ejerciendo una conducta alternativa legal; si las utilidades no-exclusorias son mayores, la conducta tendría sentido económico (WERDEN, 2006: págs. 420-422). Por esto, algunos autores tratan al sacrificio y a la

el TDLC cuando indica, en diversos casos, que la conducta no tiene una justificación económica distinta al entorpecimiento de la competencia¹⁷⁰.

El estándar de la ausencia de sentido económico permite evitar la necesidad de determinar directamente si las ganancias en utilidad que provienen de la conducta debieran ser atribuidas a una competencia legítima de mérito o a una ilegítima eliminación de competencia. Además, al igual que el test de la desproporción, su aplicación se simplifica por el hecho que, dadas las características de los mercados chilenos¹⁷¹, resulta relativamente simple observar el daño a los rivales proveniente de la conducta y la ganancia supra competitiva recibida por la empresa dominante.

Sin embargo, todo este análisis no implica que el TDLC efectivamente esté utilizando –de manera reflexiva– un test determinado. Lo cierto es que nunca se ha acogido *explícitamente* un cierto estándar. La flexibilidad con que ha sido dotada la norma legal chilena le ha permitido al tribunal lidiar con la mayoría de los casos de manera rápida y directa allí donde existe (súper) dominancia¹⁷² y la conducta, tal y como se presenta en un principio,

ausencia de sentido económico como si fueran el mismo test. Sin embargo, el verdadero test de la ausencia de sentido económico no requiere de ninguna comparación; solo se pregunta si de la conducta derivaron utilidades. Si la conducta es rentable aparte del efecto exclusorio, entonces pasa el test, sin considerar si existió o no otra conducta más rentable o en qué medida pudo haber sido dañada la competencia.

170 Por ejemplo, *Voissnet I* (45/2006), c. 43°; *Fósforos* (90/2009), c. 76°; *Voissnet II* (97/2010), c. 73°.

171 *Supra*, sección 4.1.

172 Aquí se utiliza el término con un sentido únicamente explicativo. No se pretende implicar que en Chile ha sido adoptada la doctrina europea de la “superdominancia”, la cual ha sido derivada por algunos autores especialmente de los casos *Tetra Pak II* (caso C-333/94 P, *Tetra Pak International SA v. Commission* [1996] ECR I-5951, [1997] 4 CMLR 662) y *Compagnie Maritime Belge* (casos C-395 y 396/96 P, *Compagnie Maritime Belge Transports SA v. Commission* [2000] ECR I-1365, [2000] 4 CMLR 1076); ni tampoco los “deberes especiales” que aquella impone. Si

daña la competencia de manera *evidente*¹⁷³. De hecho, con la excepción de una sentencia condenatoria¹⁷⁴, en los casos exclusivos el TDLC siempre ha establecido que la firma sancionada ha levantado estratégicamente barreras a la entrada artificiales o ha entorpecido la expansión de competidores, de un modo que no está justificado por eficiencias. Implícitamente, entonces (aunque nunca ha sido dicho), el razonamiento del TDLC está dirigido a evitar “restricciones innecesarias a la competencia”, lo cual implica sancionar conductas que distorsionan la competencia por la vía de limitar la producción de los rivales sin crear suficientes mejoras en el desempeño que compensen el efecto distorsionador¹⁷⁵. Sin embargo, en la práctica (casi) nunca ha existido un real análisis de eficiencias, y las “restricciones a la competencia” no necesariamente son el resultado de un análisis de costos.

El uso de un razonamiento rápido y directo por el TDLC tiene importantes consecuencias. La visión positiva indica que nuestra jurisprudencia ha establecido un cierto “camino de legalidad” que puede ser seguido por las firmas en sus relaciones comerciales. La otra cara de la moneda, sin embargo, es que las autoridades nacionales de la libre competencia no han clarificado aún importantes aspectos vinculados a la noción de abuso y a la sustancia de los efectos anticompetitivos, incluyendo una revisión a fondo de las diversas medidas de costo, el rol de las presunciones (si es que

bien el TDLC ha mencionado la superdominancia (por ejemplo, en *Constructora Independencia v. Aguas Nuevo Sur Maule* [85/2009] o en *CCS II* [124/2012]), lo ha hecho de una forma algo confusa e indefinida.

173 Por ejemplo, en *CCS II* (124/2012) el TDLC indicó que “no observa que existan incentivos económicos *evidentes*” para excluir y que “tampoco es posible identificar un incentivo económico *claro y evidente* para la exclusión”, existiendo explicaciones alternativas más “razonables” (c. 35° y 38°).

174 Un caso de precios predatorios: *Loncomilla* (28/2005).

175 Esto sustenta la tesis de POSNER (2008), quien señala que cuando los materiales legales tradicionales permiten a los jueces verificar los verdaderos hechos de un caso y aplicarles reglas legales claras preexistentes, ellos lo hacen de manera directa.

tienen alguno en nuestro derecho de la competencia), la posibilidad de invocar “puertos seguros”, si debiera ser incorporada una regla *de minimis* en nuestro sistema (aunque sea por vía jurisprudencial), o el tipo de error (Tipo I o Tipo II) que preferentemente se busca evitar. Al mismo tiempo, la falta de un análisis económico comprensivo puede estar proveyendo incentivos perversos a los privados a sobre-litigar, presentando un número de casos mayor al esperado, pues los bajos estándares económicos pueden estar permitiendo una utilización perversa del sistema con miras a dañar a los competidores¹⁷⁶.

5.2 TDLC: ABUSOS EXPLOTATIVOS

En el caso de las conductas explotativas, el test utilizado en Chile ha sido principalmente uno de “discriminación arbitraria de precios”¹⁷⁷. Como hemos visto, en algunos casos el TDLC ha determinado que existe dicha discriminación cuando el monto que la firma dominante estaba cobrando no estaba basado en ninguna medida de costo relevante o simplemente no tenían fundamento alguno¹⁷⁸. Este análisis recuerda un poco el test de la “falta de relación con el valor económico del producto” usado en el derecho europeo para precios excesivos¹⁷⁹. Sin embargo, al igual que como se ha destacado en Europa, tal test resulta insuficiente si se observa en términos de precios excesivos, aunque no necesariamente para una discriminación arbitraria de precios. Desafortunadamente, el TDLC no ha proveído más detalles respecto del uso

176 Como ha sido visto (*supra*, sección 2), la mayoría de los casos de abusos de dominancia son presentados por litigantes privados, no la FNE.

177 Sin embargo, véase *supra*, sección 3.2, en relación a la actual posición del TDLC respecto de este tipo de prácticas.

178 Véase *supra*, nota 118 y el párrafo del texto principal a la que ella acompaña.

179 Este criterio compara los costos de producción con el precio de venta. Proviene del caso europeo *United Brands* (case 27/76 [1978] ECR 207).

de este test. Por esto, el test en Chile solo puede ser tomado en un sentido amplio y genérico, referido a la aplicación de condiciones disimilares a transacciones equivalentes, imponiendo así una desventaja competitiva¹⁸⁰.

La posibilidad de usar este test responde, nuevamente, al carácter amplio y general de nuestra legislación. Dado que, como hemos visto, el DL 211 no establece condiciones específicas para la conducta, ni la jurisprudencia tampoco las ha especificado, varios de los casos considerados como “discriminación de precios”, con precios altos no justificados en costos, que no tendrían cabida en otras jurisdicciones, sí son aceptados en el derecho nacional. En otras jurisdicciones, en cambio, donde sí existen tales exigencias específicas (entre las que se incluyen producir una disminución sustancial a la competencia o que las transacciones sean equivalentes, lo que implica, por ejemplo, que los diferentes compradores entre los cuales la firma dominante está excluyendo sean competidores), varios casos chilenos no tendrían cabida, aun cuando las prácticas explotativas son plenamente aceptadas en principio. De este modo, el bajo estándar en Chile ha permitido lidiar con temas de “equidad” en materia de libre competencia de una forma relativamente efectiva y general.

5.3 LA CORTE SUPREMA

A diferencia de la práctica del TDLC, el enfoque tradicional de la Corte Suprema en casos de libre competencia no ha estado dominado por consideraciones económicas de eficiencia o disuasión. Esto ha redundado en una falta de claridad respecto de los estándares aplicables a las diferentes conductas, lo que, a su vez, incentiva la

180 Esta es la formulación del artículo 102(c) del Tratado de la Unión Europea (TFEU). Con todo, dado que la discriminación de precios genera efectos ambiguos en la eficiencia (MOTTA, 2004), las exigencias de fundamentación son mayores.

litigación excesiva y reduce las posibilidades (y los incentivos) del propio TDLC de asentar una jurisprudencia uniforme¹⁸¹.

Los ejemplos abundan, tanto en cuestiones sustantivas como sancionatorias. Entre las primeras, el caso más paradigmático es *Hardie*, en el cual la Corte aplicó un criterio textualista para interpretar el artículo 3° letra “c” del DL 211, relativo a las prácticas predatorias. La Corte indicó que para configurar tal práctica “no es necesario... que quien la ejerza tenga una posición dominante en el mercado, desde que uno de sus objetivos es justamente alcanzar esta precisamente por no tenerla”¹⁸². Por cierto, no hay mención alguna al análisis de los costos involucrados¹⁸³. De modo similar, en *Arauco v. D&S*, otro caso de precios predatorios, la Corte simplemente hizo referencia a los “costos de producción”, a las “venta bajo costo” o a las “ventajas de costo”, pero no precisó cuáles serían los costos relevantes para establecer la existencia de una estrategia predatoria¹⁸⁴. Por su parte, otro ejemplo en materia sustantiva es *OMV*, donde la Corte adoptó su propia y particular definición de negativa de venta, alejada de las consideraciones económicas, indicando que entiende por tal “toda conducta que tenga por efecto la no satisfacción plena a un pedido efectuado o la demora sistemática e injustificada a su atención” (!)¹⁸⁵.

181 Este incentivo a sobre-litigar se suma al señalado *supra*, en la sección 4.2.1, relativo al estándar amplísimo de revisión judicial.

182 Corte Suprema, sentencia rol 3449-2006, de 22 de enero de 2007, c. 6°. De modo similar, *GPS v. Entel*: Corte Suprema, sentencia rol 97-2009, de 8 de abril de 2009, c. 3°.

183 El voto de minoría, en cambio, establece expresamente que “si bien se estableció que [la firma dominante] vendió por debajo del costo total de producción, sus precios durante todo el tiempo que operó en nuestro país fueron superiores a sus costos medios variables” (*ibid.*, c. 3° del voto de minoría).

184 Corte Suprema, sentencia rol 7500-2010, de 11 de julio de 2011, c. 3°, 4°, 5°, 6°. La misma mención genérica se encuentra en *GPS v. Entel*: Corte Suprema, sentencia rol 97-2009, de 8 de abril de 2009, c. 4°.

185 Corte Suprema, sentencia rol 7781-2010, c. 9°.

Enseguida, en materia de sanciones, preocupaciones relacionadas con la justicia retributiva son usualmente usadas como base para fallar. En *Guerra del Plasma*, la Corte sostuvo que la sanción en materia de libre competencia debe estar inspirada en el principio de “culpabilidad”¹⁸⁶. En *Voissnet I*, en cambio, desestimó la alegación de falta culpabilidad presentada por el reclamante (entendiendo esta como un proceder teniendo conciencia de la ilicitud de la conducta) e indicó que lo relevante era la “reprochabilidad de la acción, que ejecutada voluntariamente ha tenido consigo el carácter de ser antijurídica por haber vulnerado las normas que consagra la ley en protección de la libertad que ha de existir para competir libremente en el mercado...”¹⁸⁷.

Estas y otras aseveraciones jurisprudenciales parecen responder a los postulados de alguna antigua literatura nacional, que precisamente indicaba que la libre competencia “requiere que se dé cumplimiento a la justicia distributiva” (VALDÉS, 1992: 174-5). El derecho de la competencia moderno, en cambio, ha superado este tipo de planteamientos en favor de un enfoque económico que sustente las reglas legales. Con todo, parecen haber recientes signos de un incipiente cambio hacia la aceptación de un enfoque más consecuencialista al *enforcement* en materia de competencia, basado en disuasión y eficiencia. Esto se manifiesta en declaraciones como la efectuada, por ejemplo, en *Fósforos*, en el sentido que “la multa debe implicar [al defendido] al menos un costo mayor al beneficio esperado de haber establecido las barreras artificiales al mercado acreditadas...”¹⁸⁸. Si este tipo de consideraciones se transforman luego en un estándar de decisión es algo que está por verse.

186 Corte Suprema, sentencia rol 2339-2008, de 13 de agosto de 2008, c. 17°.

187 Corte Suprema, sentencia rol 6236-2006, de 4 de julio de 2007, c. 29°.

188 Corte Suprema, sentencia rol 277-2010, de 2 de junio de 2010, c. 22°. En *OPS v. Telefónica*, la Corte indica que la sanción debe tener un “carácter disuasivo y retributivo” (Corte Suprema, sentencia rol 8077-2009, de 7 de julio de 2010, c. 17°).

CONCLUSIONES

El objetivo de este trabajo ha sido estudiar si, en el derecho chileno de la libre competencia, han sido establecidas reglas en materia de abusos de dominancia, si ellas están basadas en sólidos principios económicos y si han sido aplicadas efectivamente (y cómo) por las autoridades encargadas de velar por la libre competencia. Esto en un contexto institucional caracterizado por la alta especialización de sus autoridades, aspecto que, teóricamente al menos, debiera propender a la certeza e incentivar el análisis económico profundo. El examen de los casos muestra que, más allá de un cierto estándar de legalidad elusivo y amplio (que puede ser más o menos equiparado al test de la “ausencia de sentido económico”), existen varias cuestiones de principio que no han sido resueltas, o no lo han sido de una manera lo suficientemente robusta como para proveer una guía clara a los agentes que les permita determinar *ex ante* la licitud de sus actos. En otras palabras, por diversas causas consideradas en el trabajo, los límites de la regla de la razón en materia de abusos de dominancia permanecen sin mayor desarrollo.

La revisión jurisprudencial genera importantes lecciones. Ante todo, la creación de reglas debe siempre considerar las características institucionales. Ciertamente, el TDLC tiene el rol primordial de definir los estándares, para lo cual necesita asegurarse que la evidencia proveída sea la apropiada y que ella se vea reflejada totalmente en sus fallos. Sin embargo, la tarea de arribar a más y mejores decisiones corresponde, en gran medida, también a las partes y a la FNE. Dado que las decisiones solo pueden surgir en casos presentados ante el tribunal, los litigantes tienen la importante carga de presentar mejores casos, desafiantes para jueces que tienen una experticia económica importante y que permitan desarrollar todo el potencial de contar con un sistema institucional especializado.

Enseguida, y relacionado con lo anterior, la revisión muestra la importancia de la selección estratégica de los casos por parte de la FNE. Para establecer un “estándar mínimo de competitividad”, tiene sentido que ésta enfoque (al menos buena parte de) sus esfuerzos en investigar aquellos mercados donde existen altos niveles de dominancia y considerar primero los tipos de conducta más obvia a través de los cuales se busca excluir rivales. Estos casos son importantes y producen cambios rápidos en los mercados, al tiempo que permiten la creación de precedentes y el establecimiento de un balance apropiado entre test legales que promueven certeza, por una parte, y reglas económicas básicas para determinar posibles abusos, por la otra¹⁸⁹. Esto es un llamado a balancear la política de priorización, que establece una preferencia explícita por la persecución de carteles. Esta visión es entendible en un contexto como el chileno, donde la persecución de las conductas colusorias parece ser aún baja, y tiene sentido si se considera que, en materia de conductas abusivas, un escrutinio muy activo puede afectar el funcionamiento de los mercados. Sin embargo, la importancia de contar con casos de abuso relevantes y correctamente presentados no puede ser soslayada.

Finalmente, el régimen de revisión judicial ante la Corte Suprema presenta el importante reto de resolver el *trade-off* entre los incentivos del sistema especializado, por una parte, y la práctica generalista de la Corte, por otra. Un desbalance entre especialización económica y legalidad puede dañar los crecientes logros del régimen de competencia. Siendo así, y considerando que el estándar actual de la revisión parece ser uno de apelación, los ministros de la Corte necesitan tener no solo más exposición a casos de competencia (algo que, como hemos visto, se ha dado de manera creciente en el sistema y que no necesariamente representa un

189 Esto va en línea con trabajos y recomendaciones de importantes foros internacionales (como la ICN o la OECD), los que han puesto el acento en las consecuencias de poner distintos énfasis en uno y otro lado de la balanza.

aspecto positivo), sino sobre todo más entrenamiento económico, de modo que puedan arribar a decisiones sólidas en esta materia.

Todo lo anterior implica la necesidad de que el sistema de competencia, en general, internalice el hecho que las conductas abusivas pueden tener diferentes dimensiones y que evolucionan junto con las estrategias de la firma dominante, a la vez que se amoldan a las de sus competidores. El derecho y las políticas de competencia no pueden quedar rezagados ante esta realidad. El desarrollo de mejores reglas legales, construidas sobre una sólida base económica, resulta esencial para tener mejores mercados y asegurar que el sistema de protección de la competencia cumpla su rol primordial: proteger el bienestar del consumidor.

BIBLIOGRAFÍA

- ABBOTT, ALDEN y SACHER, SETH, “Avoiding the ‘Robin Hood Syndrome’ in Developing Antitrust Jurisdictions”, in KOVACIC, WILLIAM (edit.) *An Antitrust Tribute - Liber Amicorum*, vol. I (Institute of Competition Law). 2013.
- AGÜERO, FRANCISCO (2004), “Nuevos elementos para el debate sobre el bien jurídico libre competencia”, *Boletín Latinoamericano de Competencia* (noviembre). Disponible en <http://ec.europa.eu/competition/publications/blc/boletin_19_2.pdf>.
- AREEDA, PHILLIP and TURNER, DONALD, “Predatory Pricing and Related Practices Under Section 2 of the Sherman Act”, *Harvard Law Review*. 1975, 88, 697-733.
- BAUER, MICHAEL, “Chilean Competition Law and Policy: The Extraterritorial Transplantation of American Antitrust Law and Chicago School of Economics in the Chilean Context”, *Chicago-Kent Journal of International and Comparative Law*, note 4. 2011, vol. 11.
- BANCO MUNDIAL (2013): “World Development Indicators”. Disponibles en <<http://data.worldbank.org/products/wdi>>.

- BISHOP, S. and WALKER, M. *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement* (Sweet and Maxwell). 2010.
- BRUSICK, PHILIPPE and EVENETT, SIMON, “Should Developing Countries Worry About Abuse of Dominant Power?”, *Wisconsin Law Review*. 2008, 269-294.
- COMPETITION COMMISSION SOUTH AFRICA and COMPETITION TRIBUNAL SOUTH AFRICA, *Unleashing Rivalry - Ten years of enforcement by the South African competition authorities 1999-2009* (Pretoria). 2009.
- CHURCH, JEFFREY and WARE, ROGER, *Industrial Organization - A Strategic Approach* (McGraw-Hill). 2000
- CUCINOTTA, ANTONIO, *et al.*, *Post-Chicago Developments in Antitrust Law* (Edward Elgar). 2003.
- DABBAH, MAHER, “Competition Policy, Abusive Dominance, and Economic Development: Some Thoughts”, en LUGARD, PAUL (edit.), *The International Competition Network at Ten: Origins, Accomplishments and Aspirations* (Intersentia). 2011, 227-250.
- DAVIDSON, KENNETH, *Reality Ignored: How Milton Friedman and Chicago Economics Undermined American Institutions and Endangered the Global Economy* (Kenneth Davidson Publication). 2011.
- ELHAUGE, EINER and GERADIN, DAMIEN, *Global Antitrust Law and Economics* (Foundation Press, segunda edición). 2011.
- EUROPEAN COMMISSION, *Communication from the Commission - Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings* (OJ C 45/7). 2009.
- FOX, ELEANOR, “In Search of a Competition Law Fit for Developing Countries”, 5-10 *NYU Law & Economics Research Paper Series*, Working Paper N° 11-04. 2011.
- FOX, ELEANOR, “What is harm to competition? Exclusionary practices and anticompetitive effect”, *Antitrust Law Journal*. 2002, 70, 371-411.

- FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA (2013): “Instructivo Interno para el Desarrollo de Investigaciones”. Disponible en <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2013/05/Instr._investigaciones_2013.pdf>.
- FURNISH, DALE, “Chilean Antitrust Law”, *American Journal of Comparative Law*. 1971, 19, 464-488.
- GAL, MICHAL, *Competition Policy for Small Market Economies* (Harvard University Press). 2003
- GAL, MICHAL, “The Ecology of Antitrust: Preconditions for Competition Law Enforcement in Developing Countries”, in Brusick, P. et al. (edit.) *Competition, Competitiveness and Development: Lessons from Developing Countries* (United Nations Publication). 2004, 20-38.
- GALETOVIC, ALEXANDER. “Competition Policy in Chile”, *Stanford Center for International Development*, Working Paper No. 333. 2007.
- GLOBAL COMPETITION REVIEW (2012): *Global Competition Review rating enforcement 2012*. Disponible en <<http://www.global-competitionreview.com/surveys/article/31845/chiles-national-economic-prosecutors-office-fne/>>.
- GERBER, DAVID, *Global Competition: Law, Markets and Globalization* (Oxford, Oxford University Press). 2010.
- GÓMEZ-LOBO, ANDRÉS y GONZÁLEZ, ALDO (2010): *Competencia en Servicios Bancarios a Personas* (Facultad de Economía y Negocios, Universidad de Chile). Disponible en <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/03/estu_0004_2010.pdf>.
- HOVENKAMP, HERBERT (2011): *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice* (West, cuarta edición).
- INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK (2008): *Report on Abuse of Superior Bargaining Position*. Disponible en <http://www.jftc.go.jp/en/int_relations/kyoto_materials.files/ASBP_1.pdf>.
- JACOBS, MICHAEL, “Introduction: Hail or Farewell? The Aspen Case 20 Years Later”, *Antitrust Law Journal*. 2005, 73, 59-80.

- JUICA, MILTON, “ASPECTOS ORGÁNICOS EN LA JURISDICCIÓN DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA Y RECURSOS PROCESALES EN EL DECRETO LEY NO 211 DE 1973”, EN HERNÁN DÍAZ (ED.), *TRES DÉCADAS. TESTIMONIOS Y PERSPECTIVAS SOBRE EL EJERCICIO DEL DERECHO* (OGRAMA, SANTIAGO). 2011, 33-40.
- KOVACIC, WILLIAM, “Institutional Foundation for Economic Legal Reform in Transitional Economics: The Case of Competition Policy and Antitrust Enforcement”, *Chicago-Kent Law Review*. 2001, 77, 265-315.
- KRONTHALER, FRANZ and JOHANNES, FLORIAN, “Factors Accounting for the Enactment of a Competition Law - An Empirical Analysis”, *Antitrust Bull*, 2007, vol. 52.
- MATEUS, ABEL, “Competition and Development: Towards an Institutional Foundation for Competition Enforcement”, *World Competition*. 2010, 33(2), 275-300.
- MENCHACA, TOMÁS, “¿Se debe sancionar la fijación unilateral de precios excesivos?”, en *TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA* (edit.), *La Libre Competencia en el Chile del Bicentenario* (Thomson Reuters). 2011.
- MONTI, GIORGIO, “Unilateral Conduct: The Search for Global Standards”, in EZRACHI, Ariel, *Research Handbook of International Competition Law* (Edward Elgar), 2012, 345-368.
- MONTI, GIORGIO, *EC Competition Law* (Cambridge University Press). 2007.
- MONTT, PAULO y NEHME, NICOLE, “Conductas exclusorias y libre competencia: el caso de la Negativa de Venta en Presencia de Instalaciones Esenciales”, *Revista Anales Derecho UC, Temas de Libre Competencia*, N° 3 (Legis). 2009.
- MOTTA, MASSIMO, *COMPETITION POLICY: THEORY AND PRACTICE* (CAMBRIDGE UNIVERSITY PRESS). 2004.
- ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (2010a): *Chile - Accession Report on Competition Law and Policy*. Disponible en: <<http://www.oecd.org/regreform/sectors/47950954.pdf>>.

- ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (2010b): *Competition Law and Policy in Brazil: A peer review*. Disponible en: <<http://www.oecd.org/daf/competition/45154362.pdf>>.
- ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (2009): *Derecho y Política de la Competencia en Colombia: Examen inter pares*. Disponible en: <<http://www.oecd.org/countries/colombia/44111213.pdf>>.
- ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (2004): *Chile - Peer Review of Competition Law and Policy*. Disponible en: <<http://www.oecd.org/chile/34823239.pdf>>.
- PAREDES, RICARDO, “Jurisprudencia de las Comisiones Antimonopolios en Chile”, *Estudios Públicos*, N° 58. 1995, 227-317.
- PITOFKY, ROBERT, *How the Chicago School Overshot the Mark: The Effect of Conservative Economic Analysis on U.S. Antitrust* (Oxford, Oxford University Press). 2008.
- POSNER, RICHARD, *How Judges Think* (Harvard University Press). 2008.
- POSNER, RICHARD, *Antitrust Law* (The University of Chicago Press, segunda edición). 2001.
- PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO (2012), *Mercado de la Salud Privada en Chile* (estudio solicitado por la Fiscalía Nacional Económica). Disponible en: <<http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2012/11/INFORME-PUCV-MERCADO-SALUD.pdf>>.
- ROBERTS, SIMON, “Administrability and business certainty in abuse of dominance enforcement: an economist’s review of the South African record”, *World Competition*. 2012, 35(2), 273-300.
- ROBERTS, SIMON, “Assessing excessive pricing - the case of flat steel in South Africa”, *Journal of Competition Law and Economics*. 2008, 4(3), 871-891.
- ROBERTS, SIMON and TAPIA, JAVIER, “Abuses of Dominance in Developing Countries: A View from the South with an Eye on Telecoms”, in GAL, MICHAL, *et al.* (edit.) *The Economic Characteristics of*

- Developing Jurisdictions and their Implications for Competition Law* (EDWARD ELGAR). 2013.
- RODRIGUEZ, A.E. and MENON, ASHOK, *The Limits of Competition Policy: Shortcomings of Antitrust in Developing and Reforming Economies*, (La Haya, Kluwer Law International). 2010.
- SALOP, STEVEN, “Refusals to Deal and Price Squeezes by an Unregulated, Vertically Integrated Monopolist”, *Antitrust Law Journal*. 2010, 76, 709-740.
- SALOP, STEVEN, “Exclusionary Conduct, Effect on Consumers, and the Flawed Profit-Sacrifice Standard”, *Antitrust Law Journal*. 2006, 73, 311-374.
- SERRA, PABLO (2001), *Las facilidades esenciales en la doctrina de los organismos de competencia chilenos* (trabajo preparado para la conferencia “Competition Policy in Infrastructure Services”, División de Infraestructura y Mercados Financieros del Banco Interamericano de Desarrollo). Disponible en: <http://www.webmanager.cl/prontus_cea/cea_2001/site/asocfile/ASOC-FILE120030327172641.pdf>.
- SIBONY, ANNE-LISE, “Limits of Imports from Economics into Competition Law”, in SOKOL, DANIEL and LIANOS, IOANNIS (edit.) *The Limits of Competition Law* (Stanford University Press). 2012.
- TAPIA, JAVIER, “Increasing Deterrence in Latin American Competition Law Enforcement Regimes”, and WHISH, RICHARD y TOWNLEY, CHRISTOPHER (edit.) *New Competition Jurisdictions: Shaping Policies and Building Institutions* (EDWARD ELGAR). 2012.
- TAPIA, JAVIER and MANTZARI, DESPOINA (forthcoming, 2013): “The Regulation/Competition interaction”, GERADIN, DAMIEN and LIANOS, IOANNIS (edit.) *Handbook of EU Competition Law* (EDWARD ELGAR). Disponible en: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2044722>.
- TAPIA, JAVIER and MONTT, SANTIAGO, “Judicial Scrutiny and Competition Authorities: The Institutional Limits of Antitrust”, SOKOL, DANIEL y LIANOS, IOANNIS (edit.) *The Limits of Competition Law* (Stanford University Press). 2012.

- TARZIÁN, JORGE y HEVIA JOSÉ, “Jurisprudencia sobre precios predatorios en Chile: ¿Han sido uniformes los criterios aplicados?”, *Revista ABANTE*. 2005, 8(2), 59-85.
- TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA (2011), *Séptima Cuenta Pública del Presidente del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia*. Disponible en: <<http://www.tdlc.cl/Portal.Base/Web/VerContenido.aspx?GUID=&ID=325>>.
- TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA (2012), *Octava Cuenta Pública del Presidente del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia*. Disponible en: <<http://www.tdlc.cl/Portal.Base/Web/VerContenido.aspx?GUID=&ID=325>>.
- TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA (2012), *Instrucciones de Carácter General N° 2/2012*. Disponible en: <http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Instruccion_General_02_2012_Enmendado.pdf>.
- TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA (2013), *Novena Cuenta Pública del Presidente del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia*. Disponible en: <<http://www.tdlc.cl/Portal.Base/Web/VerContenido.aspx?GUID=&ID=325>>.
- UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN, *Análisis de la Cadena de Producción y Comercialización del Sector Forestal Chileno: Estructura, Agentes y Prácticas* (Informe final, Facultad de Economía). 2009.
- VAN MIERT, KAREL, “Liberalisation of the Economy of the European Union: The Game is Not (Yet) Over”, in GERADIN, DAMIEN (edit.) *The Liberalization of State Monopolies in the European Union and Beyond* (La Haya, Kluwer Law International). 1999.
- VANDE WALLE, SIMN and SHIRAISHI, TADASHI (forthcoming 2013), “Competition Law in Japan”, in DUKE, ARLEN, *et al.* (edit.) *Research Handbook on Comparative Competition Law* (EDWARD ELGAR).
- VICKERS, JOHN, “Abuse of Market Power”, in BUCCIROSSI, Paolo (edit.) *Handbook of Antitrust Economics* (The MIT Press). 2008.
- VICKERS, JOHN, “Abuse of Market Power”, *Economic Journal*. 2005, 115(504), 244-261.

- WERDEN, GREGORY, “Identifying exclusionary Conduct Under Section 2: The ‘No Economic Sense’ Test”, *Antitrust Law Journal*. 2006, 73, 413-433.
- WERNER, CAROLINA, *La doctrina de las facilidades esenciales en el derecho chileno y comparado*. (Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago, Facultad de Derecho, Universidad de Chile). 2007.
- WHISH, RICHARD and TOWNLEY, CHRISTOPHER, *New Competition Jurisdictions: Shaping Policies and Building Institutions* (EDWARD ELGAR). 2012.
- WRIGHT, JOSHUA (2013), “Simple but Wrong or Complex but More Accurate? The Case for an Exclusive Dealing-Based Approach to Evaluating Loyalty Discounts”, *Remarks of Joshua D. Wright, Commissioner, Federal Trade Commission, at the Bates White 10th Annual Antitrust Conference Washington DC*. Disponible en: <<http://ftc.gov/speeches/wright/130603bateswhite.pdf>>.

Normas citadas Legislación chilena

- Decreto Ley N° 211 del 22 de diciembre de 1973, Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, Fija normas para la defensa de la libre competencia.
- Ley 13.305 del 6 de abril de 1959, Reajusta las remuneraciones de todos los empleados que prestan servicios en Chile, suplementa el presupuesto de la nación, establece nueva unidad monetaria, concede facultades extraordinarias al Presidente de la República y modifica las leyes que señala.
- Ley 19.911 del 14 de noviembre de 2003, Crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Legislación extranjera

- Ley de Competencia de Sudáfrica (*South African Competition Act*), de 28 de agosto de 2009, que enmienda *Competition Act* de 1998.
- Tratado de la Unión Europea del 7 de febrero de 1992.

Jurisprudencia Citada

Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

DAP v. Lan (1996): Comisión Preventiva Central, Resolución 479/1996.

ACHS (2004): Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, sentencia N° 1/2004.

Nestlé (2004): Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, sentencia N° 7/2004.

UIP Chile (2005): Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, sentencia N° 16/2005.

Knop v. Farmacias (2005): Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, sentencia N° 24/2005.

Sotomayor v. Entel PCS (2005): Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, sentencia N° 25/2005.

Phillip Morris v. Compañía Chilena de Tabacos (“Chiletabacos I”) (2005): Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, sentencia N° 26/2005.

Transbank (2005): Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, sentencia N° 29/2005.

Instituto Profesional de Chile v. Colegio de Kinesiólogos (2005): Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, sentencia N° 35/2005.

PACX (2006): Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Resolución N° 19/2006.

Quimel v. Hardie (“Hardie”) (2006): Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, sentencia N° 39/2006.

Voissnet v. CTC (“Voissnet I”) (2006): Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, sentencia N° 45/2006.

FNE v. Punta de Lobos (2006): Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, sentencia N° 47/2006.

Hemisferio Izquierdo v. José Soler (2007): Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, sentencia N° 50/2007.

FNE v. Lan Airlines (2007): Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, sentencia N° 55/2007.

- FNE v. Cámara de Comercio de Santiago* (“CCS I”) (2007): Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, sentencia N° 56/2007.
- Delfos v. SCL* (2007): Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, sentencia N° 61/2007.
- FNE v. CCU* (“Cerveceras”) (2008): Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, resolución de término N° 62/2008.
- María Rivas v. American British School* (2008): Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, sentencia N° 62/2008.
- FNE v. Almacenes París y Falabella* (“Guerra del Plasma”) (2008): Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, sentencia N° 63/2008.
- Micom v. Enap* (2008): Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, sentencia N° 64/2008.
- FNE v. D&S y Cencosud* (2008): Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, sentencia N° 65/2008.
- FNE v. Edelmag* (2008): Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, sentencia N° 73/2008.
- Atrex v. SCL* (2008): Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, sentencia N° 75/2008.
- GTD v. EFE* (2008): Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, sentencia N° 76/2008.
- GPS v. Entel* (2008): Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, sentencia N° 78/2008.
- Constructora Independencia v. Aguas Nuevo Sur Maule* (2009): Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, sentencia N° 85/2009.
- OPS v. Telefónica* (2009): Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, sentencia N° 88/2009.
- FNE v. Fósforos* (“Fósforos”) (2009): Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, sentencia N° 90/2009.
- FNE v. Emelat* (“Emelat”) (2010): Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, sentencia N° 93/2010.

- Vallejos v. Naviera Danvi Ship* (2010): Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, sentencia N° 95/2010.
- Voissnet v. CTC* (“Voissnet II”) (2010): Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, sentencia N° 97/2010.
- Nutripro v. PTLA* (2010): Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, sentencia N° 100/2010.
- Andersen v. Emaresa* (2010): Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, sentencia N° 101/2010.
- Arauco v. D&S* (2010): Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, sentencia N° 103/2010.
- FNE v. Telefónica* (“OMV”) (2010): Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, sentencia N° 104/2010.
- Lan/Tam* (2011): Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Resolución N° 37/2011.
- FNE v. Embotelladora Andina & Coca Cola* (“Bebidas”) (2011): Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Resolución de término N° 92/2011.
- FNE v. Compañía Chilena de Tabacos* (“Chiletabacos II”) (2011): Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, sentencia N° 115/2011.
- Trendy v. Nestlé* (2012): Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Resolución de término N° 97/2012.
- Naviera Valdivia v. MOP* (2012): Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, sentencia N° 121/2012.
- FNE v. Cámara de Comercio de Santiago* (“CCS II”) (2012): Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, sentencia N° 124/2012.
- Afex v. Banco de Chile* (2013): Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, sentencia N° 129/2013.

Corte Suprema

- “*Movistar/Bellsouth*” (2005): Corte Suprema, 15 de julio de 2005 (recurso de reclamación), rol 396-2004.

- “*Hardie*” (2007): Corte Suprema, 22 de enero de 2007 (recurso de reclamación), rol 3449-2006.
- Voissnet v. Empresa de Telecomunicaciones de Chile* (“*Voissnet I*”) (2007): Corte Suprema, 4 de julio de 2007 (recurso de reclamación), rol 6236-2006.
- FNE v. París & Falabella* (“*Guerra del Plasma*”) (2008): Corte Suprema, 13 de agosto de 2008 (recurso de reclamación), rol 2339-2008.
- Subtel v. TDLC* (“*3G*”) (2009): Corte Suprema, 27 de enero de 2009 (recurso de reclamación), rol 4797-2008.
- GPS v. Entel* (2009): Corte Suprema, 8 de abril de 2009 (recurso de reclamación), rol 97-2009.
- “*Fósforos*” (2010): Corte Suprema, 2 de junio de 2010 (recurso de reclamación), rol 277-2010.
- Telefónica v. OPS* (2010): Corte Suprema, 7 de julio de 2010 (recurso de reclamación), rol 8077-2009.
- Vallejos v. Naviera Danvi Ship* (2010): Corte Suprema, 17 de agosto de 2010 (recurso de reclamación), rol 1813-2010.
- Arauco v. D&S* (2011): Corte Suprema, 11 de julio de 2011 (recurso de reclamación), rol 7500-2010.
- “*OMV*” (2011). Corte Suprema, 23 de diciembre de 2011 (recurso de reclamación), rol 7781-2010.
- “*OMV*” (2013): Corte Suprema, 17 de julio de 2013 (recurso de revisión), rol 2746-2013.

Jurisprudencia norteamericana

- Brooke Group Ltd v. Brown & Williamson Tobacco Corp* (1993): 509 US 209.
- Verizon Communications v. Law Offices of Curtis V. Trinko* (“*Trinko*”) (2004): *LLP*, 540 U.S. 398.
- Pacific Bell Telephone Company et al. v. LinkLine Communications Inc.* (2009): 555 U.S. 438, 129 S.Ct. 1109.

Jurisprudencia europea

- Europemballage Corp and Continental Can Co Inc v. Commission* (“Continental Can”) (1973): caso 6/72, CMLR 199.
- Istituto Chemioterapico Italiano SpA and Commercial Solvents Corp v. EC Commission* (“Commercial Solvents”) (1974): casos 6/73 y 7/73, ECR 223, [1974] 1 CMLR 309.
- United Brands* (1978): caso 27/76 ECR 207.
- Hoffman-La Roche & Co AG v. Commission* (“Hoffman-La Roche”) (1979): caso 85/76, ECR 461, [1979] 3 CMLR 211.
- Tetra Pak International SA v. Commission* (“Tetra Pak II”) (1996): caso C-333/94 P, ECR I-5951, [1997] 4 CMLR 662.
- Compagnie Maritime Belge Transports SA v. Commission* (“Compagnie Maritime Belge”) (2000): casos C-395 y 396/96 P, ECR I-1365, [2000] 4 CMLR 1076.
- Van den Bergh Foods v. Commission* (2003): caso T-65/98, ECR II-4653, paras. 104 y 156.
- France Télécom SA v. Commission* (2009): caso C-202/07, OJ C 141/2, paras. 110-12.
- Deutsche Telekom v. Commission* (2010): caso C-280/08P, OJ C 346/4.

