

Sección **Diálogos**

Hoja de ruta para la libre competencia en Chile: una propuesta

Mario Ybar A.

*Counsel en Garrigues. Abogado, Universidad
de Chile. LL.M. University College London.*

Hoja de ruta para la libre competencia en Chile: una propuesta.



Mario Ybar A.

Counsel en Garrigues. Abogado, Universidad de Chile. LL.M.
University College London.

Este documento de Diálogos CeCo –como su título anuncia– pretende ser una hoja de ruta para los próximos años, con siete propuestas que permitan guiar el desarrollo de la política y el derecho de competencia en Chile en áreas concretas, a partir de una reflexión sobre los fines de la disciplina. Las propuestas se agrupan de acuerdo a los siguientes ámbitos: abusos de posición dominante y restricciones verticales, acuerdos y colaboraciones entre competidores, e intervenciones de carácter regulatorio.

Hoja de ruta para la libre competencia en Chile: una propuesta.

*To us individually this matter appears, and has for
many years appeared, to be the most ominous of all
practical matters whatever; a matter in regard to which if
something be not done, something will do itself one day,
and in a fashion that will please nobody.*

Thomas Carlyle

*Come gather around people
Wherever you roam
And admit that the waters
Around you have grown
And accept it that soon
You'll be drenched to the bone
If your time to you
Is worth savin'
Then you better start swimming
Or you'll sink like a stone
For the times they are a-changing*

Bob Dylan

Índice

I. Resumen Ejecutivo	5
II. Introducción: del fin de la historia a la batalla de los fines.....	9
III. Propuestas de modificaciones en materia de abuso de posición dominante y restricciones verticales	15
1. Introducción.....	15
2. Propuesta N° 1: presunción de la existencia de posición dominante.....	17
3. Propuesta N° 2: tipificar las restricciones verticales en el DL 211	19
4. Contratos que hacen referencia a rivales: una breve explicación.....	20
5. Propuesta N° 3: presunción de la existencia de conductas unilaterales o de acuerdos verticales contrarios a la competencia	25
IV. Propuestas para incentivar la realización de acuerdos pro-competitivos de colaboración entre competidores	27
1. Propuesta N° 4: Creación de sistema de control de colaboraciones entre competidores	27
V. Propuestas para profundizar la intervención de carácter regulatoria	29
1. Conductas y estructuras no capturadas por el derecho de la competencia tradicional	29
2. Potestades no jurisdiccionales del TDLC.....	32
3. Propuesta N° 5: Modificación del procedimiento no contencioso del DL 211	33
4. Propuesta N° 6: Propuesta N° 6 (alternativa a la Propuesta N° 5): Modificación del procedimiento contencioso del DL 211.....	36
5. Propuesta N° 7: Modificación de la letra p) del Artículo 39 del DL 211	40

I. Resumen Ejecutivo

Vivimos tiempos en los que el consenso en torno a los objetivos del derecho de la competencia, que creíamos haber alcanzado hasta hace no mucho tiempo, se resquebraja. Nos sumergimos, una vez más, en la vieja batalla de los fines: entre un régimen centrado en preservar el bienestar del consumidor y uno que extiende su mirada también a otros bienes, bajo la creencia de que el proceso competitivo como tal es valioso y merece ser defendido.

Este cuestionamiento renovado proviene en buena medida de un movimiento académico y político en Estados Unidos: la crítica de los autodenominados *neo-Brandeisianos*. Esta corriente ha puesto el acento en la lucha contra la concentración económica y la promoción de los valores democráticos como fines emblemáticos de la política de competencia, apartándose del prisma económico que ha gobernado en el país del norte, al menos desde la consolidación de la Escuela de Chicago.

Más allá de lo inconducente de algunos de sus planteamientos –especialmente por el peligro de desvirtuar un área que demanda contornos claros, estándares legales y análisis económico para operar de forma legítima y efectiva–, no podemos desconocer que el movimiento *neo-Brandeisiano* ha traído aires frescos al debate. Nos recuerda que el derecho de competencia no fue diseñado para encerrarse en la evaluación de variables estáticas de análisis, ni en una tecnocracia desprovista de legitimidad.

Con una visión más amplia, auxiliada siempre del escrutinio técnico-jurídico y el análisis económico, el derecho de competencia puede ser también una herramienta trascendente para las sociedades modernas, en la medida que logre lo que efectivamente se propone: defender y promover la libre competencia. Preservar el proceso competitivo –al margen de concepciones estrechas del bienestar puramente económico– indirectamente permitirá conseguir otros fines.

Este documento –como su título anuncia– pretende ser una *hoja de ruta* para los próximos años, con siete propuestas que permitan guiar el desarrollo de la política y el derecho de competencia en Chile en áreas concretas, cuya orientación responde a una mirada más amplia, democrática, trascendente y efectiva de la institucionalidad de libre competencia.

Las propuestas, explicadas en detalle en los capítulos respectivos, se sintetizan a continuación de acuerdo al ámbito en que inciden:

I | Propuestas de modificaciones en materia de abuso de posición dominante y restricciones verticales:

Propuesta N° 1: presunción de la existencia de posición dominante

En materia de abusos unilaterales y restricciones verticales, se propone que exista una presunción simplemente legal (i.e., que admite prueba en contrario) de que el agente económico que despliega la conducta tiene una posición dominante, en la medida que posea una cuota igual o superior al 50% del mercado. Esta medida alivianaría sustantivamente la carga probatoria de la parte demandante, y la parte demandada podría siempre derrotar la presunción, de acreditar que concurren otras circunstancias que descartan la posición dominante.

Esta presunción no debiera aplicar a la negativa de venta u otras figuras análogas (instalaciones esenciales, obligaciones de interconexión o estrangulamiento de márgenes).

Propuesta N° 2: tipificar las restricciones verticales en el DL 211

Las restricciones verticales pueden erigirse en mecanismos de exclusión y coordinación sumamente efectivos y dañinos de la competencia. Sin embargo, nuestra jurisprudencia no ha lidiado casi con casos de restricciones verticales, y la omisión de toda referencia a su respecto en la ley ha privado a éstas de la trascendencia que ameritan.

Sustituir la actual letra c) del artículo 3° del DL 211 por la siguiente: “los acuerdos verticales que restrinjan o puedan restringir la competencia y que carezcan de una justificación que compense dicho riesgo”. La actual redacción de la letra c) nada parece agregar a lo que ya contempla la letra b) del mismo inciso, donde siempre se ha entendido se encuentran sancionadas las figuras de abuso de posición dominante.

Propuesta N° 3: presunción de la existencia de conductas unilaterales o de acuerdos verticales contrarios a la competencia

Cierto tipo de restricciones verticales no circunscriben su alcance a las partes que las establecen, sino que hacen referencia a las condiciones contractuales de rivales. Debido a su potencial lesivo, se propone que para este tipo de conductas operen presunciones simplemente legales, según el tipo de restricción analizado, de que se trata de prácticas que infringen la libre competencia:

- a** | Fijación de precios de reventa en que al menos una de las partes cuente con una participación del 35% o más del mercado relevante.
- b** | Cláusulas de paridad agravadas y no agravadas referidas a precios, que cedan en beneficio de un agente económico que cuente con una participación del 35% o más del mercado relevante.
- c** | Cláusulas *anti-steering*, que cedan en beneficio de un agente económico que cuente con una participación del 35% o más del mercado relevante, en la medida que inhiba la posibilidad de que los menores costos de sus rivales sean traspasados a precios.
- d** | Contratos que requieren de la entrega de información de carácter estratégico de la competencia, que cedan en beneficio de un agente económico que cuente con una participación del 35% o más del mercado relevante.
- e** | Acuerdos de exclusividad y descuentos condicionales sujetos al cumplimiento de metas establecidas sobre la base de participaciones de mercado; indicadores de crecimiento de compra superiores a la tasa esperada de crecimiento de la categoría a que pertenece

el producto; o de una estructura de descuentos establecido como un traje a la medida del comprador, que cedan en beneficio de un agente económico que cuente con una participación del 50% o más del mercado relevante.

- f** | Los compromisos de precios más bajos garantizados establecidos por un agente económico que cuente con una participación del 50% o más del mercado relevante.
- g** | Cláusulas de meet-or-release que cedan en beneficio de empresas que exhiban una participación del 50% o más del mercado relevante, constituye un abuso de posición dominante.

- II** | Propuestas para incentivar la realización de acuerdos pro-competitivos de colaboración entre competidores:

Propuesta N° 4: Creación de sistema de control de colaboraciones entre competidores

Incorporar en la ley de competencia un mecanismo de control voluntario de acuerdos de colaboración que permita a la FNE, dentro de un plazo preestablecido, otorgar autorizaciones temporales, imponiendo medidas de resguardo, de ser necesario. De esta manera, las partes de acuerdos que sean eficientes o que resulten socialmente beneficiosos podrán ser evaluados y no arriesgarán su responsabilidad en esta sede.

- III** | Propuestas para profundizar la intervención de carácter regulatoria:

Propuesta N° 5: Modificación del procedimiento no contencioso del DL 211

A pesar de la virtud de nuestro sistema, de contar con un procedimiento que permite corregir conductas y estructuras riesgosas a la competencia, las acciones de consulta, en la forma en que ha terminado operando, han generado espacios poco saludables de incertidumbre tanto en sus presupuestos de admisibilidad como en el alcance de su objeto.

Por lo mismo, se propone que una modificación legal establezca:

- a** | Que el procedimiento no contencioso es un mecanismo destinado a resolver pretensiones que no contengan una imputación de responsabilidad (en vez de un procedimiento llamado resolver pretensiones no controvertidas por su destinatario); y
- b** | Que la consulta solo será acogida a tramitación en la medida que exponga con claridad los hechos, actos o contratos específicos que no se ajustan a la libre competencia, el vínculo causal entre dichos hechos, actos o contratos con la restricción de la competencia, el mercado en que las circunstancias expuestas generan efectos y los sujetos pasivos de la pretensión.

Propuesta N° 6: (alternativa a la Propuesta N° 5): Modificación del procedimiento contencioso del DL 211

De no genera consenso la propuesta anterior, dada la forma en que fue diseñado el sistema chileno –que entrega la resolución de conflictos a un tribunal propiamente tal– se proponen una serie de medidas para mejorar la celeridad y efectividad en la tramitación de los procedimientos contenciosos.

Las medidas que se proponen a este respecto son tres:

- a** | Incorporar los principios de concentración y continuidad en las audiencias probatorias;
- b** | Reforzamiento del principio de inmediación; y,
- c** | Limitación del plazo dentro del cual se pueden acompañar documentos.

Propuesta N° 7: Modificación de la letra p) del Artículo 39 del DL 211

A través de los estudios de mercado, las autoridades de competencia pueden contribuir a que los mercados funcionen mejor, especialmente cuando los obstáculos y distorsiones a la competencia no son originados por infracciones a las leyes de competencia. En este ámbito, la Fiscalía Nacional Económica ha respondido con creces a la expectativa del legislador cuando decidió confiarle la nueva atribución, y ha utilizado los mejores estándares comparados, respecto de mercados críticos para la economía nacional.

Dada la importancia y el potencial de esta herramienta para la política chilena de competencia, se propone la modificación de la letra p), del artículo 39, que permitan a la FNE, sobre la base de sus estudios de mercado, ejercer las facultades contempladas en los artículos 18 N° 2 y 18 N° 3 del mismo DL 211.

Como procuramos explicitar al tratar cada una de las medidas, no todas requieren modificaciones legales. En ocasiones bastarán cambios a nivel de Guía o Auto Acordado de los órganos de nuestra institucionalidad –la Fiscalía Nacional Económica y el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia– o bien que se activen alguno de los procedimientos ante el mismo Tribunal que nuestra ley de competencia dispone para reglar los mercados de manera general (por antonomasia, las instrucciones de carácter general). Otra opción es que algunas de ellas, en especial las que sugieren incorporar presunciones, sean construidas jurisprudencialmente, aunque naturalmente tardarán más tiempo en establecerse.

II. Introducción: del fin de la historia a la batalla de los fines¹

El año 2005, el profesor Herbert Hovenkamp –posiblemente el autor vivo más citado en derecho *antitrust* publicó su libro “The Antitrust Enterprise”. En su introducción, Hovenkamp sugería que habíamos alcanzado una suerte de “fin de la historia” en el derecho de competencia:

Después de décadas de debate, hoy disfrutamos de mayor consenso acerca de los objetivos del derecho de la competencia que en cualquier otro momento de los últimos cincuenta años [...] Pocas personas discuten que la misión principal de las normas antimonopolio sea proteger el derecho de los consumidores a gozar de precios bajos, innovación, y la diversa producción que la competencia promete. Articular los medios para lograr este fin es una cuestión diferente².

En términos sencillos, un derecho de la competencia centrado en el bienestar del consumidor, propone que el rol de la autoridad de competencia sea establecer si determinada conducta resulta apta para impactar negativamente a los consumidores en términos de precio, variedad, calidad e innovación de los productos y servicios.

Se trata, entonces, de una aproximación económica y –si se quiere– agnóstica, que mira la protección de la libre competencia como un medio para obtener un resultado y no como un fin en sí mismo, y que limita el rol de la autoridad de competencia a evaluar los efectos asociados a un determinado comportamiento, a la luz de un parámetro plenamente determinado y razonablemente conmensurable: el bienestar del consumidor³. De esta manera, se releva al juzgador de la difícil tarea de compatibilizar distintos objetivos económicos –e incluso, no económicos– que caracterizó la política y el derecho de competencia desde sus orígenes hasta hace cuatro décadas.

A pesar de su aparente sencillez, según advertimos en la cita de Hovenkamp, el estándar del bienestar del consumidor deja abiertos espacios para interpretaciones y discusiones en prácticamente todas las materias tratadas por el derecho de competencia.

A grandes rasgos, estas diferencias pueden ser ilustradas por la oposición entre la mirada pro-empresa,

1 Parte del contenido de esta Sección fue extraído de un artículo escrito en coautoría con Julio Tapia O., “Las discriminaciones de Transbank: entre el bienestar del consumidor y la igualdad jurídica de los competidores” (por publicar).

2 Traducción libre de: “After decades of debate, today we enjoy more consensus about the goals of the antitrust laws than at any time of the last half century [...] Few people dispute that antitrust’s core mission is protecting consumers’ right to the low prices, innovation, and diverse production that competition promises. Articulating the means to achieve this end is a different matter”. Herbert Hovenkamp, *The Antitrust Enterprise: Principle and Execution* (Cambridge Ma.: Harvard University Press, 2007), 1.

3 Makan Delrahim, “The Future of Antitrust: New Challenges to the Consumer Welfare Paradigm and Legislative Proposals”, *Discurso para la Federal Society National Lawyers Convention* (14 de noviembre, 2019), <https://www.justice.gov/opa/speech/assistant-attorney-general-makan-delrahim-delivers-remarks-abas-2019-antitrust-fall-forum>.

asociada tradicionalmente a la Escuela de Chicago⁴, mayoritariamente prevalente en el análisis jurisprudencial estadounidense, y una mirada que aboga por una mayor intervención desde la libre competencia, muy crítica de las premisas de la Escuela de Chicago, predominante hoy en día a nivel académico y en la práctica institucional de la Comisión Europea⁵.

En eso estábamos el año 2017. Viviendo el disenso dentro del consenso del estándar del bienestar del consumidor.

Pero la historia nunca acaba. Por el contrario, tiende a repetirse.

Ese año, Lina Khan, actual Comisionada de la Federal Trade Commission y en ese entonces una completa desconocida, publicó su artículo “Amazon’s Antitrust Paradox”⁶, que rápidamente se convirtió en el artículo de competencia más descargado del año. Un año después, Tim Wu publicó “The Curse of Bigness”⁷.

Desde ese entonces, y en muy pocos años, el movimiento *neo-Brandeisiano* inaugurado con esas publicaciones (y denominado así por su inspiración ideológica en las ideas del juez de la Corte Suprema estadounidense, Louis Brandeis) ha adquirido una enorme figuración mediática, así como un inédito respaldo político⁸. Con ello, el consenso referido acerca del propósito del derecho *antitrust* ha sido reemplazado por la denominada “batalla de los fines”.

En lo medular, este nuevo movimiento rechaza que el bienestar del consumidor sea el estándar y el objetivo exclusivo de la normativa de competencia, y sitúa en su lugar al control del poder privado y, con ello, la lucha contra la concentración económica y las grandes empresas como nuevo ejes.

El movimiento en cuestión advierte del riesgo de que la consolidación del poder económico alimente la concentración del poder político, y que un poder privado carente de control termine socavando y desbordando

4 Que ha levantado como premisas del análisis *antitrust* principios tales como que “los mercados funcionan bien”, “las empresas actúan en el interés de los consumidores”, “la posibilidad de entrada de nuevos competidores o expansión de los existentes disciplina a los incumbentes”, “la intervención estatal suele ser torpe, ineficiente y mal informada”, “los mercados tienden a curarse a sí mismos”, “los carteles tienden a ser inestables”, “los monopolistas pueden extraer una sola renta monopólica”, “los errores de falsos positivos tienen consecuencias más perdurables y negativas que los falsos negativos”. Ver, por ejemplo, Harry First y Spencer Weber Waller, “Antitrust’s Democracy Deficit”, *Fordham Law Review* 81, N°5 (2013), 2567. En el mismo sentido, Ariel Ezrachi, “Sponge”, *Journal of Antitrust Enforcement* 5, N° 1 (abril, 2017), 63; y Jonathan B. Baker, “Taking the Error Out of ‘Error Cost’ Analysis: What’s Wrong with Antitrust’s Right”, *Antitrust Law Journal* 80, N° 1 (2015).

5 En cuya mirada la teoría de Chicago se construye sobre una simplificación de los fenómenos económicos y sobre la base de suposiciones dogmáticas, o bien infundadas o bien refutadas. Un buen ejemplo de esta mirada se encuentra en una carta conjunta de académicos norteamericanos, con propuestas de reformas legales en el derecho *antitrust* en Baker et. al: “Joint Response to the Judiciary Committee on the State of Antitrust Law and Implications for Protecting Competition in Digital Markets”, *Washington Center For Equitable Growth* (2020) <https://equitablegrowth.org/wp-content/uploads/2020/04/Joint-Response-to-the-House-Judiciary-Committee-on-the-State-of-Antitrust-Law-and-Implications-for-Protecting-Competition-in-Digital-Markets.pdf>.

6 Lina Khan, “Amazon’s antitrust paradox”, *Yale Law Journal* 126, N°3 (enero 2017).

7 Tim Wu, *The Curse of Bigness: Antitrust in the New Gilded Age* (Nueva York: Columbia Global Reports, 2018).

8 La propia Lina Khan pasó a dirigir la Federal Trade Commission, Tim Wu se integró en el comité económico de la Casa Blanca, y Jonathan Kanter fue nominado por Biden para integrar el Departamento de Justicia estadounidense. En el frente legislativo –tras el informe en mercados digitales, con evidente inspiración en las ideas de Khan y Wu– diversos proyectos en EE.UU. intentan transformar el derecho de competencia con drásticas reformas.

al estado de derecho. Por lo mismo, desde su perspectiva, el derecho⁹ de competencia tendría una finalidad mucho más relevante que servir de instrumento a la obtención de beneficios a los consumidores: en realidad, se trataría de “una herramienta esencial y un soporte filosófico para estructurar una sociedad sobre cimientos democráticos”¹⁰⁻¹¹.

Las voces antagónicas no se han hecho esperar. La dificultad de administración de un objetivo político carente de métrica de análisis, y la hostilidad exhibida por los principales referentes del movimiento neo Brandeisiano respecto del rol central que ejerce el análisis económico en el proceso de decisión de libre competencia han conseguido que sus ideas sean consideradas por muchos como una fuente de populismo y discrecionalidad¹². En este sentido, siguiendo a Maurice Stucke, un reconocido detractor de la dogmática de Chicago, una aproximación demasiado “expansiva” del derecho de competencia, que pondere soluciones e intervenciones estatales a la luz de distintos estándares, podría tornarse inmanejable y ser fuente de arbitrariedades significativas¹³.

La crítica referida no puede sino ser compartida. Revestir a las autoridades de competencia de la potestad de regular el mercado con la finalidad de –en palabras de Brandeis– “impedir la existencia de unos pocos con un poder económico tal que les permita prevalecer sobre el estado de derecho”¹⁴ implicaría, necesariamente, la compatibilización de múltiples objetivos, muchas veces contradictorios entre sí. Instituciones técnicas, carentes de representatividad democrática, simplemente no están ni pueden estar diseñadas para asumir esta tarea.

Con todo, el movimiento *neo-Brandeisiano* ha tenido, a mi juicio, al menos tres méritos relevantes. En primer lugar, ha permitido concentrar la atención de los medios y la clase política en el “déficit democrático” que muchas veces padece la institucionalidad de libre competencia¹⁵.

En segundo lugar, el movimiento ha contribuido a revitalizar el debate sobre la intensidad en la aplicación del derecho de competencia, en un contexto que busca hacerse cargo y corregir de una manera más efectiva los

9 Lina Khan, “The New Brandeis Movement: America’s Antimonopoly Debate”, *Journal of European Competition Law & Practice* 9, N°3 (marzo 2018), 131.

10 Khan, “The New Brandeis Movement”, 131.

11 “El consenso bipartidista de que la legislación antimonopolio debe centrarse únicamente en la eficiencia económica y el bienestar del consumidor ha sido atacada de repente por voces prominentes que piden un papel dramáticamente mejorado para la ley antimonopolio en la mediación de una variedad de puntos de fricción social, económica y política, incluidos el empleo y la riqueza desigualdad, privacidad y seguridad de los datos y valores democráticos”. Traducción libre de Daniel Crane, “Antitrust’s Unconventional Politics”, *Virginia Law Review* 104 (2018) 118.

12 Crane, por ejemplo, ha criticado las ideas de Wu justamente por propender al opuesto que pretende. En su opinión, es justamente el estándar del bienestar del consumidor el que garantiza mayor legitimidad democrática, ya que los casos deben resolverse mediante la presentación de los hechos y el consecuente análisis para explicar estos hechos, y no mediante un concurso de popularidad. Daniel Crane, “Antitrust’s ‘Curse of Bigness’ Problem”, *Michigan Law Review* 118 (abril 2020), 1272.

13 Stucke enfatiza: “la consideración de múltiples objetivos en cada caso de libre competencia es una receta para el desastre. Resulta cuestionable que las agencias y cortes puedan poner en práctica múltiples objetivos de manera sistemática. Además, permitirles combinar objetivos los enviste con mayor libertad para cometer errores y ser capturados políticamente”. Maurice Stucke, “Reconsidering Antitrust’s Goals”, *Boston College Law Review* 53, (2011), 620).

14 Louis D. Brandeis, “The Regulation of Competition Versus the Regulation of Monopoly”, *University of Louisville Brandeis School of Law*, última visita: 3 de noviembre de 2021 (original: 1 de noviembre, 1912), <https://louisville.edu/law/library/special-collections/the-louis-d.-brandeis-collection/the-regulation-of-competition-versus-the-regulation-of-monopoly-by-louis-d.-brandeis>.

15 A este se referían Harry First y Spencer Weber Waller ya en 2013, advirtiendo que una aplicación del derecho de competencia enteramente administrada por “tecnócratas”, orientada por los fines económicos tradicionales, puede haber contribuido a horadar el derecho antitrust de Estados Unidos con un déficit democrático considerable. First y Waller, “Antitrust’s Democracy Deficit”.

perniciosos efectos asociados al poder de mercado¹⁶.

En tercer lugar, al desafiar el consenso imperante sobre el bienestar del consumidor como único estándar de análisis de las conductas anticompetitivas, el movimiento *neo-Brandeisiano* ha desplazado el péndulo lejos de la ortodoxia de Chicago –a mi juicio, la principal responsable de la irrelevancia que se imputa al derecho *antitrust*– y allanado el camino para que volvamos a discutir de qué hablamos cuándo hablamos de competencia.

Comparto el juicio de Shapiro, en orden a que fue la tendencia de las cortes estadounidenses, en los años 60s y 70s del siglo pasado, a sancionar conductas pro-competitivas, que dañaban a los competidores, pero beneficiaban a los consumidores, la que motivó el cambio de lenguaje hacia uno enfocado en la protección del consumidor¹⁷. Desafortunadamente, siguiendo al mismo autor, el “estándar de bienestar del consumidor” nunca hizo un buen trabajo transmitiendo la idea subyacente más profunda de proteger y promover la competencia¹⁸.

En este sentido, me parece que para desentrañar esa idea subyacente a que se refiere Shapiro, el mejor camino es volver nuestra mirada a la escuela germana de la segunda mitad del siglo XX, que postulaba que el principio fundante de la libre competencia era la libertad para competir (*Wettbewerbsfreiheit*).

Esta visión de la libre competencia, heredera de la tradición ordoliberal, si bien fue eclipsada por el consenso técnico en torno al bienestar del consumidor, nunca fue desterrada del ADN analítico de la Comisión Europea y de muchas otras cortes principalmente generalistas, incluida, por supuesto, nuestra Corte Suprema. Se funda en una concepción de la libertad económica entendida como un derecho fundamental. Dentro de esta tradición, para dar sentido y hacer posible esta libertad, el sistema económico debe permitir la participación de todos los individuos, resguardando que dicha participación no se vea obstaculizada por el poder económico de terceros¹⁹.

De lo anterior se sigue que la existencia de competencia, entendida como la coordinación espontánea resultante del ejercicio de libertades económicas individuales, constituye un valor en sí mismo, independiente de los resultados que produce²⁰. La eficiencia económica y el bienestar del consumidor, así mirados, son un resultado

16 Como señala Stucke, “si la política de competencia se torna irrelevante de cara a los problemas sociales más apremiantes, entonces, relegada en una organización de nicho con un presupuesto exiguo, se hace más fácil de marginar”. Traducción libre de: “if antitrust policy is irrelevant to the pressing societal issues, then antitrust, relegated to a niche organization with little resources, is easier to marginalize”. Stucke, “Reconsidering Antitrust’s Goals”, 609.

17 En efecto, toda acción pro-competitiva de un agente económico produce, necesariamente, un “daño” en los competidores. De eso se trata precisamente la competencia. Ese “daño” constituye el combustible que incentiva a que los rivales, a su vez, hagan más eficientes sus procesos, produciéndose el ciclo virtuoso de la competencia.

18 Shapiro, “Antitrust: What Went Wrong”, 38.

19 Liza Lovdahl, “The Conflict between Economic Freedom and Consumer Welfare in the Modernisation of Article 82 EC”, *European Competition Journal* (diciembre 2007), 336-337.

20 Oles Andriychuk, “Thinking inside the box: Why competition as a process is a sui generis right. A methodological observation”, en *The Goals of Competition Law*, ed. Daniel Zimmer (Edward Elgar Publishing: 2012), 95.

indirecto del ejercicio de la libertad económica²¹, tanto como lo son otros objetivos deseados que se atribuyen a la política de libre competencia. Dentro de estos objetivos se encontrarían, por ejemplo, la dispersión del poder económico²², la ampliación de las posibilidades de elección de los consumidores²³, la existencia de mercados sujetos a un mínimo de interferencia estatal²⁴, y la capacidad de producir innovación asociada al “proceso de descubrimiento” que caracteriza el proceso competitivo²⁵.

A mi juicio, la adopción de un estándar que proteja la libre competencia como un fin en sí mismo y no como un medio para producir eficiencia económica, puede hacer del derecho antitrust una herramienta más efectiva de sanción y corrección del daño a los mercados²⁶.

Con todo, aunque se adhiera al fin de la protección de la libertad económica y se estime que la eficiencia económica expresada a través del bienestar del consumidor no proporciona por sí sola una base normativa suficiente para el derecho de la competencia, no existe una manera de generar certeza jurídica si no es estableciendo límites claros de intervención.

En efecto, aunque es cierto que en el ámbito del derecho público moderno una lectura dinámica de los conceptos legales sea de la esencia para asegurar la efectividad de sus intervenciones –y en este sentido, ello pueda implicar un reacomodo de la visión hasta hoy preponderante en materia de competencia–, más aun considerando la amplitud de nuestro artículo tercero, su eficacia y legitimidad también depende, paradójicamente, de poder reconocer sus límites²⁷. Como nos advierte Peter Birks: “El desorden en el derecho no es más que una coartada

21 Wernhard Möschel, “Competition Policy from an Ordo Point of View”, en *German Neo-liberals and the Social Market Economy*, eds. Alan Peacock y Hans Willgerodt (Palgrave Macmillan: 1989), 146. De manera similar en Estados Unidos, mucho antes de que la Escuela de Chicago irrumpiera en la práctica del derecho de competencia, Alfred E. Kahn sostenía: “*Essential task of public policy in a free enterprise system should be to preserve the framework of a fair field and no favors, letting the results take care of themselves*”. Alfred E. Kahn, “Standards for Antitrust Policy”, *Harvard Law Review* 67, N°1 (1953).

22 De acuerdo a Stucke, bajo una perspectiva democrática, “*antitrust’s primary aim is not simply to lower price, but to prevent the formation of powerful firms and state-controlled enterprises that threaten a dynamic economy and democracy*”. Stucke, “Reconsidering Antitrust’s Goals”, 624.

23 “*Consumer harm is, however, something quite different from free consumer choice. Consumer choice relates to the uncertain disposition of consumers to accept or not to accept what competitors or dominant undertakings offer them*”. Ernst-Joachim Mestmäcker, “The development of German and European competition law with special reference to the EU Commission’s Article 82 Guidance of 2008”, en Lorenzo Pace ed., *European Competition Law: The Impact of the Commission’s Guidance on Article 102* (Edward Elgar: 2011), 37.

24 Harlan M. Blake y William K. Jones, “In Defense of Antitrust”, *Columbia Law Review* 65, N° 3 (1965). Ya en 1965 y muchísimo antes de la recepción de sus ideas en la jurisprudencia, Blake y Jones se oponían a que los profesores de Yale, Bork y Bowman, redujesen los objetivos del derecho antitrust estadounidense y que caracterizarasen las tendencias de las Cortes en aquella década como una crisis. Para Blake y Jones, el derecho antitrust tenía la virtud singular, representando los ideales de Estados Unidos, de haber montado un sistema que previene la concentración del poder económico de manera autosuficiente, sin la supervisión y supervigilancia de una maquinaria estatal que caracterizaba a los mercados exitosos en otras jurisdicciones en aquella época.

25 Idea central en Hayek, para quien “[l]a competencia es valiosa sólo porque, y en tanto, sus resultados son imprevisibles y diferentes, en general, de aquellos que alguien pudiera haber perseguido deliberadamente”. Friedrich A. von Hayek, “La competencia como proceso de descubrimiento” *Estudios Públicos* 50 (1993), 3, cursivas en el original.

26 De manera análoga, Carl Shapiro ha propuesto recientemente reemplazar al test de bienestar del consumidor por el de protección de la competencia. Shapiro, “Antitrust: What Went Wrong”, 39.

27 Esta paradoja del derecho público en clave moderna ha sido elocuentemente expresada en Martin Loughlin, *Foundations of Public Law* (Oxford: Oxford University Press, 2010), caps. 3 y 6, en su reconstrucción de la arquitectura del derecho público y lo que él denomina “*political jurisprudence*”.

para el poder ilegítimo”²⁸.

Apelando a una idea expresada hace más de una década en un artículo de mi autoría²⁹, me sigue pareciendo que el punto de equilibrio entre efectividad de la institucionalidad y seguridad jurídica se encuentra en la idea suscrita por la profesora Eleanor Fox, en orden a que el interés de los consumidores no constituye “el” objeto del derecho de la competencia, sino más bien “el límite” en la consideración de otros bienes protegidos³⁰.

De manera consistente con el bienestar del consumidor como límite del reproche, los preceptos económicos deben seguir siendo la herramienta para determinar, frente a una conducta o estructura determinada, si una intervención estatal o la abstención de dicha intervención constituye la medida más adecuada para proteger la propia libertad económica³¹.

Establecido lo anterior, lo que se viene a proponer en las páginas siguientes es una hoja de ruta, construida sobre la base de siete grupos de propuestas de modificaciones institucionales (legales o jurisprudenciales), que armonice una mirada más amplia, democrática, trascendente y efectiva de una institucionalidad de libre competencia entendida como fin y no como medio, con una mirada económica fundada en el bienestar del consumidor, ya no como el núcleo interpretativo de la potestad de intervención estatal, sino como límite a la discrecionalidad de la misma.

28 Traducción libre de: “*Disorderly law is not more than an alibi for illegitimate power*”. Peter Birks “Equity in the Modern Law: An Exercise in Taxonomy”, *University of Western Australia Law Review* 1 (1996), 99.

29 Mario Ybar A., “¿De qué hablamos cuando hablamos de competencia? Un análisis aplicado al caso Supermercados II”, en *Libre Competencia y Retail*, eds. Paulo Montt y Nicole Nehme (Santiago: Legal Publishing, 2010).

30 Eleanor Fox, “The Modernization of Antitrust: A New Equilibrium”, *Cornell Law Review* 66 (1981), 1183.

31 Esta sería la postura de Martin Hellwig, otro preminente autor de la escuela germana. Citado en Heike Schweitzer, “Efficiency, political freedom and the freedom to compete – comment on Maier-Rigaud”, en Daniel Zimmer, *The Goals of Competition Law* (2012), 175.

III. Propuestas de modificaciones en materia de abuso de posición dominante y restricciones verticales

1 | Introducción

A mediados de 2021, la Red ProCompetencia presentó los resultados de su encuesta “Percepción de la libre competencia en Chile”, respondida por 86 profesionales ligados al área³².

Los resultados denotan, a primera vista, contradicciones. Si bien el 67% de los encuestados aprueba nuestro régimen institucional, solo el 28% de éstos concordó con que “el sistema es capaz de revisar y sancionar de manera equivalente conductas unilaterales abusivas y colusiones”.

A la luz de estos resultados, Andrea Butelmann, directora de dicha organización, planteó en una reciente columna que existe “una gran distancia entre la apreciación de la institucionalidad y los resultados de esta, especialmente porque no se ve una política activa en perseguir conductas unilaterales”³³.

El fenómeno descrito por Butelmann, aplicable también al control de las restricciones verticales, es cierto en Chile, pero también lo es en todo el mundo, con la excepción del actuar de los últimos años de la Comisión Europea y algunas agencias de ese mismo continente en el ámbito de los mercados digitales.

Este escenario no es fruto del azar. En mi opinión, existen al menos cuatro dimensiones que podrían explicar esta tendencia.

En primer lugar, la hostilidad histórica de la Escuela de Chicago –expandida a muchas cortes– hacia la sanción del abuso de posición dominante y de restricciones verticales, sobre la base de una aversión a la sanción injustificada de conductas eficientes (“falsos positivos”) y a una presunción de licitud de las conductas acordadas entre empresas que operan en distintos niveles de la cadena de producción.

En segundo lugar, las dificultades probatorias usualmente asociadas a la detección y eventual sanción de este tipo de figuras. Bajo un estándar de bienestar del consumidor no resulta tarea sencilla para el demandante acreditar los efectos anticompetitivos de conductas que, a diferencia de la colusión, solo dañan a los consumidores de manera indirecta. En casos de abuso de posición dominante, luego de probar que se ha restringido o tendido a restringir la entrada o expansión de un competidor a través de la práctica impugnada –una tarea no exenta de obstáculos– debe demostrarse además cómo ese hecho afectó, afecta o podría afectar a los consumidores, y algo similar ocurre con las restricciones verticales, cuyos efectos resultan casi siempre ambiguos.

32 Pro Competencia, *Percepción de la Libre Competencia en Chile* (2021), Ver resultados en <https://www.redprocompetencia.org/>.

33 Andrea Butelmann, “Juicio experto ¿Cómo estamos en libre competencia?”, *Diario El Mercurio Economía y Negocios* (3 de julio, 2021), 7.

En tercer lugar, la priorización del *enforcement* sobre casos de acuerdos anticompetitivos horizontales, constituye otra consecuencia del consenso referido en torno al bienestar del consumidor³⁴. En un contexto de recursos siempre finitos, esta priorización ha llevado a un sub-*enforcement* de otras conductas, particularmente de aquellas cuyas investigaciones, a diferencia del control de concentraciones, carecen de plazos máximos y acotados.

Finalmente y en cuarto lugar, pareciera ser que el abuso de posición dominante y las restricciones verticales se han convertido, al menos en Chile, en víctimas involuntarias del éxito del sistema de competencia. El alto impacto en la reputación de las empresas que pueden tener las acciones de libre competencia, las elevadas multas y sanciones aprobadas por el poder legislativo como consecuencia del clamor social en contra de “delincuentes de cuello y corbata” (personificados mejor que nadie en el imaginario colectivo por los ejecutivos de las empresas coludidas), y la posibilidad cierta de enfrentar acciones posteriores de resarcimiento de perjuicios (que pueden incluso superar en cuantía a las multas establecidas en el juicio infraccional), han revestido a los litigios de libre competencia de una naturaleza cuasi-penal. Esta tendencia ha redundado en juicios extremadamente adversariales, de lata duración y con un énfasis muy favorable al derecho a defensa de los demandados.

De este modo, se ha moldeado una institucionalidad de libre competencia que resulta muy adecuada para la persecución de conductas inequívocamente dañinas a la competencia, como lo es la colusión, pero no muy apropiada para conocer de conductas ambiguas, sofisticadas y de muchos matices, como son aquellas que caracterizan el abuso de posición dominante y los acuerdos verticales anticompetitivos, sin inclinar la balanza hacia el favorecimiento desmedido de los falsos negativos sobre los falsos positivos³⁵.

34 Ver, por ejemplo, el discurso de Mario Monti “Fighting Cartels Why and How? Why should we be concerned with cartels and collusive behaviour?”, *European Commission Press Corner* (septiembre, 2000), https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/SPEECH_00_295.

35 En este sentido, me parece que uno de los factores que mejor explica la mayor relevancia que tienen el abuso de posición dominante y las restricciones verticales en Europa por contraste con Estados Unidos, tiene que ver con la inexistencia histórica de acciones de perjuicios en la primera, en oposición a las reglas de triple daño presentes en este último país. Así, parece más fácil condenar una conducta gris, cuando la sanción resultante no parece desproporcionada a los ojos del juzgador.

2 | Propuesta N° 1: presunción de la existencia de posición dominante

El abuso de posición dominante requiere, además de la acreditación de la existencia de una conducta abusiva y de sus efectos competitivos, la demostración de que la empresa acusada exhibe una posición dominante dentro del mercado relevante afectado por la conducta.

Lo anterior, resulta sumamente gravoso en términos probatorios, al punto de convertirse muchas veces en una carga que disuade la presentación de acciones, por tres grupos de razones.

En primer lugar, porque muchas veces la información necesaria para que el demandante acredite la posición dominante del demandado no se encuentra disponible en fuentes públicas. Lo anterior propicia la presentación de denuncias ante la Fiscalía Nacional Económica, con el objeto de que ésta, utilizando sus atribuciones para solicitar información a terceros, llene el referido vacío obteniendo los elementos de prueba necesarios para acreditar la existencia de dicha posición.

Sin embargo, la situación descrita atenta contra la celeridad en la resolución de conflictos, ya que pueden pasar años antes de que la FNE se decida a requerir o archivar.

En segundo lugar, porque la acreditación de una posición dominante explica una parte importante de las actuaciones realizadas por las partes en los cada día más extensos procedimientos litigiosos.

Finalmente, debido a que la acreditación de una posición dominante se realiza fundamentalmente mediante informes económicos, cuyo costo puede resultar prohibitivo para potenciales demandantes.

Por las razones expuestas, estimo que la incorporación de una regla que presuma la existencia de una posición dominante respecto de empresas que tengan una cuota de mercado igual o superior al 50% (porcentaje que a mi juicio debiera ser inferior cuando se trata de abusos de posición dominante asociados al poder de compra) subsanaría buena parte de las deficiencias del sistema actual antes referidas. Esta modificación otorgaría a nuestra institucionalidad mayor eficiencia al momento de reprimir este tipo de conductas³⁶.

Como se trata de una presunción simplemente legal, el demandado siempre estará en condiciones de acreditar que, a pesar de su importante participación de mercado, concurren otros elementos que permiten descartar la calificación de empresa dominante.

Una iniciativa muy similar fue dada a conocer a comienzos de 2021 en un proyecto de ley respaldado por senadores del Partido Demócrata y varios profesores de la academia norteamericana, la Anticompetitive Exclusionary Conduct Prevention Act de 2020.

36 Asimismo, atendido que respecto de la mayoría de los mercados no existen fuentes públicas de información acerca de las ventas de los agentes económicos, parece pertinente permitir que los potenciales demandantes presenten, como medida pre-judicial, una solicitud de informe a la FNE, para que ésta oficie a los actores del mercado y obtenga cifras precisas de respecto de su market share.

La implementación de esta presunción agilizaría los juicios, pondría la carga de la prueba sobre quien tiene más posibilidades (y posiblemente recursos) de obtenerla, y se aviene con la experiencia empírica en esta materia, al menos en nuestra jurisdicción. La experiencia de más de 15 años de litigación ante el TDLC demuestra que son muy pocos los casos en que conductas ejecutadas por agentes económicos que ostentan más de 50% de participación de mercado no hayan sido objeto de reproche sobre la base de una consideración preliminar de inexistencia de una posición dominante³⁷.

Esta propuesta, en todo caso, no debiera aplicar para ciertas figuras. La presunción debiese operar para todas las conductas abusivas, salvo respecto de la negativa de venta y otras figuras análogas (instalaciones esenciales, obligaciones de interconexión y estrangulamiento de márgenes), cuyo remedio supone, en los hechos, la supresión de la autonomía de la voluntad y su reemplazo por contratos forzosos.

Como es sabido, en estos casos la intervención de la libre competencia tiene un carácter excepcional, lo que redundaría en que se exija un estándar de prueba más alto que la mera existencia de una posición de dominio. Estas figuras exigen que el demandado sea propietario de un activo, insumo o infraestructura esencial para el desempeño competitivo de sus competidores, aspecto fáctico que, en ningún caso, puede colegirse de la mera observación de una participación de mercado, por elevada que sea, ya que se construye desde la perspectiva del propio agente económico afectado.

37 Si se revisan las 71 sentencias absolutorias de demandas en contra de empresas privadas o públicas ante el TDLC, de casos etiquetados en la estadística del mismo tribunal como “abuso de posición dominante”, “competencia desleal”, “barreras a la entrada”, “negativa de contratación” o “precios predatorios”, entre los años 2005 y el 2020, son muy pocos los que tienen demandados que sobrepasaban una cuota de mercado superior al 50%. En *Denuncia de Distribuidora Molino S.A. en contra de Distribuidora de Publicaciones Alfa S.A.*, Sentencia TDLC N° 22/2005, aunque Distribuidora Alfa tenía un 56% de participación, el TDLC desestimó la acción por falta de pruebas de la negativa de venta imputada. En *Demanda de Micom S.A. contra ENAP*, Sentencia TDLC N° 64/2008 el TDLC reconoció que ENAP era “el único refinador de combustibles líquidos”, y que “podría detentar una posición dominante”, pero determinó que la empresa tenía una justificación comercial para su conducta. En *Demanda de Comasa contra Capel*, Sentencia TDLC N° 99/2010, el tribunal determinó que Cooperativa Capel –la demandada–, que mantuvo participaciones de mercado entre 50% y 68% desde 2001 a 2008, sí contaba con cierto grado de poder de mercado, pero desestimó que la conducta específica que analizaba fuese constitutiva de abuso. En *Requerimiento de la FNE en contra de Cámara de Comercio de Santiago A.G.*, Sentencia TDLC N°124/2013, el TDLC dio por establecido que la Cámara de Comercio de Santiago sí tenía “un claro poder de mercado” por sus ventajas para el acopio de información crediticia, sin embargo, decidió no imponer sanciones en razón de “no haberse acreditado en autos la existencia de presiones ilícitas o la imposición del referido desistimiento como condición para la renovación del contrato”. En *Demanda de Metalúrgica Silcosil Ltda. en contra de Masisa S.A.*, Sentencia TDLC N° 151/2016, el TDLC estimó que, para el mercado de tableros melamínicos, si bien la demandada nunca tuvo menos del 45% de participación de mercado a lo largo del período analizado, no contaría con una posición dominante en base a la sustitución entre distintos tipos de tablero, a que su cuota había disminuido considerablemente desde hace cuatro años con la entrada de un competidor y a que las posibilidades de importación del producto. Quizá el caso más crítico sea el expediente más reciente *Demanda Banco BICE contra Banco Estado* (acumulada), Sentencia TDLC N° 174/2020, donde el TDLC descartó la existencia de posición dominante a pesar de que Banco Estado contaba con una cuota de 57,3% en una de las posibles métricas de análisis, participación que había aumentado con el tiempo, al considerar otros elementos estructurales. El caso actualmente se ventila ante la Corte Suprema, por las reclamaciones interpuestas por los bancos demandantes.

3 | Propuesta N° 2: tipificar las restricciones verticales en el DL 211

La ausencia de precedentes en nuestra jurisprudencia en materia de restricciones verticales anticompetitivas, a no ser que provengan de un abuso de posición dominante, no debe sorprendernos. En efecto, a los defectos del sistema antes referidos, debemos agregar la a estas alturas inexcusable falta de tipificación de las restricciones verticales en nuestra ley.

Si bien es cierto que las conductas anticompetitivas mencionadas en el artículo 3° del Decreto Ley N° 211 (DL 211) son enunciadas a modo ejemplar, en el contexto del tipo general establecido en el inciso primero, no es menos cierto que la omisión de toda referencia a las restricciones verticales en la ley ha privado a éstas de la trascendencia que ameritan. Ello no solo se manifiesta en la ausencia total de casos sobre la materia, sino que, más grave aún, en una sensación ambiente de que, a menos que se trate de una empresa dominante, la única forma en que los agentes económicos pueden lesionar la competencia es incurriendo en acuerdos horizontales³⁸.

Sin embargo, como veremos en la siguiente sección, las restricciones verticales pueden erigirse en mecanismos de exclusión y coordinación sumamente efectivos y dañinos de la competencia.

38 En otras jurisdicciones tenidas por referencia esta omisión no se presenta. Las restricciones verticales aparecen subsumidas dentro de la categoría de acuerdos –sin distinciones ni apellido– que suele estar contenida en leyes y estatutos de competencia. Por lo mismo, la enseñanza invariable de estas materias a nivel comparado consigna una asignatura especial para acuerdos y restricciones verticales de forma separada, usualmente luego del estudio de acuerdos horizontales. La modificación propuesta, por lo mismo, sólo vendría a alinear las reglas chilenas con el estado global de la disciplina.

4 | Contratos que hacen referencia a rivales: una breve explicación

Durante los últimos años ha surgido una nutrida literatura acerca de cierto tipo de restricciones verticales que no circunscriben su alcance a las partes que las establecen, sino que hacen referencia a las condiciones contractuales de terceros (“contratos que hacen referencia a rivales”, en adelante “CRRs”). Por las razones que sugiero a continuación, debieran ser una categoría prioritaria de *enforcement*.

Una forma eficaz de evaluar si un contrato determinado constituye un CRR es preguntarse si los términos de la transacción entre el comprador y el vendedor dependen de la información de otra relación comprador-vendedor, que involucra al menos una de las mismas partes³⁹.

Así, si la determinación del precio o de otros términos del contrato dependen, al menos en cierta medida, de la observación del precio u otros términos contractuales de una relación entre una de las partes y un competidor de la otra, el acuerdo es un CRR⁴⁰.

Sin perjuicio de que, como en toda restricción vertical, existen eficiencias teóricas asociadas a la celebración de CRRs, existe también un amplio consenso de que cláusulas o contratos que limiten la autonomía en función del desempeño o los hechos de agentes rivales pueden dañar el mercado de manera significativa, no sólo aumentando los costos de entrada o de expansión de terceros, sino que también facilitando la colusión e inhibiendo comportamientos individuales pro-competitivos (esto es, atenuando la intensidad competitiva).

A continuación, revisaremos las modalidades más comunes de CRRs.

- ***Fijación de precios mínimos de reventa***

Un primer ejemplo lo constituye la fijación de precios mínimos de reventa (en adelante, “FPR”). En este caso, el vendedor exige al comprador del producto un precio mínimo de reventa del mismo, aunque puede también ocurrir que sea el propio comprador (y revendedor) del bien el que esté interesado en la incorporación contractual de esta exigencia.

Si bien se trata de una cláusula suscrita entre dos agentes económicos que se encuentran en eslabones distintos de la cadena de producción, lo cierto es que la FPR, por su propia naturaleza, produce efectos horizontales.

Asimismo, atendido que los reclamos efectuados por el comprador al vendedor, en cuanto a que su competencia no respeta los mínimos de venta establecidos, son consustanciales a la restricción vertical⁴¹, podemos caracterizar los mismos como CRR, ya que afectan, necesariamente, los términos en que terceros ajenos al

39 Fiona Scott Morton, “Contracts that Reference Rivals”, *Antitrust* 27, N° 3 (verano 2013), 72, <https://media.crai.com/wp-content/uploads/2020/09/16164621/Contracts-that-reference-rivals.pdf>.

40 Scott Morton, “Contracts that Reference Rivals”.

41 Ver Doctrina Colgate. United States v. Colgate & Co., 250 U.S. 300 (1919). Cosa distinta a los meros reclamos es el condicionamiento, por parte del comprador, de la celebración de la FPR a que su competencia se sujete a idéntica restricción vertical (ver, a este respecto, Sentencia N° 167, de 28 de diciembre de 2019).

contrato están autorizados a comercializar el producto.

Sin perjuicio de que no es el propósito de este documento profundizar en las eficiencias y riesgos asociados a los distintos CRRs que se analizarán, enunciaremos los mismos brevemente: así, mientras, la FPR puede constituir un instrumento idóneo para prevenir el *free-riding* y problemas de cautividad (*Hold-up*), para que un entrante persuada a un distribuidor de comercializar su producto, o para señalar calidad, se trata de una restricción vertical que limita la competencia intra-marcaria, puede facilitar la colusión, tiende a aumentar el nivel general de los precios y, eventualmente, puede erigir una barrera artificial a la entrada, principalmente respecto de quienes operan modelos de negocio de bajo costo que quieren –y no pueden– competir por precio.

- ***Cláusulas de paridad o de Nación más Favorecida***

Este tipo de cláusulas constituye posiblemente el ejemplo más paradigmático de CRRs. En éstas, el comprador exige que el vendedor le otorgue el mejor precio y condiciones de mercado disponibles a terceros. De esta manera, si el vendedor quiere realizar un descuento a un tercero, debe hacerlo inmediatamente extensivo al beneficiario de la cláusula.

Las eficiencias usualmente asociadas a este tipo de cláusulas son la reducción de costos de transacción, sobre todo en mercados caracterizados por precios dinámicos, la prevención del *free-riding* y del *hold-up*.

En cuanto a los riesgos, son prácticamente los mismos identificados a propósito de la FPR: se limita la competencia intra-marcaria, opera como facilitador de colusión, disminuye el grado de intensidad competitiva del mercado –ya que disuade la concesión de descuentos por parte del agente obligado por la cláusula–, y opera como barrera a la entrada cuando es establecida en beneficio de un agente con poder de mercado⁴².

El tipo de cláusula en cuestión produce efectos todavía más perniciosos cuando opera bajo la denominada modalidad reforzada (“MFN Plus”). Ello ocurrirá cuando la cláusula establece, por ejemplo, que el precio conferido debe ser siempre inferior en un X% al menor precio ofrecido a otro contratante (o, lo que es lo mismo, que todo tercero debe acceder al producto un X% más caro que el beneficiario de la cláusula).

Adicionalmente, los efectos anticompetitivos serán, asimismo, más intensos, cuando la cláusula regule una relación entre dos empresas que, en vez de operar bajo un modelo de proveedor y revendedor, lo hacen bajo una figura de Agencia. Lo anterior, por cuanto ello incide directamente en los precios cobrados al público en general.

Esto puede ejemplificarse con los casos de distintas agencias europeas en contra de Booking. Ellos se fundan en la suscripción entre Booking y los distintos hoteles de cláusulas de paridad que impedían a éstos vender sus productos a través de otras plataformas a un precio menor del ofrecido en la página de Booking.

Así, cualquier plataforma rival de Booking, que esté dispuesta a cobrar una menor comisión a hoteles por sus servicios, no estará autorizada para trasladar dicha menor comisión a menores precios de venta a público. La

42 Lo anterior, por cuánto tendrían la aptitud de aumentar los costos de entrada de terceros, por la vía de impedirles obtener las condiciones necesarias para ingresar o competir en el mercado, puesto que el actor dominante siempre ofrecería al menos las mismas condiciones (o mejores) que las propuestas por el entrante.

cláusula, de facto, impide la competencia en precios y traspasa el costo de la comisión cobrado por Booking como *benchmark* a la industria, operando de la misma manera que un impuesto respecto de competidores con una menor estructura de cobros. De esta manera, la cláusula se erige como barrera de entrada respecto de los rivales de Booking, al tiempo que impide que los consumidores se beneficien de modelos alternativos de negocios.

Adicionalmente, el efecto en la competencia de estas cláusulas de paridad se ve agravado cuando se contempla en ellas que el vendedor no solo debe garantizar al comprador el mejor precio de venta, sino que debe garantizar que ningún rival va a revender sus productos a un menor precio que éste.

Obligaciones de este tipo, muchas veces establecidas de facto, se han conocido en el país a propósito de reclamos efectuados por grandes tiendas⁴³ y supermercados⁴⁴ a sus proveedores, de modo que no puede descartarse que resulten de común aplicación en el *retail*.

Evidentemente, si en estos casos se acreditase que existe acuerdo entre los *retailers*, estaríamos en presencia de colusión. Pero no debemos olvidar que la prueba de colusión suele ser difícil de obtener, de modo que puede resultar mucho más eficiente sancionar estos reclamos como evidencia de este tipo de cláusula agravada de paridad.

Finalmente, estaremos en presencia de una cláusula agravada de paridad, cuando la misma sea establecida por el vendedor. Así, la venta mayorista del bien está condicionada a que el comprador no revenda el mismo más caro que otros productos de la competencia que se utilizan de *benchmark*. En estos casos, estaremos en presencia de una cláusula de paridad que produce los efectos propios de una FPR, pero agravados, ya que afectan la competencia inter-marcaria, además de la intra-marcaria.

- ***Cláusulas anti-steering***

Se refieren a la prohibición que pesa sobre un distribuidor de direccionar la demanda de sus consumidores hacia productos más económicos. Estas provisiones contractuales ganaron notoriedad reciente a propósito del caso Amex, en que el Departamento de Justicia no logró persuadir a la Corte Suprema Norteamericana de que el establecimiento por parte de American Express de la regla *anti-steering* afectaba la competencia en el mercado⁴⁵.

Existen muchas y fundadas razones que justifican la imposición de estas cláusulas. En principio, no parece racional ni justo obligar a un proveedor a distribuir sus productos mediante un *retailer* que privilegiará la venta de otros productos más económicos.

43 Investigación Rol N° 861-07 FNE.

44 *Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de Cencosud S.A. y otras*, C-304-2016, Sentencia TDLC N° 167/2019 (o “Caso supermercados”).

45 *Ohio v. American Express Co.* 138 S. Ct. 2274 (2018).

Sin embargo, en determinados contextos –concurrentes en Amex, a mi juicio⁴⁶– existen razones para estimar que los efectos anticompetitivos de la cláusula prevalecen sobre sus posibles eficiencias. Los efectos emanados de una cláusula *anti-steering* como la establecida por Amex equivalen a aquéllos asociados con la cláusula de paridad cuando recae en un modelo de agencia (como en el caso Booking ya referido), toda vez que su establecimiento repercute directamente en los precios cobrados al público en general.

En efecto, la cláusula en cuestión impide la competencia en precios entre tarjetas de crédito, y entre éstas y el uso de dinero en efectivo, y fija el costo de la comisión cobrado por Amex –el más alto de la industria– como benchmark de todas las demás alternativas, operando de la misma manera que un impuesto respecto de competidores con una menor estructura de cobros.

- ***Contratos que requieren información de la competencia***

La Bundeskartellamt alemana inició acciones en contra de Lufthansa, logrando la remoción de cláusulas que condicionaban la entrega de descuentos a sus clientes corporativos a la entrega, por parte de éstos, de información acerca de los vuelos contratados con otras compañías aéreas y de la estructura de descuentos que le fueron ofrecidas en dichas compras⁴⁷.

Aunque condicionar la entrega de beneficios a la obtención de información de empresas competidoras no parece un mecanismo contractual muy extendido –lo que se refleja en la ausencia de casos a nivel mundial sobre la materia– los riesgos a la competencia aparejados a este tipo de cláusulas parecen bastante intuitivos (pueden operar como vehículos para hacerse de información estratégica, resultantes en riesgo de exclusión y/o de coordinación). De este modo, parece pertinente considerarlos dentro de la nómina de CRRs más aptos para restringir la competencia.

- ***Cláusulas de price-matching (precios más bajos garantizados)***

Las cláusulas de *price-matching* pueden tener un carácter no contractual, cuando un retailer ofrece al público la garantía de que en ningún otro lugar encontrará precios más bajos que en su establecimiento. Si este ofrecimiento se vincula a ciertas obligaciones de cara al proveedor, cuando el producto de éste es comercializado a un menor precio en otro establecimiento, entonces deja de ser una cláusula pura de igualación unilateral de precios y debe ser tratada como una cláusula de paridad impuesta por el comprador.

Las cláusulas de *price-matching* pueden, asimismo, tener un carácter contractual, cuando se ofrece al comprador la posibilidad de igualar el precio ofrecido por sus rivales (cláusula inglesa, también conocida como de “*meet or release*”).

En general, ambos tipos de cláusulas resultan inocuas para la libre competencia cuando son establecidas por, o en favor de, empresas que carecen de un poder de mercado significativo.

46 Amex prohibía a los comercios derivar demanda hacia otras tarjetas que cobraban una comisión inferior a la de Amex o hacia el pago en efectivo (por ejemplo, efectuando un descuento por el monto en exceso de la comisión) como condición para recibir su tarjeta.

47 Ver Bundeskartellamt, *Lufthansa Changes Anti - competitive Clauses in Corporate Client Programme* (20 de diciembre, 2012) http://www.bundeskartellamt.de/wEnglisch/News/press/2012_12_20.php.

En presencia de poder de mercado, sin embargo, las garantías de precios pueden restringir la competencia, ya sea eliminando los incentivos para que las empresas rivales compitan en precios o eliminando el incentivo de los consumidores para buscar precios más bajos⁴⁸.

- **Contratos de exclusividad y descuentos condicionales “a la medida”**

Los contratos de exclusividad y el otorgamiento de descuentos como premio han sido por lejos las categorías de abuso de posición dominante que más *enforcement* han generado en Chile⁴⁹.

Si se revisan con atención, resulta fácil apreciar por qué los mismos pertenecen a la categoría de CRRs: el cumplimiento de una cláusula de exclusividad dependerá de que existan o no ventas en un rival de una de las partes del acuerdo; por otra parte, un descuento asociado a la obtención de participaciones de mercado en las compras efectuadas por un comprador que repliquen las participaciones de mercado de la empresa dominante es un claro arbitrio para establecer la exclusividad por otra vía.

En general, los descuentos por metas de compra establecidos por empresas dominantes elevan el costo de oportunidad de sus clientes de adquirir la porción disputable de la demanda desde empresas rivales, operando respecto de estos últimos de la misma forma que un impuesto, generando barreras a su entrada o expansión. Lo anterior, en ausencia de eficiencias acreditables, debiera considerarse como una práctica anticompetitiva.

Al respecto, creemos que existen tres situaciones en que resulta poco probable vincular exitosamente el descuento efectuado por una empresa dominante a eficiencias: a) cuando la meta se encuentra establecida en términos relativos, esto es, en el porcentaje de participación del vendedor dentro del total de compras efectuadas por el comprador; b) cuando la magnitud del incremento de las compras sobre el que se establece la meta implica un crecimiento superior al esperado de la categoría a la que pertenece el producto; y, c) cuando la estructura de descuentos no se establece sobre la base de condiciones generales, objetivas y uniformes, sino que como un traje a la medida del comprador.

48 P Bucirosi, *Handbook of Antitrust Economics* (MIT Press, 2008), 337.

49 *Denuncia de Philip Morris en contra de Chiletobacos*, C-11-04, Sentencia TDLC N° 26/2005 (*Caso Tabacos*). *Requerimiento de la FNE contra la Cía. Chilena de Fósforos S.A.*, C-165-2008, Sentencia TDLC N° 90/2009; al que se acumuló el expediente *Demanda de Comercial Canadá Chemicals S.A. contra Compañía Chilena de Fósforos S.A.* C-174-2008 (*“Caso Fósforos”*). *Requerimiento de la FNE contra Embotelladora Andina y Coca Cola Embonor*, C-221-2011, Resolución de Término TDLC N°92/2011, al que se encontraban acumulados los expedientes *Demanda de Embotelladora Latinoamericana S.A. contra Embotelladora Andina S.A. y Coca Cola Embonor S.A.* , C-222-2011; *Demanda de Industrial y Comercial Lampa S.A. contra Embotelladora Andina S.A. y Coca Cola Embonor S.A.*, C-226-2011; y *Demanda de Embotelladora Castel Ltda. contra Embotelladora Andina S.A.*,C-227-2011. *Requerimiento de la FNE contra Unilever Chile S.A.*, C-249-2013, Resolución de Término TDLC N° 119/2014 (2014), al que se encontraban acumulados los expedientes *Demanda de Comercial Canadá Chemicals S.A. contra Unilever Chile S.A.*, C-251-2013; *Demanda de Industrias Cleaner Chile S.A. contra Unilever Chile S.A.*, C-252-2013; *Demanda ICPC S.A. contra Unilever Chile S.A.*, C-253-2013; *Demanda de ECOTEC S.A. contra Unilever Chile S.A.*, C-254-2013; *Demanda de Miguel Maritano Industria de Jabones S.A. contra Unilever Chile S.A.*, C-255-2013; *Demanda de Industria Química Brillax S.A. contra Unilever Chile S.A.*, C-257-2013; *Demanda de Comercial Aportas S.A. contra Unilever Chile S.A.*, C-259-2013; y *Demanda de Prosud S.A. en contra de Unilever Chile S.A.*, C-264-2013.

5 | Propuesta N° 3: presunción de la existencia de conductas unilaterales o de acuerdos verticales contrarios a la competencia

De acuerdo con el análisis realizado bajo un modelo estándar de bienestar del consumidor, si bien el establecimiento de CRRs en beneficio de empresas que exhiben poder de mercado podría lograr eficiencias en determinadas circunstancias, acarrea un riesgo significativo de lesión a la competencia mediante la disuasión de conductas unilaterales pro-competitivas, la homogenización de los mercados, su rol de facilitador de colusiones y su aptitud para frenar la entrada o expansión de competidores.

En efecto, el propio Departamento de Justicia de Estados Unidos ha señalado que las cláusulas que hacen referencia a rivales “requieren de un mayor flujo de información horizontal que la que caracteriza a la mayoría de los acuerdos verticales, de modo que requieren de escrutinio adicional. En efecto, en ausencia de una legítima razón de negocio, se recomienda a los abogados evitarlas”⁵⁰.

Adicionalmente, si estas cláusulas se revisan bajo una concepción de la libre competencia entendida como “libertad económica para participar del mercado sin ser obstaculizado por el poder económico de terceros”, no cabe duda de que las mismas se erigen en mecanismos que disuaden tanto el incentivo natural que tiene un vendedor de propiciar el ingreso de nuevos compradores, como la irrupción de modelos de negocio que pueden favorecer a los consumidores.

Así, bajo la máxima referida en la introducción de este documento, si el límite de la defensa de la libertad de competir está dado por el bienestar de los consumidores, parece pertinente establecer una presunción simplemente legal de que ciertas conductas constituyen una restricción vertical contraria a la libre competencia o, según sea el caso, un abuso de posición dominante, no compensado por eficiencias.

La parte investigada o acusada podrá desvirtuar esta presunción, acreditando ya sea que la cláusula no produce riesgos a la competencia (por ejemplo, porque el contrato de exclusividad cubre una porción mínima del mercado, o porque no se trata de un mercado caracterizado por la existencia de economías de escala, de modo que éste no resulta apto para afectar a las empresas rivales), o que existen razones legítimas de negocio o eficiencias concretas, aptas para compensar los riesgos y beneficiar a los consumidores, que no resultaban susceptibles de obtenerse de una forma menos restrictiva de la competencia.

Lo anterior propenderá a que cualquiera de las empresas que caiga en las categorías que se proponen, deba contar, ex ante, con una justificación de negocio, real y no teórica, si es que pretende establecer cláusulas verticales que se referirán:

50 Traducción libre de “(...) involve more horizontal information-sharing than some other types of vertical contracts, and therefore deserve additional scrutiny. Absent a compelling business justification, practitioners may wish to avoid them for this reason”. Fiona Scott-Morton, “Contracts that Reference Rivals”, U.S. Department of Justice (5 de abril, 2012). <https://www.justice.gov/atr/file/518971/download>.

- a** | Presunción simplemente legal de que una fijación de precios de reventa en que al menos una de las partes cuente con una participación del 35% o más del mercado relevante constituye una restricción vertical contraria a la competencia. En caso de que las partes argumenten la existencia de una mera sugerencia de precios, no vinculante para el comprador, corresponderá al vendedor demostrar haber comunicado al comprador, por medios escritos, el carácter voluntario de la adscripción al precio referido.
- b** | Presunción simplemente legal de que las cláusulas de paridad agravadas y aquellas no agravadas referidas a precios, que cedan en beneficio de un agente económico que cuente con una participación del 35% o más del mercado relevante, constituye una restricción vertical contraria a la competencia.
- c** | Presunción simplemente legal de que las cláusulas anti-steering, que cedan en beneficio de un agente económico que cuente con una participación del 35% o más del mercado relevante, constituye una restricción vertical contraria a la competencia, si es que inhibe la posibilidad de que los menores costos de sus rivales sean traspasados a precios.
- d** | Presunción simplemente legal de que los contratos que requieren de la entrega de información de carácter estratégico de la competencia, que cedan en beneficio de un agente económico que cuente con una participación del 35% o más del mercado relevante, constituye una restricción vertical contraria a la competencia.
- e** | Presunción simplemente legal de que los acuerdos de exclusividad y los descuentos condicionales sujetos al cumplimiento de metas establecidas sobre la base de participaciones de mercado; indicadores de crecimiento de compra superiores a la tasa esperada de crecimiento de la categoría a que pertenece el producto; o de una estructura de descuentos establecido como un traje a la medida del comprador, que cedan en beneficio de un agente económico que cuente con una participación del 50% o más del mercado relevante, constituye un abuso de posición dominante.
- f** | Presunción simplemente legal de que los compromisos de precios más bajos garantizados establecidos por un agente económico que cuente con una participación del 50% o más del mercado relevante, constituye un abuso de posición dominante.
- g** | Presunción simplemente legal de que las cláusulas de meet-or-release que cedan en beneficio de empresas que exhiban una participación del 50% o más del mercado relevante, constituye un abuso de posición dominante.

Las presunciones referidas podrían introducirse directamente en la nueva letra del artículo 3° que tipifique las restricciones verticales. Otra alternativa –posiblemente más lenta– es que éstas se construyan jurisprudencialmente, del mismo modo en que el TDLC estableció que la colusión constituía una infracción per se a la libre competencia antes de la reforma legal que lo consagró explícitamente. De ser éste el camino elegido, la FNE podría contribuir a allanar el mismo modificando su Guía Sobre Restricciones Verticales en tal sentido.

IV. Propuestas para incentivar la realización de acuerdos pro-competitivos de colaboración entre competidores

1 | Propuesta N° 4: Creación de sistema de control de colaboraciones entre competidores

Como consecuencia de la aprobación del proyecto de ley que obliga a incorporar un porcentaje de plástico reciclado en la composición de las botellas plásticas desechables, filiales de embotelladoras de Coca Cola y CCU decidieron notificar a la Fiscalía Nacional Económica, para su aprobación, un *joint venture* destinado a implementar conjuntamente una planta de plástico PET reciclado⁵¹.

La FNE, sobre la base de argumentos formales, se negó a conocer de dicho negocio en el marco del procedimiento de control obligatorio de concentraciones. Seguidamente, las notificantes se desistieron de la transacción.

Más allá de lo ajustado o no a derecho de la decisión de la FNE, lo cierto es que la misma viene a revelar nuevamente algo que se hizo evidente en época de pandemia: la ausencia de un marco institucional de análisis apropiado respecto de acuerdos de colaboración entre competidores.

En efecto, durante los primeros meses de la pandemia, distintas autoridades de competencia se apresuraron en aprobar diversos acuerdos de colaboración destinados a hacer frente a la pandemia: coordinación logística de *retailers* para asegurar el suministro de bienes esenciales⁵²; coordinación de empresas de seguros para eliminar de sus pólizas la exclusión de pandemias virales⁵³, acuerdos de aerolíneas para asegurar conectividad en rutas que de otra forma habrían dejado de atenderse por razones de demanda⁵⁴, acuerdos entre clínicas y hospitales para compartir infraestructura⁵⁵; etc.

En Chile, ante la ausencia de un marco formal eficiente de análisis de acuerdos de colaboración (la única opción es el procedimiento de consulta ante el TDLC, cuyos tiempos de tramitación no resultan compatibles con la celeridad de estos proyectos), y la declaración pública de la FNE en cuanto a que no se adoptarían medidas

51 Resolución de archivo FNE Rol F249-2020, 25 de febrero 2021, https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2021/03/arch_F249_2020.pdf

52 "Supermarkets to join forces to feed the nation" Press Release (19 de marzo, 2020), <https://www.gov.uk/government/news/supermarkets-to-join-forces-to-feed-the-nation> y COVID-19; "CMA approach to essential business cooperation", *Competition and Markets Authority* (19 de marzo, 2020), <https://www.gov.uk/government/news/covid-19-cma-approach-to-essential-business-cooperation>.

53 "Private health insurers to cooperate on COVID-19 coverage and deferral of premiums", *Australian Competition & Consumer Commission* (8 de abril, 2020), <https://www.accc.gov.au/media-release/private-health-insurers-to-cooperate-on-covid-19-coverage-and-deferral-of-premiums>.

54 "ACCC authorises Regional Express to coordinate with other airlines", *Australian Competition & Consumer Commission* (26 de marzo, 2020), <https://www.accc.gov.au/media-release/accc-authorises-regional-express-to-coordinate-with-other-airlines>

55 "Private and public hospitals to cooperate on COVID-19 in Victoria and Queensland", *Australian Competition & Consumer Commission* (7 de abril, 2020), <https://www.accc.gov.au/media-release/private-and-public-hospitals-to-cooperate-on-covid-19-in-victoria-and-queensland>

especiales sobre la materia⁵⁶, los abogados especialistas debimos aconsejar a nuestros clientes acerca de los distintos proyectos de cooperación consultados, sobre la base del nivel de aversión al riesgo de éstos. Ello indudablemente llevó a que muchas cooperaciones que juzgamos eficientes finalmente no se concretaran por temor a sanciones.

Con todo, el problema de la ausencia de un marco institucional de análisis de acuerdos de cooperación no va a cesar con la pandemia. Por el contrario, buena parte de los desafíos que enfrenta hoy el capitalismo, desde la mejora de las condiciones de la fuerza de trabajo hasta el combate al calentamiento global, requieren de un cambio del paradigma de competencia, hacia uno que compatibilice lo mejor de ésta con la cooperación entre los agentes económicos. Si ello no ocurre, se estará concediendo a los detractores del modelo económico de mercado un argumento para reforzar su crítica.

El mejor ejemplo de lo que se señala fue el Foro sobre Sustentabilidad y Competencia de la OECD, de diciembre de 2020⁵⁷. Durante dicho Foro, numerosas empresas aportaron con un amplio catálogo de cooperaciones en que podrían avanzar globalmente, a fin de contribuir al desafío climático: mejora en el uso del suelo, compromisos de compra conjunta para propiciar nuevos cultivos ambientalmente amigables, sistemas colectivos *anti-bribery*, reducción del tamaño de envases y armonización de los mismos para facilitar su reciclaje, compromisos conjuntos de eliminación de material no reciclable en los envases, moratorias de pesca adoptadas por la propia industria, utilización de proveedores certificados en cumplimiento ambiental, compromiso de usar insumos carbono-neutrales, desarrollar I+D para propiciar el reciclaje químico, entre muchas otras⁵⁸.

Razones para aceptar este tipo de colaboraciones hay muchas: ausencia de incentivos para que una empresa se atreva dar un primer paso si ello puede significar desventajas competitivas, necesidad de obtener escalas que permitan los objetivos trazados sin que ello implique un aumento excesivo de costos individuales, y el hecho de que no se harán progresos significativos en esta materia si la totalidad de la iniciativa recae en la regulación estatal en detrimento de su empuje desde las mismas industrias.

Con todo, las cooperaciones entre competidores siempre implican riesgos desde el punto de vista de la competencia. Sin los debidos resguardos, una cooperación deseable puede devenir en una restricción innecesaria de la competencia.

Este dilema debe plantearnos la necesidad de modificar nuestra ley de competencia, incorporando en ésta un mecanismo de control voluntario de acuerdos de colaboración que, siguiendo el exitoso modelo del sistema de control de concentraciones, permita a la FNE otorgar autorizaciones por lapsos definidos de tiempo (a diferencia de una concentración económica, cuya aprobación es definitiva y permanente), imponiendo medidas de resguardo, de ser necesario; y a sus ejecutores, la tranquilidad de promover acuerdos socialmente beneficiosos sin el fantasma de la responsabilidad en esta sede.

56 FNE, *Declaración Pública* (3 de abril de 2020), <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2020/04/Declaraci%C3%B3n-P%C3%ABlica-FNE-030420.pdf>.

57 OECD, *Sustainability and competition* (2020), <https://www.oecd.org/daf/competition/sustainability-and-competition.htm>

58 Ver, por ejemplo, la presentación de Unilever a DG COMP, *Sustainability cooperations between competitors & Art. 101 TFEU*, última visita: 4 de noviembre, 2021, https://www.unilever.com/Images/unilever_submission_sustainability_competition_law_tcm244-551751_en.pdf

V. Propuestas para profundizar la intervención de carácter regulatoria

Antitrust law today is developed exclusively through adjudication. In theory, this case-by-case approach facilitates nuanced and fact-specific analysis of liability and well-tailored remedies. But in practice, the reliance on case-by-case adjudication yields a system of enforcement that generates ambiguity, unduly drains resources from enforcers, and deprives individuals and firms of any real opportunity to democratically participate in the process⁵⁹.

1 | Conductas y estructuras no capturadas por el derecho de la competencia tradicional

El sistema sancionatorio tradicional, sobre cuya base se ha estructurado la institucionalidad de competencia chilena, adolece de múltiples características que atentan contra su eficacia para propiciar mercados más competitivos: es extremadamente caro, lento en la generación de jurisprudencia que sirva de guía a los particulares y, sobre todo, atendida su naturaleza binaria (se es culpable o se es inocente), no está diseñado para recoger matices, en circunstancias de que la realidad económica, en general, y las controversias de libre competencia, en particular, implican, sobre todo, matices.

Este rasgo se vuelve palpable en las figuras que analizamos en este trabajo –el abuso de posición dominante y los acuerdos verticales– pero se hace mucho más evidente en otros problemas de competencia, respecto de los cuales el instrumental sancionatorio está sumamente descalibrado, y lisa y llanamente no resulta útil para corregir dichos problemas.

Por ejemplo, el paralelismo consciente no puede ser sancionado a falta de un “acuerdo de voluntades”, aunque su efecto sea idéntico al de la colusión. Si bien, desde el punto de vista de alguien educado en derecho, resulta del todo lógico que la norma no me exija ser irracional, ni me sancione por maximizar mi beneficio adaptando mi estrategia competitiva a la de mi rival, ello resulta bastante paradójal para el resto de los mortales (incluidos los economistas).

Con todo, esta misma lógica deja al derecho de la competencia inerte frente a la gran amenaza teórica que se ciñe sobre los mercados: la colusión algorítmica. En efecto, una cosa es no poder sancionar a la empresa cuyo *software* aprendió a coludirse sin haber sido conscientemente programado de esa manera, y otra distinta es que el derecho de la competencia carezca del instrumental para obligar a dicha empresa a reprogramar su *software* de una manera que impida se siga coludiendo.

Otro tanto ocurre con las conductas paralelas exclusorias. Si una empresa dominante niega a un competidor el

59 Rohit Chopra y Lina Khan, “The Case for ‘Unfair Methods of Competition’ Rulemaking”, *The University of Chicago Law Review* 87, N° 2 (2020). 359.

acceso a una infraestructura esencial, incurre en un abuso de posición dominante y, bajo el marco tradicional del derecho de competencia, puede resultar obligada a negociar el acceso a su plataforma de estos terceros.

Ahora bien, si en un mercado oligopólico todas las empresas propietarias de una infraestructura irreplicable y esencial para permitir el surgimiento de un nuevo producto, sobre la base de decisiones individuales, deniegan su acceso al tercero que pretende ofrecerlo, el resultado competitivo será exactamente el mismo que en el primer ejemplo, sólo que esta vez este tercero carecerá de instrumental para hacer frente al problema, ya que ninguna de sus contrapartes resulta susceptible de ser considerada una empresa dominante.

Igual que en el caso del algoritmo colusivo, si bien parece razonable que el derecho de la competencia no sancione a empresas cuya decisión individualmente considerada no resulta apta para lesionar la competencia, ello no puede erigirse en un obstáculo para que el derecho de la competencia remedie el efecto acumulativo de estas negativas individuales, estableciendo, si resultare procedente, obligaciones de acceso.

Otro ejemplo paradigmático de una materia que suele escapar del ámbito de acción del derecho de la competencia son los abusos explotativos en sede de *aftermarkets*.

No resulta controvertido que, respecto de determinados productos (generalmente de alto valor, de consumo esporádico y larga duración), una vez que el consumidor adopta su decisión de compra queda cautivo dentro de un mini-monopolio en el mercado secundario de repuestos y mantenciones, independiente del grado de competencia que caracterice al mercado primario.

Sin embargo, bajo un enfoque sancionatorio, al alero del estándar del consumidor, la existencia de competencia en el mercado primario garantiza que cualquier abuso que ocurra en el mercado secundario, por importante que sea, no resultará apto para configurar un abuso de posición dominante. Teóricamente, en mercados de dos lados, donde cada empresa decide la mejor estrategia comercial para cada uno de éstos, las condiciones del mercado secundario debieron integrar la decisión de compra del consumidor al adquirir el bien en el mercado primario. El argumento es del todo lógico, y los que ejercemos en libre competencia lo asumimos como dado, pero tiene el pequeño inconveniente de que muchas veces no resulta cierto en el mundo real.

Nuevamente, parece una mala idea que el derecho de la competencia se extienda para sancionar mini-monopolios. Al abrir la puerta a redefiniciones del mercado relevante fundadas en la cautividad circunstancial del consumidor se puede privar de toda certeza al derecho de la competencia (recordemos que en una época la autoridad de competencia prohibió a los cines impedir a la gente ingresar a sus salas comida adquirida fuera del establecimiento, sobre la base de la inexistencia de alternativas “dentro del cine”). Esta circunstancia, sin embargo, no me parece un obstáculo para que la autoridad de competencia pueda, por ejemplo, establecer directrices acerca de los deberes de información sobre las condiciones del mercado secundario que deben tener las empresas en el mercado primario o para establecer reglas generales acerca de la necesidad de realizar reparaciones y mantenciones ante la misma empresa para poder mantener una garantía.

Otro tipo de conducta potencialmente dañina para los consumidores, y que difícilmente podría ser abordada con éxito en un contexto jurisdiccional, es la discriminación explotativa de precios de cara al consumidor final.

En general, la discriminación de precios es mirada con buenos ojos por los expertos, dada su aptitud para incrementar la cantidad producida (a pesar de sus efectos ambiguos sobre los consumidores), y relativamente

tolerada por el resto de la sociedad, posiblemente porque, a pesar de considerarse “injusta”, suele favorecer al consumidor más vulnerable (el estudiante o adulto mayor, el que compra pasajes anticipados o que recorta el cupón, etc.).

Pero ello está cambiando tan rápido como los tiempos. Los avances en materia de algoritmos, *big data*, *machine learning* e inteligencia artificial posibilitarán que las plataformas tecnológicas se vayan acercando a la todavía teórica discriminación perfecta, cobrando a cada individuo algo muy cercano a lo que está dispuesto a pagar por el bien o servicio que consume.

Así, por ejemplo, la recepción de una noticia vía email que traiga aparejada la necesidad inminente e impostergradable de un viaje, podría vincularse al algoritmo de precios de las líneas aéreas, de modo que éstas puedan cobrar precios más altos a quién la noticia expuso a dicha situación de cautividad⁶⁰. También podría el algoritmo de precios de una plataforma de viajes aprender acerca de la predisposición a pagar de sus usuarios, ocupando dicha información ya no solo para ajustar oferta y demanda en situaciones de alto tráfico, sino que para extraer los excedentes de éstos bajo condiciones normales.

Si ello llegase a ocurrir, la cantidad producida seguirá expandiéndose, pero esta vez, de manera inequívoca, a costa del bienestar del consumidor. En ese escenario las autoridades de competencia tendrán que optar de manera real y no meramente teórica entre bienestar general y bienestar del consumidor.

Peor aún, los sujetos pasivos de la mayor extracción de excedentes ya no serán los consumidores menos vulnerables, sino que, por el contrario, aquellos consumidores menos sofisticados, incompetentes para identificar alternativas menos lesivas de su bienestar. Así, la discriminación de precios podría erigirse en un factor que profundice la inequidad, perdiendo la moderada tolerancia de la que hoy goza en el público general, independiente de sus efectos en la cantidad producida.

En este escenario, la libre competencia podría nuevamente optar por horadar su trascendencia, y desdeñarlo como un “problema que deben resolver los políticos en el congreso”. Sin embargo, ello implicaría, al menos en el caso chileno, prescindir de una institucionalidad revestida de mayor conocimiento técnico, y cuyos tiempos se pueden adaptar mucho mejor al dinamismo de las industrias tecnológicas, que la que caracteriza al poder legislativo.

Por el contrario, si la institucionalidad de competencia se decidiera a abordar este tema, reconociendo sus ventajas comparativas, nuevamente la vía no jurisdiccional –por ejemplo, a través de órdenes de no hacer o regulaciones generales según tipo de producto– aparece como una vía mucho más eficaz que el mecanismo jurisdiccional.

Finalmente, existen mercados que exhiben reducidos niveles de competencia debido a factores ajenos al comportamiento de las empresas. No se trata de efectos de conductas que han caído bajo el radar de la

60 Ezrachi y Stucke desarrollan el concepto de la “*behavioral discrimination*”, la discriminación “*casi perfecta*”. Un ejemplo al que recurren justamente para tratar los peligros que encierra en la era digital y la agregación masiva de datos en algoritmos, es el de un ejecutivo, en una reunión de negocios, que se ve enfrentado a la urgente decisión de salir de su oficina porque su sistema de alarmas inteligente le ha alertado de que ladrones han ingresado a su hogar. Ariel Ezrachi y Maurice Stucke, *Virtual Competition* (Cambridge Ma.: Harvard University Press, 2016) 103-104.

institucionalidad de libre competencia, como las que hemos descrito en esta Sección, sino que a otro tipo de elementos estructurales. Por ejemplo, la existencia de barreras regulatorias a la entrada, de sesgos conductuales de parte de los consumidores, o de estructuras de mercado que limitan la libre competencia (v.g., altos niveles de concentración o de integración vertical).

El modelo jurisdiccional tampoco resulta útil para hacerse cargo de estas situaciones ni para propiciar soluciones a las mismas. En efecto, mal podría utilizarse la vía contenciosa para remediar un problema de competencia que no se funda en un reproche a la conducta de agente económico alguno.

Por lo mismo, las distintas legislaciones han venido favoreciendo la aparición de nuevos mecanismos y procedimientos, de índole administrativo o regulatorio (principalmente, estudios de mercados y recomendaciones normativas) tendientes a llenar el vacío referido.

Sobre éstos, y otros mecanismos no jurisdiccionales existentes en el DL 211 –que, en teoría, permiten abordar el déficit institucional referido y plantear soluciones que restablezcan el imperio de la competencia ante ejemplos como los señalados– nos referiremos en la siguiente Sección.

2 | Potestades no jurisdiccionales del TDLC

La limitación del instrumental tradicional de competencia para solucionar la falta de ésta ha ido generando modelos institucionales híbridos, en que coexiste el tradicional rol de sanción vía adjudicación, con un incipiente modelo administrativo de regulación de riesgos⁶¹.

A nivel mundial, el primer y más importante ejemplo de regulación de riesgos por vía administrativa en sede de libre competencia es el control de operaciones de concentración, exitosamente implementado en Chile a propósito de la reforma legal del año 2016.

Por otra parte, no obstante haber incorporado el sistema de control de fusiones de manera tardía en relación al resto de los países OCDE, la institucionalidad chilena de competencia es históricamente rica en lo que al desarrollo de modelos no jurisdiccionales de decisión se refiere.

En efecto, tratándose el TDLC de “un ente jurisdiccional regulador del comercio, pero tributario de organismos como la Comisión Resolutiva y las Comisiones Preventivas, muchas de las potestades que le fueron otorgadas –provenientes de esos órganos administrativos– son no-jurisdiccionales, las que se contemplan actualmente en el artículo 18 del DL 211, en sus números 2 a 5”⁶².

De este modo, si bien el TDLC es un tribunal especial, constituye una anomalía en términos institucionales, por tratarse de un ente jurisdiccional regulador del comercio (artículo 18 N° 1 del DL 211); y por constituir un tribunal que cuenta con potestades administrativas extra-jurisdiccionales o no contenciosas, propias de un

61 OECD, *Competition Enforcement and Regulatory Alternatives*, OECD Competition Committee Discussion Paper (2021), <http://oe.cd/cera>.

62 Agüero, “Informe en derecho”, 6.

órgano administrativo⁶³.

Por lo mismo, nuestro sistema se encuentra en una posición muy privilegiada –al menos desde la perspectiva del asentamiento judicial y legislativo de los conceptos– para hacerse cargo de los problemas planteados en la anterior Sección. Con todo, las noticias ya no son tan positivas cuando se analiza cada una de estas instituciones no jurisdiccionales de manera individual. En efecto, con la excepción del control de concentraciones y de los estudios de mercado, ninguna de ellas está funcionando de manera adecuada, ni dando los frutos que de ella se esperarían.

Así, debido a su inoponibilidad a terceros, el acuerdo extrajudicial ha perdido parte importante del valor que podía tener para las empresas investigadas; las Instrucciones Generales han sido escasamente utilizadas por el TDLC para establecer criterios orientadores de las conductas de particulares; las recomendaciones normativas solo han sido aceptadas a nivel reglamentario, pero no han logrado permear al Congreso Nacional; mientras que la Consulta, nuestra herramienta más útil y original para hacer frente a los vacíos de la adjudicación previamente referidos, ha terminado por convertirse en una fuente de profunda incertidumbre, víctima de la inconsistencia institucional.

Sobre esa base, proponemos un conjunto de reformas legales que persiguen robustecer nuestra institucionalidad no jurisdiccional, permitiendo la adopción oportuna por parte del TDLC de medidas preventivas, correctivas y prohibitivas aptas para inyectar competencia en los mercados, por la vía más idónea para ello.

3 | **Propuesta N° 5: Modificación del procedimiento no contencioso del DL 211**

La posibilidad establecida en el artículo 18 N° 2 del DL 211 de que la FNE o quienes cuenten con interés legítimo interpongan ante el TDLC, “los asuntos de carácter no contencioso que puedan infringir las disposiciones de esta ley” respecto de hechos, actos o contratos existentes o por celebrarse, emanados de terceros, constituye una admirable –y en cierta medida, involuntaria– creación nacional para hacer frente a las limitaciones del sistema contradictorio para corregir conductas y estructuras que no implican un reproche a los destinatarios de la decisión.

En efecto, las sucesivas ampliaciones efectuadas por el legislador respecto de la titularidad de la acción no contenciosa⁶⁴, revistió a nuestra institucionalidad de un mecanismo ágil y adecuado para la resolución de controversias en las que, atendida su propia naturaleza, la discusión no se relaciona con la calificación de hechos, sino que con la ponderación de riesgos y eficiencias asociados a conductas y estructuras.

Así, en ausencia de una imputación de responsabilidad, se prescinde de elementos propios de la adjudicación (como la posibilidad de interponer excepciones de carácter procesal o la prueba testimonial) que no resultan

63 Agüero, “Informe en derecho”, 7.

64 Ampliada, primero, desde las partes del hecho, acto o contrato, al Fiscal Nacional Económico, mediante la Ley N° 19.911, y luego a terceros con interés legítimo, mediante la Ley N° 20.361.

atingentes a una discusión de política pública, garantizándose una discusión expedita, menos intensiva en recursos y más democrática⁶⁵, acerca del fondo del asunto, esto es, si el hecho, acto o convención celebrado o por celebrarse pugna con la libre competencia en un mercado relevante específico; y respecto de las condiciones que se deberán cumplir para ajustarse a la normativa si así fuese⁶⁶.

Lamentablemente, el permanente oscilar del TDLC, conforme varía su composición, no solo ha privado al sistema de un eficiente mecanismo no jurisdiccional de corrección de los mercados, sino que lo ha convertido en una fuente de incerteza de cara a potenciales consultantes y consultados.

En términos generales, han coexistido dos visiones respecto de la consulta, una que amplía su ámbito de influencia y otra que lo restringe. Tal ha sido el vaivén entre ambas, que no me atrevo a llamar a ninguna de ellas como mayoritaria.

La primera visión, de manera consistentemente defendida por la Corte Suprema en el último tiempo –aunque dicho consenso circunstancial puede tener más que ver con su composición actual–, es precisamente la visión amplia que hasta aquí hemos descrito.

Según ésta, “en el caso de una consulta antimonopólica no existe un conflicto o litis trabada entre partes en las que éstas reclaman ante un tribunal que mediante una sentencia ponga fin a la controversia por la vía de decir el derecho de cada una de ellas. Si bien el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia aclara si la conducta consultada es jurídica o antijurídica en relación con la libre competencia, la potestad consultiva no es jurisdiccional, puesto que falta la controversia entre partes que exigen un justo arreglo. Lo que caracteriza esta potestad consultiva es determinar si un hecho, acto o contrato consultado pugna con la libre competencia en un mercado relevante específico [...]. No se pretende que se juzgue la responsabilidad monopólica de los operadores de ese mercado ni en el caso que se concluyere un atentado contra el bien jurídico tutelado en el D.L. N°211, que sus autores sean sancionados”⁶⁷.

Por otra parte, la denominada “Doctrina Menchaca”, que caracterizó las decisiones del TDLC durante la presidencia del ex Ministro Tomás Menchaca⁶⁸, y que ha vuelto a manifestarse recientemente⁶⁹, propugna una mirada más restrictiva de la potestad consultiva, entendiendo que “es la naturaleza del asunto y no la voluntad de las partes la que determina que el mismo sea de carácter contencioso o no contencioso”.

65 Precisamente, superando todos los obstáculos del sistema contradictorio que Lina Khan y Rohit Chopra destacan en la cita que encabeza este capítulo.

66 “Las medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan disponerse en cada caso”, según se establece en el artículo 3° del DL 211, respecto de todo “hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos”.

67 Resolución Corte Suprema del 29 de enero de 2016 en *Solicitudes de Conadecus en relación con el mercado del gas*, Rol Corte Suprema 30.190-2014.

68 V.gr. resoluciones dictadas en los expedientes, Rol TDLC NC 419-14; Consulta de ASILFA A.G. sobre licitaciones públicas de CENABAST, Rol TDLC NC 410-12; Consulta del Sr. José Prieto Cornejo y otro sobre Convenio de Confidencialidad y No Competencia, Rol TDLC NC 296-08; Consulta de Terquim S.A. sobre aplicación del manual de los servicios del Molo Sur del Puerto de San Antonio, Rol TDLC NC 194-07; y Consulta de AGIP A.G. sobre conductas de D&S S.A., Rol TDLC NC 146-06.

69 Ver, por ejemplo, los expedientes *Consulta de la Asociación Gremial del Retail Comercial A.G. sobre contratos de arriendo de locales con operadores de centros comerciales y los efectos de la integración vertical existente en ese mercado*, Rol TDLC NC-478-2020 y *Consulta de Socofar S.A. sobre condiciones de comercialización de productos de los laboratorios farmacéuticos a sus clientes*, Rol TDLC NC 490-2021.

Mayores luces acerca de la *naturaleza del asunto*, aporta el ex Ministro Jaime Arancibia, en su opinión minoritaria en autos NC-435-2016⁷⁰. De acuerdo con Arancibia, “el carácter no contencioso de un proceso se funda únicamente en la inexistencia de una pretensión litigiosa”, de modo que el asunto será de naturaleza contenciosa si la satisfacción de la pretensión del consultante exige afectar intereses ajenos sin su consentimiento⁷¹.

Según Arancibia, una pretensión correctiva será de naturaleza contenciosa “incluso aunque no contenga una imputación de responsabilidad y petición de sanciones”, toda vez que “desde el momento mismo en que dicha pretensión correctiva se dirige en contra de un tercero que no concurre favorablemente a la solicitud, el asunto es necesariamente contencioso”.

No obstante mi adscripción a la primera de las corrientes expuestas, coincido con quienes sostienen que, en su forma actual, la consulta así entendida genera espacios de incerteza para sus destinatarios, que deben ser reducidos.

Lo anterior se refleja muy gráficamente en la consulta de Conadecus respecto del mercado del gas⁷², pues aquí se interpuso la más agresiva de las medidas correctivas, la desinversión de activos, sobre la base de una consulta formulada en términos sumamente genéricos⁷³. Si bien en primera instancia el TDLC rechazó admitir la consulta a tramitación sobre la base de lo que yo entiendo como una consideración errada (el carácter contencioso de la solicitud), me parece que la Corte Suprema cometió también un error al permitir que se tramitara una consulta formulada en términos tan amplios.

En efecto, si queremos tener un mecanismo no jurisdiccional de ordenación económica, capaz de imponer todo tipo de medidas preventivas, correctivas y prohibitivas, debe garantizarse que la primera actuación en el procedimiento –la consulta– establezca, al menos, quién es el sujeto pasivo de las medidas que se solicitan, y explicita cada uno de los hechos, actos o contratos, cuya adecuación a la libre competencia debe revisar el TDLC⁷⁴.

Por lo mismo, propongo establecer inequívocamente (i) que el procedimiento no contencioso es un mecanismo destinado a resolver pretensiones que no contengan una imputación de responsabilidad (en vez de un procedimiento llamado resolver pretensiones no controvertidas por su destinatario); y (ii) que la consulta solo será acogida a tramitación en la medida que exponga con claridad los hechos, actos o contratos específicos que no se ajustan a la libre competencia, el vínculo causal entre dichos hechos, actos o contratos con la restricción de la competencia, el mercado en que las circunstancias expuestas generan efectos y los sujetos pasivos de la pretensión.

70 *Consulta de Farmacias Cruz Verde S.A. sobre merchant discounts de Transbank S.A.* Rol NC 435-16, Resolución TDLC N° 52/2018.

71 *Consulta de Farmacias Cruz Verde S.A. sobre merchant discounts de Transbank S.A.* Rol NC 435-16, Resolución TDLC N° 52-2018.

72 *Solicitudes de Conadecus en relación con el mercado del gas*, Rol NC-427-2014, Resolución TDLC N° 51/2018.

73 Si las relaciones de propiedad existentes entre las diferentes empresas que operan en el mercado relevante del gas (gas licuado petróleo y gas natural licuado) se ajusta a las normas de libre competencia, fijando las condiciones necesarias para evitar los riesgos anticompetitivos derivados de las integraciones verticales u horizontales, en caso que corresponda.

74 En este caso, por ejemplo, la consulta de Conadecus debió consagrar expresamente que la integración vertical en el terminal marítimo de Gasmar constituía un hecho que pugnaba con la libre competencia en el mercado relevante de la distribución de gas licuado, de modo que este tema fuera específicamente abordado por los aportantes de antecedentes.

Si bien ambas propuestas pueden conseguirse sin necesidad de reforma legal –a través de un Autoacordado del TDLC– sobre la base de la experiencia de oscilaciones en la materia en estos 15 años de institucionalidad, parece pertinente introducir una modificación legal, que identifique la potestad del artículo 18 N° 2, como la de conocer “los asuntos de carácter no infraccional que puedan restringir la competencia en los mercados”, y que consagre en este mismo numeral los requisitos mínimos de admisibilidad de la acción.

4 | Propuesta N° 6 (alternativa a la Propuesta N° 5): Modificación del procedimiento contencioso del DL 211⁷⁵

La propuesta anterior extrae del ámbito jurisdiccional discusiones sobre política pública carentes de pretensión sancionatoria, llevándolas a un escenario en que los intervinientes deberán persuadir a un organismo especialista acerca de la necesidad o no de regulación del poder de mercado y las formas que ésta debe tomar. Así, el desentrañamiento y calificación de los hechos efectivamente ocurridos, objetivo propio del sistema jurisdiccional, cede lugar a la determinación de riesgos asociados a estructuras de poder de mercado, y a la discusión acerca de las medidas proporcionales para mitigarlos.

Se trata, en definitiva, de una manera mucho más eficiente y ad hoc para que la institucionalidad se haga cargo de la mayor parte de las controversias de libre competencia.

Por el contrario, si lo que persigue el demandante no es la solución del problema de competencia, sino que la imposición de una sanción, y una eventual pretensión de resarcimiento, queda a su disposición la vía contenciosa, camino institucionalmente diseñado para ese fin.

No obstante lo anterior, tengo pocas dudas de que la Propuesta difícilmente generará consenso entre los lectores. Mal que mal, la gran decisión legislativa al configurar nuestra institucionalidad de libre competencia fue entregar la resolución de conflictos a un tribunal, en vez de seguir el modelo más usual de creación de un ente administrativo con facultades de decisión.

Por lo mismo, presentamos aquí una propuesta alternativa, la que si bien, a mi juicio, no se hace cargo del desajuste entre la institucionalidad contemplada en nuestra norma y la naturaleza de los conflictos de competencia, sí solucionaría buena parte de los problemas asociados al procedimiento contencioso como forma de solución de controversias, al menos en lo que dice relación con el tiempo esperado de duración del procedimiento y con el control del juicio por parte del TDLC.

En particular, las medidas que se proponen para estos efectos son tres: (i) la incorporación de los principios de concentración y continuidad en las audiencias probatorias; (ii) el reforzamiento del principio de inmediación; y, (iii) la limitación del plazo dentro del cual se pueden acompañar documentos.

⁷⁵ Sección co-escrita con Andrés Fuchs N., autor de todas las propuestas que aquí se mencionan, a las que adscribo para efectos de este documento.

(i) Incorporación de los principios de concentración y continuidad en las audiencias probatorias

En la actualidad, ocurre que las audiencias de prueba en un procedimiento contencioso, sea que se trate, por ejemplo, de audiencias de exhibición de documentos o de rendición de prueba testimonial, tienen lugar en audiencias desconcentradas y discontinuas, de modo que suele ocurrir que entre la primera declaración testimonial y la última pueden transcurrir varios meses.

Dicha situación incide directamente en el tiempo de tramitación del procedimiento contencioso, ya que solo una vez tomadas todas las declaraciones testimoniales el TDLC podrá citar a la vista de la causa, conforme lo dispone el artículo 23° del DL 211.

Como forma de mitigar este efecto, se propone la incorporación, por una parte, del principio de concentración; y, por otra, del principio de continuidad.

El principio de concentración, en aras de la agilidad de la tramitación de los procesos, persigue reunir en una sola audiencia la mayor cantidad de actos procesales, lo que supone, por ejemplo, que, en lugar de citarse a diversas audiencias de exhibición de documentos o que se señalen distintas fechas para que alguna de las partes rinda su prueba testimonial, se establezca, en su lugar, una audiencia única en la que se deban exhibir todos los documentos solicitados por el TDLC, o se deba rendir toda la prueba testimonial de una determinada parte.

Por su parte, el principio de continuidad también es consistente con otorgarle mayor celeridad al proceso, puesto que dicho principio sugiere que, en principio, las audiencias se desarrollen de forma continua, sucesiva y secuencial.

Los principios de concentración y continuidad no son una excepción en el derecho procesal chileno, sino que son principios que informan la mayoría de los procedimientos que se han reformado en las últimas décadas, y su incorporación al procedimiento contencioso que se tramita ante el TDLC debería permitir, por una parte, acortar los tiempos de tramitación del procedimiento y, por otro, evitar que la prueba presentada se disperse en distintas audiencias procesales, facilitando de ese modo la correcta recepción y valoración de la misma por parte del tribunal.

Finalmente, y sin perjuicio de lo que se dirá en el acápite final de este apartado, es posible agregar que la incorporación de estos principios no requiere de modificación legal alguna, puesto que dentro del principio de ordenación y oficialidad con que ya cuenta el TDLC, sería perfectamente posible que el Tribunal empezara a ordenar audiencias únicas y sucesivas para la recepción de la prueba. Así, por ejemplo, una vez vencido el término probatorio, el TDLC podrá citar con la debida antelación para que en una misma semana tengan lugar todas las audiencias probatorias del procedimiento, pudiendo a continuación de ello citar a la vista de la causa, concretando de esa manera los dos fines indicados anteriormente, a saber, agilizar el procedimiento y facilitar la función jurisdiccional al haber evitado la dispersión probatoria.

(ii) Reforzamiento del principio de inmediación

El principio de inmediación, por su parte, dice relación con el contacto directo que debe existir entre el juez

o el tribunal y la prueba. Este principio también constituye un principio informador de todos los últimos procedimientos reformados en nuestro país, y se encuentra parcialmente recogido en el DL 211 y en la práctica del TDLC.

Así, el inciso cuarto del artículo 22° dispone, entre otras cosas, que “la absolución de posiciones o la recepción de la prueba testimonial, serán practicadas ante el miembro que el Tribunal designe en cada caso, el que podrá efectuar las preguntas que estime convenientes, impedir que las declaraciones y las preguntas de las partes se desvíen hacia aspectos irrelevantes o inadmisibles y resolver de plano las objeciones que le fuesen formuladas”.

Al respecto, a diferencia de lo que ocurre en sede civil, la práctica del TDLC ha sido designar como miembro para la práctica de las respectivas pruebas a uno de sus Ministros Titulares o Suplentes, salvo situaciones excepcionales en que han asistido dos o más de sus Ministros.

Esta situación, no obstante, es excepcional también si se compara con la práctica de los procedimientos en los que sí se ha establecido el principio de inmediación como principio formativo del procedimiento, porque en ellos la normativa exige la presencia de todos los miembros del tribunal, en caso de tratarse de un tribunal colegiado. En este contexto, la presente propuesta sugiere que el TDLC acuerde que sean todos sus miembros titulares quienes asistan a las audiencias concentradas y continuas en las que se presentará la prueba, de modo que sea el Tribunal en pleno el que tenga la posibilidad de formarse una impresión de las pretensiones de las partes en las audiencias y de valorar directamente la prueba rendida.

La implementación de este principio en la práctica del TDLC, permitirá superar la compleja situación que existe hoy, de que muchas veces comparecen a las audiencias probatorias Ministros que luego no integran el TDLC el día de la vista de la causa o, a la inversa, que durante la vista de la causa la integración del TDLC incorpore a Ministros que no estuvieron presente en ninguna de las audiencias probatorias.

Al igual que en el caso de la propuesta anterior, y sin perjuicio de lo que se dirá en el apartado final de este acápite, el reforzamiento del principio de inmediación tampoco requiere de modificación legal, sino que del acuerdo del TDLC respecto de la cantidad e identidad de los miembros que practicarán las audiencias de prueba.

Finalmente, el reforzamiento del principio de inmediación también va en línea con los objetivos indicados al proponer la implementación de los principios de concentración y continuidad, pues el que sea el Tribunal en pleno el que tome conocimiento por sí mismo de la prueba practicada en la audiencia acentuará el incentivo por parte del TDLC de que la vista de la causa sea cuanto antes, de modo de poder plasmar en esa audiencia y en la sentencia que se deba dictar, el mejor conocimiento de los hechos del caso con el que llegará a esa instancia.

(iii) Limitación del plazo dentro del cual se puede acompañar documentos

Actualmente, el inciso noveno del artículo 22° dispone que “la prueba instrumental podrá presentarse hasta diez días antes de la fecha fijada para la vista de la causa”; y, por su parte, el artículo 23° establece que “[v] encido el término probatorio, el Tribunal así lo declarará y ordenará traer los autos en relación, fijando día y hora para la vista”.

Las consecuencias prácticas de estos artículos son dos: (i) que la vista de la causa recién se fija una vez que ha tenido lugar la práctica de todas las audiencias probatorias, las que, dado su carácter desconcentrado y discontinuo, probablemente se practicaron a lo largo de diversos meses; y, (ii) que a la fecha de la fijación de la vista de la causa y, con mayor razón, al momento de practicarse las audiencias de prueba, el TDLC no cuenta con todos los antecedentes fácticos, ya que el plazo para acompañar la prueba instrumental aún se encuentra vigente en ese momento.

Por consiguiente, la propuesta consiste en derogar la parte del inciso noveno del artículo 22° que permite que la prueba instrumental pueda presentarse hasta diez días antes de la fecha fijada para la vista de la causa, y disponer, en cambio, expresamente o como consecuencia de la remisión que realiza el artículo 29°, que la prueba instrumental pueda presentarse hasta el vencimiento del término probatorio,

Con lo anterior, se persigue que el término probatorio del procedimiento contencioso sea fatal no solo para solicitar las diligencias probatorias o presentar la lista de testigos, sino también para presentar la prueba instrumental, lo que permitirá, entonces, que a dicho término el TDLC cuente con toda la prueba documental acompañada por las partes y con la posibilidad de fijar las audiencias de prueba en que se deban practicar todas las demás pruebas ofrecidas, y que a la fecha de esas audiencias ya se haya tenido por acompañada toda la prueba instrumental ofrecida por las partes, de modo que las partes y el Tribunal cuenten con ella para preparar sus interrogaciones.

En suma, la modificación legal que aquí se propone, junto con las modificaciones sugeridas en los apartados anteriores, tienen por objeto que una vez vencido el término probatorio el TDLC pueda citar a las partes, dentro de un plazo razonable, para que se desarrollen de manera continua todas las audiencias probatorias que se hayan solicitado relativas a la exhibición de documentos, a la prueba confesional y a la prueba testimonial⁷⁶, y una vez terminadas el TDLC inmediatamente fije fecha para la vista de la causa, la que idealmente deberá ser fijada en un plazo breve, por ejemplo luego de 15 días, que permita que se materialicen las ventajas esperadas del principio de inmediación, pero que también otorgue espacio a las partes de preparar sus respectivos escritos de observaciones a la prueba.

(iv) Posibilidad de implementar estas propuestas en caso de no existir modificación legal alguna

Según se ha señalado hasta ahora, solo una de las tres propuestas sugeridas en este apartado requiere de modificación legal. Al respecto, la modificación legal parece aconsejable no solo porque es imprescindible para limitar el plazo para presentar la prueba testimonial, sino también porque facilitaría realizar una serie de otras modificaciones legales que permitan concretar la mejor materialización de estas propuestas.

76 En caso que se haya solicitado la inspección personal del TDLC, sugerimos que esa audiencia haya tenido lugar en el tiempo intermedio que va entre el término del vencimiento del período probatorio y la fecha en que comience las audiencias de prueba pendiente de practicar. Por su parte, en caso que se haya solicitado la designación de un perito, se sugiere que las audiencias de designación y reconocimiento del perito se hagan a la brevedad posible, de modo que la práctica de las audiencias probatorias que se deben desarrollar coincida, idealmente, con la fecha de la entrega del informe de los peritos.

Finalmente, en caso de que se presenten documentos electrónicos que deban ser percibidos por el TDLC, se sugiere incorporar norma expresa en el DL 211 que permita al TDLC citar a la audiencia de percepción en la fecha que estime conveniente, de modo que esa fecha coincida con la de las audiencias de práctica probatoria, y no tenga que realizarse en el plazo perentorio dispuesto en el Código de Procedimiento Civil.

Dentro de esas otras modificaciones, se encuentran no solo la incorporación expresa de los principios de concentración, continuidad e intermediación al procedimiento contencioso, sino también, por ejemplo, las sugerencias realizadas en la nota a pie número 76, sobre la inspección personal del tribunal, la prueba pericial y la percepción de los documentos electrónicos. Además, en esta oportunidad podrían realizarse modificaciones a las normas sobre los entorpecimientos o a la introducción de la posibilidad de rendir prueba anticipada, entre otras.

Con todo, entre tanto no ocurra esta modificación esperada, estimo que las sugerencias relativas a la implementación de los principios de concentración y continuidad y el reforzamiento del principio de intermediación pueden igualmente comenzar a ser implementadas.

Lo anterior, tanto porque, como se explicó, dichas recomendaciones requieren, más que una modificación legal, un acuerdo del Tribunal para implementarlas, como porque el TDLC también cuenta con incentivos para que las partes participen también de esos principios.

En este sentido, por ejemplo, puede notarse que el éxito de las audiencias concentradas y continuas para la práctica de la prueba dependerá, en parte relevante, de que las partes presenten a esas audiencias los testigos ofrecidos y no soliciten nuevas fechas para sus declaraciones, basadas en posibles entorpecimientos.

Sin embargo, si el TDLC en las audiencias de testigos que no comparecieron a la audiencia cumple estrictamente con la norma legal, y designa un único miembro para la práctica de la prueba, estará poniendo los incentivos de manera correcta, para que la parte presente sus testigos en la fecha original y pueda declarar así en presencia de todos los miembros del TDLC.

5 | Propuesta N° 7: Modificación de la letra p) del Artículo 39 del DL 211

A través de los estudios de mercado, las autoridades de competencia pueden contribuir a que los mercados funcionen mejor, especialmente cuando los obstáculos y distorsiones a la competencia no son originados por infracciones a las leyes de competencia⁷⁷. Así, las distintas autoridades de competencia revestidas de la atribución de realizar estudios de mercado utilizan esta herramienta para informar a los gobiernos sobre los mercados problemáticos y recomendar áreas de mejora⁷⁸.

En Chile esta potestad fue conferida a la FNE mediante la Ley 20.945, de 2016, que dispuso, en su artículo 39, letra p), que serán atribuciones y deberes del Fiscal Nacional Económico la realización de “estudios sobre la

77 OECD, *Competencia y Estudios de Mercado en América Latina. Los casos de Chile, Colombia, Costa Rica, México, Panamá y Perú* (2015), 9.

78 “Competition enforcement focuses on specific enterprises which have allegedly infringed competition law, while market studies take a broader view and analyse the structure of markets or economic sectors. Market studies are used to identify restraints to competition which are not limited to behaviours prohibited by competition laws. As a result, market studies can take a proactive role in promoting competition, by comparison to competition enforcement’s narrower efforts to ensure that competition is not prejudiced by circumscribed types of conduct in particular instances. In addition, for market studies it is irrelevant whether conduct is deliberately anti-competitive or whether firms are otherwise culpable for harm, and only limited consideration is given to wider deterrence and precedence”. OECD, *Competition Enforcement and Regulatory Alternatives*, 40-31, citas omitidas.

evolución competitiva de los mercados, en cuyo caso podrá ejercer las facultades contempladas en las letras f), g), h), j), k), l) y m) del mismo artículo”.

Asimismo, la nueva letra q) del mismo artículo, facultó directamente a la FNE para proponer, sobre la base de éstos, “la modificación o derogación de los preceptos legales o reglamentarios que estime contrarios a la libre competencia, como también la dictación de preceptos legales o reglamentarios cuando sean necesarios para fomentar la competencia o regular el ejercicio de determinadas actividades económicas que se presten en condiciones no competitivas”.

A casi cinco años de la dictación de esa norma, se puede aseverar, sin ningún tipo de vacilación, que la FNE ha respondido con creces a las expectativas del legislador. En efecto, se han llevado a cabo seis estudios de alta calidad⁷⁹, utilizando los mejores estándares comparados, respecto de mercados críticos en cuanto a su relevancia para la economía nacional.

Pero no solo eso. Las recomendaciones sobre modificación, derogación y dictación de preceptos reglamentarios han sido usualmente recogidas por el poder ejecutivo, lo que ha redundado en propuestas de reformas de significativo impacto⁸⁰. Lamentablemente, ello no ha sido así respecto de las propuestas que requerían modificación legislativa. Al parecer, la competitividad de los mercados ha estado lejos de ser una prioridad en estos tumultuosos años.

Atendido que la apatía parlamentaria constituye un problema difícilmente solucionable mediante reformas legales, parece relevante imaginar otras vías para revestir a esta poderosa herramienta de una todavía mayor trascendencia que la que hasta aquí ha tenido.

En este sentido, si bien los estudios de mercado en su mayoría conducen a recomendaciones no vinculantes ante otras autoridades, en un número limitado de jurisdicciones, las agencias de competencia están facultadas para implementar directamente cierto tipo de recomendaciones, adoptando remedios⁸¹.

Así, por ejemplo, la autoridad de competencia del Reino Unido ha ordenado una serie de remedios, tanto estructurales, como conductuales, en mercados tales como aeropuertos⁸², retail⁸³, cemento⁸⁴, energía⁸⁵,

79 FNE, *Estudios de Mercado Actuales*, última consulta: 4 de abril, 2021, <https://www.fne.gob.cl/estudios-de-mercado/estudios/estudios-de-mercados-actuales/>.

80 De acuerdo a la última cuenta pública de la FNE, la recepción de las recomendaciones contenidas en los primeros cinco estudios de mercado, implicará ahorros para las personas o para el Estado en 521 y 1503 millones de dólares al año. FNE, “Cuenta Pública Participativa 2020” FNE (27 de mayo, 2021), <https://www.fne.gob.cl/fne-publico-su-cuenta-publica-participativa-2020/>.

81 OECD, *Competition Enforcement and Regulatory Alternatives*.

82 CMA, *BAA Airports market investigation (CC)* (2009), <https://www.gov.uk/cma-cases/baa-airports-market-investigation-cc>

83 CMA, *Groceries market investigation (CC)* (2008), <https://www.gov.uk/cma-cases/groceries-market-investigation-cc>

84 CMA, *Aggregates, cement and ready-mix concrete market investigation* (2016), <https://www.gov.uk/cma-cases/aggregates-cement-and-ready-mix-concrete-market-investigation>

85 CMA, *Energy market investigation* (2016), <https://www.gov.uk/cma-cases/energy-market-investigation>

bancos⁸⁶ y salud privada⁸⁷. Dichos remedios se hicieron cargo de muchas de las situaciones referidas en la Sección IV.1 que aquejaban estos mercados, logrando resultados extraordinarios en términos de mayor competencia y beneficios para los consumidores⁸⁸.

De acuerdo con lo señalado, concluyo esta denominada hoja de ruta, sugiriendo la modificación de la letra p), del artículo 39, posibilitando que, sobre la base de sus estudios de mercado, la FNE pueda ejercer las facultades contempladas en los artículos 18 N° 2 y 18 N° 3.

Así, si las medidas destinadas a restablecer la competencia requieren de una creación o modificación normativa, la FNE ejercerá la atribución de proponer la dictación, modificación o derogación de los preceptos legales o reglamentarios que estime contrarios a la libre competencia; si el estudio de mercado propone remedios de alcance particular (por ejemplo, desinversiones), la FNE debiese interponer una acción (de naturaleza contenciosa o no contenciosa, según el modelo que se acoja) solicitando su establecimiento, fundado en los antecedentes del estudio; finalmente, si las medidas implican obligaciones de naturaleza general (por ejemplo, obligaciones de interconexión o acceso, deberes de información, o prohibiciones a entregas de incentivos), debiese solicitarlas mediante el inicio de un procedimiento de dictación de Instrucciones de Carácter General⁸⁹.

Nuevamente, las mejores herramientas para alcanzar mayores grados de competitividad en la industria, garantizar la libertad para participar en los mercados, beneficiar a los consumidores y, de paso, legitimar el menos malo de los sistemas económicos conocidos, ya existen en nuestra norma. Solo falta utilizarlas, vincularlas, realzarlas, perfeccionarlas y ponernos a trabajar.

86 CMA, *Retail market investigation* (2016), <https://www.gov.uk/cma-cases/review-of-banking-for-small-and-medium-sized-businesses-smes-in-the-uk>

87 CMA, *Private healthcare market investigation* (2016), <https://www.gov.uk/cma-cases/private-healthcare-market-investigation>

88 CMA, *CMA Impact assessment 2020 to 2021* (15 de julio, 2021), <https://www.gov.uk/government/publications/cma-impact-assessment-2020-to-2021/cma-impact-assessment-2020-to-2021>.

89 Por ejemplo, esto debiese ser el camino a seguir en relación con la reciente propuesta de la FNE en el mercado del gas, en cuanto a prohibir que las empresas de distribución mayorista de este producto participen, ya sea directa o indirectamente, en la distribución minorista de gas licuado a los consumidores finales.



Este documento se encuentra sujeto a los términos y condiciones de uso disponibles en nuestro sitio web:
<http://www.centrocompetencia.com/terminos-y-condiciones/>

Envíanos tus comentarios y sugerencias a info@centrocompetencia.com
CentroCompetencia UAI – Av. Presidente Errázuriz 3485,
Las Condes, Santiago de Chile