Regulación de precios óptima a empresas dominantes: el caso de TRANSBANK

Por Claudio Sapelli**

Profesor Titular, Instituto de Economía UC.

Santiago, 5 de octubre de 2020.

**Este informe se realiza a petición de Transbank. El mismo refleja solamente la opinión del autor. No representa la opinión del Instituto de Economía UC, la Facultad de Economía y Administración UC, o de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Tampoco representa la opinión de Transbank. Todo los errores y omisiones son de mi exclusiva responsabilidad.

ABSTRACT

En este informe se analiza la propuesta de la FNE al TDLC de prohibir rebajas selectivas de precios desde las tablas de márgenes adquirentes máximos propuesta por Transbank, y que tiene como antecedente un acuerdo con la autoridad. Se concluye que dicha prohibición eliminaría la posibilidad de desarrollar múltiples prácticas que en la jurisprudencia europea y chilena han sido consideradas legales. En pos de estar seguros de que se evitan ciertas prácticas exclusorias (como los precios predatorios) o de discriminación arbitraria, se prohibirían múltiples estrategias de rebaja pro-competitivas que llevarían a menores precios, en beneficio del consumidor.

Otra manera de ver esta prohibición es que se afirmaría que las rebajas son "per se" ilegales. Pero se sabe que en el caso de precios diferenciados es muy difícil determinar ex ante si una práctica favorece o no a los consumidores. Y se sabe que en una tabla acordada con la autoridad que cubre todos los costos económicos hay amplio espacio para rebajas en que no se incurre en precios predatorios. Por lo que lo que corresponde es utilizar la regla de la razón para evaluar las rebajas y no una prohibición per se. Una prohibición per se de la discriminación de precios no puede justificarse bajo el objetivo de maximizar el bienestar social.

Por otro lado, yendo a la jurisprudencia, tanto la europea como la chilena indicarían que lo que la FNE está sugiriendo hacer no resulta lógico o defendible. Adoptar una posición que coarta, más que la europea, el comportamiento de las empresas dominantes en contextos de competencia, resulta en una estrategia regulatoria evidentemente extrema. Como se argumenta en el texto, las estrategias extremas nos alejan de preservar el bienestar social. Pueden ser administrativamente simples, e impiden que nunca un comportamiento pueda adoptarse por razones anticompetitivas, pero también impiden que se adopte dicho comportamiento por razones pro competitivas.

A su vez, hay evidencia en la literatura científica que una mayor competencia cambia el conjunto de precios relativos que caracteriza a un esquema de discriminación de precios. Y que la forma en que cambian depende de las características de los consumidores. Por lo cual un esquema de precios que se establece para regular un monopolio puede ser óptimo si no hay competencia, pero deja de serlo si la hay. El conjunto de precios óptimos cambia cuando el monopolio es sujeto de competencia.

En resumen, se concluye que es un error prohibir la rebaja de precios desde un máximo acordado. La autoridad estaría, al hacer ello, estableciendo una regla "per se" del tipo: no importan las circunstancias, toda rebaja es anticompetitiva. Esto debiera sonar muy extraño, ya que se está prohibiendo un comportamiento que forma parte de los objetivos de la política de libre competencia: bajar los precios. Dicho de otra manera, suena paradójico querer proteger el proceso de competencia inhabilitando a una empresa a competir, en beneficio de los consumidores.

I.- INTRODUCCIÓN

El tema central que nos ocupará en este informe se refiere a la regulación óptima de precios de una empresa dominante. La discusión será algo más general que el caso específico que nos ocupa, que es la regulación de los precios de Transbank. Pero nos concentraremos en un tema relativamente concreto dentro del tópico más amplio de la regulación de precios: si la regulación de precios (de existir) debe establecer precios máximos¹ o *fijar* precios (en otras palabras, cuando los precios máximos son además los mínimos).

La preocupación respecto a la posibilidad de que una empresa dominante cobre precios excesivos, se puede resolver con precios máximos. No se pondrá en tela de juicio si una regulación de precios máximos se justifica, ya que en el caso de Transbank la empresa aceptó una autorregulación de sus precios. O sea, se va a ignorar la discusión respecto a si es más adecuado sancionar una conducta una vez que esta ocurre, o tratar de prevenirla a través de la regulación (en este caso, prohibiéndola). Aceptaremos, por pragmatismo, que en este caso la prevención es lo que rige y que habrá precios máximos. Entonces, aceptado ese contexto, la pregunta es si además es óptimo, es razonable, prohibirle a la empresa dominante que cobre precios *menores* a los máximos establecidos, por ejemplo, por vía de descuentos a ciertos comercios que iguallen a los de su competencia.

Al fijar no solo precios máximos sino además precios mínimos, el regulador estaría expresando temor a una posible discriminación arbitraria de precios, o al establecimiento de precios predatorios. Entonces el regulador decide prevenir la posibilidad de que ocurran prohibiendo que la empresa cobre otro precio que el fijado. Decide evitar la conducta, con los costos que ello involucra, en lugar de sancionarla si ocurriera (lo que también tiene costos).

¹ Es importante notar que la tabla de margen adquirente de Transbank considera precios máximos que ya tienen una estructura aceptada de descuentos por tramos. Entonces, la discusión en este caso se refiere a si se puede bajar el precio adicionalmente o por sobre el descuento establecido en cada uno de dichos tramos. Si éstos pueden, por ejemplo, ser objeto de descuentos selectivos que iguallen a la competencia. Para simplificar la discusión ignoraremos la estructura concreta de la tabla.

En este sentido, parte importante de la discusión de este informe se refiere a la lógica que podría tener una restricción a apartarse de una tabla predefinida aprobada por la autoridad de libre competencia, cobrando un precio menor en ciertos casos. La paradoja, y la diferencia con el establecimiento de precios máximos, es que menores precios benefician al consumidor y son la razón de por qué se protege a la competencia. Entonces, prohibir menores precios parece ser contradictorio con el objetivo de proteger la libre competencia. La pregunta es, entonces, si **prohibir** descuentos selectivos que iguallen los que la competencia ofreciera a ciertos clientes, es eficiente y/o razonable.

Conviene, desde el inicio, enmarcar la discusión. Una tabla de precios regulados debe establecerse de tal manera que el conjunto de precios logre cubrir los costos económicos totales² de la empresa. En ese contexto, dado que la amenaza de cobrar precios predatorios para impedir la entrada de un competidor se concretaría si los precios son **menores** a los costos medios variables (o los costos medios evitables³), pareciera que la restricción a no bajar precios es exagerada. Entre el conjunto de precios que cubre los costos medio totales y precios menores al costo medio variable hay una distancia, posiblemente grande.

En presencia de este margen de rebaja sin incurrir en precios predatorios, no se ve cómo se puede concluir que, para resguardar el no cobro de precios predatorios, debiera prohibirse a la empresa dominante que baje sus precios, con el objetivo que sea (incluyendo entre ellos prohibir que los reduzca selectivamente para igualarlos a los de un competidor).

El tema que es objeto de este trabajo surge en el contexto de la Consulta presentada por Transbank al TDLC. En la sección II se hará un muy breve resumen de la larga ruta legal que ha tenido la regulación de precios de Transbank, como contexto del tema específico a tratar.

² Explícitamente, la tabla de autorregulación del margen adquirente cubre los costos económicos, entendidos como los costos medios de largo plazo de producir el servicio que presta Transbank.

³ El criterio adecuado es comparar precio con costo marginal a largo plazo. Una forma en que ha sido implementado este criterio desde Areeda-Turner es comparar precios con costos medios variables. En otros casos se usa el costo medio evitable. El argumento que sigue es válido no importa qué criterio de costos se decida usar.

En la sección III se hace una discusión de los principios económicos involucrados. En la sección IV se discute la jurisprudencia internacional y la chilena. En la sección V se concluye.

II.- CONTEXTO

II.1.- El fallo de la Corte Suprema para el modelo de tres partes⁴

A fines del 2019, la Corte Suprema determinó que las comisiones cobradas por el sistema de pago administrado por Transbank, en ese entonces operando bajo el modelo de tres partes, no podían diferenciar *bajo ningún respecto* a los comercios afiliados. En consecuencia, la empresa debía abstenerse en dicho modelo de dar un tratamiento distinto a las firmas no solo por rubro o categoría (cosa que ya había sido vetado por el TDLC), sino también por volúmenes de transacciones o montos de venta promedio (que sí había sido autorizado por el TDLC).

La Corte Suprema optó por juzgar la tabla de comisiones presentada como una discriminación arbitraria, y como consecuencia de ello, la Corte Suprema ha pasado a cuestionar una práctica extendida, como son los descuentos por volumen. Una práctica que, además, es aceptada por múltiples reguladores en el mundo como competitiva.

Este capítulo en el proceso de regulación de Transbank, iniciado por la consulta de Farmacias Cruz Verde en 2018 a propósito de la discriminación por rubro en las comisiones (o 'merchant discounts'), llegó a su fin con este fallo. Pero el esquema de precios de Transbank sigue siendo un tema en discusión y además el tema abierto por la consulta de Cruz Verde se ha visto mezclado con el cambio en los merchant discounts que se justifican por pasar del modelo de tres partes al modelo de cuatro partes, los que no están sujetos a las restricciones del fallo de la Corte Suprema.

⁴ Este resumen sigue los informes del Centro de la Competencia de la Universidad Adolfo Ibáñez, de fechas 22/1/20, 29/4/20, y 5/8/20.

II.2.- El TDLC rechaza el acuerdo entre FNE y Transbank que busca regular las tarifas de Transbank bajo el modelo de cuatro partes.

El acuerdo extrajudicial entre la FNE y Transbank para autorregular el margen adquirente bajo el modelo de cuatro partes, atendido que se habían dictado las regulaciones pertinentes para ese modelo, fue rechazado por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC). De acuerdo con el Tribunal, el procedimiento de acuerdos extrajudiciales no sería la vía más apropiada para establecer un nuevo Sistema Tarifario. En su resolución, el TDLC señaló que, por sus características, el procedimiento de los acuerdos extrajudiciales no permite dar una adecuada resolución a la materia. Agregó que el mercado de medios de pago es un mercado complejo, que requiere de un análisis profundo y acabado que esta instancia no permite ya que en este tipo de procedimientos simplificados al TDLC sólo le compete una potestad de mera revisión para determinar si el acuerdo protege la competencia. Por ello, este procedimiento no permitiría al TDLC recabar ni recibir mayores antecedentes que los que presenten las partes del acuerdo o los interesados en la audiencia, cosa que el Tribunal desearía hacer para poder evaluar en sus méritos el esquema propuesto.

II.3.- La actual situación de Transbank.

Los eventos que sucedieron al rechazo al acuerdo extrajudicial de la FNE con Transbank ilustran que aún queda un trecho por recorrer antes de que se pueda afianzar el marco regulatorio de la nueva estructura, particularmente en lo que se refiere al actual modelo de cuatro partes. Después de ello quedó por resolver la consulta de Transbank presentada en mayo de 2020, y el pedido de la FNE para abrir un expediente de instrucción general. Ambas instancias han sido ahora resueltas. Por un lado, el TDLC denegó abrir la instrucción de carácter general para regular la tasa de intercambio, que había sido solicitada por la FNE. Recientemente, el TDLC ordenó abrir un nuevo expediente de instrucción general para analizar la industria de los medios de pago desde una perspectiva más amplia.

Así, el foco quedó puesto en el asunto no contencioso iniciado por Transbank ante el mismo órgano (NC 463-2020). Con esta consulta, la empresa buscaba validar su nuevo sistema tarifario, en el entendido de que se ha transitado hacia el modelo de cuatro partes. Si bien inicialmente el TDLC falló que Transbank debía volver a la tabla del modelo de tres partes, finalmente el TDLC dejó sin efecto esta resolución, ordenando que se mantuviera el régimen transitorio del modelo de cuatro partes.

Para finalizar, y para irnos centrando en el tema que ocupa este informe es conveniente hacer notar que, en el contexto del aporte de antecedentes, la FNE le propuso al TDLC que prohibiera los llamados descuentos selectivos a comercios. Es en este contexto que se entiende el tema que nos ocupa en este informe ya que, entre otras cosas, se estaría denegando la posibilidad que Transbank reaccionara ante descuentos hechos por la competencia, igualándolos.

III.- LA ECONOMÍA DEL TEMA

En esta sección nuestra intención es recordar cuáles son los temas económicos claves para tomar posición en este tema.

III.1.- Discriminación de precios⁵.

La discriminación de precios es uno de los temas más complejos en el área de la libre competencia. Hay varias razones para ello. La primera es que el concepto de discriminación de precios cubre una multiplicidad de prácticas (descuentos por volumen, descuentos por lealtad, empaquetamientos, rebajas de precios selectivas, etc.) cuyos objetivos y efectos sobre la competencia difieren significativamente. La segunda es que en el análisis económico de estas prácticas queda claro que los efectos de varias de estas prácticas sobre el bienestar son ambiguos. Es, en general, muy difícil decir ex ante que una determinada práctica es buena o mala desde el punto de vista del bienestar social.

Sin dudas que algunas formas de discriminación de precios sí pueden ser consideradas como un abuso de posición dominante. El tema es cuáles y cuándo. Si hay una certeza en esta área es que los efectos de una práctica no pueden determinarse a priori y que su evaluación requiere de un análisis caso por caso. En particular, hay consenso que las prácticas de discriminación de precios en varias situaciones permiten ampliar el mercado para el producto, llegando a consumidores que no podrían comprarlo si las empresas estuvieran restringidas a cobrar un precio único. Claramente, el aumentar la oferta total es una demostración de un efecto favorable de esta práctica.

⁵ Parte de esta sección sigue la discusión hecha en "Price Discrimination under EC Competition Law: The Need for a Case by Case Approach" de Damien Geradin y Nicolas Petit. WP 07/05 del Global Competition Law Centre, College of Europe, Bruges.

A su vez, también sabemos que la discriminación de precios es más factible que aumente la oferta en presencia de costos medios totales declinantes. Como en ese caso un precio fijado para igualar el costo marginal (que sería el resultado en competencia) no financiaría los costos de la inversión, es necesario hacer una de dos cosas.

Por un lado, si fuera necesario cobrar solo un precio uniforme, se necesitaría cobrar un precio igual al costo total medio a todos los demandantes, un precio que es (sustancialmente) más alto que el costo marginal. Este resultado sabemos que es ineficiente y resulta en una oferta restringida respecto a la de otros esquemas de precios (o sea en este caso limitar los precios a un precio único lleva a restringir la oferta, justo lo que la autoridad de libre competencia trata de evitar).

Por otro lado, si se puede discriminar precios, se puede distribuir de diferente manera el costo fijo y eso permite que algunos consumidores sí paguen un precio más parecido al costo marginal. Estos consumidores no tendrían acceso al bien si el ofertante no pudiera discriminar precios.

A su vez, al producir más se logra repartir el costo fijo entre un mayor número de unidades, disminuyendo el precio promedio que se cobra al conjunto de clientes.

En suma, una prohibición per se de la discriminación de precios no puede justificarse bajo el objetivo de maximizar el bienestar social.

Dicho esto, Geradin y Petit afirman que en general las cortes en Europa han sido más duras de lo que se justifica por el análisis hecho anteriormente. Eso no ha pasado, sin embargo, con los descuentos por volumen, que han sido encontrados no discriminatorios reiteradas veces.

Otro tema importante para este informe es el de las rebajas selectivas. En esta área según Geradin y Petit la Unión Europea ha sido extremadamente cauta en sancionarlas, a menos que los precios sean predatorios (menores al costo variable medio). En muchos esquemas de discriminación de precios en competencia se usan las elasticidades para determinar precios relativos y claramente la competencia cambia dichas elasticidades y por lo tanto el esquema óptimo de discriminación de precios.

III.2.- Precios predatorios.

La idea detrás de una estrategia de precios predatorios parece simple. Una empresa establece el precio de su producto bajo su costo por un período lo suficientemente largo como para sacar a los competidores del mercado. El propósito de tal estrategia es cobrar precios monopolísticos en el futuro, y así primero recuperar las pérdidas incurridas y después continuar con ganancias monopolísticas en el futuro.

A pesar de lo simple que parece el concepto de precios predatorios, su aplicación práctica ha sido bastante compleja. Existen diversas alternativas para evaluar la existencia de precios predatorios, y conductas similares pueden tener efectos distintos bajo diferentes estructuras de mercado.

La principal razón detrás de la dificultad de detección de una estrategia de precios predatorios radica en lo difícil que es distinguir una rebaja de precios con objetivos predatorios de una rebaja de precios producto de las fuerzas de la competencia. La distinción entre precios predatorios y precios competitivos es esencial para poder separar las prácticas que dañan la libre competencia de aquellas que la promueven.

Para entender la dificultad de detectar una estrategia de precios predatorios podemos considerar un caso en que la entrada de una nueva firma a un mercado provoca una baja en los precios cobrados por la empresa establecida (y dominante), que puede llevar a que cobre lo mismo o menos que lo que cobra el entrante, e incluso un precio igual o menor a su propio costo. Una alternativa es que dicha rebaja sea producto de la mayor competencia

en este mercado producto del ingreso de nuevos competidores. Otra alternativa es que con la rebaja en precios, la empresa establecida esté buscando sacar al entrante del mercado.

Esta dificultad para evaluar la existencia de una estrategia depredadora en el cambio en los precios ha dado origen a intentos de establecer cómo puede realizarse esta evaluación en la práctica.

En la literatura pueden encontrarse varias alternativas de cómo evaluar la existencia de una estrategia de predios predatorios. Aquí no las examinaremos todas, más bien justificaremos el uso del criterio que utilizaremos en la discusión (aunque podríamos haber basado la discusión en otros criterios también).

En general, las definiciones que se encuentran en la literatura, se basan en la premisa de que la predación de precios es una estrategia utilizada para sacar a los competidores del mercado, con el objetivo de obtener utilidades monopólicas una vez que la salida de dichos competidores se haya producido. Sin embargo, estas estrategias están basadas en la posibilidad de que el predador recupere las pérdidas una vez que se produce la salida. Esto ha sido considerado, muchas veces, como ingenuo, dada la dificultad que tendría la empresa predatoria en recuperar dichas pérdidas.

McGee (1958) fue de los primeros en desafiar el argumento de la predación. El argumento de McGee sigue el siguiente razonamiento, que mencionaremos en términos generales: si en vez de destinar grandes recursos a depredar, la empresa hubiese intentado adquirir a los competidores, le podría haber salido más barato.

Al mismo tiempo en que se discutía si la predación de precios era una estrategia ingenua o irracional, el análisis económico moderno, basado en la teoría de juegos, desarrollaba teorías coherentes donde, bajo ciertos supuestos, la predación podría ser una estrategia racional para empresas que buscan maximizar el valor presente de sus utilidades futuras.

Esta muy breve discusión muestra que la evaluación de la existencia y racionalidad de las estrategias de predación de precios es bastante más compleja que lo que parece a primera vista.

Con posterioridad a la contribución de McGee, ha aparecido una importante literatura que busca establecer cómo determinar la existencia de precios predatorios. Dos autores muy influyentes en este campo son Areeda y Turner quienes, en 1975, realizaron una importante contribución estableciendo que la condición fundamental para evaluar la existencia de precios predatorios es que el precio que cobre el potencial depredador sea menor a su costo medio variable, que corresponde al costo unitario de producción, excluyendo los costos fijos. El test llamado desde entonces "Areeda-Turner" ha sido ampliamente utilizado por las Cortes de Justicia (principalmente de EE.UU.) en sus resoluciones acerca de la eventual existencia de precios predatorios.

Ha habido críticos de la regla Areeda-Turner, que ofrecieron una serie de alternativas a dicho criterio. No es el objetivo de esta sección revisarlas. En este informe se dirá que hay precios predatorios cuando el precio es menor al costo variable medio (usado como proxy del costo marginal), pero el argumento podría haberse hecho utilizando otro criterio⁶.

Quizás valga la pena mencionar que para que una estrategia de precios predatorios tenga sentido se tienen que conjugar una multiplicidad de factores. Joskow y Klevorick (1979) por ejemplo plantean que la predación es posible cuando el tamaño de la empresa predatora es significativo respecto del tamaño de los potenciales entrantes (de otra manera, la expulsión del mercado sería muy cara); cuando la elasticidad de la demanda que enfrenta cada empresa es, en valor absoluto, baja (de otra manera no sería rentable subir el precio del producto en el período post-predación); y cuando existen altas barreras a la entrada y bajas barreras a la salida. Las primeras disminuyen la amenaza de entrada, facilitando el cobro de mayores precios en el futuro y las segundas incentivan una salida más rápida de

⁶ Como el de costo medio evitable, por ejemplo.

los competidores del mercado. Recién después se haría un test en que se comparan precios y costos.

Un importante concepto detrás de considerar aspectos adicionales además de la relación entre precio y costos, radica en la importancia de que sea factible la recuperación de las pérdidas incurridas (y más). Sin esa posibilidad de recuperación, la estrategia de predación, aun cuando se llevase a cabo, no dañaría a los consumidores.

En conclusión, si el precio no es menor al costo, no puede haber un caso de que hay predación. Si lo fuera, tiene que ser hecho por una empresa con poder de mercado y con capacidad de recuperar las pérdidas. De manera que esta es una materia a ser evaluada caso a caso, siendo muy complejo determinarlo ex ante por todas las particularidades que se han indicado.

III.3.- La actividad de competir: "empatando" la competencia

En el centro del tema de este informe está la validez de lo que se conoce en la jurisprudencia como el "meeting competition defense". Se trata del argumento de que una rebaja de un precio es legítima si se hace para "empatar" una movida previa de un competidor. O sea, es posible que una empresa dominante justifique una rebaja de precios con el argumento de que solamente está "empatando", o reaccionando, a la competencia. En la discusión que hay al respecto, la pregunta es si "empatar a la competencia" puede ser dañino desde el punto de vista del proceso competitivo y del bienestar social. No es claro si en el cuestionamiento de esta defensa hay algo más que una nueva versión del problema de los precios predatorios. O sea, el argumento sería que la estrategia de "empatar" al competidor no es legítima si nos lleva a precios predatorios.

Por razones que discutimos en la sección IV hemos dado preferencia a una discusión que se base principalmente en las leyes europeas⁷. En corto, optamos por basar la discusión en la ley y práctica europeas porque ésta es mucho más regulatoria del comportamiento de las empresas dominantes que la de los Estados Unidos. Esta práctica se parece más a la forma de regulación que la FNE pretende en el marco del proceso seguido por la Consulta de Transbank. Por otro lado, y a efectos de la argumentación, pareciera evidente que si lo que la FNE está sugiriendo hacer no resulta lógico o defendible en el contexto de la ley y jurisprudencia europeas, no lo sería tampoco para otros países en que la legislación y la jurisprudencia tienen preferencia por sancionar conductas en lugar de regular para prevenirlas. Por otro lado, pareciera que adoptar una posición que coarta, más que la europea, el comportamiento de las empresas dominantes, resultaría en una estrategia regulatoria evidentemente extrema. Donde, como veremos, las estrategias extremas nos alejan de preservar el bienestar social. Pueden ser administrativamente simples, e impiden que nunca un comportamiento pueda adoptarse por razones anticompetitivas, pero también impiden que se adopte dicho comportamiento por razones pro competitivas.

Por ejemplo, al prohibir rebajas respecto de una tabla prefijada se están prohibiendo tanto rebajas por encima como por debajo del costo variable medio. Como Lang y O'Donoghue dicen, en el abstract⁸: "Es importante que precios que están por encima del costo medio variable sean casi siempre tratados como legales, ya que los rivales... deben ser animados a competir en dicho escenario. La legislación sobre competencia de la Comunidad debe tratar a los precios superiores al costo medio variable como ilegales solo cuando hay evidencia de otro comportamiento abusivo".

⁷ De hecho, en lo que sigue vamos a hacer una discusión que se basa en Lang y O'Donoghue ("Defining Legitimate Competition: How to clarify Pricing abuses Under article 82 EC2", publicado en el Fordham International Law Journal, 2002).

⁸ Lo que sigue es una traducción, hecha por el autor, de la siguiente cita: "It is important that prices that remain above average variable cost should nearly always be treated as legal, since rivals ... should be encouraged to compete in that scenario. Community competition law should only treat pricing above average variable cost as unlawful where there is evidence of other abusive behavior."

Esta argumentación es importante, ya que de ella se concluye que, si bien puede haber una regla "per se" que encuentre dañino para la competencia un precio menor que el costo variable medio, no es lógico que haya una regla "per se" para estrategias que involucren precios mayores al costo variable medio. Con lo cual prohibir rebajas a precios mayores al costo variable medio (o evitable) es claramente una medida extrema, sin justificación en la teoría económica o en la práctica internacional.

Lang y O'Donoghue continúan⁹: "... ¿cómo debe la legislación antimonopolio marcar la línea divisoria entre la competencia de precios legítima y deseable, por un lado, y la competencia de precios indeseable e ilegal, por el otro? Es importante que este balance se realice correctamente: hay un considerable costo en bienestar y un considerable efecto de enfriar (el proceso de competencia) producto de desestimular la legítima competencia en precios; el costo de permitir prácticas de precios ilegales puede ser igual de serio."

La discusión que se plantea en la cita anterior muestra que la implementación de la política de libre competencia enfrenta un dilema con relación al cual necesita establecer un equilibrio. Diferentes normativas generan diferentes balances entre los posibles errores que se pueden cometer. Por un lado, se puede regular para generar una situación en que se corre un riesgo importante de prohibir como anticompetitivos actos que en realidad son competitivos; o, por el otro, se puede regular para generar una situación en que, al no prohibir, se corre un riesgo importante de aceptar como competitivos actos que en realidad son anticompetitivos (por ejemplo, porque no son detectados).

Es claro que un marco normativo perfecto es imposible de alcanzar, por lo que en este contexto el marco normativo puede inclinarse hacia preferir cometer más de uno de los dos

⁹ Lo que sigue es una traducción, hecha por el autor, de la siguiente cita: "...how should antitrust law draw the line between legitimate and desirable price competition, on the one hand, and undesirable and unlawful price competition, on the other? It is important that this balance is correctly struck: the welfare cost and chilling effect of discouraging legitimate price competition is considerable; the cost of allowing unlawful pricing to go unchecked may be no less serious."

tipos de errores posibles. O sea, la ley, o la implementación de esta, puede optar por criterios que tienen mayor probabilidad de cometer lo que en estadística se conoce como "error de tipo I" u optar por criterios que hagan más probable que se cometa el "error de tipo II". (En jerga estadística un error de tipo I es un falso positivo, y un error de tipo II es un falso negativo).

En este caso, si para la FNE la hipótesis nula en una regla es que se sancione como anticompetitivo todo comportamiento que es efectivamente anticompetitivo, la regla comete el error de tipo I (o sea, tenemos un falso positivo) cuando sancionamos como anticompetitivo a un comportamiento que no lo es, y la regla comete un error de tipo II (o falso negativo) cuando aceptamos como competitivo (y por lo tanto no sancionamos) a un comportamiento que en realidad es anticompetitivo.

Conviene decir que en políticas públicas este problema aparece a menudo. Por ejemplo, si se da un subsidio a las personas de bajos ingresos, al implementar dicho subsidio se pueden cometer uno de dos errores: negarle el subsidio a quién objetivamente lo merece, o darle el subsidio a alguien que objetivamente no lo merece. Si para evitar que lo reciban quienes no lo merecen, establecemos reglas muy complejas para poder recibir el subsidio, es muy probable que la gente que sí lo merece no lo reciba (aunque es cierto que es poco probable que gente que no lo merece lo reciba). Si establecemos reglas muy laxas, pensando que de esta manera nadie que lo merezca dejará de recibirlo, entonces ocurrirá lo inverso. Será muy probable que personas que no lo merecen lo reciban (pero no pasará que personas que lo merecen dejen de recibirlo). En el primer caso, intentando disminuir la probabilidad de cometer un error del tipo "falso negativo" se acepta que cometeremos un mayor margen de errores del tipo "falsos positivos". Y en el segundo caso es al revés.

El admitir la existencia de este dilema, nos lleva a pensar cómo mejor manejar estos dos tipos de error. En la discusión de política pública de estos temas se habla de establecer una "función de pérdida" que hay que minimizar. Las funciones de pérdida normalmente son

cuadráticas, que quiere decir que se tolera cometer un error pequeño (ya sea el I o el II), pero no se admite cometer un error grande. Entonces, es aceptable subsidiar a unos pocos que no lo merecen, o no subsidiar a unos pocos que sí lo merecen. Pero no está bien darle el subsidio a todos los que lo merecen a costa de que muchos que no lo merecen lo reciban. Y tampoco está bien asegurarse que nadie que no lo merezca lo reciba, a costa de que muchos que sí lo merecen no lo reciban.

O sea, lo que se afirma es que el costo de cometer el error no crece linealmente con el tamaño del error, sino que en forma no lineal, y en este caso se modela como cuadrática la relación. Por ejemplo, si la población merecedora del subsidio es 100 y se lo damos a 98, el error es $100 - 98$ igual 2. En el esquema cuadrático el "valor" de este error es 2 al cuadrado, o sea 4. Si dejamos a 10 personas fuera, el error es $100 - 90$ igual 10, y el "valor" de ese error es ahora 10 al cuadrado, o sea 100. El número de personas mal clasificadas por error se multiplica por 5, pero el "valor" del error se multiplica por 25. Esto lleva a que la política óptima es una que trata de minimizar *conjuntamente* los dos errores y no opta por minimizar uno, despreocupándose del otro. Como al tratar de llevar un error a cero estamos asegurando que el otro error será grande (o dejaremos muchos que lo merecen fuera, o admitiremos muchos que no lo merecen), entonces no estamos minimizando esta función de pérdida. La forma de hacerlo es tener dos errores "medianamente chicos".

Ahora, es cierto que, en esto de establecer una función de pérdida, más allá de la no conveniencia de llevar alguno de los dos errores a cero, uno puede tener preferencias por cometer algo más de un error que el otro. Por ejemplo, en la discusión que se hace en el área de políticas públicas de este dilema se suele afirmar que pueden operar preferencias que pueden llamarse "ideológicas". Producto de ello, es posible querer reducir más un error que el otro, pero no es posible creer que el óptimo es llevar alguno de los dos a cero.

Es en este contexto que podemos hablar de diferentes "preferencias" en las leyes y en la implementación de estas en Europa y en EE. UU. La ley europea pareciera más preocupada

de cometer el segundo error (no quiere dejar de sancionar una conducta anticompetitiva cuando ocurre), partiendo de un diagnóstico implícito en cuanto a que las empresas dominantes están poco disciplinadas por la competencia y que su dominancia no surgió necesariamente de su mayor eficiencia. La ley americana pareciera más preocupada de no cometer el primer error (no sancionar conductas competitivas pensando que son anticompetitivas), partiendo de un diagnóstico implícito de que los mercados son competitivos y que, en general, las empresas llegan a una posición dominante por la mayor eficiencia y la innovación. La jurisprudencia chilena ha preferido una aproximación más parecida a la europea.

Por ello es excesivo optar por una regla per se y prohibir un rango importante de comportamientos, muchos de ellos competitivos, para evitar la posibilidad de que, si se usara la regla de la razón, quedarán sin sancionar algunas conductas anticompetitivas.

Como dicen Lang y O'Donoghue (p. 84)¹⁰: "Un objetivo fundamental de la legislación Comunitaria sobre competencia es alentar la competencia en precios, incluyendo la competencia en precios por parte de empresas dominantes."

Y además (p. 85)¹¹: "Porque precios bajos casi siempre benefician a los consumidores, cualquier objeción anticompetitiva a ellos debiera mirarse críticamente para asegurarse que las reglas son claras y no son más que las necesarias dadas las circunstancias."

Sin embargo, Lang y O'Donoghue critican la implementación de estos principios en Europa (p. 85)¹²: "Es en temas de precios que la Comisión parece más claramente haberse alejado

¹⁰ La cita que sigue es una traducción hecha por el autor de la siguiente cita del original en inglés: "A fundamental goal of Community competition law is to encourage price competition, including price competition from dominant firms".

¹¹ La cita que sigue es una traducción del original en inglés hecha por el autor. La cita en inglés dice: "Because low prices nearly always benefit consumers, any antitrust objections to them should be looked at critically to ensure that the rules are clear and no more necessary in the circumstances."

¹² La cita que sigue es una traducción, hecha por el autor, de la cita original en inglés: "It is on pricing issues that the Commission seems most clearly to have gotten away from both sound economics and good law. A

tanto de la economía criteriosa o la buena legislación. Una serie de afirmaciones por parte de la Comisión sobre prácticas de precios se han acercado peligrosamente a instaurar reglas "per se" contra algunas prácticas de precios."

La FNE, al pretender que se prohíba la rebaja de precios desde el máximo acordado para cada tramo, incluso cuando se trate de descuentos para igualar a la competencia, estaría presumiendo que toda rebaja es anticompetitiva y se establecería una regla "per se": no importan las circunstancias, toda rebaja es inconveniente. La rebaja es anticompetitiva por sí misma. Esto es muy extraño, cuando hay muchas razones para rebajar que pueden incrementar la competencia y el bienestar de los consumidores y además hay espacio para rebajas que no son predatorias.

A su vez, es claro que la FNE está optando por una regla que opta por llevar uno de los errores a cero a costa de cometer el otro un sinnúmero de veces. O sea, se está evitando que se deje de sancionar/prevenir un acto no competitivo (sin dudas que no habrá instancias de precios predatorios), a costa de prohibir un conjunto de estrategias de precios que son competitivas.

Dicho de otra manera, pareciera querer establecer que todo intento de "meet the competition" es exclusorio. Sin embargo, hay mucho análisis y jurisprudencia de que esto es un cambio de criterio respecto a anteriores análisis de libre competencia por nuestras autoridades. Partimos de la base que ha sido aceptado en la legislación y jurisprudencia chilenas que la discriminación de precios solo puede ser sancionada en un pequeño número de circunstancias. Y que también ha sido aceptado que si los precios no son predatorios estos deben estar sujetos a una fuerte presunción de legalidad¹³.

number of Commission statements on pricing practices come perilously close to stating per se rules against certain forms of pricing behavior."

¹³ En el anexo a este trabajo se incluyen precedentes del TDLC al respecto.

Las políticas más extremas que se han sugerido internacionalmente en casos similares, en que se presume que una rebaja de precios por una empresa dominante representa un riesgo desde el punto de vista de la competencia, igual no prohíben la rebaja, porque por definición una rebaja beneficia al proceso de competencia y a los consumidores. Estamos pensando, por ejemplo, en la "Baumol rule", que postula requerir que las empresas dominantes continúen con una reducción de precios por un periodo fijo (independiente de si el rival se retira). Esta regla fue propuesta por Baumol en su trabajo "Quasi permanence of price reductions: a policy for preventing predatory pricing." Yale Law Journal, 1979. La idea es que se permita la rebaja, pero se obligue a la empresa dominante a sostenerla por un tiempo predeterminado.

Lang y O'Donoghue resumen la legislación europea (todas las citas son de la p. 131)¹⁴:

"La legislación de competencia de la Comunidad sugiere que una empresa dominante puede reaccionar a la competencia, pero no debe sobrereaccionar".

"...la Comisión y las Cortes comunitarias han dejado claro que, en principio, precios bajos selectivos diseñados para responder a ofertas competitivas son legales..."

"Es importante que precios superiores al CVMe deben beneficiarse de una fuerte presunción de legalidad".

Y un aspecto muy importante para tener en cuenta: una prohibición de reaccionar por parte de la empresa dominante asegura que empresas no necesariamente con igual o más eficiencia puedan entrar. O sea, se estaría prefiriendo cometer un error adicional, el que haya más empresas, aunque fueran menos eficientes. Eso sería un desperdicio de recursos, el objetivo contrario al que se aspira con el proceso competitivo.

¹⁴ Lo que sigue es una traducción, hecha por el autor, de las siguientes citas: "Community competition law suggests that a dominant company may react to competition, but must not overreact." "...the Commission and the Community Courts have made it clear that, in principle, selectively low prices designed to respond to competitive offers are legal...". "It is important that prices above AVC should benefit from a very strong presumption of legality".

En esta misma línea, Michal Gal, en "Below Cost Price Alignment: Meeting or Beating the Competition?" (Law and Economics Research Paper Series WP 07/20, NYU School of Law, Julio 2007), dice que es clave diferenciar entre "empatarle a la competencia legalmente" de "derrotar a la competencia ilegalmente" (la cita es diferenciar: "legally meeting competition from illegally beating competition.").

Conviene aclarar que se encuentran varios artículos en la literatura que tratan de hacer el caso de que cobrar un precio menor a los costos medios variables a veces debe considerarse justificado. Pero en este informe no se trata de hacer ese caso. Se trata de permitir que una empresa como Transbank pueda bajar un precio, establecido al nivel que cubre todos sus costos, hasta el nivel en que cubra solamente los costos variables. El informe, entonces, no se desvía de un amplio consenso que hay en la literatura de que debiera haber una presunción de que un precio menor que el costo medio variable es "extraño" y debe presumirse que es predatorio. Sin embargo, hay precios menores a los de una posible tabla acordada con la autoridad que cumplen con esta condición y en la propuesta de la FNE estarían prohibidos. Incluso, hay un tema –aunque no es el objeto de este Informe– respecto de la posibilidad que la empresa dominante pudiera cobrar precios menores que el entrante. Teóricamente, si la empresa dominante es más eficiente que la empresa entrante, debiera poder cobrar precios menores al entrante y si eso la fuerza a salir, no debiera haber un problema, ya que el resultado es eficiente. Pero este punto, que es legítimo, no es el que se hace en este informe.

Como dice Gal¹⁵: "El argumento de empatar la competencia se apoya en la idea que libertad y capacidad de una empresa dominante para competir no debe ser lastimada, con relación a sus rivales, solo porque tiene una posición dominante. Esta idea ayuda a la dinámica del mercado. Si impusiéramos restricciones estrictas a la empresa dominante que redujeran su

¹⁵ La que sigue es la traducción, hecha por el autor, de la siguiente cita: "The meeting competition argument rests on the idea that a dominant firm's freedom and ability to compete in the market should not be harmed, relative to its rivals, just because it enjoys a dominant position. This idea serves the market dynamics well. Were we to impose strict restrictions on dominant firms that would reduce their ability to compete on merit, ... less efficient firms might replace efficient ones."

habilidad para competir en sus méritos, ... empresas poco eficientes podrían reemplazar a empresas eficientes." Y este último es un resultado que no queremos.

Como se argumentó en la subsección III.1, queda claro que el esquema de precios óptimos (desde el punto de vista del bienestar social) puede contener precios diferentes para clientes diferentes¹⁶. Ha sido aceptado tanto por la FNE como por el TDLC que los costos conjuntos o costos fijos de proveer un servicio pueden justificar esquemas de discriminación de precios¹⁷.

Como se ha dicho, hay muchas situaciones en que la discriminación de precios es "buena". Por ejemplo, un esquema de descuentos por volumen permite que algunos clientes financien el costo fijo en tanto que en el margen todos terminan pagando un precio similar al costo marginal. Un esquema de ese tipo está expuesto a que aparezcan competidores que traten de obtener participación de mercado por medio de rebajar los precios a los clientes (empresas o personas) que pagan un porcentaje mayor del costo fijo, lo que haría que la empresa dominante se quedara sin financiamiento para ellos. Obviamente, desde el punto de vista del competidor, a menos que sea más eficiente, el cobro menor será solamente temporal pero no por ello no cumplirá con su objetivo de captar parte del mercado. Y siempre que no representen precios predatorios la empresa dominante debiera poder usar una similar estrategia para conservar a sus clientes. Pedirle a la empresa dominante que mantenga fija su matriz en el contexto de competencia es una receta para

¹⁶ Un ejemplo del que resulta claro que la discriminación de precios es óptima en situaciones de mucha competencia es cómo se reparten los costos de faena una vaca entre los distintos cortes de carne. Cada kilo de carne no tiene una prorrata de los costos de faena, sino que los costos se distribuyen según la demanda por cada corte. Al precio de prorrata hay exceso de demanda de cortes buenos y exceso de oferta de cortes malos. Si se sube el precio de los cortes buenos, igual habrá suficiente demanda para que se agoten los kilos de cortes buenos que da una vaca, o sea nos basamos acá en que la elasticidad es suficientemente baja. Por otro lado, si bajo los precios de los cortes malos habrá más demanda, o sea nos basamos acá en que la elasticidad es suficientemente alta. Al final los precios equilibran la demanda y la oferta de tal manera que se venda toda la vaca. No hay relación entre precios y costos, ya que los costos son los mismos por kilo de vaca y los precios sustancialmente diferentes.

¹⁷ Se pueden encontrar antecedentes al respecto en el anexo a este trabajo.

que pierda constantemente participación de mercado; y tener un competidor maniatado no contribuye a la competencia.

El tema de la discriminación de precios y el de "meeting competition defense" se unen ante el riesgo que enfrenta la empresa dominante de que un competidor pueda entrar haciendo *targeting* de aquellos clientes que más están financiando el costo fijo. Esta exposición ocurre justamente porque lo que se les está cobrando es mayor al costo marginal. Y también es claro que en estos casos la empresa dominante tiene un amplio margen para hacer una reducción de precios, sin que ellos constituyan precios predatorios (ya que hay una diferencia importante para estos clientes entre precio y costo medio variable, o costo marginal).

III.4.- Evidencia empírica

El propósito de esta sección es reportar parte de la evidencia empírica que se ha obtenido sobre cómo la competencia afecta el esquema de precios óptimos. En lo que sigue, citaremos, en particular, la evidencia provista en el trabajo "Revisiting the relationship between competition and price discrimination", de A. Chandra y Mara Lederman (2018), publicado en el *American Economic Journal: Microeconomics*.

Este trabajo parte cubriendo terreno que ya hemos cubierto pero que no daña volver a recorrer¹⁸: "Está bien establecido que las empresas pueden hacer discriminación de precios en situaciones no monopólicas. Hay ahora una literatura teórica amplia sobre discriminación de precios en oligopolio. Hay también un creciente cuerpo de trabajo empírico que investiga como la estructura del mercado impacta el equilibrio bajo discriminación de precios."

¹⁸ La cita que sigue es una traducción, hecha por el autor, de la siguiente cita: "It is well established that firms can price discriminate in non-monopoly settings. There is now a large theoretical literature on oligopoly price discrimination. There is also a growing body of empirical work that investigates how market structure impacts equilibrium outcomes under price discrimination".

A partir de ahí surge la pregunta de cómo afecta la mayor competencia al conjunto de precios¹⁹: "El conjunto más grande de estudios considera el impacto de la competencia sobre las diferencias de precios o la dispersión de precios en situaciones en que las empresas realizan discriminación de precios de tercer grado o cuando solamente se cuenta con datos de precios".

El trabajo, para adelantar la conclusión, prueba algo que no debiera sorprender. Prueba que la competencia cambia los precios de equilibrio. Si el esquema vigente es de discriminación de precios, entonces la competencia cambia el conjunto de precios relativos, subiendo algunos y bajando otros.

El caso que se estudia más frecuentemente es lo que sucede cuando se pasa de un monopolio a un duopolio. O sea, tenemos un monopolio y entra una empresa nueva, con lo cual la pregunta es, ¿en qué forma esta entrada afecta los precios de equilibrio?

En la literatura nos encontramos con elementos familiares, como que la mayor competencia lleva, en algunas circunstancias, a resultados fácilmente reconocibles. Al igual que la competencia es la que lleva al equilibrio final en que el precio es igual al costo marginal cuando trabajamos en situaciones de alta competencia, se encuentra un resultado similar al pasar de monopolio a duopolio. Stole (2007), muestra que, si los consumidores tienen altas elasticidades cruzadas²⁰, la competencia hará converger a todos los precios hacia el costo marginal y terminará por anular las diferencias que son la base de la discriminación de precios.

¹⁹ La cita que sigue es una traducción, hecha por el autor, de la siguiente cita: "The... largest set of studies considers the impact of competition on price differences or price dispersion in settings where firms practice third degree price discrimination or when only data on prices are available."

²⁰ O sea, en otras palabras, este resultado se da si los productos son suficientemente parecidos.

Sin embargo, otros resultados son posibles: los diferenciales de precios pueden también aumentar con la competencia. Lo que se observa, en presencia de mayor competencia, es que hay siempre una baja en una parte del conjunto de precios. O sea, algunos de los precios que antes estaban por encima del costo marginal, ahora tienden hacia ser iguales al costo marginal. La discriminación de precios continúa, pero los precios relativos cambian.

En resumen, tenemos evidencia que la mayor competencia cambia el conjunto de precios relativos que caracteriza a un esquema de discriminación de precios. Y que la forma en que cambian depende de las características de los consumidores. Por lo cual es bastante claro que un esquema de precios que se establece para regular un monopolio puede ser óptimo si no hay competencia, pero deja de serlo si la hay. El conjunto de precios óptimos cambia cuando el monopolio es sujeto de competencia.

IV.- ANÁLISIS DE LA LEGISLACIÓN Y LA JURISPRUDENCIA RELEVANTES

IV.1.- Legislación y jurisprudencia europea

Como hemos dicho, la legislación y jurisprudencia europeas son muy relevantes para el caso chileno. En particular queremos mostrar que incluso para esa normativa, que suele ser bastante mas regulatoria de las acciones de una empresa dominante, el prohibir la reacción de Transbank a la aparición de competencia pareciera ser una medida extrema²¹.

Gual et al. dicen: "Las políticas de defensa de la competencia y la jurisdicción han sido tradicionalmente muy estrictas con la discriminación de precios, e incluso en ocasiones las han tratado como una infracción 'per se' de la ley. Sin embargo, análisis económicos más recientes han mostrado que..., la discriminación de precios puede incrementar el bienestar total, incluso el de los consumidores".

Hay trabajos en que se argumenta que la discriminación de precio tiende a intensificar la competencia entre oligopolistas, lo que aumenta el excedente de los consumidores. La discriminación intensifica la competencia, ya que posibilita que una empresa ataque las bases de clientes de sus rivales, así como nuevos segmentos de clientes, manteniendo al mismo tiempo márgenes mayores en su propia base de clientes. Este razonamiento aboga por permitir que una empresa establecida responda de manera no uniforme a una entrada limitada (esto es lo que constituye una estrategia de "encuentro de la competencia").

Sin embargo, también es cierto que la discriminación de precios puede servir para lograr propósitos anticompetitivos. Esto es obvio, pero como no siempre es por esa razón, no tiene sentido prohibir "per se" la discriminación como acaba de hacer la Suprema Corte

²¹ Lo que sigue está basado, en parte, en el trabajo "Un enfoque económico del artículo 82" por Jordi Gual, Martin Hellwig, Anne Perrot, Michel Polo, Patrick Rey, Klaus Schmidt, y Rune Stenbacka del 2006 (desde ahora Gual et al.).

para el modelo de tres partes, en lo que se refiere a los descuentos por volumen. Es necesario implementar un enfoque basado en los efectos que identifique primero el tipo de efecto "excluyente de la competencia" en cuestión, en vez de un enfoque basado en la forma, donde se prohíben determinadas prácticas de precios "per se". En este caso, si se acepta a la discriminación de precios como un elemento central de las posibles prácticas comerciales, entonces la lógica indica que hay que aceptar que dicho esquema óptimo varía a medida que cambia el grado de competencia.

Gual et al dicen en su apartado "Fijación de precios predatorios" (p. 39): "El desafío inherente al diseño de la política de defensa de la competencia dirigida contra la predación, está relacionado con la capacidad de la autoridad de defensa de la competencia para distinguir entre un precio que es bajo debido a objetivos predatorios, de otro que puede haberse fijado muy bajo como parte de un proceso competitivo que mejora la eficiencia". "Por tanto, una autoridad de defensa de la competencia... se enfrenta a un problema complejo al intentar identificar las circunstancias en las que los precios predatorios que provocan pérdidas causan un perjuicio a la competencia".

Pero la dificultad de esta tarea no implica que sea aceptable sencillamente eliminar toda posibilidad de que ocurra la diferenciación de precios, vía prohibirla bajo toda circunstancia, sin importar que el comportamiento sea pro competitivo o anticompetitivo. O sea, es un despropósito desde el punto de vista del bienestar social, establecer una regla "per se" que prohíba descuentos en los precios respecto de los autorregulados en calidad de máximos.

IV.2.- Legislación y jurisprudencia chilena

Garrido²² tiene un buen resumen de la jurisprudencia chilena relevante para este caso. En la p. 32, Garrido dice respecto del concepto de la "competencia basada en sus méritos": "el

²² Lo que sigue se basa, en parte, en una tesis hecha para la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, dirigida por Nicole Nehme, y finalizada en el año 2018. El autor es Carlos Garrido y el título de ella es: "Estándares de determinación de conductas exclusorias en el derecho de la competencia".

uso de esta expresión se relaciona con la posibilidad de un agente dominante de comportarse lícitamente en el mercado, aun cuando la consecuencia de su conducta sea excluir a competidores del mercado, disuadir su entrada o limitar su expansión." O sea, es posible que una empresa dominante excluya a un competidor por razones de eficiencia. El mero hecho de excluir a un rival no es razón para sancionar una conducta. Tiene que ser cierto que se excluye a un rival tan o más competitivo que la empresa dominante.

El problema radica en que, si esto es así, entonces, como dice Garrido (p. 33): "... una misma conducta puede ser considerada, dependiendo de las circunstancias, como competencia normal o como competencia abusiva".

Garrido concluye que en los últimos años las principales jurisdicciones de libre competencia (EE. UU., Europa) "han optado por un análisis más económico -o sea, basado en los efectos- de las conductas exclusorias, alejándose por lo tanto de su estudio más formal".

Garrido vuelve sobre un tema ya mencionado anteriormente respecto de la importancia de, al regular, tomar en cuenta la importancia de que se está en presencia de un trade-off entre errores. El tema que se conoce en la teoría estadística, como dijimos, como errores de tipo I y de tipo II. (p. 35).

Como dijimos antes, hay que decidir qué error se prefiere tolerar. Este tema vuelve en otra forma en la evaluación si regirse por reglas "per se" o por reglas de la razón. Si uno quiere adoptar una posición de prohibir algo por sus formas, o por sus efectos.

La medida de que estamos hablando (prohibir rebajas de los precios establecidos en la tabla) es claramente una medida en la cual no importa cometer un posiblemente gran error de tipo I, para estar seguro de que en ninguna circunstancia habrá un error de tipo II. Pero en las tradicionales funciones de pérdida, en que los costos son generalmente cuadráticos,

llevar cualquiera de los dos errores a cero implica incurrir en un costo importante, en este caso el error de prohibir rebajas que son competitivas, con la consecuencia de enfriar la competencia y perjudicar a los consumidores.

La tesis revisa toda la jurisprudencia al respecto, mucha de la cual no es necesariamente relevante al caso que nos ocupa.

Garrido dice (p. 130): "La dificultad de delimitar cuándo es lícito reducir agresivamente los precios ha generado un vasto desarrollo doctrinario, que fluctúa entre considerar que los precios predatorios son tan irracionales que nunca ocurren, a considerar que cada precio fijado por el dominante en reacción a la entrada de un competidor debería estar sujeto a control." En esta descripción de la gama de posiciones que pueden tomarse, resulta notable observar cuáles son las dos posiciones que acá se describen como las extremas, y notar que la FNE está, en el caso que nos ocupa, poniéndose en uno de dichos extremos.

Como hemos observado, esta posición de la FNE hace que sea la jurisprudencia europea la más relevante, ya que tiende a estar más del lado de sospechar de toda rebaja de precios de una empresa dominante (o sea tendiendo a juzgar un acto por las formas y no por los efectos). Además, la jurisprudencia europea se preocupa más de los competidores que la de EE. UU. que tiende a centrarse exclusivamente en el bienestar de los consumidores (en rigor, en la eficiencia). O sea, podría justificarse la posición de la FNE por una preocupación de tener más competidores, independientemente de cómo afecta ello el bienestar de los consumidores. Si bien esta es una avenida posible, creemos que viola el mandato que tiene la FNE.

Es importante destacar que en la jurisprudencia chilena se ha aceptado incluso precios menores al costo variable medio (CVMe) en algunas circunstancias. De las sentencias que se comentan en la tesis de Garrido pareciera relevante traer a colación que en la jurisprudencia de Chile se ha considerado que precios que bajan solo temporariamente no

deben ser considerados predatorios (sentencia número 28). También se ha aceptado el uso de precios por debajo del CVMe en la estrategia loss leading (sentencia número 103). Un mayor detalle se encuentra en el anexo.

De esta breve revisión de la legislación y jurisprudencia relevantes surge que prohibir que la empresa dominante rebaje precios para "empatar" o incluso para ganarle a la competencia es encontrada como legal y de ninguna manera prohibida. No hacerlo es maniatar a la empresa dominante, enfriando/anulando/reduciendo el proceso de competencia que las instituciones de libre competencia deben defender.

V.- CONCLUSIÓN

En este informe hemos analizado cómo mejor regular los precios de una empresa dominante. En particular, nos hemos centrado en si corresponde que una tabla de precios máximos sea también considerada una de precios mínimos. En otras palabras, que los precios se fijen. De manera que la pregunta es, si desde el punto de vista regulatorio y una vez que se fija dicha tabla para impedir (prohibir) el cobro de precios excesivos, es eficiente/razonable prohibirle además a la empresa que los rebaje, por ejemplo, para igualar los de su competidor.

Si lo que le preocupa a la autoridad es el establecimiento de precios predatorios, pareciera que el prohibir precios menores es excesivo. Como dicha tabla se establece de tal manera que el conjunto de precios logra cubrir los costos medios totales de la empresa, entre este conjunto de precios y precios menores al costo medio variable (que constituirían precios predatorios) hay una distancia importante. De manera que se estaría prohibiendo un conjunto de precios menores a los establecidos como máximos pero que no son predatorios; precios que además benefician a los consumidores, lo que constituye una práctica difícil de justificar. En presencia de un margen de rebaja sin incurrir en precios predatorios, no se ve cómo se puede concluir que, para resguardar el no cobro de precios predatorios, debiera prohibirse a la empresa dominante que baje sus precios.

En los esquemas de precios que utilizan las empresas con altos costos fijos, siempre es posible que un competidor entre teniendo como objetivo los clientes que más están financiando dicho costo fijo, porque en su caso se les está cobrando un precio mayor al costo marginal. Pareciera claro que en este caso la empresa dominante tiene un margen para hacer una reducción de precios, sin que los mismos constituyan precios predatorios. Y a su vez, si dicha reacción es una respuesta a un ataque competitivo, se está amenazando el financiamiento de los costos fijos de la empresa dominante, reacción que entonces es de

lógica esperar que la empresa haga. Sin que ello, además, pueda catalogarse como discriminación arbitraria.

Más general, una mayor competencia cambia el conjunto de precios relativos de equilibrio. La forma en que lo hace depende de las características de los consumidores y de la forma en que toma el ataque competitivo. Por lo cual es claro que un esquema de precios que se establece para regular a una empresa dominante podría ser óptimo sin competencia, pero deja de serlo si la hay. El conjunto de precios óptimos *cambia* cuando cualquier empresa es sometida a mayor competencia.

En la revisión de la legislación y jurisprudencia hemos encontrado que precios mayores a los costos variables medios cuentan con una fuerte presunción de legalidad (incluyendo en Chile; en la jurisprudencia chilena se han aceptado incluso precios menores al costo en algunas circunstancias). Como resultado de lo cual la opción de coartar de esta forma el comportamiento de las empresas dominantes, resulta en una estrategia regulatoria evidentemente extrema.

A su vez, se ha argumentado que las estrategias extremas nos alejan de preservar el bienestar social. Pueden ser administrativamente simples, e impiden que *nunca* un comportamiento pueda adoptarse por razones anticompetitivas, pero también impiden que se adopte dicho comportamiento por razones pro competitivas. O sea, se prohíben comportamientos que aumentan el bienestar social.

Puesto de otra manera, si bien puede justificarse una regla "per se" que encuentre dañino para la competencia un precio menor que el costo variable medio, no es lógico que haya una regla "per se" para estrategias que involucren precios mayores al costo variable medio. Prohibir rebajas a precios mayores al costo variable medio es una medida sin justificación en la teoría económica o en la práctica internacional.

Dicho todo esto, es importante aceptar que la implementación de la política de libre competencia es compleja. En particular, enfrenta un dilema respecto del cual necesita establecer un equilibrio. El dilema está entre reglas en que es más probable sancionemos como anticompetitivo a comportamientos pro competitivos, y reglas en que es más probable que aceptemos como competitivos, comportamientos que en realidad son anticompetitivos.

En este dilema, como se argumentó en el texto de este informe, hay que optar por maximizar el bienestar social, y ello nos lleva a una solución intermedia y no una solución extrema. Como se argumentó, la política óptima es una que trata de minimizar conjuntamente ambos errores y no opta por minimizar uno, despreocupándose del otro. Si bien es cierto que es posible querer reducir más un error que el otro, no es posible creer que el óptimo es llevar alguno de los dos errores a cero.

Conviene destacar acá que una solución extrema es justamente lo que estaría pretendiendo la FNE en Chile al *prohibir* la rebaja de precios desde un máximo acordado. La autoridad estaría estableciendo una regla "per se" del tipo: no importan las circunstancias, toda rebaja es anticompetitiva. Esto debiera sonar muy extraño, ya que se está prohibiendo un comportamiento que forma parte de los objetivos de la política de libre competencia: bajar los precios.

Es importante destacar que, además, al adoptar esta posición la autoridad no está dejando (está prohibiendo) que la empresa dominante se "aproveche" de su mayor eficiencia, si ella existiera. Si fuere cierto que la empresa dominante es más eficiente, entonces puede fijar precios menores a los del competidor y no incurrir en precios predatorios, y con mejor razón puede igualarlos. Y es importante destacar que si se excluye del mercado a una empresa menos eficiente no se está cometiendo ninguna infracción a las reglas de la libre competencia. Dicho de otra manera, suena paradójico querer proteger el proceso de competencia inhabilitando a una empresa a competir.

REFERENCIAS

Areeda, P., y D. Turner (1975). "Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act". *Harvard Law Review* 88(4): 637–733.

Chandra, Ambarish y Mara Lederman. (2018). "Revisiting the Relationship between Competition and Price Discrimination". *American Economic Journal: Microeconomics*, 10 (2): 190-224.

Gal, Michal. (2007). "Below cost price alignment: meeting or beating competition?", *European Competition Law Review*, Vol 28 (6).

Garrido, Carlos. (2018). "Estándares de determinación de conductas exclusorias en el derecho de la competencia". Tesis de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, dirigida por Nicole Nehme.

Geradin, Damien y Nicolas Petit. (2005) "Price Discrimination under EC Competition Law": The Need for a Case by Case Approach". WP 07/05 del Global Competition Law Centre, College of Europe, Bruges.

Giocoli, Nicola. (2010). "Games judges don't play: Predatory Pricing and strategic reasoning in US antitrust", MPRA paper 33810.

Gual, Jordi; Martin Hellwig, Anne Perrot, Michel Polo, Patrick Rey, Klaus Schmidt, y Rune Stenbacka. (2006). "Un enfoque económico del artículo 82". Report by the European Advisory Group on Competition Policy.

Joskow, P., y A. Klevorick (1979). "A Framework for Analysing Predatory Pricing Policy". *Yale Law Journal* 89(2): 213–270.

Lang, John T. y Robert O'Donoghue. (2002). "Defining Legitimate Competition: How to clarify Pricing abuses Under article 82 EC", *Fordham International Law Journal*, Vol. 26, Issue i.

McGee, J. (1958). "Predatory Price Cutting: the Standard Oil Case". *Journal of Law and Economics* 1: 137–169.

Ratliff, John. (2006). "Abuse of Dominant Position and Pricing Practices", en: Ehlermann y Atanasiu, eds. What is an abuse of dominant position? Hart Publishing.

Romeris, Mykolas. (2017). "Predatory Pricing: A Framework for Analysis" *Baltic Journal of Law and Politics*, Vol 10. Number 1.

Stole, L. (2007). "Price Discrimination and Competition". In M. Armstrong and R. Porter (eds.), Handbook of Industrial Economics. Vol.III. Amsterdam: North-Holland.

ANEXO

I.- Doctrina y Jurisprudencia sobre precios predatorios (Unión Europea)

1.- Doctrina

Massimo Motta propone que es posible construir un test para determinar el carácter predatorio de la venta a precios bajo costo, determinando cuándo una conducta puede presumirse lícita y cuándo no, variando la carga de la prueba en un caso y otro:

“En resumen, en la literatura se han propuesto una serie de diferentes estándares de costos. En particular, tanto el costo variable promedio como el costo incremental promedio son estándares razonables. [...] Sin embargo, me gustaría ser más cauteloso al detectar el comportamiento predatorio en casos en los que precio esté por encima del costo variable promedio (o del costo incremental promedio): la posibilidad de que una empresa sea acusada de ejercer prácticas predatorias de precios si fija un precio que le permita recuperar el costo variable, pero no los costos fijos totales (es decir, un precio por encima del costo variable promedio, pero por debajo del costo total promedio), parece ser algo demasiado estricto y podría alentar a las empresas a mantener precios más altos que los que de otra manera mantendrían. En consecuencia:

1. Un precio por encima de los costos totales promedio sin duda se tendría que considerar legal, sin excepciones.
2. Un precio por debajo de los costos totales promedio, pero por encima de los costos variables promedio se tendría que considerar legal, con la carga de probar lo contrario por cuenta del demandante o de la autoridad de competencia.
3. Un precio por debajo de los costos variables promedio se tendría que considerar ilegal, con la carga de probar lo contrario por cuenta del demandado”²³.

²³ Motta, Massimo (2018). Política de competencia. Teoría y práctica, p. 523.

2.- Jurisprudencia UE

La Comisión Europea indica que un estándar preferible al Costo Variable Medio es el de los costos medios evitables o *avoidable average costs* (ACC)²⁴. El AAC corresponde a la media de los costes que podrían haberse evitado si la empresa no hubiera fabricado una modesta cantidad de producción (adicional).

En particular sobre precios predatorios, la Comisión Europea fijó su estándar como sigue: “64. [...] La Comisión tomará el AAC como punto de partida apropiado para evaluar si la empresa dominante incurre o incurrió en pérdidas evitables. Si una empresa dominante aplica un precio por debajo del AAC a toda su producción o a una parte de ella, no está recuperando los costes que podrían haberse evitado si no fabricara esa producción: está incurriendo en una pérdida que podría haberse evitado. Así pues, en la mayoría de los casos la Comisión considerará unos precios inferiores al AAC un indicio claro de sacrificio [i.e. incurre deliberadamente en pérdidas o renuncia a beneficios a corto plazo]”²⁵.

En breve, para la Comisión Europea, si una firma dominante fija sus precios bajo el AAC, significa que incurre en pérdidas que pueden ser evitadas, lo que es suficiente para presumir que dicha firma hizo este sacrificio con miras a excluir a un competidor. La Comisión Europea, en caso de precios bajo el AAC, no necesitará justificar su decisión de condena en elementos adicionales como la posibilidad de exclusión del competidor, la intención predatoria de la firma dominante, la posibilidad de recuperación, etc. Esta presunción, sin embargo, es refutable, debiendo el demandado acreditar circunstancias excepcionales bajo las cuales un precio bajo el ACC está justificado²⁶.

²⁴ Comisión Europea (2009), parágrafo 26.

²⁵ Comisión Europea (2009), parágrafo 64.

²⁶ Comisión Europea (2005). Discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, párrafo 106.

II.- Precios Predatorios: Jurisprudencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y de la Corte Suprema en Chile

Como notan Saavedra y Tapia, en materia de precios predatorios la discusión típica en la jurisprudencia recae en la medida de costos bajo la cual un precio podrá ser considerado predatorio. En Chile, señalan, es claro que tal medida es el costo medio evitable, como lo hace el TDLC en sus sentencias N° 39/2006, N° 72/2008 y N° 78/2008, en contraposición a otras jurisdicciones que utilizan el costo medio variable (por ejemplo, en Estados Unidos, donde se lo conoce como el “test Areeda-Turner”)²⁷. El concepto de AAC es algo más amplio que el de costo medio variable ya que permite incorporar gastos en costos fijos que puedan haberse realizado para producir. Es un tema técnico, y no es muy importante para la discusión de este informe ya que todo lo dicho es válido sea que se use una u otra definición del criterio de costos para que haya precios predatorios.

Como se ha dicho, la jurisprudencia del TDLC y la de la Corte Suprema, en sede de reclamación, se ha establecido en varias sentencias o resoluciones, algunas de las cuales serán comentadas brevemente a continuación.

1.- TDLC, Sentencia N° 39/2006, de 13 de junio de 2006. Rol C N° 42-04²⁸.

En esta sentencia el TDLC estableció con claridad cuáles son los requisitos de esta conducta anticompetitiva (en el considerando 5°). Procedió a analizar los costos y consideró que no se habían otorgado pruebas que demostrasen que la demandada estuviese operando bajo sus “costos evitables relevantes”.

“Quinto.- Que para lo anterior se requiere precisar dos aspectos fundamentales. Primero, si durante el desarrollo de la alegada estrategia de predación la parte demandada ha

²⁷ Saavedra, E., & Tapia, J. (2019). El control de los precios excesivos en el derecho de la libre competencia: análisis y propuesta.

²⁸ Demanda de Quimel S.A y Cementa S.A con James Hardie Ltda.

dispuesto de suficiente poder de mercado, de forma tal que este supuesto dominio de mercado le haya provisto de una razonable expectativa de recuperar a futuro las pérdidas de corto plazo, en caso de ser válida la acusación de fijación de precios predatorios. Y segundo, en caso de cumplirse la condición anterior, si existen indicios definitorios sobre la alegación de fijación de precios de venta por debajo de los costos relevantes”;

2.- TDLC, Sentencia N° 72/2008 de 31 de julio de 2008. Rol C N° 125-07²⁹

El TDLC reitera los requisitos establecidos en la sentencia N° 39/2006 para que se constituya una práctica de precios predatorios, especificando que los costos relevantes son los evitables, definiéndolos como “aquellos que se ven directamente afectados por cambios en los volúmenes de oferta relacionados con la estrategia denunciada como práctica predatoria”:

Noveno. Que, a juicio de este Tribunal, para determinar si una conducta es o no constitutiva de una práctica de precios predatorios, se requiere acreditar la existencia de los requisitos copulativos, a saber, que la parte demandada haya gozado de suficiente poder de mercado en el o los mercados relevantes, de forma tal que dicha posición le haya provisto de una razonable expectativa de recuperar a futuro las pérdidas de corto plazo; y que la parte demandada efectivamente haya ofertado sus bienes o servicios por debajo de los costos evitables de proveerlos, con el fin de desplazar a sus competidores, entendiendo como costos evitables aquellos que se ven directamente afectados por cambios en los volúmenes de oferta relacionados con la estrategia denunciada como práctica predatoria.

3.- TDLC, Sentencia N° 78/2008, de 4 de diciembre de 2008, Rol C N° 111-06³⁰

²⁹ Demanda Complejo Manufacturero de Equipos Telefónicos S.A.C.I contra Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A.

³⁰ Demanda de GPS Chile S.A. en contra de Entel PCS Telecomunicaciones S.A.

El TDLC replica los criterios establecidos en su sentencia N° 39/2006, y la noción de costos evitables, cuya definición en este caso proviene de la agencia canadiense de competencia:

Tercero: Que, tal como lo ha resuelto este Tribunal, para determinar si una conducta es o no constitutiva de una práctica de precios predatorios, se requiere acreditar la existencia de dos requisitos copulativos, a saber, (i) que la parte demandada cuente con suficiente poder de mercado en el o los mercados relevantes, de forma tal que dicha posición le haya provisto de una razonable expectativa de recuperar a futuro las pérdidas de corto plazo; y (ii) que la parte demandada efectivamente haya ofertado sus bienes o servicios por debajo de los costos evitables de proveerlos, durante un período de tiempo tal que le haya permitido desplazar a sus competidores, entendiendo como costos evitables aquellos que se ven directamente afectados por los cambios en los volúmenes de oferta, o en la calidad del servicio ofrecido, relacionados con la estrategia denunciada como práctica predatoria. Este criterio ha sido ampliamente reconocido y aplicado, como es el caso del Competition Bureau de Canadá, que en su “Enforcement Guideline regarding Predatory Pricing” define “costos evitables” como “todos aquellos costos que pueden ser evitados por una firma, si hubiera decidido no vender el o los productos en cuestión durante el período de tiempo en que se aplicó la política [de precios predatorios] (...) Los costos evitables incluyen los costos variables y algunos costos fijos (que son específicos al producto), pero no incluyen los costos hundidos”; [...]

4.- Corte Suprema, sentencia de 8 de abril de 2009, Rol N° 97-09³¹

La Corte Suprema insiste en esta sentencia, reiterando una posición tomada previamente, que no se requiere, para configurar la conducta predatoria, que el demandado tenga poder de mercado.

³¹ Rechaza reclamación en contra de la Sentencia N°78/2009 del TDLC.

5.- Corte Suprema, sentencia de 11 de julio de 2011, Rol N° 7500-2010³²

La Corte Suprema aprovecha de mencionar que hay instancias en que las ventas bajo el costo son legítimas.

Tercero: Que resulta conveniente consignar, previo a entrar al análisis de la conducta denunciada en estos autos, que las ofertas o promociones bajo el costo de producción que tengan lugar en mercados competitivos, como es el caso de las cadenas de supermercados, y que cumplan con ciertas condiciones, no son ilícitas en sí mismas. Las pérdidas por la venta bajo costo en ciertos productos pueden ser holgadamente compensadas por la ganancia en el resto de los productos comercializados. En efecto, pueden constituir conductas comerciales legítimas de competencia por la preferencia de los consumidores, cuyo objetivo no es más que seguir captando nuevos clientes y mantener a los habituales;

6.- TDLC, Sentencia N°102/2010, de 11 de agosto de 2010, Rol C 191-09³³

En esta sentencia el test utilizado para determinar los precios predatorios fue el de “costo medio evitable” (considerando 46).

Cuadragésimo sexto. Que aun cuando la estimación presentada por la FNE muestra que la tarifa fijada por Agmital para los tramos en comento podría estar cerca de los costos medios variables de operación de un minibús, no existe prueba concluyente de que los minibuses en cuestión hayan operado por debajo de su “costo medio evitable”, concepto este último que es de tipo más general y por ello más adecuado que el “costo medio variable” para efectos de evaluar la eventual ocurrencia de precios predatorios, esto es, el cobro de un precio bajo los costos evitables en caso de no prestarse el servicio que es objeto de la supuesta práctica predatoria;

³² Rechaza recurso de reclamación de Comercial Arauco en contra de la sentencia del TDLC N°103-2010.

³³ Requerimiento de FNE contra Asociación Gremial de Dueños de Mini Buses Agmital.

III. Jurisprudencia en Chile– Discriminaciones de precios y justificación derivada de eficiencias (“costos fijos indivisibles”)

1.- TDLC, Sentencia N° 29/2005, de 12 de septiembre de 2007, Rol C N° 16-04

Transbank entrega argumentos que son encontrados válidos por el TDLC, que justifican la diferenciación de tarifas, o la discriminación de precios:

Cuadragésimo Sexto. Que, en consecuencia, del análisis anterior se deduce que la diferenciación de precios per se no es anticompetitiva, y que incluso podría ser necesaria para el funcionamiento eficiente de un mercado de este tipo;

2.- TDLC, Resolución N° 53/2018, de 5 de septiembre de 2018, Rol NC N° 435-16

El TDLC concedió un espacio de discriminación en los merchant discounts basadas en la idea de que las tarifas no lineales podían estar justificadas en razones de eficiencia e incentivos. Estas eficiencias vendrían dadas principalmente por las economías de escala en el procesamiento de las transacciones -derivada de “costos fijos indivisibles”- y por externalidades de red.

152. La existencia de economías de escala (o ahorro de costos medios) derivan principalmente de la existencia de una red y de costos fijos indivisibles. Estas economías están presentes sobre todo en operación y procesamiento (incluyendo el procesamiento adquirente), tal como lo reconoce el informe económico de fojas 435. En efecto, dicho informe estima en 42,4% el ahorro en costo medio que logra una empresa como Transbank, que pasa de servir el 30% al 100% del mercado.

155. Atendido todo lo anterior, el nuevo PAR deberá, como mínimo, cumplir con los lineamientos que se exponen a continuación:

a) No debe discriminar por categorías ni por rubros: Atendido que, como hemos señalado, la discriminación por categorías o rubros no ha sido justificada en esta sede, ni en el actual procedimiento ni en otro previo, y dado que ella presenta múltiples problemas cuya solución es compleja, el nuevo PAR no deberá contener merchant discounts diferenciados por estos conceptos.

b) Sólo podrá establecer descuentos en el merchant discount basados en el número de transacciones con tarjeta de cada comercio: Debido a la existencia de algunas economías escala (en particular en procesamiento), según se ha constatado en el párrafo 83, se permitirán los descuentos en el merchant discounts basados en el número de transacciones con tarjeta efectuadas en cada comercio, variable que en la actualidad se considera para las tarjetas de débito. Una política de este tipo permite financiar los costos fijos y hundidos de Transbank en el procesamiento y aprovechar las economías de escala existentes. Por el contrario, no será posible aplicar descuentos basados en las ventas totales transadas, tal y como actualmente se aplica en tarjetas de crédito, ya que dicha variable no se relaciona con las economías de escala presentes en el lado adquirente de la industria de medios de pago con tarjetas.

c) Los merchant discounts podrán considerar descuentos por el valor promedio de la venta con tarjeta de cada comercio: Atendido que esta industria presenta externalidades de red y de uso, es aconsejable que los merchant discounts puedan tener descuentos por el valor promedio de la venta con tarjeta. Los beneficios de permitir descuentos por monto promedio de venta con tarjeta dicen relación con la necesidad de atraer a esta industria precisamente a los comercios con mayores montos por cada venta, ya que esto hace más atractivas a las tarjetas para los tarjetahabientes y, a su vez, incentiva la afiliación de más comercios (lo que refuerza el efecto anterior)".

3.- Sentencia de la Corte Suprema de 27 de diciembre de 2019, rol N° 24.828-2018

La Corte Suprema acogió el recurso de reclamación de Transbank y revocó la resolución N°53/2018 del TDLC. La Corte reparó en lo que consideró una contradicción interna del Tribunal: no sólo la discriminación por categorías y rubros contrariaba la libre competencia, sino que también los otros descuentos que la resolución autorizaba.

Para la Corte, que el TDLC decidiera preservar una estructura de descuentos basada en el número de transacciones con tarjeta y descuentos por el valor promedio de la venta no se correspondería con principios y valores como la eficiencia económica, la libre concurrencia de los competidores al mercado y la libre iniciativa empresarial.