

BUSCANDO CERTEZA EN MATERIA DE ABUSOS DE POSICIÓN DOMINANTE EN CHILE

FISCALIA
NACIONAL
ECONOMICA



Javier Tapia C.

Jefe, División de Estudios y Promoción
Fiscalía Nacional Económica

IX Día de la Competencia
28 de octubre de 2011

Un concepto
intuitivamente
simple...



**...con
reacciones
públicas
también
intuitivas**



Un concepto *técnicamente* complejo...



Componente de “poder”

Posición de Dominio



- Compleja de definir:
 - Aptitud para incrementar precios a nivel supra-competitivo, o
 - Posibilidad de excluir rivales para luego cobrar precios supra-competitivos, o
 - Fortaleza comercial frente a competidores
- Compleja de determinar:
 - Definición de mercado relevante
 - Cuota de mercado
 - Condiciones de entrada
 - Etc.

¿Nexo causal?



Componente “conductual”

Abuso



- Doctrina de abuso se relaciona con concepto de dominancia
 - Análisis neoclásico
 - Análisis “post-chicago”
 - Libertad Económica
- No hay consenso ni convergencia internacional
 - Estándares difieren

...y excesivamente amplio

(1) Lista no exhaustiva de conductas

- Prácticas no relacionadas al precio
 - Acuerdos de exclusividad (cláusulas de no competir)
 - Ventas atadas
 - Negativa de pactar
 - Otras
- Prácticas relacionadas al precio
 - *Prácticas exclusorias*
 - ✓ Precios predatorios
 - ✓ Empaquetamiento
 - ✓ Estrangulamiento de márgenes
 - ✓ Descuentos condicionales (similares a cláusulas de no competir)
 - *Prácticas explotativas*
 - ✓ Precios excesivos
 - ✓ Discriminación de precios
 - *Otras*



(2) Prácticas abusivas se “duplican” con otras áreas del derecho de la competencia

(3) Prácticas “no de precio” usualmente están relacionadas con “precios”

- En materia de abusos, la libre competencia se ha desarrollado menos y presenta mayor **incertidumbre** que en otras áreas
 - Principios subyacentes difíciles de encontrar
 - Efectos en el bienestar social inherentemente difíciles de estimar

¿Cuáles son (o debieran ser) los principios que permiten distinguir las conductas que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia de la normal competencia por mérito?

- No definir principios acarrea **peligros**:
 - *Discrecionalidad excesiva*: creación de reglas *ad-hoc* e impredecibles, inconsistentes entre ellas y con los objetivos de la ley
 - *Errores*: falsas inferencias acerca de la posición de dominio o de la conducta
 - La “*tentación regulatoria*”

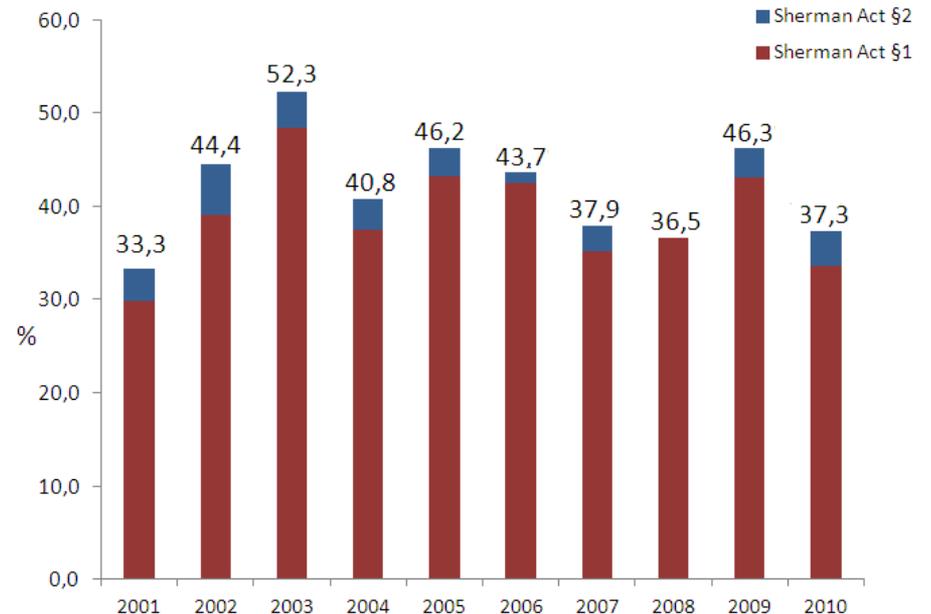
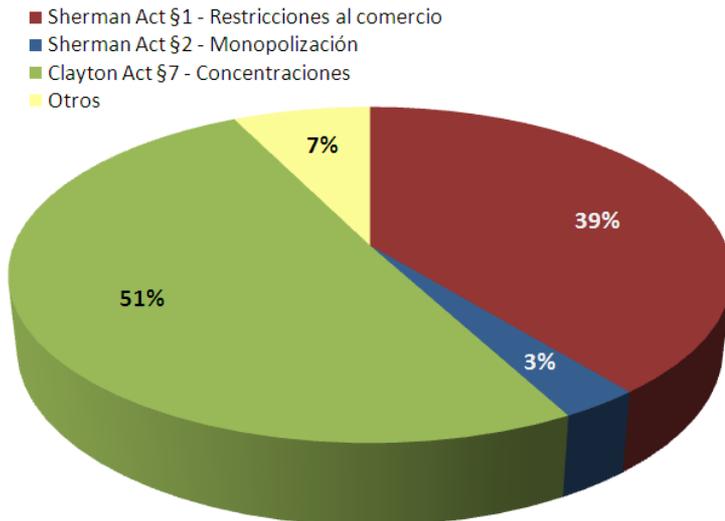
• **Incertidumbre es similar en otras legislaciones:**

➤ Pero casos son cuantitativamente pocos (¡aunque cualitativamente importantes!)



Casos de monopolización en US son pocos

Investigaciones iniciadas por el DoJ
(2001 – 2010, en %)

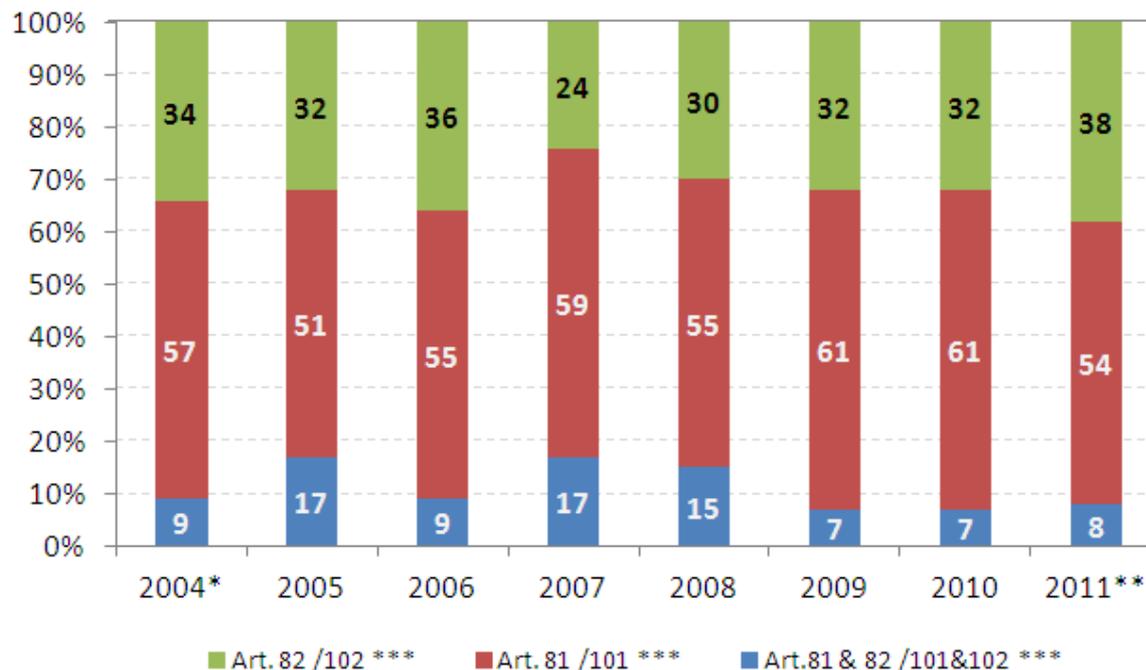


- **Incertidumbre es similar en otras legislaciones:**

- Pero casos son cuantitativamente pocos (¡aunque cualitativamente importantes!)

Casos de monopolización en EU son pocos

Casos informados por las autoridades nacionales de competencia en la Unión Europea
(2004 – 2011)



Notas: (*) Cifras desde mayo de 2004; (**) Cifras hasta agosto de 2011; y (***) los Arts. 81 & 82 del Tratado de la Comunidad Europea se renombran Arts. 101 & 102 desde diciembre de 2009, con la entrada en vigencia del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea



En Chile, en cambio, la figura del abuso de posición dominante ha sido y sigue siendo muy relevante

- Figura es temporal, cualitativa y cuantitativamente importante
 - Primera decisión en 1974 (Resol. N 2 CR, “Socoagro”)
 - Importantes decisiones en diversos mercados
 - Tratamiento sofisticado

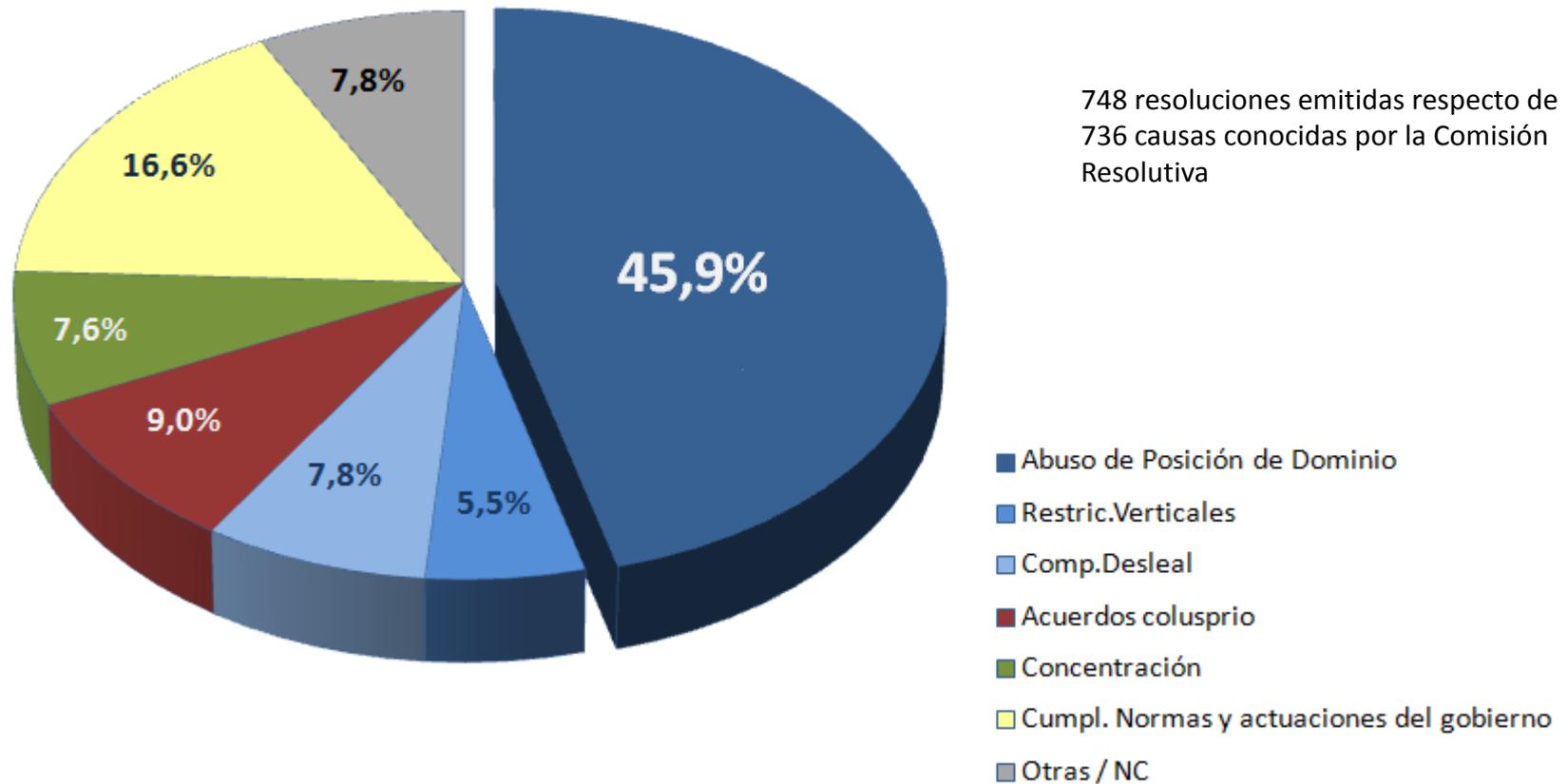
- Control voluntario de fusiones:
 - Incentivo a lidiar con problemas estructurales de forma *ex post*

- Escasas herramientas para una efectiva política anticarteles

- Tratamiento de las Comisiones fue “mixto”:
 - Casos con un componente importante de política industrial
 - Otros con sólidos fundamentos económicos

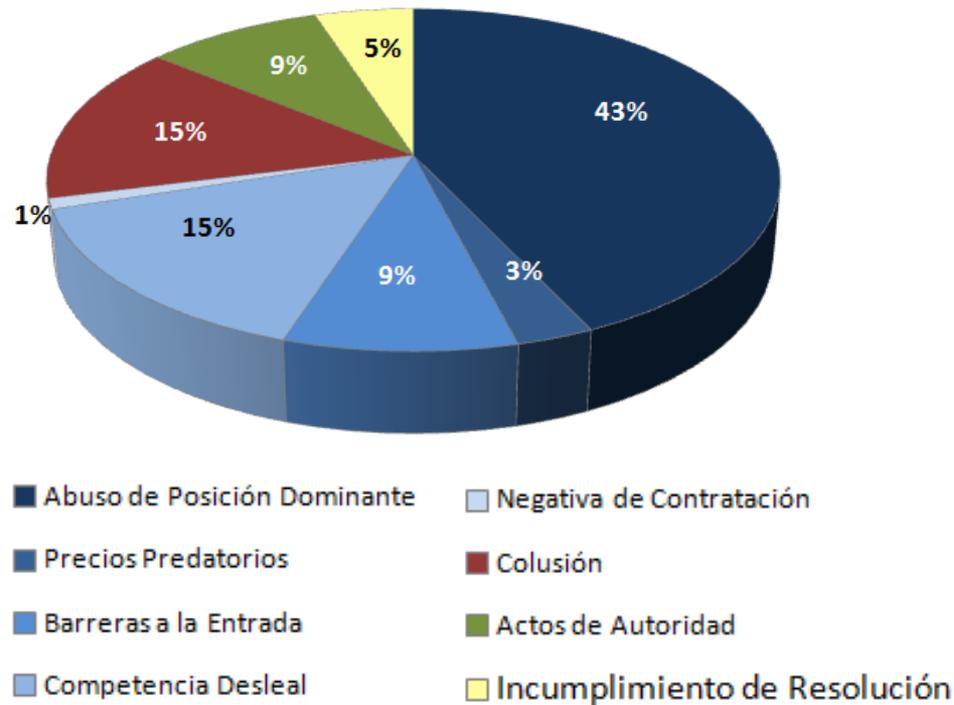
Casos en la Comisión Resolutiva eran muchos...

Comisión Antimonopolio
Resoluciones de la Comisión Resolutiva por tipo de conducta: 1974 - 2004*



La tendencia se mantiene en el TDLC

Causas contenciosas *conocidas* por el TDLC según conducta

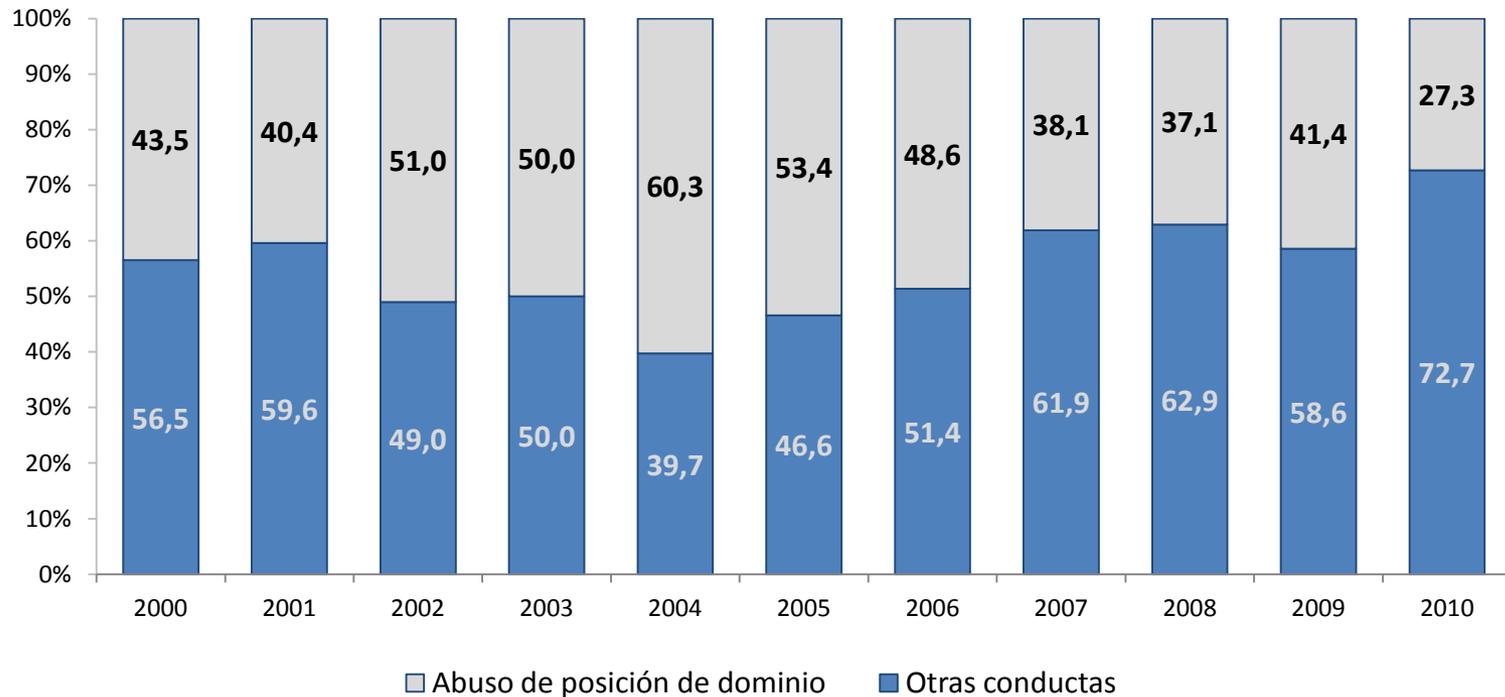


Fuente: Estadísticas del TDLC, www.tdlc.cl

Cifras al 30 de septiembre de 2011

Tendencia histórica en FNE

Investigaciones abiertas por la FNE (%)
Período 2000 – 2010



Fuente: FNE

Sí, hay ciertos principios... pero pocos

- **En Chile**

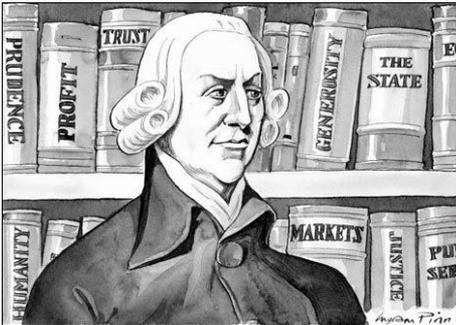
- Abuso es objetivo (no se requiere “intención” anticompetitiva)
- Jurisprudencia relativamente uniforme en materia de competencia desleal
- No hay reglas *per se*

¿A qué se debe la carencia de principios?

(1) Ambigüedad de las conductas	(2) Figura legal	(3) Falta de jurisprudencia en la materia
--	---------------------	--

(1) Ambigüedad de las conductas

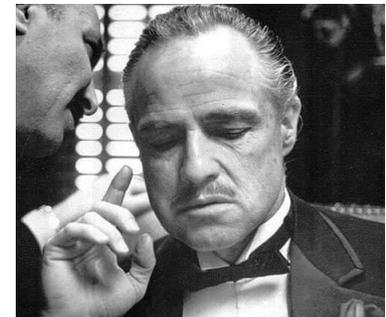
- Comportamiento comercial de una firma con poder de mercado puede aparecer, a la vez, como anticompetitivo y pro-competitivo
- Prácticas abusivas de distinta naturaleza pueden coexistir en una misma conducta



Adam Smith (1776)

“En cualquier aspecto que se miren, tales compañías exclusivas son siempre dañinas y perjudiciales al país en que se establecen y en extremo ruinosas para los pueblos que tienen la desventura de caer bajo su poder”

“Como todos los hombres de negocios verdaderamente listos, sabía que la libre competencia era perniciosa mientras que el monopolio era, en cambio, beneficioso. Así pues, procuraba conseguir el monopolio”



El Padrino (1969)

(2) Figura legal (art. 3º DL 211)

«... cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos...»

b) La **explotación abusiva**, por parte de **una empresa, o conjunto de empresas** que tengan un controlador común, de una **posición dominante en el mercado**, fijando precios de compra o de venta, imponiendo a una la venta de otro producto, asignando zonas o cuotas de mercado o imponiendo a **otros abusos semejantes**;

c) Las **prácticas predatorias**, o de **competencia desleal**, realizadas con el objeto de **alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante**

(3) “Creación” de jurisprudencia

Necesidad de una *visión teleológica* más explícita

- ¿Cuál es el objetivo último del artículo 3 del DL 211?
- ¿Bienestar total o bienestar del consumidor?

¿Qué tipo de *error* se “prefiere”?

- Error Tipo I
- Error Tipo II

¿Qué se entiende por *posición dominante*?

- Más de una conceptualización en los casos
- ¿Cuál es la noción más consistente con la definición de abuso?

¿Cuál es el *test* para determinar cuándo la conducta del dominante es anticompetitiva?

- Sacrificio
- Competidor igualmente eficiente
- Daño al consumidor

(3) “Creación” de jurisprudencia

¿Deberían introducirse reglas *per se* respecto de algunas conductas?

- Probablemente no

Si se aplica la *regla de la razón*, ¿cuál es su estructura?

- ¿Mayor rol para las presunciones?
- ¿Regla *de minimis*?

¿Cuál es el *estándar de prueba* requerido?

- Balance de probabilidades
- Más allá de duda razonable (muy estricto!)
- Otro

¿Qué defensas o *justificaciones objetivas* pueden ser invocadas?

- Eficiencias
- Razones de política pública

El desafío

¿Cómo “creamos” jurisprudencia para definir principios y dar mayor certeza?

- Mayores lineamientos en la materia dependen de una serie de aspectos:
 - Contexto específico de los mercados
 - El desarrollo tecnológico
- Rol de los tribunales es fundamental
- Pero esfuerzo incluye también a particulares y la FNE
 - Clarificando las peticiones

Un desafío para los particulares y la FNE

Para los particulares:

- *Sí*: No se necesita especificar una forma de abuso específico para invocar una infracción al DL 211
- *Pero*: peticiones muy vagas
 - Ejemplos recientes: conducta consiste en empaquetamiento, posible predación y venta atada. Además, se presentó como práctica exclusoria y explotativa a la vez
 - Excesiva carga para el TDLC

Para la FNE:

- Presentación de (mejores) casos
 - Priorización de carteles no implica “olvidarse” de los abusos
- Otorgar lineamientos
 - Guías en diversas materias de política de competencia
 - Uniformando contenido sustancial de las peticiones



FISCALIA NACIONAL ECONOMICA

Para más información
Oficina SIAC:

- (2) 753 56 31
- contactenos@fne.gob.cl

O visite

www.fne.gob.cl

LIDERANDO LA DEFENSA Y PROMOCIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA EN CHILE