



FACULTAD DE DERECHO
PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DE CHILE

JULIO, 2021

ABUSOS¹ EXPLORATIVOS DE POSICIÓN DOMINANTE

PROGRAMA UC - LIBRE
COMPETENCIA

LIBRE COMPETENCIA EN POCAS
PALABRAS - N°8

1 DOCUMENTO ELABORADO POR EL PROGRAMA UC | LIBRE COMPETENCIA, CON LA COLABORACIÓN DE JIMMY OSORIO Y VIRGINIA GONZÁLEZ.

1. ¿QUÉ DEBEMOS SABER SOBRE EL ABUSO EXPLOTATIVO DE POSICIÓN DOMINANTE?

Tradicionalmente, los abusos de posición dominante pueden clasificarse como abusos explotativos o exclusorios.

Ambos se diferencian, en primer lugar, respecto de qué actores en el mercado sufren el daño como consecuencia de la conducta anticompetitiva. Explican los autores peruanos QUINTANA y VILLAGRÁN (2008), que el abuso exclusorio de posición dominante “produce evidentes efectos de exclusión de la competencia y, por lo tanto, no es en forma alguna equivalente a la categoría de los denominados actos de abuso de posición dominante “explotativos”; pues éstos últimos perjudican directamente a los consumidores o usuarios finales (extrayendo todo o parte del excedente del consumidor) sin ocasionar efectos anticompetitivos; es decir, únicamente buscan explotar al consumidor” (2).

El enfoque tradicional y mayoritario considera que ambos tipos de abusos constituyen ilícitos anticompetitivos. Sin embargo, parte de la doctrina considera que los abusos explotativos podrían no constituir un atentado a la competencia. Al respecto, el autor argentino COLOMA (2018) menciona que “la diferencia más importante tiene sin duda que ver con la distinción entre un enfoque que considera que ambos tipos de abuso pueden infringir las normas de defensa de la competencia, y otro que considera que sólo los abusos exclusorios pueden ser considerados como prácticas anticompetitivas (y que, por lo tanto, no existe tal cosa como un “abuso explotativo de posición dominante”)” (3).

El mismo autor señala que la consecuencia anticompetitiva en un abuso explotativo de posición dominante consiste en la determinación de precios demasiado altos,

2 QUINTANA y VILLAGRÁN (2008) p. 3 (319).

3 COLOMA, GERMÁN (2018) p. 15.

cantidades demasiado bajas o distorsiones en los valores de otras variables, que solo pueden remediarse si se los controla directamente a través de la acción de algún organismo regulador que esté permanentemente monitoreando el mercado, lo que muchos ordenamientos jurídicos prefieren no realizar; entendiéndose que este problema se solucionaría con la entrada de nuevos competidores gracias a los incentivos existentes (4).

Los abusos explotativos de posición dominante serán aquellos en que un determinado agente económico dominante explota su poder de mercado para extraer rentas de los consumidores u obtener alguna ventaja de ellos, la que no habría podido obtener de no ser dominante. Los autores LYONS (2007), BISHOP y WALKER (2010) señalan que esta práctica es “la forma más intuitiva a través de la cual una firma dominante —esto es, aquella que posee un alto poder de mercado— puede obtener beneficios supra-normales es ejecutando una conducta que perjudique directamente el interés de los consumidores, sin producir ningún efecto en la estructura de competencia” (5).

2. ¿QUÉ SABEMOS SOBRE EL ABUSO EXPLOTATIVO DE POSICIÓN DOMINANTE EN EL MUNDO?

2.1. Chile.

Estas conductas se encuentran descritas en el artículo 3° letra b) del Decreto Ley 211, que sanciona “La explotación abusiva por parte de un agente económico, o un conjunto de ellos, de una posición dominante en el mercado, fijando precios de compra o de venta, imponiendo a una venta la de otro producto, asignando zonas o cuotas de mercado o imponiendo a otros abusos semejantes” (6).

4 COLOMA, GERMÁN (2018) p. 15.

5 Mencionado por los autores SAAVEDRA y TAPIA (2017) p. 2.

6 Decreto Ley 211 de 2017.

Para efectos de que se configure cualquiera de las conductas ya mencionadas, deberán existir dos requisitos copulativos: el primero, que el agente económico cuente con una posición dominante en el mercado o con poder de mercado lo suficientemente grande como para influir sustancialmente en el nivel de los precios, y segundo lugar, que explote abusivamente de ese poder de mercado. Por lo tanto, no se podrá sancionar a un agente económico si éste no detenta un poder de mercado lo suficientemente determinante como para poder abusar de éste.

Sin perjuicio de lo anterior, las prácticas explotativas más comunes, en una discusión no ausente de conflicto, son aquellas discriminaciones de precios anticompetitivas, y el cobro de precios excesivamente superiores a los precios de mercado.

La jurisprudencia en Chile ha sido bastante fluctuante y discutida, específicamente respecto de la discusión sobre los precios excesivos. Si bien se trata de un tema súper discutible, la jurisprudencia del TDLC considera que es una conducta sancionable bajo ciertos requisitos y que la FNE también ha compartido el criterio (ver resolución de archivo en la investigación en contra de Automóvil Club de Chile de fines de 2020).

2.2. Europa.

En Europa, esta conducta se encuentra regulada en el artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea ("TFUE"), en los siguientes términos: "Será incompatible con el mercado interior y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado interior o en una parte sustancial del mismo" (7).

De esta manera, la conducta es muy similar a la tipificación chilena en cuanto el núcleo de esta es la explotación o abuso de una posición de dominio por parte de un agente

económico.

Pero, al igual que en nuestra legislación, el artículo 102 del TFUE en su letra a) enumera ejemplos de prácticas que se podrían considerar prácticas explotativas de abuso de posición dominante:

"a) imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas..." (8) En donde las empresas usan su poder de mercado para explotar directamente a los consumidores.

2.3. Estados Unidos.

Cabe recordar que en E.E.U.U se analiza el abuso de posición dominante desde la perspectiva del monopolio, no entendiéndose que éste es anticompetitivo per se, sino que es sancionado solamente la obtención o mantención de poder monopólico por medio de prácticas anticompetitivas.

Lo anterior es de suma importancia, por cuanto la explotación del poder monopólico por parte de una compañía no es una práctica anticompetitiva, contrariamente a lo que podría ser considerado en la Unión Europea y en Chile, por ejemplo.

Por lo tanto, y a diferencia de ciertas prácticas exclusorias, el ejercicio de poder monopólico es generalmente legal en la legislación norteamericana. Lo anterior es patente en el tratamiento que han dado los tribunales a la discusión respecto de la sanción a los precios excesivos (9) . En conclusión, únicamente los abusos exclusorios serían sancionados como anticompetitivos.

Contrastan con la posición adoptada por la

8 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea de 2012.

9 "U.S. antitrust law allows lawful monopolists, and a fortiori other market participants, to set their prices as high as they choose. This central tenet of U.S. antitrust law is well supported by court decisions that have held, for example, that "[a] pristine monopolist... may charge as high a rate as the market will bear"¹ (Esta es una cita aparte en el documento de la OECD o no?) and that "[a] natural monopolist that acquired and maintained its monopoly without excluding competitors by improper means is not guilty of 'monopolizing' in violation of the Sherman Act...and can therefore charge any price that it wants,... for the antitrust laws are not a price-control statute or a public utility or common-carrier rate regulation statute". OECD (2011) Excessive Prices. United States.

7 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea de 2012.

jurisprudencia norteamericana, algunas iniciativas legales como por ejemplo, en la época en que el Huracán Katrina (2005) asoló Estados Unidos. En dicha situación, 29 estados promulgaron leyes prohibiendo los precios excesivos en productos y servicios durante el período de emergencia, sin analizar en absoluto la existencia de posición de dominio o no del infractor (10).

2.4. Argentina.

A diferencia de Estados Unidos, Argentina si consagra tanto abusos exclusorios como explotativos de posición dominante. Al respecto, señala la Ley de Defensa de la Competencia argentina N° 22.262, en su artículo 41, una serie de conductas explotativas:

“b) Fijar, imponer o practicar, directa o indirectamente, de cualquier forma, condiciones para (i) producir, procesar, distribuir, comprar o comercializar solo una cantidad restringida o limitada de bienes, y/o (ii) prestar un número, volumen o frecuencia restringido o limitado de servicios; (...) f) Subordinar la venta de un bien a la adquisición de otro o a la utilización de un servicio, o subordinar la prestación de un servicio a la utilización de otro o a la adquisición de un bien; (...) h) Imponer condiciones discriminatorias para la adquisición o enajenación de bienes o servicios sin razones fundadas en los usos y costumbres comerciales...”.

Las prácticas mencionadas sólo son sancionadas si es que se encuadran en las conductas previstas en el artículo 1 de la misma ley, consistentes en “actos o conductas relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, que limiten, restrinjan o distorsionen la competencia o que constituyan abuso de una posición dominante en un mercado, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general”.

10 “Price gouging laws in the US have recently received renewed attention in the wake of Hurricane Katrina. In the US, 29 States¹⁶⁷ have laws that prohibit excessive prices of certain commodities during periods of abnormal supply disruption.¹⁶⁸ These laws provide for civil penalties, criminal penalties or both and most of them, although not all are triggered by a state of emergency declared either by the president, the governor or local officials”. OECD (2011) Excessive Prices. United States.

2.5. Perú.

El Decreto Legislativo N° 701 del Perú, distingue entre abusos de posición de dominio, entendido como prácticas exclusorias propiamente tales; de las prácticas restrictivas de la competencia, refiriéndose a ciertas conductas de abuso explotativo de posición dominante.

Se entiende que las prácticas restrictivas de la competencia consisten en “acuerdos, decisiones, recomendaciones, actuaciones paralelas o prácticas concertadas entre empresas que produzcan o puedan producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia (11)”. Se contemplan las siguientes conductas:

i) La fijación concertada entre competidores de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio; (Modificado por el Artículo 11° D. Leg. N° 807). ii) El reparto de mercado o de las fuentes de aprovisionamiento; iii) El reparto de las cuotas de producción; iv) La concertación de la calidad de los productos, cuando no corresponda a normas técnicas nacionales o internacionales y afecte negativamente al consumidor; (Modificado por el Artículo 11° D. Leg. N° 807). v) La aplicación en las relaciones comerciales de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.

Llama la atención que a continuación se señala una lista no taxativa de ciertas prácticas que no constituyen prácticas restrictivas de la competencia, como por ejemplo, el otorgamiento de descuentos y bonificaciones que correspondan a prácticas comerciales generalmente aceptadas, que se concedan u otorguen por determinadas circunstancias compensatorias, tales como pago anticipado, monto, volumen u otras o que se otorguen con carácter general en todos los casos en que existan iguales condiciones.

2.6 México.

11 Decreto Legislativo N° 701 del Perú.

La Ley Federal de la Competencia Económica considera dos tipos de prácticas monopólicas anticompetitivas, las absolutas y las relativas. Las absolutas se encuentran señaladas en su artículo 53, el cual señala que “Se consideran ilícitas las prácticas monopólicas absolutas, consistentes en los contratos, convenios, arreglos o combinaciones entre Agentes Económicos competidores entre sí, cuyo objeto o efecto sea cualquiera de las siguientes: I. Fijar, elevar, concertar o manipular el precio de venta o compra de bienes o servicios al que son ofrecidos o demandados en los mercados; II. Establecer la obligación de no producir, procesar, distribuir, comercializar o adquirir sino solamente una cantidad restringida o limitada de bienes o la prestación o transacción de un número, volumen o frecuencia restringidos o limitados de servicios; III. Dividir, distribuir, asignar o imponer porciones o segmentos de un mercado actual o potencial de bienes y servicios, mediante clientela, proveedores, tiempos o espacios determinados o determinables; IV. Establecer, concertar o coordinar posturas o la abstención en las licitaciones, concursos, subastas o almonedas, y V. Intercambiar información con alguno de los objetos o efectos a que se refieren las anteriores fracciones. Las prácticas monopólicas absolutas serán nulas de pleno derecho, y en consecuencia, no producirán efecto jurídico alguno y los Agentes Económicos que incurran en ellas se harán acreedores a las sanciones establecidas en esta Ley, sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal que, en su caso, pudiere resultar (12)”. Estas últimas serían consideradas como abusos explotativos de posición dominante.

3. LISTA DE CASOS MÁS IMPORTANTES

3.1 Condominio Campomar Chile contra Inmobiliaria Santa Rosa Tunquén Limitada (2014)

Conducta: La Inmobiliaria Santa Rosa de Tunquén Limitada fue acusada por el

Condominio Campomar de abuso de posición dominante al establecer precios excesivos en la provisión del servicio de agua potable mercado en el cual tendría la calidad de monopolista.

Sentencia: Es una jurisprudencia muy relevante por cuanto es uno de los pocos casos de precios excesivos analizados por el TDLC. A continuación, se exponen los principales precedentes que fija el Tribunal. En primer lugar, el TDLC señaló la importancia de no transformarse en un ente regulatorio y de intervenir solamente en aquellas situaciones en que el precio sea considerado extremadamente excesivo. También dispone que los precios supracompetitivos es una práctica que forma parte de un mercado competitivo y que es esencial disminuir al máximo posible el riesgo de sancionar errónea y costosamente actividades que forman parte de la actividad económica normal.

Por último, se menciona que el análisis de precios extremadamente excesivos debe realizarse a través de dos etapas: la primera se refiere a la determinación de la estructura del mercado relevante para efectos de concluir que la demandada detenta una posición de dominio que no es consecuencia de inversiones previas o la innovación; y segundo, la existencia de barreras de entradas altas y no transitorias restringiendo el mercado analizado. Al respecto, en el caso en esos autos, no se acreditó la existencia de barreras a la entrada insoslayables en el mercado de provisión de agua potable del condominio, razón por la cual no se analizó la primera etapa y se rechazó la demanda.

Disponible en: [Sentencia 140 2014.pdf \(tdlc.cl\)](#)

3.2 General Motors Continental N.V. v Comisión de Comunidades Europeas (1975).

Conducta: General Motors cobraba precios excesivos en el procedimiento de certificación y aprobación de vehículos manufacturados por General Motors Estados Unidos e importados por privados a

12 Ley Federal de Competencia Económica, México.

Bélgica en comparación con aquellos vehículos manufacturados en Europa y ya preaprobados por Bélgica.

Sentencia: Se estableció que pese a que GM tenía posición de dominio no hubo un abuso al establecer precios excesivos lo que se debieron al asumir una nueva tarea que fue transferida del estado a la empresa y que los precios rápidamente se balancearon.

Disponible en: [EUR-Lex - 61975CJ0026 - EN - EUR-Lex \(europa.eu\)](#).

3.3 Aspen Pharmaceuticals y Comisión Europea (2017)

Conducta: Aspen Pharma estableció precios excesivos en cinco medicamentos esenciales para el tratamiento del cáncer una vez que los adquirió cuando la patente de estas terminó en el año 2009.

Sentencia: Aspen se comprometió a reducir el precio en un 73% excepto en Italia donde fue multada por 5 millones de euros, los precios reducidos durarán 10 años desde el 1 de octubre de 2019 y no podrá retirarse de suplir los medicamentos por al menos 5 años y si se retira después de este periodo cualquier farmacéutica podrá producir los medicamentos.

Disponible en: [Competition Policy \(europa.eu\)](#).

3.4 YPF contra Autogas (2009)

Conducta: YPF exportaba la tonelada de gas licuado a 100 dólares mientras que en el mercado interno Argentino lo comercializaba a 400 dólares eliminando a la competencia y concentrando el mercado pasando a tener una participación del 50%.

Sentencia: YPF debió pagar a su competidor Autogas \$13.094.457 pesos argentinos más costas por los daños ocasionados.

Disponible en: https://www.mpf.gob.ar/dictámenes/2017/VAbramovich/mayo/Auto_Gas_CSJ_482_2014.pdf.

3.5 Asociación Peruana de Consumidores y Usuarios (ASPEC) contra empresa Los Portales S.A. y Corporación Peruana de Aeropuertos y Aviación Comercial S.A. (CORPAC).

Conducta: Los Portales S.A. y CORPAC condicionaba el ingreso vehicular al Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, al pago por el uso del estacionamiento, es decir, realizaba una venta atada con efectos explotativos, por cuanto aún cuando no se utilizara el estacionamiento, se debía pagar por éste.

Sentencia: la Resolución N°057-95-INDECOPI/CLC de fecha 29 de diciembre del año 1995 sancionó a las demandadas por conductas de abuso de posición dominante explotativo. Se demostró que un número importante de los autores que ingresaba al aeropuerto no utilizaba el estacionamiento. Se les impuso una pena de multa de 50 Unidades Impositivas Tributarias, equivalentes en esa época a alrededor de 350.000 pesos chilenos a cada una de las demandadas.

Disponible en: <https://revistas.indecopi.gob.pe/index.php/rcpi/article/view/101>.

BIBLIOGRAFIA CITADA

ARGENTINA, Ley de Defensa de la Competencia N° 22.262 promulgada en agosto de 1980.

BISHOP, SIMON; WALKER, MIKE (2010), “The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement”, 3ª edición. Londres: Sweet & Maxwell.

CHILE, DFL N° 1 (01/06/2017), Fija el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado del Decreto Ley N° 211. de 1973.

COLOMA, GERMÁN (2018): “El abuso explotativo de posición dominante y la nueva Ley de Defensa de la Competencia”. Disponible en: <https://ucema.edu.ar/~gcoloma/AbusoExplotativo.pdf>. Fecha de consulta 28 de junio de 2021.

LYONS, BRUCE (2007): “The Paradox of the Exclusion of Exploitative Abuse”. En The Pros and Cons of High Prices, the Pros and Cons series, Konkurrensverket (Agencia de Competencia de Suecia), capítulo 4.

MÉXICO. Ley Federal de la Competencia Económica, de fecha 23 de mayo de 2014.

OECD (2011): “Excessive Prices”

PERÚ. Decreto Legislativo N° 701, Disponen la eliminación de las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia, de fecha 5 de noviembre del año 1991.

QUINTANA y VILLAGRÁN (2008): “Sobre la Prohibición de Abuso de Posición de Dominio sin Necesidad de Probar Relación de Competencia”.

UNIÓN EUROPEA, Versión Consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Diario Oficial UE, C326/47, 26/10/2012.

JURISPRUDENCIA CITADA

ASOCIACIÓN PERUANA DE CONSUMIDORES Y USUARIOS (ASPEC)/EMPRESA LOS PORTALES S.A, CORPORACIÓN PERUANA DEL AEROPUERTO Y AVIACIÓN COMERCIAL (CORPAC). Resolución 57/1995.

ASPEN PHARMA IRELAND LIMITED. (Case 40394 – Aspen).

AUTO-GAS S.A.S c/ YPF Y OTRO S/ ORDINARIO. CSJ 482/2014(50-A)/CSI.

DEMANDA DE CONDOMINIO CAMPOMAR EN CONTRA DE LA INMOBILIARIA SANTA ROSA DE TUNQUÉN LIMITADA (Causa Rol N° C-245-2012). Sentencia N° 140.

GENERAL MOTORS CONTINENTAL N.N. v COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES (Case 26-75.) EU:C:1975:150