



FACULTAD DE DERECHO
PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DE CHILE

ENERO, 2022

EL ROL DE LA ¹ EVIDENCIA ECONÓMICA EN JUICIOS DE LIBRE COMPETENCIA¹

PROGRAMA UC - LIBRE
COMPETENCIA

LIBRE COMPETENCIA EN POCAS
PALABRAS - N°15

DOCUMENTO ELABORADO POR EL PROGRAMA UC | LIBRE
COMPETENCIA, CON LA COLABORACIÓN DE DANIELA POBLETE GUZMÁN

El Rol de la Evidencia Económica en Juicios de Libre Competencia

1. INTRODUCCIÓN.

Todos los países que tienen leyes relativas a la Libre Competencia, deben saber entender y juzgar los conceptos y modelos en los que se basa la Economía, dados sus usos en la comprensión adecuada de cada caso y la valorización de los argumentos y sus evidencias. Ello, con el propósito de lograr una correcta resolución del caso.

Esta influencia de la Economía en la Libre Competencia se hace aún más patente en los litigios, donde generalmente se debe hacer una investigación económica en detalle para determinar si hubo o no un atentado a la libre competencia.

Maureen Brunt, economista australiana, hace un paralelo entre la Libre Competencia y la economía bajo distintos niveles: *“Existen tres niveles o dimensiones de la ley de Libre Competencia, todos interdependientes en un sentido fundamental: la formulación de estándares de responsabilidad o reglas de competencia; la práctica y procedimiento en la recepción de evidencia y argumento; y la formulación e imposición de sanciones y recursos. La economía*

debe encontrar un punto de entrada en cada nivel”¹.

2. EL ROL DE LA ECONOMÍA EN LOS JUICIOS DE LIBRE COMPETENCIA

En el mismo texto Brunt postula dos métodos económicos que pueden ser de utilidad para la aplicación de la ley de Libre Competencia. El primero consistente en una combinación de técnicas inductivas y deductivas para la elaboración de un razonamiento que describa la realidad. Para esto, Brunt describe las tres etapas necesarias que el economista debe realizar para alcanzar su cometido:

- 1) Escanear los hechos en bruto
- 2) Abstractar los hechos relevantes al caso
- 3) Construir un modelo que represente la realidad

La segunda forma en que la economía puede ser útil para el derecho, según Brunt, es al describir y explicar diversos conceptos económicos, tales como “eficiencia”, “costo de oportunidad”, “bienestar”, entre otros.

3. LOS TIPOS DE EVIDENCIA MÁS CÓMUNES EN JUICIOS DE LIBRE COMPETENCIA

Una evidencia es todo tipo de prueba presentada legalmente en un juicio que tenga por objeto convencer al juez y/o jurado de los

¹ Judicial Enforcement of Competition Law, Policy Roundtables, OECD (1996)

supuestos hechos que son relevantes para el caso.

La evidencia utilizada en juicios de Libre Competencia puede ser clasificada en dos tipos: directa y circunstancial. La **evidencia directa** consiste en documentos (como correos electrónicos) que detallan el delito, declaraciones orales o escritas de los participantes del caso, entre otros.

Dentro de la **evidencia circunstancial** está la evidencia de comunicación y la evidencia económica. La **evidencia de comunicación** incluye registros de conversaciones telefónicas entre competidores (pero no el contenido de estas, que caería dentro del tipo de evidencia directa), viajes a un destino en común de personas con cargos relevantes en empresas competidoras y en general, cualquier evidencia que verifique que los competidores se juntaron y/o sostuvieron conversaciones entre sí.

Por otro lado, la **evidencia económica** identifica las acciones de las empresas que sugieren que se llegó a un acuerdo, las conductas de la industria en su totalidad, evidencia de fijación de precios, etc.

4. EVIDENCIA ECONÓMICA

Dentro de lo tipos de evidencia económica, se encuentra la **evidencia de conducta**, la cual se basa en un análisis en profundidad de la conducta de las firmas y cualquier identificación de cualquier

conducta que se contradiga con un comportamiento unilateral. Este tipo de evidencia al ser aplicado a las empresas incluye pruebas tales como cambios simultáneos en los precios que son idénticos o muy similares, reducciones de capacidad similares entre competidores, adopción de condiciones de ventas estandarizadas, entre otros.

Evidencia de conductas también pueden ser inferidas a partir del comportamiento de la industria en su totalidad como, ganancias anormalmente altas o cuotas de mercado inamovibles.

Un tipo específico de evidencia económica de conducta son las **prácticas facilitadoras**, es decir aquellas prácticas que hacen más fácil a los competidores llegar a un acuerdo. Si bien estas “prácticas” no son necesariamente ilegales, si pueden ser usadas como complementos a otras evidencias de conducta ilegal. Dentro de las prácticas facilitadoras más comunes se encuentran: intercambios de información, señalización de precios, protección de precios, entre otros.

Otro tipo de evidencia económica es la evidencia relativa a la estructura de mercado, como una alta concentración de mercado entre pocos competidores, altas barreras de entrada a la industria, alto grado de integración vertical y la venta de un producto estandarizado u homogéneo.

La evidencia económica debe evaluarse cuidadosamente y reconocer que se está frente a un

delito si y sólo si esta evidencia es inconsistente con la hipótesis que las firmas están actuando unilateralmente y siempre en la búsqueda de su propio beneficio.

De hecho, un tipo de evidencia prácticamente irrefutable sería cuando un participante del mercado realiza acciones que van en contra de su propio interés, tal como lo describió en su momento la Corte de Apelaciones Federal estadounidense: “Prueba de que el demandado actuó en forma contraria a sus intereses significa prueba de una conducta que sería irracional asumiendo que el demandado operaba en un mercado competitivo. En una industria competitiva, por ejemplo, una firma bajaría su precio con la expectativa de aumentar su participación de mercado si sus competidores hubieran establecido sus precios por sobre los costos marginales”².

5. EL ROL DE LA EVIDENCIA ECONÓMICA EN EL MUNDO

5.1. Europa ³

El rol de la economía fue marginal en los juicios de Libre Competencia hasta finales de los 80'. Con la implementación de la regulación de

fusiones en 1990, la economía empezó lentamente a tener un rol más preponderante en la Corte y ya para mediados de los 90', las principales oficinas de consultoría económica en temas de Antitrust (Lexecon, London Economics y NERA) obtenían más de £ 2,5 millones en honorarios.

Por regla general, los tribunales en la Unión Europea realizan una revisión de legalidad y sólo tienen jurisdicción sobre la imposición de multas, conceden a la Comisión una amplia discrecionalidad sobre los temas que requieren una “evaluación económica compleja”⁴. El tribunal, por lo tanto, debe “limitarse a la posición adoptada por la Comisión (...) y debe examinar la forma en que se ha aplicado la ley a los hechos y pronunciarse sobre el fondo de las conclusiones de la Comisión sobre los efectos de la concentración en⁵ la competencia”.

Dentro de los elementos que requieren evaluaciones económicas complejas se encuentran: métodos de cálculo de costos para determinar si los precios están sobre el promedio de los costos variables, costos fijos totales o costos incrementales; métodos para distinguir un “competidor eficiente” y su capacidad para entrar y

² In re Flat Glass Antitrust Litigation, 385 F.3d 350, 360-361 (3d Cir.2004).

³ Economic Reasoning before the European Union Courts in Competition Law, Bernard van de Walle de Ghelcke (2018).

⁴ Case C-7/95 P, Deere v Commission [1998] ECR I-3111, para. 34; Case T-340/03, France Télécom v Commission [2007] ECR II-107, paras. 129 and 163 (“France Télécom (GC)”).

⁵ Case T-342/99, Airtours v Commission [2002] ECR II-2585, para. 53 (“Airtours”).

mantenerse en el mercado; la definición del mercado relevante de un producto o servicio según un análisis de elasticidad de la demanda y la oferta; métodos para determinar la probabilidad de precios competitivos en casos de alta concentración; la relevancia de la existencia de un mercado contestable; entre otros.

5.2. Estados Unidos

En Estados Unidos, los casos de libre competencia son revisados bajo de la regla denominada “*preponderance of the evidence*”, definida como “el peso (comparativo) más grande de la evidencia”: “*Este mayor peso, si bien no es suficiente para liberar la mente de toda duda razonable, es suficiente para inclinar a una mente justa e imparcial hacia un lado de la cuestión más que al otro. Esta es la carga de la prueba en la mayoría de los juicios civiles, en los cuales el jurado es instruido para fallar en favor de la parte que, en su totalidad, tiene una prueba más fuerte, no obstante que el límite pueda ser muy fino*”⁶.

5.3. Chile

En Chile, la defensa de la Libre Competencia recae en dos

instituciones con roles distintos pero complementarios: la Fiscalía Nacional Economía (FNE) y el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC). La FNE tiene como tarea investigar y presentar la evidencia económica en los casos que corresponda, mientras que las sanciones son impuestas por el TDLC.

Según es planteado por Jorge Grunberg y Santiago Montt en el documento “La Prueba de la Colusión”⁷, el estándar definido para las evidencias en Chile de acuerdo a la Corte Suprema exige que estas sean razonables y “concluyentes”⁸.

Dado que rara vez se cuenta con evidencia directa en un juicio de Libre Competencia, las evidencias indirectas o circunstanciales toman un papel predominante al momento de tomar una resolución con respecto a éste.

En esa línea, Juan José Romero comenta: “*Para probar la existencia de una acción concertada entre las empresas de oxígeno para repartirse el mercado, la FNE no utiliza evidencia directa, sino circunstancial. Esto no quiere decir que la segunda sea de menor valor que la primera. De hecho, lo normal en este tipo de casos es que no exista una prueba directa de*

⁶ Bryan A. Garner (ed), Black’s Law Dictionary (2nd Pocket ed., West Group, St. Paul 2001), p. 547.

⁷ Reflexiones sobre el Derecho de la Libre Competencia: Informes en Derecho Solicitados por la Fiscalía Nacional Económica (2017).

⁸ Se entiende “concluyente” en su aceptación “que concluye” y no en su aceptación

“irrebatible”. Vid. Corte Suprema, Asoex A.G. contra Ultramar Agencias Marítimas S.A. y otros, Rol 3395-2006, Sentencia de 28 de diciembre de 2006, C. 10°, y Corte Suprema, FNE contra Air Liquide Chile S.A. y otros, Rol 5057-2006, Sentencia de 22 de enero de 2007, C. 12°.

un acuerdo o colusión. Lo que ocurre es que para probar una práctica concertada a través de la evidencia circunstancial se requiere encadenar una serie de hechos de forma tal que, en su conjunto, permitan acreditar lo que se quiere probar”⁹.

6. MONSANTO CO. V. SPRAY-RITE SERV. CORP.

Entre 1957 y 1968, Spray-Rite Services Corp., distribuidor de productos químicos agrícolas, vendió herbicidas agrícolas fabricados por Monsanto Co. En 1968, Monsanto se negó a renovar el plazo de distribución de un año a Spray-Rite, y a partir de entonces, Spray-Rite fue incapaz de comprar a otros distribuidores la cantidad de productos Monsanto y en el plazo que los necesitaba.

Spray-Rite finalmente presentó una demanda argumentando que Monsanto y algunos de sus distribuidores conspiraron para fijar los precios de la reventa.

El fallo de la Corte Suprema (que termina por determinar que Monsanto sí había conspirado en la fijación de precios) recalca la importancia de contar con evidencias que efectivamente prueben que el demandado y otros tenían un compromiso consciente para lograr un objetivo ilegal: “El estándar correcto es que debe existir

evidencia que tienda a excluir la posibilidad de actuación independiente por (las demandadas de colusión). Esto es, debe existir prueba directa o circunstancial que razonablemente tienda a probar que (las demandadas) tuvieron un compromiso consciente para un esquema común diseñado a lograr un objetivo ilegal”.

7. CONCLUSIÓN

La defensa de la Libre Competencia tiene como último objetivo el alcanzar la eficiencia total en los mercados, lo cual como consecuencia ineludible traerá la maximización del bienestar de los consumidores.

Según un estudio realizado utilizando la data de 154 países desde 1960 a 2007, la ley de la Libre Competencia tiene grandes efectos positivos en el nivel del PIB per cápita y el crecimiento económico.¹⁰

Otra mirada a destacar es la relación mutualista entre el derecho y la economía, especialmente en la Libre Competencia. Una cita interesante con respecto a esto es una hecha por el reconocido abogado en temas de Libre Competencia, Bernard van de Walle de Ghelcke: “La ley no es economía, aunque la ley que ignora la economía no puede ser una buena ley”¹¹.

⁹ Romero Guzmán, Juan José “Colusión de Empresas de Oxígeno: ¿Cuánta evidencia es suficiente?”, 2007, p. 20.

¹⁰ Antitrust Law and the Promotion of Democracy and Economic Growth, Niels Petersen (2011).

En particular, es necesario entender el rol específico que tiene la economía y sobretodo la evidencia que pueda salir de ella, en juicios donde se busca determinar si hubo prácticas anticompetitivas que dieron lugar a una competencia desleal y en contra de los principios de un juego justo.

Referencias

Antitrust Law and the Promotion of Democracy and Economic Growth, Niels Petersen (2011)

Competition Economics and Antitrust in Europe, Damien J. Neven (2006)

Economic Reasoning before the European Union Courts in Competition Law, Bernard van de Walle de Ghelcke (2018).

Judicial Enforcement of Competition Law, Policy Roundtables, OECD (1996)

The Looming Crisis in Antitrust Economics, Herbert J. Hovenkamp (2021)

Reflexiones sobre el Derecho de la Libre Competencia: Informes en Derecho Solicitados por la Fiscalía Nacional Económica (2017)