



Universidad Austral de Chile
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Escuela de Derecho

Precios Predatorios y Descuentos Promocionales
Contenido y Alcances en el Régimen de Protección de
la Libre Competencia

Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales
de la Universidad Austral de Chile

Alumno: Oscar Fernando Pacheco Pacheco
Profesor Patrocinante: Ernesto Ravera Herrera

Valdivia, Diciembre de 2006

**MENCHACA & CIA.
ABOGADOS**

Enrique Menchaca O.
Tomás Menchaca O.
Francisco Hurtado S.
María Ileana Taboada B.
Rodrigo Ruiz-Tagle A.
Ernesto Ravera Herrera

Marchant Pereira N° 201 – Of. N° 801
Teléfono (562) 3812424
Fax (562) 3812427
Providencia
Santiago - Chile

Santiago, 16 de Enero de 2007.

Señor
Andrés Bordalí Salamanca
Director
Instituto de Derecho Público
Universidad Austral de Chile
Presente.

De mi consideración:

Por la presente me permito informar a usted el trabajo de memoria para optar al título de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, realizado por el alumno don Oscar Fernando Pacheco Pacheco y que aborda el tema de los precios predatorios y descuentos promocionales en el Régimen de Protección a la Libre Competencia.

La memoria se compone de tres capítulos.

En el capítulo primero realiza una aproximación conceptual de los precios predatorios y los descuentos promocionales y su tratamiento en el derecho comparado. Sobresale el análisis de las diversas tesis desarrolladas en el derecho Norteamericano y Europeo y se citan, asimismo, las principales sentencias sobre la materia en el derecho comparado.

El capítulo segundo analiza, de un modo crítico y en forma sistemática y pormenorizada el marco jurídico de los precios predatorios y los descuentos promocionales en el Decreto Ley N° 211, luego de la reforma introducida por la ley 19.911.-

Esta obra tiene grandes méritos, particularmente el capítulo tercero, en el que se analiza la evolución que ha experimentado nuestra jurisprudencia desde la Comisión Preventiva Central y la Comisión Resolutiva hasta el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Se citan diversos fallos, algunos conocidos, otros desconocidos u olvidados en los cuales el protagonista es la información, ya que invita al lector a formarse su propio juicio sobre la jurisprudencia.

**MENCHACA & CIA.
ABOGADOS**

Enrique Menchaca O.
Tomás Menchaca O.
Francisco Hurtado S.
María Ileana Taboada B.
Rodrigo Ruiz-Tagle A.
Ernesto Ravera Herrera

Marchant Pereira N° 201 – Of. N° 801
Teléfono (562) 3812424
Fax (562) 3812427
Providencia
Santiago - Chile

Finalmente, el autor concluye que, respecto de los precios predatorios, nuestra jurisprudencia ha evolucionado.

En un comienzo, según el autor, la Comisión Preventiva Central y la Comisión Resolutiva, adoptaron el criterio de fundar la ilicitud de los precios predatorios en un estudio del nivel costos-precios, razonamiento que fue matizado con sentencias dictadas en las últimas dos décadas, donde se le dio también importancia al poder de dominio en el predador y a un examen de la estructura del mercado relevante, especialmente en lo referente a la existencia de barreras de entrada, incluyéndose la exigencia relativa a la acreditación de un elemento subjetivo; presupuestos todos necesarios para entender que se configura una táctica de precios predatorios. Luego, con la entrada en funcionamiento del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, el criterio se volvió más objetivo, poniendo énfasis en la existencia de poder de mercado y a la fijación de precios bajo los costos relevantes, para deducir la intención de eliminar a la competencia.

Debo consignar que don Oscar Fernando Pacheco Pacheco realiza el trabajo con un estilo rápido, vivaz y un lenguaje apropiado. La técnica de investigación es profunda y sistemática, dentro del contexto de un tema no desarrollado hasta la fecha por la doctrina nacional.

Me resulta particularmente grato indicar a usted que el alumno cumplió su cometido dentro de un contexto de escasa o, tal vez, inexistente bibliografía nacional, lo que hace aún más merecedor su trabajo.

Por todo lo expuesto anteriormente y dada la importancia del tema investigado, estimo que la memoria informada debe ser evaluada de manera sobresaliente y con nota 7.

Sin otro particular, aprovecho la oportunidad de saludarlo con los sentimientos de mi más alta consideración y estima.

Ernesto Ravera Herrera
Profesor de Derecho Económico
Universidad Austral de Chile

ÍNDICE

Páginas

Introducción	1
Capítulo I: <i>Análisis comparado de los precios predatorios y descuentos promocionales.</i>	
i. Parte primera: Los precios predatorios.	
1) Aproximación conceptual	3
2) Elementos objetivos y subjetivos	5
3) Tratamiento en el Derecho Comparado:	
a. En EEUU	9
b. En la Unión Europea	12
ii. Parte segunda: Los descuentos promocionales.	
1) Cuestiones preliminares	14
2) Concepto y elementos	15
3) Clasificación	16
4) Efectos	17
5) Control de licitud	19
6) Tratamiento en el Derecho Comparado	20
Capítulo II: <i>Enmarque normativo de los precios predatorios y descuentos promocionales en el Decreto Ley 211.</i>	
i. Parte primera: Cuestiones generales sobre la aplicación del D.L. 211	22
ii. Parte segunda: Aplicación del Art. 3° a los precios predatorios.	
1) Encuadre dentro de la letra c) del Art. 3°	24
2) Consideraciones especiales	27
iii. Parte tercera: Aplicación del Art. 3° a los descuentos promocionales.	
1) Encuadre dentro de la letra c)	29
2) Consideraciones especiales	32
iv. Parte cuarta: Sanciones aplicables	33
Capítulo III: <i>Precios predatorios y descuentos promocionales en la Jurisprudencia Chilena.</i>	
i. Parte primera: Jurisprudencia nacional sobre precios predatorios.	
1) C. Preventiva Central y C. Resolutiva	35
2) Tribunal de Defensa de la Libre Competencia	38
ii. Parte segunda: Jurisprudencia nacional sobre descuentos promocionales.	
1) C. Preventiva Central y C. Resolutiva	39
2) Tribunal de Defensa de la Libre Competencia	40
Conclusiones	43
Bibliografía	45

INTRODUCCIÓN

La competencia se puede entender, en términos amplios, como la lucha entre los agentes económicos por el mercado y por los beneficios.

La legislación *antitrust* o antimonopolios tiene por objeto resguardar la libre competencia económica. Este bien jurídico protegido ha sido entendido como un sinónimo de mercado perfecto, el cual se puede concebir, a *grosso modo*, como la multiplicidad de oferentes y demandantes.

En este sentido, se postula que son dos los elementos fundamentales de la libre competencia, a saber, la autonomía y la igualdad de los sujetos que intervienen en el mercado.

El primero de ellos dice relación con la idea de que quienes participen decidan libremente las preguntas básicas de la economía, a saber, *qué, cómo, cuándo y para quién producir*.

El segundo de estos presupuestos se refiere a que tales intervinientes, por un lado, tengan libertad para entrar y salir del mercado y, por otro lado, no sean compelidos a tomar decisiones en razón de su menor poder económico. Esto implica, en consecuencia, que los más poderosos no tengan influencia determinante en los precios.

Sin embargo, lo anterior no es más que un modelo teórico, ya que la práctica nos muestra algo completamente distinto. Los diferentes mercados que existen en la realidad económica suelen oscilar entre el monopolio puro y el mercado perfecto, por ende, a lo único que podemos aspirar es a intentar alcanzar un mercado que sea lo más perfecto o competitivo posible, a fin de evitar que elementos ajenos al libre juego de la oferta y la demanda determinen los precios.

La historia ha demostrado que la libertad irrestricta contiene un germen de autodestrucción -lo que quedó plasmado en la gran crisis mundial del año 1929-, llegándose a la conclusión que la economía misma debe tener un cierto grado de regulación. Por ello, para evitar el peligro de que los participantes en el mercado decidan utilizar su libertad, con el objeto de obtener beneficios fáciles y elevados por medios distintos de la competencia basada en los méritos empresariales¹, la que acaba de esta manera con la efectiva competencia, existe el Derecho *Antitrust* o de protección de la libre competencia.

¹ En otras palabras, obtener la preferencia de los consumidores a través de mecanismos que no digan relación con la mayor eficiencia empresarial, es decir, con ofrecer un producto de calidad al menor precio posible.

La presente memoria está orientada a determinar que los precios predatorios y descuentos promocionales son conductas que atentan contra la libre competencia, siempre que para ello se cumplan con ciertos requisitos que se estudiarán debidamente.

En el primer capítulo de esta investigación se realizará un estudio de las prácticas de precios predatorios y descuentos promocionales a nivel comparado. En este análisis se abarcará el marco teórico-conceptual propuesto por la doctrina especializada, el pronunciamiento jurisprudencial existente sobre las mismas y el marco legal que se aplica a estas conductas.

Posteriormente, en el segundo capítulo se llevará a cabo un encuadre normativo de ambas prácticas en el Derecho chileno, esto es, en el Decreto Ley N° 211 de 1973, el cual protege la libre competencia en nuestro país. De esta forma, se podrá apreciar que ambas conductas son, a la luz de tales normas, atentatorias contra la libre competencia.

Para finalizar, se abordará el tratamiento jurisprudencial existente en nuestro país sobre estas actuaciones. Para ello, se tomará en cuenta el criterio sostenido por la Comisión Preventiva Central, la Comisión Resolutiva y por el actual Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Este último órgano es el sucesor de dichas comisiones, en virtud de la reforma introducida al Decreto Ley N° 211 por la ley 19.911 del año 2003, la cual creó tal tribunal.

CAPITULO PRIMERO

“Análisis Comparado de los Precios Predatorios y Descuentos Promocionales”

I. Parte Primera: *Los Precios Predatorios.*

1.- Precios Predatorios: Aproximación Conceptual.

Antes de comenzar a introducirme en el estudio teórico-conceptual de los precios predatorios, es necesario tener presente que toda definición que se pretenda hacer de los mismos no estará exenta de dificultades. Lo anterior responde a que la determinación de ciertos precios como predatorios puede fácilmente confundirse con una simple política competitiva de precios bajos. Esta última estrategia no será ilícita, en vista que su puesta en marcha encuentra asidero en la competencia basada en los méritos, esto es, en la rivalidad entre las empresas por ganarse la preferencia de los consumidores en términos de eficiencia (precios y calidad).

Siguiendo lo enunciado en el párrafo anterior, y partiendo de la base que el principio de libre fijación de los precios es un pilar básico de la libre competencia, es evidente que toda regulación encaminada a limitar la autonomía de las empresas en esta materia debe tener un carácter excepcional. Por ende, todo descenso en los precios que tenga su razón de ser en la competencia fundada en los méritos empresariales, no podrá jamás ser catalogada como una práctica de precios predatorios, aunque produzca la exclusión de uno o más competidores. En efecto, dicha eliminación es una consecuencia propia del libre y competitivo mercado, que saca del mismo a quienes son menos eficientes.

Luego de realizar estas prevenciones generales, podemos señalar que los precios predatorios se encuadran dentro de una categoría más amplia, la que en doctrina ha sido denominada como práctica predatoria (existiendo una relación de género a especie entre ambas). En esta materia, la doctrina se ha centrado en estudiar los casos específicos de prácticas predatorias, sin realizar una caracterización general de tales conductas que, consecuentemente, permita comprender los distintos supuestos que han sido postulados, tanto dogmática como jurisprudencialmente.

Sin embargo, han habido valiosos intentos por esbozar un concepto genérico de estas actuaciones, surgiendo de este modo dos nociones: una noción amplia (que es poco operativa debido a su excesiva generalidad) y una más restringida. En palabras del Profesor Hernández Rodríguez, son prácticas predatorias en términos amplios “aquéllas que, a través del empleo de medios distintos de la competencia basada en los méritos, tienen por finalidad el perjudicar a uno o a varios competidores como forma de mejorar la situación propia en el mercado”². Por otra parte, bajo un concepto restringido son predatorias “las conductas, distintas de la

² Hernández Rodríguez, Francisco; *Precios Predatorios y Derecho Antitrust. Estudio Comparado de los Ordenamientos Estadounidense, Comunitario y Español*; Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.; Madrid; 1997; pág. 38.

competencia basada en los méritos, con las que una empresa, para aumentar su poder de mercado, pretende eliminar del mismo, o por lo menos perjudicar, a uno o varios competidores, mediante el empleo abusivo de medios generalmente considerados como competitivos, renunciando a los beneficios a corto plazo, con la esperanza de obtener mayores ganancias a medio o largo plazo”³.

Dentro de esta formulación restringida podría incluirse el elemento relativo a la existencia de poder de mercado o posición dominante, por parte de quien realiza tales conductas, cuestión que no ha sido unánimemente respaldada por la doctrina (como es el caso del Profesor Hernández Rodríguez), puesto que para estar en presencia de una práctica predatoria no es imprescindible que el actor tenga una posición de predominio en el mercado, al menos desde un punto de vista netamente teórico. Lo anterior encuentra su fundamento en el hecho de que el poder de mercado es necesario para que la estrategia predatoria tenga éxito, pero esto no obsta que cualquier empresa pueda realizar tales actuaciones, aunque no cuente con dicha posición dominante⁴.

Ahora bien, acercándonos a una definición de precios predatorios -que se enmarque dentro de la noción restringida de prácticas predatorias- podemos conceptualizar a aquéllos como “los precios inferiores a un determinado nivel del coste, establecidos por una empresa dominante, con la intención de expulsar del mercado o perjudicar seriamente a uno o varios competidores”⁵.

Un concepto bastante similar es el que nos proporcionan las profesoras Grau Arnau y Merino Castelló, las que entienden por precios predatorios “aquel comportamiento estratégico por el cual un operador que actúa en el mercado incurre deliberadamente en unas pérdidas a corto plazo, con la intención de eliminar o debilitar uno o varios competidores, para así incrementar su poder de mercado y poder fijar, a largo plazo y de forma sostenida, unos precios más elevados que le concedan rentas monopolísticas⁶”.

También cabe destacar un concepto dado por Robert Bork, el cual señala que los precios predatorios consisten en “(...) la agresión deliberada de una empresa contra uno o más competidores a través del uso de prácticas de negocios que no serían consideradas como

³ Hernández Rodríguez, Francisco; ob. cit.; pág. 38.

⁴ Cfr. Ibíd. Sin embargo, estimo que esto nos llevaría al contrasentido de entender que el poder de mercado sólo sería necesario para el logro de los objetivos de la estrategia o conducta predatoria, no así para su caracterización teórica, a la vez que se sostiene que un elemento necesario de los precios predatorios (que es una práctica predatoria) es precisamente el poder de mercado. En caso en que no se cumpla con dicho poder de mercado, se plantea fundamentalmente que no estaríamos en presencia de precios predatorios, sino sólo de una política de precios bajos favorable a los consumidores. Pero me parece razonable concluir que tampoco aquí habría práctica predatoria alguna, por mucho que se haya tenido intención de eliminar a los competidores, porque no se produjo ningún efecto negativo sobre la libre competencia (los precios predatorios son prácticas predatorias y si no existen los primeros ¿de qué prácticas de predación estamos hablando?). Por tanto, soy de la opinión de entender que la posición dominante debe ser un supuesto a considerar como necesario en el concepto de las prácticas predatorias.

⁵ Ibíd.; pág. 64.

⁶ Grau Arnau, Susana & Merino Castelló, Anna; *Precios Predatorios: Análisis Legal y Económico*; 29.06.2005; [citado el 25 de Septiembre del 2006]; disponible en http://www.gencat.net/economia/doc/doc_66955304_1.pdf; pág. 2.

dirigidas a maximizar utilidades, a excepción de que (i) los competidores sean sacados del mercado, dejando al predador con una participación de mercado suficiente como para obtener ganancias monopólicas, o (ii) los competidores sean golpeados suficientemente como para abandonar un comportamiento competitivo que el predador encuentra inconveniente o amenazante⁷”. Lo distintivo de esta definición es que, paradójicamente, fue esgrimida por un autor que era partidario de excluir del objeto de estudio del Derecho *Antitrust* a los precios predatorios.

Pasando a otro ámbito de ideas, los precios predatorios encuentran su fundamento en las siguientes razones. Por un lado, luego de la eliminación de uno o más competidores (debido a su incapacidad de soportar el nivel de pérdidas que este nivel de precios le produce y de poder vender sus productos a montos superiores) el predador puede incrementar su poder de mercado hasta límites que le permitan subir los precios y, si lo estima conveniente, reducir su producción, recuperando así las pérdidas sufridas anteriormente por haber vendido bajo el coste. Por otro lado, los beneficios marginales de una determinada cuota de mercado aumentan proporcionalmente a medida que crece dicha cuota, asumiendo que la eficiencia también se ve incrementada.

El fundamento para sustentar la ilicitud de esta conducta está dado por el hecho de que la eliminación de los competidores no se debe a las mayores virtudes empresariales del predador, sino a la explotación de una situación de poder o, a lo menos, de preponderancia económica. Asimismo, la utilización anticompetitiva de los precios, los que constituyen un instrumento competitivo clásico, refuerza el anterior razonamiento y permite englobar estas conductas dentro de las prácticas predatorias tomadas bajo una concepción limitada⁸.

2.- Elementos de los Precios Predatorios.

De la definición antedicha se desprenden elementos objetivos y subjetivos de los precios predatorios. Dentro de los elementos objetivos se encuentran el nivel de precios y la posición dominante del predador, y el elemento subjetivo está constituido principalmente por la intención predatoria, esto es, la eliminación de la competencia. Además de la intención de excluir, dentro de los elementos subjetivos cabe agregar a las condiciones de entrada y la existencia de un mercado estrecho.

⁷ Bork, Robert; *The antitrust paradox. A policy at war with itself*; Nueva York: *The Free Press*; 1993; cit. por Archila, María; *Los Precios Predatorios: Una Forma de Abuso de la Posición Dominante*; 2001; [citado el 27 de Septiembre del 2006]; disponible en <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere2/Tesis13.pdf>; pág. 229.

⁸ Cabe señalar que el descenso de los precios suele ser una consecuencia deseable de la competencia existente en el mercado, ya que en todo mercado competitivo los precios tienden a situarse en un punto en el que son iguales a los costos. Por esta razón, se deben descartar las definiciones sobre precios predatorios que simplemente hacen alusión a precios inferiores al coste.

2.1.- Elementos objetivos.

a) *Precios inferiores a un determinado nivel del coste.*

Es bastante difícil establecer un nivel de precios en relación al coste que, de manera general, permita demarcar el límite entre lo que es y no es predatorio. Sin duda, hay que partir de la base que un monto de precios que produzca ganancias para la empresa, vale decir, superior al coste medio total, nunca será predatorio, ya que responde a la competencia basada en los méritos. Este principio se mantiene aunque dicho nivel de precios sea inferior a los de la competencia, y a pesar de que la empresa que lo realice tenga por finalidad sacar a los demás competidores del mercado⁹.

En conclusión, para que un precio sea predatorio debe ser inferior al coste medio total. Sin embargo, el mero hecho de que se encuentre por debajo del coste medio total no hace que el precio sea indefectiblemente predatorio, ya que existen varias razones que justificarían que una empresa venda temporalmente a pérdida. La rebaja de precios puede obedecer, por ejemplo, a que ha ingresado un nuevo competidor al mercado, a que la capacidad instalada se ha expandido más rápido que la demanda o ésta experimenta una caída imprevista, a la necesidad de dar a conocer un nuevo producto o bien a la finalidad de expandir la industria y el volumen de negocio, si con ello se logra inducir a que los consumidores adquieran los productos y se produzcan ventas repetidas que permitan aprovechar economías de escala¹⁰.

Este tema se analizará con más detalle cuando veamos las posturas doctrinales que existen sobre los precios predatorios. No obstante, podemos señalar sucintamente que un precio será predatorio si es inferior al coste variable medio.

b) *Poder de mercado del predador.*

Como ya se enunció con anterioridad, para que la política de precios predatorios sea exitosa es necesario que el agente económico en cuestión cuente con poder de mercado. Este poder de mercado está determinado por la presencia en el predador de los siguientes supuestos¹¹:

- Capacidad financiera considerablemente superior al de su víctima, que le permita soportar las pérdidas con mayor facilidad y por más tiempo;
- Elevada cuota de mercado para que su baja en los precios sea notoriamente apreciada, obligando de esta manera a los competidores a seguirla¹²;
- Capacidad productiva suficiente para absorber el aumento de la demanda que seguirá al descenso de los precios, evitándose así que los mismos se alcen nuevamente.

⁹ Vid. Hernández Rodríguez, Francisco; ob. cit.; pág. 66.

¹⁰ Vid. Sanhueza, Ricardo; “*Precios predatorios y competencia*”; 22.12.2003; [citado el 29 de Septiembre del 2006]; disponible en http://www.egresados.ese.cl/publicaciones/pdf_profesores/Precios%20predatorios%20y%20competencia.pdf; pág. 1.

¹¹ Vid. Hernández...; pág. 67.

¹² Aquí influyen elementos como la determinación geográfica del mercado relevante, la naturaleza del producto e incluso la publicidad. Sin embargo, para que la estrategia predatoria sea eficaz es obvio que la mayoría de los consumidores deben tener acceso a los productos en cuestión.

Ahora bien, haciendo una profundización respecto a la capacidad financiera con que debe contar el predador, podemos señalar que ésta se puede reflejar de diversas formas: i) disponer de recursos propios, ii) tener fácil acceso al mercado de capital y iii) contar con subvenciones cruzadas por el hecho de operar en mercados conexos, de tal modo que los beneficios obtenidos en uno de ellos permitan afrontar las pérdidas generadas por la campaña predatora¹³.

Pese a lo anterior, es imposible determinar de manera absoluta cuál es el poder de mercado suficiente para que los precios predatorios constituyan un peligro real y serio para la libre competencia. Por esta razón, en las legislaciones y doctrinas comparadas, y en nuestro derecho y dogmática jurídica se ha recurrido a un concepto de carácter general, cual es la denominada **posición dominante**, dejándose el análisis de lo demás para cada caso en particular. El principal elemento para establecer la existencia de una posición dominante es la cuota de mercado, la cual se complementa con otras variables, entre las que se destacan las barreras de entrada¹⁴. Es importante tener presente que la existencia de una posición dominante en el mercado es una condición necesaria, pero no suficiente para convertir a una empresa en un probable predador.

La definición que se ha dado de posición dominante, y que a nivel comparado goza de total apoyo, se puede sintetizar de la siguiente forma: “tiene una posición dominante en el mercado la empresa que puede comportarse de manera independiente con relación a sus competidores o que está capacitada para impedir que se mantenga una auténtica competencia en un mercado determinado”¹⁵.

2.2.- Elementos subjetivos.

a) *La intención de eliminar a un competidor.*

Para que se configure la conducta de precios predatorios es necesario, desde un marco teórico, la concurrencia de un elemento intencional. Dicho elemento no es otro que el propósito de eliminar a uno o varios competidores.

No obstante, bajo una perspectiva pragmática, las dificultades que surgen para poder probar esta intencionalidad obligan a buscar *tests* objetivos. Es por esta razón que en la doctrina estadounidense se ha intentado encontrar niveles de precios que no tengan otro fundamento que el objetivo de sacar a la competencia del mercado¹⁶. En este sentido, es evidente que la importancia del elemento subjetivo ha decaído notablemente en la actualidad.

¹³ Vid. Grau Arnau, Susana & Merino Castelló, Anna; ob. cit.; pág. 7.

¹⁴ En el derecho comunitario europeo, por ejemplo, para el caso *Akzo* (Akzo Chemie BV c. Comisión de las Comunidades Europeas) del 3 julio de 1991, se entendió que una cuota de mercado que alcance el 50 por 100 es suficientemente indicativa de la existencia de una posición de dominio.

¹⁵ Korah, Valentine; *Concept of a dominant position within the meaning of a article 86 EEC*; CMLRev.; núm. 17; 1980; cit. por Hernández Rodríguez, Francisco; ob. cit.; pág. 69.

¹⁶ Vid. Hernández Rodríguez, Francisco; ob. cit.; pág. 71.

b) *La intención de presionar a un competidor para que se someta a los intereses de la empresa dominante.*

Debido a las dificultades inherentes para la eliminación de una empresa del mercado, se ha sostenido correctamente por la doctrina que la industria dominante puede perseguir otros resultados distintos de la exclusión que, mientras atenten contra la competencia o la voluntad de su víctima, no alteran la naturaleza predatoria de la práctica. Sin embargo, en ningún caso se estará en presencia de precios predatorios si el nivel de estos precios se mantiene por encima del coste medio total¹⁷.

En resumidas cuentas, la pretensión del predador se traduce en reducir a la competencia contra la voluntad de sus rivales, sin que sea necesaria la total eliminación de dichos competidores. Un ejemplo bastante ilustrativo en este sentido es el caso de una empresa dominante que fuerza a una industria de menor envergadura a fusionarse con ella, siendo la empresa que tiene poder de mercado la cual determina las condiciones en que debe efectuarse la fusión.

c) *Las condiciones de entrada al mercado.*

Una estrategia tan peligrosa como son los precios predatorios no puede tener éxito, sino dentro de un mercado donde existan barreras de entrada. Esto se debe a que en un mercado de fácil acceso el predador no podrá disfrutar de su privilegiada posición durante el tiempo necesario para cubrir sus pérdidas y, en consiguiente, mucho menos obtendrá beneficios extras que le compensen el riesgo sufrido¹⁸.

Estas barreras de entrada impiden el acceso al mercado a nuevos competidores y facilitan la recuperación económica de quien efectúa dicha táctica predatoria. Algunas de las condiciones de entrada más importantes son: las economías de escala, las autorizaciones o controles gubernamentales, las preferencias de los consumidores, el coste del capital y la diferencia entre productos¹⁹.

¹⁷ Contrariamente a lo que sostiene una opinión doctrinal que habla de la denominada “predación blanda”, en la cual no es necesario que el nivel de precios se situó bajo el coste para que estemos en presencia de una práctica de precios predatorios.

¹⁸ Vid. Hernández Rodríguez, Francisco; ob. cit.; pág. 73.

¹⁹ Se hará una breve referencia a estas distintas barreras de entrada:

i. Economías de escala. Las economías de escala se pueden definir como el poder que tiene una empresa, cuando alcanza un nivel óptimo de producción, para ir produciendo más a menor coste, es decir, a medida que la producción en una empresa crece sus costes por unidad producida se reducen. Por tanto, también aumentan sus beneficios o ganancias.

En este sentido, la consideración de las economías de escala como barreras de entrada obedece a una razón práctica, cual es la obligación que éstas imponen de comenzar produciendo un número elevado de unidades a quienes deseen acceder al mercado, de lo contrario el nivel de sus costes no le permitirían competir de manera eficaz. Evidentemente, puede resultar poco factible para un recién llegado realizar esa enorme producción, por ende, la presencia de economías de escala se erige como una barrera de entrada casi insalvable en la práctica.

Es necesario tener presente que en un mercado donde coexisten un número reducido de empresas grandes (que constituyen economías de escala) resulta sumamente dificultoso expulsar a alguna de ellas a través de los precios predatorios, debido a los enormes intereses creados en torno a las mismas. Por lo tanto, las economías de escala también se traducen también en una barrera de salida del mercado.

ii. Autorizaciones o controles gubernamentales. Existen sectores económicos en los cuales el interés público recomienda la creación de un cierto tipo de control administrativo, sobre quienes aspiran a actuar en el mercado.

d) *Mercado estrecho.*

Para que una empresa pueda explotar una posición de dominio no basta con que el acceso al mercado sea difícil, sino que además es menester que existan pocos productos alternativos. En este sentido, si los consumidores pueden conseguir otros productos a precios razonables y que satisfagan, aunque sólo sea en parte, las mismas necesidades que los de la industria dominante, ésta puede verse severamente restringida cuando desee subir los precios.

3.- Tratamiento de los Precios Predatorios en el Derecho Comparado.

En este apartado sólo se hará referencia a la legislación de los Estados Unidos y de la Unión Europea.

a) *Normativa Estadounidense aplicable a los Precios Predatorios.*

Dentro de la abundante *legislación antitrust* de los Estados Unidos, la normativa que se aplica a los precios predatorios es la sección segunda de la Sherman Act²⁰. Este cuerpo regulatorio castiga a “toda persona que monopolice o intente monopolizar, o que conspire con cualquier otra persona o personas para monopolizar cualquier parte del comercio entre los distintos estados o naciones extranjeras (...)”²¹.

La jurisprudencia norteamericana ha delineado la monopolización prohibida por la sección segunda de la Sherman Act como la utilización, por parte de una empresa con poder de mercado, de prácticas dirigidas a excluir la competencia. Este es, sin duda, el ámbito perfecto de conductas donde podemos enmarcar a los precios predatorios.

Este es el caso, por ejemplo, de la actividad bancaria. El rol que juegan los controles previos de la autoridad administrativa tiene especial relevancia cuando el número de actores en el mercado se encuentra limitado. Además, dicha autorización retrasa de manera considerable el acceso al mercado, más que impedirlo en términos absolutos.

Por otro lado, las patentes también pueden constituir una barrera de entrada. Es obvio que si una o más empresas logran bloquear mediante patentes el uso de tecnología clave, sólo los que puedan desarrollar una técnica similar o mejor podrán competir con ellas en el mercado. Lo mismo se aplica para el caso de que una o varias industrias controlen una materia prima fundamental o dispongan exclusivamente de personal altamente capacitado.

iii. *Preferencias de los consumidores.* Los favoritismos que manifiestan los consumidores en una cierta empresa responden a esfuerzos publicitarios realizados por la misma, lo que va unido con un producto satisfactorio a un precio competitivo. Un nuevo competidor sólo podrá vencer estas preferencias mediante constantes gastos promocionales, luego de encontrarse en el mercado una extendida cantidad de tiempo.

Como es de suponer, los gustos de los consumidores son muy variables. Por esta razón, es necesario que la empresa que desee mantener su preferencia incurra periódicamente en campañas publicitarias y promociones, que de alguna manera compensan los gastos de la nueva industria.

iv. *Coste del capital.* Con esto se hace alusión al caso de que el nuevo actor se vea en la obligación de tener que pagar más por el capital que las empresas ya establecidas, situación en la que puede haber una condición para la entrada al mercado.

v. *La diferencia entre productos.* En principio, un mercado con productos homogéneos favorece la competencia perfecta y el libre acceso a éste. Sin embargo, cada empresa puede libremente ofrecer lo que estime que va a satisfacer en mayor medida los intereses de los consumidores, aunque la diferenciación de productos pueda, en conjunto con otros factores, llegar a hacer más difícil la entrada al mercado. Por consiguiente, no se puede considerar la distinción entre productos como una barrera de acceso, dado que nada se puede objetar cuando los consumidores eligen lo que prefieren.

En otro orden de ideas, la posibilidad de ofrecer productos distintos abre nuevos caminos de entrada al mercado, y permite ayudar a luchar contra las economías de escala de una empresa que tiene posición dominante.

²⁰ La Sherman Act está compuesta de dos secciones. La primera declara ilegales las prácticas concertadas que restrinjan la competencia, y la segunda establece esta misma declaración para los casos de monopolización y el intento de monopolización.

²¹ Hernández Rodríguez, Francisco; ob. cit.; pág. 85.

Complementaria a la regulación de la sección segunda de la Sherman Act, se encuentra la sección segunda de la Robinson-Patman Act que prohíbe las discriminaciones en los precios²². La aplicación de esta normativa se debe a que es frecuente que una política de precios predatorios lleve implícita la discriminación en los precios. Por ello, la jurisprudencia ha seguido los mismos criterios para que se configuren estas figuras, ya que ambos preceptos persiguen el mismo fenómeno económico y tienen el mismo contenido sustancial.

b) Doctrina Estadounidense sobre Precios Predatorios.

Sin duda, han existido múltiples opiniones de estudiosos sobre la materia que han analizado el tema de los precios predatorios. Dejando de lado todas aquellas teorías que postulan que este comportamiento no constituye un problema para el Derecho que protege la Libre Competencia²³, se analizarán sucintamente las construcciones doctrinales que más impacto han tenido en la jurisprudencia, tanto del propio EEUU como de la Unión Europea.

i. Tesis de Areeda y Turner (1975).

Estos autores señalan que la única forma de detectar los precios predatorios es a través de un examen de los precios y costes empresariales a corto plazo. El postulado esencial de su propuesta es que son predatorios los precios inferiores al coste marginal, esto es, el coste de la última unidad producida²⁴. Por consiguiente, el límite entre lo que es competitivo y lo que es predatorio lo determina dicho coste marginal. En efecto, se puede presuponer que la empresa dominante que sitúa sus precios bajo el coste marginal busca deliberadamente eliminar a uno o varios competidores, al estimar que éstos no podrán soportar durante mucho tiempo el nivel de pérdidas que le producen unos precios tan bajos²⁵.

Esta teoría propone asegurar una demarcación lo suficientemente permisiva como para establecer que la mayoría de las conductas de precios predatorios serán reprimidas, dejando sin sanción las prácticas de carácter puramente competitivo.

Sin embargo, la principal dificultad en la aplicación de esta regla estriba en que será sumamente complejo determinar en la realidad el coste marginal, dado que los datos consignados en los libros de las empresas no bastan para poder calcular dicho coste. Por esta razón, dichos autores utilizan el concepto de coste variable medio, es decir, aquél que resulta de dividir la suma de todos los costes variables por el número de unidades producidas, como

²² La discriminación de precios puede ser definida como la venta de bienes semejantes a precios distintos, sin que dicha diferencia se deba a causas objetivas y pueda justificarse por razones de los costes involucrados en su provisión. Se pueden distinguir tres tipos de discriminación en los precios: de primer grado, de segundo grado y de tercer grado. La discriminación de primer grado o perfecta consiste en cobrar a cada comprador el precio más alto que está dispuesto y es capaz de pagar por cada unidad vendida. En el segundo caso se fija la misma estructura de precios a todos los clientes, pero el precio que paga cada uno depende de la cantidad consumida. En la última situación se fijan precios distintos a grupos determinados de consumidores, aunque todos y cada uno de ellos en cada grupo paga el mismo precio por todas las cantidades que adquiere.

²³ Caben dentro de esta corriente de pensamiento autores como John McGee, Robert Bork, entre otros.

²⁴ También se puede entender como el costo de producir una unidad adicional.

²⁵ Vid. Hernández Rodríguez, Francisco; ob. cit.; págs. 100-101.

un sustituto para el coste marginal²⁶. Este coste variable medio es mucho más fácil de computar con los datos de que dispone la empresa, salvándose así esta problemática de carácter práctico y dándole una efectiva aplicabilidad a dicha tesis. En suma, será predatorio todo precio situado bajo el coste variable medio.

ii. Tesis de Posner (1974).

Siguiendo los postulados de Areeda y Turner, para este autor son predatorios los precios inferiores al coste marginal a corto plazo y los precios inferiores al coste marginal a largo plazo, siempre que estos últimos vayan acompañados de la intención de eliminar a un competidor²⁷. Evidentemente, al incluir un elemento subjetivo este autor acentúa falencias de índole práctico, dadas las dificultades para probar dicha intención (además de la ya señalada complejidad a la hora de calcular el coste marginal). Por ende, trata de suplir este defecto reemplazando la referencia al coste marginal a largo plazo por el de coste medio según balance, el que consiste en el resultado de dividir los costes totales de la empresa que aparecen en los libros de contabilidad por el número de unidades producidas²⁸.

No obstante, la operatividad de su postura en la práctica igualmente se ve atenuada, puesto que el coste medio según balance tampoco otorga la claridad suficiente para su correcta aplicación, basado en su pobre nitidez conceptual.

iii. Tesis de Joskow y Klevorick (1979).

El planteamiento de ambos autores sugiere una interesante aproximación a los precios predatorios en dos etapas²⁹:

- En la primera fase se examinan las características estructurales del mercado relevante junto con el poder de dominio del presunto predador. En caso que se determine que existe expectativa razonable de que los precios predatorios se lleven a cabo por dicha empresa -la cual tiene poder de mercado-, entonces se pasa a la segunda etapa.
- En este segundo momento se procede a estudiar el comportamiento concreto de la industria en materia de precios. Para esto se tiene en consideración ciertas premisas, cuales son: que las reducciones de precios bajo el coste medio variable serán predatorias, que los precios inferiores al coste medio total establecen una presunción (simplemente legal) de predación, y que cualquier otro descenso en los precios se tendrá en consideración si los incrementos posteriores no se justifican, sea por cambios en los costes o por cambios en las condiciones de la demanda³⁰.

²⁶ Los costes variables son aquéllos que varían en función del número de unidades producidas, en cambio, los costes fijos no cambian con la producción.

²⁷ Los costes marginales a largo plazo son aquellos que se deben recuperar para poder continuar en el negocio durante un futuro más o menos indefinido.

²⁸ Vid. Hernández Rodríguez, Francisco; ob. cit; págs. 104-105.

²⁹ Vid. *Ibid.*; págs. 117-119.

³⁰ Esta postura goza de una gran ventaja práctica, ya que permite desechar numerosos casos sin entrar a examinar inmediatamente la conducta de la empresa.

c) *Jurisprudencia Estadounidense referida a Precios Predatorios.*

Luego de que en el año 1975 Areeda y Turner postulasen su tesis sobre precios predatorios, las repercusiones que se produjeron en la jurisprudencia fueron enormes. Respondiendo a esta doctrina, los tribunales incluyen como un elemento esencial para la determinación de los precios predatorios las relaciones entre precios y costes³¹. De esta forma, la importancia gravitante que en tiempos pretéritos tenía el elemento subjetivo comienza a decaer.

Luego del año 1986, con el caso *Matsushita*³², el Tribunal Supremo sostuvo una posición escéptica ante la posibilidad de que los precios predatorios se realicen en la práctica, tratando así de establecer como criterio general la licitud amplia de estas conductas, dada su irracionalidad económica. Sin embargo, esta visión tan incrédula tuvo escaso valor como precedente, siguiendo los tribunales inferiores condenando a quienes realizasen tales prácticas, siempre que se cumplieran los presupuestos correspondientes (principalmente lo relativo al nivel de los precios en relación con los costes).

Desde 1986 comienza a tomar fuerza como presupuesto para la configuración de los precios predatorios la recuperación económica del supuesto predador, sirviendo de esta manera como un complemento al análisis de los costes.

En la actualidad, los tribunales exigen la concurrencia de dos requisitos para que se acoja la demanda de precios predatorios: la existencia de precios inferiores a un determinado nivel del coste y la posibilidad razonable de que el presunto autor de la predación pueda recuperarse de las pérdidas sufridas por los precios fijados bajo el coste. Esto lleva a los tribunales a examinar con detención la estructura del mercado, esto es, la existencia de barreras de entrada, la distribución de las cuotas de mercado, entre otras cosas. Sin duda, la prueba del elemento intencional carece de relevancia por sí solo, por lo que los tribunales tratan de llegar a él mediante los elementos objetivos antes mencionados. Finalmente, se parte de la base que los precios predatorios no son un fenómeno frecuente, aunque sin llegar a los extremos tan escépticos del Tribunal Supremo para el caso “*Matsushita*”.

d) *Normativa y Doctrina Europea relativa a los Precios Predatorios.*

Las normas básicas que rigen el Derecho Europeo de la Competencia se encuentran en el Tratado Constitutivo de la Unión Europea, específicamente en sus Arts. 81 y 82. El Art. 81 prohíbe las prácticas concertadas o colusorias y el Art. 82 el abuso de posición dominante³³.

³¹ Habiendo tribunales que siguieron el *test* al pie de la letra y otros que lo aplicaban con ciertas diferencias, dando lugar a una multiplicidad de modelos.

³² *Matsushita Electric Industrial Co. v. Zenith Radio Corp.* Este caso no tuvo la influencia esperada en la jurisprudencia, dado que se refería la posibilidad de efectuar una conducta de precios predatorios dentro de una práctica colusoria. Esta cuestión fue resuelta por el Tribunal Supremo rechazando la demanda sin hacer un análisis complejo sobre el tema, ya que el tribunal partía de la base que los precios predatorios no tienen cabida en el contexto de una práctica concertada. No obstante, por estas particularidades del caso, la normativa invocada fue la sección primera de la Sherman Act, lo que condicionó su escasa aplicación para los casos de la sección segunda de la misma.

³³ El Art. 82 realiza una enumeración a título ejemplar de las conductas que se consideran abusivas.

En cuanto a los precios predatorios, inicialmente en la doctrina no existía una opinión unánime acerca de si éstos constituían una forma de abuso de posición de dominio. Incluso se discutía la interpretación que se le debía dar a dicho Art. 82, en el sentido que si sólo se refería a las relaciones de la empresa dominante con sus clientes o proveedores (interpretación literal), o bien, si además se aplicaba a las relaciones de la empresa con sus competidores (interpretación amplia). El primer tipo de relaciones da lugar a prácticas abusivas de explotación del mercado y el segundo a conductas anticompetitivas, entre las cuales perfectamente se pueden incluir los precios predatorios.

Por ende, es evidente que la doctrina no se encontraba en una posición clara respecto al tratamiento que se le debía dar a los precios predatorios, pero todo esto cambió rotundamente cuando la Corte Internacional de Justicia de la Unión Europea, en el año 1991, comenzó a darle una interpretación amplia al Art. 82, a partir principalmente del caso Akzo.

e) Jurisprudencia Europea sobre Precios Predatorios: El Caso Akzo.

El Caso “Engeneering and Chemical Supplies (ECS) vs. Akzo UK” es sumamente importante en esta materia, puesto que fue el primer pronunciamiento judicial a nivel internacional europeo relativo a precios predatorios, el cual estableció pautas generales de su posterior tratamiento doctrinal y jurisprudencial. La Corte condenó a la empresa Akzo por haber infringido el Art. 82 del Tratado, habiendo realizado una estrategia de precios predatorios contra ECS.

Sin entrar a estudiar los hechos, la Corte adoptó la interpretación amplia del Art. 82 y consideró expresamente los precios predatorios como un supuesto de abuso de posición dominante. Además, establece el principio fundamental que no toda competencia basada en los precios es siempre competencia lícita³⁴.

Por otra parte, la Corte estableció como un elemento decisivo para determinar que se está en presencia de precios predatorios, el análisis costes-precios respecto a la conducta de la empresa involucrada. En este sentido, y siguiendo el *test* propuesto por Areeda y Turner, estima que los precios inferiores al coste variable medio deben considerarse como abusivos, porque la única justificación posible en la fijación de precios tan bajos sería la intención de eliminar a un competidor. En cambio, respecto a los precios situados por debajo del coste total, pero superiores al coste variable medio, sólo serán predatorios si responden a una estrategia destinada a excluir uno o más competidores³⁵. En este sentido, es dable hacer presente que para los precios que se fijen bajo el coste variable medio se establece una presunción de

³⁴ Acabando así con la discusión acerca de si los precios predatorios son un supuesto (excepcional) que se puede dar en la práctica o si solo eran una creación teórica carente de racionalidad y que, por ello, no se podrían materializar exitosamente en la realidad.

³⁵ Este no fue el criterio seguido por la Comisión Europea, la que dio mayor importancia al elemento subjetivo y ha entendido que el sólo examen objetivo a corto plazo de la relación costes-precios no es determinante para que se configure la conducta de precios predatorios.

derecho de su carácter predatorio, y para los precios inferiores al coste total la presunción es sólo simplemente legal.

Otro aspecto relevante de esta sentencia es que da una gran importancia a la cuota de mercado para determinar la existencia de posición dominante, al señalar que una cuota del 50 por 100 es suficientemente indicativa de que la empresa tiene poder de mercado.

Finalmente, se puede señalar que el fallo no tomó en cuenta el análisis de la estructura del mercado, en orden a establecer si le permitía a la empresa predatora tener éxito y, posteriormente, recuperarse económicamente de las pérdidas sufridas³⁶. Esta cuestión es sumamente relevante como bien sabemos, ya que una política de precios predatorios que está destinada al fracaso sólo redundará en beneficios para los consumidores. Sin embargo, como una primera aproximación al tema goza de un gran acierto y, por consiguiente, tuvo un enorme apoyo de la doctrina y de la venidera jurisprudencia.

II. Parte Segunda: *Los Descuentos Promocionales.*

4.- Descuentos Promocionales: Cuestiones Preliminares.

Actualmente, dentro de las estrategias de marketing mayormente utilizadas por las empresas se encuentra la denominada *promoción de ventas*. Ésta se puede definir, en palabras del profesor Palau Ramírez, como “una técnica de comunicación persuasiva que comprende todo el conjunto de actividades que tratan de acercar al consumidor los productos o prestaciones ofrecidas”³⁷.

A su vez los profesores Villalba y Periañez proponen la siguiente definición de promoción de ventas: “Conjunto de actividades realizadas por la empresa, como consecuencia del ofrecimiento de un incentivo, durante un periodo determinado de tiempo, que implican la coordinación de diferentes áreas funcionales de la empresa, para la consecución de determinados objetivos comerciales”³⁸.

El objetivo primordial o general de la promoción de ventas no es otro que el aumento de las ventas en el corto plazo o en un momento determinado. Cabe hacer presente que la promoción de ventas puede tener como destinatarios a los clientes empresariales, los consumidores y al personal de venta de una industria. Por otro lado, dicha práctica promocional puede ser llevada a cabo tanto por el propio fabricante como por los distribuidores.

Ahora bien, bajo el conjunto de las técnicas de promoción de ventas tenemos a las ventas promocionales, que el profesor Palau Ramírez define de la siguiente forma: “(...) son

³⁶ Como sería el caso de la existencia de barreras de entrada por ejemplo.

³⁷ Palau Ramírez, Felipe; *Descuentos Promocionales. Un análisis desde el Derecho contra la Competencia Desleal y la Normativa de Ordenación del Comercio*; Marcial Pons; Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.; Madrid, 1998; pág. 27.

³⁸ Villalba Merlo, Francisco & Periañez Cañadillas, Iñaki; *La Promoción de Ventas en los Mercados de Consumo: Propuesta de un Nuevo Enfoque de Gestión Promocional*; 2002; [citado el 20 de Octubre del 2006]; disponible en <http://www.ehu.es/econfin2/cuadernos4/pdfs/gestion-01.pdf>; pág. 4.

aquéllas que influyen en el proceso de toma de decisiones de sus destinatarios, mediante el ofrecimiento de una ventaja adicional durante un período limitado en el tiempo”³⁹. Esta ventaja anexa puede consistir en una reducción en el precio de la prestación, o bien en el ofrecimiento de un beneficio adicional⁴⁰.

En este sentido, los descuentos promocionales se encuadran dentro de las ofertas o ventas promocionales dirigidas a los consumidores, en las cuales la ventaja que se brinda consiste en una reducción en el precio de las prestaciones. En esta investigación se hará hincapié en promociones que tienen como destinatarios a los consumidores por las siguientes razones: debido a que la mayoría de las ventas promocionales son encaminadas hacia éstos y, además, porque las promociones que se dirigen al sector de distribución se convierten con celeridad en condiciones permanentes exigidas a los fabricantes.

5.- Descuentos Promocionales: Concepto y Elementos.

Dejando sentadas las premisas básicas para una posterior definición de los descuentos promocionales, entonces, éstos pueden ser conceptualizados como “toda oferta promocional consistente en una reducción de precios sobre prestaciones idénticas del mismo oferente o de sus competidores, con independencia de la forma que la ventaja en los precios adopte frente a los consumidores”⁴¹.

De la definición anteriormente expuesta podemos extraer sus elementos esenciales, a saber, la confrontación de dos precios y el carácter promocional de la reducción de precios practicada.

a) Confrontación de dos precios.

Este elemento dice relación con la comparación entre los siguientes precios: el precio actualmente practicado y el precio de referencia sobre el cual se aplica la maniobra de rebaja del oferente. De esta forma, los precios que se toman como patrón confrontacional pueden ser variados, esto es, se puede hacer alusión al precio de mercado, al precio de uno o varios competidores, o bien al precio anteriormente practicado o que se aplicará en el futuro por el mismo oferente. A continuación se hará un breve comentario respecto a cada uno de estos precios:

- Precio de mercado. La diversificación de las prestaciones complica en demasía la posibilidad de poder descubrir este precio. Por ello, determinar en el mercado cuál prestación es idéntica, a fin de que la comparación de precios provoque en el consumidor la sensación de

³⁹ Palau Ramírez, Felipe; ob. cit.; pág. 35.

⁴⁰ Como ejemplos de ventas promocionales consistentes en reducciones de precios se pueden señalar, dada su relevancia, las liquidaciones, las ventas de saldos, las rebajas, las ofertas con descuento y las ofertas señuelo que actúan sobre el precio de una o varias prestaciones de un mismo local comercial. Respecto a las ventas promocionales cuya ventaja se materializa en una prestación adicional se ubican los supuestos de publicidad en especie, esto es, las ventas con primas, las ofertas señuelo mediante el ofrecimiento de primas y el regalo publicitario.

⁴¹ Palau Ramírez, Felipe; ob. cit.; pág. 73.

que se le está otorgando un descuento, depende de múltiples factores. Algunas de estas variantes son: la localización del lugar de la oferta, el sistema de distribución, los servicios adicionales, los servicios accesorios ofrecidos, la política de diferenciación artificial y la marca del producto.

- Precio ejecutado por uno o más competidores. Es perfectamente factible establecer como descuento la oferta de prestaciones con un precio menor al de un competidor o grupo de competidores, siempre que se exprese la cantidad precisa de la reducción de precios o el carácter ventajoso de los mismos en relación a los demás competidores.
- Precio exigido con anterioridad o posterioridad por el oferente. Este precio de referencia es de mucho más fácil determinación que el precio de mercado⁴², y es usualmente utilizado en los casos en que se lanza un producto nuevo o cuando se da inicio a una nueva actividad comercial.

En todas estas situaciones no es necesario que se señalen con exactitud los precios comparados, sino que basta con que se cree en el consumidor la imagen de que se practican precios favorables⁴³. Por otra parte, estos criterios de confrontación se relacionan de manera alternativa, vale decir, es suficiente que concurra uno de ellos para que exista un descuento.

b) Carácter promocional de la reducción de precios.

Resulta imprescindible que la disminución de precios ofrecida a los consumidores sea excepcional y se realice durante un lapso limitado de tiempo, para que estemos en presencia de descuentos promocionales. Además, como bien sabemos, dichos descuentos tienen por finalidad aumentar las ventas de un producto o una gama de productos en el corto plazo o en un momento determinado. Por ende, se comprenden bajo su concepto genérico las rebajas, las liquidaciones y las ventas de saldos⁴⁴.

6.- Clasificación de los Descuentos Promocionales.

a) Según el objeto del descuento.

-Descuentos en sentido estricto: En estos descuentos, la ventaja consistente en una disminución de precios se lleva a cabo a través de la entrega de una mercancía a un precio inferior a uno de los tres precios de referencia ya señalados.

⁴² Salvo los casos de conductas desleales en las que se hace mención a un precio ficticio que nunca se ha aplicado o que sólo se ha exigido transitoriamente

⁴³ Vid. Palau Ramírez, Felipe; ob. cit.; pág.74.

⁴⁴ Sin duda, estos elementos definitorios de los descuentos promocionales permiten diferenciarlos de figuras similares, como por ejemplo las ventas a pérdida y las comparaciones de precios. Por un lado, las ventas a pérdida (ofertas de prestaciones bajo coste) no envuelven una confrontación de precios y además no siempre tendrán un carácter promocional. Por otro lado, no toda comparación necesaria de precios en un descuento hace referencia al precio de uno o varios competidores, en cambio, en los actos de comparación no es necesario que el precio confrontado sea el de prestaciones idénticas, siendo suficiente que se trate de prestaciones intercambiables o análogas, y, finalmente, porque dichos actos de comparación no tienen constantemente una finalidad de promoción.

-Descuentos en especie: La reducción de precios se hace efectiva mediante la entrega gratuita de una o varias unidades adicionales del mismo producto.

-Descuentos financieros: Consisten en la práctica de condiciones de pago que implican unos gastos financieros que no se trasladan o se trasladan parcialmente al consumidor.

b) Según el momento en que el descuento se hace efectivo.

-Descuento instantáneo: Se efectúa en el momento del pago.

-Descuento diferido: Se hace efectivo en un momento ulterior al de la contratación de la prestación principal. Con esta clase de descuentos se busca mantener la fidelidad del consumidor al establecimiento del oferente o a determinados productos o servicios⁴⁵.

c) Según el motivo de la organización del descuento.

-Salvos: En estos casos se organiza una venta con descuento, porque los productos que se ofrecen son defectuosos, están deteriorados o han perdido por cualquier causa parte de su valor.

-Liquidaciones: Aquí la necesidad de ofrecer descuentos se debe a la voluntad del oferente de cesar total o parcialmente en la actividad comercial.

-Rebajas: Éstas se organizan como consecuencia del fin de temporada o cambio de estación.

-Otros descuentos que se ofrecen con alguna finalidad promocional.

7.- Efectos de los Descuentos Promocionales.

a) Efectos sobre los fabricantes: En la actualidad, es evidente que la política de promoción de ventas realizada por el sector de distribución (supermercados, hipermercados, etc.) acaba por determinar, en ocasiones, la política de producción de los fabricantes. Esto encuentra su explicación en el hecho de que los productores buscan dar cabida a la ventaja ofrecida por los distribuidores, por ejemplo, a través del aumento de la cantidad de bienes que fabrican.

La doctrina y jurisprudencia comparadas han tratado de atribuir a la organización de ofertas de un producto de marca a precio descontado distintos efectos perjudiciales para los fabricantes, ya que dicha práctica afectaría negativamente la imagen de marca del mismo⁴⁶. No obstante, el profesor Palau Ramírez sostiene que estos supuestos efectos perniciosos sólo encuentran su razón de ser en prejuicios y premisas difícilmente verificables⁴⁷.

En definitiva, la práctica de descuentos promocionales sólo perjudicará a los fabricantes cuando se le considere en forma global con otras circunstancias ajenas a la oferta o

⁴⁵ En este caso, cuando se contrata la prestación principal se recibe un título que por sí solo o acumulado da derecho a un descuento en la contratación posterior.

⁴⁶ Algunos de estos efectos serían: la disminución de la aptitud del producto de marca para satisfacer sus funciones de prestigio, la reducción del interés de compra como consecuencia de la relajación del oferente en el servicio de atención al cliente, el perjuicio al sistema de distribución del fabricante, entre otros.

⁴⁷ Cfr. Palau Ramírez, Felipe; ob. cit.; pág. 81.

que concurren con la misma, pero difícilmente se les considerará dañinos *per se* dada su ejecución esporádica en el tiempo.

b) *Efectos sobre los competidores*: Resulta más que evidente señalar que la estrategia de descuentos afecta ineludiblemente a los competidores del oferente, lo cual tendrá efectos beneficiosos para la economía, puesto que se fortalecerá la competencia⁴⁸.

Si el perjuicio causado a los competidores es la consecuencia lógica de la lucha concurrencial basada en los méritos empresariales, es obvio que la práctica de descuentos no será ilícita, ya que simplemente han triunfado aquellas empresas que han sido más eficientes. Sin embargo, cabe hacer presente que los principales afectados por la política promocional de descuentos son las pequeñas y medianas empresas, las que, por razones estructurales, no se encuentran en condiciones de competir frente a las grandes industrias de distribución comercial. Por esta razón, resulta necesario proteger estas estructuras sin entorpecer la libre, eficiente y transparente competencia, cuestión de sumo complicada⁴⁹.

c) *Efectos sobre los consumidores*: En principio, es incuestionable sostener que las ofertas con descuentos de precios benefician directamente al consumidor. Éste sólo resultará perjudicado, a corto y a largo plazo, cuando se presente alguna circunstancia adicional que permita calificar la conducta como desleal.

Por otro lado, se ha afirmado que a largo plazo el consumidor puede verse afectado por una disminución de la calidad de las prestaciones ofrecidas, a consecuencia de la necesidad de contrarrestar las pérdidas causadas por las reducciones de precio y por una escasa diferenciación de los productos. También se ha destacado los efectos negativos que a largo plazo sufrirían los consumidores, debido a la desaparición de los pequeños y medianos comercios detallistas. No obstante, no hay que perder de vista que este resultado responde a las preferencias de compra de los mismos consumidores⁵⁰.

d) *Efectos sobre la competencia como institución*: Como es de esperar, los descuentos promocionales afectan favorablemente la competencia como institución, porque éstos actúan sobre uno de los elementos más relevantes de la competencia eficiente, a saber, los precios de las prestaciones.

Ahora bien, es evidente que la competencia puede resultar dañada cuando la lucha concurrencial se ve anulada, reducida o falseada. La discusión en torno a los efectos

⁴⁸ Por ejemplo, los competidores se verán forzados a efectuar también una política promocional de marketing, si no quieren ver reducida su clientela durante un tiempo o, incluso, de forma definitiva.

⁴⁹ Sin duda, las pequeñas y medianas empresas deberán acomodarse a las nuevas condiciones del mercado, para lo cual no deben en ningún caso tratar de competir con las mismas armas que utilizan las grandes industrias de distribución (precios), sino que por el contrario tienen que propender a la especialización, la asociación y el trato personal a los clientes, entre otras cosas. La tarea de fomentar esta política le corresponde, como es de esperar, a la autoridad.

⁵⁰ Vid. Palau Ramírez, Felipe; ob. cit.; pág. 85.

perniciosos de la práctica promocional de descuentos se ha centrado, generalmente, en las consecuencias causadas a las pequeñas y medianas empresas, dado que éstas no están en condiciones para soportar a largo plazo una competencia basada en los precios. Sin embargo, de la mayor eficiencia de los grandes distribuidores para hacer frente a tal lucha competitiva, no puede concluirse necesariamente que éstos actúen de manera desleal cuando efectúan descuentos, por la simple razón que perjudican a los pequeños y medianos comercios.

8.- Control de Licitud de los Descuentos Promocionales.

Finalmente, es necesario tener presente que las consecuencias negativas que pueda producir la práctica de descuentos promocionales en los distintos operadores de mercado (fabricantes, consumidores y competidores) y en la competencia como institución, no puede llevar necesariamente a la conclusión de establecer *a priori* el carácter ilegal de dichas conductas, es decir, a estatuir su prohibición absoluta. Lo anterior responde a que, en la mayoría de los casos, estos perniciosos efectos responden a una lucha competitiva basada en la eficiencia de las propias prestaciones. Por lo tanto, cualquier limitación que se desee hacer a la ejecución de estas tácticas de promoción deberá tener un carácter restringido, en base al principio constitucional de libertad empresarial, lo cual conlleva necesariamente a establecer como regla general la licitud de las ofertas promocionales.

En este sentido, el criterio para determinar la ilegalidad de los descuentos promocionales está dado por la posibilidad de utilizar los mismos como un acto de competencia desleal. En otras palabras, la deslealtad de los descuentos opera aquí en el corto plazo, pudiéndose entender que serán ilícitos en caso que induzcan a error o engaño al consumidor. Lo que aquí se busca proteger es la toma racional de decisiones de mercado por parte de los consumidores.

Por otra parte, los descuentos también podrán ser utilizados con una finalidad predatoria, buscando de esta forma eliminar a uno o varios competidores del mercado. Sin embargo, el carácter excepcional de los **descuentos promocionales**, que es la práctica objeto de estudio en esta investigación, excluye la posibilidad de enjuiciarlos como conductas predatorias, puesto que los mismos tienen una duración bastante limitada. En cambio, toda estrategia de predación debe mantenerse de manera prolongada en el tiempo, para que así tenga éxito⁵¹.

No obstante, la confusión entre descuentos predatorios y descuentos promocionales (asimilación que se aplica también a los precios predatorios con estas ventas promocionales) es más que evidente, ya que normalmente serán estas ventas el medio de defensa idóneo de todo predador, para así justificar su conducta destinada a dañar la competencia. El profesor Hernández Rodríguez sostiene que la diferencia está dada, por un lado, por la presencia en los precios y descuentos predatorios de un elemento intencional de eliminación de los

⁵¹ Vid. Palau Ramírez, Felipe; ob. cit.; pág. 37.

competidores y, por otro lado, por la menor duración que tienen los descuentos promocionales. Este carácter temporal o esporádico de los descuentos promocionales limitaría de manera considerable los efectos sobre la competencia⁵².

9.- Tratamiento de los Descuentos Promocionales en el Derecho Comparado.

En este acápite sólo se hará referencia al caso de la Unión Europea, dado el gran ahondamiento que existe sobre el particular en dicha legislación y jurisprudencia.

a) Normativa Europea sobre Descuentos Promocionales.

La regulación que las ofertas promocionales han recibido en las distintas legislaciones comparadas se ha integrado en la normativa de protección y defensa de los derechos de los consumidores y usuarios, en la normativa que regula la disciplina de mercado o el comercio interior, o bien, en la normativa general contra la competencia desleal⁵³. Este diferente tratamiento jurídico que se le da a los descuentos se debe a los múltiples intereses que están en juego y que son merecedores de tutela, a saber, los intereses de los consumidores, de los competidores, intereses estructurales en torno al mantenimiento de un determinado sistema de mercado y al interés de proteger la libre competencia.

Ahora bien, dentro de la regulación contra la competencia desleal se estatuyen cláusulas generales, las que pretenden evitar la realización de descuentos que induzcan a error al consumidor, protegiéndose de esta forma la racionalidad en la toma de decisiones. Sin embargo, estas normas no imponen al oferente obligaciones generales de información, sino sólo son deberes de aclaración para impedir que la práctica de un determinado descuento sea ilícito, ya que las condiciones de su establecimiento podrían inducir a error al consumidor. Por otra parte, en el Derecho contra la competencia desleal existen otras cláusulas generales que buscan la persecución de otros tipos de descuentos ilícitos, tales como la prohibición de dañar la imagen de marca de los productos ofrecidos, de constituir un acto de comparación desleal o realizar un descuento con una finalidad predatoria⁵⁴.

Pese a lo anterior, en los diferentes países (de Europa principalmente) se ha estimado insuficiente el control jurídico de los descuentos a través de disposiciones generales, por tanto, dentro de la normativa de ordenación del comercio se han incluido criterios distintos para juzgar la licitud de los mismos. Estas reglas se materializan especialmente en prohibiciones

⁵² Cfr. Hernández Rodríguez, Francisco; ob. cit.; págs. 80-81. En este sentido, el señalado autor plantea que la finalidad de un descuento promocional es, aparte de aumentar las ventas, arrebatar clientes a los competidores. Por tanto, mientras mayor sea el éxito de la campaña de promoción, mayor será el daño que se producirá en ellos. Pero esto no es más que una consecuencia lógica de la competencia empresarial, que excluye del mercado a aquellas empresas menos eficientes. En este caso, el objetivo de conseguir más clientes por parte de una empresa que realiza tales promociones, se basa en su mayor eficiencia mercantil. Esto no ocurre en la situación de los precios y descuentos predatorios, ya que aquí se busca la eliminación de aquellas industrias más débiles, no de las menos eficientes.

⁵³ Los dos primeros conjuntos regulatorios forman parte de una normativa de carácter jurídico-privado y la última es de naturaleza eminentemente privada o de mercado.

⁵⁴ Vid. Palau Ramírez, Felipe; ob. cit.; pág. 106.

generales de conductas o en la imposición de determinados requisitos, en relación a prácticas de descuentos que, bajo el concepto del legislador, producen efectos nocivos en los consumidores, competidores o en el mercado, independientemente de que se desplieguen esas consecuencias en la realidad⁵⁵.

b) Jurisprudencia Europea sobre Descuentos Promocionales.

El criterio jurisprudencial sostenido por la Corte tiene una evolución bastante particular. En un principio, se partía de la base que una normativa que limite o prohíba determinadas formas de publicidad y ciertos medios de promoción de ventas (como es el caso de los descuentos promocionales) podían restringir el intercambio comercial entre los Estados miembros, siempre que se cumplan con dos requisitos:

- Que la regulación se aplique indistintamente a los productos nacionales y a los importados;
- Que dicha normativa pueda justificarse en la defensa de los consumidores y en la lealtad de las transacciones mercantiles, entre otras razones.

Sin embargo, este razonamiento luego fue matizado por la Corte al distinguir, en el asunto “Keck” (Procedure Penale c. Bernard Keck et Daniel Mithouard), dos tipos de normativas nacionales. Por un lado, tenemos aquellas normas que imponen exigencias relativas a los productos, tales como la denominación, forma, dimensiones, peso, composición, etc., constituyendo su aplicación a bienes provenientes de otros Estados una medida de efecto equivalente⁵⁶ que debe justificarse, para ser lícita, en base a la protección de los consumidores y lealtad de las transacciones comerciales. Por otro lado, existen normas que establecen prohibiciones o limitaciones a determinadas modalidades de venta⁵⁷, las que no se estatuirán como una medida de efecto equivalente siempre que se apliquen y afecten de la misma manera, sea de hecho o derecho, a los productos nacionales e importados.

⁵⁵ Como es de suponer, la normativa de ordenación del comercio ejerce una función de carácter preventiva, puesto que impone determinadas obligaciones de información con el objeto de evitar que los consumidores sean engañados, y también prohíbe determinadas ventas con descuento o las somete a una estricta regulación (como es el caso de las ventas a pérdida), con la sola constatación de un peligro abstracto de deslealtad. En ciertos casos las legislaciones comparadas establecen que la realización de alguna venta con descuento se someta a una autorización previa o a la presentación de una comunicación, en la que se informa a la autoridad competente de la realización de la venta misma y de las condiciones en que se desarrolla. Estas restricciones, propias de la normativa de ordenación del comercio, tienen por finalidad favorecer a los pequeños y medianos comercios y además transparentar el mercado. No obstante, dichas limitaciones no hacen más que entorpecer innecesariamente la competencia en materia de precios, en vez de favorecer la consecución de los objetivos señalados. Lo anterior se advierte, por ejemplo, con la prohibición de la venta a pérdida donde resultan perjudicados incluso las pequeñas empresas, ya que el precio de adquisición de los productos ofrecidos será mayor que el de las grandes superficies de ventas, las que consiguen productos a un precio menor debido a los descuentos que el fabricante les aplica según el volumen de compras. En este sentido, es mucho más recomendable estatuir el control de los descuentos sobre la base de la imposición de obligaciones de información, en relación a la cuantía de las reducciones de precio, las prestaciones ofrecidas o la duración de la oferta.

⁵⁶ Se puede entender como una medida de efecto equivalente aquella que obstaculiza el comercio en el mercado interior europeo.

⁵⁷ La Corte ha delimitado posteriormente el concepto de modalidades de venta. De esta manera, se ha señalado que constituyen normas relativas a esta materia, por ejemplo, aquéllas que prohíben un determinado método publicitario, las que impiden la publicidad a un determinado grupo de personas o sobre un producto concreto, o bien, la publicidad televisiva a un determinado sector comercial.

CAPITULO SEGUNDO

“Enmarque Normativo de los Precios Predatorios y Descuentos Promocionales en el Decreto Ley N° 211”

I. Parte Primera: Cuestiones generales sobre la aplicación del Decreto Ley 211.

Previo al encuadre de los precios predatorios y descuentos promocionales en la legislación nacional, resulta imprescindible efectuar un breve análisis de la normativa que regula la materia que nos convoca, a saber, hablamos del Decreto Ley N° 211 de 1973⁵⁸ que protege la libre competencia en nuestro país.

Este cuerpo legal, tal como lo dispone su **Art. 1**, tiene por finalidad promover y defender la libre competencia en los mercados. En este sentido, el inciso segundo del mismo precepto señala que los atentados contra la libre competencia en las actividades económicas serán corregidos, prohibidos o reprimidos en la forma y con las sanciones previstas en esta ley.

Luego, en el **Art. 2** se hace alusión a quiénes serán los órganos encargados de dar cumplimiento a las distintas disposiciones de este Decreto Ley, esto es, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y la Fiscalía Nacional Económica⁵⁹. El primero se encarga, en términos amplios, de conocer y resolver las materias relativas a la libre competencia, en tanto que el segundo actúa como ente investigador, sin perjuicio de las demás funciones que les son atribuidas a ambos por este mismo cuerpo normativo.

El **Art. 3** es la norma de mayor relevancia para nuestro estudio, puesto que se encarga de consagrar las conductas que se sancionarán como atentados contra la libre competencia. En efecto, esta disposición parte de una conducta genérica que es enunciada en su inciso primero en los siguientes términos:

“El que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos, será sancionado con las medidas señaladas en el artículo 26 de la presente ley, sin perjuicio de las medidas correctivas o prohibitivas que respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan disponerse en cada caso”⁶⁰.

De lo preceptuado en esta norma podemos señalar que para la configuración de la figura general, y la consiguiente producción del atentado, existen dos condiciones objetivas de ilicitud (las que son disyuntivas no copulativas): a) resultado efectivo de impedir, restringir o

⁵⁸ Es importante hacer presente que este Decreto Ley fue reformado en el año 2003 por la ley 19.911, la cual creó el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. En el Art. 2 de dicha ley se establece que este Tribunal será el continuador de la Comisión Resolutiva y de las Comisiones Preventivas, para los efectos de conocer y resolver aquellas materias que estaban encomendadas a estos organismos,

⁵⁹ En adelante TDLC y FNE.

⁶⁰ El verbo ejecutar se refiere a los hechos y actos, y el verbo celebrar a las convenciones. Hecho es la conducta voluntaria realizada con la intención de producir efectos, pero no los previstos en la norma. Acto es el hecho voluntario con la intención de producir los efectos descritos en la norma. La convención es un acuerdo de voluntades con intención de producir los efectos previstos. Por otra parte, impedir está tomado como sinónimo de evitar, restringir como sinónimo de limitar y entorpecer como sinónimo de dificultar o entorpear.

entorpecer la libre competencia, o bien, b) la mera potencialidad, es decir, la posibilidad de poner en peligro el bien jurídico en cuestión (libre competencia), lo cual se verifica con la inclusión de la frase "...que tienda a..."⁶¹.

Por otro lado, es relevante hacer notar que la conducta genérica señalada en el **inciso primero del Art. 3**, contempla conjuntamente las figuras colusorias y las figuras de abuso de posición dominante⁶². Posteriormente, este mismo precepto -en su **inciso segundo**- consagra de manera ejemplar ciertas figuras atentatorias contra la libre competencia, tanto conductas colusorias (en su letra a) como de abuso de posición dominante (en sus letras b y c). El legislador busca comprender todas las situaciones potenciales que signifiquen o puedan significar un atentado a libre competencia, sin perjuicio de que se prohíban y castiguen todas aquéllas prácticas que no se señalan expresamente en dichas letras, pero que se encuadran dentro de la conducta general⁶³.

Ahora bien, el inciso segundo de dicho Art. 3 reza de la siguiente forma:

"Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia, los siguientes:

- a) Los acuerdos expresos o tácitos entre agentes económicos, o las prácticas concertadas entre ellos, que tengan por objeto fijar precios de venta o de compra, limitar la producción o asignarse zonas o cuotas de mercado, abusando del poder que dichos acuerdos o prácticas les confieran.*
- 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 venta la de otro producto, asignando zonas o cuotas de mercado o imponiendo a otros abusos semejantes.*

⁶¹ El legislador refuerza de esta forma un criterio doblemente objetivo en la configuración del ilícito económico. Por un lado, se prescinde del elemento subjetivo de la conducta, es decir, es irrelevante que el sujeto tenga la intención o no de atentar contra la libre competencia para que sea sancionado, en atención a que basta que se produzca el resultado señalado en la norma (impedir, restringir o entorpecer la libre competencia) o que se tienda a realizar tales consecuencias. Por otro lado, debido a que es una norma preventiva se castiga al que tienda a impedir, restringir o entorpecer, aunque en los hechos dichos efectos no se lleven a cabo. En otras palabras, es suficiente la posibilidad razonable de que dicho resultado se produzca y no su efectiva materialización en la realidad.

⁶² En doctrina esta distinción es sumamente conocida y goza de gran respaldo. Las prácticas colusorias se pueden definir, en un sentido bastante amplio, como situaciones en que dos o más sujetos se ponen de acuerdo, expresa o tácitamente, a fin de controlar el mercado. Por su parte, la posición dominante es una figura recogida del derecho europeo, que apunta a la situación en que una o más empresas adquieren una preponderancia tan grande o gravitante que puede(n) dominar el mercado. Aquí resulta bastante clarificadora la definición de posición dominante enunciada anteriormente en el primer capítulo, respecto al elemento de poder mercado en los precios predatorios (véase pág. 7, párrafo 3º).

Haciendo una referencia a nuestra jurisprudencia, la Comisión Resolutiva entendía por posición monopólica o dominante todas las situaciones en las cuales se presentaba una imperfección en el mercado, a saber, un monopolio (un oferente y varios demandantes), duopolio (dos oferentes y varios demandantes), oligopolio (pocos oferentes y muchos demandantes), monopsonio (un demandante y varios oferentes), duopsonio (dos demandantes y varios oferentes) y un oligopsonio (pocos demandantes y muchos oferentes). Lo que sanciona la norma aquí es el *abuso* de tal posición de dominio y no su mera detentación, es decir, se entiende que la posición dominante *per se* no es dañina, salvo que se haya llegado a ésta mediante una conducta colusoria, caso en el cual es doblemente reprochable y se considera como un agravante (lesiva *per se*).

⁶³ Varias de las opiniones y observaciones señaladas en este acápite se basan en los apuntes de la Cátedra de Derecho Económico, impartida el año 2004.

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

Finalmente, el **Art. 4** establece que no podrán otorgarse concesiones, autorizaciones, ni actos que impliquen conceder monopolios para el ejercicio de actividades económicas, salvo que la ley lo autorice. El destinatario de esta norma es la Administración del Estado, pudiéndose conceder monopolios por ley siempre que no se afecte en su esencia el Art. 19 N° 21, es decir, el derecho a la libertad económica.

Realizadas todas estas necesarias aclaraciones, a fin de comprender cabalmente el razonamiento a seguir en el encuadre de los precios predatorios y descuentos promocionales, pasaremos a ocuparnos del enmarque normativo particular de cada una de estas prácticas.

Como ha quedado de manifiesto en los párrafos anteriores, para el juzgamiento de la ilicitud de los precios predatorios y descuentos promocionales en nuestro país, será necesario recurrir al Art. 3 del Decreto Ley 211, dado que es esta disposición la que tipifica los atentados a la libre competencia. Por consiguiente, la pregunta que surge por sí sola es: ¿cuál será la figura apropiada a aplicar para este propósito?, ¿será la conducta genérica enunciada en el inciso primero de dicho artículo?, o bien, ¿alguna de las prácticas ejemplares señaladas en el inciso segundo?. En este último caso corresponde además preguntarnos ¿cuál de los atentados a la libre competencia que la ley consagra, a título ejemplar, será el más adecuado para los precios predatorios y para los descuentos promocionales?. Todas estas interrogantes tratarán de ser resueltas en las páginas siguientes.

II. Parte Segunda: Aplicación del Art. 3 del Decreto Ley 211 a los Precios Predatorios.

a) Encuadre de los Precios Predatorios dentro de la letra c) del Art. 3.

Entrando por completo en el análisis referido, resulta más que claro enmarcar los precios predatorios dentro de la figura ejemplar de la letra c), vale decir, dentro de las *prácticas predatorias* efectuadas con el objetivo de *alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante*⁶⁴. Esto se debe a que los precios predatorios han sido tratados por la doctrina especializada, sin mayores cuestionamientos, como una estrategia de predación, dado que los elementos propios de dichos precios permiten encasillarlos como tal⁶⁵. Como se tuvo oportunidad de dejar establecido en el capítulo anterior, existe entre ambas una relación de género a especie, siendo el género la práctica predatoria y la especie los precios predatorios.

Evidentemente, este razonamiento implica además entender a los precios predatorios como un supuesto de abuso de posición dominante, en vista a que el tipo legal en el cual los estamos encasillando es precisamente una figura de abuso, tal como se señaló anteriormente.

⁶⁴ La conducta genérica en este caso se ve desplazada, puesto que la figura ejemplar señalada en la letra c) recoge con mayor especificidad la práctica en cuestión

⁶⁵ Para un mayor ahondamiento en los distintos tipos de prácticas predatorias véase: Hernández Rodríguez, Francisco; ob. cit.; págs. 39 y ss.

La posición dominante o poder de mercado, como bien sabemos, es un elemento objetivo necesario de los precios predatorios, lo cual refuerza aún más la aplicación de esta letra c).

Ahora bien, no está demás esbozar aquellos presupuestos que están presentes en los precios predatorios y los califican como una práctica de predación. Para ello, nos guiaremos por los conceptos de prácticas predatorias (en sentido restringido) y precios predatorios señalados en el capítulo primero de esta investigación⁶⁶.

- Intención predatoria: El deseo de las empresas que llevan a cabo cualquier estrategia de predación, incluidos los precios predatorios, es eliminar o perjudicar gravemente la competencia. Este elemento subjetivo está presente en las prácticas predatorias y también en los precios predatorios⁶⁷ (más adelante se volverá sobre este tema, a la luz de la última reforma introducida al Decreto Ley 211).

- Empleo abusivo de medios considerados generalmente como competitivos: Los instrumentos de los que se puede valer la empresa que realiza una práctica predatoria son muy variados, entre los cuales se pueden señalar: la publicidad, la innovación tecnológica y, precisamente, los precios. La industria que lleva a cabo esta política de precios predatorios busca concretar sus objetivos (sintetizados en la antedicha intención predatoria), por medio de un elemento propio de la libre competencia, esto es, los precios. Sin duda, la empresa que realiza tal táctica cuenta con un gran poder de mercado, el cual le permite mantener esta estrategia predatoria por un prolongado espacio de tiempo, a saber, el necesario para sacar del mercado a los competidores que no pueden seguir esta línea de actuación. Dichas empresas se verán forzadas a abandonar el mercado, dado que su capacidad financiera (que es menor en comparación al predador) no les permite seguir afrontando este nivel de pérdidas⁶⁸. Por ende, los precios son utilizados en este caso como un arma para atentar contra la libre competencia.

- Sacrificio de los beneficios a corto plazo para obtener mayores ganancias a futuro: En las conductas predatorias este elemento se encuentra presente de manera inmanente, y en los precios predatorios ello es aún más evidente. En efecto, la empresa que realiza una táctica de precios predatorios fija los mismos bajo un determinado nivel del coste (que sería el coste variable medio según la doctrina más respaldada⁶⁹), incurriendo en pérdidas económicas a corto plazo. Gracias a su poder de mercado puede soportar este déficit por más tiempo que las

⁶⁶ Véase Capítulo Primero, *Precios Predatorios: Aproximación Conceptual*, págs. 3 y 4.

⁶⁷ Sin embargo, dada las enormes dificultades que implica probar una intencionalidad, dicho elemento ha perdido en la actualidad su importancia. Tanto es así que en la doctrina y jurisprudencia comparadas, como tuvimos la ocasión de analizar, se le está dando mayor énfasis al análisis objetivo de la relación costes-precio, además del estudio de la estructura del mercado y de la posición de dominio del predador, para de esta forma catalogar una determinada conducta como precios predatorios. Por ende, y dependiendo de la doctrina que sigamos, los tribunales presumen que la fijación de precios inferiores a un determinado nivel del coste (coste variable medio principalmente) no tiene otra justificación que la intención de eliminar a uno o más competidores. Es así como llegan los jueces a dar por establecida la presencia de este elemento subjetivo. No obstante, una cosa son los criterios jurisprudenciales utilizados en el examen de un caso de precios predatorios, y otra cosa es la conceptualización teórica que de estas actividades predatorias podamos hacer. Por lo tanto, esta intención es un presupuesto teóricamente integrante tanto de las prácticas predatorias como de los precios predatorios.

⁶⁸ Para una mejor comprensión de esta situación véase el capítulo anterior, en lo relativo al poder de mercado del predador como un elemento de los precios predatorios, págs. 6 y 7.

⁶⁹ Véase el Test de Areeda y Turner, enunciado en el capítulo anterior a propósito del tratamiento de los precios predatorios en la doctrina de EEUU, págs. 10 y 11.

víctimas de su conducta y, una vez que haya desaparecido prácticamente la competencia, podrá subir los precios a fin de obtener rentas monopolísticas que le permitan recuperarse económicamente, logrando de esta manera afianzar enormes ganancias a mediano y largo plazo.

Hecho todo este análisis, no merece reparo alguno la consideración de los precios predatorios como una práctica predatoria y su inclusión, por tanto, dentro del literal c) de la norma en cuestión. Por consiguiente, resulta evidente concluir que los precios predatorios se encuentran consagrados en nuestra legislación como un atentado a la libre competencia y quienes lleven a cabo tal conducta deben ser sancionados en la forma que establece la misma.

Por otra parte, robustece en mayor medida la conclusión anterior el hecho de que las otras figuras ejemplares, establecidas en las letras a) y b) del Art. 3, están enfocadas a conductas distintas de los precios predatorios.

La letra a), como ya señalamos, se aplica a los casos de **conductas colusorias**, es decir, para la situación en que dos o más empresas se ponen de acuerdo, expresa o implícitamente, con el objeto manejar el mercado. Por el contrario, los precios predatorios constituyen una **conducta unilateral**, ya que en ella **una empresa con poder de mercado** fija sus precios bajo un determinado nivel del coste, con la finalidad de expulsar a uno o más competidores. Este carácter unilateral se hace aún más patente, dado que dicho predador tiene la expectativa de poder elevar sus precios, recuperarse económicamente y obtener rentas enormes, una vez que haya logrado su cometido de expulsar o perjudicar severamente a sus competidores, es decir, cuando alcance prácticamente una situación de monopolio. Es así como los precios predatorios son un supuesto claro de abuso de posición dominante.

El literal b), que también se refiere a casos de **abuso de posición dominante**, apunta a supuestos distintos que no dicen relación directa con los precios predatorios, a saber, la fijación de precios de venta o de compra (la cual se sanciona cuando no responde al libre juego de la oferta y la demanda, sino que es impuesta o incluso sólo sugerida⁷⁰), los contratos coligados (cuando se impone para la venta de un bien, la venta de otro producto) y la asignación de zonas o cuotas de mercado (a través de la cual se impide la elección del consumidor y el ingreso de nuevos agentes al mercado). Sin duda, es por un criterio de especialidad que se acude a la letra c), porque la mención que hace la ley a prácticas predatorias recoge cabalmente y de mejor manera el supuesto de hecho relativo a los precios predatorios. Dicho en otros términos, ante dos disposiciones que regulan el abuso de posición dominante, es más que lógico preferir aquel precepto que recoja en mayor medida los elementos de la conducta a sancionar, y esta norma no es otra que la letra c) del Art. 3⁷¹.

⁷⁰ Se ha llegado a sancionar el caso en que un proveedor sugiere un precio de venta a sus distribuidores, porque esta mera recomendación lleva aparejada la posibilidad de que se acoja y, por ende, *tiende* al atentado (aunque no haya existido intención alguna de afectar la libre competencia).

⁷¹ Se puede ir incluso más allá en este razonamiento, ya que mediante una interpretación sistemática y armónica del Decreto Ley 211, debemos tratar de interpretar este conjunto normativo de manera que se le dé una efectiva utilidad y sentido a cada una de sus disposiciones. Por tanto, si llegamos a la conclusión de que los precios

b) *Consideraciones especiales de los Precios Predatorios respecto a su consagración legal.*

i. Objetivo en los Precios Predatorios.

Según lo que dispone nuestro legislador, para que las prácticas predatorias sean entendidas como atentados a libre competencia deben haberse realizado con el objeto de *alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante*. Resulta evidente que esta exigencia (de tipo disyuntiva) se hace aplicable también a los precios predatorios, pero con ciertos alcances.

Partiendo de la base que el predador debe contar *necesariamente* con poder de mercado o posición dominante, para así estar en presencia de una conducta de precios predatorios, resulta difícil entender que esta táctica se haya realizado ante la posibilidad de alcanzar dicha situación de dominio.

Lo anterior tiene su respaldo en cuestiones bastante obvias, que dicen relación con el éxito de la estrategia y la expectativa de recuperación económica de la empresa involucrada. Si una empresa pequeña, que no goza de poder de mercado, trata de llevar a cabo una política de precios predatorios, difícilmente tendrá probabilidades de que su arriesgada táctica le rinda frutos, puesto que carece de la capacidad financiera suficiente para soportar las pérdidas por más tiempo que sus víctimas, además no cuenta con una cuota de mercado lo bastante grande como para que su conducta sea notoriamente apreciada e implique que sus competidores se vean forzados a seguirla (sino quieren ver reducida o perder su clientela), ni mucho menos tiene una capacidad productiva que le permita absorber el aumento de la demanda, que se produce consecuentemente ante el descenso de los precios.

En resumidas cuentas, esta maquinación predatoria está destinada al fracaso y, por ende, es imposible que mediante la misma pueda obtener poder de mercado. Por el contrario, su poco lógico actuar sólo acarreará beneficios a los consumidores, los que aprovecharán estos precios bajos prolongados. Por tanto, no es aplicable a los precios predatorios, a mi juicio, el supuesto de que sean llevados a cabo para alcanzar una posición dominante, ya que dicha situación es un requisito ineludible para la existencia misma de esta conducta, lo cual no obsta la utilización de este presupuesto (alcanzar un poder de predominio) a otro tipo de prácticas predatorias.

Ahora bien, las otras condiciones señaladas (mantener o incrementar una posición dominante) sí son enteramente aplicables a los precios predatorios, dado que prácticamente son éstos los móviles usuales que están detrás de los mismos. En efecto, un predador procura mediante esta política evitar que ingresen nuevos competidores (mantener su posición de

predatorios se encuentran comprendidos en la letra b), por ejemplo con la referencia a “otros abusos semejantes” estamos desproveyendo de sentido la letra c), que recoge de mejor manera estos supuestos, haciéndola inútil y redundante para estos casos.

dominio), o bien, eliminar a su competencia (incrementando así su cuota de mercado y, por ello, también su posición dominante).

ii. La intención predatoria como requisito de los Precios Predatorios, a la luz de la última reforma al Decreto Ley 211.

La reforma efectuada por la ley 19.911 al Decreto Ley 211 estableció, entre otras cosas, un criterio doblemente objetivo para el análisis del ilícito económico. En consecuencia, se toma en consideración la producción del resultado (*impedir, restringir o entorpecer*), o bien, sólo la mera potencialidad de que éste se lleve cabo (*tender a...*). Dicho lo cual, necesariamente se colige que la ley no exige la existencia de una intención para configurar tal ilegalidad.

Sin duda, lo anterior tiene relevancia en el tema de los precios predatorios, ya que surge la interrogante acerca de si puede entenderse que sea menester, para el caso de esta práctica predatoria, la presencia de un ánimo subjetivo destinado a mantener o incrementar una posición dominante. La problemática nace a raíz de la propia redacción del legislador, el cual señala que se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que atentan contra la libre competencia: las prácticas predatorias, o de competencia desleal, realizadas **con el objeto** (propósito, intención) de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante.

Siguiendo una interpretación literal del texto legal, es dable sostener que para considerar a los precios predatorios como un atentado a la libre competencia y, por ende, como una conducta sancionable, será necesario que se haya tenido la intención de mantener o incrementar una posición de dominio.

En este sentido, la señalada interpretación nos podría llevar a exigir, en la práctica, la prueba independiente de dicha intencionalidad, para así entender que se configura este ilícito económico, pero este último razonamiento iría en contra del propósito del legislador tras la última reforma. Tal como ha sido remarcado de antemano, el legislador ha reforzado un parámetro doble de objetividad a la hora de juzgar la licitud o ilicitud de las prácticas susceptibles de estimar como contrarias a la libre competencia. En definitiva, ha prescindido de la prueba de cualquier elemento subjetivo, lo que nos lleva a preguntarnos: ¿por qué ha señalado expresamente una intención en la letra c) de este Art. 3?

Siendo coherente con la última reforma y con el tipo genérico del Art. 3 inciso primero, entendemos que esta intencionalidad es un requisito específico para las prácticas predatorias y de competencia desleal, lo que no determina necesariamente que su existencia sea acreditada de manera separada, para así concluir que se da una táctica de precios predatorios. Bajo este orden de ideas, si bien dicho elemento subjetivo formaría parte de la práctica de precios predatorios, su prueba no debe buscarse de modo independiente, sino que es menester que sea deducido de hechos objetivos, tales como el nivel de precios y la estructura del mercado, dadas las complicaciones que implica probar una intención en la realidad.

Ahora bien, quiero dejar de manifiesto que dicha interpretación sería la más coherente con las posturas que existen actualmente en la doctrina y jurisprudencia comparadas (como se ha expuesto en el primer acápite de esta tesis), ello en vista a las enormes dificultades que involucra probar un elemento subjetivo, para sancionar una empresa que ha incurrido en una estrategia de precios predatorios⁷². Por consiguiente, es mucho más razonable prescindir de tal elemento, desde un punto de vista práctico, para así buscar o deducir su existencia en diferentes *tests* de tipo objetivo, relativos a la relación costo-precio y al poder de mercado del presunto predador, principalmente.

No obstante, que quede claro lo siguiente: la intención predatoria se concibe como un requisito de los precios predatorios al momento de estatuir su noción teórica, distinto es que en la legislación y jurisprudencia correspondientes se disponga lo contrario. En otras palabras, una cosa es que el legislador no la tome en cuenta para la configuración del ilícito en cuestión, y otra cosa es que esta intencionalidad se considere teóricamente como un elemento integrante de dicha práctica⁷³ (siendo su presencia confirmada indirectamente, a través de datos objetivos).

III. Parte Tercera: Aplicación del Art. 3 del Decreto Ley 211 a los Descuentos Promocionales.

a) Encuadre de los Descuentos Promocionales dentro de la letra c) del Art. 3.

Como ya se expuso en el capítulo anterior, la ilicitud de los descuentos podrá tener un fundamento distinto, dependiendo de si estamos en presencia de un descuento predatorio o de un descuento engañoso. La diferenciación entre uno y otro dará lugar a una práctica predatoria, por una parte, y a un acto de competencia desleal, por otro lado. No obstante, la conducta que nos ocupa son los descuentos promocionales, los cuales, a causa de su corta duración, no podrían ser enjuiciados como una actuación predatoria, dada la mayor extensión que caracteriza a estas últimas⁷⁴.

En este sentido, es evidente considerar como atentados a la libre competencia aquellos descuentos promocionales engañosos, porque constituirían un acto de competencia desleal.

⁷² Problemáticas que son comunes a la prueba de toda intención, como es el caso del dolo en materia civil o penal.

⁷³ De hecho, es perfectamente posible que una empresa desee claramente expulsar a sus competidores del mercado mediante la fijación de precios bajos (dándose el elemento subjetivo), pero si éstos no se sitúan bajo un determinado nivel del coste o si la misma no cuenta con poder de mercado la intención es irrelevante, ya que no se cumple con las exigencias legales para sancionar tal conducta como precios predatorios, esto es, que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia o que se tienda a tales consecuencias. Por ende, basta el análisis objetivo (examen del nivel de costes-precios y de la estructura del mercado), para determinar si estamos en presencia de una práctica ilícita de precios predatorios y, en consecuencia, para llegar a estimarla o no como un atentado a la libre competencia (este susodicho elemento subjetivo se deduciría de datos objetivos, como bien acabamos de expresar).

⁷⁴ Véase págs. 19 y 20. Estas conductas predatorias forman parte de una estrategia destinada a expulsar a uno o más competidores del mercado, maquinación que, por su envergadura, requiere de una mayor cantidad de tiempo para lograr tal objetivo. La antedicha mayor duración se contradice con el carácter temporal de los descuentos promocionales, excepcionalidad que es un elemento imprescindible de los mismos (cabe recordar que los descuentos promocionales se caracterizan por dos elementos, a saber, la confrontación de dos precios y la naturaleza promocional o excepcional de la reducción).

Estos casos serán sancionados en base a la letra c) del Art. 3, cuando sean realizados con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante.

Por ende, resulta necesario traer a colación un concepto de práctica de competencia desleal, que permita encuadrar acertadamente aquellos descuentos promocionales que estimaremos ilícitos. En este sentido, el profesor García Menéndez propone una definición de acto de competencia desleal que reza de la siguiente manera: “es el acto realizado directa o indirectamente por un operador de mercado, objetivamente contrario a los correctos usos y costumbres mercantiles y a la buena fe (objetiva), el cual afecta o puede afectar el normal desarrollo concurrencial de otros operadores”⁷⁵.

Esta definición pone de manifiesto lo siguiente:

- Necesidad de que exista una relación de competencia entre el sujeto activo y el sujeto pasivo del acto;
- Comprende todo aquel operador de mercado que ofrezca bienes y servicios en el mercado, no sólo el empresario mercantil⁷⁶;
- Además, se establece el carácter objetivo del acto de competencia desleal, el que es sancionable en caso que efectivamente produzca o pueda potencialmente producir un daño en la competencia (afectándose de esta forma el normal desenvolvimiento de los competidores), sin exigir la presencia de un elemento subjetivo.

Este concepto de acto de competencia desleal como una cláusula general, es lo suficientemente amplio para abarcar las distintas prácticas que puedan llevarse a cabo, y que eventualmente logren o puedan llegar a afectar la libre y transparente competencia. Los encargados de concretar los criterios que permitan determinar cuándo una conducta es desleal, es decir, cuándo conculca objetivamente la buena fe, el uso o la costumbre mercantil, son evidentemente los jueces. Para ello se toma principalmente en consideración el concepto de competencia eficiente, en base al cual la deslealtad se hace patente cuando la ventaja obtenida por el competidor no se basa en su propia eficiencia, sino en la obstaculización de otros competidores.

Entrando de lleno en el tratamiento de los descuentos promocionales como un acto de competencia desleal, podemos que señalar que dichos descuentos serán desleales (ilícitos) cuando sean objetivamente contrarios a la buena fe, el uso o la costumbre mercantil, es decir, *principalmente* cuando induzcan a error al consumidor⁷⁷. La anterior deslealtad se fundamenta en la necesidad de velar por que el consumidor tome sus decisiones de manera racional, es decir, que las mismas se basen en el principio de eficacia de las prestaciones. Por ello, ganarse

⁷⁵ García Menéndez, Sebastián; *Competencia Desleal. Actos de Desorganización del Competidor*; Lexis Nexis; Buenos Aires; 2004; pág. 70.

⁷⁶ Empresario es aquél que ofrece bienes y servicios en el mercado de manera organizada y con ánimo de lucro.

⁷⁷ Así lo consagran las legislaciones europeas que han desarrollado más el tema y donde existen muchos más estudios acerca de esta figura en particular. Ante la inexistencia de regulación legal ni de doctrina que haya estudiado el tema en nuestro país, es dable aplicar este criterio general de deslealtad a los descuentos promocionales, sin dejar de lado la posibilidad de recurrir al concepto de acto de competencia desleal, el cual permitirá fundar como ilícito todo descuento promocional que sea objetivamente contrario con los usos, la costumbre o la buena fe.

la preferencia del consumidor por medio de descuentos que engañan a éste es un medio altamente reprochable, ya que el mismo no elige al competidor que es realmente más eficiente, sino a aquél que utiliza tácticas contrarias a los usos sociales, la costumbre o la buena fe, los que hacen creer que ostenta tal calidad.

Siguiendo este orden de ideas, los descuentos promocionales engañosos y que se hayan realizado para alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante, serán sancionados por ser contrarios a la libre competencia; en base al siguiente razonamiento: recurrir al engaño para atraer al consumidor y lograr su elección implica actuar de manera contraria a los usos sociales, a las costumbres mercantiles y/o a la buena fe objetiva, dado que obviamente estos criterios nos prohíben realizar actos de engaño. Es así como tales parámetros obligan a los operadores de mercado a cumplir con el deber de coherencia y sinceridad entre lo que ofrecen (la promoción de un determinado descuento en el precio de un producto) y lo que efectivamente venden a los consumidores.

De esta forma, podemos explicar la manera en que cada criterio valorativo impide la realización de descuentos engañosos, en los siguientes términos:

- La veracidad en las relaciones económicas y mercantiles es un valor social irrefutable en nuestros tiempos, lo que nos prohíbe utilizar mecanismos que induzcan a error o engañen a los consumidores, ya que de lo contrario no estaríamos siendo francos al entablar tales vínculos.
- Por su parte, la costumbre mercantil informa el actuar de los diferentes operadores de mercado, la que en ningún caso legitima realizar actividades mercantiles que se basen en el engaño para tener éxito, puesto que no se trata de una práctica aceptada socialmente ni tampoco repetida en el tiempo. Por el contrario, la costumbre mercantil obliga a que las actividades de comercio se lleven a cabo por medios transparentes, sin la utilización de métodos repudiables (como la mentira) para materializarlas.
- Finalmente, la buena fe objetiva nos obliga a ser sinceros en nuestras actividades económicas, por lo tanto, captar clientes a través del engaño se encuentra en abierta contraposición con dicho principio, es decir, la buena fe nos obliga a decir la verdad y nos prohíbe mentir en todo ámbito de nuestra vida, lo que obviamente también se aplica en las relaciones económicas.

En base a lo anteriormente expuesto, resulta forzoso concluir que los descuentos promocionales -que inducen a error al consumidor- constituyen un acto de competencia desleal. En resumidas cuentas, el fundamento legal para esgrimir su ilicitud yace en la letra c) del Art. 3. Sin embargo, la tarea de determinar los diferentes supuestos en que un descuento promocional es desleal y merecedor de una sanción, corresponde al juez. En todo caso, este criterio general de prohibición de los actos de engaño no elude la aplicación subsidiaria de los principios ya señalados (buena fe, usos sociales y costumbre), los cuales establecerán siempre

la deslealtad de un descuento promocional cuando éste sea objetivamente contrario a tales valores y no necesariamente engañoso⁷⁸.

A este respecto, vale todo lo dicho sobre las razones que excluyen la aplicación a los precios predatorios de las demás figuras ejemplares del Art. 3, para el caso de los descuentos promocionales (ver pág. 26). Es decir, la letra a) (referida a conductas colusorias) no tiene directa relación con la actuación unilateral de una empresa que lleva a cabo estos descuentos, y la letra b) (que regula otros supuestos de abuso de posición dominante) no se adecua a las particularidades de este caso, ya que el mismo apunta a actos de competencia desleal que encuentran su perfecto encuadre en el literal c) del mismo precepto.

b) Consideraciones especiales de los Descuentos Promocionales respecto a su consagración legal.

Resta por ver el tema referente al objeto por el cual deben ser realizados estos descuentos, según los términos de la misma ley, para que sean considerados como una práctica de competencia desleal, esto es, el propósito de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante. Es evidente que, aplicando el mismo razonamiento efectuado respecto de los precios predatorios, exigir la acreditación independiente de un elemento subjetivo, para así entender que se configura un acto desleal de descuentos promocionales, iría en contra del doble criterio objetivo que consagra la ley como condición de ilicitud, es decir, producir el resultado de atentar contra la libre competencia o tender al mismo.

Por tanto, siguiendo este orden de ideas, no queda otra opción más que concluir que la referencia a esta finalidad en la letra c) del Art. 3 (al igual que con la práctica predatoria de precios), constituye un requisito específico para estas conductas, pero que no obliga imprescindiblemente a la prueba separada del mismo, sino que dicha subjetividad debe inferirse de elementos objetivos⁷⁹.

Finalmente, cabe señalar que respecto a la empresa que lleva a cabo una conducta desleal de descuentos promocionales no se exige que cuente con poder de mercado (como ocurre con los precios predatorios), dado que efectivamente pueden ser realizados por cualquier operador. Es evidente que una competencia basada en los precios sólo puede ser abordada de manera exitosa por grandes empresas (tal como ocurre en este caso), no así por pequeños y medianos comercios, los que serán los principales afectados por esta política promocional, si la misma concluye satisfactoriamente. No obstante, la posición de dominio no se visualiza como un requisito que deba estar presente ineludiblemente en la empresa que

⁷⁸ Cabe poner de relieve la posibilidad de que los competidores afectados por esta práctica de competencia desleal, puedan invocar las normas que señala la Ley 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores, relativas a la publicidad falsa o engañosa, establecidas en los Arts. 28 y siguientes. Si bien estas normas tienen por finalidad resguardar los intereses de los consumidores, siendo éstos los que las utilizarán en caso que sean afectados en sus derechos, nada obsta que un competidor perjudicado por la realización de descuentos engañosos pueda fundar la deslealtad de dicha conducta en tales normas.

⁷⁹ Bastaría solo un examen objetivo de los siguientes presupuestos: confrontación de dos precios, excepcionalidad de la reducción y deslealtad (inducir a error al consumidor), para así llegar a la conclusión de que se da esta intención.

realiza descuentos promocionales⁸⁰, siendo totalmente posible que industrias que tienen un gran poder económico, pero no el suficiente para que sean consideradas dominantes o con poder de mercado, puedan meter manos en esta táctica de *marketing* y realizarla beneficiosamente.

Por ende, esta actividad puede ser ejecutada por cualquier empresa, incluso por aquellas que no tengan poder de mercado (al menos teóricamente hablando, porque las pequeñas y medianas industrias, evidentemente, no tienen las condiciones necesarias para arriesgarse a llevar a cabo tal estrategia⁸¹). Dichas empresas buscarán, mediante el engaño al consumidor, lograr una preferencia que le permita alcanzar una posición dominante. Ergo, es obvio que una empresa que sí tenga posición de dominio con mayor razón pueda llevarlas a cabo, para de esta manera mantener o aumentar (ilícitamente) tal situación de preponderancia⁸².

IV. Parte Cuarta: Sanciones Aplicables a los Precios Predatorios y Descuentos Promocionales.

Debido al tratamiento conjunto que hace la ley de las sanciones a imponer a quienes lleven a cabo cualquier atentado a la libre competencia⁸³ (cuestión que está señalada en el inciso primero del Art. 3), es bastante obvio que también se haga una mención integral de las medidas que el TDLC pueda aplicar, en caso que se realice una práctica de precios predatorios y de descuentos promocionales. No obstante, estas sanciones (que están consagradas en el Art. 26 del Decreto Ley 211) no excluyen la posibilidad de que el TDLC pueda imponer otras medidas correctivas o prohibitivas, en el caso particular que se ejecuten dichas conductas predatorias o desleales, las que evidentemente serán variables (dependerán de la situación concreta).

En seguida, el Art. 26 señala que el TDLC podrá adoptar en la sentencia definitiva las siguientes medidas o sanciones:

- a) *Modificar o poner término a los actos, contratos, convenios, sistemas o acuerdos que sean contrarios a las disposiciones de la presente ley*⁸⁴;

⁸⁰ Son otros los factores que juegan aquí para el éxito o fracaso de tales prácticas, siendo uno de los principales la publicidad.

⁸¹ Competir en materia de precios con las empresas grandes no es algo recomendable para ninguna empresa pequeña, como sucedería si éstas se decidieran a realizar descuentos promocionales en sus productos, ya que llegará un momento en que esta política solo le acarreará pérdidas, por ello, no es una elección razonable ni viable económicamente.

⁸² Como bien sabemos la posición dominante no es ilícita *per se*, sino que se requiere el abuso de la misma para que sea sancionable. Lo que el legislador condena aquí es utilizar medios ilegales (como conductas desleales) para alcanzar tal calidad, o bien, hacer uso de tales mecanismos para mantenerse en esa situación o mejorarla aun más, sin que estos consecuencias respondan a su mayor eficiencia.

⁸³ Se incluye la figura genérica y la ejemplar (prácticas de colusión y de abuso).

⁸⁴ Esta sanción esta pensada para los casos de conductas colusorias y no tiene una aplicación directa en las prácticas objeto de esta investigación.

b) Ordenar la modificación o disolución de las sociedades, corporaciones y demás personas jurídicas de derecho privado que hubieren intervenido en los actos, contratos, convenios, sistemas o acuerdos a que se refiere la letra anterior;

c) Aplicar multas a beneficio fiscal hasta por una suma equivalente a veinte mil unidades tributarias anuales. Las multas podrán ser impuestas a la persona jurídica correspondiente, a sus directores, administradores y a toda persona que haya intervenido en la realización del acto respectivo. En el caso de las multas aplicadas a personas jurídicas, responderán solidariamente del pago de las mismas sus directores, administradores y aquellas personas que se hayan beneficiado del acto respectivo, siempre que hubieren participado en la realización del mismo.

Finalmente, el inciso final de este precepto señala que para la determinación de las multas se considerarán, entre otras, las siguientes circunstancias: el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción, la gravedad de la conducta y la calidad de reincidente del infractor.

CAPITULO TERCERO

“Los Precios Predatorios y Descuentos Promocionales en la Jurisprudencia Chilena”

I. Parte Primera: *Jurisprudencia Nacional sobre Precios Predatorios.*

1.- Pronunciamiento de la Comisión Preventiva Central y de la Comisión Resolutiva.

Respecto de las Comisiones Preventiva y Resolutiva, durante la década de los ochenta existía un enfoque objetivo sobre los precios predatorios, el cual se centraba casi exclusivamente en un estudio de la relación costes-precios. En resumidas cuentas, el parámetro para determinar la licitud o ilicitud de una estrategia de precios bajos decía relación con lo siguiente: si los precios se situaban bajo un determinado nivel del coste (coste marginal o coste medio total), entonces eran predatorios; sin realizar un examen de la estructura del mercado relevante ni del poder de mercado del presunto predador. Este razonamiento estaba influenciado principalmente por la tesis de los profesores Areeda y Turner, que ya tuvimos la oportunidad de estudiar.

En este sentido, el dictamen N° 311 de la Comisión Preventiva Central ilustra bastante bien esta idea, la cual señala en su considerando 7°: “Los hechos expuestos y los antecedentes de autos, demuestran a juicio de esta Comisión, que la denunciada ha puesto en práctica en la XII Región, una política de precios depredatorios incluso *bajo su costo marginal*, con el objeto de impedir la entrada a un posible competidor en la zona, lo cual configura un atentado contra la libre competencia previsto por el artículo 1° del Decreto Ley N° 211, de 1973, que debe ser sancionado”⁸⁵. Dicha Comisión llega a tal conclusión en base un estudio sucinto de los costes y precios, sin entrar en un análisis profundo de la estructura de mercado, ni tampoco estima que el poder de mercado sea un elemento necesario para determinar la ilegalidad de los precios predatorios.

Luego, esta resolución fue dejada sin efecto a través del dictamen N° 330 de esta misma Comisión, en virtud de un recurso de reclamación interpuesto por la denunciada. La razón de esta nueva decisión -sustentada gracias a un informe de la FNE- se debía a que el precio fijado era superior al coste medio total, por ende, se mantenía el criterio de entender que el nivel de los costes-precio era el elemento determinante, para así arribar a la ilicitud de la práctica. Es por ello que el considerando 4° establece lo siguiente:

“(…) Analizado el informe de Fiscalía por esta Comisión, se pudo concluir que el costo medio total calculado es inferior al valor facturado por Cholguán S.A. a sus distribuidores en Punta Arenas, incluyendo los gastos de embalaje, fletes, seguros, etc.

⁸⁵ Dictamen Comisión Preventiva Central; N° 311; 26.01.1982; considerando séptimo; versión *on line*; [citado el 02 de Diciembre de 2006]; disponible en [http://www.fne.cl/fne/jurispru.nsf/0ec3c10ef5d4666408256d04008231ee/270a9dfa443043be08256e1c000a29bb/\\$FILE/Doc_311.pdf](http://www.fne.cl/fne/jurispru.nsf/0ec3c10ef5d4666408256d04008231ee/270a9dfa443043be08256e1c000a29bb/$FILE/Doc_311.pdf).

En consecuencia, siendo el mercado de Punta Arenas diferente al del resto del país, atendida su ubicación geográfica y el régimen jurídico que lo regula, no es reprochable la decisión de Cholguán S.A. de bajar sus precios a fin de evitar ser desplazado por un nuevo competidor, teniendo en cuenta que el nuevo precio cumple con la condición de ser superior a su costo medio total más gastos por servicios efectuados por terceros, hasta colocar el producto en Punta Arenas (...)”⁸⁶.

Posteriormente, en la década de los noventa y principios del nuevo siglo, las antedichas Comisiones pasaron a abordar el tema de los precios predatorios desde una perspectiva más amplia. Por ello, aparte de realizar el típico examen del nivel coste-precio, toman en consideración la necesidad de que la empresa predatora cuente con posición dominante o poder de mercado y además efectúan un análisis de la estructura de mercado, a fin de llegar a la convicción de que existe o no una estrategia de precios predatorios. El susodicho estudio de mercado toma en cuenta la existencia de barreras de entrada, si el bien en cuestión tiene o no sustitutos, entre otras cosas. Prueba de ello son los dictámenes N° 902⁸⁷ y 1089⁸⁸ de la Comisión Preventiva Central y la resolución N° 479⁸⁹ de la Comisión Resolutiva.

⁸⁶ Dictamen Comisión Preventiva Central; N° 330; 13.04.1982; considerando cuarto; versión *on line*; [citado el 02 de Diciembre del 2006]; disponible en [http://www.fne.cl/fne/jurispru.nsf/0ec3c10ef5d4666408256d04008231ee/cd213041c1c1ca3808256e1c000a29b9/\\$FILE/Doc0030_330.pdf](http://www.fne.cl/fne/jurispru.nsf/0ec3c10ef5d4666408256d04008231ee/cd213041c1c1ca3808256e1c000a29b9/$FILE/Doc0030_330.pdf).

⁸⁷ Dictamen Comisión Preventiva Central; N° 902; 02.05.1994; considerando tercero; versión *on line*; [citado el 02 de Diciembre de 2006]; disponible en [http://www.fne.cl/fne/jurispru.nsf/0ec3c10ef5d4666408256d04008231ee/f55324e8ccb4747708256e1c000a291b/\\$FILE/Doc0060.PDF](http://www.fne.cl/fne/jurispru.nsf/0ec3c10ef5d4666408256d04008231ee/f55324e8ccb4747708256e1c000a291b/$FILE/Doc0060.PDF): “(...) *No obstante lo anterior, si bien la fijación de precios por debajo del costo medio variable efectuada por Productos Roche Limitada, podría constituir una conducta depredatoria, atendidos los antecedentes analizados en este caso, esto es, que la conducta señalada proviene de una empresa que no tiene posición dominante en el mercado de premezclas, ni afecta sustancialmente a Veterquímica Limitada quien sí detenta dicho poder; que la baja de precios rigió en un período breve que no subsiste y se refiere a pocas variedades de premezclas, a juicio de esta Comisión no se ha configurado una conducta depredatoria sancionable (...)*”.

⁸⁸ Dictamen Comisión Preventiva Central; N° 1089; 26.11.1999; considerando décimo; versión *on line*; [citado el 02 de Diciembre de 2006]; disponible en [http://www.fne.cl/fne/jurispru.nsf/0ec3c10ef5d4666408256d04008231ee/7601504e110fdfdb08256e1c000a290f/\\$FILE/Doc0066.PDF](http://www.fne.cl/fne/jurispru.nsf/0ec3c10ef5d4666408256d04008231ee/7601504e110fdfdb08256e1c000a290f/$FILE/Doc0066.PDF): “*Analizados todos los antecedentes recibidos, esta Comisión Preventiva Central concluye lo siguiente: 10.1. No se ha configurado que los precios de venta a mayoristas que ha efectuado Brother hayan sido bajo el costo. 10.2. El mercado mantiene las características analizadas en el párrafo 4, tales como: falta de posición dominante del posible depredador, con lo cual esta política le sería muy costosa; ausencia de barreras a la entrada al mercado; demanda mayorista concentrada en 5 a 6 empresas que representan más del 80% de éste; lo cual en el supuesto que el depredador tuviera éxito en eliminar competidores no podría después aumentar sus precios y resarcirse de las pérdidas en que hubiere incurrido durante su política depredatoria*”.

⁸⁹ Sentencia de la Comisión Resolutiva; N° 479; 31.12.1996; considerando noveno; versión *on line*; [citado el 02 de Diciembre de 2006]; disponible en [http://www.fne.cl/fne/jurispru.nsf/0ec3c10ef5d4666408256d04008231ee/55fcfda766fe682008256e0000619ce7/\\$FILE/Doc0029.PDF](http://www.fne.cl/fne/jurispru.nsf/0ec3c10ef5d4666408256d04008231ee/55fcfda766fe682008256e0000619ce7/$FILE/Doc0029.PDF): “*Que, sin perjuicio de lo expuesto, esta Comisión debe formular las siguientes observaciones en relación con las tarifas aéreas aplicadas en la ruta Santiago-Punta Arenas-Santiago, objeto de la controversia planteadas por las partes en estos autos: 1.- Que, por regla general, la forma habitual, si bien no la única, de racionalizar la fijación de precios predatorios por parte de una empresa, o grupo de ellas, y que está en el fundamento de la demanda de la empresa DAP, es como instrumento para obligar salir a uno o varios rivales del mercado. Así, la empresa o el cartel que hace la predación, primero reduce sus precios bajo alguna definición de costo relevante, para luego subirlas una vez eliminada la competencia. Las pérdidas de corto plazo que esta acción involucra serían recuperadas con las mayores utilidades futuras derivadas de un precio permanentemente más alto. Para que una acción de este estilo pueda ser posible se requiere que concurran algunas condiciones específicas, entre ellas que la empresa tenga alguna ventaja sobre sus rivales, ventaja que no necesariamente debe ser de costos, y que existan algunos costos irrecuperables que hagan difícil la entrada de nuevos competidores cuando los actuales han sido eliminados. 2.- Que el esfuerzo probatorio desarrollado por las denunciadas en este juicio ha buscado demostrar, aunque tangencialmente, que no existen barreras a la*

Para finalizar, se esbozará los criterios sostenidos por ambos órganos en un caso paradigmático de precios predatorios, en el que existen decisiones contrapuestas. Este caso, denominado *Kemifar vs. Roche*, es bastante ilustrativo del razonamiento que llevan a cabo ambas Comisiones.

En un primer momento, la Comisión Preventiva Central -en el dictamen N° 1140- dio por acreditada la práctica predatoria basándose principalmente en que los precios de la empresa denunciada se habían situado por debajo de los costos económicos⁹⁰. Sin embargo, la Comisión Resolutiva -en la resolución N° 642- acoge el recurso de reclamación interpuesto por la parte denunciada, y señala que la fijación de precios bajo el costo es una condición necesaria, pero no suficiente para configurar una conducta de precios predatorios. También es necesario que exista el ánimo de expulsar los competidores del mercado y que la empresa involucrada cuente con una posición de dominio en el mercado⁹¹.

entrada a la industria en la forma de costos irrecuperables de alguna magnitud y especialmente, que sus precios nunca estuvieron bajo los costos. Que respecto a lo primero, es claro que factores como la reputación, las externalidades atribuibles a la información y las estrategias de comercialización, son causales de ventajas que facilitan la dominancia del mercado por parte de una empresa. Que respecto a lo segundo, es decir a la relación de las tarifas con los costos de operación de las aerolíneas, los antecedentes acumulados al proceso constituyen cálculos muy generales realizados por las propias empresas interesadas, no sometidos a ninguna validación ni pruebas durante el curso de esta investigación (...). 3.- Que se puede presumir que una empresa realiza predación de precios si, dado un entorno apto, el precio que carga por su producto es menor que su costo marginal de corto plazo. La dificultad de estimación de éste en contextos de empresas multiproductos, como las empresas aéreas, podría obligar al uso de otros conceptos de costos, como el variable medio, para aproximar el costo marginal. Mas cualquiera sea el caso, es evidente que en esta línea argumental una determinación razonablemente completa de costos es imprescindible”.

⁹⁰ Dictamen Comisión Preventiva Central; N° 1140; 03.11.2000; considerando primero; versión *on line*; [citado el 02 de Diciembre de 2006]; disponible en [http://www.fne.cl/fne/jurispru.nsf/0ec3c10ef5d4666408256d04008231ee/aa441435cc52c23d08256e1c000a2928/\\$FILE/Doc0034.PDF](http://www.fne.cl/fne/jurispru.nsf/0ec3c10ef5d4666408256d04008231ee/aa441435cc52c23d08256e1c000a2928/$FILE/Doc0034.PDF): “De los antecedentes aportados por la propia denunciada se desprende claramente que en 3 de las 4 fórmulas adjudicadas por Ariztia -Broiler (pre)inicial, Broiler intermedio y Broiler final- aquélla ofertó precios por debajo de los costos económicos. En efecto, las matrices de costeo presentadas por la denunciada para estas fórmulas indican que el costo total estimado, sin incluir ningún margen de utilidad, era exactamente el mismo que el precio ofertado en la licitación. Por lo tanto, más allá de cualquier discusión sobre las metodologías utilizadas para cuantificar los costos de los insumos, esto es, precios históricos versus precios futuros estimados, o de probables omisiones de algunos insumos, es indiscutible que la propia denunciada ofertó precios que, a su juicio, no reportarían ninguna utilidad a la empresa, de modo tal que tales precios estaban por debajo de los costos económicos, entendiendo por éstos, aquellos que incluyen algún margen de utilidad. Así consta de los propios documentos acompañados por la empresa Roche Ltda. a fs. 56 y 74 y del reconocimiento que ha formulado de que los costos medios totales variables y fijos que indica respecto de esos productos correspondieron exactamente a los precios ofrecidos por ellos en la licitación. En consecuencia, corresponde dar por acreditado que la denunciada ofreció precios predatorios por sus productos, con motivo de la licitación a que convocó la empresa Agrícola Ariztia Ltda., lo que le permitió obtener la adjudicación del negocio licitado, desplazando a sus demás competidores, entre otros, a la empresa Kemifar S.A.”.

⁹¹ Sentencia Comisión Resolutiva; N° 642; 03.04.2002; considerandos décimo, undécimo y décimo cuarto; versión *on line*; [citado el 02 de Diciembre de 2006]; disponible en [http://www.fne.cl/fne/jurispru.nsf/0ec3c10ef5d4666408256d04008231ee/7fadd1b1fa49ccfb08256d19000d05ce/\\$FILE/642%20p.pdf](http://www.fne.cl/fne/jurispru.nsf/0ec3c10ef5d4666408256d04008231ee/7fadd1b1fa49ccfb08256d19000d05ce/$FILE/642%20p.pdf):

“DECIMO: Que esta Comisión Resolutiva no comparte los criterios sostenidos, tanto en el informe de la Fiscalía Nacional Económica como por la Comisión Preventiva Central en su Dictamen, ya que si bien es cierto la denunciada habría ofrecido un precio bajo el costo, dado que su utilidad contable es cero, no incluyendo por cierto el costo del capital, esta condición es necesaria pero no suficiente para probar una conducta predatoria por vía de precios;

UNDECIMO: Que para que se configure una conducta predatoria es necesario además que exista una intención de expulsar a los competidores del mercado, lo que en este caso no se ha acreditado puesto que Kemifar se adjudicó algunas de las premezclas. Adicionalmente, es necesario que no puedan entrar nuevos competidores, por las barreras a la entrada que puedan existir en el mercado, lo que tampoco ocurre en este caso;

DECIMO CUARTO: Que cabe considerar que se ha establecido reiteradamente por la ciencia económica que para que existan precios predatorios, deben darse los requisitos copulativos de haber ofertado la empresa un

2.- Pronunciamiento del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Debido al corto espacio de tiempo que lleva en funcionamiento el TDLC, aproximadamente tres años, no existen muchos fallos que hayan tocado el tema de los precios predatorios. Pese a lo anterior, para nuestro estudio existe una sentencia que se refiere a los precios predatorios, la cual nos permite establecer que el criterio que sigue el actual TDLC es bastante similar al que sostenía su predecesora, es decir, se realiza un estudio acerca de si el predador cuenta con poder de mercado y luego un examen para determinar si los precios se fijaron por debajo de los costos relevantes⁹². Una vez hecho esto, se llega a la conclusión de si se realizó una política de precios predatorios o no. Este razonamiento responde claramente a la tesis de los profesores Joskow y Klevorick.

Como es de esperar, y a luz de la última reforma al Decreto Ley 211, no se exige la prueba de la intención predatoria de forma separada, sino que ésta se deduce en base a los elementos objetivos ya señalados.

En este sentido, la sentencia N° 39 del 13 de junio de este año señala, en sus considerandos 4°, 5° y 33°, lo siguiente:

“Cuarto.- Que, en consecuencia, a fin de establecer si la denunciada ha cumplido o no el mencionado Dictamen, este Tribunal debe analizar si la conducta de James Hardie se encuadra dentro de una política de precios predatorios;

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 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 (...);

Trigésimo Tercero.- Que, en consecuencia y a juicio de este Tribunal, el conjunto de argumentos expuestos es suficiente para concluir que la conducta de James Hardie no ha infringido las normas de libre competencia, por cuanto (a) no se puede inferir que la parte demandada haya detentado, al inicio y durante el periodo de presunta fijación de precios predatorios, de suficiente poder de mercado como para formarse una expectativa razonable de poder recuperar a futuro las pérdidas de corto plazo asociadas a la práctica materia de esta causa, ni (b) tampoco se ha demostrado que la parte demandada haya comercializado su producción de planchas lisas de fibrocemento bajo los costos evitables relevantes (...)⁹³”.

precio bajo el costo, que dicha empresa detente una posición dominante y la ejerza con miras a expulsar a otros competidores del mercado o para impedir la entrada de nuevos competidores”.

⁹² Los costos relevantes en este caso son los costos evitables, es decir, aquéllos cuyo valor total sea directamente afectado en caso que se produzcan variaciones en los volúmenes de producción.

⁹³ Sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia; N° 39; 13.06.2006; considerandos cuarto, quinto y trigésimo tercero; versión *on line*; [citado el 02 de diciembre de 2006]; disponible en http://www.tdlc.cl/db_images/sentencias/4491e09b5fdd1_Sentencia-39-2006.pdf. Cabe señalar que respecto a la presencia en el presunto predador de poder de mercado, el TDLC entiende que es necesario determinar el

II. Parte Segunda: *Jurisprudencia Nacional sobre Descuentos Promocionales.*

1.- Pronunciamiento de la Comisión Preventiva Central y de la Comisión Resolutiva.

A pesar de no existir fallos que se hayan referido directamente a los descuentos promocionales, sí existen criterios generales que tienen plena aplicación para estos casos, los que han sido apoyados uniformemente por ambas comisiones.

Estas directrices generales dicen relación principalmente con el tema de la publicidad comparativa, vale decir, aquélla en la que se comparan productos entre los consumidores, sea de manera expresa o tácita⁹⁴. Este tipo de publicidad tiene incidencia en los descuentos promocionales, ya que en ellos existe una confrontación de dos precios, a saber, el precio actualmente efectuado y el precio de referencia (que puede ser el precio de mercado, el precio de la competencia o el precio anteriormente practicado o que se aplicará en el futuro).

En múltiples dictámenes, se consolidó el principio de que la publicidad comparativa es útil para la libre competencia, pues contribuye a la transparencia del mercado. Además, es beneficiosa para el consumidor, en cuanto lo informa sobre las cualidades de determinados productos, incluso permite que un producto nuevo pueda penetrar en un mercado donde existen productores ya establecidos, de mercaderías similares, que tienen prestigio consolidado. Sin embargo, los referidos dictámenes señalan que para que esa publicidad esté de acuerdo con las normas sobre libre competencia, es necesario que ella sea veraz, objetiva y demostrable, es decir, sustentada en hechos verdaderos y demostrables⁹⁵. De lo contrario, dicha técnica publicitaria se convierte en un acto de competencia desleal, por inducir a error, engaño o confusión al consumidor.

Por lo tanto, si por ejemplo el precio que se ha tomado como referencia es falso, distinto al publicitado o no corresponde a la realidad, dicho descuento será desleal y, en consecuencia, contrario a la libre competencia. Lo anterior responde a que la promoción que se llevó a cabo no cumplió con el requisito de veracidad. Esta exigencia se aplica a los descuentos promocionales, ya que existe una comparación en el precio de dos productos de la competencia (si se toma como referencia dicho precio).

mercado relevante, para así saber cuán competitivo es el mismo. Para ello, toma en consideración factores como: el grado de sustitución relevante en las decisiones de demanda, la existencia o no de barreras significativas para entrar y/o salir del mercado, o la posibilidad de que existan costos compartidos apreciables entre las condiciones de oferta relevantes a este mercado y aquellas relevantes para otro mercado relacionado.

⁹⁴ Vid. Paredes, Ricardo; *Límites a la Publicidad Comparativa y Jurisprudencia Antimonopolios en Chile*; [citado el 03 de Diciembre del 2006]; disponible en <http://www.ingenieriaindustrial.cl/documentos/Publicidad%20Comparativa.pdf>; pág. 2.

⁹⁵ Vid. Dictamen Comisión Preventiva Central; N° 1039; 03.07.1998; considerando cuarto; versión *on line*; [citado el 03 de Diciembre de 2006]; disponible en [http://www.fne.cl/fne/jurispru.nsf/0ec3c10ef5d4666408256d04008231ee/593d551152bd231f08256e1c000a28f1/\\$FILE/Doc0016.PDF](http://www.fne.cl/fne/jurispru.nsf/0ec3c10ef5d4666408256d04008231ee/593d551152bd231f08256e1c000a28f1/$FILE/Doc0016.PDF). Este argumento también está presente en los siguientes dictámenes (de la misma Comisión): N° 599 del 04.06.1987, N° 883 del 15.11.1993, N° 928 del 01.03.1995 y N° 1147 del 26.01.2001.

Respecto de la Comisión Resolutiva, este organismo sigue el mismo razonamiento sustentado por la Comisión Preventiva Central. Un ejemplo de ello es la resolución N° 475, la cual también plantea que la publicidad comparativa debe ser veraz, objetiva y demostrable⁹⁶.

2.- Pronunciamiento del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Con la última reforma al Decreto Ley 211 y la consiguiente entrada en funcionamiento del TDLC, el criterio seguido por nuestra jurisprudencia tiene un enfoque distinto. Actualmente, el TDLC sostiene que una campaña publicitaria es contraria a la libre competencia cuando, siendo o no comparativa, es engañosa y, además, tiene por objeto o efecto alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante en el mercado. Este argumento ha sido repetido en dos fallos, esto es, en las sentencias N° 12 del 2004⁹⁷ y N° 17 del 2005⁹⁸.

En definitiva, una promoción publicitaria de descuentos que sea engañosa y que, copulativamente, haya sido realizada con el propósito o haya tenido como consecuencia alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante, será un acto de competencia desleal prohibido y sancionado por el Decreto Ley 211. En este caso, el engaño puede tener múltiples causas y ello dependerá del caso en particular, citándose como ejemplo clásico la situación en que el descuento induzca a error al consumidor acerca del nivel de precios del establecimiento.

Para finalizar, se analizará un argumento interesante que ha sostenido el TDLC, en relación a los descuentos promocionales que se efectúan bajo el nivel de los costos. Este tribunal plantea en la sentencia N° 9 del 2004, en su considerando 28°, lo siguiente:

“Que la venta bajo el costo es una de las prácticas consultadas por la AGIP (Asociación Gremial de Industrias Proveedoras A.G.). Sostienen los consultantes que enfrentan problemas cuando los supermercados deciden vender bajo el costo los productos que ellos proveen (...).

Efectivamente, los supermercados podrían estar dispuestos a asumir las pérdidas que les producen los productos promocionales, para así aumentar la demanda de otros productos en los cuales obtienen márgenes suficientes para cubrir las pérdidas generadas en los primeros.

Desde el punto de vista de la competencia, la venta bajo el costo podría ser perjudicial en la medida que la **desaparición de la competencia minorista de menor tamaño, que no puede aplicar subsidios cruzados, tuviera efectos negativos en el largo plazo**. La evidencia que encuentra el estudio “*Supermarkets: A report on the supply of groceries from multiple stores in the UK*”, realizado por la Comisión de la Competencia del Reino Unido, es que en

⁹⁶ Vid. Sentencia Comisión Resolutiva, N° 475; 12.11.1996; considerando tercero; versión on line; [citado el 03 de Diciembre de 2006]; disponible en [http://www.fne.cl/fne/jurispru.nsf/0ec3c10ef5d4666408256d04008231ee/261667b6be55b11508256e0000619cde/\\$FILE/Doc0025.PDF](http://www.fne.cl/fne/jurispru.nsf/0ec3c10ef5d4666408256d04008231ee/261667b6be55b11508256e0000619cde/$FILE/Doc0025.PDF).

⁹⁷ Sentencia Tribunal de Defensa de la Libre Competencia; N° 12; 20.12.2004; considerando séptimo; versión on line; [citado el 04 de Diciembre de 2006]; disponible en http://www.tdlc.cl/db_images/sentencias/42d6af79246eb_Sentencia-12-2004.pdf.

⁹⁸ Sentencia Tribunal de Defensa de la Libre Competencia; N° 17; 20.05.2005; considerando séptimo; versión on line; [citado el 04 de Diciembre de 2006]; disponible en http://www.tdlc.cl/db_images/sentencias/42d6afb604b2e_Sentencia-17-2005.pdf.

ese país varios supermercados adoptan “...la práctica de vender, en forma persistente, algún producto de compra frecuente bajo el costo. Esta venta bajo el costo es una de las vías que tienen estos canales de distribución, para evitar que la mayoría de sus productos no estén totalmente expuestos a presiones competitivas” [traducción libre, ver http://www.competitioncommission.org.uk/rep_pub/reports/2000/446super.htm]. Si bien esta práctica puede beneficiar a algún consumidor en particular, podría **afectar a la libre competencia si causa una mayor concentración en el mercado al destruir a los minoristas más pequeños, quienes no pueden utilizar estos subsidios cruzados.**

Por ello, este Tribunal estima que, en principio, las ventas bajo el costo que se efectúen a fin de promocionar un producto y siempre que duren un corto periodo, no son *per se* contrarias a la libre competencia pero, cuando éstas ventas se hacen persistentes o se utilizan para destruir competidores, constituyen un arbitrio que limita la competencia”⁹⁹.

El razonamiento que sigue aquí el TDLC, a fin de enjuiciar las ventas bajo costo (que eventualmente podrían ser descuentos promocionales, si la rebaja en el precio hace que el producto se venda bajo dicho nivel del coste) es bastante discutible. Por un lado, sostiene que estas ventas atentan contra la libre competencia, siempre que sean persistentes o se realicen para destruir a los competidores, especialmente, a las pequeñas y medianas empresas, las que no pueden competir en los mismos términos que las empresas grandes. En principio, es obvio que buscar la ilegalidad de tal práctica sólo en base a una intención es de sumo complicada, como bien sabemos.

Además, establecer la ilicitud de aquéllos descuentos realizados bajo el coste, por un considerable período de tiempo o para eliminar la competencia, confundiría los mismos con la práctica de precios predatorios. Como hemos señalado anteriormente, los descuentos promocionales, aunque se sitúen bajo el costo, tiene una duración excepcional y, por ende, difícilmente podrán destruir a los competidores, es decir, su corta realización hace que no pueda concebirse como una práctica de predación, ya que éstas necesitan una gran cantidad de tiempo para poder lograr su finalidad. En este sentido, la ilicitud de los descuentos promocionales está dada en caso que se conviertan en actos de competencia desleal, es decir, cuando inducen a error al consumidor¹⁰⁰.

Por otra parte, restringir los descuentos que se efectúen esporádicamente bajo el costo, sólo limitaría prácticas que redundan en beneficios para los consumidores, como son los

⁹⁹ Sentencia Tribunal de Defensa de la Libre Competencia; N° 9; 05.10.2004; considerando vigésimo octavo; versión *on line*; [citado el 04 de Diciembre de 2006]; disponible en http://www.tdlc.cl/db_images/sentencias/42d6af4e2bc2c_Sentencia-09-2004.pdf.

¹⁰⁰ De lo contrario, el carácter promocional de los descuentos mismos ya no existiría. En este sentido, estas ventas bajo el costo, que se realizan en ocasiones excepcionales, no serían en ningún caso sancionables, ya que normalmente existen múltiples razones económicas que las justifican (por ejemplo la promoción de un nuevo producto o la entrada de un nuevo competidor, entre muchas otras). Sólo podrían ser objetables en caso que constituyan una conducta de precios predatorios, porque resulta obvio que los efectos exclusionarios señalados no tendrán lugar si no se lleva a cabo una conducta sostenida en el tiempo, ello unido a los elementos que hemos señalado respecto a esta práctica predatoria (ciertas características estructurales del mercado y posición dominante del predador, más la fijación de precios bajo un determinado nivel del coste).

precios bajos. De la ineficiencia de las pequeñas y medianas empresas para competir en materia de precios, no se puede seguir la conclusión de que los descuentos que llevan a cabo las empresas grandes son ilícitos, sólo porque afectan a aquéllas y las sacan del mercado. Esto se fundamenta en el hecho que toda estrategia promocional busca aumentar las ventas y así ganar más clientes, por ende, si resulta exitosa es obvio que perjudicará a la competencia. Sin embargo, este actuar no es en ningún caso reprochable, en vista a que se han cumplido los presupuestos de la libre competencia, es decir, quienes son menos eficientes salen del mercado.

En conclusión, no estamos de acuerdo con la posición del TDLC relativa a estimar como contrarias a la libre competencia ciertas reducciones de precios que se realizan de manera persistente o para eliminar competidores, en el caso que las mismas ven basadas su ilicitud de un supuesto distinto de los precios predatorios. Como bien sabemos, la única manera de determinar que una reducción de precios es ilícita es encuadrarla como una práctica predatoria de precios, conducta que exige una realización prolongada en el tiempo para poder lograr su objetivo de predación, más todos los presupuestos ya analizados con anterioridad. Estos elementos son de carácter netamente objetivo, en base a los cuales se llega a la deducción de que existe una intención de destruir a los demás competidores, por ende, basarse sólo en esa subjetividad para prohibir los descuentos bajo coste plantean enormes problemas de prueba.

Si sólo existen descuentos efectuados por una misma empresa sobre distintos productos (vendiéndose así bajo coste), se estaría prohibiendo una de las estrategias más comunes y que más favorecen a los consumidores, como son las promociones de precios bajos sobre diferentes bienes. Los efectos de exclusión en la competencia necesitan una actuación muy dilatada en el tiempo, además de que se den condiciones particulares en el mercado y el predador, pero incluso así la regla para evaluar que realmente existe una política predatoria es muy estricta. Esto dado que los precios son tal vez el factor más importante en la decisión de los consumidores y uno de los elementos que determinan la competencia eficiente.

Por lo tanto, establecer la ilicitud de predaciones basadas en los precios, diferentes de los mismos precios predatorios, sería un exceso que entorpecería el libre intercambio económico y además, contrariamente a lo que se piensa, sólo obstaculizaría la realización de tácticas rebajistas y, consecuentemente, la competitividad entre las empresas, favoreciendo la mantención de empresas menos eficientes en materia de precios. Estas últimas deben buscar competir mediante otras vías, como por ejemplo a través la asociación y la especialización. Tomando como base todo lo expuesto, no queda más que entender que los descuentos promocionales no son ilícitos *per se*, aunque impliquen vender bajo costo (en períodos discontinuos o con intención predatoria), sino que sólo deberán ser reprimidos en el evento que induzcan a error al consumidor, esto es, si derivan en un acto de competencia desleal.

CONCLUSIONES

- 1.- Resulta lógico entender que, en el Derecho Comparado, las prácticas de precios predatorios y descuentos promocionales han tenido un especial enjuiciamiento, en relación a considerárseles como posibles atentados a la libre competencia. Por una parte, la ilicitud de los precios predatorios se fundamenta en su condición de práctica predatoria, por la cual se busca destruir a la competencia mediante una estrategia sostenida en el tiempo. Por otro lado, los descuentos promocionales basan su ilegalidad en su catalogación como acto de competencia desleal, al poder inducir a error al consumidor.
- 2.- En nuestra legislación protectora de la libre competencia, esto es, el Decreto Ley N° 211, ambos tipos de actividades pueden encuadrarse como ilícitos económicos. El fundamento legal para ello reside en el Art. 3 letra c) de dicho cuerpo legal, en el cual se consideran como atentados a la libre competencia: *“las prácticas predatorias, o de competencia desleal, realizadas con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante”*.
- 3.- Respecto al pronunciamiento de la jurisprudencia chilena sobre precios predatorios, cabe hacer un distingo. En primer lugar, cuando existían las Comisión Preventiva Central y la Comisión Resolutiva, el criterio para fundar la ilicitud de los precios predatorios se centraba básicamente en un estudio del nivel costo-precio. Sin embargo, este razonamiento fue matizado con sentencias dictadas en las últimas dos décadas, donde se le dio también importancia al poder de dominio en el predador y al examen de la estructura del mercado relevante, especialmente en lo referente a la existencia de barreras de entrada, incluyéndose la exigencia relativa a la acreditación de un elemento subjetivo; presupuestos todos necesarios para entender configurada una táctica de precios predatorios. Luego, con la entrada en funcionamiento del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, el criterio se volvió más objetivo (gracias también a la reforma al Decreto Ley 211), en virtud del cual se pone énfasis en la existencia de poder mercado y a la fijación de precios bajo los costos relevantes, para deducir la intención de eliminar a la competencia.
- 4.- En relación al tratamiento jurisprudencial en nuestro país sobre los descuentos promocionales, no existen referencias directas. Cabe aplicar a este respecto, en un primer momento, el criterio sustentado, tanto por la Comisión Preventiva Central como por la Comisión Resolutiva, respecto a la publicidad comparativa, en el sentido de entender que si ésta no es veraz, objetiva ni demostrable, entonces es contraria a la libre competencia. Estas exigencias se aplican a los descuentos promocionales, ya que en ellos existen comparaciones de precios, aplicándose también a este actuar la cláusula general de prohibición de los actos de engaño (como fundamento genérico de deslealtad). Con posterioridad, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ha sostenido que toda publicidad engañosa, sea o no comparativa, es contraria a la libre competencia, siempre que tenga por objeto o efecto alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante;

razonamiento enteramente aplicable a las ventas promocionales, al tratarse reducciones en los precios que pueden inducir a error a los consumidores. Sin embargo, no compartimos la reflexión de este Tribunal, al considerar aquellos descuentos que se realizan en continuadas ocasiones o con intención de eliminar la competencia, como un supuesto sancionable distinto de los precios predatorios, ya que sería una excesiva limitación para la libertad económica. Además, la principal razón para juzgarlos sería su fijación bajo costo (que nos los distingue de los precios predatorios) o la subjetividad de expulsar competidores, elemento sumamente dificultoso de probar directamente. Por ende, proponemos juzgar aquellos descuentos en los precios situados bajo el coste sólo como precios predatorios, siempre que se den todas las condiciones para ello, y en caso que estos descuentos sean esporádicos (promocionales) su ilicitud se fundará en una eventual deslealtad.

- 5.- Finalmente, no podemos eludir la evidencia práctica relativa a los efectos que tales conductas pueden ocasionar en la competencia. Los principales perjudicados por la realización de estas estrategias contrarias a la libre competencia, son las pequeñas y medianas empresas. Lo anterior trae como consecuencia el aumento de concentración del poder económico en ciertos grupos, los que de antemano disponen de gran envergadura. Por tanto, es necesario sancionar debidamente a quienes incurran en dichas prácticas, siempre que se verifiquen todos los requisitos para ello, en aras de proteger la libre, eficiente, sana y transparente competencia.

BIBLIOGRAFÍA**A. Textos.**

- ✓ Apuntes de la Cátedra de Derecho Económico de la Universidad Austral de Chile, impartida el año 2004.
- ✓ Archila, María; *Los Precios Predatorios: Una Forma de Abuso de la Posición Dominante*; 2001; [citado el 27 de Septiembre del 2006]; disponible en <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere2/Tesis13.pdf>.
- ✓ García Menéndez, Sebastián; *Competencia Desleal. Actos de Desorganización del Competidor*; Lexis Nexis; Buenos Aires; 2004.
- ✓ Grau Arnau, Susana & Merino Castelló, Anna; *Precios Predatorios: Análisis Legal y Económico*; 29.06.2005; [citado el 25 de Septiembre del 2006]; disponible en http://www.gencat.net/economia/doc/doc_66955304_1.pdf.
- ✓ Hernández Rodríguez, Francisco; *Precios Predatorios y Derecho Antitrust. Estudio Comparado de los Ordenamientos Estadounidense, Comunitario y Español*; Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.; Madrid; 1997.
- ✓ Horn, Küpfer; Carolina; *La Discriminación de Precios como Práctica Contraria al Derecho Chileno de la Libre Competencia*; Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales; Universidad de Chile; Facultad de Derecho; Santiago; 2004.
- ✓ Palau Ramírez, Felipe; *Descuentos Promocionales. Un análisis desde el Derecho contra la Competencia Desleal y la Normativa de Ordenación del Comercio*; Marcial Pons; Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.; Madrid, 1998.
- ✓ Paredes, Ricardo; *Límites a la Publicidad Comparativa y Jurisprudencia Antimonopolios en Chile*; [citado el 03 de Diciembre del 2006]; disponible en <http://www.ingenieriaindustrial.cl/documentos/Publicidad%20Comparativa.pdf>.
- ✓ Sanhueza, Ricardo; “*Precios predatorios y competencia*”; 22.12.2003; [citado el 29 de Septiembre del 2006]; disponible en http://www.egresados.ese.cl/publicaciones/pdf_profesores/Precios%20predatorios%20y%20competencia.pdf.
- ✓ Villalba Merlo, Francisco & Periañez Cañadillas, Iñaki; *La Promoción de Ventas en los Mercados de Consumo: Propuesta de un Nuevo Enfoque de Gestión Promocional*; 2002; [citado el 20 de Octubre del 2006]; disponible en <http://www.ehu.es/econfin2/cuadernos4/pdfs/gestion-01.pdf>.

B. Jurisprudencia.

- ✓ Dictamen Comisión Preventiva Central; N° 311; 26.01.1982; considerando séptimo; versión *on line*; [citado el 02 de Diciembre de 2006]; disponible en [http://www.fne.cl/fne/jurispru.nsf/0ec3c10ef5d4666408256d04008231ee/270a9dfa443043be08256e1c000a29bb/\\$FILE/Doc_311.pdf](http://www.fne.cl/fne/jurispru.nsf/0ec3c10ef5d4666408256d04008231ee/270a9dfa443043be08256e1c000a29bb/$FILE/Doc_311.pdf).
- ✓ Dictamen Comisión Preventiva Central; N° 330; 13.04.1982; considerando cuarto; versión *on line*; [citado el 02 de Diciembre del 2006]; disponible en [http://www.fne.cl/fne/jurispru.nsf/0ec3c10ef5d4666408256d04008231ee/cd213041c1c1ca3808256e1c000a29b9/\\$FILE/Doc0030_330.pdf](http://www.fne.cl/fne/jurispru.nsf/0ec3c10ef5d4666408256d04008231ee/cd213041c1c1ca3808256e1c000a29b9/$FILE/Doc0030_330.pdf).
- ✓ Dictamen Comisión Preventiva Central; N° 902; 02.05.1994; considerando tercero; versión *on line*; [citado el 02 de Diciembre de 2006]; disponible en [http://www.fne.cl/fne/jurispru.nsf/0ec3c10ef5d4666408256d04008231ee/f55324e8ccb4747708256e1c000a291b/\\$FILE/Doc0060.PDF](http://www.fne.cl/fne/jurispru.nsf/0ec3c10ef5d4666408256d04008231ee/f55324e8ccb4747708256e1c000a291b/$FILE/Doc0060.PDF).
- ✓ Dictamen Comisión Preventiva Central; N° 1039; 03.07.1998; considerando cuarto; versión *on line*; [citado el 03 de Diciembre de 2006]; disponible en [http://www.fne.cl/fne/jurispru.nsf/0ec3c10ef5d4666408256d04008231ee/593d551152bd231f08256e1c000a28f1/\\$FILE/Doc0016.PDF](http://www.fne.cl/fne/jurispru.nsf/0ec3c10ef5d4666408256d04008231ee/593d551152bd231f08256e1c000a28f1/$FILE/Doc0016.PDF).
- ✓ Dictamen Comisión Preventiva Central; N° 1089; 26.11.1999; considerando décimo; versión *on line*; [citado el 02 de Diciembre de 2006]; disponible en [http://www.fne.cl/fne/jurispru.nsf/0ec3c10ef5d4666408256d04008231ee/7601504e110fdfdb08256e1c000a290f/\\$FILE/Doc0066.PDF](http://www.fne.cl/fne/jurispru.nsf/0ec3c10ef5d4666408256d04008231ee/7601504e110fdfdb08256e1c000a290f/$FILE/Doc0066.PDF).
- ✓ Dictamen Comisión Preventiva Central; N° 1140; 03.11.2000; considerando primero; versión *on line*; [citado el 02 de Diciembre de 2006]; disponible en [http://www.fne.cl/fne/jurispru.nsf/0ec3c10ef5d4666408256d04008231ee/aa441435cc52c23d08256e1c000a2928/\\$FILE/Doc0034.PDF](http://www.fne.cl/fne/jurispru.nsf/0ec3c10ef5d4666408256d04008231ee/aa441435cc52c23d08256e1c000a2928/$FILE/Doc0034.PDF).
- ✓ Sentencia Comisión Resolutiva, N° 475; 12.11.1996; considerando tercero; versión *on line*; [citado el 03 de Diciembre de 2006]; disponible en [http://www.fne.cl/fne/jurispru.nsf/0ec3c10ef5d4666408256d04008231ee/261667b6be55b11508256e0000619cde/\\$FILE/Doc0025.PDF](http://www.fne.cl/fne/jurispru.nsf/0ec3c10ef5d4666408256d04008231ee/261667b6be55b11508256e0000619cde/$FILE/Doc0025.PDF).
- ✓ Sentencia de la Comisión Resolutiva; N° 479; 31.12.1996; considerando noveno; versión *on line*; [citado el 02 de Diciembre de 2006]; disponible en [http://www.fne.cl/fne/jurispru.nsf/0ec3c10ef5d4666408256d04008231ee/55fcfda766fe682008256e0000619ce7/\\$FILE/Doc0029.PDF](http://www.fne.cl/fne/jurispru.nsf/0ec3c10ef5d4666408256d04008231ee/55fcfda766fe682008256e0000619ce7/$FILE/Doc0029.PDF).
- ✓ Sentencia Comisión Resolutiva; N° 642; 03.04.2002; considerandos décimo, undécimo y décimo cuarto; versión *on line*; [citado el 02 de Diciembre de 2006]; disponible en [http://www.fne.cl/fne/jurispru.nsf/0ec3c10ef5d4666408256d04008231ee/7fadd1b1fa49ccfb08256d19000d05ce/\\$FILE/642%20p.pdf](http://www.fne.cl/fne/jurispru.nsf/0ec3c10ef5d4666408256d04008231ee/7fadd1b1fa49ccfb08256d19000d05ce/$FILE/642%20p.pdf).

- ✓ Sentencia Tribunal de Defensa de la Libre Competencia; N° 9; 05.10.2004; considerando vigésimo octavo; versión *on line*; [citado el 04 de Diciembre de 2006]; disponible en http://www.tdlc.cl/db_images/sentencias/42d6af4e2bc2c_Sentencia-09-2004.pdf.
- ✓ Sentencia Tribunal de Defensa de la Libre Competencia; N° 12; 20.12.2004; considerando séptimo; versión *on line*; [citado el 04 de Diciembre de 2006]; disponible en http://www.tdlc.cl/db_images/sentencias/42d6af79246eb_Sentencia-12-2004.pdf.
- ✓ Sentencia Tribunal de Defensa de la Libre Competencia; N° 17; 20.05.2005; considerando séptimo; versión *on line*; [citado el 04 de Diciembre de 2006]; disponible en http://www.tdlc.cl/db_images/sentencias/42d6afb604b2e_Sentencia-17-2005.pdf.
- ✓ Sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia; N° 39; 13.06.2006; considerandos cuarto, quinto y trigésimo tercero; versión *on line*; [citado el 02 de diciembre de 2006]; disponible en http://www.tdlc.cl/db_images/sentencias/4491e09b5fdd1_Sentencia-39-2006.pdf.