

DERECHO MERCANTIL Y DE LA LIBRE COMPETENCIA

Fernando Araya Jasma
Profesor de Derecho Comercial
Universidad Diego Portales

EL PROBLEMA DEL OLIGOPOLIO Y LOS EFECTOS COORDINADOS. CORTE SUPREMA, 2 DE ENERO DE 2013, ROL 3993-2012

Este comentario se centra en la sentencia de la CS recaída en las reclamaciones en contra de la resolución 39/2012 del TDLC, referida a la consulta sobre la adquisición de Quiñenco S.A.(Shell) de los activos de Terpel Chile, ambos, actores en los mercados de la distribución de combustibles en Chile, caso conocido como Shell/Terpel. En este procedimiento no contencioso, el TDLC, en resolución dividida, declaró que la operación consultada era contraria a las normas del DL N° 211, impidiendo que los activos de Terpel Chile fueran adquiridos por Shell. La CS, en cambio, acogiendo las reclamaciones de las empresas parte de la operación, accedió a la misma, imponiendo medidas de mitigación.

Un oligopolio es un mercado con pocos oferentes. En microeconomía, en los extremos de mercados de competencia perfecta y de mercados monopólicos, los supuestos y los resultados son conocidos y uniformes. A diferencia de dichos extremos teóricos,

los resultados en mercados oligopólicos –medidos en niveles de precios, cantidades producidas, calidad de los productos, grados de innovación, alternativas para los consumidores, etc.– no son uniformes en abstracto, sino que dependen de las calificaciones que aporten los supuestos o la evidencia que se considere para algún mercado oligopólico en particular que se estudie.

En un extremo, es posible que en un oligopolio exista un acuerdo expreso entre competidores que haga que el mercado se comporte, en los hechos, como un monopolio. Es lo que hoy todos conocemos como colusión. En este mismo extremo, sin acuerdo expreso, también es posible que se verifiquen resultados próximos a monopolio, según se expondrá. En el otro extremo, sin embargo, un oligopolio con una fuerte intensidad competitiva también es concebible. La teoría del oligopolio, por tanto, ofrece distintos modelos que, a partir de diferentes supuestos, permiten mostrar que los resultados estarán más cercanos a competencia perfecta, o bien, más cercanos a monopolio. Tal como sostuvo George Stigler, “con el oligopolio, virtualmente, todo es posible”.

En todo oligopolio existe lo que la literatura denomina ‘interdependencia oligopolística’, esto es, las empresas de un mercado como éste toman sus decisiones influidas por su interdependencia mutua. Siendo pocos, cualquier cambio en los precios o productos de un actor tendrá una influencia directa en los resultados de sus rivales lo que hará que éstos ajusten sus estrategias de precios y otras. De este modo, la empresa de un mercado oligopólico considera tanto la demanda de mercado por su producto como la reacción de sus rivales frente a sus estrategias comerciales. Ninguna empresa puede librarse de esta última consideración.

Con lo anterior, entonces, que los resultados de un mercado oligopólico sean más cercanos a monopolio, no depende exclusivamente de un acuerdo expreso, esto es, de una colusión entre los competidores de dicho mercado sino, independientemente de lo anterior, de la decisión individual de cada empresa de actuar en cooperación con sus rivales (por oposición a competir intensamente entre ellos) y de los niveles de eficacia de la referida interdependencia. Como señala Nicolás Petit:

“Bajo ciertas condiciones, los oligopolistas pueden coordinar sus precios (y/o cualquier otra variable) y alcanzar conjuntamente beneficios supra-competitivos, pero sin establecer un arreglo institucional para ello (es decir, sin contrato, acuerdo, joint-venture,

asociación gremial, etc.). En términos de efectos, el mercado funciona tal como si hubiera colusión. En términos de las formas (o procesos), sin embargo, no habrá algo como una colusión en el mercado. De allí el conocido oxímoron ‘colusión tácita’”^{1,2}.

¹ PETIT (2012) p. 2.

² La CS ha sido categórica en el pasado en rechazar una idea de colusión tácita. CS, 26 de octubre de 2005, en causa contenciosa rol N° 3327-05 (Distribuidoras de Combustibles I), expresa: “El mencionado artículo [...] establece una serie de actuaciones que deben ser voluntarias o dolosas, esto es, que tengan la intención de provocar determinado resultado. Por lo tanto, no puede comprender figuras en que la voluntad esté ajena, o sea el producto de actuaciones meramente coincidentes entre las distintas compañías, *pues no puede sancionárseles por supuestas o presuntas colusiones tácitas* como fue calificada la actuación de éstas por la propia [FNE]. En efecto, la lectura y análisis de los diversos antecedentes y probanzas del expediente, *sólo permite formular hipótesis de colusiones tácitas entre las denunciadas, pero en ningún caso extraer conclusiones definitivas, que es lo que se necesitaría para poder tipificar un hecho descrito en la norma legal y producto de ello imponer sanciones*” (considerando 11°). En sentido similar CS, 28 de diciembre de 2006, en causa contenciosa rol N° 3395-06 (Navieras DUS), (considerando 9°).

Sin embargo, en la redacción vigente a la fecha de dichos pronunciamientos y más aún en la actual redacción, las conductas ejemplares del art. 3 inciso 2° del DL 211 incluyen a lo menos tres conceptos que constituyen alternativas en las cuales se ha subsumido la colusión tácita en Derecho Comparado: ‘acuerdos tácitos entre competidores’, ‘prácticas concertadas entre competidores’ y, ‘explotación abusiva por parte de un conjunto de agentes económicos de una posición dominante en el mercado’.

Es decir, se trata de una decisión individual, influida por la estructura y características del mercado, pero, en todo caso, de una estrategia deliberadamente escogida por cada empresa del oligopolio: una empresa siempre puede escoger desviarse de un equilibrio cooperativo alcanzado de modo tácito, sin acuerdo expreso, y buscar quitarle participaciones de mercado a las demás empresas, por medio de una competencia más intensa³.

En el caso que comentamos, esta idea de coordinación por interdependencia oligopolística, sin acuerdos expresos mediante, fue expuesta por la FNE y reconocida por el TDLC en la resolución que fue revisada por la CS, en los siguientes términos:

“Una operación de concentración en un mercado oligopólico incrementa el riesgo de acciones coordinadas entre los competidores, el cual también se puede ver afectado por otras características del mercado o de los productos. / Este riesgo *no sólo se refiere a la posibilidad de colusión* entre las empresas que se mantendrán en el mercado, sino también, el de *coordinación por interdependencia de sus decisiones comerciales, esto es, sin mediar acuerdos entre ellas*”⁴.

³ Richard Posner, en un artículo clásico en la materia ha consignado esta circunstancia, proponiendo incluso la imposición de multas a los miembros de un oligopolio por esta ‘colusión tácita’. POSNER (1969).

⁴ TDLC, 26 de abril de 2012, resolución N° 39/2012 (Shell/Terpel), párrafos 9.2 y 9.3, parte considerativa.

Existe abundante literatura sobre colusión tácita y, desarrollos más recientes sobre lo que se ha dado en llamar el ‘problema del oligopolio’, que respaldaban el consenso conceptual sobre efectos coordinados de las autoridades administrativa y jurisdiccional especializadas. Sin embargo, dichas razones teóricas y empíricas no fueron comprendidas por la sala de la CS encargada de resolver estos asuntos, ya que, tal como veremos en la primera sección de este comentario, la CS incurre, precisamente, en el error de confundir colusión expresa entre competidores con efectos coordinados. A partir de esta debilidad de la sentencia, aprovechamos de extendernos sobre otras consideraciones de los efectos coordinados, más allá del caso en comento.

Antes de concluir, otro capítulo del comentario mostrará que los fundamentos de la sentencia de la CS van en sentido opuesto a justificar la imposición de medidas de mitigación, medidas que termina imponiendo. En otros términos, sostenemos que existe una falta de coherencia entre las partes considerativa y resolutive de la sentencia de la CS. Esto es, si bien podemos compartir los resultados de la sentencia, los operadores jurídicos nos vemos privados de las razones de la CS para haber llegado a ellos.

A modo de conclusión, conjeturamos acerca de lo que puede ser el tratamiento de la colusión tácita y los efectos coordinados en el futuro próximo.

1. LOS EFECTOS COORDINADOS Y LA COLUSIÓN EXPRESA ENTRE COMPETIDORES SON COSAS DISTINTAS

Tal como afirmamos, estimamos que la CS en este caso ha confundido efectos coordinados con colusión expresa entre competidores. Parece claro que la CS está hablando de un acuerdo explícito entre competidores, en especial, en los siguientes considerandos:

“Al no existir evidencia concreta de que la fusión pueda aumentar los riesgos de la coordinación entre los actores, *no es posible ex ante presumir una conducta que finalmente derive en el ilícito colusorio que se ha establecido en el fallo recurrido* (considerando 17°).

Al no encontrarse acreditado de forma clara y precisa que uno de los efectos de la pretendida fusión será la coordinación futura de empresas que operan en el mercado de la distribución de los combustibles, *y no estando facultado el tribunal para hacer un juicio ex ante, porque como se ha señalado involucra presumir sin antecedentes concretos el ánimo de coludirse*, y al estar en esta instancia cumpliendo con la función consultiva, no corresponde que el tribunal ejerza en ésta *su potestad sancionatoria, extraña a un procedimiento no contencioso* como el conocido, toda vez que no existe conducta que por esta vía deba ser reprimida” (considerando 19°).

Primero, es importante descartar que sea la medida en sí misma de prohibir la operación lo que constituye el problema para la CS. En efecto, desestimando una alegación de nulidad de Derecho Público en otra sección de la sentencia comentada, la CS fue suficientemente categórica en cuanto a que el TDLC sí está facultado y tiene la alternativa de denegar la aprobación de una operación de concentración, lo que es otro modo de decir que puede prohibir su materialización⁵. Para la CS, entonces, el problema radica en las razones por las cuales el TDLC adoptó dicha medida. Es en ello, o lo que es lo mismo, su comprensión acerca de los riesgos que se busca prever y el sentido que tiene el control de operaciones de concentración donde radica el error de la CS. En efecto, el máximo tribunal estaría dejando fuera del control preventivo el problema del oligopolio, la

⁵ En efecto, la CS sostiene que el TDLC se encuentra facultado, entre otras alternativas, para ‘denegar la solicitud que le fuese hecha’ y que en el ejercicio de su facultad consultiva, el TDLC ‘incluso puede pronunciarse negativamente respecto de la operación sometida a consulta’ (considerando 9°). Luego, la CS agrega: “Una sentencia dictada en un procedimiento no contencioso en ejercicio de la denominada potestad consultiva-preventiva del tribunal para resolver consultas conducentes a otorgar certeza mínima a los actores del mercado al calificar o determinar la eventual contradicción entre un hecho, acto o convención singular y la libre competencia apreciada en un mercado relevante concreto [...] no tiene por finalidad sancionar un injusto monopolístico específico a través de los momentos jurisdiccionales, sino que se trata de *medidas correctivas o prohibitivas* dispuestas según las particularidades de cada caso” (considerando 11°).

interdependencia oligopolística, los efectos coordinados puros, es decir, todo aquello que, a pesar de poseer un potencial nocivo para el mercado equivalente al de la colusión expresa, al no tratarse de este ilícito, no sería sancionable *ex post*, según se entiende mayoritariamente⁶. Para la CS, por tanto, el control preventivo de fusiones trataría sólo de prevenir ilícitos, no así de evitar resultados adversos para el mercado al margen de ilícitos anticompetitivos y, lamentablemente, es en ello donde radica buena parte del problema del oligopolio. Con todo, digamos que, eventualmente, es posible dar una lectura más amplia al siguiente considerando:

“La potestad consultiva busca *prevenir o evitar la comisión de un*

⁶ En el párrafo pertinente de la resolución 39/2012 del TDLC, de 26 de abril de 2012 (Shell/Terpel), se lee lo siguiente: “*Como señala la FNE en su informe de fojas 320* [...] Para efectos de este análisis, el término ‘coordinación’ involucra ámbitos más amplios de comportamiento e interacción entre empresas, no todas sancionables *ex post* por la legislación de defensa de la libre competencia. No obstante lo anterior, aún cuando muchos de estos comportamientos no puedan considerarse abusivos o ilegítimos *ex post*, igualmente reducen el vigor competitivo de los mercados y por lo mismo deben ser considerados al momento de evaluar los efectos de una fusión, en términos de evitar o mitigar los elementos estructurales que propicien dichas conductas’. *En la nota al pie que acompaña a esta cita, la Fiscalía menciona que tal concepción respecto al alcance de los riesgos coordinados es compartida por autoridades de competencia en otras partes del mundo, citando ejemplos de Estados Unidos y la Unión Europea*” (párrafo 9.3).

injusto monopolístico por la vía de pronunciarse sobre un hecho, acto o convención que no se ha ejecutado o celebrado, o *advertir sobre las consecuencias nocivas para la libre competencia* de la persistencia en un hecho, acto o contrato ya ejecutado o celebrado, solicitándose que aquél cese o estos sean terminados, o bien, de perseverarse en los mismos, éstos sean ajustados a ciertas condiciones que establecerá el propio Tribunal Antimonopolístico” (considerando 11^o).

Sin embargo, el análisis de la CS sobre los efectos coordinados, que se manifiesta en especial en las consideraciones de la sentencia con las que abrimos esta sección, parece dejar en claro que éstos estarían referidos, únicamente, a los riesgos de que se cometa un ilícito de colusión expresa. Sentencias anteriores de la CS sobre acuerdos entre competidores, en que el máximo tribunal ha hecho referencias a la expresión ‘colusión tácita’, para descartarla, apuntarían en el mismo sentido⁷.

2. ¿QUIÉN DEFINE EN ÚLTIMO TÉRMINO QUÉ SE ENTIENDE POR EFECTOS COORDINADOS Y QUIÉN ESTÁ EN MEJORES CONDICIONES PARA EVALUAR SU EXISTENCIA EN UN CASO?

Sobre la base de lo expuesto en la sección anterior, resulta evidente la

⁷ Véase *supra*, n. 2.

discrepancia conceptual entre lo que la FNE y el TDLC entienden por efectos coordinados, por una parte, y lo que la CS entiende por los mismos, por la otra. Brota naturalmente una pregunta: ¿en qué órgano recae la atribución de definir en último término un concepto técnico como éste, en un escenario con autoridad administrativa y órgano jurisdiccional especializados, y un tribunal superior generalista encargado de la última revisión? Es verdad que ‘*efectos coordinados*’ no es una expresión que haya recogido el legislador, pero dada la cantidad considerable de instrumentos que la recogen a nivel comparado, y lo diseminado de su utilización en la práctica, parece indudable que cae bajo el criterio de interpretación de las palabras técnicas de toda ciencia o arte del artículo 21 del *Código Civil*.

Un razonable reparto de competencias parecería inclinarse en favor de limitar la revisión de la CS sobre definiciones de conceptos técnicos, particularmente, cuando las autoridades especializadas –administrativa y jurisdiccional– concuerdan en las mismas, como fue en este caso. De otro modo, la inversión pública en especialización pierde sentido.

Enseguida, es la literatura económica la que sostiene que existen ciertos mercados más proclives a uno u otro tipo de riesgo anticompetitivo, consideraciones teóricas propias de la formación de economistas y que, cuando es posible –dadas las restricciones de tiempo e información disponible– suelen estar respaldadas en evidencia empírica que muestra la

existencia de determinados efectos en el caso en análisis. Ni una particular familiaridad con la literatura económica ni una formación en métodos cuantitativos son requisitos exigidos en la formación de nuestros jueces de la CS encargados de efectuar la revisión de las resoluciones del TDLC, y no parece que esto sea algo que deba serles exigido. Pero este estado de cosas implica reconocer que el margen que tienen los revisores para apreciar adecuadamente si se verifican o no determinados efectos económico en un caso concreto, también es limitado en los hechos.

Con lo anterior y, con lo extraño a la actividad jurisdiccional que resulta el ejercicio prospectivo –casi de futurología– que implica identificar los riesgos para la competencia en un mercado como consecuencia de una operación de concentración, ¿no sería más razonable que la CS se autocontuviera en su revisión de resoluciones del TDLC recaídas en operaciones de concentración, y enfocara sus esfuerzos sólo en las medidas o condiciones impuestas, esto es, en la coherencia de las medidas impuestas con los riesgos identificados, en la capacidad efectiva de dichas medidas para conseguir la mitigación de los riesgos, en la proporcionalidad de las mismas, su idoneidad y facilidad de implementación práctica y en las posibilidades reales de fiscalización de su cumplimiento?

Estimamos que un razonable reparto de competencias aconseja esta autocontención de la CS. Si asumimos que la identificación de riesgos

contra la competencia es un aspecto técnico que debería agotarse en la resolución del TDLC, descontados los errores manifiestos que siempre podrá advertir y remediar la CS en este ámbito, el máximo tribunal debería volcar sus esfuerzos al estudio de las medidas de mitigación, no sólo de aquellas medidas efectivamente impuestas en la resolución del TDLC sino, también, en su caso, en el análisis de las medidas que debieron imponerse⁸.

Es en las medidas de mitigación donde se juega la conjugación fina de derechos que permite definir un equilibrio para el desenvolvimiento de las libertades de las empresas parte de la operación en análisis, de sus rivales, de sus clientes y de sus proveedores. Es en las medidas de mitigación donde falta bastante por trabajar en Chile. Y es en este ámbito donde la CS podría hacer un mejor aporte. En un caso como el presente, por ejemplo, creemos que se ha perdido una importante oportunidad para imponer obligatoriamente a las empresas del sector la implementación de programas de cumplimiento

⁸ Para que la CS se convenza de ello, evidentemente, en nada ayuda que las resoluciones del TDLC sean divididas en conceptos tan esenciales como el de eficiencias productivas o sobre el estándar para acreditar éstas o los riesgos para la competencia. Quizá sea éste un problema inadvertido por el TDLC en su disidencia en Shell/Terpel, que va en contra de las pretensiones manifestadas públicamente por algunos de sus miembros actuales y pasados en orden a limitar el alcance de la revisión en reclamación que practica la CS en estos casos.

efectivo con la legislación de competencia, fundamentales en mercados que quedarán estructurados en Chile con dos o tres actores en el segmento minorista en ciertas localidades, en una industria con alta incidencia en la economía del país y de preocupación permanente a nivel comparado.

En el caso comentado, entonces, la CS adopta su propia concepción de efectos coordinados, entendiéndolos como limitados al riesgo de que se produzca una colusión expresa. Con ello, sacó los efectos coordinados puros, los problemas de interdependencia estratégica en el oligopolio, del único ámbito donde están siendo controlados a nivel comparado. Se ha defendido, en efecto, que este control *ex ante* de los efectos coordinados representa un mínimo, que hace proliferar absoluciones indebidas (falsos negativos o errores tipo II en términos estadísticos) y que, por tanto, la aplicación de las leyes de competencia y la promoción de la competencia deberían y podrían hacer mucho más que aquél mínimo. La Excma. CS, con la concepción de efectos coordinados adoptada en esta sentencia, de mantenerla en sentencias futuras, ni siquiera admitiría como legítimo ese mínimo control de riesgos, al menos conceptualmente.

3. ¿ES EL CONTROL PREVENTIVO DE LOS EFECTOS COORDINADOS LA ÚNICA HERRAMIENTA IDÓNEA FRENTE AL PROBLEMA DEL OLIGOPOLIO?

Es evidente que en nuestro país los mercados oligopólicos abundan. Exa-

minar en cuántos de ellos los resultados se acercan a monopolio y en cuántos de ellos se da una intensidad competitiva suficiente, constituye un área de investigación inagotable.

En los principales sistemas de libre competencia, el control preventivo con ocasión de operaciones de concentración –particularmente en mercados oligopólicos de productos homogéneos– se ha transformado en el mecanismo de control por antonomasia de los riesgos de coordinación en los oligopolios, más allá de la colusión expresa. Sin embargo, tal como indicábamos anteriormente, se ha sostenido que dicho mecanismo es insuficiente y presenta un conjunto de debilidades⁹. Según esta posición, se

⁹ Entre las limitaciones que se le atribuye a un sistema que controla los efectos de coordinación tácita sólo mediante un control preventivo o *ex ante*, Nicolás Petit menciona los siguientes: (i) oligopolios estables en que no se verifican operaciones de concentración, y otras situaciones que no gatillan la obligación de notificar quedan fuera del examen de competencia: en el extremo, el entendimiento implícito de las empresas podría consistir en evitar fusionarse con el fin de evitar los riesgos regulatorios de las autoridades de competencia; (ii) la teoría del oligopolio tiene una limitada capacidad predictiva, lo que implica que, en un enfoque prospectivo, la capacidad de hacer predicciones robustas sobre la probabilidad de colusión tácita post-operación, es también restringida; (iii) la relativamente breve duración del procedimiento y las fuentes de información disponibles con ocasión de la revisión de una operación de concentración no se compara con lo que se puede obtener por medio de una investigación conductual; (iv) las medidas que se acostumbra imponer para mitigar los riesgos coordinados tienen ciertas dificultades que les resta eficacia; (v)

haría necesaria la implementación de medidas de control *ex post* para los oligopolios donde no se verifican operaciones de concentración que permitan un análisis preventivo, donde tampoco se ha detectado ni perseguido una colusión expresa entre competidores, y donde, no obstante, se tienen antecedentes de que los actores mantienen una coordinación tácita que los inhibe de competir intensamente.

Con todo, no es fácil definir cómo hacer para que los mercados oligopólicos en la situación descrita sean más competitivos. Nicolás Petit identifica propuestas de herramientas que se encuentran fuera del derecho de la competencia tradicional y herramientas dentro de él. Entre las primeras, considera la imposición de medidas ad hoc al oligopolio en cuestión, posteriores a un estudio del mercado. Entre éstas, podrían considerarse la desinversión de activos (normalmente, propias de una investigación y no de un estudio de mercado), la eliminación de prácticas facilitadoras de la colusión que se hayan identificado, mecanismos de regulación directa de precios, órdenes de congelamiento de precios, fo-

el sistema actual estaría arrojando muchas absoluciones indebidas; (vi) en un escenario con una eficaz política anticarteles, las empresas incrementan el uso de mecanismos tácitos para coordinarse, con el fin de evitar el rigor de la ley y (vii) en un escenario hipotético en que una empresa postula a la delación compensada autodenunciando su participación en una situación de colusión tácita, la autoridad de competencia tendría dificultades para excusarse de investigarla. PETIT (2012) pp. 49-55.

mentar financiamiento público para nuevos entrantes interesados en competir efectivamente, etc.¹⁰. En cuanto a herramientas dentro del derecho de la competencia tradicional, el autor evalúa las diferentes propuestas en torno a fortalecer la aplicación de las disposiciones legales sobre acuerdos y sobre abusos de posición dominante, sin sostener que todas ellas sean alternativas igualmente viables.

En efecto, de todas las propuestas revisadas, la más plausible parece ser la de fundarse en las disposiciones legales sobre abuso, recurrir a la idea de posición dominante colectiva –de la cual puede abusarse con conductas individuales o con conductas conjuntas– y enfocarse en aquellos casos en que las conductas se orientan a ejecutar estrategias o prácticas ‘antievntos disruptivos’. Los oligopolios en un equilibrio cooperativo de coordinación meramente tácita se ven desestabilizados por dos tipos de eventos disruptivos:

- i) la entrada de una nueva empresa y
- ii) *shocks* externos tales como cambios regulatorios y tributarios, cambios repentinos y significativos en la demanda, introducción de nuevas tecnologías, cambios en los precios de los insumos y, reformas de apertura de mercados.

Con el fin de evitar o minimizar los efectos desestabilizadores de estos eventos disruptivos, los miembros del oligopolio, actuando en forma individual o conjunta, pueden desarrollar prácticas para retardar, dificultar o impedir su materialización.

Así, respecto de la entrada de una nueva empresa, aquéllas ya establecidas podrán desarrollar prácticas que disuadan la entrada del nuevo competidor¹¹, prácticas de exclusión propiamente tales o, bien, prácticas de acomodación que inciten al nuevo entrante a adherir al equilibrio de coordinación tácita y le inhiban de competir intensamente.

Respecto de los *shocks* externos, diversas estrategias de adaptación tales como señalizaciones de precios, publicación de listas de precios, otros intercambios de información comercialmente sensible o, bien, una estrategia orientada a mantener las rentas económicas y cabildear ante las autoridades, con dicho propósito,

¹⁰ Entendemos que, si bien no es mencionada literalmente por Nicolas Petit, aquí se insertaría, entendida como una medida para fomentar la competencia, la idea de promover la creación de un actor de propiedad estatal en el mercado oligopólico de que se trate, siguiendo un enfoque técnico. En este plano –y no en el plano dogmático-constitucional con el que suele abordarse esta discusión en Chile– lo importante en el diseño será asegurar estándares mínimos de neutralidad competitiva (entre la regulación y cargas que afectan a la empresa pública y las que afectan a las empresas privadas) y una buena estructura de gobierno corporativo de la empresa pública, pudiendo, incluso, concebirse la empresa de propiedad estatal con áreas de administración a cargo de privados.

¹¹ Las estrategias de precio límite, el desarrollo de una agresiva campaña publicitaria, promocional o de fidelización y la integración vertical, por ejemplo, con un proveedor de un insumo importante en la producción, son algunos mecanismos que disuaden la entrada.

son estrategias que pueden concebirse por parte de uno o más miembros del oligopolio.

Nicolás Petit sostiene que las normas sobre abuso tendrían un importante papel que desempeñar frente a prácticas ‘antieventos disruptivos’ como las mencionadas, en la medida que la definición de los requisitos para la configuración del abuso y el estándar para su acreditación se encuentren establecidos con claridad y no sean fuentes de incertidumbre adicional¹².

Al complementar el control *ex ante* que se hace vía efectos coordinados con un control *ex post* como el sugerido por Nicolás Petit, los oligopolios en equilibrio cooperativo meramente tácito tendrían un esquema coherente y completo de tratamiento. Sin desconocer las importantes dificultades y desafíos que implicaría avanzar en la implementación de algo semejante, el autor sostiene que, de hacerse, se conseguirían las siguientes ventajas: contribuiría a superar los

problemas de falsas absoluciones o errores tipo II que mantiene a muchos mercados con oligopolios estables por muchos años; permitiría no descansar tanto en el ejercicio prospectivo que implica el intervención *ex ante* y preventiva de los efectos coordinados y confiar en la mayor certeza que brinda un control *ex post* con conductas efectivamente ejecutadas y superaría la inconsistencia conceptual que estaría dada porque hoy todas las prácticas anticompetitivas tendrían mecanismos de control *ex ante* y *ex post*, salvo en el caso de la colusión, toda vez que la colusión expresa sólo tiene un control efectivo *ex post* y no *ex ante* y la colusión tácita sólo tiene un control *ex ante* y no *ex post*¹³.

De mantenerse el criterio de la CS sobre los efectos coordinados, el máximo tribunal nos mantendría en un escenario aún peor, sin control ni *ex ante* ni *ex post* de la colusión tácita.

4. WITH A LITTLE CONSISTENCY FROM MY FRIENDS

En esta sección volvemos sobre la sentencia de la CS, esta vez en su parte dispositiva, la que ordena la desinversión de estaciones de servicio en determinadas localidades y el finiquito de contratos referidos a la capacidad de almacenamiento de combustible. Se trata de medidas significativas desde el punto de vista de los intereses de las compañías parte de la operación. Y, sin embargo, la

¹² En efecto, para el caso de las estrategias antientrada, Nicolas Petit sostiene que deben acreditarse seis elementos: (i) que existe coordinación tácita; (ii) entrada plausible o real; (iii) evidencia sobre la intención de la conducta anti-entrada; (iv) vínculo entre la coordinación tácita y la conducta antientrada; (v) ausencia de explicación pro-competitiva alternativa y (vi) evidencia de el regreso real o probable a la situación de colusión tácita después de la entrada. PETIT (2012) p. 73. En el caso de las estrategias antishocks externos, sostiene que la investigación académica y los desarrollos en la aplicación de la ley tienen el desafío de identificar con suficiente certeza los elementos que permiten considerarlas abusivas, *op. cit.*, p. 76.

¹³ PETIT (2012) pp. 76-77.

parte considerativa de la sentencia de la CS no brinda claridad respecto de cuáles fundamentos tuvo a la vista para su imposición.

Recordemos que el TDLC, en resolución dividida, había prohibido la compra de los activos de Terpel Chile por parte de Shell. Y la solución menos radical de la CS parece intuitivamente la correcta: la resolución del TDLC era dividida; ninguno de los intervinientes en el procedimiento, ni siquiera la FNE, había abogado porque la compra de Shell no fuera autorizada, sin perjuicio de la imposición de medidas de mitigación; con la operación se fortalecía la posición de la segunda cadena de distribución de combustibles en Chile, con una participación aún muy por debajo de la cadena líder del mercado; y la CS había dado por acreditadas eficiencias productivas alegadas y su probabilidad de traspaso a consumidores finales¹⁴.

Aun cuando haya sido una sentencia inspirada en la intuición ju-

¹⁴ “De lo expuesto fluye que, a diferencia de lo expresado en el fallo impugnado, existen eficiencias importantes asociadas a la operación que permiten sostener, en esta etapa previa a la materialización de la pretendida fusión, que la misma puede implicar beneficios que serán traspasados a los consumidores finales y que se verán reflejados en los precios de los combustibles” (considerando 26°) Adicionalmente, cabe considerar que la prohibición de operaciones de concentración por autoridades de competencia suelen ser excepcionales a nivel comparado. Para tomar el caso del sistema europeo, por ejemplo, la Comisión no ha prohibido una operación de concentración debido a sus efectos coordinados desde el año 2001. PETIT (2012) p. 51.

dicial, en los años de experiencia administrando justicia que suman quienes integraron la Tercera Sala en esta ocasión, sentimos que esta sentencia cojea en sus fundamentos, porque la sensación que genera poco antes de concluir la lectura de la parte considerativa, es que la operación iba a ser aprobada pura y simplemente. Quizá, de modo más ilustrativo, el siguiente razonamiento de la CS:

“Que luego de analizar los factores de riesgo de la operación consultada, así como las posibles eficiencias que generaría la fusión entre dos empresas del mercado de los combustibles, es posible a juicio de esta Corte determinar –en esta etapa preliminar– *que no existen fundamentos concretos que permitan arribar a la convicción de que la operación consultada tendrá efectos negativos o perniciosos para la libre competencia.* [...] La prohibición de la operación no es proporcional al eventual riesgo que se trata de evitar” (considerando 31°).

Hay entonces un salto lógico cuando, luego de tan categórica conclusión, la CS evalúa la pertinencia de imponer medidas de mitigación

‘a la luz de lo expresado en el informe evacuado por la [FNE] y de lo expresado por su representante en estrados’,

evaluación que se limita a revisar que en el pasado el TDLC ha impuesto medidas de desinversión de activos que han sido ratificadas por la CS.

Sin riesgos claramente identificados, la CS no debió imponer medidas de mitigación. Y la parte resolutoria de una sentencia ha de guardar coherencia con la parte considerativa de la misma. Los principios recogidos en las disposiciones legales sobre requisitos de las sentencias judiciales y las causales de nulidad formal de las mismas parecen vulnerados aquí, del mismo modo que las recomendaciones de buenas prácticas sobre imposición de medidas de mitigación en operaciones de concentración.

282

5. REFLEXIONES FINALES

Y LO QUE ES ESPERABLE EN EFECTOS COORDINADOS Y COORDINACIÓN TÁCITA EN EL FUTURO PRÓXIMO

La sentencia de la CS en Shell/Terpel ha fijado los siguientes criterios principales:

- i) Sin perjuicio de aclaraciones o cambios jurisprudenciales futuros, el análisis de los efectos coordinados evaluados en el control preventivo de operaciones de concentración en mercados oligopólicos está limitado a analizar el riesgo de colusión expresa entre competidores, no así el riesgo de equilibrios cooperativos de coordinación meramente tácita entre los actores. Con ello, la CS traslada al control

ex ante criterios equivalentes a aquéllos que en el pasado había consignado en el control *ex post* para la colusión tácita (considerandos 17° a 20°);

- ii) El TDLC está legalmente facultado para prohibir una operación de concentración cuando ‘existan antecedentes serios que permitan arribar a la conclusión de que una operación de concentración determinada producirá efectos contrarios a la libre competencia’. Queda pendiente definir en qué circunstancias se estará ante estos ‘antecedente serios’, ya que en el caso en comento, la prohibición impuesta por el TDLC fue considerada por la CS como no proporcional al eventual riesgo que se trataba de evitar (considerandos 9°, 13°, 31°);
- iii) El TDLC está legalmente facultado para ordenar desinversiones en procedimientos no contenciosos (considerando 32°);
- iv) Recogiendo algo que la CS ya había sostenido anteriormente, tanto la FNE como el TDLC están facultados para, una vez concretada la operación de concentración, efectuar un análisis para evaluar el funcionamiento y efectividad de las medidas de mitigación aplicadas, pudiendo, en caso de que cambien las circunstancias de hecho, modificar el alcance de las

- medidas (considerando 34°);
- v) Una operación que aún no se ha materializado no puede ser calificada de ‘contraria a la libre competencia’, calificación que estaría reservada para las infracciones conductuales. En el análisis prospectivo del procedimiento no contencioso, preventivo-consultivo, se consideran los ‘riesgos’ aparejados a la concentración en análisis o, bien, la operación puede producir ‘efectos’ contrarios a la libre competencia, pero la operación en sí misma no puede recibir dicha calificación (considerandos 13°, 15°);
- vi) Las resoluciones del TDLC dictadas como término del procedimiento no contencioso, tienen la naturaleza jurídica de ‘sentencias’ y, contra las sentencias judiciales no procede la nulidad de Derecho Público (considerandos 9° a 11°);

En este comentario hemos utilizado esta sentencia de la CS como pretexto para extendernos, especialmente, sobre aspectos significativos de los mercados oligopólicos y en las opciones para corregir los problemas de competencia asociados a ellos, sobre el reparto de atribuciones en la institucionalidad chilena del derecho de la libre competencia y sobre la necesidad de coherencia entre los riesgos identificados y las medidas de mitigación impuestas. Más allá de las críticas que podamos formular a esta sentencia, uno de los aportes fundamentales de la misma es, en

definitiva, permitir que se abra la discusión sobre temas tan centrales en el diseño y funcionamiento de un sistema de derecho de la libre competencia que pretenda eficacia frente a los problemas de competencia en los mercados oligopólicos.

Respecto de mercados oligopólicos en equilibrio cooperativo de coordinación meramente tácita en el futuro próximo en Chile, cabe consignar lo siguiente.

Primero, el TDLC y la FNE han hecho recientemente un extenso y detallado análisis de efectos coordinados en relación con una operación de concentración en el sector de supermercados¹⁵. Esta resolución del TDLC está pendiente de revisión por la CS al momento en que escribimos estas líneas¹⁶. El criterio que adopte la CS respecto de los efectos coordinados en este caso es crucial para proyectar qué ocurrirá con este tipo de riesgo para la competencia en el futuro próximo. La CS tiene la oportunidad para ya sea, incorporar al control preventivo el equilibrio cooperativo de coordinación meramente tácita o, bien, para mantenerlo al margen como, a lo menos concep-

¹⁵ TDLC, resolución N° 43/2012, de 12 de diciembre de 2012 (SMU/Supermercados del Sur), los efectos coordinados son tratados bajo el epígrafe ‘riesgos de conductas coordinadas’, sección 12, parte considerativa. En el informe de la FNE presentado en este procedimiento, el 20 de diciembre de 2011, la materia fue tratada bajo el epígrafe ‘riesgos de coordinación’ entre los párrafos 105 y 184.

¹⁶ CS, rol N° 346-2013, Consulta SMU S.A. sobre fusión entre SMU S.A. y Supermercados del Sur S.A.

tualmente, ha hecho hasta ahora.

Segundo, la FNE viene trabajando desde hace un tiempo sobre restricciones verticales, otra de las prácticas con escaso desarrollo en la experiencia nacional, y es probable que en los próximos meses publique algún material sobre la materia. Algunas restricciones verticales son reconocidas en la literatura como prácticas facilitadoras de colusión. De modo que, con mayor claridad respecto de estas prácticas, acompañada de una estrategia de aplicación efectiva de la ley en industrias oligopólicas en que dichas prácticas se encuentren generalizadas, se podría abrir una herramienta de control *ex post* de los equilibrios cooperativos de coordinación meramente tácita en mercados oligopólicos.

Finalmente, a casi cuatro años de entrada en vigencia de la modificación legal encaminada a hacer más eficaz el sistema chileno de libre competencia contra los carteles duros, hay que reconocer ciertos matices en los éxitos que se han difundido. Si bien no se espera que las autoridades de competencia resuelvan todos los problemas de competencia de los oligopolios, pudiendo hacer más que centrarse en los casos de colusión expresa, deberían intentarlo. Podrían, en efecto, destinar algo de esfuerzos a la aplicación efectiva de la ley de competencia respecto de prácticas facilitadoras y conductas antieventos disruptivos y también,

potenciar labores de fomento de la competencia en mercados oligopólicos que se han mantenido estables por años. En efecto, parece urgente que, evitando sacrificios en certeza jurídica, se le asigne algún contenido a las expresiones legales ‘acuerdos tácitos entre competidores’, ‘prácticas concertadas entre competidores’ y ‘explotación abusiva por parte de un conjunto de agentes económicos de una posición dominante en el mercado’, so pena que estas disposiciones caigan en desuetudo.

BIBLIOGRAFÍA

- FILIPPELLI, Marilena (2013). “Collective Dominance and Collusion. Parallelism in EU and US Competition Law”. *Northampton*, MA, EE.UU.: Edward Elgar Publishing.
- PETT, Nicolas (2012). “The Oligopoly Problem in EU Competition Law”. Disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1999829. Consultada el 31 de mayo de 2013, por aparecer en el *Research Handbook in European Competition Law*, Ioannis Liannos and Damien Geradin eds., Edward Elgar Publishing.
- POSNER, Richard (1969). “Oligopoly and the Antitrust Laws: A Suggested Approach”. *Stanford Law Review*, vol. 21. Stanford., California.
- STIGLER, George (1964). “Theory of Oligopoly”. *Journal of Political Economy*, vol. 72. Chicago, Illinois.