

ANT.: Denuncia contra Buses Molisur SpA., Rol N° 2260-13 FNE.

MAT.: Minuta de archivo.

Santiago, 27 ENE 2014

A : FISCAL NACIONAL ECONÓMICO

DE : JEFE DIVISIÓN DE INVESTIGACIONES

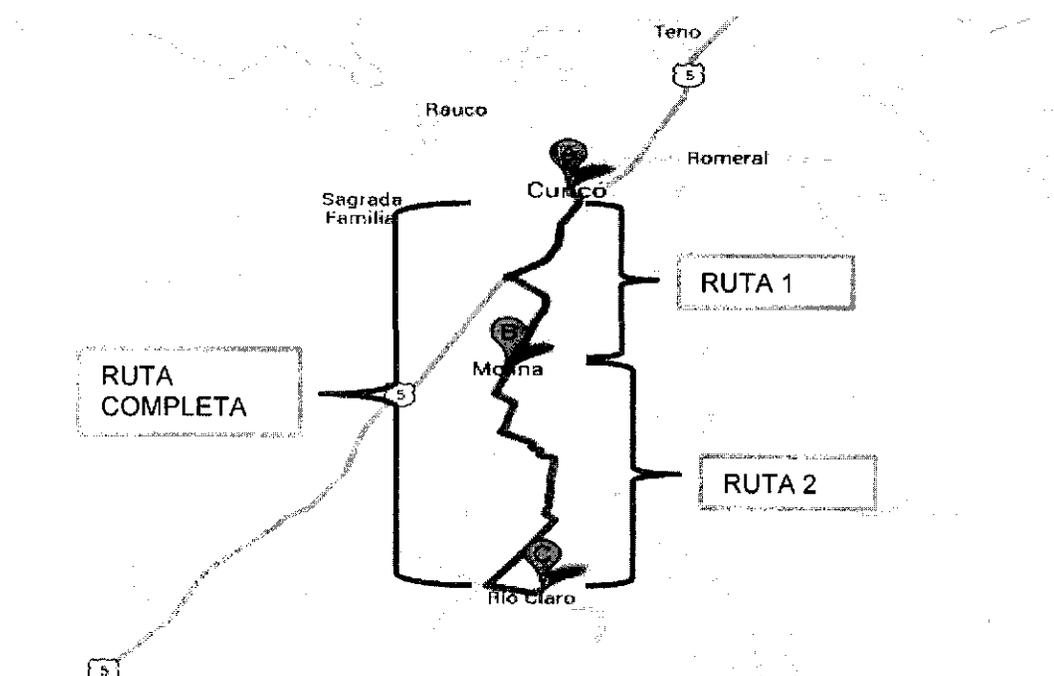
Por la presente vía, recomiendo a usted el archivo de la denuncia del Antecedente, en virtud de las razones que a continuación se exponen:

I. ANTECEDENTES

1. Con fecha 18 de octubre de 2013, un proveedor del servicio de transporte público de personas en zona rural ("**Denunciante**") presentó una denuncia ("**Denuncia**") ante la Fiscalía Nacional Económica ("**FNE**" o "**Fiscalía**") en contra de la compañía Buses Molisur SpA. ("**Molisur**" o "**Denunciado**"), por presuntas prácticas contrarias a la libre competencia.
2. En concreto, el Denunciante señala que Molisur expandió de manera paulatina su trayecto original entre las localidades de Curicó y Molina ("**Ruta 1**") hasta llegar a cubrir la zona ubicada entre Curicó y Río Claro (Cumpeo) ("**Ruta Completa**"). Lo anterior, con la supuesta finalidad de eliminar a los operadores que cubren la ruta entre Molina y Río Claro ("**Ruta 2**"), entre los que se encuentra el Denunciante¹.

¹ Para efectos de la presente minuta, se entenderá como "ruta" a aquella que conecta dos puntos geográficos A y B, sin considerar dónde se inicia o se termina el viaje. Por lo tanto, cada ruta incorporará los recorridos de A a B como de B a A.

Figura N° 1
MAPA DEL ÁREA RELEVANTE



Fuente: Elaboración propia en base a www.googlemaps.com

A: Curicó

B: Molina

C: Río Claro (Cumpeo)

3. Agrega el Denunciante que antes del ingreso de Molisur a la Ruta 2, materializada a principios del año 2012, los incumbentes realizaban la Ruta Completa solo en horas *peak* y utilizando para ello muy pocos buses. Por lo tanto, la regla general habría sido que la Ruta 1 y la Ruta 2 se cubrieran de manera separada y por oferentes diversos.
4. Según la Denuncia, Molisur habría perseguido la exclusión de sus competidores por medio de una *saturación del mercado*, lo que habría efectuado a través de la extensión de su servicio desde la Ruta 1 hacia la Ruta 2. En concreto, aprovechando el mayor número de autobuses con que cuenta, Molisur habría iniciado una conducta comercial agresiva, al hacer salir sus buses desde los terminales con un intervalo de entre 6 y 8 minutos, circunstancia que impediría a los incumbentes de la Ruta 2 tomar pasajeros.

5. Señala el Denunciante que, al momento de la entrada de Molisur a la Ruta 2, existían cuatro operadores de buses, de los cuales ninguno tenía más de 10 vehículos, además de un sindicato operador de colectivos con no más de 14 automóviles. Molisur, en cambio, contaría con una flota de alrededor de 60 buses, más modernos y de mejor calidad.
6. Todo lo anterior fue ratificado por el Denunciante en su declaración prestada en dependencias de esta Fiscalía, el día 13 de noviembre de 2013. Adicionalmente, en esa misma diligencia, el Denunciante señaló, entre otros aspectos, que el precio cobrado por Molisur superaba al de los operadores de la Ruta 2; que existían al menos dos empresas en la Ruta 1 con una flota de buses similares a Molisur; y que, paulatinamente, los operadores originales de la Ruta 2 habrían salido del mercado o habrían reducido los vehículos utilizados debido a la falta de rentabilidad de sus viajes.
7. Por las razones antes mencionadas, el Denunciante solicitó a esta Fiscalía que investigue los atentados a la libre competencia que habrían sido ejecutados por Molisur en este mercado². Concretamente, se indicó que las mismas corresponderían a prácticas predatorias y de competencia desleal efectuadas por el Denunciado en infracción del Decreto Ley N° 211 de 1973, que fija el régimen de defensa de la libre competencia ("DL 211").

II. ANÁLISIS DEL MERCADO

8. Para determinar si las conductas imputadas a Molisur constituyen o no una infracción a la normativa de libre competencia, corresponde en primer término identificar el o los mercados relevantes en que aquellas incidirían³.

² La Denuncia también indica que las autoridades de Río Claro habrían otorgado a Molisur un permiso para usar como paradero un lugar ubicado en la localidad de Odessa, en una curva "muy peligrosa y sin las más mínimas condiciones básicas que se necesitan para el correcto funcionamiento de un terminal (baños para los choferes, sala de descanso y comedores)". Sin embargo, al no tratarse de una materia que resulte de competencia de esta Fiscalía, en lo sucesivo solo se evaluarán los presuntos comportamientos predatorios y de competencia desleal denunciados.

³ La FNE entiende por este el de: "[u]n producto o grupo de productos, en un área geográfica en que se produce, compra o vende, y en una dimensión temporal tales que resulte probable ejercer a

II.1. Mercado relevante

9. El artículo 1° del Reglamento de los Servicios Nacionales de Transporte Público de Pasajeros, establecido en el Decreto Supremo N° 212 de 1992 del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones (“**DS 212**”), define este servicio como el *“transporte nacional de pasajeros, colectivo o individual, público y remunerado, que se efectúe con vehículos motorizados por calles, caminos y demás vías públicas, rurales o urbanas, caminos vecinales o particulares destinados al uso público de todo el territorio de la República”*. Por otra parte, según los artículos 6° y 9° del DS 212, el transporte público remunerado puede ser urbano, interurbano y rural. Este último corresponde a aquel que no supera los 200 kilómetros (“**kms.**”) de recorrido y que excede el radio urbano.
10. Como se muestra en la Tabla N° 1 siguiente, la ciudad de Curicó dista en 19,50 kms. de Molina; Molina está a 26,00 kms. de Río Claro; y, Curicó se encuentra a una distancia de 45,50 kms. de Río Claro⁴. De esta manera, bajo la regulación vigente, el transporte realizado entre dichas localidades corresponde a uno de tipo rural.

Tabla N°1
Distancia aproximadas entre Comunas

Ciudad/ Localidad	Curicó	Molina	Río Claro
Curicó	0	19,50 kms.	45,50 kms.
Molina	19,50 kms.	0	26,00 kms.
Río Claro	45,50 kms.	26,00 kms.	0

Fuente: Elaboración propia de la FNE, en base a <https://maps.google.cl/>

11. Considerando que la práctica usual de esta Fiscalía y del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“**TDLC**”) en la industria del transporte de pasajeros es la de determinar el mercado relevante según un criterio origen-destino, en este caso sería posible identificar tres mercados relevantes

su respecto poder de mercado”. FNE. Guía Interna para el Análisis de Concentraciones Horizontales, octubre de 2012. Disponible en www.fne.cl.

⁴ Fuente: <https://maps.google.cl/>

distintos: Ruta 1, Ruta 2 y Ruta Completa⁵. Sin embargo, atendidos los antecedentes con que se cuenta y a que las conductas denunciadas se enmarcan principalmente en la Ruta 2, será este el mercado en que el presente informe se concentrará, estimando este como el mercado principal, y siendo las Rutas 1 y la Ruta Completa los mercados conexos, por poseer determinadas características que pueden influir en el primero.

12. En términos generales, existen tres tipos de operadores en el transporte terrestre público y rural de personas: buses, taxis-colectivos y taxis básicos. A continuación se analizará si todos estos forman o no parte del mercado relevante en este caso concreto, para lo cual se tendrá en consideración lo siguiente:

- a) Los taxis básicos tendrían estructuras de precios que no los convertirían en una competencia directa o plenamente sustituta de otros modos de transporte público de personas, como es el caso de los buses y los taxis-colectivos⁶; y,
- b) Los taxis-colectivos, en cambio, podrían representar un cierto disciplinamiento para alguna de las rutas en análisis⁷. De manera preliminar, y atendida la información de que se dispone, se puede concluir que el servicio prestado por los taxis-colectivos posee características que permiten calificarlo, al menos, como un sustituto imperfecto para la Ruta 2⁸. A pesar de ello, en el análisis sucesivo se

⁵ Así lo hizo el TDLC, a modo de ejemplo, en la Sentencia N° 102/2010 (Caso *Agmittal*). Considerando Vigésimo Quinto; en la Sentencia N° 82/2009 (Caso *Interbus*). Considerando Décimo Séptimo (para el mercado del transporte terrestre de pasajeros); y, en la Resolución N° 37/2011 (Caso *LAN/TAM*). Párrafo 48 (respecto del mercado de transporte aéreo). Así también lo ha sostenido esta Fiscalía, por ejemplo, en el Requerimiento en contra de Casther y otros, Causa Rol C- 248-13, actualmente seguida ante el TDLC.

⁶ Véase, a modo de ejemplo, la Sentencia N° 94/2010 del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (Caso *Buses Osorno*). Considerandos Décimo Quinto a Vigésimo Segundo; y, el Requerimiento de la FNE, de 12 de diciembre de 2012, en la Causa Rol C 244-12; pp.11-13.

⁷ Estos oferentes, de acuerdo al Denunciante, operarían únicamente en la Ruta 2.

⁸ Lo anterior considerando factores tales como la ruta servida, la calidad del servicio, frecuencia, duración del viaje y precio. En efecto, de acuerdo a la información preliminar, se puede inferir que, en principio, dichos factores son relativamente similares entre el servicio de buses y taxis-colectivos para la Ruta 2. En general, para rutas interrurales o interurbanas, los taxicolectivos no serían un sustituto de los buses en la medida que existan significativas diferencias de precios entre ellas. Sin embargo, en este caso, y de acuerdo a los antecedentes aportados por la Denunciante, el precio de los taxicolectivos en la Ruta 2 sería levemente inferior a los de Molisur,.

prescindirá de esta oferta en particular, debido a que en este caso en particular existiría un número reducido de vehículos taxi-colectivos disponibles, circunstancia que no los haría del todo relevantes para efecto del presente análisis.

13. En suma, los mercados relevantes estarían constituidos por el transporte público, terrestre y rural de pasajeros, por medio de buses, tanto en la Ruta 2 como en los mercados conexos (Ruta 1 y Ruta Completa).
14. Sin perjuicio de lo anterior, debido a la imposibilidad fáctica de separar la participación de Molisur entre la Ruta 2 y las restantes, esta División realizará un análisis global de participación, considerando para ello los tres mercados interrelacionados. De esta manera, los actores presentes serían los siguientes:
 - a) Buses Molisur SpA.: empresa que opera en las Rutas 1, 2, y Completa;
 - b) Doña Gaby Beltrán Gajardo: empresaria que opera el servicio en la Ruta 2 y, esporádicamente, en la Ruta Completa;
 - c) Buses Andrea: empresa que opera actualmente en la Ruta 1;
 - d) Buses Aquelarre SpA.: operador en la Ruta 1; y,
 - e) Buses Talmocur S.A.: empresa que opera en la Ruta 1.
15. Considerando lo anterior, las participaciones de mercado a la fecha serían las siguientes⁹:

Tabla N°2
Participación de Mercado
[•]

Ver en anexo confidencial [1]

⁹ Al no tener información completa sobre número de pasajeros o ingresos, se aproximó las participaciones a través del volumen de la flota, debido a que los buses utilizados por los distintos oferentes tendrían la misma capacidad, que aproximadamente corresponde a 20 pasajeros sentados.

Fuente: Elaboración propia en base a información aportada por el SEREMITT de la VII Región y la declaración del Denunciante.

16. No obstante, es relevante señalar que, de acuerdo con los antecedentes aportados por la Denunciante, desde la entrada de Molisur otros agentes que participaban en la Ruta 2 [REDACTED] han salido del mercado, producto de la baja rentabilidad del servicio que prestaban. Por otra parte, [REDACTED] habría tenido que disminuir paulatinamente su oferta, como consecuencia de la presión competitiva que Molisur habría generado y la consiguiente baja en la rentabilidad de su negocio. En definitiva, la dinámica del mercado reflejaría una disminución en la participación de los incumbentes de la Ruta 2 producto del ingreso de Molisur.
17. Respecto de la frecuencia de los buses en la Ruta 2, se debe distinguir entre la situación existente antes y después del ingreso del Denunciado. De acuerdo a la información entregada por el Denunciante, antes de la entrada de Molisur a esa ruta, habría existido un flujo constante y continuo de buses, con lapsos de entre 15 y 20 minutos, dependiendo de la hora del día. Luego de ese ingreso, la frecuencia tendría un lapso de entre 6 a 8 minutos¹⁰.
18. En lo que se refiere al tamaño del mercado, según los datos disponibles en el Sistema Nacional de Información Municipal, en el año 2012 Curicó tuvo una población residente de 142.710 habitantes; Molina, 42.859 habitantes; y, Río Claro, 13.020¹¹. En consecuencia, las rutas identificadas constituyen un canal de transporte necesario para un grupo significativo de personas, particularmente en la Ruta Completa y la Ruta 1, las cuales serían principalmente utilizadas por quienes trabajan o estudian en Curicó, pero que tienen su residencia en Molina o Río Claro.

¹⁰ Información entregada durante declaración de fecha 13 de noviembre de 2013.

¹¹ Fuente: http://www.sinim.cl/informacion_municipal.php.

II.2. Condiciones de Entrada

19. Respecto a las barreras de entrada a este mercado, se analizan, en primer lugar, aquellas de tipo legal¹². Así, el DS 212, establece los requisitos que deben cumplir este tipo de agentes para prestar servicios de transporte terrestre público de pasajeros¹³. Dentro de esos requisitos, se establece que los oferentes deben encontrarse inscritos en un Registro Nacional que se encuentra a cargo del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones (“MTT”)¹⁴. Sin embargo, en base a los antecedentes disponibles, la inscripción de una nueva compañía no conllevaría una demora relevante, por cuanto actualmente dicho trámite se realizaría en aproximadamente 20 días¹⁵.
20. Adicionalmente, respecto a las rutas que deseen servir, las empresas requieren una autorización otorgada por el MTT¹⁶. Sin embargo, el mismo DS 212 señala que en las vías no concesionadas, la autoridad puede disponer que más de un operador utilice una misma ruta. Siendo este el caso, se estima que tal requisito no constituiría una barrera a la entrada.
21. Por otra parte, el artículo 54 del DS 212 señala que: “[L]a locomoción colectiva rural, exceptuada la prestada con taxis colectivos, deberá iniciar o finalizar el servicio desde recintos especialmente habilitados para ello, los que deberán encontrarse fuera de la vía pública en ciudades de más de 50.000 habitantes. Tratándose de servicios rurales en ciudades de menos

¹² Esta Fiscalía entiende por barreras legales: “todo obstáculo a la entrada que tenga por fundamento una norma jurídica que impida el ingreso de nuevos competidores o genere una ventaja de costo para las empresas establecidas en el mercado, con relación a los potenciales entrantes”. FNE. Guía Interna para el Análisis de Concentraciones Horizontales, octubre del 2012, página 15. Disponible en: www.fne.cl.

¹³ Dicha normativa fue dictada en el marco de la potestad reglamentaria de ejecución, conforme a lo ordenado por el artículo 3 de la Ley N° 18.696, que “Establece Normas sobre el Transporte de Pasajeros”.

¹⁴ De conformidad con el literal d) del artículo 8 del DS 212, para dar curso a la referida inscripción, los futuros operadores del servicio rural deben presentar y especificar: los itinerarios que formarán parte de su recorrido; la longitud del circuito completo, en kms. (ida más regreso); el origen y destino del servicio; el horario de atención por día de la semana; la ubicación del o de los terminales autorizados y documentación que acredite que el interesado se encuentra habilitado para su uso, cuando corresponda; y, la tarifa a cobrar por el servicio.

¹⁵ Información proporcionada con fecha 8 de noviembre de 2013 por el SEREMITT de la VII Región, don Pedro Orozco, en respuesta al Oficio N° 1462 FNE.

¹⁶ Véase el artículo 11 del DS 212.

de 50.000 habitantes, los vehículos podrán iniciar o terminar sus servicios desde la vía pública, siempre que cuenten con la correspondiente autorización municipal". De esta manera, tal exigencia no se aplicaría en el caso de las ciudades de Molina y Río Claro, en las cuales sus respectivas Municipalidades pueden autorizar paraderos en la vía pública, como en los hechos ocurriría en el caso de la comuna de Río Claro¹⁷.

22. En el caso de la ciudad de Curicó, la regulación sí exige contar con un paradero o terminal especializado. En consecuencia, resulta pertinente analizar las posibilidades que existen de que otras líneas de buses expandan sus servicios desde la Ruta 1 a la Ruta 2, sea independientemente o en el marco de la oferta en la Ruta Completa.
23. En la actualidad, existen tres terminales en la ciudad, uno de los cuales es de propiedad de Molisur. Los restantes son utilizados por actuales incumbentes de la Ruta 1 que podrían entrar a la Ruta 2¹⁸. Finalmente, esta Fiscalía no dispone de antecedentes que muestren que un potencial entrante se vería impedido de acceder a cualquiera de los terminales disponibles en dicha ciudad.
24. En segundo lugar, corresponde analizar la existencia de eventuales barreras de tipo económicas. Al respecto, para prestar este servicio, las empresas requieren invertir en la adquisición de activos que en este caso serían de fácil acceso, siendo los principales aquellos vinculados a buses¹⁹, paraderos o terminales²⁰ y la contratación de conductores²¹.

¹⁷ Información entregada por el Denunciante mediante declaración de fecha 13 de noviembre de 2013.

¹⁸ Terminal Nacional Rodoviario S.A., Terminal de Pullman del Sur, Terminal de Tur Bus y Terminal de Línea Azul. Fuente: <http://www.lugaresgeograficos.com.ar/verCiudad.php?id=3892870&idtexto=7893#.Us1BwfTuJhw>. Última visita: 8 de enero de 2014.

¹⁹ De acuerdo a la información entregada por el Denunciante, y corroborada por medio de fuentes públicas, los buses usados tendrían un costo promedio de \$15.000.000 y los nuevos de \$30.000.000. A este elemento debe añadirse mantenciones y bencina, entre otros. Cabe destacar que una parte relevante de la inversión en buses puede recuperarse ante una eventual salida del mercado.

²⁰ Véase, *supra*, §21.

²¹ Los antecedentes darían cuenta de que existirían mayores costos asociados a la contratación de trabajadores calificados para esta labor. Información entregada por el Denunciante en declaración de fecha 13 de noviembre de 2013.

25. Adicionalmente, en este mercado pueden existir costos hundidos que actuarían como barrera a la entrada de nuevos competidores²². El principal costo hundido correspondería a aquellos en que debe incurrir la empresa para posicionar su servicio entre los usuarios de una ruta específica, pudiendo incurrir en pérdidas durante los primeros meses, de tal forma de lograr entre los consumidores un conocimiento de factores tales como la frecuencia, el tiempo de viaje, el recorrido a realizado y la calidad de servicio²³⁻²⁴. Sin embargo, en el presente caso, este factor no sería determinante, lo que se vio reflejado en el rápido posicionamiento de Molisur dentro de la Ruta 2. Esto puede explicarse por los siguientes hechos:
- a) La empresa operaba en una ruta conexas, que a su vez constituía un trayecto complementario para los usuarios que realizan el trayecto correspondiente a la Ruta Completa. Esto habría facilitado el conocimiento de las condiciones de servicio que dicho actor podría entregar en la Ruta 2; y,
 - b) La conducta de la empresa consistió en ampliar su recorrido de forma gradual y en primera instancia imitando el recorrido, la frecuencia y el tiempo de viaje realizado por las empresas incumbentes, para posteriormente aumentar su frecuencia.
26. Considerando que lo anterior no significó mayores inconvenientes a la empresa Molisur, puede suponerse que tampoco sería un aspecto relevante para otro entrante, en especial si se trata de empresas que ya prestan servicios en la Ruta 1, las cuales resultarían conocidas para los usuarios que llegan a Curicó. Finalmente, el posicionamiento de marca no parece ser

²² La *Competition Commission* de Reino Unido ha detectado ciertos costos hundidos en esta industria. Asimismo, ha destacado que estos se deben analizar en un contexto de retornos inciertos dada la reacción que los incumbentes pueden tener frente al ingreso de entrantes. *Competition Commission "Local bus services market investigation. A report on the supply of local bus services in the UK"*, diciembre 2011.

²³ Información entregada durante declaración de fecha 13 de noviembre de 2013.

²⁴ Los aspectos señalados son aplicables también en el caso de la creación de una nueva ruta o servicio.

un factor esencial para competir en este mercado, desde que el servicio de transporte sería uno con una relativa baja diferenciación vertical.

27. Finalmente, cabe señalar que la entrada de un nuevo competidor puede ser oportuna para desafiar a un incumbente, por cuanto -como se señaló- un aspecto relevante sería el tiempo necesario para obtener la autorización para modificar una ruta o incorporar un nuevo trayecto, el que en este caso no sería prolongado (*supra*, §19).
28. Adicionalmente, según se puede apreciar en la Tabla N° 1, existen otros operadores -con una flota incluso mayor a la de Molisur- que prestan actualmente servicios en la Ruta 1, por lo que la expansión a la Ruta 2 no tendría mayores obstáculos. En efecto, dichos actores disponen de espacio en el terminal de Curicó y de capacidad excedentaria para materializar dicho ingreso.
29. En suma, dada la participación de mercado de Molisur en relación a la de sus competidores actuales y la ausencia de barreras relevantes a la entrada en este mercado -que, entre otras cosas, permitiría el ingreso de competidores potenciales desde la Ruta 1 a la Ruta 2, lo que a su vez disciplinaría un eventual comportamiento anticompetitivo del Denunciado-, a juicio de esta División Molisur carecería de una posición dominante en los términos definidos por el TDLC²⁵⁻²⁶.

III. ANÁLISIS DE LA DENUNCIA

30. Según se indicó *supra*, la Denuncia señala que Molisur habría ejecutado actos predatorios y de competencia desleal en infracción del DL 211. Si bien es cierto que el artículo 3° letra c) sanciona este tipo de

²⁵ Véase la Sentencia N° 112/2011 (Caso *Colusión Radios*). Específicamente, en el Considerando Sexagésimo Noveno, se definió dicha posición como: “[l]a habilidad para actuar con independencia de otros competidores y del mercado, fijando o estableciendo condiciones que no habrían podido obtenerse de no mediar dicho poder”.

²⁶ Aun si Molisur contara con poder de mercado, la sola existencia de esa circunstancia no implicaría una infracción a las normas de la libre competencia, desde que se requeriría la ejecución de hechos, actos o convenciones que pudieran constituir un abuso de esa posición. Así lo ha sostenido el TDLC, por ejemplo, en su Sentencia N° 93/2010 (Caso *Emelat*).

comportamientos cuando los mismos han sido realizados con el objeto de alcanzar una posición dominante, se estima que la falta de dicha posición por parte de Molisur -y la ausencia de barreras de entrada en este mercado, según se ha descrito- haría improbable que las conductas denunciadas tengan la capacidad de impedir, restringir o entorpecer la libre competencia, o tender a producir tales efectos, en términos tales que el Denunciado pueda a través de las mismas alcanzar esa posición de dominio.

31. Sin perjuicio de lo anterior, a continuación se analizarán las conductas denunciadas para efectos de determinar su efectividad conforme a los requisitos que al efecto establece el DL 211.

III.1. Prácticas predatorias

32. Tradicionalmente, las conductas de predación son analizadas en el contexto de eventuales estrategias de precios efectuadas por un agente económico con el objeto o efecto de excluir a competidores actuales o potenciales, o encarecer artificialmente los costos de esos rivales. En ese marco, se ha señalado que dichas prácticas requerirían la concurrencia de dos elementos:

- a) Que los precios utilizados durante la conducta se fijen bajo alguna medida relevante de costos; y,
- b) La existencia de barreras a la entrada que hagan probable al agente económico el recuperar las pérdidas incurridas durante la predación²⁷.

33. Considerando que, como se ha señalado, este mercado carecería de barreras a la entrada, resultaría improbable que un supuesto predador pueda recuperar las pérdidas en que ha incurrido como consecuencia de

²⁷ A modo de ejemplo véase: International Competition Network. Report on Predatory Pricing; p. 3; y, Rouseva, Ekaterina. Rethinking Exclusionary Abuses in EU Competition Law. Hart Publishing, 2010; p.133. En el mismo sentido: *Matsushita v. Zenith Ratio Corp.* - 475 U.S. 574 (1986) y *Brooke Group Ltd. V Brown & Williamson Tobacco Corp S Ct 2578* (1993). En nuestro país, el TDLC ha señalado como medida de costos el de los *costos medios evitables*. Véase la Sentencia N° 102/2010 (Caso *Agmittal*). Considerando Cuadragésimo Sexto.

una estrategia de precios bajo el costo, circunstancia que restaría racionalidad o sentido económico a tal conducta²⁸. Pero, incluso en caso de verificarse la existencia de barreras que hagan más improbable el ingreso de competidores a este mercado, la evidencia muestra que el Denunciado se encontraría cobrando precios superiores a los de su competencia en la Ruta 2. Es decir, los antecedentes darían cuenta de que no se estarían verificando ninguno de los requisitos exigidos en el marco del análisis de una conducta de predación a través de precios.

34. Sin perjuicio de lo anterior, las conductas predatorias podrían también ser llevadas a cabo a partir de conductas que no se vinculen directamente con el precio cobrado por el actor dominante. En el derecho comparado, este tipo de conductas son denominadas como *predación por vías distintas del precio*²⁹. Lo anterior sería consistente con la Denuncia, en tanto la misma se referiría a una supuesta *saturación del mercado* y aumento de frecuencias por parte de Molisur, realizada con el objeto de excluir a sus competidores actuales (véase, *supra*, sección I). Sin embargo, esta conducta puede ser descartada, debido a que en este mercado relevante no existirían condiciones desfavorables a la entrada de nuevos competidores y resultaría improbable que un supuesto predador pueda recuperar las pérdidas en que ha incurrido.

III.2. Competencia desleal

35. Cuando la imputación de eventuales conductas de competencia desleal se realiza en forma indiferenciada respecto de acusaciones sobre una posible predación, no correspondería analizar las primeras en detalle. Lo anterior, pues no se estarían señalando de modo claro los elementos propios de esa

²⁸ Este concepto de posibilidad de recuperación (*recoupment*): "se refiere a la posibilidad de una empresa de (i) excluir competidores del mercado o disciplinarlos, y (ii) luego subir los precios a un nivel (supracompetitivo) que es suficiente para compensar las pérdidas sufridas durante el período de ventas por debajo de los costos, incluyendo el valor actualizado del dinero invertido. Un monopolista sólo puede tener éxito en recuperar las pérdidas si ha expulsado o marginalizado a todos los competidores efectivos y si su posición dominante está protegida por altas barreras de entrada, de manera de que pueda obtener rentas por un tiempo suficientemente largo como para recuperar completamente sus pérdidas". Rousseva, Ekaterina. Op. Cit; pp. 160-161. Traducción libre.

²⁹ Para un análisis de la predación por vías distintas del precio, véase: Patterson, Mark. *The Sacrifice of Profits in Non-Price Predation*. Antitrust Law Journal, 2003; pp.37-44.

- conducta en particular, de forma tal que los organismos de libre competencia puedan evaluar tanto su existencia como sus eventuales efectos³⁰.
36. No obstante lo anterior, con el objeto de analizar todos los elementos contenidos en la Denuncia, en lo que sigue se evaluará la efectividad de que Molisur pueda estar incurriendo en conductas de competencia desleal.
 37. Conforme lo ha señalado reiteradamente el TDLC y la Excma. Corte Suprema, para que una conducta de competencia desleal constituya una infracción al artículo 3 letra c) del DL 211, se requiere acreditar: (i) la existencia de actos de competencia desleal, esto es de actos contrarios a la buena fe y las buenas costumbres, ejecutados con el fin de desviar clientela de un agente del mercado³¹; y, (ii) que los mismos hayan sido ejecutados por quien tiene una posición dominante, o que en virtud de tales actos puede razonablemente alcanzar dicha posición³².
 38. Como se ha indicado *supra* (sección II.1), Molisur carecería de una posición dominante y las conductas denunciadas no tendrían una entidad suficiente como para permitir a esta alcanzar dicha posición. En consecuencia, se estima que no se cumpliría uno de los requisitos establecidos en el DL 211 en relación a una posible conducta de competencia desleal por parte del Denunciado.
 39. Sin perjuicio de lo anterior, cabe destacar además que, a juicio de esta División, las conductas denunciadas tampoco darían cuenta de actos que

³⁰ TDLC. Sentencia N° 110/2011 (Caso *Will*). Considerando Vigésimo Tercero: "*Que, en cuanto a la acusación de competencia desleal, la demandante no establece claramente en qué sentido el actuar de la demandada correspondería a este ilícito. De hecho, en la demanda de autos, Will se limita a mencionar tal infracción asociándola al establecimiento de precios predatorios, que es una conducta diferente, individualizándola como 'competencia desleal en su variante de precios predatorios', sin indicar hechos distintos a los que se refieren a esta última conducta para fundar su acusación, por lo que este Tribunal únicamente podrá hacerse cargo de la referida acusación de cobro de precios predatorios*".

³¹ Respecto a qué se entiende por competencia desleal, la Excma. Corte Suprema, en la sentencia dictada en la causa Rol N° 6264-2013, de fecha 7 de enero de 2014 (Caso OSS), señaló: "*Que en doctrina se ha reconocido la dificultad para encontrar una definición de competencia desleal; sin embargo, se está de acuerdo en que ella responde a una conducta reprochable contraria a las buenas costumbres del tráfico comercial o profesional (...)*".

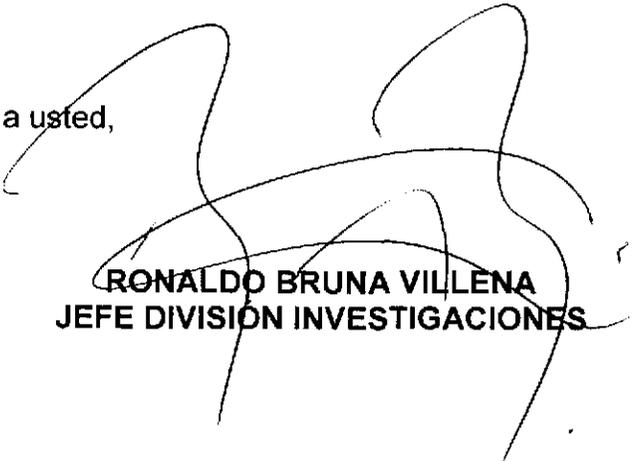
³² Véase, entre otras, la Sentencia N° 130/2013 (Caso OSS). Considerando Quinto.

puedan estimarse alejados de algún estándar aplicable de buena fe comercial. En efecto, a partir de los antecedentes existentes, se constata que Molisur habría puesto en uso los bienes de que disponía para ampliar la disponibilidad de buses en la Ruta 2, sin utilizar para ello conductas que busquen engañar a un consumidor medio respecto de los atributos de su oferta o aquella de sus competidores. Luego, se trataría de una conducta propia del proceso competitivo a que se ve enfrentado Molisur y no así de un comportamiento que pueda tener una naturaleza desleal respecto de terceros competidores de dicha empresa.

IV. CONCLUSIONES

40. Analizados los antecedentes pertinentes, esta División estima que las conductas denunciadas, dadas las circunstancias que se describen, no ameritan la realización de diligencias adicionales.
41. En virtud de lo anterior, se sugiere archivar la presente denuncia, sin perjuicio del deber de la FNE de fiscalizar este mercado y otros mercados, de manera de prevenir la comisión de posibles atentados a la libre competencia,

Saluda atentamente a usted,



**RONALDO BRUNA VILLENA
JEFE DIVISION INVESTIGACIONES**

DSH