

RECOMENDACIÓN DE UN COMPETIDOR EN DESMEDRO DE OTRO. INFORME EN DERECHO

*Domingo Valdés Prieto**

RESUMEN

La ponencia busca determinar las consecuencias jurídicas, a la luz de las normas sobre defensa de la libre competencia, si se da la recomendación de un competidor en desmedro de otro.

I. CUESTIÓN FORMULADA

Se nos ha consultado acerca de la licitud que, desde la específica óptica del Derecho de la Libre Competencia, podría exhibir la eventual ejecución de una conducta, consistente en la exclusividad permanente en un descuento que ya venía otorgándose por la Sociedad Anónima X. Dicha exclusividad permanente ha sido solicitada a la Sociedad Anónima X por la Asociación Gremial Y. Asimismo, se nos ha pedido informar acerca de las posibles consecuencias, en términos de responsabilidad monopólica, que la ejecución de la conducta solicitada podría acarrear no solo para la Sociedad Anónima X, sino que también para la misma Asociación Gremial Y, que ha efectuado la solicitud.

II. ANTECEDENTES

Sociedad Anónima X, en adelante X.S.A., elabora y distribuye libros técnicos en hojas intercambiables, los cuales son adquiridos por la generalidad de los agentes de comercio exterior chileno. Entre tales agentes de comercio exterior es posible apreciar un subgrupo, que corresponde a los despachadores de aduanas, los cuales se encuentran reunidos en diversas asociaciones gremiales. Una de estas es la Asociación Gremial Y, en adelante A.G.Y.

La A.G.Y ha obtenido de X.S.A. un descuento del 60% en las ventas de libros técnicos que esta realiza, en favor de los asociados de dicha A.G.Y. Atendido que este descuento del 60% ya ha sido otorgado y solo es objeto de consulta la exclusividad permanente en el otorgamiento del mismo, asumiremos como hipótesis de trabajo que dicho descuento ha sido correctamente calculado y que se encuentra ajustado al Derecho de la Libre Competencia.

Cabe observar que ninguna de las asociaciones gremiales, en las cuales participan los despachadores de aduanas, adquiere para sí libros técnicos de X.S.A., sino que las compras respectivas son efectuadas por los asociados de las mismas, quienes efectivamente utilizan tales productos para sí. Recientemente, A.G.Y ha solicitado a X.S.A. que el mencionado descuento del 60% obtenido por aquella en favor de sus asociados, tenga el carácter de exclusivo. En otras palabras, la A.G.Y ha solicitado que el referido descuento solo pueda ser

* Domingo Valdés Prieto. Abogado, Universidad de Chile ; Diplomado ELI, University of Michigan; Master of Laws, University of Chicago; Profesor de Derecho Económico, Universidad de Chile; Director de Empresa Distribuidora Sur S.A. - Edesur (Argentina).

otorgado en favor de despachadores de aduanas que se encuentren afiliados en dicha asociación gremial, debiendo ser denegado a todo otro despachador de aduanas, cualquiera que sean las razones o circunstancias invocadas para la obtención del referido descuento.

III. CONSIDERACIONES DE DERECHO

La conducta solicitada por A.G.Y a X.S.A., consistente en que esta ofrezca el descuento del 60% en la venta de libros técnicos exclusivamente a los asociados de aquella, se encuadra dentro de la figura antiguamente conocida como acepción de personas y, modernamente, denominada discriminación arbitraria, que no es sino el nombre genérico de la infracción a la Justicia Distributiva¹. La discriminación arbitraria puede referirse a diversos ámbitos del Derecho, siendo relevante a los efectos de este estudio el de la Libre Competencia².

Si bien es cierto que la generalidad de las prohibiciones de discriminación arbitraria han sido diseñadas con el objeto de prevenir excesos de la autoridad pública en el ejercicio de sus potestades públicas, corresponde destacar que en el orden jurídico nacional existen cuerpos normativos específicos que permiten sancionar la discriminación arbitraria efectuada por particulares. Entre dichos cuerpos normativos, y con particular aplicación en el ámbito de la Libre Competencia, se halla el Decreto Ley 211, promulgado el 22 de diciembre de 1973, y con posteriores modificaciones, las cuales han sido eminentemente orgánicas y procesales.

En consecuencia, cabe afirmar la existencia de una especie de discriminación arbitraria contraria a la Libre Competencia o, si se prefiere, de una modalidad de ofensa monopólica denominada discriminación arbitraria monopólica. Atendido que esta es una figura compleja, susceptible de vincular a multitud de personas que ni siquiera de hallan ligadas convencionalmente y que ha sido tratada someramente por la jurisprudencia de los organismos antimonopólicos creados por el Decreto Ley 211, estimamos conveniente referirnos brevemente a ella.

1. *Noción de Discriminación Arbitraria Monopólica*

Desde antaño, la discriminación arbitraria ha sido conceptualizada como tratar desigual a iguales y, a la inversa, tratar igual a desiguales. La determinación de quiénes son iguales y quiénes desiguales, en el ámbito del Derecho de los Monopolios, ha sido una de las principales metas de la actividad normativa desarrollada por las Comisiones Preventivas y Resolutiva.

Hasta hace algunos años era motivo de controversia si la discriminación arbitraria monopólica para configurarse como tal requería de poder de mercado por parte del discriminador o no. Recientemente se aprecia un sustantivo cambio, tanto en la jurisprudencia emitida en el Derecho Antimonopólico Comparado como en la elaborada bajo el Sistema Tutelar de la Libre Competencia nacional, en el sentido de que no puede configurarse una conculcación a la Libre Competencia si el supuesto discriminador arbitrario carece de poder de mercado. Una de las más destacadas definiciones de poder de mercado, si bien limitada a la variable precio, es la elaborada por Landes y Posner, según la cual poder de mercado es la capacidad de una empresa, o de un grupo de empresas actuando conjuntamente, de elevar sus precios por sobre los niveles de competencia sin perder transacciones con una velocidad tal que haga que el incremento aplicado a sus precios no sea rentable y deba ser dejado sin efecto³. La jurisprudencia de la H. Comisión Resolutiva se ha encargado de precisar que el

¹ Véase, Santo Tomás de Aquino, "Comentario de la Etica a Nicómaco", Libro V, Sección IV, pg. 270 y sgtes., Ediciones CIAFIC, Buenos Aires, 1983.

² Véase, Domingo Valdés Prieto, "Algunas Notas Sobre el Principio Jurídico de la Igualdad" en Anuario de Filosofía Jurídica y Social N° 9, 1991, Edeval, Valparaíso, 1992.

³ William M. Landes & Richard A. Posner, "Market Power in Antitrust Cases", Harvard Law Review, Vol. 94, Number 5, pg. 937, 1981. Una definición semejante es la postulada por Jean Tirole, "The Theory of Industrial Organization", pg. 67, The MIT Press, 1988: "a firm exercising monopoly power over a given market can raise its price above marginal cost without losing all its clients".

poder de mercado no se limita a los precios, sino que aquel es el suficiente para determinar en importante medida los precios, cantidades, calidad y condiciones de venta (o compra) de ciertos productos⁴.

Atendido que la discriminación arbitraria monopólica requiere de poder de mercado para su configuración es que aquella se inscribe dentro de la categoría de ilícitos monopólicos de abuso, por oposición a los denominados ilícitos monopólicos de fuente. El ilícito de monopolio admite dos modalidades: a) el ilícito de fuente, que consiste en la ejecución de conductas orientadas al logro de fuentes ilícitas de formación de monopolios, esto es, a obtener el control de un medio injusto para alcanzar la explotación de un monopolio estructural, y b) el ilícito de abuso, que consiste en el ejercicio antijurídico del poder de mercado de que dispone el monopolista, lo que se verifica a través de hechos, actos o convenciones. De lo expuesto se sigue que la discriminación arbitraria no es un ilícito de fuente, puesto que no está dirigida a lograr un medio para alcanzar la explotación de un monopolio; en efecto, aquel ilícito presupone que se ha alcanzado ya un poder de mercado, mediante el cual se produce el trato injusto y conculcatorio de la Libre Competencia.

Podría considerarse una impropiedad que la discriminación arbitraria en comento lleve el adjetivo de “monopólica”, que arranca de la voz monopolio (etimológicamente “un solo vendedor”), en circunstancias que en muchos casos el discriminador arbitrario no es el único competidor dotado de poder de mercado. Al efecto, cabe recordar que uno de los varios usos jurídicos de la voz “monopolio” corresponde a un sentido amplio, comprensivo de todo entorpecimiento, limitación o restricción de la libre competencia. Puesto en otros términos, toda ofensa al bien jurídico protegido Libre Competencia puede ser calificado de “monopólica”, toda vez que jurídicamente –en una de sus varias significaciones– monopolio es lo que se opone a dicho bien jurídico⁵.

En síntesis, la discriminación arbitraria monopólica consiste en que un monopolista, abusando de su poder de mercado, otorga un trato económicamente desigual a personas comercialmente iguales o bien económicamente igual a personas comercialmente desiguales, produciendo con ello una puesta en riesgo o una efectiva alteración de la libre competencia en el mercado relevante respectivo.

2. Naturaleza Delictual de la Discriminación Arbitraria Monopólica

Descritas las líneas esenciales de la noción de discriminación arbitraria monopólica, corresponde ocuparse del carácter delictual de esta. El ilícito monopólico, en su carácter genérico, es recogido en un tipo penal-administrativo que se halla en el artículo primero del Decreto Ley 211 y, por tanto, puede ser constitutivo de un delito penal o bien de un ilícito administrativo, dependiendo de la entidad del daño inferido o del riesgo causado a la Libre Competencia, según la forma concreta que esta asume en un determinado mercado relevante. La determinación del *quantum* de dicho daño o puesta en peligro del bien jurídico tutelado por el Decreto Ley 211, queda entregada al juicio prudencial de la Comisión Resolutiva, en su calidad de máximo órgano antimonopólico, dotado de potestades administrativas y jurisdiccionales⁶. Así, si dicho organismo antimonopólico lo estima procedente, ordenará al Fiscal Nacional Económico el ejercicio de la acción penal por delito penal de monopolio ante el Juez del Crimen que sea competente. En nuestra opinión, sea que el ilícito de monopolio se presente como delito penal o como transgresión administrativa –lo que es cuestión de grados– siempre se estructura sobre la base de la responsabilidad subjetiva. En otras palabras, todo ilícito monopólico, sea criminal o administrativo, requiere de dolo o culpa por parte del autor

⁴ Resolución N° 7, Considerando 12.

⁵ Resolución N° 37, Considerando 4.

⁶ La afirmación anterior es, sin perjuicio, de que ciertas resoluciones –de naturaleza jurisdiccional– emitidas por la Comisión Resolutiva pueden ser conocidas por una de las salas de la Corte Suprema, de conformidad con el recurso de reclamación previsto en el artículo 19 del Decreto Ley 211, de 1973.

para la punibilidad del mismo⁷. El Código Penal se ocupa de diversas modalidades de autoría, las que en nuestro concepto, son perfectamente aplicables al ilícito monopólico y, por tanto, a la discriminación arbitraria monopólica⁸.

3. Descuentos Exclusivos de X.S.A.

La consulta que nos ocupa se centra en la conducta que ha sido requerida a X.S.A., sociedad esta que efectivamente goza de poder de mercado y, por tanto, omitiremos el estudio correspondiente a la estructura del mercado relevante y la participación que aquella ostenta en el mismo. En efecto, X.S.A. es integrante de un oligopolio en el mercado relevante de los libros técnicos que elabora y distribuye; en consecuencia, desde una perspectiva jurídica, es un monopolio que, adicionalmente, goza de poder de mercado.

De allí que pueda afirmarse que X.S.A. es una sociedad anónima con aptitud para efectuar una discriminación arbitraria monopólica, puesto que ostenta un poder de mercado que podría ser empleado para vulnerar la Libre Competencia. Resta establecer si la actividad solicitada a X.S.A. es o no constitutiva de una discriminación arbitraria monopólica.

La conducta requerida a X.S.A. es una actividad arbitrariamente discriminadora, toda vez que exige dar tratos diferentes, específicamente en materia de descuentos en los precios, a compradores que son, en principio, económicamente iguales. A tal efecto, se funda la diferencia de trato en la afiliación a una determinada asociación gremial, lo que hace que la discriminación se torne arbitraria, esto es, sea injusta. La injusticia consiste en denegar un trato económicamente igual a personas comercialmente iguales, puesto que es totalmente inatingente a esta operación mercantil el que se pertenezca o no a una determinada asociación gremial. Puesto en otra forma, la afiliación a una determinada asociación gremial es completamente irrelevante para efectos de determinar la procedencia de un descuento y, por ello, tal consideración es injusta.

La conclusión anterior se encuentra corroborada por la jurisprudencia judicial del máximo organismo antimonopólico nacional. En efecto, el principio fundamental en esta materia ha sido señalado en la Resolución N° 31, considerando 9, que dice así:

“Así, la compraventa, que es el acto típico del comercio, exige que no se discrimine entre compradores y que las distintas condiciones que puedan acompañar a una y a otra compraventa obedezcan a las diferencias objetivas que existan entre ellas, como volumen y cantidad vendida, forma de pago, línea completa de productos. De acuerdo con lo dicho, siendo la compraventa el acto típico y esencial del comercio, toda discriminación subjetiva que la haga diferente para uno u otro interesado, atenta contra la libre competencia. Cualesquiera sean los esfuerzos de un comerciante no podrá competir con otro, si este último, siempre y en todo caso, goza de una ventaja sobre aquel. En consecuencia, todo pacto o convención que introduzca discriminación entre compraventas objetivamente iguales, será contrario al Decreto Ley N° 211 y, por tanto, al derecho público chileno”.

La exclusividad en el descuento, solicitada por la A.G.Y carece de causales de justificación suficientes y, por tanto, no son admisibles ante el Derecho de la Libre Competencia. En efecto, dicha exclusividad no obedece a un problema de volumen puesto que los asociados a la A.G.Y compran por sí y como personas naturales, del mismo modo y por volúmenes similares a los comprados por el resto de los despachadores de aduana, sea que estos estén reunidos o no en otras asociaciones gremiales. Por lo demás, no basta con que haya diferentes volúmenes de compra, sino que los descuentos que por tal concepto efectúa el vendedor, deben corresponder a una efectiva economía para este⁹.

⁷ Véase, Domingo Valdés Prieto, “La Discriminación Arbitraria en el Derecho Económico. Especialmente en la Legislación Antimonopólica”, pgs. 89 y sgtes, Editorial Jurídica ConoSur Ltda., 1992.

⁸ Código Penal, Libro I, Título II, artículos 14 y sgtes.

⁹ Resolución N° 258, Considerando II.

Por otra parte, dicha exclusividad tampoco podría fundarse en la forma de pago, puesto que los despachadores de Aduanas, sea que se encuentren asociados a una determinada asociación gremial o que no se encuentren afiliados a ninguna de estas, tendrán derecho al descuento en estudio, en la medida que cumplan ciertas condiciones objetivas en el pago. En efecto, dicho descuento no puede ser exclusivo sino que ha de ser accesible a cualquier interesado que cumpla las condiciones de pago establecidas por X.S.A., no siendo lícito discriminarlos por el hecho de estar asociados a tal o cual asociación gremial.

Estas condiciones de pago que, una vez cumplidas, permiten tener acceso a un descuento, deben ser justificadas, esto es, derivadas de la naturaleza y objetividad de la compraventa que se realiza¹⁰.

En síntesis, si el descuento en análisis no se sitúa en alguna de las dos causales mencionadas u otra dotada de razonabilidad económica y cumpliendo los requisitos que confieren licitud a cada una de ellas, debe concluirse que aquel es constitutivo de discriminación arbitraria monopólica y, por tanto, punible. Para estos efectos, recordemos que la razonabilidad económica consiste en atender a las características objetivas de la compraventa de que se trate y desechar toda consideración ajena a la transacción misma.

Por último, cabe observar que esta discriminación arbitraria monopólica será calificada de perteneciente a la "secondary line competition", es decir, los discriminados arbitrariamente perjudicados no son competidores de X.S.A., sino que operan en el próximo estadio del mercado. En efecto, los discriminados adversamente serán compradores del producto ofertado por X.S.A., careciendo de acceso a los descuentos exclusivos antes descritos.

4. *Requerimiento de la A.G.Y*

El requerimiento de la A.G.Y, consistente en que el descuento en los precios de productos ofertados por X.S.A. tenga el carácter de exclusivo para los asociados de aquella, presenta relevancia por sí solo ante la legislación antimonopólica, esto es, independientemente de cuál haya sido la respuesta de X.S.A. Para efectos analíticos, creemos útil distinguir dos hipótesis : A) El requerimiento de la A.G.Y no es aceptado por X.S.A., y B) La solicitud de la A.G.Y es aceptada por X.S.A., en términos de que esta da ejecución a la actividad requerida.

A) En el supuesto de que X.S.A. no acoja dicho requerimiento, cabe observar que este último se encuadra en una variante de discriminación arbitraria monopólica denominada "Recomendación de uno o más competidores en desmedro del resto". Esta variante fue fijada por la Comisión Resolutiva en su Resolución N° 92 y se caracteriza por la intervención de al menos tres sujetos de derecho: el "recomendante", el "recomendatario" y el "recomendado".

El "recomendante" es aquella persona que intercede solicitando a otra beneficios de orden económico y que son antijurídicos desde la óptica de la Libre Competencia, en favor de uno o más terceros denominados "recomendados". El recomendante efectúa esta intercesión o solicitud monopólica ante otra persona denominada "recomendatario", quien es receptor de esta solicitud y, como tal, generalmente capacitado para abusar del poder de mercado de que dispone y, por tanto, apto para dar cumplimiento a dicho requerimiento ilícito.

El fallo en comento no precisa si el recomendante debe tener poder de mercado para que se perfeccione esta forma de ilícito antimonopólico. Con todo, no parece indispensable dicho poder de mercado, toda vez que el recomendante puede valerse de medios diversos al poder monopólico para inducir al recomendatario a que adopte una determinada conducta. Así, en teoría, el recomendante podría ofrecer al recomendatario alguna fórmula de remuneración o compensación con cargo al incremento que experimenten los ingresos de aquel como consecuencia del ilícito perpetrado por el recomendatario.

¹⁰ Resolución N° 284.

Dicha Resolución resulta enfática en cuanto a que la recomendación viola el Decreto Ley 211, a pesar de que esta no tenga carácter obligatorio y a pesar que la conducta solicitada al recomendatario no sea aceptada por este último y, por tanto, se frustre el resultado buscado.

En el caso objeto del presente Informe en Derecho, la A.G.Y ocupa la posición de recomendante, puesto que solicita a X.S.A un beneficio contrario a la Libre Competencia, consistente en descuentos exclusivos, en favor de quienes se afilien a A.G.Y.

X.S.A. asume la posición de recomendatario, puesto que goza de poder de mercado y es destinatario de la solicitud de discriminar arbitrariamente entre despachadores de aduanas.

Los despachadores de aduanas afiliados a la asociación gremial A.G.Y se comportan como recomendados, puesto que resultan ser competidores beneficiarios de la discriminación arbitraria.

En nuestra opinión, el caso objeto de la presente consulta reviste mayor gravedad que aquel que dio lugar a la Resolución N° 92 antes comentada, toda vez que en el que ahora se analiza la recomendación importa una petición expresa de transgresión de la Ley para la Defensa de la Libre Competencia. En efecto, lo solicitado por A.G.Y es una discriminación arbitraria monopólica. Por consiguiente, esta recomendación es reprochable en sí misma y su penalidad podría aumentarse por dos títulos. i) constituir una instigación, y ii) ser su autor una asociación gremial.

La instigación o inducción al delito penal de monopolio está claramente sancionada por serle aplicable lo dispuesto en los Artículos 14 y siguientes del Código Penal¹¹. En cuanto al ilícito administrativo de monopolio debe recordarse que nace del mismo tipo que el delito penal de monopolio, esto es, el artículo primero del Derecho Ley 211, y se estructura también subjetivamente. Por lo anterior estimamos que debe serle aplicable la noción de instigación o inducción, que no necesariamente se agota en los límites estrictos del Derecho Penal. Lamentablemente, este punto aún no ha sido tratado en forma expresa ni legislativa ni jurisprudencialmente.

Adicionalmente, el autor de la instigación es una asociación gremial, lo cual desde la perspectiva del Decreto Ley N° 2.757, de 1979, que regula tales organizaciones, constituye una circunstancia agravante de la responsabilidad penal monopólica de los que participan en tal conducta¹². En el evento que la responsabilidad emanada del requerimiento de A.G.Y no sea considerada de naturaleza criminal, sino que meramente administrativa, quedará a criterio de la H. Comisión Resolutiva la ponderación de tal circunstancia en la determinación de las eventuales sanciones que imponga. Cabe observar que la instigación descrita constituye una desviación de los fines específicos que una asociación gremial ostenta y, por tanto, un abuso de la autonomía que la Constitución Política de la República reconoce a los cuerpos intermedios.

B) En el supuesto de que X.S.A. acoja el requerimiento formulado por A.G.Y, en orden a que aquella cometa una discriminación arbitraria monopólica, la responsabilidad monopólica de esta asociación gremial podría corresponder a la derivada de lo que el Derecho de la Libre Competencia denomina una colusión y el Derecho Criminal califica de conspiración¹³.

¹¹ Véase, Enrique Cury Urzúa, "Derecho Penal", Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, 1985, quien afirma: "Es instigador el que, de manera directa, forma en otro la resolución de ejecutar una conducta dolosamente típica y antijurídica".

¹² Decreto Ley N° 2.757, de 1979. Artículo 26: "La realización o celebración por una asociación gremial de los hechos, actos o convenciones sancionados por el artículo 1° del decreto ley 211, de 1973, constituirá una circunstancia agravante de la responsabilidad penal de los que participen en tal conducta."

¹³ Código Penal, Libro I, Título I, artículo 8°, inciso 2°: "La conspiración existe cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución del crimen o simple delito". Al decir de Raymond de Roover, "El Concepto de Precio Justo: Teoría y Política Económica", pág. 31, Estudios Públicos N° 18, Santiago, 1985: "Según la opinión de los escolásticos, el monopolio era una ofensa en contra de la libertad: suponía un carácter criminal debido a que se basaba generalmente en la confabulación o "conspiración"... No tengo duda alguna de que la idea de conspiración de las leyes de los antimonopolios se remonta a los antecedentes escolásticos y que tiene sus raíces en el concepto medieval del precio justo".

En efecto, podría consolidarse una colusión de tipo vertical, esto es, acordada entre personas que operan en diferentes niveles o fases de comercialización de un determinado bien o servicio, en tanto y en cuanto la A.G.Y actúe por cuenta de sus afiliados. Así, si pudiese demostrarse que la A.G.Y es el instrumento empleado por los afiliados para alcanzar un descuento exclusivo y con ello mejorar su capacidad de competir contra los demás despachadores de aduanas, habría de concluirse que la colusión es de tipo vertical.

Por el contrario, si se concluyese que la A.G.Y no ha actuado por cuenta de sus afiliados, sino que por iniciativa propia con miras a captar mayor número de asociados por la vía de ofertar un descuento exclusivo, estimamos que la colusión no sería vertical en el sentido de vincular dos fases productivas: la A.G.Y no correspondería a fase alguna de distribución o consumo del producto objeto de los descuentos. En este último escenario, la vinculación entre recomendante y recomendados apuntaría a que, de ser acogida la recomendación, A.G.Y ofrecerá a todo interesado en asociarse a la misma, un servicio muy particular: un descuento que ningún afiliado a otra asociación gremial o despachador de aduanas no afiliado gremialmente puede obtener.

5. Asociados de la A.G.Y

Ha quedado analizada la responsabilidad monopólica de A.G.Y, en su calidad de recomendante y de X.S.A en cuanto recomendataria, tanto en el evento de que este último se coluda o conspire con el primero, como en el caso en que no haya colusión o conspiración, en términos de que el recomendataria no desarrolle la actividad solicitada.

Resta, finalmente, preguntarse si bajo el supuesto de verificarse la colusión aludida en el numeral precedente, habría alguna responsabilidad monopólica para los asociados de la A.G.Y, beneficiarios de la discriminación arbitraria monopólica explicada. En efecto, es importante recordar que en toda discriminación arbitraria existen discriminados beneficiarios y discriminados perjudicados, correspondiendo establecer si los afiliados a la A.G.Y podrían enfrentar responsabilidad monopólica por los beneficios económicos arbitrariamente concedidos, esto es, la exclusividad en el descuento mencionado.

El Decreto Ley 211, de 1973, guarda silencio sobre la discriminación arbitraria monopólica, sin perjuicio de lo cual la jurisprudencia judicial de la Comisión Resolutiva se ha pronunciado sobre esta materia, aunque vacilantemente. Consideremos dos variantes sobre la responsabilidad de los discriminados beneficiarios.

La Resolución N° 284, y cabe destacar al respecto su considerando 7°, sancionó a Laboratorio Norgine S.A. y Sociedad Wiston Michelson y Compañía Limitada, sociedades que actuaron conjuntamente como discriminadores arbitrarios entre sus compradores en lo referente a precios, montos de descuentos y condiciones de pagos. Sociedad Comercial Salco Ltda. fue un discriminado beneficiario de la actividad antes descrita, pero no fue reprochado por la Comisión Resolutiva.

Diferente fue la situación en la Resolución N° 214, en la cual Acero Comercial S.A. discriminó injustificadamente entre sus compradores de alambón al establecer el precio de este atendiendo a la variable importaciones y oferta externa y por otra parte a la situación particular de cada comprador frente al mercado externo, conducta con la cual el discriminado beneficiario, Inchalam, resultó castigado. Conviene precisar que las sanciones impuestas al discriminado beneficiario fueron de orden monopólico, quedando a salvo el ejercicio de acciones civiles por concepto de indemnización de perjuicios y otras que se estimaren pertinentes.

En la especie, estimamos que de producirse la colusión arbitrariamente discriminadora entre A.G.Y y X.S.A., existe un riesgo de responsabilidad monopólica para los asociados de A.G.Y. Dicho riesgo nace de la posibilidad de que eventualmente se demostrara o se presumiera por la Comisión Resolutiva –cabe recordar que este tribunal especial puede apreciar la prueba en conciencia– que la A.G.Y es un mero instrumento, al modo de los carteles más sofisticados, ideado por los afiliados a esa asociación gremial con la finalidad de obtener el descuento exclusivo que nos ocupa y mejorar ilícitamente su poder de competencia en general, en el respectivo mercado relevante.

IV. CONCLUSIONES

Atendido lo expuesto precedentemente, concluimos:

- a) La exclusividad permanente en el descuento analizado, la que consiste en que este solo es ofertado en consideración a la asociación gremial a la cual se encuentra afiliado un despachador de aduanas constituye una especie de ofensa monopólica, denominada discriminación arbitraria monopólica y, como tal, punible ante el Decreto Ley 211.
- b) La mera proposición o inducción a dicha ofensa monopólica resulta reprochable a la luz de la jurisprudencia judicial de la Comisión Resolutiva.
- c) En el evento que la proposición de discriminación arbitraria monopólica sea ejecutada por un discriminador dotado de poder de mercado, los eventuales discriminados beneficiarios podrían arriesgar alguna de las sanciones previstas en la legislación antimonopólica.