



UNIVERSIDAD DE CHILE  
Facultad de Derecho  
Departamento de Derecho Económico

**LA DOCTRINA DE LAS FACILIDADES ESENCIALES ANTE EL TRIBUNAL DE  
DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA.**

Memoria para adquirir el grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y  
Sociales.

**AUTOR: PEDRO IGNACIO RENCORET GUTIÉRREZ  
PROFESOR GUÍA: DOMINGO VALDÉS PRIETO**

Santiago, Chile.

2010

A mis padres.

## **AGRADECIMIENTOS**

A Catalina Almarza Grez, por su compañía, apoyo y paciencia; a Miguel Schürmann Opazo, por sus observaciones y aportes; y a Felipe Bulnes Serrano, Julio Pellegrini Vial y Enrique Urrutia Pérez, por las facilidades prestadas para la elaboración y terminación de este trabajo.

## TABLA DE CONTENIDOS

	Página
<b>INTRODUCCIÓN</b>	1
<b>CAPITULO I</b>	
PLANTEAMIENTO E HISTORIA DE LA DOCTRINA DE LAS FACILIDADES ESENCIALES.....	3
I.1. Consideraciones preliminares.....	3
I.2. Noción general de la doctrina de las facilidades esenciales.....	6
I.3. Una doctrina <i>esencialmente</i> conflictiva.....	10
I.4. Origen y tratamiento jurisprudencial de la doctrina de las facilidades esenciales en el derecho comparado.....	12
I.4.1. La doctrina de las facilidades esenciales en la jurisprudencia de Estados Unidos.....	13
I.4.1.1. <i>United States v. Terminal Railroad Association of St. Louis</i> (1912).....	14
I.4.1.2. <i>Associated Press v. United States</i> (1945).....	17
I.4.1.3. <i>Gamco, Inc. v. Providence Fruit &amp; Produce Building, Inc.</i> (1952).....	18
I.4.1.4. <i>Otter Tail Power Co. v. United States</i> (1973).....	20
I.4.1.5. <i>Hecht v. Pro-Football, Inc.</i> (1977).....	21
I.4.1.6. <i>MCI Communications Corp. v. AT&amp;T Co.</i> (1983).....	23
I.4.1.7. <i>Aspen Skiing Company v. Aspen Highlands Skiing Corporation</i> (1985).....	25
I.4.1.8. <i>Verizon Communications Inc. V. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP</i> (2004).....	28
I.4.2. La doctrina de las facilidades esenciales en la jurisprudencia europea.....	29
I.4.2.1. <i>Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A. y Commercial Solvents Corporation contra Comisión de las Comunidades Europeas</i> (1974).....	29
I.4.2.2. <i>Radio Telefis Eireann e Independent Television Publications Ltd. contra Comisión de las Comunidades Europeas</i> (1985).....	31

I.4.2.3. <i>Oscar Bronner GmbH &amp; Co. KG contra Mediaprint Zeitungs y otros</i> (1998).....	36
<b>CAPITULO II</b>	
PRESUPUESTOS PARA LA APLICACIÓN DE LA DOCTRINA DE LAS FACILIDADES ESENCIALES.....	41
II.1. Regla general: libertad de contratación.....	41
II.2. La doctrina de las facilidades esenciales y su papel como teoría dogmática.....	42
II.3. Requisitos para la aplicación de la doctrina de las facilidades esenciales.....	45
II.3.1. Existencia de un activo controlado por un monopolista al que se requiere acceso.....	46
II.3.1.1. ¿Qué se entiende por facilidad o instalación? .....	46
II.3.1.2. Facilidades tangibles e intangibles. ....	48
II.3.1.2.1. Planteamiento del problema. ....	49
II.3.1.2.2. Argumentos contrarios a la obligación de compartir derechos de propiedad intelectual y la respuesta de sus partidarios. ....	51
II.3.1.2.3. La situación en Chile. ....	58
II.3.1.3. La facilidad debe ser controlada por un monopolista.....	61
II.3.2. El activo debe ser indispensable para competir. ....	61
II.3.2.1. La facilidad debe ser indispensable y no replicable. ....	62
II.3.2.2. La relación entre “esencialidad” y “sustituibilidad”. ....	65
II.3.2.3. La definición del mercado relevante. ....	66
II.3.2.4. ¿Es indispensable la existencia de dos mercados verticalmente integrados? .....	68
II.3.2.5. La relación entre la facilidad esencial y un monopolio natural. ....	70
II.3.3. Existencia de una negativa injustificada del monopolista a proveer el acceso requerido. ....	73
II.3.3.1. La negativa del monopolista. ....	75
II.3.3.1.1. Negativa absoluta o manifestada en la imposición de términos irrazonablemente desventajosos.....	76

II.3.3.1.2.	Negativa unilateral o concertada.....	77
II.3.3.1.3.	Primera negativa o interrupción de una relación comercial preexistente.....	78
II.3.3.1.4.	Negativa a conceder acceso a una facilidad tangible o a una facilidad intangible.....	81
II.3.3.1.5.	Negativa dirigida a un competidor o a un cliente.....	81
II.3.3.2.	Ausencia de una causal de justificación.....	81
II.3.3.3.	Demanda de acceso a una facilidad esencial.....	84
II.4.	La carga de la prueba.....	86
II.5.	El resultado perseguido por la doctrina de las facilidades esenciales...	87
II.6.	¿Se justifica la existencia de la doctrina de las facilidades esenciales?.....	88
II.6.1.	Argumentos por su desaparición.....	89
II.6.2.	Postura intermedia: una rigurosa limitación de la doctrina.....	93
II.6.3.	Sus defensores responden.....	96
 <b>CAPITULO III</b>		
<b>EL SISTEMA DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA EN CHILE Y LA DOCTRINA DE LAS FACILIDADES ESENCIALES.....</b>		
III.1.	El sistema de defensa de la libre competencia contemplado en el ordenamiento jurídico nacional.....	102
III.1.1.	Las personas, el Estado y la autonomía privada.....	102
III.1.2.	Autonomía privada y Orden Público Económico.....	103
III.1.3.	El derecho a desarrollar cualquier actividad económica y la defensa libre competencia contemplada en el Decreto Ley N° 211.....	107
III.1.3.1.	Relaciones por concepto de la libertad.....	108
III.1.3.1.1.	La libertad para desarrollar cualquier actividad económica y sus limitaciones.....	109
III.1.3.1.2.	Las funciones del Decreto Ley N° 211 en relación a la libertad para desarrollar cualquier actividad económica.....	110
III.1.3.2.	Relaciones por concepto de economía.....	111

III.2.	El Decreto Ley 211.....	111
III.2.1.	El bien jurídico.....	112
III.2.2.	Los órganos de defensa de la libre competencia.....	114
III.2.2.1.	El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.....	114
III.2.2.2.	La Fiscalía Nacional Económica.....	119
III.2.3.	El ilícito o delito de monopolio en el Decreto Ley N° 211.....	121
III.2.3.1.	Consideraciones previas acerca del ilícito de monopolio.....	121
III.2.3.2.	El ilícito de monopolio en el art. 3° del Decreto Ley N° 211.....	123
III.2.3.3.	El abuso de posición dominante.....	127
III.3.	La doctrina de las facilidades esenciales en el Decreto Ley N° 211.....	129
III.3.1.	El objeto de la doctrina de las facilidades esenciales está incorporado en el art. 3° del Decreto Ley N° 211.....	129
III.3.2.	Las potestades del TDLC frente a la doctrina de las facilidades esenciales.....	132
III.4.	La doctrina de las facilidades esenciales en la jurisprudencia de nuestros órganos de defensa de la libre competencia.....	135
III.4.1.	La doctrina de las facilidades esenciales en la jurisprudencia de la Comisión Resolutiva y las Comisiones Preventivas.....	136
III.4.2.	La doctrina de las facilidades esenciales en la jurisprudencia del TDLC.....	140
III.4.3.	Análisis particular la jurisprudencia del TDLC frente a la doctrina de las facilidades esenciales.....	145
i.	Sentencia N° 18/2005.....	146
ii.	Sentencia N° 29/2005. ....	148
iii.	Sentencia N° 36/2006. ....	155
iv.	Sentencia N° 37/2006. ....	157
v.	Sentencia N° 44/2006. ....	162
vi.	Sentencia N° 47/2006. ....	164
vii.	Sentencia N° 76/2008. ....	175
viii.	Sentencia N° 77/2008. ....	180

ix.	Sentencia N° 81/2009. ....	181
x.	Sentencia N° 85/2009. ....	187
xi.	Sentencia N° 88/2009. ....	193
xii.	Instrucciones de carácter general N° 1.....	201
xiii.	Resolución N° 6/2005.....	204
xiv.	Resolución N° 13/2006. ....	208
xv.	Resolución N° 18/2006.....	211
xvi.	Resolución N° 22/2007. ....	213
xvii.	Resolución N° 27/2008. ....	215
<b>CONCLUSIONES.....</b>		<b>222</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>		<b>225</b>

## **INTRODUCCIÓN**

Una de las temáticas que más intensa y profunda discusión genera en el ámbito de la defensa de la libre competencia en derecho comparado se refiere a la doctrina de las facilidades esenciales. Encontrando recepción desde hace varias decenas de años en la jurisprudencia norteamericana y europea, el hecho que ésta postule que en determinadas circunstancias pueda ser lícito compeler a un monopolista a compartir un insumo con un competidor, y por tanto, que se justifique una enorme afectación a la esfera autonomía privada, ha motivado que a ambos lados del Atlántico numerosos autores dediquen profusos y profundos estudios para defender y promover su existencia, o, por el contrario, para propugnar su desaparición.

Contrasta lo anterior con la situación en nuestro país. Salvo loables excepciones, la doctrina de las facilidades esenciales ha pasado prácticamente desapercibida para la doctrina; mientras que en el caso de la jurisprudencia de nuestros organismos antimonopolios su recepción ha sido de reciente data.

En ese contexto, el presente trabajo pretende hacer un análisis amplio de la doctrina de las facilidades esenciales, tanto en su papel de teoría dogmática como en el desarrollo que ha encontrado en la jurisprudencia. Para tales efectos, se ilustrará primera y sucintamente en lo que ella consiste y cuáles son sus planteamientos, reseñando luego su historia en la jurisprudencia comparada (capítulo I).

En seguida, se presentarán los presupuestos que se estiman como necesarios para que la doctrina en comento reciba aplicación, integrando las distintas posiciones y argumentos que se han generado en el debate. Lo anterior exigirá exponer las posturas a favor y en contra de la misma (capítulo II).

El estudio del tratamiento que ha recibido en el derecho comparado es de suma importancia. Primero, porque –como se dijera- ha sido objeto de acabado e intenso análisis, que se debe tener necesariamente en referencia. Y segundo, porque la

legislación, doctrina y jurisprudencia de los Estados Unidos de América y de la Unión Europea son las principales fuentes de inspiración (directa e indirectamente) de la legislación y de la jurisprudencia antimonopolios nacional.

Sobre ese precedente, se procederá a revisar la doctrina a la luz de nuestro ordenamiento jurídico, determinando el lugar que la doctrina de las facilidades esenciales ocupa en el derecho antimonopolios nacional, particularmente en el Decreto Ley N° 211. De este modo, se pretenderá determinar si es que existen argumentos normativos para que ésta reciba aplicación por nuestros organismos de defensa de la libre competencia, y en definitiva, si es que efectivamente ésta ha tenido o no recepción en la práctica jurisprudencial (capítulo III).

Con lo expuesto precedentemente, debe señalarse que la principal intención contenida en este trabajo es recoger con la mayor fidelidad posible los diversos conceptos y argumentos elaborados en el derecho comparado, a fin de contribuir a su promoción y a la mejor calidad de su examen.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Las citas y referencias pertenecientes a documentos en inglés corresponden a traducciones libres del autor.

## **CAPITULO I**

### **PLANTEAMIENTO E HISTORIA DE LA DOCTRINA DE LAS FACILIDADES ESENCIALES**

#### **I.1. Consideraciones preliminares.**

¿Qué, cuánto, cómo y para quién producir? Ante el problema que nos presenta la necesidad de asignar recursos inevitablemente escasos, la mayoría de las naciones del mundo –y Chile no es la excepción- han abrazado al mercado como mecanismo más óptimo para responder las preguntas de la economía en un marco que al mismo tiempo reconozca y garantice jurídicamente la dignidad, libertad e igualdad esencial a todas las personas. En ese sentido, si bien las personas tienen libertad para ejercer actividades económicas, el comportamiento de éstas debe necesariamente adecuarse al respeto de bienes jurídicamente protegidos, por sobre la simple eficiencia económica. Y el caso es que así entendido el mercado, éste no siempre funciona óptimamente. Peor aún, es muchas veces altamente defectuoso.

Un claro y recurrente ejemplo de lo anterior ocurre cuando uno o más actores del mercado –lícita o ilícitamente- acumulan poder a tal punto que éste puede ser ejercido distorsionando la asignación de recursos y oprimiendo la libertad y derechos de otros (competidores actuales o potenciales, clientes o proveedores, e incluso la sociedad en general) en una forma que la sociedad juzga como injusta. Pues bien, a fin de prevenir o castigar tales distorsiones, promoviendo y defendiendo la libre competencia en los mercados, se nos presenta el derecho antimonopolios o derecho de la libre competencia. En un escenario cuyas tablas son conformadas por el mercado, la libre

competencia desempeña el papel de mecanismo disciplinario esencial del comportamiento de las firmas que actúan en él.<sup>2</sup>

De este modo, si bien la regla general es la libertad, en determinadas ocasiones será necesaria su maximización mediante, paradójicamente, su limitación a través de la intervención del Estado (ya sea a nivel constitucional, legal, administrativo o jurisdiccional). Y ello ocurrirá de manera excepcional, particularmente en el ámbito jurisdiccional, cuando la competencia se vuelva insuficiente como elemento de control, al punto que una firma con poder para actuar con independencia de los demás actores del mercado, ejecute actos concretos que resulten lesivos –o tiendan a hacerlo- al bien jurídico tutelado: la libre competencia.

En efecto, la defensa de la competencia se caracteriza por actuar de manera excepcional (ya sea adoptando medidas de diversa clase o imponiendo sanciones, en ejercicio del *ius puniendi*), sólo cuando se dan determinados hechos que pueden hacer presuponer que la competencia como proceso está amenazada o ha sido lesionada<sup>3</sup>. Frente a tales situaciones, esta actividad se llevará a cabo fundamentalmente a través de dos métodos posibles, a saber, políticas llamadas “de comportamiento” y políticas “estructurales”. La política de comportamiento consiste en la ejecución de procedimientos de naturaleza jurisdiccional por los cuales se sancionan acciones pasadas o presentes llevadas a cabo por algún agente económico en violación de la libre competencia. Dichas sanciones pueden consistir en órdenes de cese de determinadas conductas, en la imposición de medidas, multas o –en algunos países y para algunas situaciones- indemnizaciones o penas de prisión. Las políticas estructurales, en cambio, corresponden a un modo preventivo de hacer defensa de la competencia (generalmente de naturaleza administrativa), esto es, antes que se

---

<sup>2</sup> SULLIVAN, Lawrence A. y Grimes, Warren S. *The Law of Antitrust: An integrated handbook*. St. Paul, Minn, West Group, 2000, p. 2. p. 104. Como bien dicen los mismos autores, la medicina es para la buena salud lo que el derecho antimonopolios es para el buen funcionamiento de los mercados (p. 2).

<sup>3</sup> En este sentido, el derecho antimonopolios presenta un evidente contraste con otros mecanismos de regulación pública, como la regulación de servicios públicos, donde se intenta limitar el ejercicio del poder de mercado de las empresas a través de intervenciones del Estado directas, constantes y específicas en la determinación de ciertas variables económicas (precios, cantidades, estándares de calidad, etc.), ejecutada por órganos especializados en la regulación de mercados específicos (como el eléctrico o el de las telecomunicaciones).

produzcan las acciones consideradas nocivas. El ejemplo más nítido es el control de operaciones de concentración<sup>4</sup>.

Las conductas anticompetitivas susceptibles de sanción pueden manifestarse de múltiples formas, admitiendo numerosas clasificaciones, siempre abundantes en la literatura jurídica. Sin embargo, existe una especial categoría de conducta sumamente relevante al momento de analizar y definir su carácter anticompetitivo, a saber, las denominadas genéricamente “prácticas exclusorias”. Éstas implican una actitud ilícita cuyo objeto o efecto es la exclusión de competidores reales o potenciales en un mercado relevante apropiadamente definido. Luego, las prácticas exclusorias pueden ser de tipo horizontal o vertical, tener un carácter unilateral o concertado, pero en todos los casos el núcleo de su naturaleza anticompetitiva está ligado a la eliminación de competidores<sup>5</sup>. En este sentido, las prácticas exclusorias contrastan con las prácticas “explotativas”, donde el ilícito está en el ejercicio de poder de mercado en perjuicio del bienestar general, pero sin el efecto directo de excluir a los competidores.

Definir qué prácticas pueden ser estimadas exclusorias, para su posterior detección y sanción, se presenta como una tarea de suyo ardua para los órganos de defensa de la libre competencia. Ello, que presentan un problema tanto semántico como sustancial. En efecto, resulta lógico y razonable que las firmas que compiten en el mercado tengan entre sus objetivos fundantes la “exclusión” de su competencia, a fin de acaparar para sí la más alta participación posible del mercado y, consecuentemente, obtener mayores utilidades. Pretender lo contrario resulta tan incauto como contraproducente, pues ahí radican precisamente los incentivos para emprender, innovar y producir más y mejores productos o servicios. El problema reside en definir cuál es el límite donde el comportamiento destinado a crecer y vencer a la competencia deja de ser apropiado y pasa a ser atentatorio contra la libre competencia. En otras palabras, los órganos antimonopolios deben ser capaces de diferenciar los métodos benignos de competencia que serían tolerados incluso de un monopolista, respecto de aquellas

---

<sup>4</sup> COLOMA, Germán. *Defensa de la competencia. Análisis económico comparado*. Buenos Aires – Madrid, Ciudad Argentina, p. 14.

<sup>5</sup> *Ibíd.*, pp. 15 y 16.

estrategias exclusorias que llevan implacable y efectivamente a la creación y mantención de poder de mercado<sup>6</sup>. Esa tarea no es en lo absoluto sencilla, y ahí es donde el aporte de la doctrina y la jurisprudencia resulta trascendental.

Al efecto, un largo número de conductas han sido precisadas como constitutivas de prácticas exclusorias, describiéndose y desarrollándose para cada una de ellas una serie de criterios y presupuestos específicos a fin de determinar su ilicitud<sup>7</sup>. De estos comportamientos anticompetitivos se nos erige uno de especial importancia y objeto de una intensa discusión (tanto en sede doctrinaria como jurisprudencial), respecto del cual se han desplegado ingentes esfuerzos tanto para su reconocimiento y sanción como conducta reprochada por el derecho de la libre competencia, como para su limitación o desaparición. Esa conducta es la que estudia la denominada doctrina de las facilidades esenciales.<sup>8</sup>

## I.2. Noción general de la doctrina de las facilidades esenciales.

La doctrina de las facilidades esenciales sostiene que la negativa de un monopolista de proporcionar a un competidor el acceso a un activo indispensable para competir es reprochable desde el punto de vista del derecho de la libre competencia, pudiendo el

---

<sup>6</sup> SULLIVAN y GRIMES, *The Law of Antitrust...*, pp. 104 y 105; y, Ross, Stephen F. *Principles of antitrust law*. Westbury, New York, The Foundation Press, Inc., 1993, p. 86.

<sup>7</sup> Al efecto, HOVENKAMP destaca las siguientes prácticas exclusorias: 1) Precios predatorios; 2) Fusiones que crean monopolio; 3) Comprar o cerrar plantas de rivales; 4) Expansión de la producción o de la capacidad productiva; 5) Discriminación de precios; 6) Integraciones Verticales; 7) Presionar a nivel de precios y suministros; 8) Ventas atadas; 9) Investigaciones y desarrollos predatorios; 10) Abuso de Patentes; 11) Elevar los costos de los rivales; 12) Negativa a pactar con un competidor; y, 13) Doctrina de las facilidades esenciales. Afirma que el listado no es exhaustivo, pero incluye la mayoría de las prácticas exclusorias más importantes. Agrega también que el listado tanto crece como se hace más estrecho permanentemente, pues nuevas prácticas exclusorias pueden ser identificadas en litigaciones futuras, a la vez que prácticas antes consideradas como exclusorias y anticompetitivas han estado sujetas a análisis económicos ulteriores y han sido encontradas competitivas o no dañinas. HOVENKAMP, Herbert. *Antitrust*. 3ª ed. St. Paul, Minn, West Group, 1999, pp. 109-115.

<sup>8</sup> La denominación “facilidad esencial” es una traducción literal desde la lengua inglesa (*essential facility*), siendo más apropiada la denominación “instalación esencial” (VALDÉS, Domingo. *Libre Competencia y Monopolio*. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2006, p. 574). Lo mismo ocurre con la expresión “doctrina” (*doctrine*), siendo más apropiada la denominación “teoría”, toda vez que cumple el papel propio de una teoría dogmática. Por lo tanto, parece más ajustada la denominación “teoría de las instalaciones esenciales”. Sin embargo, atendido su amplio uso en la jurisprudencia, así como entre abogados y economistas, tanto nacionales como extranjeros, en este trabajo nos referiremos indistintamente a la misma con cualquiera de dichas expresiones.

monopolista ser incluso compelido a proveer tal acceso.<sup>9</sup> Ese acceso se debe conferir en términos razonables y no arbitrariamente discriminatorios, y siempre que no existan legítimas razones que justifiquen lo contrario. Por lo demás, la referida negativa será objeto de reproche no sólo cuando se manifieste en términos absolutos, sino también cuando consista en la imposición de condiciones desfavorables e injustificadas de acceso que en los hechos constituyan una barrera de entrada insuperable para sus competidores.<sup>10</sup>

Así descrita, la doctrina de las facilidades esenciales no es más que la aplicación de un principio básico del derecho de la libre competencia, según el cual un monopolista no puede abusar de su poder de mercado para preservar su monopolio, ni para expandirlo a otro mercado, ya sea que se trate de mercados regulados o no regulados<sup>11</sup>. En la especie, la doctrina implica una abierta excepción a la libertad de contratación (libertad cardinal en un sistema de libre mercado), proponiendo que en ciertos casos pueden concurrir particulares circunstancias en las que será legítimo obligar a “compartir lo que es de uno” (en este caso, una instalación que sirve como insumo productivo), aun cuando ello signifique “ayudar” a un rival. Esas particulares circunstancias, que definen el carácter esencial del activo en cuestión, consisten básicamente en el hecho que su duplicación es imposible o económicamente impracticable, de manera tal que la privación del acceso a la instalación impide o elimina la competencia en un mercado determinado.

---

<sup>9</sup> Para efectos de este trabajo, usaremos el término “monopolista” no solamente en referencia a quien goza de poder monopólico, entendido como el titular de un monopolio puro, sino también a quien, sin ser un monopolista puro, goza de poder de mercado, esto es, una firma dominante que actúa con un poder de influencia significativo sobre el mismo. En ese sentido, y según se analizará, para la aplicación de la doctrina de las facilidades esenciales no es indispensable la ausencia de competencia en términos absolutos. Para un mejor estudio de estos conceptos, ver *ibíd.*, pp. 39 y ss.

<sup>10</sup> Por esa razón es que la doctrina de las facilidades esenciales ha sido articulada por parte de los autores y jurisprudencia como un subconjunto de los casos denominados como “negativa de pactar” o *refusal to deal*. En atención a ello, hay quienes abogan por su desaparición como tal, sosteniendo que deben aplicarse en su lugar únicamente los principios más generales de los casos de negativa de pactar.

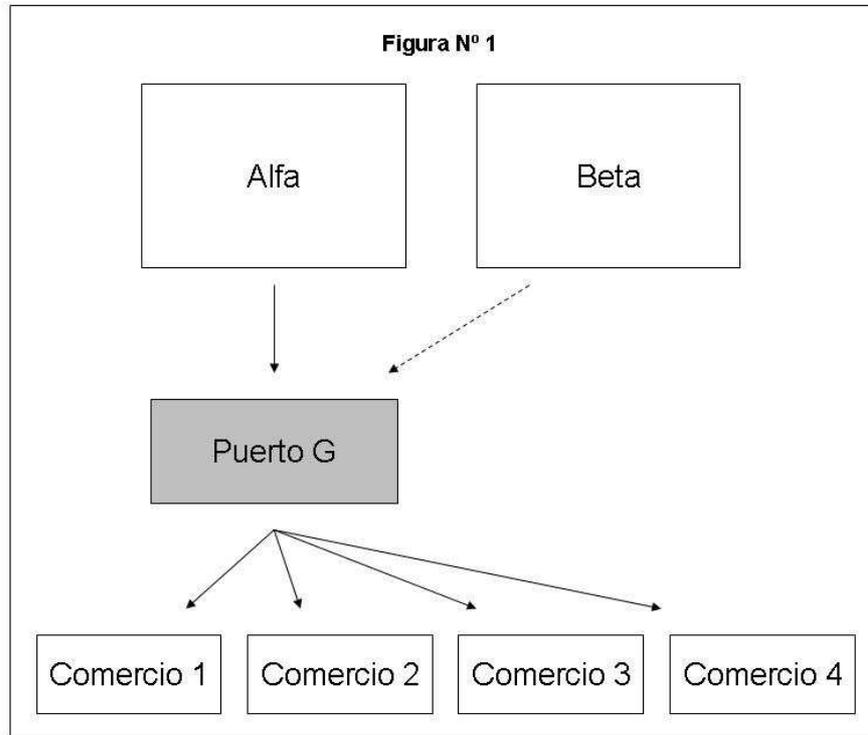
<sup>11</sup> HIRSH, Merrill y RICHEIMER, Gabriela A. *The Essential Facilities Doctrine: Keeping the Word 'Epithet' from Becoming One*. Disponible en <<http://ssrn.com/abstract=389200>> o <DOI: 10.2139/ssrn.389200> [consulta: 16 julio 2009], marzo, 2003, pp. 5 y 6. En este sentido, FRISCHMANN y WALLER sostienen que “la doctrina de las facilidades esenciales es una expresión del venerable principio del derecho anglosajón que favorece el acceso abierto de ciertas facilidades, activos y propiedades que están afectas al interés público” FRISCHMANN, Brett M. y WALLER, Spencer Weber. “Revitalizing Essential Facilities”. En: *Antitrust Law Journal*, Vol. 75, N° 1. Disponible en: <<http://ssrn.com/abstract=961609>> [consulta: 16 julio 2009], 2008, pp. 3 y 4.

Así entendida, la empresa monopólica posee, aguas arriba o aguas abajo, una facilidad o instalación esencial que se asemeja a una especie de “cuello de botella”, cuyo acceso resulta indispensable para poder competir en un mercado relacionado. Luego, el problema planteado por la doctrina de las facilidades esenciales supone –por regla general- la existencia de dos mercados verticalmente relacionados, donde quienes participan actualmente o quienes quieren ingresar a uno de ellos requieren tener acceso al otro para poder ofrecer sus bienes o servicios al consumidor final.

Para ilustrar lo anterior, considérese el siguiente ejemplo.<sup>12</sup> Las firmas *Alfa* y *Beta* son productoras de sal en el desierto del norte de nuestro país, actividad que ejercen para posteriormente comercializarla en Chile y en el extranjero. Para poder distribuir la sal y participar en el mercado de la venta de la misma, resulta indispensable acceder al único puerto disponible para su transporte, cuyo propietario es *Alfa*. Dicho puerto es el único existente y dadas las características geográficas de la zona, su replicación resulta económicamente inviable. Lo anterior, según describe la siguiente figura:

---

<sup>12</sup> El ejemplo que se usará a continuación es análogo a los hechos que dieron lugar a la Sentencia N° 47, del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, pronunciada con fecha 5 de diciembre del año 2006, en los autos caratulados “Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica y demanda de Compañía Minera Cordillera S.A. contra Sociedad Sal Punta Lobos S.A.”, Rol N° C 13-2004. Sin embargo, los hechos, descripciones y conclusiones que a continuación se indicarán no guardan relación alguna con dicho proceso y cualquier similitud es mera coincidencia. El ejemplo tiene fines meramente metodológicos y el caso a que hacemos referencia será específicamente tratado en el capítulo III.



En una situación como la descrita, para *Beta* el “Puerto G” constituye una facilidad esencial<sup>13</sup>, cuyo acceso es indispensable para poder participar en el mercado de la venta de sal. Y es indispensable precisamente porque la negativa de acceso al mismo supondría por inevitable resultado su exclusión del mercado. Más aún, derivaría en la eliminación de  *toda* la competencia. Pues bien, en aquellos casos la teoría de las instalaciones esenciales postula que se puede obligar a *Alfa* permitirle a *Beta* utilizar el “Puerto G”, pagando una tarifa razonable y en términos no arbitrariamente discriminatorios, aún cuando ello importe asistir (y permitir su supervivencia) a un competidor.

<sup>13</sup> Aunque tradicionalmente las facilidades o instalaciones que pueden calificar como esenciales han sido consideradas como una infraestructura física (como redes de transmisión de electricidad, oleoductos, redes telefónicas, etc.), en principio la doctrina puede ser igualmente aplicada a otros tipos de insumos, incluyendo bienes intangibles como los derechos de propiedad intelectual. Sin embargo, esto último ha sido altamente discutido por parte importante de la doctrina, según se analizará con más detalle en el capítulo II siguiente.

Sin perjuicio de todo lo expuesto, el solo hecho que una firma dominante tenga el control de una instalación esencial no significa necesariamente que la doctrina de las facilidades esenciales deba recibir aplicación. En efecto, pueden existir legítimas razones que justifiquen eximir a su titular del deber de compartirla, principalmente cuando el acceso compartido no resulta factible. A modo ejemplar, en el caso citado la doctrina no sería aplicable si el “Puerto G” ya funciona a su máxima capacidad disponible (carece de capacidad ociosa), o si *Beta* no está dispuesto a pagar una tarifa que reúna condiciones razonables y no arbitrariamente discriminatorias, entre otras múltiples eventuales circunstancias que no pueden ser enumeradas taxativamente.

### **I.3. Una doctrina esencialmente conflictiva.**

Si bien en el párrafo anterior describimos a grandes rasgos el objeto y principales características de la doctrina de las facilidades esenciales, lo cierto es que ella ha sido y sigue siendo foco de intensa discusión. Más aún, todo lo relativo a ella es tan poco pacífico que se le ha atribuido incluso una cierta semejanza con el debate teológico<sup>14</sup>. En efecto, su sola existencia es eminentemente controversial, al igual que lo es la definición teórica de cada uno sus elementos constitutivos y su aplicabilidad práctica. Aunque se trata de materias que serán más largamente analizadas en el capítulo siguiente, cabe trazar –aunque sea someramente– las distintas aristas de la referida discusión.

Primeramente, resulta problemática la definición de cuáles son las instalaciones sobre las que la doctrina puede recibir aplicación y cuándo éstas pueden considerarse esenciales, en los términos antes descritos. En cuanto a lo primero, básicamente porque no es indubitado si la doctrina es aplicable sólo respecto de activos físicos, o si también lo es en el caso de bienes intangibles como los derechos de propiedad intelectual. Y en lo que toca a la “esencialidad” de los mismos, se trata de un asunto aún más debatible, pues muy difícilmente nos encontraremos con casos en que un

---

<sup>14</sup> COTTER, Thomas F. *The Essential Facilities Doctrine*. Minnesota Legal Studies Research Paper No. 08-18, 2008. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1125368>, [consulta: 16 julio 2009], p. 1.

activo sea absolutamente imposible de replicar, siendo la mayoría casos de inviabilidad económica y técnica. Luego, los litigios relativos a esta materia concentrarán sus esfuerzos en distinguir si efectivamente es impracticable crear nuevas instalaciones o si simplemente es menos ventajoso para quien solicita el acceso forzado, tarea sumamente compleja.

Adicionalmente, si bien el obligar a dar acceso a una facilidad esencial al monopolista que lo niega permite impedir un abuso de posición dominante destinado a perpetuar poder monopólico, lo cierto es que de ese acceso forzado se pueden producir varias consecuencias negativas.

Por una parte, inevitablemente se nos presenta un claro conflicto con principios constitucionalmente protegidos –y profundamente arraigados–, como lo son el derecho de propiedad<sup>15</sup> y el libre ejercicio de cualquier actividad económica. En efecto, la doctrina de las facilidades esenciales plantea una abierta excepción al principio de la libre contratación –axioma fundante de nuestro ordenamiento jurídico–, según el cual toda persona o empresa es en principio libre de contratar con quien quiera y cómo quiera, incluso un monopolista. Luego, la aplicación de una doctrina cuyos requisitos y límites no son claros es eminentemente riesgoso, en tanto priva de certeza jurídica a los agentes del mercado, a la vez que podría devenir en la sanción de conductas que no atentan contra la libre competencia.

Por otra parte, ese acceso forzado puede dar lugar a efectos perniciosos de diversa especie en el mercado, tales como: i) disminuir los incentivos para innovar y para invertir en la misma facilidad o en otras nuevas; ii) aumentar los casos de *free-riding*<sup>16</sup>; y, iii) aumentar los incentivos para que el monopolista titular de la facilidad y aquella firma a la que se le concede el acceso puedan coludirse.

---

<sup>15</sup> Por ello, CASTALDO y NICITA destacan que la “facilidad esencial”, una vez detectada, es protegida por una regla de responsabilidad antes que por una regla de propiedad. CASTALDO, Angelo y NICITA, Antonio, *Essential Facility Access in US and EU: Drawing a Test for Antitrust Policy*. Disponible en: <<http://ssrn.com/abstract=877135>> [consulta: 16 julio 2007], diciembre, 2005, p. 4.

<sup>16</sup> El término de la lengua inglesa *free rider* puede definirse como “una firma que toma ventaja de un producto o servicio ofrecido por otra persona sin pagar por él”. HOVENKAMP, *Antitrust*, ob. cit., p. 323.

Por último, se ha dicho que incluso aceptando teóricamente los postulados y requisitos propios de la doctrina de las facilidades esenciales, ésta sería inaplicable en la práctica. Ello, pues de compeler a un monopolista a compartir su insumo, la autoridad antimonopolios deberá necesariamente definir las condiciones en que el acceso será otorgado (como el precio y los términos del acceso) y supervisar su posterior ejecución, tareas altamente técnicas y complejas, propias de agencias reguladoras, y que pueden ir más allá de la capacidad y competencia de un órgano jurisdiccional.

Por todos los motivos expuestos, no son pocos los comentaristas que abogan fuertemente por la desaparición de la doctrina de las facilidades esenciales, o al menos, por que ella sea considerablemente restringida y limitada. Otros, en cambio, la postulan como un indispensable para sancionar abusos de posición dominante que envuelvan una instalación esencial (particularmente en el caso de monopolistas regulados que intentan extender su poder a mercados no regulados), dando respuesta a las diversas críticas que la doctrina enfrenta.<sup>17</sup>

Los diversos elementos de la discusión que ha sido someramente expuesta en los párrafos precedentes serán analizados más detenidamente en el capítulo siguiente, en el cual trataremos delinear los presupuestos necesarios para que la doctrina de las facilidades esenciales reciba aplicación.

#### **I.4. Origen y tratamiento jurisprudencial de la doctrina de las facilidades esenciales en el derecho comparado.**

La doctrina de las facilidades esenciales encuentra su origen en la jurisprudencia norteamericana, hallando posteriormente eco en las sentencias de los tribunales de la Comunidad Europea. Si bien no ha sido sostenida formalmente por la Corte Suprema de Estados Unidos ni por el Tribunal de Justicia europeo, varios de sus pronunciamientos contienen los principios fundamentales que le sirven de sustento, a

---

<sup>17</sup> Las críticas y defensas de la doctrina de las facilidades esenciales serán tratadas en el Capítulo II. 6.

la vez que se manifiestan sobre los lineamientos que han trazado los tribunales inferiores que sí han reconocido expresamente su existencia.

En consecuencia, el estudio de dicha jurisprudencia resulta indispensable para hacer ulteriormente un análisis acabado de cada uno de los aspectos de la doctrina. Por ello, a continuación se expondrá una breve descripción comentada de algunos de los casos más relevantes relativos a la doctrina en comento, destacándose aquellos aspectos que guardan directa relación con el objeto de este trabajo.<sup>18</sup>

#### **I.4.1. La doctrina de las facilidades esenciales en la jurisprudencia de Estados Unidos.**

El origen de la doctrina de las facilidades esenciales es unánimemente atribuido a la resolución del caso *United States v. Terminal Railroad Association of St. Louis*<sup>19</sup> por la Corte Suprema de los Estados Unidos, en el año 1912. Si bien el término fue doctrinariamente acuñado por primera vez en el año 1970<sup>20</sup>, esa sentencia esboza por primera vez con meridiana claridad el principio general según el cual un monopolista no puede negarle a sus rivales el acceso a un insumo esencial para competir. Desde entonces, aún cuando la Corte Suprema nunca ha invocado ni reconocido expresamente la referida doctrina, sus defensores la han sustentado y desarrollado sobre una serie de sentencias que pueden ser vistas como sostén de dicho razonamiento.

---

<sup>18</sup> Para un estudio más extenso y diverso de la jurisprudencia comparada sobre la materia, véase WERNER, Carolina. *La doctrina de las facilidades esenciales en el derecho chileno y comparado*. Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2007, pp. 48-180.

<sup>19</sup> 224 U.S. 383 (1912). Sin embargo, se ha dicho que, aunque de limitada aplicación, la noción de que alguien en posesión de un recurso escaso debe pactar con terceros en una forma no arbitrariamente discriminatoria ha sido bien establecida desde mucho antes de la Sherman Act. SULLIVAN y GRIMES, *The Law of Antitrust...*, ob. cit., p. 110.

<sup>20</sup> Así lo destaca WALLER, citando a A.D. Neale, *The Antitrust Law Of The United States: A Study Of Competition Enforced By Law*, 2ª ed. 1970. WALLER, Spencer W. *Areeda, Epithets, and Essential Facilities*. Wisconsin Law Review. Disponible en: <<http://ssrn.com/abstract=1083838>> [consulta: 16 julio 2009], 2008, pp. 3 y 4.

Por su parte, las Cortes inferiores norteamericanas sí han aplicado expresamente la doctrina. Ello ocurrió por primera vez recién 65 años después de *United States v. Terminal Railroad Association of St. Louis*, en el caso *Hecht v. Pro-Football, Inc.* (1977)<sup>21</sup>, mientras que en el año 1983 se estableció el primer test formal para el análisis y la aplicación de la doctrina, en la resolución del juicio *MCI Communications Corp. v. AT&T Co.* (1983).<sup>22</sup>

De este modo, se ha dicho con suma propiedad que la doctrina de las facilidades esenciales ha tenido una larga y respetada historia como parte del derecho de la libre competencia de los Estados Unidos.<sup>23</sup>

#### **I.4.1.1. *United States v. Terminal Railroad Association of St. Louis* (1912).**

Tal como se adelantara, el caso *United States v. Terminal Railroad Association of St. Louis*<sup>24</sup> sienta los principios fundacionales sobre los que se ha construido con posterioridad la doctrina de las facilidades esenciales.

En 1889, mediante la celebración de un acuerdo entre numerosas compañías de ferrocarriles, tuvo lugar el nacimiento de la asociación denominada *Terminal Railroad Association of St. Louis*. Ésta tenía por expreso objeto adquirir facilidades ferroviarias (terminales, almacenes, túneles y vías que cruzaban el río Mississippi) dentro y en los alrededores de St. Louis, en el estado de Missouri, a fin de combinarlas y operarlas como un sistema unitario.

---

<sup>21</sup> 570 F.2d 982 (D.C. Cir. 1977), *certiorari* denegado, 436 U.S. 956 (1978).

<sup>22</sup> 708 F.2d 1081 (7th Cir. 1983).

<sup>23</sup> PITOFSKY, Robert. “*The Essential Facilities Doctrine under United States Antitrust Law*”. Disponible en: <<http://www.ftc.gov/os/comments/intelpropertycomments/pitofskyrobert.pdf>> [consulta: 2 abril 2008], [s.a.], p. 1. En el mismo sentido, se ha destacado que la existencia de la doctrina de las facilidades esenciales es tan antigua como la de la “regla de la razón” (*rule of reason*), toda vez que *United States v. Terminal Railroad Association of St. Louis* fue decidido un año después del caso *United States v. Standard Oil Co.*, 221 U.S. 1 (1911), el cual estableció dicho principio. WALLER, *Areeda, Epithets, and Essential Facilities*, ob. cit., p. 1, n. 2.

<sup>24</sup> Op. cit. en n. 18.

La mencionada asociación llegó a adquirir todas las facilidades ferroviarias a ambos lados del río Mississippi, lo que en la práctica significó tener el control de los tres únicos medios por los cuales era posible cruzar el río. En otras palabras, y atendida la situación geográfica y topográfica de la zona, era prácticamente imposible para cualquier compañía de ferrocarriles entrar a St. Louis o pasar a través de ésta sin usar las instalaciones controladas por la asociación, tanto para el transporte de carga como el de pasajeros. Semejante nivel de concentración dio lugar a una serie de abusos sobre quienes no eran miembros de la asociación, tales como cobros de tarifas monopólicas y otras discriminaciones arbitrarias.

A raíz de tales hechos, en 1905 el Gobierno Federal interpuso una demanda contra la asociación por la infracción de las secciones 1 y 2 de la *Sherman Act*, solicitando su disolución y la restauración de la competencia entre las distintas entidades asociadas. Y si bien la demanda fue rechazada por la Corte de Circuito, esa sentencia fue posteriormente revocada por la Corte Suprema. Ésta fundó su fallo en la circunstancia que la asociación demandada dio lugar a una entidad altamente coordinada, con el poder suficiente para exigir rentas monopólicas de aquellos que dependían del acceso a las instalaciones involucradas. Al efecto, la Corte destacó que semejante poder tenía su origen en la adquisición de facilidades relativas al mercado de los servicios de transporte, las que eran indispensables para el desarrollo de la actividad económica de esa región. Y a su turno, ese poder dio lugar al cobro de precios arbitrarios y arbitrariamente discriminatorios por la asociación.

Sin perjuicio de lo anterior, la Corte Suprema estimó que la adquisición de tales activos ferroviarios no era un hecho que atentara en sí mismo contra la libre competencia, acogiendo el argumento del demandado según el cual existían eficiencias asociadas a la operación conjunta y coordinada de las instalaciones. Por esa razón, la Corte rechazó la disolución solicitada por el demandante, y estimó como mejor solución ordenar que *Terminal Railroad Association of St. Louis* diera acceso a la propiedad de la asociación a cualquier competidor que lo solicitare, bajo los mismos términos y condiciones que las organizaciones ferroviarias ya asociadas. Al mismo tiempo, todo

aquel que no eligiera formar parte de la propiedad se le debía conceder acceso a los activos pagando una tarifa razonable y en términos no arbitrariamente discriminatorios.

El remedio amparado por la Corte Suprema ha sido materia de especial discusión. Su lógica parece hallarse en la idea que los terminales y accesos a la ciudad conformaban un conjunto económico que operaba más eficientemente bajo un control común que bajo un control separado, y que por lo tanto era preferible mantener dicho control común y tratar que la competencia se mantuviera en lo que se refería al acceso a las instalaciones aunque no hubiera competencia entre ellas<sup>25</sup>. Pues bien, mientras AREEDA manifiesta que la “Corte Suprema sabiamente concluyó que el remedio más eficiente era admitir a no miembros a la asociación”<sup>26</sup>, LIPSKY y SIDAK llegan a la conclusión contraria, apoyando el remedio que la Corte específicamente declinó adoptar. Al efecto, los autores señalan lo siguiente: “La competencia previamente existente entre las compañías de terminales ferroviarios y entre las entidades que controlaban los diversos medios de cruce del Mississippi, pudo ser restaurada por un mandato de *divestiture* [N. del A.: la disolución de la asociación]. Si dicha competencia pudo haber sido restaurada, parece obvio que esta medida pudo haber sido preferible desde una perspectiva de bienestar del consumidor, antes que confiar en un remedio que requiere la creación de un mecanismo permanente para controlar el indiscutible poder monopólico de la combinación, monitoreando continuamente y ajustando las tarifas, términos y condiciones de la propiedad y uso. Un remedio estructural probablemente hubiese obviado la necesidad de supervisión judicial continua de cualquier clase.”<sup>27</sup> Por último, y en relación con lo anterior, pareciera que la Corte habría justificado su solución pensando en que ella podría ser de alguna forma supervisada por la *Interstate Commerce Commission*, aunque ello no es del todo claro.

---

<sup>25</sup> COLOMA, “*Defensa de la competencia...*” ob. cit., p. 147.

<sup>26</sup> AREEDA, Phillip. “Essential Facilities: An Epithet in Need of Limiting Principles”. En: *Antitrust Law Journal*, vol. 58 (3), 1989, p. 842.

<sup>27</sup> LIPSKY Jr., Abbott B. y SIDAK, J. Gregory. “Facilidades esenciales”. En: *Veritas Law Review*, vol. 27 (126): 126-168, 2004. Disponible en: <<http://ssrn.com/abstract=539603>> [consulta 16 julio 2009], p. 132. La versión original en inglés de este artículo puede encontrarse en: SIDAK, J. Gregory and LIPSKY Jr., Abbott B. “Essential Facilities”. En: *Stanford Law Review*, Vol. 51 (5): 1187-1249, mayo, 1999. Disponible en: <<http://ssrn.com/abstract=205668>>.

En síntesis, quienes defienden la doctrina de las facilidades esenciales encuentran en este caso el primero que la reconoce judicialmente, pues supone la noción de que una entidad que controla el acceso a una facilidad, a la que otras firmas necesitan acceso en orden a competir, tiene un deber de pactar con ellas en términos razonables y no arbitrariamente discriminatorios.<sup>28</sup>

#### **1.4.1.2. *Associated Press v. United States* (1945).**

Otro caso recurrentemente asociado a la doctrina de las facilidades esenciales es *Associated Press v. United States*<sup>29</sup>.

*Associated Press* era una agrupación que reunía aproximadamente a 1.200 de los principales diarios de noticias de Estados Unidos. Sus miembros estaban obligados a compartir sus historias originales con la agrupación, al tiempo que podían acceder a las noticias generadas tanto por los demás miembros como por el propio equipo de *Associated Press*.

La utilidad de ese sistema cobraba particular importancia considerando que el estatuto de *Associated Press* establecía que cualquiera de sus miembros estaba habilitado para vetar la solicitud de incorporación a la asociación de sus competidores. Pues bien, el Departamento de Justicia de los Estados Unidos demandó a *Associated Press*, argumentando que su estatuto constituía un acuerdo ilícito *per se* de acuerdo a la Sección 1 de la *Sherman Act*, y un intento de monopolización.

En un fallo dividido, la mayoría de la Corte Suprema decidió que el derecho a veto establecido en el estatuto constituía un ejercicio ilícito del poder colectivo de asociación que infringía la *Sherman Act*. En efecto, a pesar de reconocer que *Associated Press*

---

<sup>28</sup> COTTER, *The Essential Facilities Doctrine*, ob. cit., p.2. En el mismo sentido, LIPSKY y SIDAK, quienes señalan que “El principio legal establecido en el caso *United States v. Terminal Railroad Association of St. Louis* -la doctrina de las facilidades esenciales- es actualmente explicado en términos convincentes por su simplicidad: un monopolista que controla una facilidad esencial para otros competidores, debe permitir que éstos accedan razonablemente a ella, siempre y cuando ello sea factible.” LIPSKY Jr., y SIDAK, “Facilidades esenciales”, ob. cit., p. 128.

<sup>29</sup> 326 U.S. 1 (1945).

carecía de poder de mercado, la Corte estimó que el veto constituía una protección ilícita de sus miembros frente a sus competidores. De esta manera, dictaminó que *Associated Press* debía dar acceso a la agrupación en términos razonables y no arbitrariamente discriminatorios. En este sentido, la Corte no estimó necesario regular la supervisión de la implementación del referido remedio, requiriendo simplemente la supresión de la parte del estatuto que abría la puerta a la discriminación arbitraria de potenciales miembros sobre la base de su estatus de rivales de miembros actuales de la asociación.

Independientemente de las numerosas críticas que se han hecho esta decisión<sup>30</sup>, se puede apreciar que el caso analizado no encaja apropiadamente dentro de la noción común de la doctrina de las facilidades esenciales. En primer lugar, porque mientras en *United States v. Terminal Railroad Association of St. Louis* el poder monopólico de la asociación demandada era efectivamente abrumador, ello es particularmente dudoso respecto de *Associated Press*<sup>31</sup>; y en segundo lugar, porque parte del voto mayoritario encontró fundamento en consideraciones de carácter constitucional ajenas a la doctrina en cuestión<sup>32</sup>.

#### **1.4.1.3. *Gamco, Inc. v. Providence Fruit & Produce Building, Inc. (1952).***

Los principios que asientan la doctrina de las facilidades esenciales asoman con suma claridad en el caso *Gamco, Inc. v. Providence Fruit & Produce Building, Inc.*<sup>33</sup>, del año 1952.

En la ciudad Providence, en el estado de Rhode Island, se construyó en 1929 un edificio destinado a la comercialización centralizada y al por mayor de productos

---

<sup>30</sup> Así, por ejemplo, AREEDA destaca que *Associated Press* consistía en una asociación altamente productiva que “simplemente decidió no admitir a todo el mundo”. AREEDA, “*Essential Facilities: An Epithet...*”, ob. cit., p. 842.

<sup>31</sup> LIPSKY Jr., y SIDAK, “Facilidades esenciales”, ob. cit., p. 135.

<sup>32</sup> Uno de votos de mayoría –Juez Frankfurter– comparó a *Associated Press* con un servicio público, que envolvía un interés público al servicio de la comunidad, en orden a maximizar el flujo de la información y opinión para preservar la democracia. AREEDA, “*Essential Facilities: An Epithet...*”, ob. cit., p. 843.

<sup>33</sup> 194 F.2d 484 (1st Cir.), *certiorari* denegado, 344 U.S. 817 (1952).

frescos. El edificio era un almacén de grandes dimensiones, y gozaba de acceso a servicios ferroviarios y una avenida, características que lo hacían único en la zona. *Gamco Incorporated*, productor y comercializador de frutas y vegetales, era uno de sus tantos locatarios, pero fue expulsado y se le negó el acceso al referido centro de comercio. Éste demandó que dicha exclusión carecía de fundamento, y al tratarse de una instalación esencial para ejercer su actividad, se le impedía competir.

Tras su rechazo en primera instancia, la Corte de Circuito revirtió la decisión a favor del demandante. El tribunal determinó que se estaba de un centro de comercio, cuyas “facilidades son sustancialmente ventajosas para sus locatarios”, donde los compradores se congregan habitualmente, y que es único en el mercado relevante analizado, por lo que concluyó que “las características del edificio en sí mismas confieren poder monopólico a los demandados (los dueños del centro comercial)”. Luego, estimó que la excusa de los demandados para la expulsión de *Gamco, Incorporated* –su supuesta falta de solvencia- era un pretexto injustificado, por lo que ordenó a la corporación a cargo del almacén darle acceso a las facilidades en los mismos términos y condiciones que otros usuarios de la facilidad. Al respecto, la Corte destacó que no existe una obligación absoluta de dar acceso, pudiendo existir razones que justifiquen una negativa, lo que en la especie ello no ocurría. La Corte señaló lo siguiente:

“las limitaciones del edificio generan poder monopólico en los demandados, pero ellos no pueden estar obligados a hacer lo imposible para admitir indiscriminadamente a todo aquel que solicite acceso. Por lo tanto, criterios razonables de selección, como por ejemplo, la falta de espacio disponible, dudosa solvencia, o posiblemente un nivel bajo de estándares éticos y de negocio, no violarían los estándares de la *Sherman Act*”.

Éste parece ser un caso particularmente poco problemático para la aplicación de la doctrina de las facilidades esenciales. Primero, porque era manifiesta la eficiencia de permitir la operación colectiva de mercados centralizados, que en el caso no era replicable. Segundo, pues el demandante buscaba acceso en los mismos términos que los actuales usuarios propietarios y no propietarios, de acuerdo a las reglas preexistentes de la organización. Y tercero, por cuanto no existían razones legítimas ni

para la exclusividad ni para la exclusión particular del demandante.<sup>34</sup> Adicionalmente, se debe destacar que la Corte tomó en especial consideración el hecho que el acceso podía concederse sin perjudicar derechos de terceros que no formaron parte del juicio, a saber, los otros comerciantes del mercado.

#### **1.4.1.4. *Otter Tail Power Co. v. United States* (1973).**

*Otter Tail Power Co. v. United States*<sup>35</sup>, del año 1973, representa quizás la principal decisión de la Corte Suprema de los Estados Unidos en apoyo de la doctrina de las facilidades esenciales<sup>36</sup>, aunque –tal como en los casos anteriores- no la declara expresamente.

*Otter Tail* era una empresa que generaba, transmitía y distribuía energía eléctrica en 465 de 510 pueblos en los estados de Minnesota, Dakota del Norte y Dakota del Sur, en los Estados Unidos. Y, atendido que se trataba de pueblos donde sólo había lugar para la operación de un único sistema de distribución, tenía el monopolio de la distribución y venta minorista de energía. En ese escenario, un conjunto de municipalidades que pretendían proporcionar energía eléctrica directamente a sus residentes solicitaron a *Otter Tail* que les vendiera electricidad al por mayor o que les transportara por sus líneas la electricidad comprada a otro proveedor. *Otter Tail* se negó a ambas solicitudes, circunstancia que fue condenada por la Corte Suprema ordenándole proveer el acceso a sus activos.

Tal como ocurrió en *United States v. Terminal Railroad Association of St. Louis*, la decisión de la Corte Suprema nuevamente sugiere la idea que ésta tiene una mayor disposición a ordenar el acceso a activos determinados en mercados donde existen agencias reguladoras que pueden supervisar dicho mandato, en este caso, la *Federal Power Commission* (FPC). En ese orden de ideas, Areeda comenta que “lejos de establecer un deber general de contratar, *Otter Tail Power Co. v. United States* es

---

<sup>34</sup> LIPSKY Jr., y SIDAK, “Facilidades esenciales”, ob. cit., p. 136.

<sup>35</sup> 410 U.S. 366 (1973).

<sup>36</sup> COTTER, *The Essential Facilities Doctrine*, ob. cit., p. 3.

bastante limitado. No sólo el demandado tenía un monopolio natural, era regulado y sus actividades podrían haber evadido tal regulación, a fin de perjudicar a los consumidores. Más importante, ya existía una agencia reguladora que supervisaba los precios y términos de contratación con distribuidores locales. Así, la Corte pudo livianamente obligar a contratar a *Otter Tail* pero nunca cargar consigo misma con los detalles administrativos, pues la *Federal Power Commission* tenía la autoridad legal y presumiblemente la experticia para regular los precios y términos de contratación.<sup>37</sup>

En línea con lo anterior, *Otter Tail Power Co. v. United States* trae a colación un tema recurrentemente discutido tanto en la doctrina de las facilidades esenciales y como en el derecho de la libre competencia, a saber, su aplicabilidad en mercados regulados. En efecto, el demandado argumentó que la *Federal Power act* impedía que su negativa a contratar fuera objeto de análisis en sede de derecho antimonopolios. Sin embargo, la Corte Suprema concluyó que no existía base para concluir que la autoridad de la FPC para ordenar interconexiones podría sustituir o impedir la aplicación del derecho antimonopolios.

#### **1.4.1.5. *Hecht v. Pro-Football, Inc. (1977).***

En 1977 se da lugar al primer precedente judicial por el cual una Corte de los Estados Unidos invocó expresamente a la doctrina de las facilidades esenciales. Ese caso es *Hecht v. Pro-Football, Inc.*<sup>38</sup>

*Hetch* era una empresa que buscaba obtener una franquicia en la naciente *American Football League*, con el objeto de operar un equipo en Washington, D.C. y competir así con la ya existente franquicia de la *National Football League*, el equipo *Washington*

---

<sup>37</sup> AREEDA, “*Essential Facilities: An Epithet...*”, ob. cit., p. 848. Por su parte, LIPSKY y SIDAK destacan que, al igual que en *United States v. Terminal Railroad Association of St. Louis*, “la mayoría de la Corte estimó que los problemas regulatorios de aplicar el mandato de transmitir energía recaían entre las responsabilidades de la agencia reguladora competente, en este caso, la FPC. Esta vez, sin embargo, los jueces que emitieron voto discordante fueron agudamente conscientes de los problemas que la administración judicial puede causar, particularmente en circunstancias en las que la Corte pareció requerir un remedio que la FPC no tenía autoridad para imponer”. LIPSKY Jr., y SIDAK, “Facilidades esenciales”, ob. cit., p. 140.

<sup>38</sup> Op. cit. en n. 20.

*Redskins*. Para obtener la franquicia, *Hetch* necesitaba un estadio y propuso que su equipo compartiera con los *Redskins* el estadio *Robert F. Kennedy Stadium* (RFK), que éstos arrendaban al distrito. El contrato de arriendo contenía una cláusula que otorgaba la exclusividad a los *Redskins*, razón por la cual *Hecht* intentó primeramente negociar con ellos el permiso para compartir el estadio. Al fracasar las negociaciones, *Hecht* demandó al operador de los *Redskins*, *Pro Football Inc.* y al distrito, alegando que se trataba del único estadio de fútbol disponible en el área, y que la autoridad que lo controlaba había impedido su entrada al mercado mediante la inclusión de la referida cláusula de exclusividad.

La Corte de Circuito de Washington D.C. falló a favor del demandante, revocando la sentencia de primera instancia. La Corte sostuvo que el demandante debía probar que: (i) el acceso a la facilidad en cuestión es esencial para la supervivencia competitiva del demandante –en este caso, la operación de un equipo de fútbol profesional en Washington; (ii) la facilidad no puede en la práctica ser duplicada;<sup>39</sup> y (iii) el demandante puede usar la facilidad sin interferir en el uso del demandado, de manera tal que la cláusula de exclusividad impediría el uso razonable del estadio RFK por parte de potenciales competidores, convirtiéndose así en una restricción al comercio no razonable.

A diferencia de los casos antes expuestos, en *Hecht v. Pro-Football, Inc.* la aplicación de la doctrina de las facilidades esenciales se asocia a una instalación cuyo dueño no compite con quien busca acceso, pero donde sí lo hace su actual operador. En efecto, se trata de un monopolio en que una autoridad pública es la dueña de la instalación en cuestión, concediéndole la exclusividad a un concesionario privado. Al respecto, Ross sostiene que, descrita de esta manera, “la doctrina de las facilidades esenciales es simplemente un subconjunto del género de las prácticas predatorias: sólo un demandado dispuesto a pagar más en corto plazo con la esperanza de adquirir

---

<sup>39</sup> Para Ross, una breve reflexión revela que los dos primeros elementos señalados por la Corte son en realidad uno e iguales: si la facilidad puede ser duplicada, no será esencial para la supervivencia del demandante. (Ross, *Principles of antitrust law*, ob. cit., pp. 96 y 97, n. 38). En la misma línea, la relación entre estos dos requisitos será analizada en el capítulo siguiente como un mismo presupuesto necesario para que la doctrina de las facilidades esenciales pueda recibir aplicación.

utilidades a largo plazo pagaría un premio por la exclusividad. Esta conducta es predación genérica, y tal demandado es culpable de monopolización ilícita”.<sup>40</sup>

En lo que se refiere a la instalación objeto del litigio, a primera vista no parece suscitar conflicto la idea que un único estadio deportivo reciba a dos franquicias. En *Hecht v. Pro-Football, Inc.* la Corte incorporó esta consideración requiriendo una determinación fáctica de la posibilidad de compartir el estadio *RFK*. Sin embargo, para *Lispy* y *Sidak* la Corte ignoró un segundo nivel de análisis, a saber, la regulación de los términos y condiciones del acceso a usuarios adicionales, cuestión que atribuyen al hecho de ser la instalación controlada por una autoridad pública sin fines de lucro, de manera tal que la tarifa puede ser fijada a costo marginal. Por lo mismo, los autores concluyen que “la doctrina de las facilidades esenciales y el remedio de acceso mandatorio puede tener mucho sentido en la singular circunstancia de 1) una facilidad con un claro exceso de capacidad, y 2) la propiedad pública de la facilidad, que permite su disponibilidad a costo marginal.”<sup>41</sup>

#### **I.4.1.6. *MCI Communications Corp. v. AT&T Co. (1983).***

El caso *MCI Communications Corp. v. AT&T Co.*<sup>42</sup> marca –recién en el año 1983- el primer pronunciamiento judicial en que se explicita formalmente un test para determinar la aplicación de la doctrina de las facilidades esenciales a un caso en particular.

*MCI Communications Corp. (MCI)* era una empresa que prestaba servicios de telefonía de larga distancia entre las ciudades de Chicago y St. Louis, y que asimismo operaba sus redes en el segmento local. Ésta logró que *AT&T* (que tenía la concesión de la red de telefonía de larga distancia) aceptara negociar con ella a fin de interconectar sus redes. Sin embargo, tras largas negociaciones fallidas y algunos acuerdos, *MCI* encontró una serie de abusos que la llevaron a demandar a *AT&T* en 1973.

---

<sup>40</sup> *Ibíd.*

<sup>41</sup> *LIPSKY Jr., y SIDAK, “Facilidades esenciales”, ob. cit., p. 139.*

<sup>42</sup> *Op. cit. en n. 21.*

Las conductas demandadas por *MCI* fueron clasificadas por la Corte del Séptimo Circuito en cuatro categorías: (1) preciso predatorios; (2) negativa a interconectar; (3) negociación de mala fe; y (4) ventas atadas ilícitas.

En la decisión de la Corte, se debe primero destacar el rechazo de ésta al argumento del demandado de una supuesta inmunidad por tratarse de un mercado regulado, en su caso por la *Federal Communications Act*.

Luego, en cuanto al fondo, la Corte sostuvo que la negativa a interconectar había impedido a *MCI* ofrecer sus servicios a sus clientes, denegación que se encontraba bajo el ámbito de la doctrina de las facilidades esenciales. A este respecto, afirmó lo siguiente:

“Tal negativa puede ser ilícita porque el control de un monopolista de una facilidad esencial (a veces llamada “cuello de botella”) puede extender poder monopólico de una etapa de producción a otra, de un mercado a otro. Así, las leyes antimonopolios han impuesto en firmas controladoras de una facilidad esencial la obligación de hacer que la facilidad esté disponible en términos no discriminatorios.”

Luego, estableció el siguiente test formal para determinar la aplicabilidad de la doctrina:

- (1) Existencia de una facilidad esencial controlada por un monopolista;
- (2) Incapacidad práctica o razonable del competidor de duplicar la facilidad esencial;
- (3) Existencia de una negativa a un competidor de uso de la facilidad; y
- (4) Factibilidad de proporcionar la facilidad a los competidores.

Sostuvo la Corte que en el caso existía evidencia suficiente para establecer responsabilidad bajo la doctrina de las facilidades esenciales. Primero, *AT&T* tenía el control absoluto sobre las facilidades consistentes en las redes de telefonía local que *MCI* requería. Segundo, no era económicamente factible para *MCI* duplicar dicho sistema. Y finalmente, el demandado negó el acceso a su facilidad esencial, esto es,

negó la interconexión a *MCI* cuando ello era factible y sin ninguna legítima razón de negocios o técnica que lo justificara.

*MCI Communications Corp. v. AT&T Co.* juega un rol muy importante en la historia de la doctrina de las facilidades esenciales, pues, según se señalara, se trata de la primera vez que una Corte norteamericana expresaba un test concreto para determinar su aplicabilidad. Y en este sentido, basta con indicar que el AREEDA, uno de los más prominentes críticos de la doctrina, señaló que la decisión de este caso “es probablemente correcta”<sup>43</sup>.

#### **1.4.1.7. *Aspen Skiing Company v. Aspen Highlands Skiing Corporation* (1985).**

También ha sido asociado a la doctrina en comentario el caso *Aspen Skiing Company v. Aspen Highlands Skiing Corporation*<sup>44</sup>, de 1985, cuya sentencia ha sido objeto de intensas críticas. A tal punto, que incluso se ha dicho que “proyecta una gran y desafortunada sombra sobre los casos de la doctrina de las facilidades esenciales”.<sup>45</sup> Lo anterior, sin perjuicio que la Corte Suprema no hizo referencia alguna a ella, salvo para decir que era innecesario usarla de sustento para la decisión.

En la década de los sesenta, los dos propietarios de las cuatro facilidades de ski que existentes en Aspen, en el estado de Colorado (*Aspen Skiing*, operador de las montañas *Ajax*, *Buttermilk* y *Snowmass*, y *Aspen Highlands* operador de la montaña *Highlands*), introdujeron un pase conjunto más barato, que servía durante 6 días para cualquiera de las cuatro montañas, conocido como el “*All-Aspen Ticket*”. El *All-Aspen Ticket* resultaba particularmente conveniente para los esquiadores dado que se trata de centros visitados por al menos una semana y proporcionaba variedad al momento de elegir en qué montaña querían esquiar cada día.

---

<sup>43</sup> AREEDA, “*Essential Facilities: An Epithet...*”, ob. cit., p. 845, n. 21.

<sup>44</sup> 472 U.S. 585 (1985).

<sup>45</sup> LIPSKY Jr., y SIDAK, “Facilidades esenciales”, ob. cit., p. 140.

Durante el paso del tiempo, ambas empresas implementaron varios procedimientos para calcular el número de pases que eran utilizados en cada montaña, y los ingresos provenientes del *All-Aspen Ticket* eran distribuidos generalmente en función a dichos cálculos. Luego, en la década de los setenta, la directiva de *Aspen Skiing* introdujo otro pase múltiple, que servía sólo para sus áreas de esquí. Sin embargo éste se vendió consistentemente menos que el pase para las cuatro áreas.

En 1977, *Aspen Highlands* aceptó los nuevos términos ofrecidos por *Aspen Skiing* en orden a recibir un porcentaje fijo del 15% del total de los ingresos del *All-Aspen Ticket*. A la temporada siguiente, *Aspen Skiing* propuso una rebaja al 12,5%, la que esta vez fue rechazada, por tratarse de un porcentaje significativamente inferior al promedio histórico que solía recibir. Tras el rechazo, *Aspen Skiing* se retiró del *All-Aspen Ticket* (procediendo además a realizar una serie de hostilidades hacia su rival) lo que significó que la cuota de mercado de *Aspen Highlands* en el área de Aspen cayó de un 20,5% en la temporada 1976-1977 a un 11% en la temporada 1980-1981. Cabe señalar que el desarrollo de facilidades para esquiar adicionales no era factible.

En 1979, *Aspen Highlands* interpuso una demanda contra *Aspen Skiing*, la que fue acogida por la Corte del Décimo Circuito. Ella consideró que este último había sido culpable de monopolización basándose en que: 1) el *All-Aspen Ticket* configuraría una facilidad esencial; y, 2) la intención de *Aspen Skiing* fue de crear o mantener un monopolio en el área de Aspen. Por lo anterior, el jurado le ordenó indemnizar los daños sufridos por el demandante, rechazando el argumento de *Aspen Skiing* según el cual no se puede exigir una colaboración entre competidores, aún cuando uno posea poder monopólico.

Apelada la sentencia, la Corte Suprema, si bien concluyó por propia iniciativa que el demandado carecía de poder de mercado (el mercado relevante se extendía a otros centros de ski de Estados Unidos, Canadá e incluso Europa), mantuvo la condena sobre el demandado, aunque sin sustentarse en la doctrina de las facilidades esenciales. Si bien reconoció el principio general de que incluso las empresas con poder de mercado pueden libremente elegir con quien contratar, afirmó que dicho

principio no es absoluto, siendo lícito su ejercicio sólo en tanto no contenga la intención de crear o mantener un monopolio. Y en este caso, destacó la Corte, la conducta del demandado era una modificación sustancial y abrupta en su comportamiento comercial, el que había durado años y que proveía de un interesante producto a los consumidores. Además, ese cambio de conducta carecería de una legítima razón de negocios o de razones de eficiencias que lo justificaran, al tiempo que daba cuenta de una disposición a sacrificar beneficios de corto plazo con el objeto de excluir a su rival en el largo plazo.

El razonamiento utilizado en la sentencia para hacer una excepción a la libertad de contratación ha sido objeto de múltiples comentarios y críticas, particularmente en lo que se refiere a la actividad probatoria exigida por la Corte<sup>46</sup>. Al respecto, Meese sostiene que “*Aspen* fue erróneamente fallado (...) erró al rehusarse a considerar *por qué* el demandado en ese caso se negó a contratar con el demandante. En particular, la Corte falló en notar que la negativa del demandado era parte integrante de la renegociación de las partes sobre la distribución de los frutos de su empresa conjunta. Cuando el demandante se niega a aceptar los términos del demandado, el demandado hace bien en su amenaza (implícita en todo acuerdo) de negarse a pactar con el demandante. La Corte sustentó la decisión del jurado de considerar que la negativa no tenía una legítima razón de negocios sin antes preguntarse si los términos que el demandado proponía eran, de hecho, irrazonables. Así, la Corte falló en considerar si la muy cierta posibilidad de que el nuevo acuerdo ofrecido por el demandado era un esfuerzo por crear un derecho de propiedad contractual que impidiera al demandante convertirse en un *free rider* de las inversiones promocionales del demandado.”<sup>47</sup>

---

<sup>46</sup> ROBINSON destaca que “la decisión de la Corte cambió la normal carga de la prueba. En vez de requerir al demandante acreditar que la negativa del demandado era dañina a la competencia, la Corte requirió al demandado acreditar que no era dañina o al menos acreditar que cualquier daño se justificaba en legítimas consideraciones de negocios. La importancia del cambio de la carga de la prueba es crucial en este caso. Hubiese sido extremadamente difícil para el demandado probar el daño a la competencia (en oposición del daño al competidor); después de todo forzar a las únicas dos firmas de un mercado a crear una sociedad cooperadora no crea competencia, meramente crea un monopolio compartido”. ROBINSON, Glen O. “*On Refusing to Deal With Rivals*”. University of Virginia School of Law, Law & Economics Research Paper Series. Documento de trabajo (01-3). Mayo, 2001. Disponible en: <<http://ssrn.com/abstract=269130>> o <DOI: 10.2139/ssrn.269130> [consulta: 23 junio 2009], p. 17.

<sup>47</sup> MEESE, Alan J. “Property, Aspen, and Refusals to Deal”. En: *Antitrust Law Journal*, vol. 73. Disponible en: <<http://ssrn.com/abstract=878103>> [consulta: 16 julio 2009], 2005, p. 82.

**I.4.1.8. *Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP* (2004).**

Por último, uno de los casos más destacados por quienes abogan por el abandono o la rigurosa restricción de la doctrina en comento es la sentencia pronunciada en el juicio *Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP*.<sup>48</sup> Ello, pues la Corte Suprema expresamente declaró no haber nunca reconocido la existencia de ésta, manifestando de algún modo los temores que ella le despierta.

Este caso encuentra su origen en las quejas de varios *carriers* locales (LEC, por sus siglas en inglés) ante la *Federal Communications Commission* (FCC) y reguladores estatales, toda vez que su competidor *Verizon* no estaba ingresando sus órdenes por asistencia en las operaciones. Ello significaba una infracción a la *Telecommunications Act* de 1996, la cual disponía que *Verizon Communications Inc* (*Verizon*) tenía la obligación de proporcionar acceso a sus redes –y asistencia en las operaciones- a los LECs competidores que se lo requirieran. La FCC y los reguladores estatales accedieron a los reclamos, obligando a *Verizon* a cumplir.

Por su parte, un cliente de *AT&T*, uno de los LECs afectados, inició una acción contra *Verizon*, alegando que su falla para llenar apropiadamente las órdenes como ordena la *Telecommunications Act* impedía la competencia en el mercado del servicio de la telefonía local, violando así la Sección 2 de la *Sherman Act*.

Dicha demanda fue rechazada por la Corte Suprema, concluyendo que no existía un deber de pactar infringido por el demandado. Al respecto, en opinión del Juez Scalia, se percibió la existencia de varios inconvenientes con la imposición de un deber de pactar fundado en el derecho de la libre competencia. Dichos inconvenientes consistían básicamente en: i) el riesgo que el compartir forzado significara *ex ante* una reducción de los incentivos a innovar; ii) que las Cortes se convirtieran en reguladores de precios y de productos; y, iii) que alentara la colusión entre el monopolista y sus

---

<sup>48</sup> 540 U.S. 398 (2004).

potenciales competidores. La Corte enfatizó que la responsabilidad monopólica en este contexto puede entregar pocos beneficios, a la luz del análisis regulatorio existente, y que eso puede dar lugar a errores sustanciales y costos administrativos. En lo que toca a la doctrina de las facilidades esenciales, la Corte señaló que no existía “ninguna necesidad ni de reconocerla ni de repudiarla” en el fallo, dado que dicha doctrina (asumiendo que sí existiera) recibiría aplicación sólo cuando no hubiera otro acceso posible, y en el presente contexto, la *Telecommunications Act* ya contenía una obligación de proveer el acceso requerido. En consecuencia, un necesario elemento de la doctrina de las facilidades esenciales quedaba ausente.

#### **I.4.2. La doctrina de las facilidades esenciales en la jurisprudencia europea.**

Aunque algo más reciente, la doctrina de las facilidades esenciales también se encuentra acogida y desarrollada en la jurisprudencia de la Comunidad Europea, cuya evolución ha ido a la par con el desarrollo de la economía comunitaria. Y si bien tampoco ha sido reconocida explícitamente por el máximo tribunal, sí lo ha sido por la Comisión Europea de Competencia y los tribunales inferiores.

Atendidas las características propias de sus mercados, en el caso europeo la doctrina ha sido acogida con mayor amplitud, aunque los pronunciamientos más recientes han sido más exigentes para establecer deberes de pactar. A continuación analizaremos los principales pronunciamientos en la materia.

##### **I.4.2.1. *Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A. y Commercial Solvents Corporation contra Comisión de las Comunidades Europeas* (1974).<sup>49</sup>**

El caso “*Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A. y Commercial Solvents Corporation contra Comisión de las Comunidades Europeas*”, del año 1974, constituye el primer

---

<sup>49</sup> Sentencia de la Corte Europea de Justicia del 6 de marzo de 1974, *Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A. and Commercial Solvents Corporation v Commission of the European Communities*, asuntos acumulados 6 y 7-73, ver en <http://eur-lex.europa.eu/Notice.do?val=40165:cs&lang=en&list=40165:cs,&pos=1&page=1&nbl=1&pgs=10&hwords=Commercial%20solvents~&checktexte=checkbox&visu=>> [consulta: 7 septiembre 2009].

precedente judicial europeo que contiene los principios fundamentales de la doctrina de las facilidades esenciales.

*Commercial Solvents* era prácticamente el único productor de aminobutanol (insumo esencial para elaborar ethambutol, elemento base para la producción de remedios contra la tuberculosis) en la Comunidad Europea. Pues bien, a través de su relacionada *Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A.*, revendía dicho insumo a la farmacéutica italiana *Laboratorio Chimico Farmaceutico Giorgio Zoja (Zoja)*, la cual lo utilizaba para derivar por su propia cuenta ethambutol.

En 1970, *Zoja* puso fin a sus órdenes de compra de aminobutanol pensando en obtenerlo a menor precio de otros distribuidores, pero dado que tales suministros no le fueron suficientes, a los pocos meses decidió regresar a su antiguo proveedor. En el tiempo intermedio, *Commercial Solvents* había decidido integrarse verticalmente con su relacionada, de forma que ahora participaba tanto en el mercado de la producción de los insumos (donde tenía una posición dominante) como en el mercado de la producción y comercialización de ethambutol. Con el objeto de aumentar su participación en este último mercado, *Commercial Solvents* decidió negarle la reanudación de los suministros a *Zoja*, a la que le fue imposible obtener nuevos suministros de aminobutanol en el mercado mundial.

*Zoja* recurrió a la Comisión Europea, la que dictaminó que *Commercial Solvents* había abusado de su posición dominante en el mercado de aminobutanol al negarle la venta, la que consecuentemente resultaba en la eliminación de uno de los productores de ethambutol, y competidor suyo en dicho mercado. Posteriormente, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea confirmó que *Commercial Solvents* había abusado de su posición dominante en el mercado “aguas arriba”, y con ello, había eliminado a un competidor en el mercado “aguas abajo”, afectando la estructura competitiva del mercado comunitario. La negativa a proveer se producía aún cuando existía capacidad disponible, y traía por efecto eliminar un potencial competidor.

En consecuencia, el máximo tribunal concluyó que constituye un abuso de posición dominante objeto de sanción a la luz de las normas de la libre competencia el hecho que una empresa que tiene una posición dominante en el mercado de la materia prima, con el objeto de reservarla para manufacturar sus propios productos, se niega a proveer a un cliente que es a la vez un potencial competidor, cuando ello acarrea el riesgo consiguiente de eliminar toda la competencia de parte de ese cliente.

A la luz del razonamiento y las conclusiones expuestas, se ha dicho que las negativas a pactar condenadas en la jurisprudencia comunitaria no consideraban si la obligación de proveer incrementaba la competencia o desalentaba la inversión deseable, sino que se entendía que la preocupación esencial radicaba en la protección de los competidores, particularmente los más pequeños. Sólo en los años siguientes (como se verá al analizar el caso *Oscar Bronner GmbH & Co. KG contra Mediaprint Zeitungs y otros*, de 1998) se interpretó que el bien jurídico tutelado guardaba más relación con evitar distorsiones en la competencia y la protección de los consumidores que con proteger a competidores específicos.<sup>50</sup>

#### **1.4.2.2. *Radio Telefis Eireann e Independent Television Publications Ltd. contra Comisión de las Comunidades Europeas (1985).***<sup>51</sup>

El caso "*Radio Telefis Eireann e Independent Television Publications Ltd. contra Comisión de las Comunidades Europeas*", ampliamente conocido como "Magill", del año 1995, es uno de los principales puntos de referencia de la doctrina de facilidades esenciales en la jurisprudencia del viejo continente. Ello, tanto porque contiene un razonamiento favorable a la doctrina como porque la hace aplicable respecto de derechos de propiedad intelectual.

---

<sup>50</sup> KORAH, Valentine. "Access to Essential Facilities under the Commerce Act in the Light of Experience in Australia, the European Union and the United States". En: *Victoria University of Wellington Law Review*. Vol. 31(2): 231 y ss., 2000. Disponible en: <http://www.austlii.edu.au/nz/journals/VUWLawRw/2000/19.html> [consulta: 20 octubre 2009], p. 9.

<sup>51</sup> Sentencia de la Corte Europea de Justicia del 6 de abril de 1995, *Radio Telefis Eireann y Independent Television Publications Ltd contra Comisión de las Comunidades Europeas*, asuntos acumulados C-241/91 P and C-242/91 P, ver: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61991J0241:ES:HTML>, [consulta: 10 septiembre 2009].

*Radio Telefís Éireann* (RTE), titular del monopolio legal sobre la transmisión de señales de televisión en Irlanda, y *British Broadcasting Corporation* (BBC) e *Independent Television* (ITV), titulares de idéntico duopolio legal en el Reino Unido, eran los dueños de los derechos de autor que protegían las listas de programación de sus respectivos canales. En el caso de ITV, la titularidad de tales derechos la ejercía *Independent Television Publications Ltd* (ITP).

En virtud de sus derechos sobre las señales de programación, RTE, BBC e ITP desplegaban una particular política para anunciar sus programas, que les permitía tener el control sobre dicha información. Éstos enviaban -mediante una licencia gratuita- los programas de su emisión a la prensa diaria o periódica que lo solicitara, indicando de manera muy estricta las condiciones bajo las cuales podía difundirse. Tales condiciones sólo facultaban a los periódicos para publicar los programas de cada día y, en las vísperas de los festivos, los programas de dos días, con ciertas limitaciones sobre el formato de publicación. También se autorizaba la publicación de los "platos fuertes" de la semana. RTE, BBC e ITP se encargaban del estricto cumplimiento de los requisitos de las licencias.

Por consiguiente, no existía a la época en Irlanda ni en Irlanda del Norte guía semanal alguna con todos los programas de televisión. Cada emisora publicaba su propia guía y reivindicaba, al amparo de la legislación irlandesa y la del Reino Unido, la protección de los derechos de autor sobre sus listas de programas semanales para impedir su reproducción por terceros.

En 1985, el editor irlandés *Magill TV Guide Ltd. (Magill)*, inició la publicación de una guía que incluía la programación de todos los canales de televisión de la RTE, la ITV y la BBC, producto sumamente útil considerando que la mayoría de los hogares de Irlanda y el 30% al 40% de los hogares de Irlanda del Norte podían captar sus emisiones. Mediante un contrato de licencia, RTE, BBC e ITP le habían otorgado la autorización para publicar los horarios de sus programas, pero bajo estrictas restricciones que impedían la publicación de toda la programación semanal.

Pues bien, quebrantando abiertamente la autorización que le había sido concedida, *Magill* inició la publicación una guía semanal general de televisión. En respuesta a ello, éstas ejercieron acciones legales con las que obtuvieron órdenes precautorias que prohibieron la publicación de las listas de los programas semanales, bloqueando su actividad. A consecuencia de lo anterior, el 4 de abril de 1986 *Magill* presentó una denuncia ante la Comisión Europea a fin que se declarase que éstas abusaban de su posición dominante al negarse a conceder licencias para la publicación de sus listas de programas semanales.

La Comisión acogió el planteamiento de *Magill*. Sostuvo que las compañías habían abusado de su posición dominante en el mercado de sus listas semanales de programación a fin de proteger sus propias guías. Les exigió a las tres sociedades que pusieran fin a dicha infracción, ya sea "facilitando a los terceros que lo soliciten, sobre una base no discriminatoria, sus respectivas listas con el avance semanal de programas y permitiendo que dichas partes reproduzcan estas listas", o bien exigiendo montos razonables en caso que las compañías prefirieran conceder licencias de reproducción. Posteriormente, el Tribunal de Primera Instancia igualmente desestimó las acciones de las recurrentes y ratificó la decisión de la Comisión, destacando que la existencia de un derecho de propiedad intelectual no eximía a su titular del escrutinio a la luz de las normas de libre competencia (en este caso, el artículo 82 del Tratado de Roma). Y el caso era que los demandados, titulares exclusivos de sus listas de programación, las infringían, pues con su negativa a licenciar evitaban que naciera un nuevo producto.

Conociendo los recursos de casación deducidos por RTE e ITP, el Tribunal de Justicia confirmó la sentencia del Tribunal de Primera Instancia. Sin hacer referencia a la doctrina de las facilidades esenciales, puso énfasis en el carácter abusivo de la negativa de pactar analizada.

Al efecto, el máximo tribunal razonó que si bien la titularidad de un derecho de propiedad intelectual no confiere *per se* una posición dominante, la información que

poseían las tres compañías sí les confería un monopolio de hecho respecto un insumo esencial para confeccionar listas de programación.

“46. En cuanto a la posición dominante, es necesario recordar en primer lugar que el mero hecho de ser titular de un derecho de propiedad intelectual no puede atribuir semejante posición.

“47. No obstante, las informaciones mínimas que se reducen a indicar la cadena, el día, la hora y el título de las emisiones son la consecuencia necesaria de la actividad de programación de las estaciones de televisión que son, pues, la única fuente de estas informaciones para una empresa como Magill que desearía publicarlas acompañándolas de comentarios o imágenes. Por la fuerza de los hechos, RTE e ITP, a quienes ITV ha cedido sus derechos de autor, disponen, junto con BBC, de un monopolio de hecho sobre las informaciones que sirven para confeccionar las listas de programas de televisión captados por la mayoría de los hogares de Irlanda y el 30 al 40 % de los hogares de Irlanda del Norte. De este modo, las recurrentes tienen poder para obstaculizar la existencia de una competencia efectiva en el mercado de los semanarios de televisión, de modo que el Tribunal de Primera Instancia confirmó acertadamente la apreciación de la Comisión que había considerado que tenían una posición dominante (véase la sentencia Michelin/Comisión, antes citada, apartado 30).”

Luego, si bien coincidió con el argumento de los demandados en orden a que la negativa a licenciar forma parte de las prerrogativas de su titular y no puede en sí misma constituir un abuso, la Corte dictaminó que bajo ciertas circunstancias excepcionales el comportamiento de su titular sí podía resultar abusivo, las que concurrían en la especie. Al efecto, señala textualmente lo siguiente:

“50. No obstante, como afirma la misma sentencia (apartado 9), el ejercicio del derecho excluyente por el titular puede dar lugar, en circunstancias excepcionales, a un comportamiento abusivo.

(...)

“52. Entre las circunstancias apreciadas por el Tribunal de Primera Instancia para considerar que este comportamiento era abusivo, procede señalar en primer lugar que no existía, según las comprobaciones efectuadas por el Tribunal de Primera Instancia, ningún sustituto real o potencial de una guía semanal de televisión con información sobre los programas de la semana siguiente. A este respecto, el Tribunal de Primera Instancia confirmó la afirmación de la Comisión según la cual la lista completa de los programas correspondientes a un período de 24 horas, o incluso 48 horas los fines de

semana o la víspera de los días festivos, publicada en algunos diarios y dominicales, así como las secciones de televisión de determinadas revistas, que contienen, además, los "platos fuertes" de los programas de la semana, sólo pueden suplir en pequeña medida una información previa de los telespectadores sobre la totalidad de los programas semanales. Sólo una guía semanal de televisión que ofrezca una información completa sobre los programas de la semana próxima permite a los usuarios prever con antelación las emisiones que desean seguir y, en su caso, planificar en consecuencia sus actividades en el tiempo libre de la semana. Por otra parte, el Tribunal de Primera Instancia apreció la existencia de una demanda potencial específica, constante y regular, por parte de los consumidores (véanse las sentencias RTE, apartado 62, e ITP, apartado 48).

"53. De este modo, las recurrentes "que eran, por la fuerza de los hechos, las únicas fuentes de la información básica sobre la programación, materia prima indispensable para crear una guía semanal de televisión" no dejaban al telespectador que deseaba informarse de las ofertas de programas para la semana próxima otra posibilidad que comprar las guías semanales de cada cadena y extraer él mismo de ellas los datos útiles para efectuar comparaciones.

"54. La negativa de las recurrentes a proporcionar las informaciones básicas alegando las disposiciones nacionales sobre derechos de autor ha obstaculizado, pues, la aparición de un producto nuevo, una guía semanal completa de programas de televisión, que las recurrentes no ofrecían, y para la que había una demanda potencial por parte de los consumidores, lo que constituye un abuso conforme a la letra b) del párrafo segundo del artículo 86 del Tratado.

"55. En segundo lugar, esta negativa no estaba justificada ni por la actividad de radiodifusión televisiva ni por la de edición de revistas de televisión (sentencias RTE, apartado 73, e ITP, apartado 58).

"56. Finalmente, y en tercer lugar, como ha declarado igualmente el Tribunal de Primera Instancia, las recurrentes se reservaron mediante su comportamiento un mercado secundario, el de las guías semanales de televisión, excluyendo cualquier competencia en el mercado (véase la sentencia de 6 de marzo de 1974, Commercial Solvents/Comisión, asuntos acumulados 6/73 y 7/73, Rec. p. 223, apartado 25), puesto que las recurrentes negaban el acceso a la información básica, materia prima indispensable para la elaboración de dicha guía.

"57. Teniendo en cuenta el conjunto de las circunstancias, el Tribunal de Primera Instancia no cometió un error de Derecho al calificar el comportamiento de las recurrentes de abuso de posición dominante a los efectos del artículo 86 del Tratado."

En consecuencia, del razonamiento de la Corte que le llevó a determinar la existencia de circunstancias excepcionales que permitían exigir a un monopolista compartir sus

insumos, se puede desprender el siguiente test: i) la negativa debe impedir el surgimiento de un producto nuevo respecto del que no existen sustitutos; ii) el insumo negado es indispensable para elaborar el producto; iii) el demandado se reserva con la negativa un mercado secundario, excluyendo la competencia en el mercado; y, iv) la negativa carecía de justificación.

Lamentablemente, aunque a primera vista el referido test parece proporcionar un cierto grado de certeza para determinar en qué casos se puede obligar a compartir un activo a su titular, lo cierto es que éste dio lugar aún a más preguntas. Entre ellas, qué activos pueden ser objeto de un mandato de acceso forzado, así como en qué consiste ese “nuevo producto” que se impide producir<sup>52</sup>.

#### **1.4.2.3. Oscar Bronner GmbH & Co. KG contra Mediaprint Zeitungs y otros (1998).**<sup>53</sup>

A la inversa del caso *Magill*, la resolución del litigio “*Oscar Bronner GmbH & Co. KG contra Mediaprint Zeitungs y otros*”, del año 1998, sienta una jurisprudencia seriamente restrictiva para la aplicación de la doctrina en comento.

*Mediaprint* era la empresa líder en el mercado austriaco de los periódicos. A través de diversas relacionadas, editaba, producía y distribuía los diarios *Neue Kronen Zeitung* y *Kurier*, con los que en conjunto alcanzaba una participación de mercado del orden del 46,8% en la circulación y del 42% por ingresos publicitarios hacia el año 1994. Gran parte de su éxito se debía a que, para la distribución de sus diarios, *Mediaprint* había creado un sistema de reparto a domicilio de ámbito nacional, único en su país, lo que le permitía entregarlos directamente a los suscriptores a primera hora de la mañana.

---

<sup>52</sup> LEVEQUE, Francois. “*Innovation, Leveraging and Essential Facilities: Interoperability Licensing in the EU Microsoft Case*”. Marzo, 2005, p. 6. Disponible en: <<http://ssrn.com/abstract=927900>>. En ese sentido también COTTER, *The Essential Facilities Doctrine*, ob. cit., p. 8.

<sup>53</sup> Sentencia de la Corte Europea de Justicia del 26 de noviembre de 1998, “*Oscar Bronner GmbH & Co. KG contra Mediaprint Zeitungs y otros*”, caso C-7/97, [1998] ECR I-7791. Ver en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61997J0007:ES:HTML>, [consulta: 11 septiembre 2009].

Por su parte, *Oscar Bronner (Bronner)* era una empresa competidora dedicada a la redacción, edición, elaboración y distribución del diario *Der Standard*. A la misma época, tenía una cuota del 3,6% en circulación y del 6% en ingresos publicitarios, y – como la mayoría de la competencia- repartía sus periódicos a través del correo, que sólo permitía que la entrega se hiciera al final de la mañana.

Pues bien, *Bronner* solicitó a *Mediaprint* que incluyera el diario *Der Standard* en su sistema de distribución, a cambio de una tarifa razonable. Ésta última se negó, por lo que *Bronner* recurrió a la justicia ordinaria austriaca solicitando se le ordenara a *Mediaprint* aceptara su solicitud y le proveyera el sistema de reparto a domicilio, modalidad de distribución que consideraba esencial para competir. En apoyo de su pretensión, *Bronner* arguyó que la temprana entrega que permitía el reparto a domicilio hacía de éste un insumo que carecía de sustitutos razonables, a lo que sumó que su reducido número de suscriptores no hacía rentable establecer su propio sistema de reparto a domicilio. Por su parte, *Mediaprint* respondió que la creación de su sistema de reparto a domicilio requirió una importante inversión, a la vez que su apertura a todos los periódicos austriacos excedería su capacidad. Si bien reconoce ostentar una posición dominante, afirma ello no puede derivar en un deber de subvencionar a la competencia favoreciendo a las sociedades competidoras.

Ante los eventuales conflictos a los que el litigio podría suscitar entre la interpretación de la ley local y de la Comunidad Europea, la Corte austriaca decidió suspender el procedimiento y plantear dos consultas al Tribunal de Justicia, relativas básicamente a si la negativa de *Mediaprint* constituía un abuso de posición dominante.

La Corte, citando el caso de *Commercial Solvents*, recordó que ya había anteriormente establecido el principio según el cual resulta abusivo que una empresa dominante se niegue a abastecer de materias primas y servicios a un competidor en un mercado afín, cuando ello pueda tener por efecto eliminar toda competencia. Acto seguido, en referencia a *Magill*, recordó que en circunstancias excepcionales la negativa a conceder una licencia por parte del titular de un derecho de propiedad intelectual puede constituir en sí misma un abuso de posición dominante. Sobre lo último, señaló:

“40. En la sentencia Magill, el Tribunal de Justicia consideró que dichas circunstancias excepcionales estaban constituidas por el hecho de que la negativa controvertida afectaba a un producto (información acerca de los programas semanales de algunas cadenas de televisión) cuya entrega resultaba indispensable para el ejercicio de la actividad en cuestión (edición de una guía general de televisión), ya que, sin la citada entrega, la persona que deseara ofrecer tal guía se hallaba en la imposibilidad de editarla y de ofrecerla en el mercado (apartado 53), que la citada negativa obstaculizaba la aparición de un producto nuevo para el cual había una demanda potencial por parte de los consumidores (apartado 54), que no estaba justificada por consideraciones objetivas (apartado 55) y que podía excluir cualquier competencia en el mercado derivado (apartado 56).“

En consecuencia, la Corte partió de la base que, para resultar aplicable el principio referido, el insumo que se niega compartir debe ser indispensable para poder competir y no replicable, de manera tal que la negativa fuera apta para excluir toda la competencia en el mercado. Y el hecho es que, en el caso en cuestión, estimó que tales circunstancias excepcionales no concurrían.

En efecto, la Corte estableció que, aún cuando eran menos ventajosas, se había acreditado la existencia modalidades sustitutas de distribución de diarios (como la distribución por correo y la venta en comercios y quioscos). Al mismo tiempo, no había evidencia de obstáculos técnicos, reglamentarios o económicos que hicieran ni imposible ni enormemente difícil a un competidor crear, por sí solo o en colaboración con otros editores, su propio sistema de reparto a domicilio de ámbito nacional.

En ese orden de ideas, la Corte discernió acerca de cuáles eran los umbrales de “impracticabilidad” de duplicación de un insumo para que éste pueda ser estimado propiamente esencial. Afirmó que no es suficiente alegar que no resulta económicamente rentable la duplicación del insumo por tratarse de una empresa de menor tamaño, sino que la duplicación se entenderá impracticable cuando no sea económicamente rentable para una firma de las mismas características que el monopolista. En la especie, que no fuera económicamente rentable crear un segundo sistema de reparto a domicilio para la distribución de diarios que tengan una tirada

comparable a la de los diarios distribuidos mediante el sistema de *Mediaprint*.

Considérese lo siguiente:

“41. Por ello, aun suponiendo que esta jurisprudencia relativa al ejercicio de un derecho de propiedad intelectual sea aplicable al ejercicio de un derecho de propiedad de otro tipo, para que la sentencia Magill pueda ser invocada con objeto de afirmar la existencia de un abuso en el sentido del artículo 86 del Tratado en una situación como la que es objeto de la primera cuestión prejudicial, sería preciso además no sólo que la denegación del servicio que constituye el reparto a domicilio pudiera eliminar toda competencia en el mercado de los diarios por parte de quien solicita el servicio y no pudiera justificarse objetivamente, sino, además, que el servicio, en sí mismo, fuera indispensable para el ejercicio de la actividad de éste, en el sentido de que no hubiera ninguna alternativa real o potencial al citado sistema de reparto a domicilio.

42. Pues bien, con toda seguridad no es éste el caso cuando, como ocurre en el asunto principal, no existe, en el territorio de un Estado miembro, más que un único sistema de reparto a domicilio de ámbito nacional y si, por añadidura, en el mercado de servicios constituido por este sistema o del que forma parte este sistema, su propietario ocupa una posición dominante.

43. En efecto, por una parte, ha quedado acreditado que existen otras modalidades de distribución de diarios y que son utilizados por los editores, como la distribución por correo y la venta en comercios y quioscos, aun cuando sean menos ventajosas para la distribución de algunos de ellos.

44. Por otra parte, no parece que haya obstáculos técnicos, reglamentarios ni económicos que puedan hacer imposible, ni siquiera enormemente difícil, para cualquier otro editor de diarios, el crear, por sí solo o en colaboración con otros editores, su propio sistema de reparto a domicilio de ámbito nacional y utilizarlo para la distribución de sus propios diarios.

45. A este respecto, debe subrayarse que, para demostrar que la creación de tal sistema no constituye una alternativa potencial realista y, por consiguiente, que el acceso al sistema existente resulta indispensable, no basta con alegar que no resulta económicamente rentable en razón de lo reducido de la tirada del diario o los diarios que deben distribuirse.

46. En efecto, para que el citado acceso pueda considerarse, en su caso, indispensable, sería preciso acreditar al menos, como ha señalado el Abogado General en el punto 68 de sus conclusiones, que no es económicamente rentable crear un segundo sistema de reparto a domicilio para la distribución de aquellos diarios que tengan una tirada comparable a la de los diarios distribuidos mediante el sistema existente.”

A la luz del razonamiento expuesto, la sentencia concluyó categóricamente que no constituye un abuso de posición dominante el hecho de que una empresa periodística, con una cuota muy considerable del mercado de diarios y que gestiona el único sistema de reparto de periódicos a domicilio de ámbito nacional, deniegue el acceso a su sistema al editor de un diario competidor (a cambio de una contraprestación adecuada), aún cuando éste, por su reducido tamaño, no está en condiciones de crear y de gestionar, en condiciones económicamente rentables, por sí solo o en colaboración con otros editores, su propio sistema de reparto a domicilio.

## CAPITULO II

### PRESUPUESTOS PARA LA APLICACIÓN DE LA DOCTRINA DE LAS FACILIDADES ESENCIALES

#### II.1. Regla general: libertad de contratación.

Los ordenamientos jurídicos que rigen en sociedades que han abrazado un sistema de libre mercado se caracterizan por contemplar –con mayores o menores limitaciones en cada caso- un conjunto imprescindible de libertades, igualdades y derechos, garantizados bajo la forma de principios constitucionales. En el ámbito económico, y directamente vinculado al derecho a desarrollar libremente cualquier actividad económica lícita y al derecho de propiedad, una de las principales manifestaciones de las referidas garantías es el principio de la libre contratación. Conforme a este principio, toda persona es libre de pactar con quien quiera y en las condiciones que quiera, pudiendo excluir a los demás de lo que es de uno<sup>54</sup>.

El principio de la libre contratación es transversal a todo el ordenamiento jurídico, y en ese sentido, el derecho de la libre competencia no es la excepción. En esta sede, dicha libertad se expresa como el derecho que tiene incluso un monopolista para elegir con quién y cómo desarrollar sus relaciones comerciales, cabiéndole el derecho a “competir sin disculparse”<sup>55</sup>, esto es, a competir sin tener obligación alguna de auxiliar a sus competidores.

---

<sup>54</sup> El derecho de propiedad está directamente relacionado con el derecho a excluir, el cual es esencial para el correcto funcionamiento del libre mercado. Y ello, pues se entiende que el derecho de propiedad exclusivo permite que los recursos se usen de un modo más eficiente, más aún, se ha dicho que el derecho a excluir es aquello que hace que el mercado funcione. MEESE, “Property, Aspen, and Refusals to Deal”, ob. cit., p. 85.

<sup>55</sup> ROBINSON, “On Refusing to Deal With Rivals”, ob. cit., p. 12.

Sin embargo, esta libertad no es absoluta, pues admite limitaciones en determinadas circunstancias. En efecto, como todo principio, tiene la estructura propia de un mandato de optimización, el cual ordena que algo sea realizado “en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes”<sup>56</sup>. En el entendido que se trata de una libertad altamente valorada, toda limitación con que se le afecte debe ser aplicada excepcionalmente, bajo criterios estrictos. En el caso del derecho de la libre competencia, con el único horizonte de maximizar el bien jurídico tutelado.

En ese orden de ideas, la aplicación de la doctrina de las facilidades esenciales (que propone abiertamente una excepción a la libertad de contratación) debe ser eminentemente excepcional. Por lo mismo, definir cuáles serán las circunstancias particulares que justifican su aplicación resulta esencial para otorgar mayor certeza jurídica. A ello nos abocaremos en el presente capítulo, sin perjuicio de lo cual haremos previamente una consideración que nos permita ubicar el papel que ocupa la doctrina en comentario como teoría dogmática.

## **II.2 La doctrina de las facilidades esenciales y su papel como teoría dogmática.**

La doctrina de las facilidades esenciales es un discurso jurídico destinado a racionalizar y sistematizar un ámbito específico del derecho antimonopolios. Su objeto es contribuir a la racionalidad de la argumentación jurídica y de la decisión jurisprudencial frente a un particular caso de relevancia jurídica, específicamente, determinar cuándo la negativa a compartir una instalación esencial constituye un ilícito contrario a la libre competencia en los mercados. Esta teoría jurídica, en cuanto tal, configura una teoría dogmática, esto es, un discurso especial de la dogmática jurídica en el ámbito del derecho de la libre competencia. Por ello, si bien el análisis de los presupuestos teóricos y metodológicos de las teorías dogmáticas excede los límites de este trabajo, antes de analizar el razonamiento y las soluciones propuestas por la doctrina en comentario (así como las críticas en virtud de las cuales se reclama su

---

<sup>56</sup> BERNAL Pulido, Carlos. *Estructura y límites de la ponderación*. DOXA 26 (2003), pp. 225 a 237.

restricción o desaparición), corresponde situar brevemente cuál es su objetivo y límites en tanto teoría dogmática.

Las teorías dogmáticas son un discurso especial de dogmática jurídica, caracterizado por tener como objeto el derecho vigente. De este modo, el derecho vigente delimita tanto sus pretensiones como su alcance real, y en consecuencia, sus interpretaciones y creaciones sólo tienen valor en cuanto asumen su validez.

La finalidad de la dogmática jurídica es “el análisis y reconstrucción del Derecho vigente, con el propósito práctico de anticipar la solución correcta desde la perspectiva del Derecho vigente a cualquier caso de relevancia jurídica”<sup>57</sup>. Lo anterior, en un contexto de tolerancia a la pluralidad de teorías rivales, esencialmente abiertas al debate y la crítica, todas en disputa por acreditar la corrección de sus postulados, con el único límite de ajustarse al sentido establecido por la disposición interpretada<sup>58</sup>. De esta forma, las teorías dogmáticas admiten un universo de interpretaciones posibles de los preceptos legales, con la única limitación del sentido literal posible, y dentro de estas alternativas legítimas se argumenta “la” solución jurídicamente correcta.

Así, la teoría dogmática se caracteriza primariamente por describir el derecho vigente, es decir, formular enunciados descriptivos respecto de normas del ordenamiento jurídico. Sin embargo, su labor en caso alguno se limita únicamente a aquella función. En efecto, una vez que se describen las normas existentes y sus posibles interpretaciones, las teorías dogmáticas se caracterizan principalmente por postular enunciados prescriptivos, argumentando cuál debe ser la respuesta correcta para un problema concreto.

---

<sup>57</sup> BASCUÑÁN Rodríguez, Antonio. “Observaciones sobre la ciencia del derecho”. En: *Revista Derecho y Humanidades*. Santiago, Chile, (6): 15-25, 1998, p. 17. Por su parte, PEÑA agrega que “Identificar normas, sistematizarlas, interpretarlas, optimizar el conjunto de sus consecuencias, son, dicho someramente, las labores habituales de la dogmática”. PEÑA González, Carlos. “El valor científico del Derecho”. En: *Revista Derecho y Humanidades*. Santiago, Chile. (6): 31-38, 1998, p. 33.

<sup>58</sup> Schürmann, Miguel. “Dogmática jurídica y racionalidad científica: análisis de los presupuestos epistémicos de las teorías dogmáticas a la luz del debate sobre la sanción de la tentativa inidónea en el derecho penal alemán”. Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2007, p. 36.

En consecuencia, la dogmática se caracteriza por su orientación a la práctica, ya que ella debe ser capaz de elaborar enunciados (con pretensión de legitimidad) en todo el espectro de perspectivas en las que se puede situar un individuo interesado por la solución correcta de un problema práctico-jurídico. La labor de la dogmática sólo puede ser sintetizada bajo la función de recomendar al juez la mejor solución posible conforme al derecho vigente, es decir, una argumentación de *sentencia ferenda*<sup>59</sup>.

En este contexto, y sobre la base de una racionalización y sistematización de principios y normas jurídicas del derecho de la libre competencia, la doctrina de las facilidades esenciales configura una discusión dogmática particular relativa a la licitud/ilicitud de una eventual práctica exclusoria. Específicamente, pretende contribuir a la decisión de los agentes del mercado y de los organismos antimonopolios (reduciendo los márgenes de incertidumbre y arbitrariedad) acerca de en qué casos la negativa del titular de una instalación esencial a compartirla con un rival será legítima o, por el contrario, puede configurar un injusto monopólico y dar lugar a la consecuente responsabilidad.

En consecuencia, habiéndose por una parte prevenido que la doctrina de las facilidades esenciales opera en un marco donde la regla general es la libertad de contratación, y por otra, delimitado su objeto y fines en tanto teoría dogmática, a continuación se analizará cuáles son aquellos presupuestos específicos que se deben cumplir en aquellos casos excepcionales donde ésta puede recibir aplicación. En otras palabras, los párrafos siguientes pretenden delimitar cuándo –a la luz de las normas de la libre competencia- será ilícita la negativa del monopolista a compartir un activo con un competidor, pudiendo compelérsele a proveerle acceso al mismo.<sup>60</sup>

---

<sup>59</sup> BASCUÑÁN, “Observaciones sobre la ciencia del derecho”, ob. cit., p. 19.

<sup>60</sup> El presente capítulo analizará el contenido de la doctrina de las facilidades esenciales en términos generales, sin adscribir a una normativa antimonopolios específica. Será en el capítulo siguiente donde se analizará la misma a la luz del derecho de la libre competencia de nuestro país, concretamente su aplicabilidad ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia conforme lo dispuesto en el Decreto Ley N° 211. Sin perjuicio de ello, según se verá, la argumentación y conclusiones de este capítulo son igualmente aplicables al capítulo siguiente, pues se desarrollará en el entendido que se trata de una práctica exclusoria configurada por el ejercicio antijurídico del poder de mercado de que dispone el monopolista, en términos similares a la figura del abuso de posición dominante contemplada en el artículo 3° del referido Decreto Ley.

### **II.3. Requisitos para la aplicación de la doctrina de las facilidades esenciales.**

Conforme ha sido planteada, para que tenga lugar la aplicación excepcional de los postulados propuestos por la doctrina de las facilidades esenciales, el presente trabajo propone que se deben cumplir los siguientes requisitos:

- i. Existencia de un activo controlado por un monopolista al que se requiere acceso;
- ii. El activo debe ser indispensable para competir; y,
- iii. Negativa injustificada del monopolista a proveer el acceso requerido.

Según se analizará a continuación, el test propuesto sigue muy de cerca aquel contenido en *MCI Communications Corp. v. AT&T Co.* Sin embargo, presenta algunas diferencias que conviene resaltar. En efecto, en primer lugar se plantea diferenciar la existencia de la instalación misma del hecho de ser esencial, cuestiones ambas que deberán ser determinadas sucesiva y autónomamente. Luego, en lo que toca a la esencialidad de la facilidad, se propone tratar como un mismo asunto la exigencia que ésta sea tanto indispensable para competir como impracticable su duplicación. Finalmente, se rescata como un tercer y último requisito la necesidad de acreditar la existencia de una negativa a proporcionar acceso a la facilidad esencial, lo que si bien ya se encuentra recogido en el test referido, en nuestra clasificación se subsume dentro del mismo presupuesto el problema relativo a la factibilidad de proporcionar el acceso como causal de justificación, entendida en un sentido más amplio. Todo ello se analiza con más detalle a continuación.<sup>61</sup>

---

<sup>61</sup> En cuanto a los diferentes criterios propuestos en diferentes términos por la doctrina, considérese lo siguiente: “La doctrina ha establecido los siguientes requisitos para las instalaciones o infraestructuras esenciales: i) éstas deben ser controladas por un monopolista; ii) el acceso a la infraestructura debe ser imprescindible para competir en el mercado relevante respectivo y, especialmente, para competir contra el monopolista que ostenta la propiedad o el control de la infraestructura esencial; de aquí deriva la esencialidad de esta instalación para la libre competencia; iii) las características de la facilidad esencial deben hacer factible y viable que ésta pueda ser utilizada por más de un usuario; en otras palabras se trata de un bien cuyo aprovechamiento, uso o explotación puede ser utilizado en común por dos o más competidores; iv) desde el punto de vista conductual se requiere que el monopolista explote la instalación esencial acompañe dicha explotación de prácticas consistentes en vedar todo acceso a todos o algunos de sus competidores a esa facilidad esencial, en imponer condiciones arbitrarias para la obtención de tal acceso, en discriminar arbitrariamente entre quienes emplean dicha infraestructura y que tales prácticas

### **II.3.1. Existencia de un activo controlado por un monopolista al que se requiere acceso.**

#### **II.3.1.1. ¿Qué se entiende por facilidad o instalación?**

En un sentido lógico, el primer paso necesario para determinar el ámbito de aplicación de la doctrina de las facilidades esenciales consiste en definir qué es “aquello” a lo que se solicita el acceso forzado, i.e., qué es propiamente una facilidad o instalación respecto de la que pueda exigirse sea compartida. Y si bien el propio término nos permite intuir que se trata de un insumo o un activo que se estima valioso para uno o más procesos productivos, lo cierto es que ni la doctrina ni la jurisprudencia han dedicado mayores esfuerzos en orden a establecer una base teórica que lo defina, limitándose a analizar cada caso en concreto.

Hecha esa prevención, resulta destacable el trabajo de FRISHMANN y WALLER, quienes proponen una tesis particular para responder dicha pregunta<sup>62</sup>. Como consideración inicial, señalan que “infraestructura” (término que prefieren utilizar en lugar de “facilidad”) constituye una importante clase de recursos de los cuales la sociedad valora el acceso público común, precisando que no todos los recursos de infraestructura deben ser administrados de una forma abiertamente accesible. Por el contrario, para ciertas clases de recursos, los argumentos económicos por una administración abiertamente accesible varían en fuerza y sustancia. Luego, para que una infraestructura pueda ser objeto de mandato de acceso compulsorio, debe satisfacer una serie de criterios que son enfocados en el punto de vista de la demanda. Éstos son:

1. El recurso es de aquellos que pueden ser usados a la vez por más de un usuario;

---

carezcan de legítimas razones de negocio que hagan justificables esas prácticas.” VALDÉS, *Libre Competencia y Monopolio*, ob. cit., pp. 574 y 575.

<sup>62</sup> FRISCHMANN y WALLER, “Revitalizing Essential Facilities”, ob. cit., pp. 12 y ss. En el mismo sentido WALLER, *Areeda, Epithets, and Essential Facilities*, ob. cit., pp. 18 y ss.

2. La demanda social del recurso es llevada principalmente por una actividad productiva aguas abajo que requiere de él como insumo; y,
3. El recurso es usado como un insumo para la producción de un amplio rango de bienes y servicios, incluyendo bienes privados, bienes públicos y bienes que carecen de mercado.

El primer criterio atiende a la naturaleza “compartible” de la infraestructura, esto es, que pueda accederse a ella y ser usada por múltiples usuarios al mismo tiempo. Caso contrario, estaríamos ante un monopolio natural. Por su parte, el segundo y el tercer criterio se enfocan en la forma en que la infraestructura genera valor social. El segundo enfatiza que la infraestructura debe ser un bien intermedio<sup>63</sup> que crea valor social cuando es utilizado productivamente aguas abajo y que ese uso es fuente de beneficios sociales (en otras palabras, el valor derivado de la infraestructura resulta de su uso productivo más que de su consumo); mientras, el tercero lo hace en la variedad y naturaleza de la producción “aguas abajo” a que da lugar el insumo.

De este modo, concluyen los autores que si bien no toda infraestructura es ni debe ser administrada de un modo abiertamente accesible, desde una perspectiva económica sí hace sentido que así se haga respecto de algunas de ellas, “porque haciéndolo permite florecer a un amplio rango de productores de bienes privados, públicos y no comerciados aguas abajo”.<sup>64</sup> En consecuencia, satisfacen dichos requisitos y pueden ser calificadas de “instalaciones” o “facilidades” aptas para ser objeto de esta doctrina activos de carácter tradicional, como redes telefónicas o el tendido eléctrico, al igual que un amplio rango de recursos no tradicionalmente considerados, como lagos,

---

<sup>63</sup> En ese sentido BERGMAN sostiene que las “facilidades” deben consistir en bienes intermedios y no en bienes de consumo, considerando que el efecto de la doctrina en ambos casos será similar a la regulación de precios, pero la regulación será más fácil de implementar en productos intermedios. Esto puede ser visto como un argumento de costo-transacción basado en dos observaciones. Primero, las firmas rivales pueden proveer la experticia necesitada para encontrar razonables precios basados en costo, lo que aliviará sustancialmente la carga de las autoridades de fijar el costo de producción. Segundo, la regulación indirecta del precio será efectiva sólo en una etapa de producción. Desde un punto de vista legal, también se argumenta que un razonamiento para aplicar la doctrina de las facilidades esenciales sólo a bienes intermedios es que los competidores excluidos pueden ser vistos como evidencia de que la firma dominante está tratando de “monopolizar” o “limitar” el mercado. BERGMAN, Mats A. “The role of Essential Facilities Doctrine”. En: *Antitrust Bulletin*, vol. 46, 2001, p.8. Disponible en: <<http://www.accesmylibrary.com>> [consulta: 16 julio 2009].

<sup>64</sup> FRISCHMANN y WALLER, “Revitalizing Essential Facilities”, ob. cit., p. 14.

Internet e ideas que, por ser objeto de algún tipo de tutela legal, no son de dominio público ni uso común.

Sin perjuicio del análisis expuesto, lo cierto es que en la práctica la doctrina de las facilidades esenciales ha recibido aplicación sin un acabado análisis teórico en orden a determinar qué instalaciones pueden ser susceptibles de un mandato de acceso, siendo analizado caso a caso. En ese sentido, en la jurisprudencia norteamericana la doctrina ha sido aplicada respecto de una gran variedad de facilidades, tales como mercados centralizados, el sistema computarizado de reservas de aerolíneas, redes ferroviarias, redes de distribución eléctrica, tuberías de gas natural, tuberías y facilidades de almacenamiento de petróleo, un muelle municipal, un terminal aéreo, estadios de fútbol americano y básquetbol, y redes de telefonía<sup>65</sup>. Por su parte, las autoridades antimonopolios de la Comunidad Europea han aplicado la doctrina a instalaciones tan diversas como puertos, túneles, redes de telecomunicaciones y eléctricas, sistemas computacionales y a derechos de propiedad intelectual.<sup>66</sup> Por esta razón, resulta razonable sostener que “facilidades es un término del arte legal que puede significar lo que sea que haga sentido que ello signifique”.<sup>67</sup>

### **II.3.1.2. Facilidades tangibles e intangibles.**

Según se viene analizando, las instalaciones que pueden ser objeto de la doctrina de las facilidades esenciales son de variada naturaleza, admitiendo diversas

---

<sup>65</sup> LIPSKY Jr., y SIDAK, “Facilidades esenciales”, ob. cit., p. 128.

<sup>66</sup> BERGMAN, “The role of Essential Facilities Doctrine”, ob. cit., p. 2.

<sup>67</sup> ROBINSON, “*On Refusing to Deal With Rivals*”, ob. cit., p. 30. En este sentido, LIPSKY y SIDAK señalan que: “Creativos abogados que ejercen el Derecho de la Libre Competencia han intentado aplicar dicha doctrina a un igualmente extenso conjunto de *items*: hospitales, montañas de esquí, refrescos, tarjetas de crédito, la industria lechera, televisión por cable, la industria de corretaje de apartamentos rentados, los vuelos de carga directos entre New York y San Juan, Puerto Rico, la titularidad sobre franquicias de la Liga Nacional de Fútbol, a distribuidores de publicaciones y periódicos, la lista de vendedores dispuestos a proveer terminales de teletipo compatibles con la red de servicios de teletipo de Western Union, la transmisión electrónica de anuncios a periódicos, una lista de la clasificación de negocios en la que cada anunciante en las Páginas Amarillas de Miami, Florida gasta la mayor cantidad de dinero cada año, una membresía en una asociación de tasadores, redes portadoras de larga distancia para llamadas efectuadas desde teléfonos públicos en Puerto Rico, servicio de larga distancia celular, facilidades de microondas para comunicaciones internacionales, el mercado de cuidado de la salud del hogar, bandas de resistencia y tubería para equipamiento de ejercicios, el mercado de lignito, y los microprocesadores de alta performance Intel”. LIPSKY Jr., y SIDAK, “Facilidades esenciales”, ob. cit., pp. 128 y 129.

clasificaciones.<sup>68</sup> Sin embargo, para efectos de este trabajo nos detendremos brevemente en aquella clasificación que genera mayor controversia, a saber, la distinción entre facilidades tangibles e intangibles, grupo este último dentro del cual encontramos los derechos de propiedad intelectual<sup>69</sup>.

En efecto, ha sido intensamente discutida la posibilidad de aplicar la doctrina en el ámbito de los derechos de propiedad intelectual (manifestada en la imposición de una obligación a conceder licencias), así como si este tipo de activos corre a la par con las instalaciones físicas o si se justifica a su respecto un trato diferenciado más estricto.<sup>70</sup>

### **II.3.1.2.1. Planteamiento del problema.**

Según se indicara con anterioridad, en nuestro derecho existe el principio básico según el cual una empresa, incluso una con poder de mercado, puede elegir libremente con quien establecer relaciones comerciales. Dicho principio se manifiesta igualmente en el derecho de propiedad intelectual, a saber, no existe un deber general de conceder

---

<sup>68</sup> Se puede destacar la siguiente clasificación aportada por FRISHMANN y WALLER:

- a) Infraestructura Comercial: Insumos no disputados o parcialmente no disputados de la producción de una amplia variedad de bienes privados. Ej.: procesos de manufacturación básica, puertos, sistemas de carreteras, sistemas de transmisión eléctrica.
- b) Infraestructura Pública: Insumos no disputados o parcialmente no disputados de la producción de una amplia variedad de bienes públicos. Ej.: Internet, sistemas de carreteras, investigación básica.
- c) Infraestructura Social: Insumos no disputados o parcialmente no disputados de la producción de una amplia variedad de bienes que carecen de mercado. Ej.: Internet, sistemas de carreteras.

Según los mismos autores, la clasificación no es exhaustiva ni excluyente. (FRISCHMANN y WALLER, "Revitalizing Essential Facilities", ob. cit., p. 15)

<sup>69</sup> En tanto rama del derecho, en derecho comparado se entiende que la propiedad intelectual es una materia más amplia, dentro de la cual se encuentran -en una relación de género a especie- diversas áreas, tales como la propiedad industrial y los derechos de autor. Por lo mismo, a continuación se hablará indistintamente de derechos de propiedad intelectual en referencia a todos los casos contemplados dentro de dicho género. Legislativamente, en nuestro país se trata por separado a la propiedad intelectual (regulada en la Ley N° 17.336, y que comprende derechos de autor y otras creaciones del intelecto, como los programas computacionales) y a la propiedad industrial (regulada en la en la Ley N° 19.039, y que comprende patentes, marcas comerciales, modelos de utilidad, entre otros).

<sup>70</sup> Atendido que escapa al objeto de este trabajo profundizar en esta materia, a continuación se expondrá sucintamente el planteamiento del problema y los argumentos aportados para las distintas soluciones del mismo.

licencias<sup>71</sup>. De ello emana a su vez otras dos consecuencias: el titular de un derecho de propiedad intelectual no tiene obligación de usar ese derecho, el titular tiene un derecho a hacer cumplir su derecho de propiedad intelectual, y, finalmente, existe un derecho a negarse a pactar con clientes específicos, gozando de una especial exclusividad sobre su derecho patentado<sup>72</sup>. Pues bien, en el último punto radica precisamente el origen del conflicto. Si la exclusividad es de la esencia del derecho de propiedad intelectual, a primera vista resulta conflictivo obligar a su titular a compartirla con un competidor. Pero desde otro punto de vista, no resulta claro por qué un derecho de propiedad sobre un bien intangible debe ser objeto de mayor protección que el mismo cuando recae sobre un activo físico.

En este contexto, ha sido objeto de intensa discusión si la doctrina es o no aplicable a derechos de propiedad intelectual, o si éstos deben ser objeto de mayor protección. Esa aprehensión ha sido recogida por la jurisprudencia de la Comunidad Europea y, en mayor medida, por la jurisprudencia norteamericana, las que coinciden en que se debe cumplir con estándares de exigencia más altos para compeler a licenciar derechos de propiedad intelectual que para dar acceso compulsorio a activos físicos.<sup>73</sup>

---

<sup>71</sup> En ese sentido, en lo que toca al derecho norteamericano, HOVENKAMP, *et. al.* destacan que este principio encuentra su origen la sentencia de la Corte Suprema, del año 1908, *Continental Paper Bag v. Eastern Paper Bag* 210 U.S. 405 (1908), siendo posteriormente codificado. HOVENKAMP, Herbert J., JANIS, Mark D. y LEMLEY, Mark A. “Unilateral Refusals to License in the U.S.”. En: *Stanford Law and Economics Olin Working Paper* (303), Abril, 2005, pp. 14 y ss. Disponible en: <<http://ssrn.com/abstract=703161>> o <DOI: 10.2139/ssrn.703161> [consulta: 16 julio 2009].

Por lo que se refiere al caso europeo, “como regla general, la mera negativa a otorgar una licencia, aunque esta negativa provenga de una empresa en posición dominante, no constituye en sí misma una conducta anticompetitiva. No obstante, si están presentes determinadas circunstancias excepcionales, esta negativa a contratar puede considerarse abusiva y dar lugar a la imposición de una licencia obligatoria.” HERRERO, Carmen. “Libre Competencia y Propiedad Intelectual. Análisis comparativo entre el Derecho antitrust estadounidense y Derecho de la competencia comunitario europeo”. En: Ortiz B., L. y Ramos G., A. (Eds.) *Derecho de la Competencia Europeo y Español. Curso de iniciación*. Vol. VI, Madrid, Editorial Dykinson, 2005, p. 81.

<sup>72</sup> HOVENKAMP, *et. al.*, “Unilateral Refusals to License in the U.S.”, *ob. cit.*, p. 15.

<sup>73</sup> HUMPE, Christophe y RITTER, Cyril. *Refusal to Deal*. Brussels, Global Competition Law Centre, julio, 2005. , p. 10. Disponible en: <<http://ssrn.com/abstract=771907>> [consulta: 16 julio 2009]; y, RITTER, Cyril. “Refusal to Deal and Essential Facilities: Does Intellectual Property Require Special Deference Compared to Tangible Property?”. En: *World Competition: Law and Economics Review*, Vol. 28 (3), septiembre, 2005, pp. 9 y 10. Disponible en: <<http://ssrn.com/abstract=726683>> [consulta: 16 julio 2009]. Sobre el particular, HERRERO señala lo siguiente: “La postura mantenida por el TJCE [Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, y refiriéndose al criterio del caso *Magill*] constituye una aplicación al terreno de la propiedad intelectual de la doctrina de las “infraestructuras esenciales”. En presencia de determinadas circunstancias excepcionales, el mero ejercicio de un derecho de propiedad intelectual –la negativa a conceder una licencia- puede ser considerado en sí mismo un abuso, sin necesidad de que vaya acompañado de otras

### II.3.1.2.2. Argumentos contrarios a la obligación de compartir derechos de propiedad intelectual y la respuesta de sus partidarios.

Entre quienes sostienen que la doctrina de las facilidades esenciales no puede aplicarse cuando nos encontremos frente a derechos de propiedad intelectual, se destacan los siguientes argumentos:

a) Compeler a licenciar es completamente inconsistente con la naturaleza exclusiva de los derechos de propiedad intelectual.<sup>74</sup> Los sistemas legales que protegen la propiedad intelectual entregan a su titular la exclusividad del derecho con el objeto de incentivar y recompensar a quienes han destinado recursos para la creación de un determinado invento, incentivo sin el cual probablemente no hubiese existido esa creación en un primer lugar. Luego, la doctrina en comento atentaría contra la propia esencia de los derechos de propiedad intelectual, tratándose de dos lógicas absolutamente inconciliables.

---

conductas de carácter anticompetitivo. Ahora bien, *Magill* ha sido objeto de interpretación restrictiva. Pronunciamientos ulteriores del TJCE reflejan una gran contención a la aplicación de la teoría de las infraestructuras esenciales, haciendo especial hincapié en las especificidades del asunto *Magill*. (...) Frente a la interpretación extensiva del alcance de las “circunstancias excepcionales” identificadas en el asunto *Magill* realizadas por la Comisión, el TJCE ha reiterado que la imposición de una obligación de licencia requiere que la empresa que la solicita tenga previsto ofrecer nuevos productos o servicios, no ofrecidos por el titular del derecho de propiedad intelectual y para los que existe una demanda potencial por parte de los consumidores.

En el ámbito estadounidense, la mera negativa a licenciar un derecho de propiedad intelectual sólo muy excepcionalmente será considerada anticompetitiva. Sin embargo, la concesión de licencias forzosas u obligatorias constituye un remedio especialmente útil para restaurar las condiciones competitivas de un mercado, dañadas como consecuencia de la realización de conductas distintas de la simple negativa a contratar, como por ejemplo, una unión entre empresas que conduzca a un excesivo frado de concentración de los mercados o en los casos de derechos adquiridos de forma ilegal o inequitativa.” HERRERO, “Libre Competencia y Propiedad Intelectual...”, ob. cit., pp. 84-87.

En ese sentido, LEVEQUE destaca que “a diferencia de los Estados Unidos, no existe duda en la Unión Europea de que las negativas a licenciar pueden dar lugar a responsabilidad antimonopólica y que la doctrina de las facilidades esenciales puede ser aplicada a derechos de propiedad intelectual”, lo que se estaría demostrado en el comentado caso *Magill*. LEVEQUE, “*Innovation, Leveraging and Essential Facilities...*”, ob. cit., p. 4.

<sup>74</sup> HUMPE y RITTER, *Refusal to Deal*. ob. cit., p. 10. Así lo destaca también HOVENKAMP, *Antitrust*, ob. cit., p. 114; y, HERRERO, “Libre Competencia y Propiedad Intelectual...”, ob. cit., p. 80.

En este sentido, LIPSKY y SIDAK sostienen que “la aplicación de la doctrina de las facilidades esenciales a la propiedad intelectual es totalmente contraria a la política de patentes, derechos de autor y otros sistemas legales relacionados. La doctrina de las facilidades esenciales es, ante todo, una regla legal que permite que se compartan facilidades mandatoriamente y que se obligue a contratar. Sólo esta característica es ya inconsistente con la exclusividad que es necesaria para preservar los incentivos para crear, mecanismo operativo central del Derecho de la Propiedad Intelectual en una economía de mercado. Por lo demás, es muy probable que la doctrina de las facilidades esenciales atente contra la propiedad intelectual precisamente en aquellas circunstancias en las que esto sería menos defendible: bajo la doctrina de las facilidades esenciales, mientras más único, valioso y difícil de duplicar es un invento, mayor es la obligación de compartirlo. En resumen, los principios que informan la doctrina de las facilidades esenciales son inherentemente inconsistentes con la protección a la propiedad intelectual.”<sup>75</sup>

b) Los derechos de propiedad intelectual son más valiosos que los derechos sobre propiedades físicas, toda vez que incorporan un “derecho moral”.<sup>76</sup>

c) Los derechos de propiedad intelectual son más vulnerables a la replicación o *free-riding* que los derechos sobre bienes tangibles.<sup>77</sup> En esta línea, la propiedad intelectual no puede ser compartida sin ser revelada o al menos sin una significativa posibilidad de que ello ocurra. Pues bien, una vez que es revelada es muy fácil que otros se apropien de ella y por ende pierde su valor.<sup>78</sup>

---

<sup>75</sup> LIPSKY Jr., y SIDAK, “Facilidades esenciales”, ob. cit., p. 148; En el mismo sentido, HUMPE y RITTER, *Refusal to Deal*. ob. cit., p. 10; RITTER, “Refusal to Deal and Essential Facilities: Does Intellectual Property...”, p. 12; TURNEY, James. “Defining the Limits of the EU Essential Facilities Doctrine on Intellectual Property Rights: The Primacy of Securing Optimal Innovation”. En: *Northwestern University School of Law, Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property*, Vol. 3 (2), Primavera, 2005, p. 195. Disponible en: <<http://www.law.northwestern.edu/journals/njtip/v3/n2/5/Turney.pdf>> [consulta: 16 julio 2009].

<sup>76</sup> HUMPE y RITTER, *Refusal to Deal*. ob. cit., p. 10.

<sup>77</sup> Ibíd. En el mismo sentido, RITTER, “Refusal to Deal and Essential Facilities: Does Intellectual Property...”, p. 12.

<sup>78</sup> LIPSKY Jr., y SIDAK, “Facilidades esenciales”, ob. cit., p. 148.

d) Los derechos de propiedad intelectual tienen generalmente una duración temporal determinada, limitación que justifica guardar especial cuidado en no afectar el derecho de exclusividad concedido a su titular.<sup>79</sup>

e) Por último, el licenciamiento compulsorio afecta directamente los incentivos a invertir en innovación<sup>80</sup>. Al relativizar la exclusividad del derecho de propiedad intelectual, un análisis *ex ante* de dicha medida permite concluir que la aplicación de la doctrina reduce los incentivos para destinar recursos a la creación de inventos sobre los que existe el riesgo de que se obligue a compartirlos, efecto que se puede extender a lo largo de todas las industrias. Adicionalmente, se reducen también los incentivos para que el competidor que demanda el acceso forzado cree su propia facilidad.

En razón de los argumentos expuestos, en búsqueda de un punto intermedio hay quienes sostienen que los derechos de propiedad intelectual sí podrían ser objeto de la doctrina de las facilidades esenciales, aunque bajo un más alto estándar de protección. A modo ejemplar, se ha afirmado que quien es titular de un derecho de propiedad intelectual gozaría de una presunción de legalidad para negarse a compartir su insumo que es considerado esencial para la competencia.<sup>81</sup> Adicionalmente, se ha propuesto distinguir dos mercados basados en el derecho de propiedad intelectual. Por una parte, el mercado del producto que es una consecuencia adicional del derecho, y por otra, aquel mercado del producto que contiene la verdadera esencia del derecho de exclusividad. En el último caso, el derecho del titular puede esperar un más alto estándar de protección de su exclusividad.<sup>82</sup>

---

<sup>79</sup> HUMPE y RITTER, *Refusal to Deal*. ob. cit., p. 10.

<sup>80</sup> *Ibíd.*. En el mismo sentido, RITTER, "Refusal to Deal and Essential Facilities: Does Intellectual Property...", p. 12; HOVENKAMP, *et. al.*, "Unilateral Refusals to License in the U.S.", ob. cit., pp. 17 y 24.

<sup>81</sup> En este sentido, PITOFSKY destaca el denominado caso *Kodak*, señalando que "la Corte de Apelaciones en *Kodak* reconcilió los principios concluyendo que la protección de propiedad intelectual proporcionaba sólo una "presumiblemente válida justificación de negocios" para negarse unilateralmente a pactar", en referencia al caso *Image Technical Servs., Inc. v. Eastman Kodak Co.*, 125 F.3d 1195, 1201-02 (9th Cir. 1997). PITOFSKY, "The Essential Facilities Doctrine under United States Antitrust Law", ob. cit., p. 15. En el sentido contrario, COTTER destaca el caso *Microsoft*, de la Comunidad Europea, donde la Corte rechazó el argumento de Microsoft en orden a que su negativa a pactar estaba objetivamente justificada por la presencia de un derecho de propiedad intelectual, haciendo notar que la mera presencia de tal derecho no constituye una justificación objetiva por sí misma. COTTER, *The Essential Facilities Doctrine*, ob. cit., p. 9.

<sup>82</sup> TURNEY, "Defining the Limits of the EU Essential Facilities Doctrine on Intellectual Property Rights...", ob. cit., pp 198 y 199. En el mismo sentido HOVENKAMP *et. al.*, quienes afirman que es distinto el caso en que

Sin embargo, todos los razonamientos antes enunciados encuentran respuesta en quienes sostienen que la doctrina de las facilidades esenciales sí es aplicable sobre derechos de propiedad intelectual, sin que tampoco se justifique una especial protección. Al respecto, partiendo de la base que la propiedad intelectual y el derecho antimonopolios se complementan más de lo que se contradicen, indican los siguientes argumentos:

a) En primer lugar, y antes de entrar al fondo de la discusión, cabe destacar que la pretendida “deferencia especial” a favor de la propiedad intelectual no encuentra fundamento en preceptos legales. En efecto, la ley no excluye a los dueños de un derecho de propiedad intelectual del escrutinio legal en sede de libre competencia.<sup>83 84</sup>

---

el derecho de propiedad intelectual recae incidentalmente sobre una facilidad que es esencial con independencia de tal derecho. En estos casos la jurisprudencia no se detiene en tal derecho, citándose como principal ejemplo el caso *Associated Press v. United States*. HOVENKAMP, *et. al.*, “Unilateral Refusals to License in the U.S.”, *ob. cit.*, p. 26

<sup>83</sup> RITTER, “Refusal to Deal and Essential Facilities: Does Intellectual Property...”, p. 13

<sup>84</sup> En ese sentido, cabe destacar que la jurisprudencia de nuestro Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ha sido categórico en afirmar que asuntos de ese ámbito del derecho no se encuentran ajenos a su competencia, en tanto puedan ser usados abusivamente o mediante actos de competencia desleal con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante en el mercado. Considérese el siguiente pronunciamiento: “Quinto. Que, en cambio, este Tribunal sí es competente para conocer y juzgar casos en los que pueda haberse utilizado una marca registrada como barrera a la entrada de legítimos competidores, con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante, de acuerdo con lo prescrito en el artículo 3°, letra c), del Decreto Ley N° 211;” (Sentencia N° 68/2008, del 18 de junio de 2008, autos caratulados “*Demanda de Comercial e Importadora Audio Música contra el Sr. Ariel Lagas Canales*”, Rol N° C 142-07).

En el mismo sentido, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia rechazó una excepción de incompetencia por la cual un demandado señalaba que éste no sería competente para conocer asuntos propios de derechos de propiedad intelectual, así como rechazó una excepción subsidiaria del mismo demandado por la que alegaba que tampoco podría conocer de asuntos cuando éstos aún se ventilan en otra sede jurisdiccional. En dicha resolución, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia manifestó textualmente lo que sigue: “5) Que el artículo 2° del citado Decreto Ley N° 211 señala que “*corresponderá al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y a la Fiscalía Nacional Económica, en la esfera de sus respectivas atribuciones, dar aplicación a la presente ley para el resguardo de la libre competencia en los mercados*”. En cumplimiento de dicha facultad, este Tribunal debe pronunciarse sobre aquellos actos que, en los términos señalados en el artículo 3°, letra c), del mismo cuerpo legal, puedan ser de aquellas conductas de competencia desleal realizadas con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante. A la luz de la materia presentada al conocimiento de este Tribunal mediante la demanda de autos, el problema planteado podría ser de aquellos a los que se refiere el mencionado artículo 3°, letra c), cuestión que deberá ser debatida, probada y resuelta en el curso de estos autos. Todo lo anterior llevará a este Tribunal a rechazar la excepción de incompetencia presentada; “6) Que en relación a la excepción de litis pendencia, al existir entre las mismas partes juicios diversos pero sobre diferentes materias y ante diferentes jurisdicciones, en atención al bien jurídico protegido, ésta se rechazará, por cuanto no se dan los presupuestos jurídicos para que pueda ser acogida, en especial, la identidad de la cosa pedida y de la causa de pedir, toda vez que ante este Tribunal se trata de determinar

b) La naturaleza de los derechos de propiedad intelectual no es necesariamente incongruente con la doctrina de las facilidades esenciales. En efecto, tanto las facilidades físicas como las intangibles resguardan interés sobre un derecho de propiedad, que comparte por igual la prerrogativa de excluir a otros.<sup>85</sup>

En ese sentido, PITOFKY sostiene que la doctrina de las facilidades esenciales es consistente con una política antimonopolios que tiene por objeto limitar la discrecionalidad de firmas dominantes en orden a preservar e incrementar la competencia, y ese principio es aplicable por igual tanto a casos de monopolios naturales como de propiedad intelectual, la que no blinda al monopolista de responsabilidad anticompetitiva por negarse a pactar en casos de facilidades esenciales.<sup>86</sup>

c) La limitación de un derecho de propiedad intelectual mediante el licenciamiento compulsorio es en muchos casos más práctico y productivo que ordenar el acceso a

---

la violación de las normas de defensa de la libre competencia que eventualmente se pudieron cometer, a diferencia de lo que sucede en sede marcario;" Resolución de fecha 20 de junio de 2006, en los autos caratulados "*Demanda de Elabal Ltda. y Cía. de Inversiones Vilca Ltda. contra Conopco Inc. y Unilever Bestfoods Chile S.A.*", rol N° C 88-2006.

A *contrario sensu*, el tribunal ha fallado que no es competente para referirse a materias propias de derechos de propiedad intelectual cuando éstas no guardan relación con eventuales atentados contra la libre competencia. Al efecto, ha sostenido: "Segundo: Que los órganos de defensa de la libre competencia han declarado reiteradamente su incompetencia para conocer controversias relativas a la Propiedad Industrial cuando no existen en las conductas sometidas a la decisión de este Tribunal hechos objetivos que constituyan una amenaza para la libre competencia. En este sentido la Sentencia N° 23/2005 de este Tribunal señaló en su considerando séptimo: "*Que, adicionalmente, este Tribunal estima que las conductas denunciadas no implican atentado alguno a la libre competencia, pues no se vislumbran motivos que permitan suponer que con ellas se haya abusado del derecho marcario en términos tales que pudiera afectar la libre competencia en el mercado relevante en cuestión, no siendo materias propias de la competencia de este Tribunal aquellas que se refieren exclusivamente al derecho de la propiedad industrial y que en este caso están siendo conocidas en las instancias correspondientes*"; (...) Cuarto: Que entonces, al no haberse señalado por la demandante los presupuestos de hecho que permiten determinar la competencia especial de este Tribunal, forzoso resulta concluir que la existencia y titularidad de derechos sobre tales expresiones, y la naturaleza y efectos adscritos a su uso por parte de la demandada, no configuran una hipótesis de competencia desleal que deba someterse a conocimiento de este Tribunal ni pueden pertenecer al ámbito de su competencia; (Sentencia N° 71/2008, del 10 de julio de 2008, autos caratulados "*Demanda de Pisquera Los Nichos contra Compañía Pisquera de Chile S.A.*", rol N° C 114-06)

<sup>85</sup> HUMPE y RITTER, *Refusal to Deal*. ob. cit., p. 11.

<sup>86</sup> PITOFKY, "*The Essential Facilities Doctrine under United States Antitrust Law*", ob. cit., pp 11 y ss.

una propiedad física. En efecto, su propia naturaleza permite que el activo se pueda compartir al mismo tiempo sin conflictos ni deterioros.<sup>87</sup>

d) La pretensión de conferir inmunidad a los derechos de propiedad intelectual sobre la base de su limitada duración resulta excesivo y carece de mayor sustento.<sup>88</sup>

e) Cualquier tratamiento más favorable a derechos de propiedad intelectual, en desmedro de derechos sobre una propiedad tangible, resulta contraproducente para efectos de la asignación de recursos y distorsiona el comportamiento comercial de los agentes del mercado. A modo ejemplar, tal razonamiento podría inducir a actores dominantes a incorporar derechos de propiedad intelectual en sus insumos con el objeto de hacerse y asegurarse de los beneficios propios de los estándares más altos de protección.<sup>89</sup>

f) Finalmente, la aplicación de la doctrina de las facilidades esenciales sobre derechos de propiedad intelectual no involucra un riesgo de desalentar los incentivos a invertir en innovación, o al menos no lo hace en una medida mayor que en el caso de las facilidades tangibles. Al efecto, HUMPE y RITTER proporcionan los siguientes argumentos<sup>90</sup>:

f.1) Los derechos de propiedad intelectual no son los únicos que requieren de incentivos para invertir. No existe una correlación intrínseca entre las diferentes especies de derecho de propiedad y los montos de inversión empleados en la creación de ese derecho de propiedad. A su vez, no hay razones que indiquen por qué el tema de los incentivos guarda mayor relevancia en el área de la propiedad intelectual que en el de las facilidades físicas.

---

<sup>87</sup> RITTER, "Refusal to Deal and Essential Facilities: Does Intellectual Property...", p. 13.

<sup>88</sup> HUMPE y RITTER, *Refusal to Deal*. ob. cit., p. 11.

<sup>89</sup> *Ibíd.*, p. 12. En el mismo sentido, RITTER, "Refusal to Deal and Essential Facilities: Does Intellectual Property...", p. 13.

<sup>90</sup> *Ibíd.*, pp. 12 y 13. En el mismo sentido, RITTER, "Refusal to Deal and Essential Facilities: Does Intellectual Property...", pp. 17 y ss.

f.2) En línea con lo anterior, no existe razón para justificar que quien innova en una propiedad física esté más expuesto a un deber de pactar que quien innova en propiedad intelectual.

f.3) El licenciamiento forzado no priva completamente a su titular de cualquier ingreso. No cabe duda que tiene derecho al pago de una tarifa en términos justos y no arbitrariamente discriminatorios. Y la cuestión relativa a cómo fijar esos precios y condiciones es igualmente compleja para facilidades físicas como para las intangibles.

f.4) Mayores incentivos financieros en la forma de un más amplio derecho de exclusividad no necesariamente se traducen en mayor innovación. A su vez, la especial protección de la patente no es lo único importante para los innovadores, los que consideran por igual otros factores necesarios para el éxito, a saber, marketing, calidad del servicio, efectos de red de trabajo, etc.

f.5) El deber de licenciar se impone sólo en excepcionales circunstancias, por lo que es altamente probable que al decidir invertir en innovación se haya considerado la probabilidad de que ello ocurra.

f.6) El argumento que el licenciamiento compulsorio socava la innovación refleja una visión extremadamente estrecha del problema, pues falla en considerar los efectos positivos en innovación de segunda generación a que puede haber lugar gracias a la licencia compulsoria.

f.7) Como consideración final, se señala que la competencia en innovación no es más que una meta intermedia en orden a aumentar el bienestar del consumidor. Luego, si bien puede ser cierto que el licenciamiento compulsorio reduzca los incentivos a innovar, este efecto negativo puede ser sobrepasado por otras ganancias en asignación de eficiencias, tales como una reducción de precios o un aumento de la

cantidad y/o la calidad de la producción, lo que redundará en definitiva en un mayor bienestar para el consumidor.<sup>91</sup>

### **II.3.1.2.3. La situación en Chile.**

Sin perjuicio que la aplicabilidad de la doctrina de las facilidades esenciales en el derecho nacional será analizada en el capítulo siguiente, valga señalar desde ya que, en lo que toca a la discusión que se viene tratando, ésta actualmente se encuentra de alguna manera resuelta en nuestra legislación.

La Ley N° 19.039, de Propiedad Industrial<sup>92</sup>, reconoce expresamente que respecto de las invenciones patentadas existe una regla de exclusividad, concedida por el Estado a su titular protegiendo y premiando la invención<sup>93</sup>. En ese sentido, la legislación nacional recoge y ratifica el principio establecido en el derecho comparado, en cuanto que la exclusividad es un elemento propio de esta clase de derechos.

Sin embargo, el referido derecho exclusivo no es una regla absoluta. El mismo cuerpo legal regula expresamente una serie de casos en los que podrán concederse licencias no voluntarias, una de las cuales guarda relación con el uso abusivo de dicha patente conforme a las normas de la libre competencia.

En efecto, en el numeral 1° de su artículo 51, la ley de propiedad industrial establece que podrá existir una licencia no voluntaria en la siguiente situación:

“1) Cuando el titular de la patente haya incurrido en conductas o prácticas declaradas contrarias a la libre competencia, en relación directa con la

---

<sup>91</sup> RITTER, “Refusal to Deal and Essential Facilities: Does Intellectual Property...”, p. 22.

<sup>92</sup> Texto refundido y sistematizado por el Decreto con Fuerza de Ley N° 3, del Ministro de Economía, Fomento y Reconstrucción, de fecha 9 de marzo de 2006.

<sup>93</sup> El artículo 31 señala textualmente lo siguiente: “Se entiende por invención toda solución a un problema de la técnica que origine un quehacer industrial. La invención podrá ser un producto o un procedimiento o estar relacionada con ellos.” Acto seguido, en su inciso segundo agrega que “se entiende por patente el derecho exclusivo que concede el Estado para la protección de una invención. Los efectos, obligaciones y limitaciones inherentes a la patente están determinados por esta ley.”

utilización o explotación de la patente de que se trate, según decisión firme o ejecutoriada del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.”<sup>94</sup>

En consecuencia, la legislación establece que de producirse un abuso de posición dominante que encuentre razón en la exclusividad conferida por la patente, podrá forzarse a su titular a licenciar. Al respecto, la ley dispone que la solicitud para el otorgamiento de una licencia no voluntaria constituirá una demanda y deberá contener todos los requisitos del artículo 254 del Código de Procedimiento Civil, siendo conocida por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, y se tramitará conforme al procedimiento contencioso contemplado en el Decreto Ley N° 211 (artículo 51 bis B).<sup>95</sup>

El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia deberá pronunciarse sobre la solicitud de licencia no voluntaria en función de las circunstancias propias de ésta. En el caso de que dicho pronunciamiento sea positivo, el tribunal deberá, por un lado, fijar la duración y el alcance de la licencia, limitándola para los fines para los cuales fue concedida y, por el otro, el monto de la remuneración que pagará periódicamente el licenciatario al titular de la patente. La licencia otorgada por este procedimiento será de carácter no exclusivo y no podrá cederse, salvo con aquella parte de la empresa titular de la patente (artículo 51 bis C).

Por último, se debe destacar que la ley reconoce expresamente el carácter temporal del licenciamiento forzado. En efecto, en su artículo 51 bis D, señala que la licencia no voluntaria podrá ser dejada sin efecto, total o parcialmente, a reserva de los intereses legítimos del licenciatario, si las circunstancias que dieron origen a ella hubieran desaparecido y no es probable que vuelvan a surgir. El Tribunal de Defensa de la Libre

---

<sup>94</sup> Los otros casos contemplados en el artículo 51 son los siguientes:

*“2) Cuando por razones de salud pública, seguridad nacional, uso público no comercial, o de emergencia nacional u otras de extrema urgencia, declaradas por la autoridad competente, se justifique el otorgamiento de dichas licencias.*

*3) Cuando la licencia no voluntaria tenga por objeto la explotación de una patente posterior que no pudiera ser explotada sin infringir una patente anterior.”*

Mientras el contemplado en el numeral 2° debe ser conocido por el Jefe del Departamento de Propiedad Industrial, la situación contemplada en el numeral 3° será conocida por el juez de letras en lo civil.

<sup>95</sup> En este caso de licencia no voluntaria la ley no exige acreditar que se pidió previamente al titular de la patente una licencia contractual, y que no pudo obtenerla en condiciones y plazos razonables (artículo 51 bis A).

Competencia estará facultado para examinar, cuando corresponda y mediando petición fundada, si dichas circunstancias siguen existiendo. Agrega la ley que no podrá acogerse la solicitud de revocación de una licencia no voluntaria si fuese probable que se repitieran las circunstancias que dieron origen a su concesión. De igual manera, a solicitud de una parte interesada, el tribunal podrá modificar una licencia no voluntaria cuando nuevos hechos o circunstancias lo justifiquen, en particular cuando el titular de la patente hubiese otorgado licencias contractuales en condiciones más favorables que las acordadas para el beneficiario de la licencia no voluntaria. En todo caso, previo al pronunciamiento de la sentencia, el tribunal deberá escuchar la opinión del Departamento de Propiedad Industrial.

De este modo, se puede apreciar que nuestra legislación responde afirmativamente el debate relativo a si es posible hacer una excepción a la exclusividad propia de los derechos de propiedad intelectual, admitiendo que existen casos en los que puede compelerse al titular de una patente a conceder licencias si con la negativa se configura un abuso de posición dominante contrario a la libre competencia.<sup>96</sup> Sin embargo, queda aún abierta la pregunta sobre cuáles son esas particulares circunstancias que justifiquen semejante excepción. Sin embargo, puede concluirse que (tanto por el tenor literal de la norma como por las argumentaciones antes

---

<sup>96</sup> En ese sentido, como en todo litigio propio de la libre competencia, necesariamente deberá determinarse apropiadamente el mercado relevante en que se configura la negativa a licenciar, a fin de determinar la existencia de posición dominante. Sin perjuicio cuestión relativa al mercado relevante será brevemente referida más adelante, valga señalar desde ya que la posesión de un derecho de propiedad intelectual no necesariamente configura una posición dominante. Sobre el particular, HERRERO razona que “pese a la existencia de viejas posiciones jurisprudenciales en las que automáticamente se vinculaba la titularidad de un derecho de propiedad intelectual con la posesión de poder de mercado, actualmente, tanto en el Derecho de la competencia europeo como en el estadounidense, se rechaza la necesidad de la ecuación: derecho igual a poder de mercado. La mera titularidad de un derecho de propiedad intelectual no confiere poder de mercado. Pese a que la misma garantiza una parcela de exclusividad, ésta se extiende sólo al producto o creación protegida, generalmente existen sustitutos que compiten con ellos y que, por lo tanto, eliminan o reducen la dependencia del consumidor respecto del producto protegido. Este hecho está centrado el reciente debate sobre el medo de medir el poder de mercado en las industrias de alta tecnología. Industrias que presentan generalmente un carácter muy dinámico, sujetas a continuos y en ocasiones, vertiginosos, cambios. Los productos pronto quedan obsoletos y la presión para innovar es muy fuerte, por lo que la protección temporal garantizada por un derecho de propiedad intelectual generalmente es muy superior a la utilidad real del producto protegido. Las situaciones de poder de mercado, originadas gracias a la existencia de un derecho de propiedad intelectual, tendrán, en la mayoría de los casos, un carácter meramente transitorio.” HERRERO, “Libre Competencia y Propiedad Intelectual...”, ob. cit., pp. 73-75.

indicadas) no habría razones para estimar que el escrutinio de la concurrencia de los presupuestos deba ser particularmente exigente en este caso.

### **II.3.1.3. La facilidad debe ser controlada por un monopolista.**

Adicionalmente, la facilidad o instalación respecto de la que se requiere acceso debe estar en control de un monopolista. Dicho requisito hace referencia a dos cuestiones elementales, por una parte, que exista un controlador de la facilidad, y por otra, a las características del mismo.

En cuanto a lo primero, ello es de toda lógica, pues si el activo perteneciera o fuera común a todas las personas, en un régimen de acceso abierto, el problema desaparece. Dicho controlador puede presentarse de muy diversas formas, a saber, puede ser una persona natural o jurídica, o una asociación de varias, derecho público o privado, etc. A su vez, no necesariamente debe ser el propietario, pues puede poseer la instalación a través de diversos mecanismos jurídicos útiles al efecto (arrendamiento, usufructo, etc.). Según se aprecia, lo importante es que exista una contraparte que de alguna forma niega u obstaculiza el acceso a una facilidad que legítimamente está bajo su control.

Y en lo referente a lo segundo, es indispensable que dicho controlador goce de poder de mercado, pues de lo contrario su conducta será inocua a los ojos del derecho antimonopolios, y que a su vez manifieste con su voluntad una negativa concreta a proveer el acceso. Ambos requisitos serán tratados con mayor profundidad en los párrafos siguientes.

### **II.3.2. El activo debe ser indispensable para competir.**

El segundo presupuesto necesario para que la doctrina de las facilidades esenciales reciba aplicación es que el activo respecto del cual se solicita acceso forzado debe ser indispensable para competir en un mercado determinado. Ahí radica precisamente la “esencialidad” del insumo en cuestión, y es tal característica la que habilita a hacer una

excepción al principio general de la libertad de pactar en razón de la libre competencia. Por ello, a continuación trataremos de definir qué requisitos debe reunir una facilidad o instalación para ser declarada esencial, de tal modo que una negativa compartirla sea reprochable desde el punto de vista de la libre competencia y, en definitiva, pueda su titular ser compelido a hacerlo.

### **II.3.2.1. La facilidad debe ser indispensable y no replicable.**

Para efectos de definir el carácter esencial de la facilidad se suelen indicar dos requisitos copulativos: que la facilidad sea indispensable para que exista competencia, y, por otra parte, que ésta no pueda ser duplicada o replicada. Sin embargo, ambos requisitos no son más que uno mismo, en términos tales que tal distinción resulta estéril.

En efecto, un insumo será indispensable para competir precisamente en la medida en que no pueda ser replicado y carezca absolutamente de otros sustitutos actuales o potenciales<sup>97</sup>. Luego, una facilidad será esencial en la medida que no tener acceso a ella tiene por resultado la eliminación de la competencia efectiva en el mercado.<sup>98</sup>

---

<sup>97</sup> Al respecto, ver ROSS, op. cit. en n. 38.

<sup>98</sup> BERGMAN, "The role of Essential Facilities Doctrine", ob. cit., pp. 4 y 5. Propone una lista de criterios para decidir si una facilidad es esencial o no:

1. Una etapa de producción o factor de producción, la facilidad, es un monopolio o está cerca de serlo. La facilidad puede ser de propiedad de una única firma, o de dos o más de ellas.
2. La facilidad es generalmente una infraestructura o una infraestructura combinada con servicios. Es poco probable que un bien, especialmente un bien duradero, o una propiedad inmateral pueda ser considerada como facilidad esencial. Hay, sin embargo, excepciones a esta regla.
3. La firma o firmas controladoras de la facilidad compiten, en un mercado relacionado, en la misma etapa de producción con la o las potenciales firmas actuales o potenciales que carecen de acceso a la facilidad.
4. Las firmas competidoras no tienen la capacidad para duplicar la facilidad.
5. A las firmas competidoras se les niega el acceso a la facilidad, o sólo se les proporciona el acceso en condiciones arbitrariamente discriminatorias.
6. Es posible proporcionar acceso a la facilidad.
7. El acceso a la facilidad es necesario en orden a competir en el mercado relacionado.
8. La concesión del acceso a la facilidad es apta para incrementar la competencia sustancialmente.
9. Típicamente, el acceso no debe ser mandado si ello puede probablemente reducir los incentivos a invertir o desarrollar otras actividades deseables.

Sin perjuicio de lo expuesto, corresponde hacer una serie de prevenciones.

Primeramente, el hecho que la facilidad no se pueda duplicar no significa exigir que dicha imposibilidad sea absoluta, por cuanto prácticamente todas las instalaciones pueden ser (con mayores o menores costos) en alguna medida duplicadas. El caso más cercano a una total imposibilidad de duplicar es *United States v. Terminal Railroad Association of St. Louis*, donde la Corte Suprema hizo claras referencias a las limitaciones derivadas de la situación topográfica configurada por el Río Mississippi. Sin embargo, los casos posteriores llevan implícita o explícitamente la idea que la duplicación de la facilidad en cuestión debe ser “impracticable” y no “imposible”. Por lo mismo, la cuestión de la practicabilidad de la duplicación en relación al carácter esencial del activo es un problema de grado.<sup>99</sup> Luego, el problema reside en definir cuándo no será razonable reproducir la facilidad supuestamente esencial. En otras palabras, la dificultad radica en determinar si existe algún obstáculo técnico, legal o económico que haga ilusorio a cualquier empresa crear productos o servicios alternativos a aquel respecto del cual se solicita acceso, o si solamente es menos ventajoso.

En ese orden de ideas, cabe considerar además que una facilidad controlada por una firma dominante será declarada esencial sólo si la negativa de ésta a compartirla tiene por efecto eliminar toda la competencia *efectiva* del mercado, no toda presencia de competencia.<sup>100</sup> El hecho que el solicitante tenga alguna presencia en el mercado

---

10. La concesión del acceso no pone en peligro la estabilidad económica de su dueño o le impide cumplir con obligaciones legales destinadas a proveer el servicio.

<sup>99</sup> LIPSKY Jr., y SIDAK, “Facilidades esenciales”, ob. cit., p. 143; en el mismo sentido ROBINSON, “*On Refusing to Deal With Rivals*”, ob. cit., p. 33. Al respecto, VALDÉS señala: “En síntesis, las características de la facilidad esencial sumadas a la existencia de uno o más de las prácticas mencionadas ejecutadas por parte de quien tiene el dominio o el control de aquélla han de provocar que la libertad de competencia mercantil resulte lesionada al no poder todos o algunos de los restantes competidores desarrollar la actividad económica para la cual esa infraestructura resulta esencial. Esa imposibilidad no es de orden físico sino antes bien económica en cuanto carece de sentido competir mercantilmente para quien se halla privado de un adecuado acceso a dicha facilidad esencial.” VALDÉS, *Libre Competencia y Monopolio*, ob. cit., p. 575.

<sup>100</sup> PITOFSKY, “*The Essential Facilities Doctrine under United States Antitrust Law*”, ob. cit., pp. 6 y 7; HUMPE y RITTER, *Refusal to Deal*. ob. cit., p. 21. En este sentido, BERGMAN destaca que la Comisión Europea ha definido una “facilidad esencial” como “una facilidad o infraestructura sin cuyo acceso los competidores no

aguas abajo no permite inferir que la facilidad no sea indispensable. Puede ser que la competencia esté en declive y eventualmente vaya a desaparecer en un futuro mediato o inmediato; o, que la negativa permita sacar algún provecho sustancial en el mercado aguas abajo.<sup>101</sup>

En segundo lugar, una facilidad será esencial a los ojos de la doctrina sólo si con la negativa a compartirla tiene por efecto eliminar la competencia efectiva en el mercado, no al competidor demandante. Sirva lo anterior para señalar que el bien jurídico protegido es la libre competencia en los mercados, no el competidor en sí mismo.

De lo anterior queda entonces la duda acerca de para quién debe ser imposible la duplicación. Pues bien, en términos económicos, el principio que se debe satisfacer es si una firma al menos igualmente eficiente que la firma dominante es capaz de replicar la facilidad, o a *contrario sensu*, si la creación de esos productos o servicios no es económicamente viable para la producción a una escala comparable a aquella de la empresa que controla el producto o servicio existente.<sup>102</sup> El requisito alternativo es que no será realmente posible replicar la facilidad esencial cuando la demanda esperada para la nueva facilidad pueda fallar en la generación de retornos razonables, desde el punto de vista de un razonable inversor.<sup>103</sup> En el caso *Oscar Bronner GmbH & Co. KG contra Mediaprint Zeitungs y otros*, la Corte hizo una declaración en orden a que dicha imposibilidad se configuraría en el caso que la duplicación de la facilidad sea incompatible con la obtención de utilidades en el mercado monopólico y el mercado relacionado para cualquier firma.<sup>104</sup>

---

pueden proporcionar servicios a sus clientes". BERGMAN, "The role of Essential Facilities Doctrine", ob. cit., p. 3, n. 15. En el sentido contrario, JORDE *et. al.*, quienes destacan que "solamente si el control de la facilidad acarrea el poder de **eliminar la competencia será considerada esencial**". JORDE, Thomas M., LEMLEY, Mark A. y MNOOKIN, Robert H. *Antitrust. Gilbert law summaries*. 9ª ed. Chicago, Illinois, The Barbrri Group, 1996, p. 36.

<sup>101</sup> HUMPE y RITTER, *Refusal to Deal*. ob. cit., p. 22.

<sup>102</sup> *Ibíd.*, p. 23.

<sup>103</sup> *Ibíd.*, p. 24.

<sup>104</sup> BERGMAN, "The role of Essential Facilities Doctrine", ob. cit., p. 1 y ss. En tal sentido, *Oscar Bronner GmbH & Co. KG contra Mediaprint Zeitungs y otros* interpreta que lo que la Corte pretendió en ese caso era eliminar la ambigüedad de la formulación anterior del requisito, según el cual el competidor de la firma dominante debe carecer en términos realistas de capacidad para duplicar la facilidad ("*lack a realistic ability to duplicate the facility*") sosteniéndose en su lugar que sea imposible la existencia de un duopolio

Y por último, a modo de poner un límite a la relatividad del requisito en cuestión, se debe acreditar por el demandante que la imposibilidad de duplicación responde más que a una mera inconveniencia o la menor rentabilidad derivada del hecho de carecer del acceso. Se debe acreditar que realmente no es factible crear una alternativa al insumo en cuestión.

En vista de lo expuesto, resulta más apropiado enfocar el criterio de esencialidad desde la perspectiva de la funcionalidad del bien. Al respecto, ROBINSON destaca que es un engaño pensar la esencialidad en términos del carácter único (*uniqueness*) de un activo particular y no en la funcionalidad. Lo importante no es la replicación de una instalación determinada, sino que puedan serlo sus mismos propósitos económicos. Luego, el tema de la factibilidad es principalmente una cuestión económica, referente a si es posible para una firma obtener la requerida facilidad/funcionalidad a un costo que le permita competir.<sup>105</sup>

### **II.3.2.2. La relación entre “esencialidad” y “sustituibilidad”.**

Según se viene tratando, el hecho que un insumo sea juzgado indispensable en orden a competir puede ser interpretado como si aquél carece de sustitutos razonables, presupuesto usado para definir un mercado relevante. Ello, pues si existen sustitutos del insumo al que se solicita acceso, lógicamente éste dejará de ser indispensable, pudiendo acudir a cualquiera de ellos. Luego, la pregunta sobre la esencialidad

---

en el mercado objeto de la demanda. Por su parte, CASTALDO y NICITA señalan que la no duplicabilidad relativa de la facilidad puede explicarse por un monopolio natural o por retornos insuficientes en las inversiones destinadas a crear una facilidad alternativa por un competidor. Esto último es una condición compleja, porque aplica a casos en que el activo es potencialmente duplicable, pero la estructura del mercado es tal que la firma dominante, que ha invertido costos hundidos en la construcción de la facilidad, puede usar sus actuales márgenes supra-competitivos para activar una guerra de precio a corto plazo o política de descuentos (no necesariamente precios predatorios pero precios que limiten los márgenes obtenibles por un nuevo entrante que invierte en facilidades alternativas). En este caso, al menos en el corto plazo el activo puede ser definido como un facilidad esencial, pero el análisis, como la sentencia de *Oscar Bronner GmbH & Co. KG contra Mediaprint Zeitungs y otros* esbozó, debe considerar no ya los costos de la puesta en marcha de un nuevo entrante genérico, sino que debe parametrizar tales costos a la dimensión mínimo eficiente de un operador del mercado a largo plazo (de otra manera, todo entrante en cualquier mercado podría definir los activos incumbentes como facilidades no duplicables). CASTALDO y NICITA, *Essential Facility Access in US and EU...*, ob. cit., p. 13.

<sup>105</sup> ROBINSON, “On Refusing to Deal With Rivals”, ob. cit., pp. 32 y ss.

puede ser hecha en referencia a la sustituibilidad del insumo entre diferentes factores de producción.

La relación entre la esencialidad de un insumo y la definición del mercado relevante será definida en el punto siguiente. Sin embargo, corresponde adelantar ahora que existe una importante diferencia entre el grado de “no-sustituibilidad” necesaria para establecer un mercado relevante y la “no-sustituibilidad” que debe existir para que el acceso a un mercado sea “esencial”. En efecto, para definir un mercado relevante se suele recurrir al test denominado SSNIP (siglas en la lengua inglesa de "*Small but Significant Non-Transitory Increase in Price*"<sup>106</sup>). Sin embargo, BERGMAN sostiene que para demostrar que el acceso es necesario en el ámbito de la doctrina, la sustitución completa no debe nunca ocurrir, independientemente de cual sea el grado que ese precio sea elevado.<sup>107</sup>

### II.3.2.3. La definición del mercado relevante.

Un principio básico en nuestro derecho de la libre competencia es que para poder estar en presencia de un injusto de monopolio es necesario que quien lo ejecuta tenga un poder de mercado del cual pueda abusar, esto es, un poder de mercado suficiente para emplearlo de forma antijurídica.<sup>108</sup> Y para determinar la presencia de ese requisito es

---

<sup>106</sup> Es un test econométrico que se utiliza en la economía industrial y en el derecho de la libre competencia como herramienta para definir, como se dijo, un mercado relevante. El test consiste en observar si un pequeño incremento en el precio de un producto (entre un 5% y un 10%) y no transitorio provocaría que una parte de sus consumidores dejaran de comprarlo o empezarán a comprar otro producto. Es decir, se intenta observar si el incremento del precio sería beneficioso para la empresa que lo comercializa o en cambio redundaría en una reducción de sus beneficios.

<sup>107</sup> BERGMAN, "The role of Essential Facilities Doctrine", ob. cit., p. 8

<sup>108</sup> En ese sentido, VALDÉS destaca que "la aptitud vulneradora requiere, para la formación del nexo causal entre la conducta típica y el resultado de puesta en riesgo de la libre competencia, de un poder de mercado que resulte medio eficaz para la perpetración de prácticas anticompetitivas conducentes a una renta monopólica. Asimismo, el poder de mercado que permita un abuso debe ser medio eficaz por sí mismo para la perpetración del abuso; no puede estimarse lesivo de la libre competencia el abuso que resulta de causas concomitantes o sobrevivientes". VALDÉS, *Libre Competencia y Monopolio*, ob. cit., p. 290.

En ese orden de ideas, la jurisprudencia estadounidense ha definido el poder de mercado como "*la habilidad para controlar los precios o excluir la competencia en el mercado relevante*" (*United States c. Du Pont & Co. (Cellophane)* 35° U.S. 377, 391 (1956)). Por su parte, la posición dominante ha sido definida en la práctica de la Comisión y en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea como "*una posición de poder económico de la que disfruta una empresa que le permite impedir el mantenimiento*

ineludible definir previamente el mercado relevante en que se desenvuelven las conductas objeto de análisis.

En ese sentido, en los casos que requieran la aplicación de la doctrina de las facilidades esenciales, el mercado en que se desempeña dicha facilidad puede definirse en general como “el mercado del servicio que el solicitante excluido está solicitando”.<sup>109</sup> De ahí que, si la facilidad es propiamente esencial, podría decirse que ésta o el acceso a ella constituirá el mercado relevante en sí mismo.<sup>110</sup>

En consecuencia, si concluimos que la facilidad carece de sustitutos y no puede ser razonablemente reproducida, queda en evidencia la estrecha relación entre la definición de la “esencialidad” y la del poder de mercado. Por ello, LIPSKY y SIDAK concluyen que no debería haber un *test* de “esencialidad” o “practicabilidad de la duplicación” que sea de alguna manera menos riguroso que los *test* ya establecidos para comprobar la existencia del poder de mercado.<sup>111</sup>

Como apreciación final, no se puede dejar de destacar que la naturaleza predominantemente variable de los mercados deviene que quien tiene hoy una posición dominante, puede carecer de ella en un futuro mediano, razonamiento que aplica igualmente en el sentido inverso. De igual modo, la facilidad que hoy es esencial, puede dejar de serlo, así como aquella que no lo es puede llegar a serlo en

---

*de una competencia efectiva en el mercado relevante al posibilitarle en medida apreciable comportamientos independientes respecto a sus competidores u clientes, y en definitiva, de los consumidores” (United Brands c. Comisión, Asunto 27/76, Rec. 1977 p. 207, Hoffman-La Roche c. Comisión, Asunto 85/76, Rec. 1979 p. 461). Ambas citas corresponden a HERRERO, “Libre Competencia y Propiedad Intelectual...”, ob. cit., p. 73, n. 23.*

<sup>109</sup> LIPSKY Jr., y SIDAK, “Facilidades esenciales”, ob. cit., p. 144.

<sup>110</sup> BERGMAN, “The role of Essential Facilities Doctrine”, ob. cit., p. 8, quien sostiene que la doctrina sólo es aplicable en situaciones donde una firma que se le niega acceso a una facilidad es incapaz de permanecer activa en otro mercado, dada esa negativa. Por lo tanto, la facilidad, o el acceso a esa facilidad puede ser visto como un mercado “aguas arriba” (o menos común, aguas abajo). Otra forma de expresarlo es que la facilidad esencial es uno de dos o más factores de producción necesarios para producir un producto, i.e., el producto vendido en el mercado aguas abajo.

<sup>111</sup> LIPSKY Jr., y SIDAK, “Facilidades esenciales”, ob. cit., p. 145.

cualquier tiempo. Luego, podemos concluir que el carácter esencial de una instalación es eminentemente temporal<sup>112</sup> y por lo tanto, también lo es la aplicación de la doctrina.

#### **II.3.2.4. ¿Es indispensable la existencia de dos mercados verticalmente integrados?**

La mayoría de los autores sostienen que para recibir aplicación la doctrina de las facilidades esenciales debe acreditarse la existencia de dos mercados distintos y verticalmente integrados, de modo que el propietario de la facilidad esencial puede extender su poder de mercado de un mercado “aguas arriba” a otro “aguas abajo” (o, menos común, en el sentido inverso).<sup>113</sup> El demandante deberá probar que el monopolista usa la facilidad esencial para controlar un mercado verticalmente relacionado. Al efecto, resulta ilustrativa la sentencia *Alaska Airlines, Inc. v. United Airlines, Inc.*<sup>114</sup>, en la cual la Corte del Noveno Circuito falló a favor del demandado declarando que una facilidad es esencial sólo si, entre otras cosas, el control de la facilidad por un monopolista “aguas arriba” conlleva el poder de eliminar permanentemente la competencia en un mercado “aguas abajo”.<sup>115</sup>

En este sentido, HUMPE y RITTER afirman que deben existir dos mercados verticalmente relacionados, y que tanto el demandante como el monopolista deben tener presencia en ambos.<sup>116</sup> En cuanto a lo primero, afirman que no exigir la presencia de dos mercados, sino sólo la relación con un mercado hipotético es riesgoso en atención a las siguientes consideraciones:

---

<sup>112</sup> *Ibíd.*, p. 146.

<sup>113</sup> COTTER, *The Essential Facilities Doctrine*, ob. cit., pp. 5 y 14; HOVENKAMP, *et. al.*, “Unilateral Refusals to License in the U.S.”, ob. cit., pp. 20 y 21; BERGMAN, “The role of Essential Facilities Doctrine”, ob. cit., p. 8; HUMPE y RITTER, *Refusal to Deal*, ob. cit., pp. 18 y ss.; CASTALDO y NICITA, *Essential Facility Access in US and EU...*, ob. cit., p. 14.; y, OECD Competition Committee. *The Essential Facilities Concept*. Paris, 1996. [en línea] <<http://www.oecd.org/dataoecd/34/20/1920021.pdf>> [consulta: 2 abril 2008], p. 7.

<sup>114</sup> 948 F.2d 536, 544 & n.11 (9th Cir. 1991).

<sup>115</sup> COTTER, *The Essential Facilities Doctrine*, ob. cit., p. 5.

<sup>116</sup> HUMPE y RITTER, *Refusal to Deal*, ob. cit., pp. 18-20.

- a) Asumir que el mercado “aguas arriba” existe sin tener claridad de la existencia de otro mercado “aguas abajo” hace que el test de aplicación de la doctrina de las facilidades esenciales sea poco predecible, y a la vez se aumenta el riesgo de enfrentarnos a “falsas convicciones”;
- b) En sede de libre competencia sólo pueden sancionarse abusos concretos, el que en este caso debe estar constituido por la extensión de la posición dominante de un mercado a otro. Lo contrario importaría forzar a la empresa en cuestión a crear su propia competencia, lo que parece exagerado; y,
- c) La definición del mercado en ausencia de un mercado aguas arriba “real” es un ejercicio incierto.

Y en cuanto a que ambas firmas deben tener presencia en los mercados relacionados, sostienen que si la firma dominante no participa en el mercado aguas abajo donde la parte que solicita el suministro sí lo hace, una negativa de pactar en ese evento no puede ser sancionada, pues: i) la doctrina de las facilidades esenciales debe necesariamente recibir aplicación en aquellos casos en que mediante la negativa se persigue extender el poder de mercado de un mercado a otro; y, ii) así lo exige la necesidad de certeza jurídica. Los agentes del mercado deben esperar que una eventual responsabilidad anticompetitiva tenga lugar sólo en mercados donde están presentes, de modo que eliminar este requisito puede dar lugar a una exagerada aplicación del derecho sancionatorio. Si el titular de la facilidad esencial no está presente en el mercado relacionado, debe analizarse su conducta sólo como una negativa de pactar con un cliente.<sup>117</sup>

En el sentido contrario se encuentra una menor parte de los autores, destacándose la opinión de PITOFSKY. Señala que, si bien es cierto que generalmente la doctrina de las facilidades esenciales se aplica en el contexto de mercados verticalmente integrados,

---

<sup>117</sup> CASTALDO y NICITA señalan que sí podría recibir aplicación la doctrina en caso que el propietario de la facilidad sea un competidor “potencial” en el mercado relacionado, aunque esa circunstancia requeriría de clarificaciones adicionales. CASTALDO y NICITA, *Essential Facility Access in US and EU...*, ob. cit., p. 14.

afirma que no existe un requisito en orden a que demandante demuestre la existencia de dos distintos mercados.<sup>118</sup> Cita como ejemplo el caso *Aspen Skiing Company v. Aspen Highlands Skiing Corporation*, donde en ninguna instancia se requirió al demandante ni al demandado probar que la facilidad esencial (el acceso a las montañas del resort del demandado a través del multi-ticket) constituía en sí mismo un mercado distinto y separado del resort del demandante. Por lo mismo, concluye que la doctrina de las facilidades esenciales no requiere que un demandante distinga con esmero los niveles relevantes de producción en dos separados mercados relevantes, siendo “suficiente probar que las partes compiten –o competirían si se le hubiere permitido al demandante el acceso a los activos del demandado- en el mismo mercado final”.<sup>119</sup> Dicha visión sería consistente con la política antimonopólica de las autoridades norteamericanas, cuya preocupación es simplemente asegurar la competencia en el mercado donde dos partes puedan competir sin perjuicio de una negativa a proporcionar acceso a un activo esencial. Concluye finalmente que “cualquier caracterización de la facilidad esencial (más allá de reunir los elementos de que es, en efecto, esencial) es superficial y artificial”.<sup>120</sup>

### **II.3.2.5. La relación entre la facilidad esencial y un monopolio natural.**

Hemos visto que las facilidades esenciales son activos cuya duplicación no es posible, no por cuanto ello sea imposible, sino porque es económica, técnica o legalmente “impracticable”. En otras palabras, porque se estima que existen razones que justifican, e incluso hacen deseable, concluir que un determinado insumo no puede ser replicado, aún cuando ello sí sea posible conforme a las leyes de la naturaleza.

---

<sup>118</sup> PITOFSKY, “*The Essential Facilities Doctrine under United States Antitrust Law*”, ob. cit., pp. 19-23.

<sup>119</sup> *Ibíd.*, p. 22.

<sup>120</sup> *Ibíd.*, p. 23. En el mismo sentido FRISCHMANN y WALLER, para quienes la doctrina de las facilidades esenciales debe ser aplicada por las Cortes cuando un monopolista se niega a dar acceso a ciertos tipos de “infraestructura” que generan sustanciales externalidades positivas que hacen socialmente deseable un régimen de acceso abierto, sin ser relevante la presencia o ausencia de una relación vertical entre demandante y demandado (FRISCHMANN y WALLER, “*Revitalizing Essential Facilities*”, ob. cit., pp. 4-5). En apoyo a esta postura, COTTER cita el caso *Attheraces Ltd v. British Horseracing Bd. Ltd*, de la Comunidad Europea, donde se sostuvo el principio según el cual la doctrina de las facilidades esenciales puede ser aplicada incluso en circunstancias donde el vendedor “aguas arriba” y el comprador “aguas abajo” no compiten con el otro en el mercado “aguas abajo”. (COTTER, *The Essential Facilities Doctrine*, ob. cit., p. 9).

Pues bien, de lo anterior resulta que la definición de una facilidad esencial configura un concepto prácticamente idéntico al de “monopolio natural”<sup>121</sup>. Y el caso es que dicha apreciación conceptual tiene consecuencias que no se quedan en la mera disquisición teórica, sino que tocan parte fundamental del conflicto entre partidarios y detractores de la doctrina de las facilidades esenciales.

En efecto, de la indudable correlación que existe entre los conceptos de facilidad esencial y de monopolio natural, y considerando el hecho que la doctrina en comento sostiene que en determinados casos es sostenible exigir el acceso forzado a una instalación de tales características, tiene lugar una consecuencia trascendental y que – según destacan LIPSKY y SIDAK- no podemos eludir: los remedios que adopten los tribunales antimonopolios en casos que involucren facilidades esenciales (dado que no pueden eliminar el monopolio en cuestión) necesariamente requieren alguna forma de regulación.<sup>122</sup> Asimismo, una vez asumido que la “regulación judicial” resulta inevitable, el rol que ésta habrá de jugar debe ser evaluado bajo los mismos estándares que se aplican a otras formas de control público de los monopolios naturales. En tal sentido, los autores sostienen como consecuencia indispensable que una regulación judicial acertada de las facilidades esenciales requiere una evaluación de la complejidad de administrar el remedio propuesto.<sup>123</sup>

---

<sup>121</sup> En ese sentido, LIPSKY Jr., y SIDAK, “Facilidades esenciales”, ob. cit., pp. 130 y 149-151; ROBINSON, “*On Refusing to Deal With Rivals*”, ob. cit., pp. 33-36; BERGMAN, “The role of Essential Facilities Doctrine”, ob. cit., p. 7; y, SERRA, Pablo. “Las facilidades esenciales en la doctrina de los organismos de competencia chilenos”, pp. 3 y ss. [en línea]. Disponible en: <[http://www.webmanager.cl/prontus\\_cea/cea\\_2001/site/asocfile/ASOCFILE120030327172641.pdf](http://www.webmanager.cl/prontus_cea/cea_2001/site/asocfile/ASOCFILE120030327172641.pdf)> [consulta: 20 octubre 2009], p. 3 (quien derechamente da un tratamiento equivalente a los segmentos monopólicos de los servicios de infraestructura con las facilidades esenciales o cuellos de botella). Viscusi *et. al.* definen monopolio natural entendiendo que “una industria es un monopolio natural si la producción de un bien o servicio determinado por una única firma minimiza los costos. El típico ejemplo es la producción de un único *commodity* donde los costos medios de largo plazo descienden para toda la producción.” VISCUSI, W. Kip, VERNON, J. y HARRINGTON Jr, J. *Economics of Regulation and Antitrust*. 3ª ed. Cambridge, Massachusetts y Londres, Inglaterra, The MIT Press, 2000, p. 337.

<sup>122</sup> LIPSKY Jr., y SIDAK, “Facilidades esenciales”, ob. cit., p. 130

<sup>123</sup> *Ibíd.* Por su parte, ROBINSON destaca que el conflicto ha sido generalmente ignorado por las Cortes y comentaristas por igual, pero sin embargo, una notable excepción es el juez Posner, quien agresivamente ha criticado la doctrina de las facilidades esenciales precisamente por ello. Mientras a regañadientes reconoce la aceptación de la doctrina, Posner argumenta por su fallecimiento sobre la base que un monopolio natural no debería ser obligado a compartir sus ganancias monopólicas (vía dar acceso a la facilidad) con sus competidores, pues el derecho de la libre competencia no está diseñado para regular monopolios naturales, materia que es de los reguladores (ROBINSON, “*On Refusing to Deal With Rivals*”, ob. cit., p. 30).

De este modo, los autores concluyen que el respaldo a la doctrina de las facilidades esenciales debe ir acompañado de la aceptación del concepto de la regulación judicial total de los monopolios naturales, y en tal medida los tribunales deben estar preparados para: i) ordenar que se provea el acceso a otros; ii) regular los precios, términos y condiciones de tal acceso; iii) ordenar la extensión requerida para hacer factible tal acceso; y, iv) ordenar que la facilidad -expandida para hacer factible el acceso- efectivamente se provea a aquellos que lo demanden.<sup>124</sup> Por lo mismo es que la pregunta económica acerca de si hace sentido y es factible forzar a compartir un activo, a lo que realmente se refiere “no es a la factibilidad de dar acceso más que la factibilidad de administrar los términos del acceso lo que debe ser considerado”.<sup>125 126</sup>

Lo anterior plantea una serie de asuntos altamente debatibles, los que van desde la aptitud de los tribunales antimonopolios para adoptar remedios de esas características, hasta problemas de índole constitucional. En efecto, una intervención de los tribunales como la descrita podría causar que litigios en sede de libre competencia sirvan para que los tribunales se conviertan en agencias reguladoras, ocupando en la especie un papel de legislador o de agencia reguladora que escapa a su competencia. Y también, el problema que significa permitir que los tribunales se atribuyan la potestad para

---

<sup>124</sup> LIPSKY Jr., y SIDAK, “Facilidades esenciales”, ob. cit., p. 150. Por ello afirman que “no hay *“almuerzo gratis” en la regulación de los monopolios naturales*”. En el mismo sentido, y considerando que los términos del intercambio no deben estar a la discreción de la firma dominante, BERGMAN señala que “No solo el pactar en sí mismo, sino también los términos de la contratación deben ser mandados bajo la doctrina de las facilidades esenciales. (...) “Desde un punto de vista económico, la doctrina de las facilidades esenciales es una forma indirecta de regulación de precio que, adicionalmente, probablemente tendrá efectos estructurales en un mercado relacionado.” BERGMAN, “The role of Essential Facilities Doctrine”, ob. cit., p. 6

<sup>125</sup> ROBINSON, “*On Refusing to Deal With Rivals*”, ob. cit., p. 36.

<sup>126</sup> Por lo anterior, algunos autores han sostenido que un problema de facilidades esenciales puede ser solucionado donde ya existe un organismo regulador que pueda llevar adelante la decisión del tribunal. Así por ejemplo, puede apreciarse en la aproximación de AREEDA, quien, apoyándose en *Otter Tail Power Co. v. United States*, señala que los “remedios pueden ser practicables... cuando... una agencia reguladora ya existe para controlar los términos del acuerdo”. AREEDA, “*Essential Facilities: An Epithet...*”, ob. cit., p. 853. Sin embargo, como correctamente precisa ROBINSON, la sugerencia de que las Cortes puedan libremente imponer acceso en casos donde existe un “soporte” regulatorio para hacer cumplir los términos del acuerdo es tan extraño como improcedente. Primero, porque no es competencia de los órganos reguladores prescribir y hacer cumplir los términos de una sentencia, ni es competencia de un tribunal antimonopolios dictarles órdenes. Ello simplemente lleva a externalizar los costos de sus decisiones. Y en segundo lugar, el mero hecho de poner a los reguladores a cargo no es siempre la mejor solución. ROBINSON, “*On Refusing to Deal With Rivals*”, ob. cit., p. 37.

adoptar decisiones que –dada la ausencia de límites definidos- pueden en definitiva afectar derechos constitucionalmente protegidos, principalmente mediante la ejecución de decisiones de naturaleza expropiatoria.<sup>127</sup>

Sirvan los párrafos anteriores para trazar los lineamientos generales del conflicto, del cual un análisis más profundo escapa a las posibilidades de este trabajo.

### **II.3.3. Existencia de una negativa injustificada del monopolista a proveer el acceso requerido.**

Los dos requisitos hasta ahora tratados para efectos de determinar la aplicabilidad de la doctrina de las facilidades esenciales hacen referencia a elementos fácticos o estructurales, cuyo objeto es determinar la existencia de una instalación o facilidad de carácter esencial. Sin embargo, el caso es que la sola posesión de una facilidad esencial no es en sí misma contraria a la libre competencia, al igual como el solo hecho de tener una posición dominante no significa por sí un ilícito anticompetitivo.

En efecto, para que se justifique la aplicación de la doctrina de las facilidades esenciales se requiere que concurra a su turno un elemento conductual y subjetivo indispensable: que exista un abuso de quien sea el titular de la instalación esencial que de lugar a un atentado contra la libre competencia.<sup>128</sup> Lo anterior, pues no puede haber

---

<sup>127</sup> En defensa del rol de la regulación judicial en esta materia, ROBINSON argumenta que: i) la doctrina de las facilidades esenciales es propiamente invocada para prevenir a un monopolista extender su poder de un mercado a otro mediante el impedir el acceso a un insumo que es necesario en un mercado secundario; y, ii) el compartir forzado debe ser el único vehículo para probar si un mercado realmente es de hecho un monopolio natural. En resumen, la necesidad de supervisión regulatoria es una preocupación común tanto del derecho de la libre competencia como de la regulación. En ambos casos los costos de tal supervisión pueden ser medidos contra cualquier beneficio que pueda haber del compartir forzado. (Ibíd., pp. 33-36).

Por su parte, sobre la naturaleza expropiatoria de la doctrina de las facilidades esenciales, BERGMAN señala lo siguiente: “Se ha argumentado que la doctrina de las facilidades esenciales constituye una infracción al derecho de propiedad, desde que puede ser usada para forzar a una firma dominante a permitir que sus competidores usen su facilidad en términos favorables. Aunque este argumento es correcto, de él no necesariamente se sigue que la doctrina deba ser abandonada, como algunas veces se infiere. En general, el derecho de la libre competencia es una infracción al derecho de propiedad, como también lo es muchas otras legislaciones.” BERGMAN, “The role of Essential Facilities Doctrine”, ob. cit., p.2.

<sup>128</sup> En ese sentido, VALDÉS señala: “Los presupuestos del abuso monopólico son: i) la existencia de una situación monopólica o posición dominante, que también hemos dominado monopolio estructural, según explicaremos; ii) el ejercicio efectivo de poder de mercado que se ostenta; esta consideración es

pena sin la concurrencia de culpa por parte del eventual infractor (*nulla poena sine culpa*, principio directamente aplicable por ser las sanciones impuestas en derecho de la libre competencia una manifestación del *ius puniendi* del Estado, donde la culpa es tanto la fuente como el límite de la responsabilidad).<sup>129</sup>

En ese sentido, no es cierto lo que dice HOVENKAMP en cuanto a que “la doctrina de las facilidades esenciales es única en cuanto a que lo que determina la responsabilidad es el status de monopolista (como dueño de la facilidad y como competidor en el mercado en que recae la facilidad) más que una conducta positiva”<sup>130</sup>. Si bien ilustra con astucia y claridad el hecho que la doctrina centra su aplicación sobre un elemento estructural, bajo ninguna circunstancia el solo elemento estructural puede determinar la imposición de responsabilidad. Para que ello ocurra, como se dijo, debe concurrir necesariamente la conducta culposa del demandado. En el caso de la doctrina de las facilidades esenciales, dicho elemento se manifiesta concretamente en la negativa injustificada o abusiva del titular de una facilidad considerada esencial a compartirla con sus rivales, con la consecuente eliminación de toda competencia efectiva en el mercado. Tal es, en

---

fundamental, puesto que se puede gozar de una situación monopólica y, por diversas circunstancias, no ejercitarse el respectivo poder de mercado. Incluso, podría acontecer que ese poder de mercado se hallase regulado, con lo cual no podría ejercitarse sino parcialmente; y iii) que exista abuso en ese ejercicio efectivo del poder de mercado que se ostenta. Tales presupuestos resultan deducidos de la letra b) del artículo 3º del Decreto Ley N° 211, que alude a la “explotación abusiva de una posición dominante”. VALDÉS, Domingo. “Abuso de posición dominante”. En: *Revista Anales Derecho UC*. Santiago, Chile, (2), agosto, 2007, p. 75.

<sup>129</sup> VALDÉS, *Libre Competencia y Monopolio*, ob. cit., p. 308. Valga señalar que en la tramitación de la Ley N° 20.361, por la que se modificó el Decreto Ley N° 211, se contempló sancionar todo acto que tuviera por objeto o efecto atentar contra la libre competencia, con prescindencia de la culpa. Sin embargo, dicha modificación finalmente no tuvo lugar.

Por su parte, en el caso europeo aplica la misma conclusión, pues el artículo 82 del Tratado de Roma no prohíbe la posición de dominio, sino sólo su explotación abusiva. Así fue fallado expresamente en sentencia del Tribunal de Justicia de fecha 9 de noviembre de 1983, caso 322/81, *Michelin con Comisión*, Rec. 3461, considerando 57. PELLISÉ, Jaime. *La explotación abusiva de una posición dominante (arts. 82 TCE y 6 LEDC)*. Madrid, Civitas, 2002, p. 139.

Finalmente, igual criterio aplica al derecho antimonopolios norteamericano, aún cuando no exista en su normativa un reconocimiento explícito al “abuso de posición dominante”. En efecto, en palabras de AREEDA, la doctrina de las facilidades esenciales debe requerir de una conducta –no sólo poder de mercado- necesaria para constituir monopolización bajo la Sección 2 de la Sherman Act. Y en tal sentido, agrega que en el derecho norteamericano la fórmula más recientemente usada por la Corte Suprema es la deliberada adquisición o mantención de poder monopólico (“*Willful acquire or maintain monopoly power*”). (AREEDA, “*Essential Facilities: An Epithet...*”, ob. cit., p. 845).

<sup>130</sup> HOVENKAMP, *et. al.*, “Unilateral Refusals to License in the U.S.”, ob. cit., p. 19.

definitiva, el tercer y último requisito necesario para que la doctrina de las facilidades esenciales reciba aplicación.

Tal como se indicara con anterioridad, un monopolista no se encuentra sujeto a un deber general de cooperar con sus rivales. Sin embargo, en ciertas circunstancias su negativa a pactar con ellos y proveerle el acceso a su insumo esencial puede ser lesiva de la libre competencia. Así las cosas, este tercer requisito tiene por objeto definir –una vez determinada la existencia de la facilidad esencial- cuándo la negativa del monopolista en tal sentido será considerada abusiva, al punto que habilite a los tribunales a forzarle a proveer acceso al mismo.<sup>131</sup>

Del requisito bajo análisis se desprende la necesaria concurrencia copulativa de los siguientes presupuestos: i) la existencia de un demandante que solicita acceso a una facilidad esencial; ii) la negativa del monopolista a proveer dicho acceso; y, iii) esa negativa debe ser injustificada. Para efectos de una mejor exposición, el primer requisito será el último en analizarse.

### **II.3.3.1. La negativa del monopolista.**

La existencia de una negativa a pactar sobre la facilidad esencial es precisamente aquello que da lugar a la aplicación de la doctrina.<sup>132</sup> Si no se niega el acceso solicitado desaparece el conflicto, haciendo de la doctrina un discurso jurídico puramente teórico.

---

<sup>131</sup> En relación con lo que se viene tratando, es ampliamente sostenido por los autores que la doctrina de las facilidades esenciales es un subconjunto de la más general doctrina de la “negativa de pactar”. Su razonamiento pertenece a una misma línea de casos, en la cual ambas parten, del principio que las firmas –incluso las firmas monopólicas- pueden elegir libremente con quien establecer relaciones comerciales, y en consecuencia, no tienen un deber general de pactar con sus competidores. La importancia de la distinción radica en que en el caso de la doctrina de las facilidades esenciales la negativa es efectuada por un monopolista que se niega a proveer de un insumo que es tan superior a cualquier otro que no habrá competencia efectiva en el mercado a menos que sus competidores puedan también tener acceso a dicho insumo. JORDE *et. al.*, *Antitrust...*, ob. cit., p. 36.

CASTALDO y NICITA destacan la más genérica distinción de Hovenkamp, según el cual las negativas generales de pactar se pueden clasificar bajo el derecho antimonopolios de los Estados Unidos en tres tipos: a) Negativa a proveer directamente a un competidor; b) negativa envolviendo una integración vertical, venta atada y precios abusivos; y, c) negativa envolviendo la denegación de acceso a una facilidad esencial. CASTALDO y NICITA, *Essential Facility Access in US and EU...*, ob. cit., p. 5.

<sup>132</sup> Según se analizó con anterioridad, dicho elemento fue expresamente recogido por separado en el test usado en el caso *MCI Communications Corp. v. AT&T Co.*.

Y si bien lo expuesto es a tal punto obvio que hace que “parezca trivial”<sup>133</sup> siquiera mencionarlo, lo cierto es que sí resulta necesario hacerlo, en orden a delimitar su aplicación y el sujeto respecto del cual se aplica. Ello, pues a veces puede no resultar claro qué constituye propiamente una negativa reprochable y susceptible de sanción, lo que aumenta la falta de certeza e imprevisibilidad de las decisiones, con el consecuente riesgo del incremento de “falsas convicciones” y “falsas absoluciones”.

Al efecto, la negativa del monopolista admite diversas clasificaciones, pudiendo distinguirse según la forma en que éstas se manifiesten (absoluta o en términos desventajosos), según quién la manifiesta (una firma individual o varias concertadas), el contexto en que se manifieste (primera negativa o interrupción de una relación comercial preexistente), según el tipo de facilidad sobre al que recae (negativa a compartir una facilidad tangible y una intangible) y según a quién se dirige (un cliente o un competidor).

#### **II.3.3.1.1. Negativa absoluta o manifestada en la imposición de términos irrazonablemente desventajosos.**

La negativa a suministrar una facilidad esencial puede ser ilícita no sólo si se manifiesta de manera absoluta, esto es, impidiendo todo acceso a la instalación. También puede serlo si lo hace negándose a establecer condiciones de acceso razonables para el competidor que busca acceso, o cometiendo otros abusos, aprovechándose de su privilegiada posición.<sup>134</sup>

La referida distinción plantea abiertamente el problema relativo a la competencia y capacidad de los tribunales para determinar cuáles términos económicos son

---

<sup>133</sup> ROBINSON, “*On Refusing to Deal With Rivals*”, ob. cit., p. 29

<sup>134</sup> Ello puede manifestarse mediante discriminaciones arbitrarias en la tarifa (la que incluso puede estar regulada) como en otras consideraciones distintas del precio. En ese sentido, se ha dicho que los monopolios verticalmente integrados a segmentos no regulados pueden tener incentivos para dar mala calidad de servicio a sus competidores, incurriéndose a su respecto en discriminaciones arbitrarias no tarifarias o “sabotaje”, y otros abusos de diversa especie. Véase SERRA, Pablo. “Las facilidades esenciales en la doctrina de los organismos de competencia chilenos”, op. cit., pp. 3 y ss.

razonables y cuáles no. De ese modo, resulta evidente que los términos en que se provea el acceso no son algo accesorio, sino que “van al corazón del deber en sí”.<sup>135</sup>

Así por ejemplo, en el criticado caso *Aspen Skiing Company v. Aspen Highlands Skiing Corporation*, al demandante nunca se le negó el acceso solicitado, sino simplemente ocurrió que éste no estaba dispuesto a aceptar los términos propuestos por el demandado. La decisión de la Corte Suprema en ese caso fue ampliamente cuestionada, precisamente porque no consideró la razonabilidad de los términos propuestos por aquél.<sup>136</sup>

#### **II.3.3.1.2. Negativa unilateral o concertada.**

El titular de la facilidad que manifiesta la negativa a compartirla puede ser tanto una firma individual como un conjunto concertado de ellas.

Dos comentarios cabe hacer respecto al papel que tal distinción puede jugar en la aplicación de la doctrina de las facilidades esenciales. En primer lugar, se debe consignar se ha sostenido que una negativa emanada de dos o más firmas debe satisfacer estándares más exigentes de justificación<sup>137</sup>, a la vez que podría ser objeto de mayor sanción que el de una firma individual. Y en segundo lugar, valga destacar que en el caso que la facilidad esencial esté controlada por una pluralidad de firmas el problema de la aplicación práctica de la doctrina debería presentar menores

---

<sup>135</sup> ROBINSON, “*On Refusing to Deal With Rivals*”, ob. cit., p. 30.

<sup>136</sup> Véase MEESE, “Property, Aspen, and Refusals to Deal”, ob. cit.

<sup>137</sup> En este sentido, en el derecho norteamericano se sostiene que –a partir del caso *Northwest Wholesale Stationer, Inc. v. Pacific Stationery & Printing Co.*, 472 U.S. 284 (1985), el cual estableció que la colusión ya no debía recibir un tratamiento de ilicitud *per se*– una negativa concertada a proporcionar acceso a una facilidad esencial para la existencia de competencia efectiva debería ser analizada bajo una regla *per se* y no bajo la regla de la razón (así, SHENEFIELD, John H. y STELZER, Irwin M. *The antitrust laws: a primer*. 3ª ed. Washington, D.C., The AEI Press, 1998, pp. 50-52). ROBINSON discute esta afirmación, primero, porque no habría razón para distinguir entre un grupo ejerciendo poder monopólico del mismo ejercicio hecho por una única firma, el elemento de la conducta es el mismo en ambos casos; y segundo, el marco de la doctrina de las facilidades esenciales envuelve la pregunta acerca de la esencialidad y factibilidad de compartir que es la misma pregunta que rutinariamente resuelve la regla de la razón. Si bien se argumenta que la actividad colectiva requiere de mayor escrutinio que la actividad de las firmas individuales porque tienen daño potencialmente mayor, ello como proposición general es dudoso. Poder es poder, ya sea que se ejerza por una firma o por tres coludidas. (ROBINSON, “*On Refusing to Deal With Rivals*”, ob. cit., pp. 7-10).

inconvenientes. Ello, pues al ser ésta actualmente compartida facilita la ulterior definición de los términos de acceso, los que deben aplicarse de manera no arbitrariamente discriminatoria en relación a sus usuarios presentes.<sup>138</sup>

### **II.3.3.1.3. Primera negativa o interrupción de una relación comercial preexistente.**

Es objeto de amplia discusión la doctrina de las facilidades esenciales debe ser aplicada únicamente en casos donde la negativa a conceder acceso se manifiesta respecto de una instalación a la que nunca se ha conferido tal, o puede también aplicarse en casos de interrupción de una relación comercial preexistente (o al menos, en que se niega el acceso que sí se confiere a otros rivales).

Al respecto, se ha argumentado que se trataría a dos categorías diferentes. Esto es porque: a) los elementos de la ofensa son distintos en ambos casos; y, b) el abuso en casos de una abrupta terminación del suministro debería ser visto como una ilícita extensión del poder de un mercado a otro, mientras que la doctrina de las facilidades esenciales no se enfoca en un elemento conductual, sino estructural.<sup>139</sup> Luego, sólo donde no se ha concedido acceso a una firma rival correspondería a casos propios de la doctrina de las facilidades esenciales.<sup>140</sup>

CASTALDO y NICITA defienden férreamente la anterior conclusión. Sostienen que los casos donde la negativa de pactar identifica un repentino cambio en el comportamiento de la firma dominante que solía proveer a sus competidores pueden ser detectados y sancionados con independencia a la doctrina de las facilidades esenciales (citando como ejemplo a los casos *Otter Tail Power Co. v. United States* y *Aspen Skiing Company v. Aspen Highlands Skiing Corporation*). Afirman que “una repentina

---

<sup>138</sup> SULLIVAN y GRIMES, *The Law of Antitrust...*, ob. cit., p. 111 y p. 248.

<sup>139</sup> HUMPE y RITTER, *Refusal to Deal*. ob. cit., p. 8.

<sup>140</sup> En esa línea, BERGMAN señala que es posible interpretar la doctrina de las facilidades esenciales relacionada sólo con situaciones donde no ha existido relación comercial previa, mientras la negativa a continuar una relación comercial sería vista como un abuso de posición dominante “estándar”. (BERGMAN, “The role of Essential Facilities Doctrine”, ob. cit., pp. 5-6).

interrupción del suministro a competidores debe ser interpretado como un cambio inesperado en la práctica comercial usual seguida por la firma dominante, y la mera modificación del estándar comercial previo puede representar una importante indicación de una posible estrategia abusiva llevada a cabo por la firma dominante. Un argumento similar puede aplicarse en la negativa discriminatoria. En estos casos, será test suficiente revisar si la interrupción del suministro descansa en una objetiva justificación económica<sup>141</sup>. Luego, una negativa repentina e injustificada a pactar puede ser suficiente para detectar un abuso con independencia de cualquier consideración relativa a la existencia de una facilidad esencial. Entonces, la imposición de un remedio de continuar suministrando a competidores como en el pasado, o sin discriminar arbitrariamente entre sus clientes, puede no forzar ningún cambio estructural en el mercado, y debe durar mientras el dominio persista.<sup>142</sup>

Por lo expuesto, concluyen que el test para detectar la existencia de una facilidad esencial debe ser residual respecto de los casos anteriores. En particular, sólo en presencia de una negativa a pactar relativa a un activo que nunca ha sido suministrado a un competidor sería aplicable el test propio de una facilidad esencial.<sup>143</sup>

Sin embargo, la mayoría de la doctrina aboga por el rechazo de dicha categorización, tanto por consideraciones conceptuales como por las consecuencias prácticas de la misma.

---

<sup>141</sup> CASTALDO y NICITA, *Essential Facility Access in US and EU...*, ob. cit., p. 11

<sup>142</sup> *Ibíd.*

<sup>143</sup> *Ibíd.*, pp. 11 y 12. Luego proponen, respecto de estas facilidades sobre las que no ha existido relación comercial previa, la aplicación del siguiente test:

1. Posición dominante del dueño de la facilidad;
2. Factibilidad del acceso compartido;
3. Esencialidad de la facilidad; y,
4. No duplicabilidad de la facilidad.

Si se cumplen esos cuatro pasos, entonces el activo es esencial y negar el acceso constituye una infracción al art. 82 (y Sección 2 de la Sherman Act) desde que reduce la competencia en mercados relacionados, dañando el bienestar de los consumidores. (*Ibíd.*, pp. 12-14)

En primer lugar, un análisis conceptual de ambas situaciones permite concluir que las diferencias no debieran ser decisivas. En efecto, a) en ambos se requiere que la negativa a pactar implique el riesgo de eliminar toda la competencia en la parte que requiere el suministro; b) en ambos casos se analiza si existe otra alternativa para obtener suministro del insumo; y, c) en ambos casos se analiza la existencia de una justificación económica que permita eximir de responsabilidad al titular de la facilidad. Luego, tanto frente a una primera negativa como ante la interrupción –o discriminación arbitraria- en el suministro debe aplicarse el mismo test.

Y en segundo lugar, las consecuencias prácticas de dicha distinción son ampliamente rechazadas. Ello, pues podría interpretarse que, una vez que una firma ha comenzado una relación comercial con un tercero, se podría invocar dicha doctrina a fin de impedirle que descontinúe el suministro incluso en casos donde ni siquiera existía un deber de pactar en un primer momento. En otras palabras, se estaría sugiriendo una recomendación como la siguiente: “*no asistas a tus competidores, porque una vez que lo hagas no podrás dejar de hacerlo*” (lo que Areeda denomina un “*antidivorce statute*”<sup>144</sup>). Si bien una abrupta terminación de una relación comercial entre competidores puede ser sospechosa, la naturaleza cambiante de los mercados siempre dará lugar a que existan muchas razones para terminar una relación comercial. Y ello no justifica que se hagan menores exigencias al demandante para acreditar la ilicitud demandada, ni para alegar presunciones no establecidas en la ley. Por lo demás, una terminación abrupta puede corresponder a competencia desleal o un incumplimiento contractual, pero no a casos de libre competencia.<sup>145</sup>

Donde sí se admite que la distinción analizada puede prestar utilidad es para efectos de la determinación judicial de los remedios que correspondan aplicar en virtud de la

---

<sup>144</sup> AREEDA, “*Essential Facilities: An Epithet...*”, ob. cit., p. 850.

<sup>145</sup> HUMPE y RITTER, *Refusal to Deal*. ob. cit., pp. 8-9. En el mismo sentido, AREEDA, “*Essential Facilities: An Epithet...*”, ob. cit., p. 850; HOVENKAMP, *et. al.*, “Unilateral Refusals to License in the U.S.”, ob. cit., p. 34 y ss.; MEESE, “Property, Aspen, and Refusals to Deal”, ob. cit., pp. 83 y ss. (critica que la negativa de pactar se le considere sospechosa o un presunción de ilicitud cuando: i) existe un acuerdo anterior; o, ii) se efectúa un trato arbitrariamente discriminatorio entre rivales); RITTER, “*Refusal to Deal and Essential Facilities: Does Intellectual Property...*”, p.5 (agrega que en los casos de clientes existentes, sería más difícil para el demandado argumentar que tiene una válida razón de negocios para cesar el suministro demandado, a menos que el demandado demuestre que las circunstancias han cambiado).

doctrina de las facilidades esenciales. Mientras en los casos de nuevos clientes –en principio- será más difícil resolver adecuadamente la determinación del precio y demás términos y condiciones de acceso, en el caso de los clientes existentes (o donde ya se ha dado acceso a otros clientes no arbitrariamente discriminados) existiría una relación comercial indicativa de qué términos pueden considerarse razonables y no arbitrariamente discriminatorios.

#### **II.3.3.1.4. Negativa a conceder acceso a una facilidad tangible o a una facilidad intangible.**

La negativa a asistir a un rival puede recaer tanto sobre facilidades de carácter tangible (como puertos, terminales ferroviarios o redes de transmisión eléctrica) como facilidades intangibles (tales como servicios o derechos de propiedad intelectual). Esta distinción, según se analizó en el punto II.3.1.2 precedente, es de gran relevancia y ha sido vivamente discutida, particularmente en lo que se refiere a los derechos de propiedad intelectual. Considérese lo señalado en ese punto.

#### **II.3.3.1.5. Negativa dirigida a un competidor o a un cliente.**

La negativa de proporcionar acceso al insumo puede estar dirigida a un competidor (actual o potencial) del monopolista titular del insumo, impidiendo que exista competencia en el mercado, o a un cliente. La clasificación y su importancia será analizada al tratar quién puede demandar la aplicación de la doctrina de las facilidades esenciales en el punto II.3.3.3 siguiente.

#### **II.3.3.2. Ausencia de una causal de justificación.**

Considerando que la regla general es la libertad de contratación, la doctrina de las facilidades esenciales sólo puede ser aplicada allí donde la negativa del demandado sea injustificada, y por tanto reprochable, desde el punto de vista del derecho de la libre competencia. En otras palabras, no surge responsabilidad donde el monopolista demandado tiene una legítima justificación de negocios para negar a su competidor el

acceso al activo en cuestión. En este punto radica tanto la fuente como el límite de la aplicabilidad de la doctrina de las facilidades esenciales.

Siguiendo a AREEDA, las “legítimas razones de negocios” que justifican la negativa a compartir una facilidad pueden clasificarse en un nivel micro y macro. Mientras las primeras se enfocan en las circunstancias particulares de cada caso, las segundas atienden a proposiciones de política de libre competencia en general.<sup>146</sup>

Las justificaciones a nivel micro hacen referencia principalmente a la factibilidad de proporcionar acceso a la facilidad. Y ello resulta un límite natural, pues el derecho de la libre competencia no exige que una facilidad esencial sea compartida cuando es impracticable o si con ello puede socavarse el propio negocio<sup>147</sup> (por ejemplo, inhibiendo la capacidad del demandado de servir a sus clientes adecuadamente). Así por ejemplo, si en el caso *MCI Communications Corp. v. AT&T Co.* el demandado hubiese acreditado que dar acceso al demandante resultaría en un peligroso aumento de la electricidad, a tal punto que el consumidor al contestar el teléfono se hubiese electrocutado, claramente el acceso no es factible y por tanto no habría existido condena. Por su parte, en el caso *Aspen Skiing Company v. Aspen Highlands Skiing Corporation*, si el demandante hubiese exigido un 50% de los ingresos del multi-ticket aunque sólo atrajera al 25% de los esquiadores, hubiese resultado incuestionablemente razonable la negativa del demandado a semejante oferta.<sup>148</sup>

Al respecto, considérese la siguiente enumeración –no taxativa- de las que pueden ser estimadas como legítimas razones de negocios que habilitan al titular de una facilidad esencial a negar el acceso a terceros:

---

<sup>146</sup> AREEDA, “*Essential Facilities: An Epithet...*”, ob. cit., p. 850

<sup>147</sup> HOVENKAMP, *Antitrust*, ob. cit., p. 115. El tema de la practicabilidad de la obligación a compartir es expresamente recogido en el test propuesto en el caso *MCI Communications Corp. v. AT&T Co.*

<sup>148</sup> AREEDA, “*Essential Facilities: An Epithet...*”, ob. cit., p. 850

1. El acceso no es técnicamente factible;<sup>149</sup>
2. La facilidad esencial carece de capacidad disponible, ociosa o inventarios vendibles;<sup>150</sup>
3. El acceso le impide a su dueño cumplir con obligaciones legales o contractuales previamente pactadas;
4. El acceso se encuentra actualmente regulado por la constitución o las leyes;<sup>151</sup>
5. La dudosa solvencia de la parte demandante;<sup>152</sup>
6. El demandante no está dispuesto a pagar un precio razonable;
7. El demandante no está dispuesto a cumplir con las exigencias técnicas, de infraestructura o de seguridad que razonablemente le sean exigidas por el demandado;<sup>153</sup>
8. El demandante puede incurrir en conductas que produzcan que el dueño de la facilidad no pueda asegurar el equilibrio financiero;

---

<sup>149</sup> La falta de capacidad disponible es particularmente discutible en el caso de los derechos de propiedad intelectual, que por naturaleza no deberían “agotarse”. Véase HUMPE y RITTER, *Refusal to Deal*. ob. cit., p. 28.

<sup>150</sup> A modo meramente ejemplar, se puede citar el juicio “*Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica y demanda de Compañía Minera Cordillera S.A. contra Sociedad Sal Punta Lobos S.A.*”, Rol N° C 13-2004, seguido ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. donde el demandado dedicó grandes esfuerzos a fin de acreditar que el puerto de que era titular carecía de capacidad ociosa, y que por tanto el acceso solicitado por el demandante no era practicable. Al efecto, a fin de acreditar lo anterior acompañó los siguientes informes económicos: i) BRAVO, José. *Examen multidisciplinario de la teoría de las instalaciones portuarias esenciales frente a la teoría económica y la teoría de la prueba en el proceso por infracciones a la libre competencia: el caso de la comercialización de de la sal del Salar Grande de Tarapacá de la I región de Chile*. Santiago, 2005; ii) GALETOVIC, Alexander. Un análisis económico de las consecuencias competitivas de la compra de Puerto Patache por Sal Lobos. Santiago, 2005; y, iii) MORANDÉ, Felipe. “*Sal y puertos en el norte: ¿se aplica la doctrina de facilidad esencial?*”. Santiago, 2005.

<sup>151</sup> Esta fue una de las justificaciones entregadas en el caso *Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP* para rechazar la demanda, pues el deber de proporcionar acceso ya estaba contenido en la *Telecommunications Act* de 1996.

<sup>152</sup> En ese sentido, SHENEFIELD y STELZER, *The antitrust laws: a primer*, ob. cit., p. 80.

<sup>153</sup> En ese sentido, conociendo un caso sobre negativa a pactar, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia señaló lo siguiente: “*Que en relación a las exigencias técnicas y de infraestructura hechas por ENAP para aceptar a MICOM como cliente, no existen antecedentes en el proceso que sean aptos para establecer que las mismas sean arbitrarias o discriminatorias, sino que, por el contrario, parecen justificarse en la necesidad de realizar la distribución de combustibles líquidos de manera segura;*” (considerando 20°, Sentencia N° 64/2008, pronunciada con fecha 18 de abril de 2008 en los autos caratulados “*Demanda de Micom S.A. contra Enap*”, Rol N° C 96-2006). Si bien no se trata propiamente un caso relativo a la doctrina de las facilidades esenciales, lo anterior sería igualmente aplicable en una situación en que el demandante de una facilidad esencial no está dispuesto a cumplir con exigencias de idéntica naturaleza que le haga el titular de la facilidad.

9. El demandante puede incurrir en conductas que ponen en peligro la integridad de la facilidad, o es incapaz de cumplir con los estándares de calidad exigidos.<sup>154</sup>

Por su parte, las justificaciones a nivel macro analizan la razonabilidad de negarse a compartir un activo esencial no ya desde el punto de vista de la viabilidad práctica de dejar que otro lo use, sino desde la preocupación general de que, por ejemplo, el demandado en primer lugar nunca hubiese construido dicho activo (o con las características que lo hacen esencial) de haber sabido que se le iba a requerir compartirlo. Y ello aplica no sólo respecto de su titular, sino que el mismo efecto desalentador de la inversión e innovación se puede producir respecto de quien solicita el acceso y de terceros participantes en la misma u otras industrias.<sup>155</sup> Como puede apreciarse, este tipo de justificaciones dan lugar a mayor discusión, pues guardan relación directa con la misma existencia de la doctrina de las facilidades esenciales, cuestión que será analizada más adelante.

### **II.3.3.3. Demanda de acceso a una facilidad esencial.**

Finalmente, toca determinar quién es aquel que puede solicitar la aplicación de la doctrina en comento, esto es, quién se encuentra habilitado para exigir el acceso forzado a una facilidad declarada esencial que le es negada por el monopolista que la controla. Y en ese sentido, el principal aspecto a definir es si dicho demandante debe ser únicamente un competidor (actual o potencial) del monopolista, o si puede también tratarse de clientes del mismo.

Pues bien, sobre este punto existe cierto consenso –como en pocos aspectos de la doctrina de las facilidades esenciales- en que el demandante debe necesariamente ser

---

<sup>154</sup> SHENEFIELD y STELZER, *The antitrust laws: a primer*, ob. cit., p. 80.

<sup>155</sup> AREEDA, "*Essential Facilities: An Epithet...*", ob. cit., p. 851. En ese sentido, KORAH reflexiona lo siguiente: "Me gustaría que los tribunales aceptaran que una negativa a pactar puede justificarse sobre la base que una obligación a proveer podría reducir el incentivo a hacer la inversión original, incluso si en un mercado más competitivo el acceso habría estado disponible". KORAH, "Access to Essential Facilities under...", ob. cit., p. 5.

un competidor, al menos potencial, del propietario de la facilidad esencial, no siendo aplicable la doctrina a los clientes.<sup>156</sup> En ese sentido, PITOFKY señala –reforzando su afirmación de que no se requiere distinguir dos mercados verticalmente integrados– que “numerosas Cortes han enfatizado que es el estatus del demandante de competidor del monopolista –no ser su cliente– lo que permite a la firma buscar alivio bajo la doctrina de las facilidades esenciales”<sup>157</sup>. Lo importante es la relación competitiva entre demandante y demandado en el mercado relevante del producto, no en la facilidad en sí misma, y sólo dicha relación puede dar lugar a responsabilidad monopólica bajo la doctrina de las facilidades esenciales.<sup>158</sup>

---

<sup>156</sup> En el mismo sentido, AREEDA, “*Essential Facilities: An Epithet...*”, ob. cit., p. 852 (en uno de los principios limitadores de la aplicación de la doctrina de las facilidades esenciales, señala “3. Nadie debe ser obligado a pactar a menos que haciéndolo es probable que se mejore sustancialmente la competencia del mercado, ya sea reduciendo los precios o aumentando la producción o innovación. Tal mejora es improbable ... b) si el demandante no es un competidor actual ni potencial”); BERGMAN, “The role of Essential Facilities Doctrine”, ob. cit., pp. 4-5 (en su lista de requisitos para determinar si una facilidad es esencial, señala: “3.La firma o firmas controladoras de la facilidad compiten, en un mercado relacionado, en la misma etapa de producción con la o las potenciales firmas actuales o potenciales que carecen de acceso a la facilidad.”); FRISCHMANN y WALLER, “Revitalizing Essential Facilities”, ob. cit., p. 22 (“Si la firma que controla la infraestructura esencial no es un competidor de aquellos que buscan acceso, ciertos deberes de pactar han sido impuesto desde los tiempos del *common law* (bajo la *common carrier doctrine*) pero el derecho antimonopolios no está en discusión. En estas circunstancias, ninguna responsabilidad ha sido impuesta por la negativa de acceso, sin consideración a si la facilidad es esencial. Si la firma que controla la infraestructura esencial es un competidor de aquellos que buscan acceso y usa ese control para mantener su dominio, entonces, y sólo entonces, la doctrina de las facilidades esenciales tiene que entrar a jugar un rol como un concepto de libre competencia.”); ROBINSON, “*On Refusing to Deal With Rivals*”, ob. cit., p. 29 (“...la doctrina de las facilidades esenciales es sobre negativas a pactar con *clientes* – en otras palabras una relación horizontal y no una relación vertical entre el dueño del activo y la firma que busca acceso a él”). En el sentido contrario, COTTER, *The Essential Facilities Doctrine*, ob. cit., pp. 10 y ss., cita el caso *Attherace*.

<sup>157</sup> PITOFKY, “*The Essential Facilities Doctrine under United States Antitrust Law*”, ob. cit., p. 23.

<sup>158</sup> HUMPE y RITTER desarrollan esta afirmación, agregando que si bien tanto la negativa a proveer a competidores como la negativa a proveer a clientes pueden tener efectos anticompetitivos, son situaciones distintas y no deben ser tratadas bajo las mismas reglas y principios. Al efecto, indican dos razones.

En primer lugar, una firma dominante no tiene un deber general de asistir a sus competidores. Luego, negarse a proveer a un competidor debe resultar ilegal sólo bajo ciertas limitadas y estrechamente definidas circunstancias. Sin embargo, el hecho que no exista un deber de asistir a competidores no es de gran relevancia al análisis de las negativas de proveer a clientes, que por definición no compiten (actual o potencialmente) con proveedor dominante.

Y segundo, los mecanismos para infligir daño anticompetitivo son diferentes, según se indica: i) negarse a proveer a un competidor puede tener efectos anticompetitivos donde la firma dominante controla y saca provecho de un insumo o instalación “cuello de botella” que no puede ser replicada, reservando para sí su acceso y eliminando la competencia de un mercado relacionado mediante la exclusión de sus rivales; y, ii) por contraste, una negativa de pactar con clientes que no son competidores puede producir efectos donde la negativa es en realidad una amenaza o castigo, o una inducción diseñada para hacer al cliente adoptar un determinado curso de acción. Aquí, la teoría es que la firma dominante usará su posición dominante como una herramienta para inducir a sus clientes a adoptar ciertas condiciones comerciales que en la práctica tienen el efecto actual o potencial de excluir a sus rivales del mercado (por ejemplo, una marca que exige exclusividad a un supermercado). El daño anticompetitivo aparece porque la firma tiene

#### II.4. La carga de la prueba.

Conforme lo que se viene tratando, para que tenga lugar la aplicación de la doctrina de las facilidades esenciales se requiere acreditar la existencia de los presupuestos que la justifican, a saber, i) la existencia de un activo controlado por un monopolista al que se requiere acceder; ii) dicho activo debe ser indispensable para competir; y, iii) el monopolista se niega injustificadamente a proveer el acceso requerido.

Pues bien, en términos procesales, lo anterior significa que en un juicio ventilado en sede de libre competencia, por el que cual un competidor excluido demanda el acceso a una instalación esencial, las partes del mismo deberán –en procesos regidos por el principio de aportación de parte- desplegar la actividad probatoria necesaria para demostrar las afirmaciones fácticas sustanciales, pertinentes y controvertidas (o aquellas que, sin ser controvertidas, deben ser acreditadas por referirse a materias de orden público) sostenidas durante el periodo de discusión. Y el caso es que ello acarrea necesariamente el problema de determinar quién tendrá la carga de acreditar los hechos afirmados por cuyo mérito se reclama un derecho específico. En la especie, se deberá definir quien debe probar la concurrencia de los presupuestos que justifican la aplicación de la doctrina de las facilidades esenciales.

En efecto, los litigantes tienen el deber de aportar al proceso los medios de prueba necesarios para acreditar los hechos que sirven de presupuesto a sus pretensiones, donde la prueba cumple la finalidad de obtener la formación del convencimiento o la certeza subjetiva del juez acerca de los hechos en el proceso<sup>159</sup>. Y en ese entendido, la

---

suficiente potencial anticompetitivo para intimidar o tiranizar a sus clientes, no porque esté en control de una facilidad esencial. HUMPE y RITTER, *Refusal to Deal*. ob. cit., pp. 18-19.

<sup>159</sup> Tal es la definición de la finalidad de la prueba a la que adhieren la mayoría de los autores, como Chioyenda, Florian, Micheli, Rocco, Mittermaier, Rosenberg, Guasp, Prieto Castro y Couture, los cuales parten de la base de que la verdad es una noción ontológica, objetiva, que corresponde al ser mismo de la cosa o hecho, y que, por lo tanto, exige la identidad de éste con la idea o conocimiento que de él se tiene, lo cual puede ocurrir algunas veces, pero no siempre, a pesar de que el juez considere que existe prueba suficiente. De esto deducen que el fin de la prueba es producir en el juez la certeza o el convencimiento sobre los hechos a que ella se refiere, certeza que bien puede no corresponder a la realidad, es decir, que equivale a la creencia subjetiva de que existen o no existen. Hernando Devis Echandía. *Teoría General de la Prueba*, t. I. p. 242, 1988, Zavalia Editor, citado por MATORANA, Carlos Cristián. “Aspectos Generales de

pregunta es a quién corresponde la carga de aportar los medios necesarios para formar ese convencimiento. Es lo que el derecho procesal conceptualiza como la carga de la prueba.<sup>160</sup>

Respondiendo dicha pregunta en lo que toca a la materia estudiada, resulta evidente que es el demandante quien lleva consigo prácticamente todo el peso de la carga probatoria. En primer lugar, será él quien deberá acreditar el carácter esencial de la instalación cuyo acceso demanda. Y las consecuencias de ello no son menores, pues importa demostrar la definición del mercado relevante que se sostiene, la ausencia de sustitutos de la instalación, y que su replicación sea impracticable, en términos tales que la negativa del demandado acarrea consigo la eliminación de toda competencia efectiva.<sup>161</sup> Por su parte, al demandado corresponderá acreditar los hechos que configuran la legítima razón de negocios que invoca para fundar su negativa (por ejemplo, que la instalación carezca de capacidad ociosa o que se ofreció proveer el acceso en términos razonables). Y ello, eventualmente, puede agregar otra carga al demandado, cual es, demostrar el carácter injustificado de la misma<sup>162</sup> (por ejemplo, que los términos ofrecidos son irrazonables o arbitrariamente discriminatorios).

## II.5. El resultado perseguido por la doctrina de las facilidades esenciales.

Según se analizara, el postulado fundamental de la doctrina de las facilidades esenciales es que bajo ciertas excepcionales circunstancias resulta justificable hacer

---

la Prueba”, apuntes de clase del curso de Derecho Procesal, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, septiembre, 2006, p. 36.

<sup>160</sup> La carga de la prueba ha sido definida de la siguiente manera: “Dícese de aquella cuyo reconocimiento consiste en poner a cargo de un litigante la demostración de verdad de sus proposiciones de hecho; cuya facultad consiste en la posibilidad de no hacerlo, sin que de ello se derive responsabilidad ni se incurra en sanción; y cuyo gravamen consiste en que, no habiéndose producido la prueba respectiva, las proposiciones de hecho no serán admitidas como exactas”. COUTURE, Eduardo. *Vocabulario Jurídico*. Buenos Aires, Ediciones Desalma, 1976, p. 133, citado por MATURANA, “Aspectos Generales de la Prueba”, ob. cit., p. 166.

<sup>161</sup> En esa línea, el TDLC ha señalado lo siguiente: “**Sexagésimo octavo:** Que en virtud de lo dispuesto en el artículo 1698 del Código Civil, en relación con lo preceptuado en el artículo 3° del Decreto Ley N° 211, correspondía a la FNE y a Canadá Chemicals acreditar las supuestas presiones y amenazas que habría proferido CCF a la empresa *Solo Sirkárna a.s.*, y que las mismas hubiesen tenido por objeto o efecto que dicha empresa pusiera término a la relación comercial que mantenía con Canadá Chemicals;” (Sentencia N° 90/2009, pronunciada con fecha 14 de diciembre de 2009).

<sup>162</sup> En ese sentido, AREEDA, “*Essential Facilities: An Epithet...*”, ob. cit., p. 852, en su cuarto principio.

una excepción al venerable principio de la libertad de pactar. Y en esa medida, propone específicamente que en determinadas circunstancias se podrá obligar al titular de una facilidad esencial proporcionar acceso a ésta a un competidor que lo solicita, en términos razonables y no arbitrariamente discriminatorios. Tal es la consecuencia directa y esencial que deriva de la aplicación de la doctrina en caso de concurrir los presupuestos que se han tratado precedentemente, sin perjuicio de las demás sanciones que en derecho correspondan (como multas o la imposición de otras condiciones).

De lo anterior se deriva una serie de consecuencias adicionales sumamente relevante, tales como la definición del precio razonable y no arbitrariamente discriminatorio bajo el que se concederá el acceso, y las demás condiciones y términos del mismo (al respecto, ver lo expuesto al tratar la correlación entre las facilidades esenciales y los monopolios naturales). A su turno, los tribunales deberán tener especial cuidado en no afectar con su decisión el núcleo de derechos constitucionalmente protegidos, como la propiedad y el libre ejercicio de la actividad económica por parte del monopolista, y de no enviar al mercado señales que deriven en desincentivar la inversión, la innovación, y, en definitiva, la libre competencia.

## **II.6. ¿Se justifica la existencia de la doctrina de las facilidades esenciales?**

Como puede apreciarse, las relevantes consecuencias de la aplicación de la doctrina de las facilidades esenciales hacen que ésta no pueda resultar indiferente. Sus diversas implicancias jurídicas y económicas han hecho que ésta sea objeto intenso escrutinio por parte de los autores y de la jurisprudencia, generando su existencia una acalorada discusión. En efecto, la poca claridad (o mejor dicho, la falta de consenso) en torno a su lineamiento teórico, y la ingente intromisión que representa en la autonomía de las firmas, ha hecho que no pocos autores propongan (con particular empeño) el abandono y desaparición de la doctrina en comento, o al menos, que ésta sea urgentemente limitada. Sin embargo, los argumentos proporcionados al efecto encuentran respuesta en los defensores de la misma.

### II.6.1. Argumentos por su desaparición.

La doctrina de las facilidades esenciales ha sido objeto de gran crítica y rechazo, postura que encuentra inspiración principalmente sobre el trabajo del fallecido profesor Phillip AREEDA<sup>163</sup>.

En efecto, parte importante de la doctrina aboga por la desaparición de la doctrina, teniendo en consideración fundamentalmente que: i) carece de criterios definidos; ii) genera nocivos incentivos tanto para el titular de la facilidad, como para los nuevos entrantes y los mercados en general; iii) no mejoraría realmente la posición del consumidor final; y, iv) su aplicación es particularmente compleja, casi impracticable. Lo anterior, al punto que se ha afirmado que se trata de “una de las más problemáticas, incoherentes e inmanejables de las fuentes de responsabilidad de la Sección 2 de la Sherman Act. El mundo del derecho de la libre competencia sería casi con certeza un lugar mejor si ella fuera eliminada”<sup>164</sup>.

A continuación desarrollaremos los principales argumentos que dan lugar a esta posición.

---

<sup>163</sup> AREEDA ha sido el principal inspirador de las críticas dirigidas contra la doctrina. Así lo destaca Waller, quien señala: “El artículo del difunto Phillip Areeda, *Essential Facilities: An Epithet in Need of Limiting Principles*, de 1990, ha tenido un profundo impacto en el desarrollo de la doctrina de las facilidades esenciales en el derecho antimonopolios. Se ha convertido en la base intelectual para la crítica y retroceso de una doctrina que ha existido desde aproximadamente el mismo tiempo que la regla de la razón... el artículo era una pequeña pieza de un seminario basado en un panel de discusión sostenido en el programa de la sección antimonopolios de la ABA, en el otoño de 1989. Más aún, los comentarios del profesor Areeda de alguna manera guiaron el curso de la jurisprudencia contemporánea y los comentarios de otros panelistas. Aunque el profesor Areeda no estaba del todo en contra de la doctrina de las facilidades esenciales, su artículo ha probado ser una de las piezas más influyentes en los cánones de la literatura antimonopolios y representan el comienzo de una contra-revolución en el derecho de libre competencia que dejado a la doctrina de las facilidades esenciales, caritativamente hablando, colgando de un hilo. El artículo de Areeda ha sido citado en numerosas decisiones de Cortes inferiores, en la mayoría de los comentarios y criticismo académico contra la doctrina de las facilidades esenciales, y aparece prominentemente en la sentencia *Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP* de la Corte Suprema, de 2004, que severamente critica la doctrina en comento.” (WALLER, *Areeda, Epithets, and Essential Facilities*, ob. cit., pp. 1-2).

<sup>164</sup> HOVENKAMP H., (1994). *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and its Practice*. St. Paul, MN: West Publishing Co., p. 305, citado por ROBINSON, “*On Refusing to Deal With Rivals*”, ob. cit., p. 22. HOVENKAMP propone que sea sustituida por un poco de “sintonía fina” con la doctrina general de la negativa de pactar.

**a) Ausencia de criterios definidos.**

La primera fuente de críticas de la doctrina de las facilidades esenciales consiste en que ésta carecería de criterios definidos para su aplicación. En ese orden de ideas, AREEDA señala que no es posible encontrar un solo caso en la jurisprudencia de la Corte Suprema que provea un análisis racional de la doctrina o que explore los costos sociales y beneficios o los costos administrativos de requerir al creador de un activo compartirlo con un rival, afirmando que la mayoría de las sentencias que se invocan para sustentarla no hablan de ella y pueden ser explicados sin referencia a la misma.<sup>165</sup>

Esta crítica no es menor, pues trae aparejada la pérdida de certeza jurídica frente a una doctrina cuya aplicación puede tener grandes implicancias en el mercado y la competencia.

**b) Incentivos perversos para el titular de la facilidad, los nuevos entrantes, y el mercado en general.**

Existe una notoria preocupación de parte de los comentaristas y la jurisprudencia hacia una eventual sobre-expansión de la doctrina de las facilidades esenciales, que resultara, respecto a los incentivos pudiera originar, en los siguientes efectos:

- b.1. Reducir los incentivos de las firmas a invertir en la creación de facilidades que puedan tener el carácter de esencial, o a hacerlo en su posterior desarrollo.<sup>166</sup>

---

<sup>165</sup> Por ello, con algo de ironía sostiene que la doctrina de las facilidades esenciales “es menos una doctrina que un epíteto, indicando alguna excepción al derecho de mantener para uno nuestras propias creaciones, pero sin decirnos cuáles son esas excepciones”. AREEDA, *“Essential Facilities: An Epithet...”*, ob. cit., P. 841

<sup>166</sup> FRISCHMANN y WALLER, “Revitalizing Essential Facilities”, ob. cit., pp. 30-31. En el mismo sentido SULLIVAN y GRIMES, *The Law of Antitrust...*, ob. cit., p. 112 (la innovación debe ser alentada y recompensada... la ley no puede tornarse en contra de de aquellos que la competencia ha alentado meramente porque han prevalecido minuciosamente”). Por esta razón, los tribunales norteamericanos son más reacios a forzar el compartir una propiedad a su dueño que en aquellos casos en que ella ya es usada por un tercero. ROSS, *Principles of antitrust law*, ob. cit., p. 97.

La circunstancia que un tribunal obligue al titular de una facilidad esencial a compartirla con un competidor bajo una tarifa razonable y no arbitrariamente discriminatoria lleva implícito el riesgo de conceder un acceso a un precio más bajo del que de otra manera se cobraría. Y si bien ello podría tener por consecuencia incrementar las eficiencias estáticas (mayor producción y menores precios en el corto plazo), puede simultáneamente disminuir las eficiencias dinámicas, reduciendo los incentivos para innovar en el mercado en cuestión.

En efecto, una disminución de las utilidades del monopolista *ex post* puede disminuir el incentivo *ex ante* a invertir en la creación de la facilidad en un primer momento. Luego, mientras mayor es la falta de certeza acerca del retorno de la inversión inicial, mayor el riesgo de desalentar la inversión del todo. Ante tal situación se ha propuesto como solución que entonces los tribunales no fijen precios, pero ello sólo resultaría en que se sigan cobrando precios monopólicos, a la vez que de fijarse un precio mayor al costo marginal empeoraría el problema al convertir al tribunal en una agencia reguladora.<sup>167</sup>

- b.2. Reducir los incentivos de los competidores que buscan acceso a la facilidad a innovar e invertir, alentando en consecuencia los problemas de *free riding* sobre la facilidad en cuestión.<sup>168</sup>

El acceso forzado reduce el incentivo del demandante a invertir en desarrollar su propia facilidad competidora, perpetuándose el control del monopolista sobre la única facilidad existente y reduciendo la esperanza de encontrar otra instalación que genere competencia ulterior. Considérese que si bien puede efectivamente ser impracticable la duplicación de la facilidad en cuestión al momento de demandarse el acceso, esa circunstancia puede cambiar en el futuro. Sin embargo, al ya tener acceso a la facilidad existente el demandante no tendrá incentivos para crear una nueva instalación.<sup>169</sup>

---

<sup>167</sup> COTTER, *The Essential Facilities Doctrine*, ob. cit., p. 12.

<sup>168</sup> FRISCHMANN y WALLER, "Revitalizing Essential Facilities", ob. cit., pp. 30-31

<sup>169</sup> COTTER, *The Essential Facilities Doctrine*, ob. cit., p. 12.

- b.3. Distorsiona las señales enviadas a futuros incumbentes y competidores, afectando el bienestar general del mercado.

Los incentivos perversos antes referidos no se limitan necesariamente a la firma afectada. Y ello, pues una firma presente en otra industria –al igual que un potencial entrante- puede concluir, por la aplicación de la doctrina, que los retornos esperados de una determinada inversión deben ser descontados para compensar el riesgo de quizás tener que proveer acceso a sus competidores.<sup>170</sup> De ahí la relevancia de medir y evaluar las señales que se dan al mercado mediante la aplicación de la doctrina.

- b.4. Riesgo de incentivar la colusión.

El forzar compartir la facilidad entre el monopolista y su competidor genera incentivos para que ambos se coludan, en perjuicio de los consumidores.<sup>171</sup>

### **c) No mejora la posición del consumidor**

Se argumenta también que el hecho de forzar a un monopolista a compartir su facilidad no necesariamente asegura que los consumidores estarán de alguna manera mejor, tanto en lo que se refiere al precio como a la producción.

COTTER ilustra el punto con el siguiente ejemplo. Un monopolista poseedor de un gasoducto por el que entrega gas a sus clientes, cuyo precio competitivo y la producción sería de \$1.00 por unidad y 100 unidades, respectivamente, mientras que el precio monopólico es de \$1.50 y 80 unidades. La orden de un tribunal de requerir al

---

<sup>170</sup> BERGMAN, "The role of Essential Facilities Doctrine", ob. cit., p.9; FRISCHMANN y WALLER, "Revitalizing Essential Facilities", ob. cit., pp. 30-31. En el mismo sentido, y sintentizando lo que se viene tratando, considérese lo dicho por KORAH: "Estoy preocupada por la propensión de las autoridades antimonopolios a considerar una visión estática y requerir que el acceso sea concedido a un precio por el cual el incumbente hubiese preferido no pactar, reduciendo de ese modo el incentivo a hacer la inversión original. La inversión particular ya se ha hecho, pero si las autoridades antimonopolios frecuentemente compelen el acceso en beneficio de *free riders* que desean competir aguas abajo, el incentivo para invertir en facilidades esenciales para otras actividades será reducido (...) Una obligación de proveer no sólo reduce el incentivo a hacer la inversión original, también reduce el incentivo a duplicarla o mejorarla donde ello de otro modo se haría". KORAH, "Access to Essential Facilities under ...", ob. cit., p. 2.

<sup>171</sup> FRISCHMANN y WALLER, "Revitalizing Essential Facilities", ob. cit., p. 39.

monopolista que venda 20 unidades al demandante no alterará el bienestar del consumidor; el monopolista continúa maximizando utilidades al vender 80 unidades (20 al demandante, 60 a otros compradores) al precio \$1.50. Una orden requiriendo al monopolista vender al demandante al precio competitivo evitaría este problema, pero daría lugar a problemas propios de una “planificación centralizada” o de un “servicio público”.<sup>172</sup>

Por otra parte, y relacionado con los incentivos a la colusión, requerir a la firma que comparta el acceso a la facilidad con un competidor crea incentivos para ambos de crear productos a niveles no más altos que antes. El resultado puede ser una simple redistribución de las rentas o utilidades del monopolio entre el dueño de la facilidad y el demandante, más que una reducción de esas utilidades.<sup>173</sup>

#### **d) Su aplicación es impracticable.**

Por último, según se destacó al analizar la correlación existente entre una facilidad esencial y un monopolio natural, esta doctrina es altamente criticada por cuanto sus remedios son prácticamente inviables de administrar, o a lo menos impropios de un órgano jurisdiccional. En efecto, se sostiene que la aplicación de la doctrina de las facilidades esenciales necesariamente resultaría en una “regulación judicial”, lo cual importa que tribunales de justicia deban estar preparados para regular los precios, términos y condiciones de tal acceso, entre otros. Luego, ello deviene en dos problemas, uno que los tribunales aplican remedios que son incapaces de administrar, o de lo contrario, que se convierten en los hechos en una agencia reguladora, con todos los problemas tanto de eficiencia como de competencia que ello implica.

#### **II.6.2. Postura intermedia: una rigurosa limitación de la doctrina.**

A pesar de las críticas formuladas, y de la severidad con que ellas se exponen, hasta sus más fervientes críticos sugieren que la doctrina de las facilidades esenciales

---

<sup>172</sup> COTTER, *The Essential Facilities Doctrine*, ob. cit., p. 11.

<sup>173</sup> *Ibíd.*

resulta necesaria de aplicar en ciertos casos, o bien, que al menos los problemas antes vistos pueden tener consecuencias menores o eliminarse con otras consideraciones.<sup>174</sup>

A modo meramente ejemplar, sus críticos sugieren que puede ser aplicada en excepcionales casos, tales como: a) monopolios naturales, donde no sería socialmente deseable la duplicación de la facilidad; b) si la facilidad pertenece a un monopolio regulado, un mandato de acceso compartido puede impedir que el monopolista evada la regulación al cobrar un precio monopolístico en un mercado relacionado; c) como una segunda mejor solución, frente a monopolios concedidos por el gobierno; y d) donde el acceso forzado permita a los competidores sobrevivir y prosperar lo suficiente hasta crear su propia facilidad competidora, en el largo plazo.<sup>175</sup>

Pues bien, reconociendo que la doctrina puede resultar de alguna forma necesaria, AREEDA aboga con fuerza por que ésta sea rigurosamente limitada. Para ello, ofrece los siguientes seis principios limitadores de su acción<sup>176</sup>:

1. No existe un deber general de compartir. El acceso compulsorio, si es que existe, es y debe ser muy excepcional.
2. La facilidad de una firma individual, en contraposición a una combinación de ellas, es “esencial” sólo si es tanto indispensable para la vitalidad competitiva del demandante como el demandante es esencial para que exista competencia en el mercado. “Indispensable para la vitalidad competitiva del

---

<sup>174</sup> A pesar de sus duras críticas, HOVENKAMP ha señalado que “La doctrina de las facilidades esenciales ha sido exitosamente aplicada principalmente en casos donde la facilidad en cuestión es un monopolio natural, frecuentemente regulado, y el dueño de la facilidad usa su monopolio para suprimir la competencia en el mercado aguas abajo”. HOVENKAMP, *et. al.*, “Unilateral Refusals to License in the U.S.”, *ob. cit.*, p. 24.

<sup>175</sup> COTTER, *The Essential Facilities Doctrine*, *ob. cit.*, pp. 12-13. SULLIVAN y GRIMES, destacando lo conflictivo que significa castigar a quienes han adquirido un monopolio por méritos propios, afirman que “quizás la doctrina debería ser aplicada a facilidades de firmas individuales sólo cuando el poder de mercado alcanzado es atribuible en una parte significativa a fuentes distintas de la habilidad, la iniciativa y la innovación de su dueño” (SULLIVAN y GRIMES, *The Law of Antitrust...*, *ob. cit.*, p. 114).

<sup>176</sup> AREEDA, “*Essential Facilities: An Epithet...*”, *ob. cit.*, pp. 852 y 853. Comentando los principios trazados por Areeda, HIRSH y REICHEIMER objetan lo siguiente: a) Areeda dice cómo debe ser la ley, y no como realmente ella es, pues no puede suprimirse una doctrina establecida en las Cortes inferiores de Estados Unidos y no rechazada por la Corte Suprema; b) el derecho no debe estar al servicio del remedio que se pretende obtener o evitar; y resalta finalmente que, c) Areeda no rechaza por completo a la doctrina de las facilidades esenciales, sino que dice que necesita dirección. En ciertos casos la estima necesaria, como en monopolios regulados. HIRSH y REICHEIMER. *The Essential Facilities Doctrine...*, *ob. cit.*, pp. 27-42.

demandante” significa que el demandante no puede competir efectivamente sin ella y su duplicación o las alternativas prácticas no están disponibles.

3. Nadie debe ser obligado a pactar a menos que haciéndolo es probable que se mejore sustancialmente la competencia del mercado, ya sea reduciendo los precios o aumentando la producción o innovación. Tal mejora es improbable a) cuando disminuya la actividad deseable; b) si el demandante no es un competidor actual ni potencial; c) cuando el demandante meramente sustituye al monopolista o comparte sus ganancias; o d) cuando el monopolista ya tiene el privilegio de cobrar precios monopólicos por sus recursos.
4. Incluso cuando todas estas condiciones están satisfechas, la negativa a dar acceso nunca es *per se* ilícita; una legítima razón de negocios siempre salva al demandado. Qué constituye esa legitimidad es una pregunta jurídica para los tribunales. Aunque el demandado lleva la carga de indicar cuál aquella legítima razón de negocios, el demandante lleva a su vez la carga de persuadir al tribunal de que tal alegación es injustificada.
5. La intención del demandado es difícilmente iluminadora, pues toda firma que deniega su facilidad a un rival lo hace con el fin de limitar a su competencia y aumentar sus ganancias. Toda instrucción (al jurado) sobre la intención debe preguntar si el demandado tuvo la intención de excluir por medios *impropios*. Querer adelantarse en el mercado no es en sí mismo el tipo de intención que contamina una conducta.
6. Ningún tribunal debe imponer un deber de pactar que no es capaz de explicar o de supervisar adecuada y razonablemente. El problema debe ser juzgado como irremediable por el derecho de la libre competencia cuando el acceso compulsorio requiere que la Corte asuma un control día-a-día característico de una agencia regulatoria. Los remedios pueden ser practicables (a) cuando está en juego la admisión a un consorcio, (b) cuando la disolución de éste es apropiada y efectiva, o (c) cuando, como en *Otter Tail Power Co. v. United States*, ya existe una agencia regulatoria que controla los términos de los acuerdos. De cualquier modo, la disponibilidad del remedio no es razón para imponer uno. La obligación de compartir debe mantenerse como excepcional.

### II.6.3. Sus defensores responden.

La doctrina de las facilidades esenciales “ha sido una víctima de su propio éxito”.<sup>177</sup> En efecto, si se revisa con detención las críticas que ha recibido, se puede apreciar – considerando la jurisprudencia sintetizada en el capítulo I y el desarrollo doctrinario expuesto en el presente capítulo- que éstas se plantean en términos más duros de los que realmente corresponde.<sup>178</sup>

En ese orden de ideas, a continuación se expondrá la respuesta proferida por los defensores de la doctrina.

#### **a) El temor que despierta es infundado, pues ha sido excepcionalísima y cautelosamente aplicada.**

Si bien las críticas antes analizadas demuestran una gran aprensión a que tenga lugar una eventual sobre-expansión de la doctrina de las facilidades esenciales, lo cierto es que tal recelo carece de todo fundamento, pues la realidad demuestra que ella ha sido siempre –en sus casi 100 años de historia- aplicada de manera muy excepcional y con suma cautela.<sup>179</sup> En efecto, una lectura de la jurisprudencia norteamericana y europea nos permite concluir que, teniendo presente que la regla general es la libertad de pactar, ésta en general ha exigido el cumplimiento de requisitos sumamente rigurosos antes de requerir a un monopolista pactar con un competidor.

---

<sup>177</sup> *Ibíd.*, p. 1

<sup>178</sup> En efecto, la crítica ha sido tan fuerte que se ha dicho que ésta se ha convertido en una “palabra sucia”, dando lugar a una renuencia para su aplicación. WALLER, *Areeda, Epithets, and Essential Facilities*, *ob. cit.*, p. 9.

<sup>179</sup> PITOFSKY, “*The Essential Facilities Doctrine under United States Antitrust Law*”, *ob. cit.*, p. 5. En el mismo sentido, BERGMAN, “*The role of Essential Facilities Doctrine*”, *ob. cit.*, p. 1; CASTALDO y NICITA, *Essential Facility Access in US and EU...*, *ob. cit.*, p.2; ROBINSON, “*On Refusing to Deal With Rivals*”, *ob. cit.*, p. 28; WALLER, *Areeda, Epithets, and Essential Facilities*, *ob. cit.*, p. 5. En el sentido contrario, KORAH, p. 2., quien dice que “Bajo la Sección 2 de la Sherman Act en Estados Unidos, algunos de los casos fueron demasiado lejos en considerar que una firma con poder de mercado sustancial estaba bajo un deber de conceder acceso a una facilidad esencial en beneficio de aquellos que deseaban competir con ella aguas abajo”. KORAH, “*Access to Essential Facilities under ...*”, *ob. cit.*, p. 2.

En lo que toca a la jurisprudencia de los Estados Unidos, se debe destacar que el test usado en el caso *MCI Communications Corp. v. AT&T Co.*<sup>180</sup> ha sido adoptado virtualmente por todas las Cortes para considerar una demanda sobre una facilidad esencial y generar responsabilidad anticompetitiva. Y el hecho es que dada la severidad de tales requerimientos, los tribunales norteamericanos raramente han encontrado responsabilidad bajo la doctrina de las facilidades esenciales.<sup>181</sup>

Por su parte, la misma conclusión puede obtenerse del análisis de la jurisprudencia europea. Si bien en un comienzo existía una mayor tendencia de los tribunales a imponer deberes de pactar sobre las firmas dominantes, lo cierto es que tras el caso *Oscar Bronner GmbH & Co. KG contra Mediaprint Zeitungs y otros* ha quedado de manifiesto que al otro lado del Atlántico se exigen requisitos igualmente rigurosos para estimar que una facilidad deba ser compartida por su monopolista titular.<sup>182</sup>

Es probable que las quejas y temores formulados estén influenciados por los múltiples casos donde la doctrina ha sido indiscriminadamente invocada por demandantes<sup>183</sup>, pero ello no justifica ignorar el hecho que tales demandas han sido raramente acogidas.

#### **b) Sí mejora la posición de los consumidores.**

Contrario a lo que sostienen sus críticos, la doctrina de las facilidades esenciales sí puede tener efectos positivos en el bienestar del consumidor. En primer lugar, si bien

---

<sup>180</sup> Ver punto I.4.1.6.

<sup>181</sup> PITOFSKY, “*The Essential Facilities Doctrine under United States Antitrust Law*”, ob. cit., pp. 6-8. Por lo mismo, ROBINSON dice que la DFE “es un modelo coherente y claro comparado con la completamente desorientada “doctrina general” de la negativa de pactar.”... “No existe tal “doctrina general” si con ella se entiende un estándar de conducta bien definido”. *Aspen Skiing Company v. Aspen Highlands Skiing Corporation* lo prueba. ROBINSON, “*On Refusing to Deal With Rivals*”, ob. cit., p. 22 Para ilustrar el carácter exagerado del temor de los críticos basta con destacar que de todos los casos que Areeda cita como ejemplos de una absurda expansión de la doctrina de las facilidades esenciales, el único que fue fallado a favor del demandante fue *Aspen Skiing Company v. Aspen Highlands Skiing Corporation*, caso que por lo demás fue decidido en referencia a la más general doctrina de la negativa de pactar. En ese sentido, ver WALLER, *Areeda, Epithets, and Essential Facilities*, ob. cit., pp. 14-15.

<sup>182</sup> Ver n. 53.

<sup>183</sup> Ver n. 67.

se dice que una regla de acceso no arbitrariamente discriminatorio a una instalación esencial no se traduce necesariamente en menores precios y mayor producción, al aumentar los niveles de acceso sí se pueden producir efectos positivos, como un aumento en la cantidad del producto en el mercado aguas abajo que es servido si, por ejemplo, el competidor es un proveedor del producto aguas abajo más innovador o eficiente. A su turno, el precio cobrado a los clientes debería también descender y la producción aumentar. Estas consideraciones sugieren que una regla de no discriminación arbitraria en la instalación puede ser una efectiva forma de alentar la innovación descentralizada y competencia en los mercados aguas abajo mediante evitar el control centralizado del monopolista. Y en segundo lugar, aún cuando no se afecte el precio, de todas maneras la regla de no discriminación arbitraria puede afectar también la calidad o variedad de la producción en los mercados aguas abajo, beneficiando a los consumidores.<sup>184</sup>

### **c) El problema de los incentivos no es tal.**

Quizás la principal fuente del rechazo a la doctrina en comento proviene de los supuestos incentivos perniciosos que ésta generaría. Sin embargo, tales críticas carecen de asidero, o son a lo menos altamente debatibles.

En primer lugar, en lo que se refiere a los incentivos sobre el incumbente, valga señalar desde ya que la aplicación de la doctrina de las facilidades esenciales no necesariamente afecta los incentivos para haber invertido en la facilidad en un primer momento.<sup>185</sup> Y aún cuando ello pueda ser desafiado, no es objeto de discusión que su aplicación bajo ninguna circunstancia impide que la firma dominante continúe recibiendo un retorno, incluso un retorno monopólico, en su inversión. Simplemente requiere acceso para sus competidores en términos no arbitrariamente discriminatorios, lo que no impide que ese precio compense los costos hundidos o

---

<sup>184</sup> FRISCHMANN y WALLER, "Revitalizing Essential Facilities", ob. cit., pp. 29-31

<sup>185</sup> Para ilustrar lo dicho, FRISCHMANN y WALLER citan como ejemplo el caso *Magill*, donde numerosos comentadores han notado que el requerir a las estaciones de televisión licenciar la información de sus programas no debe haber tenido efecto en sus incentivos para producir la programación televisiva en primer lugar. *Ibíd.*, p. 33, nota 99.

permita crear incentivos para los inversionistas como un todo.<sup>186</sup> Por lo demás, al ser la aplicación de la doctrina de naturaleza esencialmente temporal, nada impide que el titular de la misma recupere su libertad para decidir no proveer el acceso al demandante en caso que la facilidad en cuestión deje de ser esencial.

A su turno, en lo que toca al demandante, no existen razones claras que demuestren que éste dejará de invertir en caso de tener la posibilidad de hacerlo, o que se comportará como un *free-rider*. Asimismo, la decisión de aplicar la doctrina sólo puede entenderse en contextos en que ella tenga por resultado la consecuente existencia de competencia efectiva. Luego, la supervivencia del demandante no depende sólo del acceso a la facilidad, sino de mantenerse eficiente y competitivo en términos más generales, pues de lo contrario dejará de ser rentable y terminará saliendo del mercado, tenga o no acceso a la facilidad esencial.

Adicionalmente, teniendo en consideración que –según se viera- la doctrina ha sido raramente aplicada, y sólo con el cumplimiento de rigurosos requerimientos, es poco factible que transmita niveles especialmente altos de inseguridad o de falta de certeza a los agentes económicos en su globalidad.

Finalmente, respecto a los eventuales riesgos de colusión, cabe consignar que este problema se plantea generalmente desde una perspectiva teórica, sin aportar situaciones concretas ni evidencia empírica que sustente dicho cuestionamiento. Y aunque tal riesgo pueda tener algún asidero, FRISCHMANN indica los siguientes argumentos que demuestran las pocas posibilidades de que ello se concrete<sup>187</sup>:

- i) Si el incumbente quiere coludirse con su competidor, presumiblemente le habría concedido el acceso y no se lo hubiera negado en primer lugar.

---

<sup>186</sup> En ese sentido, FRISCHMANN y WALLER sugieren que la pregunta apropiada no es si la potencial aplicación de la doctrina de las facilidades esenciales, o cualquier régimen legal, tiene algún efecto en decisiones de innovación e inversión, sino si el régimen legal proporciona suficientes incentivos para inversiones e innovación socialmente benéficas para proceder a su aplicación. *Ibíd.*, p. 34.

<sup>187</sup> *Ibíd.*, pp. 39-40.

- ii) El riesgo a coludirse no es irresistible una vez que el acceso se concede. Después de todo, el acceso y los resultados del mismo son de público conocimiento y están frecuentemente sujetos a control. Así, difícilmente sea el mejor escenario para coludirse.
- iii) Finalmente, cualquier potencial comportamiento colusivo u oligopólico como resultado del acceso forzado puede ser disminuido mediante la imposición de condiciones frecuentemente empleadas en asociaciones o *joint ventures* lícitos donde las partes tienen similares oportunidades para interactuar y similar acceso a información sobre las operaciones del otro.

**d) Puede ser positivamente aplicada por los tribunales.**

Por último, queda revisar la crítica que genera la supuesta imposibilidad que tendrían los tribunales para manejar sentencias condenatorias referidas a facilidades esenciales. Se afirma que definir y controlar los términos del acceso forzado sería una tarea inviable para los órganos jurisdiccionales antimonopolios, o que al menos inevitablemente derivarían en que éstos se conviertan en agencias reguladoras. Sin embargo, nuevamente se trata de una crítica altamente desafiante.

Primeramente, resulta reprochable proponer *ex ante* que una situación que se reconoce ilícita sea inmune a la legislación antimonopolios por las dificultades que pueda plantear enfrentar el problema. En ese sentido, los críticos parecen sugerir que en esos casos es “mejor no hacer nada, y dejar que el mercado corrija lo que pueda o dejarlo a más expertos reguladores”<sup>188</sup>. Y ese pesimismo no es un argumento válido por sí mismo para abandonar una teoría de dogmática jurídica.

Adicionalmente, cabe preguntarse dónde están aquellos casos en que los tribunales no han podido manejar sus sentencias o han actuado como reguladores más allá de sus capacidades institucionales bajo esta doctrina. Aún cuando resulta cierto que deben tener especial cuidado en no actuar fuera del marco de su competencia, no hay razón

---

<sup>188</sup> *Ibíd.*, p. 41.

para pensar que fallar casos propios de la doctrina de las facilidades esenciales esté más allá de las capacidades de las autoridades antimonopolios, y la experiencia lo demuestra<sup>189</sup>. Por lo demás, en la mayoría de la jurisprudencia comparada analizada la Corte ni siquiera ha tenido que formular términos de accesos. Ellos frecuentemente ya existen, ya sea por causa de algún decreto regulatorio, por los precios de mercado existentes, o pueden determinarse desde los estándares internos de la o las firmas incumbentes. Sólo en el caso de la facilidad esencial verticalmente integrada y nunca usada por otro usuario no se cumple con ello.<sup>190</sup> En último término, el remedio judicial final podría provenir de un juicio iniciado por incumplimiento de los términos de una sentencia ejecutoriada.

---

<sup>189</sup> Si bien la jurisprudencia nacional será estudiada en el capítulo siguiente, podemos adelantar como ejemplo el caso *Transbank*. En él fueron las partes quienes propusieron, mediante la presentación de planes de autorregulación, los precios y condiciones de acceso a su plataforma tecnológica hasta ser finalmente aceptados por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, teniendo presente las observaciones de la Fiscalía Nacional Económica. La sentencia será mejor analizada en el capítulo siguiente.

<sup>190</sup> FRISCHMANN y WALLER agrega que incluso en aquellos casos en que se ha debido fijar regular precios y otras condiciones, se ha podido acudir a agencias reguladoras ya existentes. Al efecto cita *Otter Tail Power Co. v. United States*, donde la Corte tenía el beneficio de la *Federal Power Commission* para fijar precio y regular acceso; y *United States v. Terminal Railroad Association of St. Louis*, donde la *Interstate Commerce Commission* podía actuar fijando tarifas. FRISCHMANN y WALLER, "Revitalizing Essential Facilities", ob. cit., p. 44. Sin embargo, ese razonamiento es ampliamente criticable, pues por lo general los tribunales carecen de competencia para dictar órdenes a órganos administrativos autónomos.

## CAPITULO III

### EL SISTEMA DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA EN CHILE Y LA DOCTRINA DE LAS FACILIDADES ESENCIALES.

#### III.1. El sistema de defensa de la libre competencia contemplado en el ordenamiento jurídico nacional.

##### III.1.1. Las personas, el Estado y la autonomía privada.

Uno de los principales triunfos de los tiempos modernos es el reconocimiento que, sin distinción de ninguna especie, todas las personas nacen libres e iguales. Sobre esa constatación, se le asegura y garantiza a todos los individuos –primero frente al Estado, luego también frente a sus iguales- un núcleo fundamental de derechos y libertades. El Estado está al servicio de la persona humana, asignándosele la tarea de garantizar y asegurar tales derechos.

En el ámbito jurídico, los referidos principios nutren la noción de autonomía privada, entendida como la actividad y potestad que la ley reconoce a los particulares para la autorregulación de los intereses y relaciones propias, libres de actuar según su propio juicio y responsabilizándose por las consecuencias de su comportamiento, sean ventajosas u onerosas.<sup>191</sup> La autonomía privada supone, en primer término, la libertad del individuo para vincularse o relacionarse con otros con una finalidad socioeconómica. Luego, si es de su voluntad, puede tomar la iniciativa –corolario de la libertad- consciente de celebrar actos jurídicos y, a través de este medio, adquirir, modificar o extinguir derechos subjetivos.<sup>192-193</sup> Por su parte, la actuación del Estado

---

<sup>191</sup> BETTI, Emilio. *Teoría General del Negocio Jurídico*. 2ª ed., trad. A. Martín Pérez, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, p. 46.

<sup>192</sup> VIAL, Víctor. *Teoría General del Acto Jurídico*. 5ª ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003, p. 58.

<sup>193</sup> Según se desarrollará en los párrafos siguientes, las libertades no son absolutas sino que se maximizan mediante su limitación. Para tales efectos, considérese a este respecto que “naturalmente, la

queda estrictamente limitada a aquellos casos en que los particulares no puedan o no quieran hacerlo, y siempre en aras del bien común, especialmente en el ámbito económico. Esto último se conoce como “principio de subsidiariedad”.

La Constitución Política de nuestra República, igual como ocurre en la generalidad de las naciones occidentales, consagra expresamente los principios que se vienen tratando. En efecto, ésta reconoce que “las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”, al tiempo que declara que “el Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos” y que “el Estado está al servicio de la persona humana” (artículo 1º, incisos primero, tercero y cuarto, respectivamente).

### **III.1.2. Autonomía privada y Orden Público Económico.**

Una de las diversas manifestaciones que tiene la autonomía privada es aquella relacionada con el ámbito de las actividades económicas y comerciales. Al respecto, un adecuado reconocimiento constitucional de esta esfera exige, una vez explicitada la primacía de la persona humana por sobre el Estado, establecer garantías al individuo que permitan asegurarle el libre ejercicio de toda actividad económica lícita -cuya quizás principal manifestación es el principio de la libertad de contratación<sup>194</sup>-, a la vez que restrinjan la intervención estatal.

---

autonomía no es ni puede ser ilimitada; por el contrario, está sometida a límites, dirigidos a la tutela de los intereses *generales* (*aspecto social* de la autonomía de la voluntad) y de los intereses *de los terceros*, los cuales intereses no se podrían dejar a merced de la voluntad del individuo. Pero, dentro de esos límites, se puede muy bien decir que la misma es decisiva, si no se quiere decir en absoluto que es soberana”, MESSINEO, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial*, Tomo II, trad. Santiago Sentis Melendo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1954, p. 340.

<sup>194</sup> En esa línea, ALCALDE comenta de la autonomía privada en el ámbito económico que “tal vez su principal paradigma viene a ser la libertad contractual, la cual se revela como la vía que en mejor medida permite que los particulares participen en la creación del Derecho, generando y a la vez regulando sus relaciones jurídicas, al tiempo que con ello se fomenta una mayor aceptación y prestigio de aquel dentro de la comunidad. En este orden, principios generales tan evidentes como el *pacta sunt servanda*, precisamente arrancan su fuerza –adicional a la emanada del imperativo moral que obliga a respetar la palabra empeñada- del hecho que el contrato, por un lado, siempre ha de ser el resultado de una libre determinación de las partes (*libertad de contratar*) y, del otro, que al contratar éstas han aceptado libremente –y a menudo elegido y concordado- el contenido de la convención celebrada (*libertad*

En ese sentido, el constituyente de 1980 (principalmente por razones históricas motivadas por la experiencia vivida durante la década anterior) consagró con especial énfasis una serie de principios y garantías en ese sentido, los que conforman el denominado Orden Público Económico.

Si bien la doctrina se encuentra relativamente conteste en que el Orden Público Económico es un concepto “incierto, polémico y polivalente”<sup>195</sup>, puede éste ser definido como “el adecuado modo de relación de todos los diversos elementos de naturaleza económica presentes en la sociedad, que permita a todos los agentes económicos, en la mayor medida posible y en un marco subsidiario, el disfrute de sus garantías constitucionales de naturaleza económica de forma tal de contribuir al bien común y a la plena realización de la persona humana.”<sup>196</sup>

---

*contractual*”). ALCALDE, Enrique. “Persona humana, autonomía privada y orden público económico”. En: *Revista Actualidad Jurídica*. Universidad del Desarrollo. Santiago, Chile. (4): 77-107, 1998, pp. 84-85.

<sup>195</sup> FERMANDOIS, Arturo. *Derecho Constitucional Económico, Garantías económicas, doctrina y jurisprudencia*. T. I, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2001, p. 23. A mayor abundamiento, este autor destaca que “este término está enclavado en lo más hondo de nuestro medio: aparece aludido constantemente por la jurisprudencia, invocado por la doctrina, defendido por los particulares y justificado por la autoridad. Esta diversidad de agentes sirviéndose de una misma idea económico constitucional despierta sospechas doctrinarias, motivándonos a indagar en la esencia del concepto, o incluso, a resolver previamente si existe tal esencia. (...) El resultado de nuestra investigación es alarmante para el mundo jurídico: no hay certidumbre alguna sobre la esencia del OPE en nuestro medio” (Ibíd.).

Para una buena crítica –a la que el autor de este trabajo adhiere– sobre la noción de Orden Público Económico y particularmente el principio de subsidiariedad, véase SCHÜRMAN, Miguel. “Orden Público Económico y principio de subsidiariedad, argumentos para una crítica” En: *Revista Derecho y Humanidades*. Santiago, Chile. (12): 217-229, 2006. En ese sentido, se debe consignar que en lo tocante a dichos conceptos este trabajo expone la posición de la doctrina mayoritaria y tradicional, la que no necesariamente refleja el pensamiento del autor.

<sup>196</sup> FERMANDOIS, “*Derecho Constitucional Económico...*”, ob. cit., p. 58. En relación con la diversidad de conceptos que abundan en la doctrina, resulta pertinente consignar el que nos entrega CEA, quien sostiene que “El Orden aludido puede ser conceptualizado como el conjunto de principios y normas jurídicas que organizan la economía del país y facultan a la autoridad para regularla en armonía con los valores de la sociedad nacional formulados en la Constitución” (CEA, José Luis. “Notas sobre orden público económico”. En: *Gaceta Jurídica* (135): 18-32, septiembre, 1991, p. 19). El propio CEA cita también la siguiente definición ofrecida por la jurisprudencia: “Que, en efecto, se ha definido el Orden Público Económico como el conjunto de principios y normas jurídicas que organizan la economía del país y facultan a la autoridad para regularla en armonía con los valores de la sociedad nacional formulados en la Constitución (...)” CEA, “Notas sobre orden público económico”, ob. cit., p. 21.

Por su parte, SOTO comenta que la comisión redactora de la Constitución de 1980 “precisó que la expresión misma de *orden público económico* debe ser entendida como el conjunto de normas fundamentales destinadas a regular la acción del Estado en la economía y a preservar la iniciativa creadora del hombre necesaria para el desarrollo del país, de modo que ellas conduzcan a la consecución

Así entendido, el Orden Público Económico persigue proteger constitucionalmente la autonomía y primacía de los particulares en el ámbito económico. En ese sentido, CEA razona que el referido Orden cumple por finalidad “institucionalizar, con rango de la máxima jerarquía jurídica, un sistema que asegure a todas las personas el respeto y promoción de los valores de libre iniciativa y apropiabilidad de bienes, de isonomía o igualdad de oportunidades, antes la ley y en el trato económico, del derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes y, en general, de la prioridad del sector privado, paralela a la subsidiariedad estatal, en el marco de la libre competencia en un mercado legalmente regulado. En palabras diversas, el propósito del Constituyente es que impere un orden público específico para la economía, fundado en la libertad, la igualdad y los derechos que la Constitución reconoce a la persona, individualmente o asociada en grupos que gozan de autonomía para realizar sus objetivos económicos”.<sup>197</sup> Por lo mismo, se sostiene que el concepto considerado por el constituyente dice relación con los derechos de las personas frente al Estado y jamás podría convertirse en un medio para “impedirles e imponerles condiciones, exigencias y cortapisas fundadas en consideraciones administrativas discrecionales”.<sup>198</sup>

---

del bien común”. SOTO, Eduardo. “La Actividad Económica en la constitución Política de la República de Chile”. En: *Ius Publicum*. Escuela de Derecho Universidad Santo Tomás, Chile. (2). 1999, p. 121.

Finalmente, cabe destacar la posición de AVILÉS, quien en un extenso trabajo da cuenta que existen 3 clases de tesis distintas para conceptualizar el Orden Público Económico, a saber, las *tesis funcionales*, las *tesis materiales* y las *tesis situacionales*. En respuesta a dicha diversidad, propone definirlo como “la recta ordenación de los diferentes elementos sociales en su dimensión económica –públicos y privados– que integran la comunidad, de la manera que esta última estime valiosa para la obtención de su mejor desempeño en la satisfacción de las necesidades materiales del hombre.” (AVILÉS, Víctor. *Orden Público Económico y Derecho Penal*. Editorial ConoSur, Santiago, 1998, p. 47) Para una crítica a esa conceptualización, ver FERNANDOIS, “*Derecho Constitucional Económico...*”, ob. cit., pp. 47-48.

<sup>197</sup> CEA, “Notas sobre orden público económico”, ob. cit., p. 18.

<sup>198</sup> FELIÚ, Olga. “El ejercicio de la actividad económica y las facultades de los organismos antimonopolios”. En: *Revista Actualidad Jurídica*, Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo, Año I, N° 1, enero 2000, p. 83, citada por ALCALDE, “Persona humana, autonomía privada y orden público económico”, ob. cit., p. 89. Por lo mismo, FERNANDOIS destaca que el concepto de Orden Público Económico debe enfatizar “su vocación de garantía constitucional para los gobernados, más que su naturaleza justificante de potestades estatales; su perspectiva ordenadora del poder económico estatal, más que su elemento legitimador del mismo; su contenido objetivo y opción doctrinaria clara, armónica con la primacía del hombre sobre el Estado que proclama la Carta, más que su ambigüedad, incertidumbre e indeterminación esencial” (FERNANDOIS, “*Derecho Constitucional Económico...*”, ob. cit., p. 23) Lo anterior, afirma, en contraste con el tratamiento que le habría dado la jurisprudencia, la que a su juicio usaría dicho concepto generalmente en defensa del poder del Estado, siendo muy excepcionalmente invocado en defensa de ciertas garantías como la libertad de trabajo o la libertad económica. (Ibíd., p. 34).

En lugar de explicitar o dar un tratamiento separado a la noción en comento,<sup>199</sup> el constituyente estimó más conveniente consagrar una serie de principios y garantías destinadas, como se dijo, a asegurar la libertad de acción de los particulares –y su primacía- en el ámbito económico<sup>200</sup>. Dentro de ese marco, y en directa relación con el principio de subsidiariedad, en el numeral 21 del art. 19 de la Constitución (ubicado en el capítulo III, *De los derechos y deberes constitucionales*) se estipuló la siguiente garantía fundamental:

“Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas:

(...)

21°.- El derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen.

El Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo si una ley de quórum calificado los autoriza.

En tal caso, esas actividades estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares, sin perjuicio de las excepciones que por

---

<sup>199</sup> Sobre las razones que se tuvieron para no explicitar la noción de Orden Público Económico en la constitución, BULNES nos ilustra la respuesta señalándonos lo que sigue: “En cuanto a la idea de consagrar un capítulo especial con los principios enunciados, ésta se descartó porque se estimó que era más conveniente que el Orden Público Económico fuera el resultado de las disposiciones constitucionales que inciden en la actividad económica, permitiendo que en ésta se desarrolle la libertad humana.

Se vio también la inconveniencia de que la Constitución contemplara un título relativo a esta materia, puesto que ella, junto con significar un trastorno y una innovación en la técnica constitucional podría entenderse que implicaba consagrar constitucionalmente una determinada política económica.

El señor Carmona, sobre este punto expresó: que “por principio rechazaba las Constituciones doctrinarias, pues tienden a dar un sentido que obliga a quienes sustentan posiciones contrarias a luchar por establecer normas acordes con ellas”.

Por las razones aducidas se optó por no establecer un capítulo relativo al Orden Público Económico, sino que por consagrar disposiciones que permitieran desarrollar y complementar otras normas constitucionales, protegiendo especialmente en forma más eficaz la libre iniciativa privada y el principio de la igualdad ante la ley en materia económica”. BULNES, Luz. “El derecho a desarrollar cualquier actividad económica”. En: *Revista de Derecho Público*, Santiago, (37-38): 149-165, 1985, p. 153.

<sup>200</sup> FERNANDOIS destaca que llenan este concepto los siguientes principios: a) Principio de libertad económica; b) Principio de subsidiariedad económica del Estado; c) Principio del derecho de propiedad privada; d) Principio de la no discriminación económica arbitraria; e) Principio de la disciplina del gasto fiscal; f) Principio de la política monetaria independiente; g) Principio de la reserva legal de la regulación económica; y, h) Principio de la revisión judicial económica (FERMANDOIS, “*Derecho Constitucional Económico...*”, ob. cit., p. 59). A su vez, el Orden Público Económico contempla las siguientes garantías igualmente consagradas en el cuerpo de la Carta Fundamental: a) El derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no se oponga a la moral, al orden público o a la seguridad nacional; b) La igualdad y no discriminación arbitraria que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica; c) La libre accesibilidad a la propiedad de los bienes corporales e incorporeales; d) El derecho de propiedad; e) La igualdad, justicia y no afectación tributarias; f) La intangibilidad de la esencia de los derechos y garantías constitucionales. (Ibíd., p. 86).

motivos justificados establezca la ley, la que deberá ser, asimismo, de quórum calificado;”

La garantía constitucional transcrita (que no puede ser entendida autónomamente sino integrada dentro del contexto conformado por la noción de Orden Público Económico<sup>201</sup>) tiene dos manifestaciones, que vienen dadas por la circunstancia de concretar los principios de iniciativa privada y de subsidiariedad. Por una parte, reconoce y asegura a todas las personas su derecho a emprender y ejercer individualmente o agrupados actividades con económicas lícitas, en términos tales que el Estado asume el deber de abstenerse de efectuar dichas actividades en tanto las personas puedan desarrollarlas por su cuenta. Y por otra, el Estado se obliga a intervenir, excepcionalmente, en actividades económicas cuando a las personas no les sea posible, siempre teniendo a la vista el bien común y cumpliendo los estrictos requisitos formales establecidos al efecto.

Pues bien, la garantía constitucional en comento contempla una amplia gama de bienes jurídicos tutelados, uno de los cuales es la libre competencia en los mercados<sup>202</sup>.

### **III.1.3. El derecho a desarrollar cualquier actividad económica y la defensa libre competencia contemplada en el Decreto Ley N° 211.**

Siguiendo la dicotomía clásica de las normas entre principios y reglas, de acuerdo con la doctrina del profesor ALEX<sup>203</sup> la garantía contemplada en el art. 19 N° 21 de la

---

<sup>201</sup> En ese sentido, FERNANDOIS sostiene: “Ciertamente, tal como el resto de los preceptos del artículo 19, el N° 21 no constituye una disposición aislada, sino que está en particular ubicada en el centro del entramado público económico, al que concurren el resto de los principios y disposiciones de la Carta. Luego la libertad económica debe ser interpretada en sus alcances, ámbito, límites, bondad o eventual reprochabilidad constitucionales, en armonía con el resto de los principios y normas constitucionales”. FERNANDOIS, “*Derecho Constitucional Económico...*”, ob. cit., p. 87.

<sup>202</sup> La propia comisión redactora de la nueva Carta Fundamental dejó constancia del hecho que esta garantía constitucional tiene un amplísimo contenido. En ese sentido, se asentó que ésta abarca tres modalidades de libertad económica: i) Libertad de producción; ii) Libertad de comercio, y iii) Libertad de trabajo. GUERRERO, Roberto, Sesión 384 de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, según recoge VALDÉS, *Libre Competencia y Monopolio*, ob. cit., p. 122.

<sup>203</sup> ALEX, R. *Teoría de los Derecho Fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.

Constitución no es una regla (esto es, no recibe una aplicación binaria de cumplimiento/incumplimiento, ni funciona mediante la subsunción de un hecho a una hipótesis que determina exactamente lo que debe hacerse), sino que, por el contrario, consiste en un principio. Esto significa que, en tanto principio, dicha garantía tiene la estructura propia de un mandato de optimización, el cual ordena que algo sea realizado “en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes”.<sup>204</sup>

Pues bien, una de las formas por las cuales se persigue maximizar la libertad para ejercer actividades económicas es la consagración legal de la libre competencia en los mercados como bien jurídicamente tutelado. A continuación se procederá a analizar la relación existente entre la garantía constitucional en comento con el derecho de la libre competencia, y cómo éste opera paradójicamente como un mecanismo de maximización de esa libertad, pero mediante su limitación y regulación.<sup>205</sup>

### **III.1.3.1. Relaciones por concepto de la libertad.**

La garantía del art. 19 N° 21, según se adelantara, dentro de la gran variedad de bienes jurídicos que inspira y ampara, tiene en común con el derecho de la libre competencia, en una relación de género a especie, la tutela de una especie de libertad, a saber, aquella de carácter económico.

En ese sentido, cabe consignar que la libre competencia –en el ámbito específico de las libertades económicas– “tiene por finalidad asegurar una libre y justa disputa de la clientela por los competidores de un mercado relevante determinado y, por ello, resulta aplicada a toda actividad económica que se desarrolle por mercados, cualquiera que sea el nivel de imperfección de los mismos, alcanzando incluso ciertos aspectos de la actividad de los monopolios naturales”.<sup>206</sup>

---

<sup>204</sup> BERNAL Pulido, Carlos. *Estructura y límites de la ponderación*. DOXA, 2003 (26), pp. 225 a 237.

<sup>205</sup> En ese sentido, se seguirá a continuación lo tratado por VALDÉS, *Libre Competencia y Monopolio*, ob. cit., pp. 121-137.

<sup>206</sup> VALDÉS, *Libre Competencia y Monopolio*, ob. cit., p. 123.

### **III.1.3.1.1. La libertad para desarrollar cualquier actividad económica y sus limitaciones.**

El ejercicio de la libertad para ejercer actividades económicas -emanada de la naturaleza humana- tiene por finalidad la realización espiritual y material de las personas. Por lo mismo, se consagra constitucionalmente a fin garantizar su respeto tanto por el Estado (y cualquiera de sus reparticiones) como por los particulares. Mientras el primero puede dañarla mediante limitaciones o regulaciones que la supriman o afecten su esencia, los segundos pueden conculcarla, por ejemplo, mediante prácticas anticompetitivas.

En contrapartida, la libertad amparada por el art. 19 N° 21 no es absoluta. En efecto, el propio precepto constitucional nos dice que está limitada por razones de moral, orden público, seguridad nacional o por normas legales. Asimismo, este derecho puede ser limitado por otros derechos fundamentales o por las limitaciones propias de la realidad, casos en los cuales existe un deber de ponderación. En este sentido, se trata de una libertad de orden social o política que, en tanto principio, que debe ser realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes, siendo maximizada –paradójicamente- mediante su restricción. Lo contrario significaría establecer la “ley del más fuerte” como un sistema jurídicamente no regulado.

Estas restricciones tienen dos posibles manifestaciones: a) las regulaciones; y, b) los límites propiamente tales. Mientras las regulaciones tienen por objeto indicar el cómo (requisitos y condiciones) ha de ejercitarse la libertad para desarrollar actividades económicas, los límites buscan demarcar ámbitos más allá de los cuales no es posible ejercitar dicha libertad, ni siquiera cumpliendo determinadas exigencias (prohibición absoluta). La pregunta de cuáles son las regulaciones y limitaciones de la libertad para desarrollar actividades económicas no admite sino una respuesta genérica.<sup>207</sup>

---

<sup>207</sup> *Íbid*, p. 127.

Ahí es donde se erige el Decreto Ley N° 211.

### **III.1.3.1.2. Las funciones del Decreto Ley N° 211 en relación a la libertad para desarrollar cualquier actividad económica.**

El art. 19 N° 21 sirve de fundamento y sustrato a la libre competencia, tocando al legislador antimonopólico regular y preservar este bien jurídico de modo que no se vulnere la citada garantía. Aquí se descubre en toda su dimensión la paradoja de la libre competencia, según la cual la protección de dicha libertad exige una regulación de sus límites a través de una intervención normativa de rango legal, que es la que regula el Decreto Ley N° 211. De allí que éste opere desempeñando 3 funciones: una tutelar, una limitativa y otra regulatoria u operativizadora.

En cuanto a la primera, el Decreto Ley N° 211 tiene por objeto crear los medios para que la libre competencia sea respetada por todas las personas y autoridades, públicas o privadas. Y tales medios no son otros que las acciones contempladas para impugnar ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ciertas conductas tipificadas en ese cuerpo legal y que importen un atentado contra el bien jurídico protegido. De igual modo, está la facultad para poner en movimiento la facultad consultiva del tribunal.

En lo que toca a la función limitativa, este cuerpo normativo cumple con acotar la mencionada garantía. Dicho límite viene ordenado expresa y genéricamente, siendo deber del legislador y los tribunales, en su caso, dar contenido a dichos límites, sin afectar en su esencia el derecho a desarrollar cualquier actividad económica y otros derechos fundamentales.

Finalmente, el Decreto Ley N° 211 cumple también una función regulatoria. Tal como lo señala su texto, la libertad para desarrollar cualquier actividad económica debe ejercitarse respetando las normas legales que la regulen. Dicha regulación sólo puede estar orientada hacia una constructiva armonización del derecho fundamental en cuestión con el bien común de la sociedad civil.

Cabe consignar que el Decreto Ley N° 211 recibe aplicación tanto respecto de personas privadas como públicas. Ello no es más que una materialización del principio establecido en el inciso tercero del art. 19 N° 21, que impide a los entes públicos pretender eximirse de la legislación antimonopolios.

### **III.1.3.2. Relaciones por concepto de economía.**

Mientras la garantía constitucional del art. 19 N° 21 comprende las actividades económicas de mera subsistencia y las de intercambio, el Decreto Ley 211 abarca únicamente las actividades económicas de intercambio. Esto es, la libre competencia como bien jurídico tutelado sólo tiene sentido en cuanto disputa por la clientela, la cual debe realizarse en términos tales que conduzca a perfeccionarse el intercambio económico. La libre competencia mercantil presupone el intercambio porque se trata de la libre competencia en el en el comercio, entendido este término en el más lato sentido. Donde sólo hay lucha por la subsistencia, no hay disputa por la clientela porque el “cliente” no es otro que quien desarrolla la actividad económica.<sup>208</sup>

### **III.2. El Decreto Ley 211.**

Si bien los primeros antecedentes de nuestro sistema de defensa de la libre competencia se remontan al año 1959<sup>209</sup>, éste encuentra su origen propiamente tal en la dictación del Decreto Ley N° 211, del 22 de diciembre de 1973. Si bien este cuerpo normativo ha sido objeto de distintas modificaciones (siendo las más importantes las reformas introducidas por la Ley N° 19.911, del 14 de noviembre de 2003, y la Ley N° 20.361, del 13 de julio de 2009) para efectos de este trabajo nos limitaremos a considerar su texto actual, salvo las referencias que excepcionalmente se hagan a situaciones anteriores.

---

<sup>208</sup> *Ibid.*, pp. 135-137.

<sup>209</sup> Bajo la influencia de la Sherman Act de 1890, de los Estados Unidos de América, la primera normativa antimonopolios chilena se encuentra contemplada en el Tít. V de la Ley 13.305, promulgada el 6 de abril de 1959, bajo la denominación “Normas para fomentar la libre competencia industrial y comercial”. Véase VALDÉS, *Libre Competencia y Monopolio*, ob. cit., p. 235.

Según se indicara anteriormente, el Decreto Ley N° 211 se nos presenta como una regulación de rango legal de la libertad que todas las personas tienen a desarrollar actividades económicas, ocupándose de un ámbito específico ésta: la libre competencia.

En ese contexto, el Decreto Ley N° 211 persigue ofrecer (con ciertas carencias e imperfecciones) una regulación integral del sistema de defensa de la libre competencia. En efecto, éste indica expresamente el bien jurídico que tutela; tipifica –genéricamente– las conductas que entiende vulneradoras de dicho bien jurídico, y las reacciones que deben ocurrir frente a las mismas; y, por último, contempla los órganos a los que encarga velar por la protección del bien jurídico en cuestión, normando con detalle su organización y atribuciones.

Para efectos de un mejor orden, a continuación (1) nos referiremos muy brevemente en el bien jurídico tutelado por el Decreto Ley N° 211; (2) destacaremos de manera sucinta las principales características de los órganos a los que les ha encargado su protección y promoción; para finalmente (3) analizar la noción del delito de monopolio y el tipo universal contemplado en el art. 3° del Decreto Ley N° 211, a efectos de fijarnos en una figura específica del mismo: el abuso de posición dominante. Lo anterior servirá de base para estudiar la relación entre el abuso de posición dominante y la doctrina de las facilidades esenciales, y las actitudes y medidas que deben adoptar a su respecto los órganos de defensa de la libre competencia.

### **III.2.1. El bien jurídico.**

Nuestra ley antimonopolios optó por definir bien jurídico que protege de manera precisa y explícita: la libre competencia en los mercados. Así lo deja establecido desde un principio en su primer artículo, el cual señala textualmente lo siguiente:

“La presente ley tiene por objeto promover y defender la libre competencia en los mercados.

Los atentados contra la libre competencia en las actividades económicas serán corregidos, prohibidos o reprimidos en la forma y con las sanciones previstas en esta ley.”

Como puede apreciarse, la ley antimonopolios explicita el bien jurídico tutelado, pero sin dar mayores luces acerca de su contenido, quedando éste entregado a la jurisprudencia de los tribunales antimonopolios, sin perjuicio de los aportes que puedan provenir de parte de la doctrina. Si bien no nos detendremos a analizar dicho contenido y las discusiones que éste suscita por exceder con creces los límites de este trabajo,<sup>210</sup> no podemos dejar de consignar una circunstancia esencial: la libre competencia como bien jurídicamente protegido corresponde a una manifestación del derecho sancionatorio que, en tanto manifestación del ejercicio del *ius puniendi* del Estado, tiene la misma naturaleza (aunque se exprese en menor intensidad) que los bienes jurídicos protegidos por el derecho penal.

Ello es sumamente relevante, pues para que tenga lugar el ejercicio del *ius puniendi* del Estado es indispensable que concurra una conducta típica, culpable y antijurídica que conculquen un bien jurídico expresamente protegido por el ordenamiento jurídico, en el marco del respeto de una serie de principios indisponibles (tales como el principio de legalidad, de tipicidad, de culpabilidad, de proporcionalidad, de inocencia, *non bis in idem* y la existencia de un debido proceso, entre otros). Si bien es cierto que la noción de bien jurídico y los principios que rodean al ejercicio del *ius puniendi* han sido largamente desarrollados por el derecho penal, no es menos cierto que existe consenso en que tales principios se extienden a toda manifestación del poder sancionatorio del Estado, como lo es la libre competencia.

---

<sup>210</sup> Para un esmerado análisis de las distintas posturas, y con una posición propia, véase VALDÉS, *Libre Competencia y Monopolio*, ob. cit., pp. 90-207. Para efectos de este trabajo, corresponde dejar consignado lo expuesto por el autor, en cuanto “libre competencia significa libertad en el ingreso, explotación y salida de los mercados relevantes, cualquiera sea la modalidad de autonomía o heteronomía empleada para competir en el cabal cumplimiento del marco de principios y garantías constitucionales, entre las cuales exhibe un rol capital el principio de subsidiariedad.” *Ibid.*, p. 180. A mayor abundamiento, sobre su definición de bien jurídico libre competencia, el autor concluye que “el elemento específico y constitutivo de la ofensa monopólica es el atentado contra una libertad adquirida, de naturaleza política o civil, cuyo objeto no es otro que la competencia mercantil y, por tanto, contraria al justo precio. Por regla general, la tutela de esta libertad entraña una mayor eficiencia económica; sin embargo, en aquellos casos de excepción en que ello no ocurre así, no puede sacrificarse tal libertad y el justo precio en aras de una mayor eficiencia económica. De allí que debe preferirse una definición esencial de la libre competencia y evitarse una definición por las funciones que ésta suele desempeñar”. *Ibid.*, p. 207.

Ello fue expresa y reiteradamente sentenciado por nuestro Tribunal Constitucional, el que ha establecido lo que sigue

“(…) Como ha tenido oportunidad de establecer esta Magistratura, aún cuando las sanciones administrativas y las penas difieran en algunos aspectos, ambas forman parte de una misma actividad sancionadora del Estado y han de estar, en consecuencia, con matices, sujetas al mismo estatuto constitucional que las limita en defensa de la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos. Como ya se ha dicho en fallos anteriores “... los principios inspiradores del orden penal contemplados en la Constitución Política de la República han de aplicarse, por regla general, al derecho administrativo sancionador, puesto que ambos son manifestaciones del *ius puniendi* propio del Estado;” (considerando 9 de la sentencia de 26 de agosto de 1996, rol 244).”<sup>211</sup>

### **III.2.2. Los órganos de defensa de la libre competencia.**

Mediante una de las reformas introducidas por la Ley N° 19.911, el Decreto Ley N° 211 asignó a dos organismos claramente diferenciados la misión de defender y promover la libre competencia, a saber, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) y la Fiscalía Nacional Económica (FNE).<sup>212</sup> Mientras el primero es el sucesor legal de la antigua Comisión Resolutiva, y en algunos aspectos, de las Comisiones Preventivas Central y Regionales, la FNE mantuvo su potestad investigadora y acusadora, las que fueron posteriormente fortalecidas por la Ley N° 20.361.

#### **III.2.2.1. El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.**

El TDLC es el tribunal especial establecido por la ley para conocer y resolver eventuales conflictos de relevancia jurídica que tengan por objeto la tutela de la libre competencia en los mercados.<sup>213</sup> Pero junto con el ejercicio de dicha función

---

<sup>211</sup> Sentencia Rol N° 479 del Tribunal Constitucional, Considerando Octavo, del 8 de Agosto de 2006.

<sup>212</sup> El art. 2° dispone: “Corresponderá al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y a la Fiscalía Nacional Económica, en la esfera de sus respectivas atribuciones, dar aplicación a la presente ley para el resguardo de la libre competencia en los mercados.”

<sup>213</sup> El TDLC es un órgano colegiado, integrado por cinco miembros, de los cuales tres son abogados (uno de ellos lo preside) y dos son licenciados o con post grados en ciencias económicas. Adicionalmente,

jurisdiccional, el TDLC tiene la particularidad de ejercer adicionalmente una variedad de funciones extrajurisdiccionales inusuales en un tribunal, que no pueden confundirse con aquéllas.

Las potestades del TDLC pueden clasificarse en preventivas (destinadas a impedir, evitar o disuadir de la perpetración de un ilícito monopólico) y sancionatorias (imponiendo los castigos contemplados en la ley por la ejecución de actos que vulneren la libre competencia o tiendan a hacerlo)<sup>214</sup>, cuyo ejercicio debe siempre tener por finalidad promover y defender la libre competencia en los mercados; corrigiendo, prohibiendo o reprimiendo los atentados contra ésta en la forma y con las sanciones previstas en la ley antimonopolios.

(a) Potestades jurisdiccionales. Su función por antonomasia, que define su carácter de tribunal de la República. En su mérito, y según le faculta expresamente el art. 18 N° 1 del Decreto Ley 211, el TDLC tiene el poder-deber para resolver, como tercero imparcial y a través de un proceso debidamente tramitado, las eventuales infracciones a la libre competencia que las partes (la FNE o un particular) sometan a su conocimiento mediante el ejercicio de una acción. Sólo en el ejercicio de esta potestad el tribunal puede ejercer sus facultades sancionatorias.

Si en el ejercicio de esta potestad el TDLC determina la existencia de un hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos, éste puede adoptar las medidas y sanciones que contempladas en el art. 26° del Decreto Ley N° 211, sin perjuicio de todas aquellas medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que respecto de aquéllos puedan disponerse en cada caso (art. 3°). Las medidas del art. 26° son las siguientes:

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

---

consta de dos miembros suplentes, uno de cada área. El quórum para sesionar debe ser de a lo menos tres miembros. El cargo tiene una duración de seis años, pudiendo ser renovado por un período sucesivo.

<sup>214</sup> VALDÉS, *Libre Competencia y Monopolio*, ob. cit., p. 589.

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

c) Aplicar multas a beneficio fiscal hasta por una suma equivalente a veinte mil unidades tributarias anuales y, en el caso de sancionar una conducta prevista en la letra a) del artículo 3º, hasta por una suma equivalente a treinta mil unidades tributarias anuales. Las multas podrán ser impuestas a la persona jurídica correspondiente, a sus directores, administradores y a toda persona que haya intervenido en la realización del acto respectivo. Las multas aplicadas a personas naturales no podrán pagarse por la persona jurídica en la que ejercieron funciones ni por los accionistas o socios de la misma. Asimismo, tampoco podrán ser pagadas por cualquiera otra entidad perteneciente al mismo grupo empresarial en los términos señalados por el artículo 96 de la Ley de Mercado de Valores, ni por los accionistas o socios de éstas. En el caso de las multas aplicadas a personas jurídicas, responderán solidariamente del pago de las mismas sus directores, administradores y aquellas personas que se hayan beneficiado del acto respectivo, siempre que hubieren participado en la realización del mismo.

Para la determinación de las multas se considerarán, entre otras, las siguientes circunstancias: el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción, la gravedad de la conducta, la calidad de reincidente del infractor y, para los efectos de disminuir la multa, la colaboración que éste haya prestado a la Fiscalía antes o durante la investigación.”

Resulta relevante destacar que las materias que conoce este tribunal son de orden público. De ahí se originan dos consecuencias que corresponde consignar. Primero, las acciones son irrenunciables anticipadamente.<sup>215</sup> Y segundo, una vez ejercidas las partes no pueden disponer libremente de sus pretensiones. Por ello, ha sido objeto de discusión la procedencia de figuras como el desistimiento de la demanda o la conciliación, esta última contemplada expresamente en el artículo 22º.<sup>216</sup>

---

<sup>215</sup> Así lo ha asentado el TDLC, considerando lo siguiente: “Que, en relación con esta materia, cabe señalar, contrariamente a lo aseverado por Polla Chilena, que la incorporación en las bases de licitación materia de la litis de una cláusula de renuncia anticipada de acciones legales -incluidas especialmente las que se pueden iniciar en aplicación del Decreto Ley N° 211- asociada a una eventual sanción por incumplimiento, consistente en la suspensión de la empresa del registro de contratistas, constituiría una vulneración de normas de orden público que conllevaría la nulidad de dicha cláusula, toda vez que el derecho de acción en materias de libre competencia es irrenunciable en forma anticipada y no puede ser modificado ni alterado por el mero consenso de las partes, por lo que debe prevenirse a Polla Chilena para que, en lo sucesivo, se abstenga de exigir tal renuncia anticipada a sus proveedores;”. Sentencia N° 32/2005, Considerando 6º pronunciada con fecha 6 de octubre de 2005, en el juicio “Scientific Games Latino América contra Polla Chilena y otros”, rol C 61-2005.

<sup>216</sup> En ese sentido, el TDLC ha resuelto poner término a numerosas causas por avenimiento de las partes o por desistimiento de la demandante -generalmente motivado por transacción extrajudicial-. Éstas son las

(b) Potestades no contenciosas. El TDLC puede conocer de asuntos no contenciosos, conforme señala el artículo 18 N° 2 y N° 3<sup>217</sup>. No se trata propiamente de una actividad jurisdiccional en el sentido antes descrito, sino que tiene una naturaleza administrativa y su finalidad es la emisión de ciertas declaraciones o diligencias que los interesados pueden realizar por sí, requiriendo del concurso de un tribunal.<sup>218</sup>

La ley antimonopolios reconoce, al menos, dos importantes modalidades para el ejercicio de esta potestad: 1) La emisión de informes descriptivos de la estructura y grado de competencia de un determinado mercado relevante que corresponde a alguna de las denominadas industrias reguladas; y, 2) la absolución de consultas formuladas por la FNE o de cualquiera que tenga interés legítimo en ello, que pueden versar sobre la licitud antimonopólica de actos o convenciones ya celebradas o que se proyecta celebrar. Esta última es sumamente trascendente, pues la declaración del

---

siguientes: “Demanda del Sr. Jaime Eduardo Rosso Bacovic contra Kaufmann S.A.”, Rol C 182-08 (avenimiento); “Requerimiento de la FNE contra Cervecera CCU Chile Ltda.”, Rol C 153-08 (avenimiento); “Demanda de Comercial Belén Ltda. contra Copec S.A.”, Rol C 167-08 (avenimiento); “Demanda de Telsur S.A. contra VTR BA Chile S.A.”, Rol C 138-07 (avenimiento); “Demanda de Constructora y Administradora Uno S.A. contra Cencosud”, Rol C 116-06 (avenimiento); “Demanda de AGIP A.G. contra D & S S.A.”, Rol C 104-06 (avenimiento); “Demanda de Elabal Ltda. y Cía. de Inversiones Vilca Ltda. contra Conopco Inc. y Unilever Bestfoods Chile S.A.”, Rol C 88-06 (desistimiento por transacción extrajudicial); “Demanda de Eveready contra Araucaria”, Rol C 80-05 (desistimiento); “Demanda de Compagnie Gervais Danone contra Soprole S.A.”, C 91-06 (desistimiento por transacción extrajudicial); “Demanda de Humanitas Asesorías S.A. contra don José Soler Lertora”, Rol C 81-05 (desistimiento); “Demanda del Sr. Cristian Heerwagen Guzman, en contra de Metrópolis Intercom S.A.”, Rol C 38-04 (avenimiento); “Demanda de Supermercados Unimarc S.A., en contra de Nestlé Chile S.A.”, Rol C 57-04 (avenimiento); “Demanda de Intergas S.A., en contra de Innergy Soluciones Energéticas S.A.”, Rol C 48-04 (desistimiento por transacción extrajudicial); “Denuncia de Repsol YPF en contra de ENAP”, Rol C 20-04 (avenimiento); “Importadora y Comercializadora Peak Ltda. con Daniel Alfredo Hoffman Furth Elan” Rol C 28-04 (avenimiento); “Denuncia de CMET, en contra de Empresas de Distribución Eléctrica” Rol C 15-04 (desistimiento). Para una buena crítica a la forma en que la conciliación se encuentra contemplada por el Decreto Ley N° 211 en el procedimiento contencioso, véase VALDÉS, *Libre Competencia y Monopolio*, ob. cit., pp. 591-594.

<sup>217</sup> Esta norma entrega al TDLC las siguientes atribuciones:

“2) Conocer, a solicitud de quien tenga interés legítimo, o del Fiscal Nacional Económico, los asuntos de carácter no contencioso que puedan infringir las disposiciones de la presente ley, sobre hechos, actos o contratos existentes o por celebrarse, para lo cual, podrá fijar las condiciones que deberán ser cumplidas en tales hechos, actos o contratos;

3) Dictar instrucciones de carácter general de conformidad a la ley, las cuales deberán considerarse por los particulares en los actos o contratos que ejecuten o celebren y que tuvieren relación con la libre competencia o pudieren atentar contra ella;”.

Esta última potestad ha sido ejercida una sola vez (ver Capítulo III.4.3, ítem xii).

<sup>218</sup> VALDÉS, *Libre Competencia y Monopolio*, ob. cit., p. 595.

TDLC frente a la consulta formulada entrega certeza jurídica a los consultantes acerca de si determinados hechos se conforman o no con las normas de la libre competencia. Así, la respuesta afirmativa del tribunal permite eximir de responsabilidad en los términos establecidos en la ley, mientras duren las circunstancias que motivaron dicho pronunciamiento.<sup>219</sup>

El ejercicio de ambas atribuciones tiene un procedimiento propio, más simple y breve que el de los procedimientos contenciosos, contemplado en el art. 31 del Decreto Ley N° 211.<sup>220</sup> Tanto las resoluciones de término dictadas en ejercicio de la potestad no contenciosa como las sentencias que emita en ejercicio de su potestad jurisdiccional pueden ser objeto de recurso de reclamación para ante la Corte Suprema.

(c) Potestades requisitorias. Conforme lo dispuesto en el numeral 4° del art. 18, el TDLC está facultado para proponer al Presidente de la República, a través del Ministro de Estado que corresponda, la modificación o derogación de los preceptos legales y reglamentarios que estime contrarios a la libre competencia, como también la dictación de preceptos legales o reglamentarios. Dicha proposición debe tener por exclusivo fundamento y objeto fomentar la competencia o regular el ejercicio de determinadas actividades económicas que se presten en condiciones no competitivas. Si bien la proposición que se haga no es vinculante para la autoridad respectiva, VALDÉS considera que ello no significa que ésta pueda libremente desatenderse de ella, por cuanto de hacer caso omiso podría dar lugar a responsabilidad civil extracontractual del Estado y eventuales responsabilidades constitucionales.<sup>221</sup>

---

<sup>219</sup> En efecto, el art. 32° dispone lo siguiente: “Los actos o contratos ejecutados o celebrados de acuerdo con las decisiones del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, no acarrearán responsabilidad alguna en esta materia, sino en el caso que, posteriormente, y sobre la base de nuevos antecedentes, fueren calificados como contrarios a la libre competencia por el mismo Tribunal, y ello desde que se notifique o publique, en su caso, la resolución que haga tal calificación.”

<sup>220</sup> Mientras la tramitación de procedimientos contenciosos (con período de prueba) dura en promedio 526 días desde el ingreso de la demanda o requerimiento hasta la dictación de la sentencia definitiva, la tramitación de las causas no contenciosas terminadas dura en promedio 240 días, desde el ingreso de la causa hasta la dictación de la resolución. Vgr. <<http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Duración%20Contenciosas.pdf>> y <<http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Duración%20No%20Contenciosas.pdf>>, [en línea, última vista: 29 de diciembre de 2009].

<sup>221</sup> VALDÉS, *Libre Competencia y Monopolio*, ob. cit., p. 695.

(d) Potestades reglamentarias. El TDLC goza de las potestades reglamentarias propias de un ente autónomo y de Derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio. Éstas pueden ser de eficacia interna (como los Auto acordados) o de eficacia externa, dirigida a normar conductas de terceros ajenos al tribunal<sup>222</sup>.

### III.2.2.2. La Fiscalía Nacional Económica.

Regulada en el tít. III del Decreto Ley N° 211, la FNE es un servicio público descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propio, independiente de todo organismo o servicio, sometido a la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción.<sup>223</sup> Con sede en Santiago, la FNE está a cargo de un funcionario denominado Fiscal Nacional Económico, nombrado por el Presidente de la República mediante el proceso de selección de altos directivos públicos. El cargo dura cuatro años, pudiendo renovarse su nombramiento por una sola vez.

A este organismo, que se le encomienda representar el interés general de la colectividad en el orden económico, se le ha asignado un carácter independiente y autónomo. Así lo destaca el propio Decreto Ley N° 211.

Artículo 39°.- El Fiscal Nacional Económico, en el ejercicio de sus funciones, será independiente de todas las autoridades y tribunales ante los cuales actúe. Podrá, en consecuencia, defender los intereses que le están encomendados en la forma que estime arreglada a derecho, según sus propias apreciaciones.

Vale reseñar que para fortalecer la referida independencia, mediante las reformas introducidas por la Ley N° 20.361 el cargo en cuestión dejó de ser de la exclusiva

---

<sup>222</sup> Para un extenso análisis de las potestades reglamentarias del TDLC, véase *Íbid.* pp. 638-693.

<sup>223</sup> El origen de la FNE arranca del art. 13 de la Ley 15.142, de 22 de enero de 1963, la cual creó el cargo de Fiscal Económico para actuar como acusador público y defensor del interés general en materia de libre competencia comercial e industrial dicha ley se promulgó casi cuatro años después de la Ley 13.305, cuyo Tít. V había puesto en vigor la primera legislación antimonopolios chilena. VALDÉS, *Libre Competencia y Monopolio*, ob. cit., p. 701.

confianza del Presidente de la República. Sin embargo, resulta poco comprensible que a pesar de dicha modificación (que sin duda es un gran avance en este sentido) éste aún se halla sometido a la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción.

Los principales deberes y atribuciones del Fiscal Nacional Económico, estrictamente limitados al cuadro definido por la tutela de la libre competencia y con el objetivo de auxiliar y promover la mejor administración de la justicia por el TDLC, pueden sintetizarse en los siguientes:

- i. Instruir las investigaciones que estime procedentes para acreditar infracciones a la libre competencia. Para tales efectos puede disponer del personal de la Policía de Investigaciones así como solicitar la colaboración y requerir antecedentes a cualquier funcionario de organismos públicos o empresas relacionadas al Estado;
- ii. Actuar como parte, representando el interés general de la colectividad en el orden económico, ante el TDLC y los tribunales de justicia, con todos los deberes y atribuciones que le correspondan en esa calidad (con excepción de las investigaciones criminales y causas de esa naturaleza);
- iii. Requerir del TDLC el ejercicio de cualquiera de sus atribuciones y la adopción de medidas preventivas con ocasión de las investigaciones que la Fiscalía se encuentre ejecutando;
- iv. Velar por el cumplimiento de los fallos, decisiones e instrucciones que dicten el TDLC o los tribunales de justicia en las materias a que se refiere esta ley; y,
- v. Emitir informes a solicitud del TDLC, en los procesos que la FNE no sea parte.<sup>224</sup>

---

<sup>224</sup> Asimismo, la FNE goza de una gran variedad de facultades de diversa especie. Estas facultades pueden expresarse, de manera sintética y resumida, en las siguientes:

### III.2.3. El ilícito o delito de monopolio en el Decreto Ley N° 211.

#### III.2.3.1. Consideraciones previas acerca del ilícito de monopolio.

La noción de monopolio (según ha sido usada en este trabajo con respecto a la definición de los atentados a la libre competencia) tiene una significación amplia, en cuanto comprende tanto a monopolios y monopsonios puros, como demás figuras análogas propias de mercados imperfectos, como lo son el monopolio y el monopsonio parciales y el oligopolio y el oligopsonio. Es así como el concepto se construye sobre lo que VALDÉS denomina “monopolio estructural”.<sup>225</sup>

Luego, en su acepción delictiva el ilícito de monopolio comprende toda forma de atentado a la libre competencia imputable a un agente (independiente de existe un

---

a) Solicitar a los particulares las informaciones y antecedentes que estime necesarios con motivo de las investigaciones que practique (los que tienen derecho a formular su oposición ante el TDLC), a la vez que puede solicitar la declaración de representantes o empleados de las entidades o personas que pudieren tener conocimiento de hechos investigados;

b) Celebrar convenios con otros servicios públicos, universidades u organismos extranjeros en materias de cooperación recíproca o de interconexión electrónica; así como convenir con éstos y con otros servicios públicos y organismos del Estado la transferencia electrónica de información, que no tenga el carácter de secreta o reservada de acuerdo a la ley;

c) En casos graves y calificados respecto de investigaciones destinadas a acreditar actos de colusión, y con el cumplimiento de estrictos requisitos legales, la FNE puede ejercer una serie de facultades denominadas “intrusivas”, las cuales son: i) Entrar a recintos públicos o privados y, si fuere necesario, a allanar y descerrajar; ii) Registrar e incautar toda clase de objetos y documentos que permitan acreditar la existencia de la infracción; iii) Autorizar la interceptación de toda clase de comunicaciones, y iv) Ordenar a cualquier empresa que preste servicios de comunicaciones, que facilite copias y registros de las comunicaciones transmitidas o recibidas por ella.

d) También respecto de actos colusorios, la FNE puede requerir la exención o reducción de la multa respecto de quienes –cumpliendo con varias condiciones- aporten antecedentes que conduzcan a la acreditación de dicha conducta y a la determinación de los responsables;

e) Suscribir acuerdos extrajudiciales con los agentes económicos involucrados en sus investigaciones, los que deben pasar por la aprobación del TDLC; y

f) Las demás que señalen las leyes.

<sup>225</sup> VALDÉS, *Libre Competencia y Monopolio*, ob. cit., p. 209. En relación al concepto de “monopolio estructural” que ofrece, VALDÉS señala lo que sigue: “he denominado monopolio estructural la noción, implícita en los sistemas tutelares de la libre competencia y carente de nombre específico, mediante la cual se alude al monopolio y al monopsonio puros, al monopolio y al monopsonio parciales, a todas las formas de oligopolio y oligopsonio, y lo que es fundamental, sea que tales estructuras constituyan ilícitos o no. Para una mejor comprensión de lo afirmado, debe considerarse que el monopolio estructural puede tener diversas fuentes, algunas permitidas, otras prohibidas.” (Ibíd., pp. 64-65).

único comerciante o varios) quien, a través de una conducta dolosa o culposa, persigue alcanzar alguna forma de monopolio o abusar de la misma, por medios contrarios a derecho.

El delito de monopolio puede ser cometido mediante una infinita diversidad de formas, que pueden manifestarse en un sinnúmero de hechos, actos o convenciones. Para efectos de este trabajo, destacaremos la distinción entre el ilícito monopólico de fuente y el ilícito monopólico de abuso.

El ilícito monopólico de fuente consiste en la ejecución de conductas orientadas a la obtención de fuentes ilícitas de formación de monopolios o la consecución de poder de mercado. Por contraste, el ilícito monopólico de abuso consiste en el ejercicio antijurídico del poder de mercado de que ya dispone el monopolista, mediante los cuales ejecuta conductas destinadas a explotarlo para lograr rentas monopólicas, o excluir actuales o potenciales competidores que pretendan disputarle su posición.<sup>226</sup> En esta forma de ilícito se nos presenta la conducta conocida como abuso de posición dominante.

Como puede observarse, en ambos casos subyace un algo determinante, a saber, la posición dominante del monopolista y el poder de mercado de que goza. Entendida la posición dominante como aquella que le permite a una empresa “comportarse de manera independiente respecto de sus competidores, clientes, y, en última instancia, competidores”<sup>227</sup>, el poder de mercado se presenta como el medio idóneo para afectar

---

<sup>226</sup> *Ibíd.*, p. 210.

<sup>227</sup> “Comisión Europea con *United Brands*” (1976). En lo que toca al derecho norteamericano, la noción de posición dominante y poder de mercado ha sido desarrollada jurisprudencialmente, toda vez que la *Sherman Act* no hace referencia a ese concepto. En ese sentido, VALDÉS destaca definición de poder de mercado ofrecida por William Landes y Richard Posner como “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 efecto”. VALDÉS, *Libre Competencia y Monopolio*, ob. cit., p. 289.

la libre competencia.<sup>228</sup> En efecto, en el ilícito de fuente se busca obtenerlo por medios injustos, mientras en el de abuso se le emplea en forma antijurídica.<sup>229</sup>

De lo último se desprenden dos consecuencias que se deben rescatar. Primero, que en ausencia de aquél las conductas que se ejecuten son inocuas para el derecho antimonopolios. Y segundo, vinculado con la primacía de la autonomía privada, que el solo hecho de ostentar poder de mercado no es en sí mismo reprochable, como tampoco lo es el ejercicio que de dicho poder de mercado haga el monopolista, sino que sólo lo será en tanto se ejerza conculcando la libre competencia. Semejante circunstancia equivaldría a sancionar el monopolio en cuanto estructura de mercado, el que por lo demás puede provenir de la mayor eficiencia del monopolista o del control de un monopolio natural.

En consecuencia, la regla general es y debe ser siempre la libertad para ejercer las actividades económicas como se estime conveniente, las que sólo serán reprochadas y sancionadas de existir una obtención o empleo antijurídico de tal poder, vulnerando la libre competencia

### **III.2.3.2. El ilícito de monopolio en el art. 3° del Decreto Ley N° 211.**

En el derecho de la libre competencia chileno, el delito de monopolio se encuentra contemplado en el art. 3° del Decreto Ley N° 211. Esa norma contiene lo que la doctrina califica como el tipo universal del ilícito monopólico, denominado así por cuanto su texto capta todas las conductas contrarias a la libre competencia.<sup>230</sup>

En efecto, el legislador optó por no tipificar cada una de las conductas que concretamente pueden resultar en un atentado contra el bien jurídico tutelado por dicho

---

<sup>228</sup> VALDÉS advierte que no toda posición de dominio otorga poder de mercado, como lo sería el caso de un monopolio en que tal posición dominante se encuentra regulada, privando de tal poder a su titular. *Ibíd.*, pp. 551-552.

<sup>229</sup> *Ibíd.*, p. 210.

<sup>230</sup> Otra norma sustantiva está contenida en el art. 4° del Decreto Ley N° 211, que dispone no podrán otorgarse concesiones, autorizaciones, ni actos que impliquen conceder monopolios para el ejercicio de actividades económicas, salvo que la ley lo autorice.

cuerpo legal (como ocurre en el Derecho penal), sino que se limitó a hacer una descripción genérica. Sin perjuicio de ello, en los incisos siguientes ofrece una enumeración ejemplar y no taxativa de conductas que pueden ser ilícitas.<sup>231</sup> Asimismo, el tipo en comento es universal en cuanto captura todas las modalidades y formas de injustos administrativos de monopolio sancionables y todas las modalidades y formas de consultas administrativas de monopolio susceptibles de medidas prohibitivas o correctivas. De esta forma, el tipo universal antimonopólico opera como una suerte de límite demarcador del ámbito de operación de las potestades jurisdiccional y de absolución de consultas que el Decreto Ley 211 confirió al TDLC.<sup>232</sup>

La norma en cuestión señala textualmente lo que sigue:

“Artículo 3º.- El que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos, será sancionado con las medidas señaladas en el artículo 26 de la presente ley, sin perjuicio de las medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan disponerse en cada caso.

Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia o que tienden a producir dichos efectos, los siguientes:

- a) Los acuerdos expresos o tácitos entre competidores, o las prácticas concertadas entre ellos, que les confieran poder de mercado y que consistan en fijar precios de venta, de compra u otras condiciones de comercialización, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado, excluir competidores o afectar el resultado de procesos de licitación.
- b) La explotación abusiva por parte de un agente económico, o un conjunto de ellos, de una posición dominante en el mercado, fijando precios de compra o de venta, imponiendo a una venta la de otro producto, asignando zonas o cuotas de mercado o imponiendo a otros abusos semejantes.
- c) Las prácticas predatorias, o de competencia desleal, realizadas con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante.”

---

<sup>231</sup> Tales figuras ejemplares, al ser introducidas por la Ley N° 19.911, tenían una función casi exclusivamente de ayuda al intérprete. Sin embargo, a partir de las reformas introducidas por la Ley N° 20.361 ellas tienen notables efectos sustantivos, pues estableció sendas diferencias respecto de los casos contenidos en la letra a) (particularmente actos de colusión) respecto de las demás conductas ejemplarmente indicadas. Estas diferencias se manifiestan en materias tales como el plazo de prescripción, monto máximo de multa aplicable y facultades de investigación para la FNE.

<sup>232</sup> VALDÉS, *Libre Competencia y Monopolio*, ob. cit., pp. 243-245.

En consecuencia, a la luz de este tipo universal, el delito de monopolio puede ser definido como “una acción u omisión, doloso o culposa, dirigida causalmente a producir un resultado típico y antijurídico consistente en la puesta en riesgo o en la lesión efectiva de la libre competencia”.<sup>233</sup> La norma contempla genéricamente la descripción de los presupuestos físicos y espirituales que deben concurrir para tales efectos. Siguiendo el análisis de VALDÉS, los calificaremos como faz objetiva y subjetiva del tipo universal antimonopólico.<sup>234</sup>

(a) Faz Objetiva: Se construye sobre la descripción del sujeto activo, del sujeto pasivo y la acción, siendo que esta última se presenta vinculada con un determinado resultado. Esta vinculación corresponde al denominado nexa causal.

- i. Sujeto activo: Comprendido en la expresión “El que...” con que se inicia la descripción del tipo de injusto de monopolio, puede corresponder a una persona natural o jurídica, de derecho privado o público, respecto de conductas ejecutadas individual o colectivamente.
- ii. Sujeto Pasivo: Es la víctima del injusto, que puede serlo tanto a nivel inmediato (los integrantes –actuales y potenciales- del mercado) como mediato (la comunidad del mercado relevante donde la conducta tiene lugar, pudiendo alcanzar a la nación toda). Ahí radica la importancia de la actuación de la FNE en representación de los intereses de toda la colectividad, y que ésta ocurra con autonomía e independencia, sobretodo considerando que el sujeto activo puede ser un órgano vinculado al Estado o relacionado con organizaciones políticas (un ejemplo común son las municipalidades).
- iii. Acción: En tanto conducta propiamente humana, la acción que nos ocupa es una conducta finalizada, esto es, guiada por el intelecto y la voluntad, y mediante la cual se perpetre un atentado a la libre competencia. La noción de acción es también comprensiva de las omisiones, aunque ello requiere

---

<sup>233</sup> *Ibíd.*, p. 241.

<sup>234</sup> *Ibíd.*, pp. 245-327.

consideraciones adicionales, pues la sanción de una omisión implica acreditar la existencia de un “deber de actuar” en un contexto donde la regla general es la libertad. Las omisiones cobran particular valor en los casos donde existe una negativa a interactuar (generalmente expresada en una negativa a pactar) con otro actor del mercado, la que deviene en un atentado a la libre competencia.

Es importante destacar de este elemento una conclusión trascendental: lo prescrito son conductas y no situaciones estructurales de mercado.

- iv. Resultado: La conducta, deliberada y exteriorizada, debe involucrar también un resultado específico vinculado a ella. Para el tipo antimonopólico en cuestión, tal resultado debe consistir en impedir, restringir o entorpecer la libre competencia, o tender a producir dichos efectos. Luego, admite dos modalidades: un detrimento, lesión o aniquilación del bien jurídico tutelado y la puesta en peligro de éste.
- v. Nexos o relación causal: Debe existir un nexo causal entre la actividad típica ejecutada por el actor y su resultado antijurídico. En otras palabras, el resultado que es causalmente el efecto de la conducta debe reunir dos requisitos copulativos: a) debe ser directo y no indirecto, y b) haber sido previsto o haber sido razonablemente previsible por el agente (estructura dolosa o culposa), lo cual será estudiado al desarrollarse el análisis de la faz subjetiva.

La aptitud vulneradora requiere, para la formación del nexo causal entre la conducta típica y el resultado de puesta en riesgo de la libre competencia, de un poder de mercado que resulte medio eficaz para la perpetración de prácticas anticompetitivas conducentes a una renta monopólica. Asimismo, el poder de mercado que permita un abuso debe ser medio eficaz por sí mismo para la perpetración del abuso; no puede estimarse lesivo de la libre competencia el abuso que resulta de causas concomitantes o sobrevivientes.

(b) Faz subjetiva: Lo esencial a ésta es que opera simultáneamente como fundamento y límite del ilícito monopólico. En efecto, ésta importa un reconocimiento a que el ilícito monopólico exige de dolo o culpa para su perpetración, esto es, que el hecho, acto o convención en cuestión debe tener por objeto intencional conculcar la libre competencia. Y a la vez, no puede surgir responsabilidad ni eventuales sanciones donde no hay culpa ni dolo.

Por último, se debe consignar dos elementos indispensables para que la conducta típica sea objeto de reproche desde la óptica de la libre competencia. Estos son antijuridicidad y culpabilidad.

La antijuridicidad está construida sobre la noción de tipicidad, en el sentido que aquélla presupone ésta. Mientras el tipo es la descripción de la conducta proscrita, la antijuridicidad es el disvalor de que es portador un hecho típico que contradice las normas deber contenidas en el ordenamiento jurídico.<sup>235</sup> Y habrá antijuridicidad en tanto no concurra alguna causal de justificación.<sup>236</sup>

Y en lo tocante a la culpabilidad, ésta es la reprobabilidad del hecho típico y antijurídico, fundada en que su autor lo ejecutó no obstante que en la situación concreta podía someterse a los mandatos y prohibiciones del derecho. Por consiguiente significa que el disvalor del acto injusto se extiende también a la persona del agente, porque puede serle atribuido como obra suya.<sup>237</sup>

### **III.2.3.3. El abuso de posición dominante.**

Según se dijo en los párrafos precedentes (punto III.2.3.1.), las conductas constitutivas delito de monopolio pueden clasificarse en ilícitos de fuente o de abuso. Estos últimos se definen como la injusta explotación de un monopolio estructural que se ostenta,

---

<sup>235</sup> CURY, Enrique. Derecho Penal. Parte General. 3ª ed. Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2004, p. 353.

<sup>236</sup> *Ibíd.*, p. 363.

<sup>237</sup> *Ibíd.*, p. 385.

donde su autor se aprovecha –con dolo o culpa- del poder de mercado que ese monopolio le confiere. En otras palabras, el ilícito de abuso no es otra cosa que el ejercicio antijurídico del poder de mercado de que dispone el monopolista estructural, que vulnera la libre competencia.<sup>238</sup> Se dijo además que si se carece de poder de mercado, o si teniéndolo se ejerce lícitamente, no puede existir un injusto de monopolio. Por consiguiente, para que se configure el ilícito de abuso es necesario que “exista un monopolio estructural dotado de poder de mercado y que dicho poder sea ejercitado por el monopolista en un forma tal que lesione la libre competencia, bien jurídico tutelado de donde arranca la tipicidad y antijuridicidad monopólica.”<sup>239</sup> Tal forma de injusto de monopolio es lo que entendemos como abuso de posición dominante.

La versión original del Decreto Ley N° 211 no contemplaba expresamente la figura del abuso de posición dominante, la que, bajo la influencia del Tratado de Roma, debió ser incorporada mediante modificaciones posteriores. Sin embargo, no fue sino hasta la dictación de la Ley N° 19.911 cuando dicha figura vino a ser derechamente incorporada como un prototipo de conducta contraria a la libre competencia. En efecto, en la letra b) de su art. 3° (texto modificado por la reciente Ley N° 20.361) se incluyó la siguiente figura:

“La explotación abusiva por parte de un agente económico, o un conjunto de ellos, de una posición dominante en el mercado, fijando precios de compra o de venta, imponiendo a una venta la de otro producto, asignando zonas o cuotas de mercado o imponiendo a otros abusos semejantes.”

En conformidad con lo expresamente dispuesto en la norma antes transcrita, los presupuestos que deben concurrir para que estemos frente a un abuso de posición dominante pueden enumerarse de la siguiente manera: i) la existencia de una posición dominante que confiere poder de mercado; ii) el ejercicio efectivo del poder de mercado que se ostenta; y iii) que ese ejercicio del poder de mercado sea injusto, atentatorio contra la libre competencia o que tienda a hacerlo. Lo anterior, sin perjuicio

---

<sup>238</sup> VALDÉS, *Libre Competencia y Monopolio*, ob. cit., p. 545.

<sup>239</sup> *Ibíd.*

de las demás exigencias emanadas del tipo universal antimonopólico antes indicadas.<sup>240</sup>

### **III.3. La doctrina de las facilidades esenciales en el Decreto Ley N° 211.**

#### **III.3.1. El objeto de la doctrina de las facilidades esenciales está incorporado en el art. 3° del Decreto Ley N° 211.**

Recapitulando lo desarrollado en los dos primeros capítulos, la doctrina de las facilidades esenciales plantea como principal postulado que un monopolista que posee una facilidad esencial para competir en un mercado relevante puede incurrir en un delito de monopolio si se niega a proporcionarle a un competidor acceso a dicho insumo, siempre que tal negativa no se funde en legítimas razones que la justifiquen. Y entre las sanciones a imponer, se postula que es posible compeler al monopolista a asistir a su rival, proveyéndole el acceso solicitado en términos razonables y no arbitrariamente discriminatorios.

En ese sentido, se estimó que los presupuestos necesarios para que se genere la referida responsabilidad deben ser copulativamente los que se indican: (i) existencia de un insumo o activo controlado por un monopolista respecto del cual un competidor requiere acceso; (ii) dicho insumo debe ser indispensable para competir en un mercado relevante determinado; y (iii) debe existir una negativa injustificada del monopolista a proveer el acceso requerido.

Pues bien, así entendida la doctrina de las facilidades esenciales encuentra recepción en el tipo universal antimonopólico contemplado en el Decreto Ley N° 211. Ello, tanto por quedar perfectamente capturada en la figura genérica tipificada en su art. 3° configurando una especie de ilícito de abuso, como por estar directamente incorporada a través de la figura del abuso de posición dominante contenida en la letra b) del mismo artículo.

---

<sup>240</sup> En el mismo sentido, *Ibíd.*, pp. 557-558.

Primero, los presupuestos para la configuración de la conducta que la doctrina de las facilidades esenciales estima contraria a la libre competencia coinciden con los de la conducta proscrita por el art. 3°. En efecto, en conformidad con lo expuesto previamente, dicha conducta será objeto de reproche en caso que, por una parte, a) exista un sujeto activo, consistente en el monopolista titular de la facilidad esencial; b) se afecte a un competidor actual o potencial que busca acceso al insumo, sin perjuicio de las consecuencias mediatas que pueda sufrir la comunidad que forma parte del mercado relevante; c) el monopolista manifieste (generalmente en la forma de omisión) una negativa a proveer el acceso a un competidor, o lo provee en términos abusivos; d) tal acción tiene por resultado eliminar antijurídicamente la competencia efectiva en el mercado; y e) que exista un nexo causal entre la negativa y la eliminación de la competencia; y, por otra parte, que la negativa contenga el objeto intencional de eliminar o reducir la competencia efectiva en el mercado. Semejante conducta será antijurídica por encontrarse en contradicción con el ordenamiento jurídico; y reprochable al autor, al no omitir la acción típica y antijurídica aun cuando podía hacerlo

Pero adicionalmente, cabe destacar que la conducta en cuestión se encuentra particular y directamente capturada en la figura del abuso de posición dominante contemplada en la letra b) del art. 3°. En efecto, existirá un abuso de posición dominante sancionado en dicha norma en tanto: i) hay un monopolista que goza de una posición dominante derivada fundamentalmente de la instalación esencial que controla; ii) el monopolista ejerce dicho poder negándole el acceso a un competidor; y iii) esa negativa es apta para eliminar la competencia efectiva en el mercado y carece de toda justificación legítima, o se manifiesta en términos arbitrariamente discriminatorios.

De configurarse la conducta reseñada, el tribunal antimonopólico podrá imponer las sanciones y medidas en el art. 26 del Decreto Ley N° 211 y demás medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan disponerse en cada caso. Y el caso es que, estimamos (y así

también lo ha entendido el TDLC) que el tribunal está facultado para –entre otras cosas- compeler al monopolista a compartir su insumo esencial. Ello será analizado con mayor detención en los párrafos siguientes.

Por último, no podemos dejar de destacar que el tratamiento que la autoridad antimonopolios debe dar a esta conducta debe ser sumamente estricto. En efecto, y conforme lo indicado al comienzo de este capítulo, la regla general es que todas las personas pueden ejercer libremente su autonomía, regla que rige igualmente en el ámbito económico. Ello significa que todo competidor, incluso un monopolista, es libre de pactar con quien estime conveniente, y en las condiciones que las partes libremente acuerden (aún cuando puedan ser más o menos desventajosas para una de ellas), sin tener obligación alguna de cooperar o asistir a sus rivales. Luego, los órganos de defensa de la libre competencia deben ser sumamente cuidadosos en encontrar una responsabilidad en estos casos, con intervenciones de la magnitud indicada que restringen sustancialmente la autonomía privada, pues normalmente existirán en el mercado decisiones de monopolistas que afecten a competidores menores que se encuentran amparadas por el derecho. Cabe recordar que el derecho antimonopolios vela por la libre competencia en los mercados, y no por competidores específicos.<sup>241</sup>

---

<sup>241</sup> En línea con lo que se viene diciendo, el TDLC ha fallado correctamente lo siguiente:

**“Decimocuarto:** Que también se debe aclarar que, en general, desde el punto de vista de la libre competencia, es indiferente si la distribución de determinados productos es realizada por un distribuidor o por otro, a menos que el cambio de distribuidor afecte el mercado, esto es, que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia en el mismo;

**Decimoquinto:** Que, en razón de lo anterior, y particularmente en relación con el corte de suministro a RCH, es preciso señalar que si éste hubiese sido realizado exclusivamente por RIL, su proveedor exclusivo, ello habría sido irrelevante desde la perspectiva de la libre competencia, ya que RIL es libre de determinar si distribuye sus productos en el territorio nacional por sí mismo, o por intermedio de distribuidores y, en este último caso, si escoge a RCH o a otro distribuidor independiente. En este contexto, la negativa de RIL de suministrar productos a RCH habría sido una cuestión meramente contractual, respecto de la cual no cabría a este Tribunal pronunciarse;

(...)

**Quincuagésimo primero:** Que, a mayor abundamiento, este Tribunal se hará cargo de la alegación de RCH de que los demandados tendrían una posición dominante en virtud de la dependencia económica de la primera respecto de los segundos;

**Quincuagésimo segundo:** Que, al respecto, este Tribunal estima que el poder de mercado ha de ser analizado en función de las características propias del mercado en cuestión, y no necesaria ni únicamente a la luz de una relación contractual específica, sin que RCH pueda invocar los términos y condiciones de exclusividad que libremente pactó con RIL como configuradores de un mercado relevante de distribución de productos marca Reebok, en el cual RIL tenga una posición dominante. Por consiguiente, no es

### III.3.2. Las potestades del TDLC frente a la doctrina de las facilidades esenciales.

Habiéndose concluido que la negativa injustificada del monopolista titular de un insumo esencial a proveer acceso al mismo puede configurar un delito de monopolio, resulta evidente que el TDLC puede sancionar dicha conducta con alguna de las sanciones establecidas en el art. 26° del Decreto Ley N° 211. Así, podrá imponer multas de hasta 20.000 Unidades Tributarias Anuales (UTA), límite que sube hasta 30.000 UTA en caso de involucrar además un acto de colusión<sup>242</sup>; modificar o poner término a los actos o convenciones que contengan cláusulas en tal sentido; e incluso ordenar la modificación o disolución de las sociedades, corporaciones y demás personas jurídicas de derecho privado que hubieren intervenido en tales actos o convenciones.<sup>243</sup>

Las anteriores sanciones presentan el límite temporal fijado por los plazos de prescripción de las acciones. Éste es de 3 años contados desde la ejecución de la conducta, salvo el plazo de 5 años para las conductas colusorias, que se cuentan

---

procedente, como ha argumentado RCH, reducir e identificar el mercado relevante solamente con los productos que son objeto de una relación contractual de distribución exclusiva;

**Quincuagésimo tercero:** Que, por lo tanto, a este Tribunal le interesan los efectos que los contratos de exclusividad puedan tener en aquel mercado relevante más amplio que el referido a los productos sobre los que versan dichos contratos (marca Reebok). No le compete velar por los derechos y obligaciones que para las partes emanan de los mismos y que miran al solo interés individual de éstas. En este sentido, son inadmisibles las alegaciones de RCH en orden a que las demandadas tendrían posición de dominio a su respecto, e irrelevante, desde el punto de vista de la libre competencia, la presencia del efecto denominado *lock-in*, argumentado por RCH y establecido por el informe acompañado a fojas 1084;

**Quincuagésimo cuarto:** Que por todo lo anterior, esto es, al no haberse establecido que RIL y Adidas hayan tenido una posición dominante al momento de incurrir en las conductas en cuestión, no se cumplen las condiciones necesarias para que este Tribunal pueda calificarlas como constitutivas de abuso de posición dominante, ni tampoco para estimar que pueda tratarse de actos de competencia desleal destinados a mantener o incrementar tal posición;

(Sentencia N° 80/2009, pronunciada con fecha 8 de enero de 2009, en el juicio “Demanda de Reebok Chile S.A. contra Reebok International Limited y otro”; confirmada por la Excm. Corte Suprema por sentencia de fecha 21 de julio de 2009, en los autos rol 1470-2009).

<sup>242</sup> Equivalentes a Enero de 2010 a la suma de \$8.776.560.000.- y a \$13.164.840.000.-, respectivamente.

<sup>243</sup> Esto último es particularmente relevante, pues plantea la posibilidad que, si el TDLC lo estima conveniente, se ordene la división de la empresa demandada, por ejemplo, disponiendo que la sociedad que compite en el mercado relacionado (aguas arriba o aguas abajo) se constituya como una sociedad anónima abierta distinta de aquella que posee el insumo esencial en cuestión. Algo similar ocurre en el derecho norteamericano con la sanción conocida como *divestiture*, a la que se hiciera referencia en el capítulo I.

desde que deje de producir efectos. La prescripción se interrumpe por requerimiento de la FNE o demanda de un particular formulada ante el TDLC (art. 20°, incisos 4° y 5°).

Todo lo anteriormente expuesto no admite mayor discusión, salvo la que se pueda suscitar respecto a la aplicación de cada medida en cada caso concreto.

Sin embargo, donde se origina intensa polémica es respecto de aquellas medidas que puedan ser impuestas en virtud de la potestad que el art. 3° le otorga al TDLC (adicionales a las contenidas en el art. 26) consistentes en “adoptar las medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan disponerse en cada caso”<sup>244</sup>. Y ello ocurre precisamente porque ahí se encuentra el fundamento legal para que el TDLC pueda adoptar la principal (y más criticada) medida que postula la doctrina de las facilidades esenciales: compeler al monopolista a proveer acceso a su insumo a un competidor, bajo términos razonables y no arbitrariamente discriminatorios. Según se viera en el capítulo II, ahí radica el centro de la polémica que ha rodeado a la doctrina desde su existencia, y que motiva que se propugne con ardor por su desaparición.

Sin perjuicio de los buenos argumentos que ofrecen sus críticos, estimamos que no existen razones que impidan al TDLC compeler a un monopolista a proveer acceso. Fundamentalmente por dos razones. Primero, por un argumento de derecho positivo, cual es que la norma en cuestión claramente le facultó para aquello, en términos tales que no es admisible al intérprete hacer distinciones. Y segundo, por un argumento práctico, cual es que –a pesar de la corta experiencia del tribunal- la jurisprudencia del TDLC indica que las críticas relativas la supuesta impracticabilidad y efectos negativos a una solución de esa especie (como la imposibilidad de controlar los fallos, que el tribunal se convertiría en una agencia reguladora, o la posibilidad de incurrir en actos expropiatorios) no tienen mayor asidero. Esto último será específicamente analizado en el ítem siguiente.

---

<sup>244</sup> La expresión “preventiva” vino recién a ser incorporada al art. 3° con las modificaciones introducidas por la Ley N° 20.361. Sin embargo, en la práctica el TDLC consideraba desde antes que podía adoptar medidas de naturaleza preventiva tanto en procedimientos contenciosos como no contenciosos, según consta de las Sentencias N° 31/2005, 47/2006, 55/2007 y 65/2008.

Sin perjuicio de lo anterior, las medidas que el TDLC está facultado para adoptar no son ilimitadas. En ese sentido, consideramos que el tribunal está sujeto a tres clases de limitaciones.

Primero, un límite interno, cual es que toda decisión que adopte debe ceñirse estrictamente a proteger y promover la libre competencia en los mercados, bien jurídico protegido por el Decreto Ley N° 211.

Segundo, las medidas deben estar en consonancia, de modo general, con el orden público económico, y de manera particular, con la garantía constitucional que sirve de principal fundamento a derecho antimonopolios, a saber, el derecho a ejercer libremente cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen.

Y tercero, aún cuando las medidas en cuestión puedan propender de alguna manera a la libre competencia, éstas nunca pueden vulnerar la esencia de un derecho constitucional. Ello, tanto porque así aviene con la razón como por disponerlo el numeral 26 del artículo 19 de la Constitución.

Por lo demás, la posibilidad de aplicar estas medidas es particularmente relevante si se considera que el TDLC estima que la prescripción de las acciones no es obstáculo para ejercer sus atribuciones preventivas, prohibitivas o correctivas. Lo anterior ha sido establecido expresamente por el TDLC, el que ha sostenido al efecto:

“Que, por lo expuesto, y teniendo en consideración –además que la prescripción de la acción no afecta las atribuciones de este Tribunal para adoptar medidas correctivas o prohibitivas –distintas de las sancionatorias establecidas en el indicado artículo 26º– con el objeto de evitar que los efectos perniciosos de las infracciones de que conozca se produzcan, incrementen o perpetúen en el tiempo, este Tribunal procederá a determinar si se encuentran o no acreditados los hechos que fundan la demanda, para luego, si corresponde, aplicar las sanciones que procedan respecto de infracciones cuya acción no esté prescrita, o adoptar medidas correctivas o prohibitivas –distintas de las sanciones previstas en el artículo 26º del

Decreto Ley N° 211– respecto de las mismas o de aquellas conductas cuya acción sí se encuentre prescrita, en caso que de las últimas emanen efectos dañinos para la libre competencia;”<sup>245</sup>

Finalmente, estimamos que lo dicho sobre la facultad del TDLC de adoptar las medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que estime pertinentes se extiende al ejercicio de sus potestades no contenciosas, consistentes en la emisión de informes y la absolución de consultas (no así en el caso de las sanciones contenidas en el art. 26°, exclusivas de su potestad jurisdiccional). Ello, en atención a la característica mixta del tipo universal del art. 3° antes indicada, la cual captura tanto todas las modalidades y formas de injustos administrativos de monopolio sancionables como todas las modalidades y formas de consultas administrativas de monopolio susceptibles de medidas preventivas, prohibitivas o correctivas.

#### **III.4. La doctrina de las facilidades esenciales en la jurisprudencia de nuestros órganos de defensa de la libre competencia.**

Cerraremos este trabajo analizando la recepción de la doctrina de las facilidades esenciales en la jurisprudencia de nuestros organismos antimonopolios. Para ello haremos primeramente una breve referencia a la jurisprudencia de las antiguas comisiones, antecesoras de nuestro TDLC, para luego exponer cual ha sido la experiencia de este último. Finalmente, estudiaremos de modo particular cada una de las sentencias y resoluciones del TDLC sobre las que se sustenta lo anterior.

---

<sup>245</sup> Sentencia N° 66/2008, pronunciada el 14 de mayo de 2008 en el juicio “Demanda de Sergio Maldonado Muñoz contra Texaco Chile S.A.C.”, Rol C 143-07; confirmada por la Excma. Corte Suprema por sentencia de fecha 31 de julio de 2008, en los autos Rol N° 3199-2008.

En otro fallo en el mismo sentido, el TDLC resolvió lo siguiente: “Que, por lo expuesto, y teniendo en consideración –además– que la prescripción de la acción no afecta las atribuciones de este Tribunal para adoptar medidas correctivas o prohibitivas –distintas de las sancionatorias establecidas en el indicado artículo 26°– con el objeto de evitar que los efectos perniciosos de las infracciones de que conozca se produzcan, incrementen o perpetúen en el tiempo, este Tribunal procederá a determinar si se encuentran o no acreditados los hechos que fundan la demanda, para luego, si corresponde, aplicar las sanciones que procedan respecto de infracciones cuya acción no esté prescrita, o adoptar medidas correctivas o prohibitivas –distintas de las sanciones previstas en el artículo 26° del Decreto Ley N° 211– respecto de las mismas o de aquellas conductas cuya acción sí se encuentre prescrita, en caso que de las últimas emanen efectos dañinos para la libre competencia;”. Sentencia N° 62/2008, pronunciada el 12 de marzo de 2008 en el juicio “Demanda de María Rivas Morel con American British School”, Rol C 122-2006; confirmada por la Excma. Corte Suprema por sentencia de fecha 2 de julio de 2008, en los autos Rol N° 1909-2008.

#### **III.4.1. La doctrina de las facilidades esenciales en la jurisprudencia de la Comisión Resolutiva y las Comisiones Preventivas.**

Si bien las antiguas comisiones entendían que la sola existencia una instalación esencial no implica necesariamente ilícita, éstas manifestaron en varias oportunidades su preocupación por que tales instalaciones fueran administradas en régimen de acceso abierto que asegurara la competencia. Así ocurrió principalmente en sectores de infraestructura como aquellos necesarios para la prestación de servicios portuarios, las redes de telefonía local y las líneas de transmisión de energía eléctrica, así como también en el caso de los vertederos necesarios para la disposición final de residuos sólidos domiciliarios.

En su gran mayoría no se trata de casos propios de la doctrina de las facilidades esenciales (no hay una negativa a compartir con un competidor un insumo esencial), sino que se trata básicamente del interés de garantizar un régimen abierto respecto de insumos estratégicos en el marco de una economía en transición a un mercado libre y abierto –a la que está poco acostumbrada- con cada vez menor participación del Estado. En ese sentido SERRA concluye que “El estudio de las sentencias muestra que ha existido una especial preocupación por el riesgo de que un monopolio integrado verticalmente sabotee a sus competidores aguas abajo. Por esta razón, los organismos de competencia han requerido al gobierno la regulación tarifaria de aquellas facilidades esenciales que no lo estaban, condicionado la integración vertical a que el servicio no-regulado se preste a través de una filial con giro exclusivo e impuesto condiciones de transparencia en la información con el fin de reducir las ventajas estratégicas de los monopolios integrados”.<sup>246</sup>

Así, por ejemplo, puede observarse la Resolución N° 683, del 8 de abril de 2003, donde la Comisión Resolutiva debió pronunciarse sobre la posibilidad, desde la óptica del derecho antimonopolios, que la empresa Enersis S.A., por sí misma o por intermedio

---

<sup>246</sup> SERRA, Pablo. “Las facilidades esenciales en la doctrina de los organismos de competencia chilenos”, op. cit., p. 1.

de sus relacionadas, ingresara al mercado de las telecomunicaciones mediante el desarrollo y operación del sistema denominado *Powerline Communications* o PLC (servicio intermedio de telecomunicaciones que incluía Internet y telefonía IP, lo que permite transformar las redes eléctricas de la empresa de distribución eléctrica Chilectra en redes de telecomunicaciones); y, particularmente, si era posible garantizar que en ese evento prevalecieran condiciones de competencia en los mercados en que participen dichas empresas, vinculadas a Enersis, dada su significativa participación en el mercado de la distribución eléctrica, al controlar el acceso a las redes de distribución de sus filiales Chilectra y Río Maipo, medios por vía de los cuales dicha tecnología operaría.

Pues bien, calificando la red de transmisión de energía eléctrica como un insumo esencial, la Comisión autorizó a Enersis ejercer dicha actividad, garantizando el acceso de terceros a la red en condiciones razonables y no arbitrariamente discriminatorias. En efecto, señaló:

“OCTAVO: Que analizados los antecedentes de autos y acorde con las consideraciones precedentes, esta Comisión estima que Enersis S.A. puede participar en el mercado de las telecomunicaciones por intermedio de la operación del sistema PLC, mediante la concesión de la utilización de sus redes eléctricas a otras empresas que deseen prestar servicios al usuario final.

En este último mercado, también podrá participar una filial de Enersis como proveedor de servicios a usuarios finales, la que deberá constituirse como sociedad anónima con carácter de abierta, inscribiéndose para el efecto en el Registro de Valores, y que deberá intervenir en condiciones de igualdad, garantizándose a los demás agentes del mercado no vinculados al controlador u operador de la red PLC, un trato no discriminatorio en el acceso a la misma;

NOVENO: Que tal decisión se basa en que la operación de la red no constituirá un obstáculo a la libre competencia, en la medida que a su titular le sea indiferente quién hace uso de ella, debido a que su actividad económica se restringirá a obtener beneficios por el tráfico que otros, que son competidores entre sí, hacen de ella, sin perjuicio de que tal titular pueda participar como uno más de esos competidores, posición que es sustentada también por la Fiscalía Nacional Económica.

Que dados estos argumentos, para la implementación del sistema PLC, es necesario que unas empresas presten los servicios a los usuarios finales y otras, jurídicamente distintas, entre las cuales pueden contarse filiales de

Enersis, sean proveedoras de la facilidad esencial constituida por la red a través de la cual se accede a dichos usuarios;”

Otro ejemplo ocurrió en el mercado de la telefonía. A principios de los años 90, dicho mercado se prestaba al fin del monopolio legal existente en el mercado de la telefonía de larga distancia, existiendo temores acerca de si convenía o no permitir a Compañía de Telecomunicaciones de Chile (CTC), empresa dominante en el mercado de la telefonía fija, participar en aquél. Pues bien, tras diversos pronunciamientos en contra y a favor emitidos por la Comisión Preventiva Central y la Comisión Resolutiva (Dictamen N° 718, del 16 de octubre de 1989, y Resolución N° 332, del 28 de noviembre de 1989, respectivamente), la Comisión Resolutiva decidió autorizar la integración vertical entre telefonía local u larga distancia, asegurándose las condiciones técnicas que permitieran la igualdad de condiciones entre los actores presentes y los nuevos entrantes, y que no existieran discriminaciones arbitrarias en perjuicio de quienes no se encontraban verticalmente integrados (Resolución N° 389, del 16 de abril de 1993).

Finalmente, es interesante analizar el caso del mercado de la basura (objeto de reiterados pronunciamientos posteriores por parte del TDLC), particularmente en lo que toca a los hechos que dieron lugar a la Resolución N° 650, del 17 de mayo de 2002. En la especie, se denunció la inconveniencia de que la empresa KDM, propietaria del relleno sanitario “Lomas Las Coloradas” de la comuna de Til Til, se haya adjudicado la concesión para la explotación de una estación de transferencia, instalación, procesamiento en la comuna de Puente Alto.

La Comisión observó que se estaban licitando conjuntamente tres fases separadas e independientes para el tratamiento de residuos sólidos domiciliarios: la fase de construcción y operación de una estación de transferencia (tratamiento intermedio); la fase de transporte al relleno sanitario y la fase de la disposición final de los residuos, donde resulta esencial contar con acceso a un vertedero. Pues bien, el caso es que dicha licitación fue adjudicada al actor dominante del mercado, que estaba verticalmente integrado, cuando la licitación en cuestión era una oportunidad de ingreso de nuevos actores a los mercados generados por las distintas fases del

tratamiento de residuos domiciliarios, o para la generación de nuevos negocios por agentes económicos establecidos. Al respecto, la Comisión estimó que fue un elemento distorsionador de la licitación la obligación establecida en las bases, con breves plazos, de tener un contrato que asegure la disposición final de basura.

En la especie, si bien no hubo un abuso de posición dominante por parte de KDM (la empresa que controla el relleno sanitario y que de hecho cotizó los servicios de disposición final a un competidor con valores coincidentes a los presentados por ella misma en la licitación), la Comisión estimó que “la premura en el cumplimiento de ciertos plazos en este tipo de concursos, podría favorecer conductas de exclusión de competidores constitutivas de un abuso de posición dominante”<sup>247</sup>. Al efecto, destaca que existe un riesgo, pues los rellenos sanitarios configuran un activo esencial respecto del cual se puede excluir a los competidores:

“DECIMO: Que también cabe concluir que la situación de control de un agente de la etapa de tratamiento intermedio o de la etapa de disposición final de los residuos sólidos domiciliarios, o de ambas etapas, como en la actualidad ocurre en la Región Metropolitana, es un hecho que constituye en términos económicos y desde la perspectiva del derecho de la competencia, el control de un recurso esencial o estratégico para todos los mercados relacionados con el manejo y disposición de residuos sólidos domiciliarios;”

Por lo anterior, y con miras a resguardar la transparencia y el acceso a los distintos mercados relacionados con la disposición de residuos sólidos domiciliarios, las siguientes instrucciones generales:

“Las personas naturales o jurídicas que actualmente o en el futuro sean propietarias, controlen o tengan influencia decisiva en la administración o explotación de instalaciones de tratamiento intermedio de residuos sólidos domiciliarios o de rellenos sanitarios autorizados para la disposición final de los mismos, en la Región Metropolitana, deberán publicar en un diario de circulación nacional y en forma destacada, las tarifas de los servicios que presten en las instalaciones que posean o controlen, incluyendo los tramos y/o tablas de precios aplicables.

---

<sup>247</sup> Considerando 8°

Las modificaciones a dichas tarifas deberán publicarse con una anticipación mínima de diez días hábiles a su respectiva entrada en vigor.”<sup>248</sup>

De este modo, resulta patente la preocupación de las antiguas comisiones en orden a asegurar accesos abiertos a los insumos de carácter esencial, en términos razonables y no arbitrariamente discriminatorios. Ello, aún cuando –como ocurrió en el último caso– no habían existido abusos que justificaran tal preocupación.

#### **III.4.2. La doctrina de las facilidades esenciales en la jurisprudencia del TDLC.**

El análisis de la jurisprudencia del TDLC (tanto en ejercicio de sus potestades jurisdiccionales como no contenciosas) permite observar que la doctrina de las facilidades esenciales ha tenido gran recepción en el tribunal antimonopólico, el que ha manifestado expresamente adherir plenamente a sus postulados.

En primer lugar, vale destacar que el TDLC ha dejado asentado expresamente cuál considera que es el objeto de ésta, indicando que éste consistiría en “resolver situaciones en las que un agente económico niega a otro el acceso a insumos o infraestructura que son imprescindibles para participar, competir o desafiar al dueño o controlador de ese insumo o infraestructura”.<sup>249</sup> Y el caso es que de acreditarse la existencia de una negativa del controlador del insumo esencial a proporcionar el acceso a su competidor –actual o potencial– el TDLC entiende que, de no existir razones legítimas que justifiquen tal negativa, “sería razonable obligar a sus titulares a compartir su uso, a cambio de un precio de mercado transparente y no discriminatorio”.<sup>250</sup>

En ese sentido, el tribunal ha estimado que la presencia de dos mercados integrados verticalmente y vinculados por un instalación esencial, da lugar a un serio riesgo que su controlador abuse de ésta para extender su poder de mercado al mercado “aguas

---

<sup>248</sup> Resuelvo 3°.

<sup>249</sup> Sentencia N° 76/2008, considerando 31°.

<sup>250</sup> Resolución N° 27/2008, Parágrafo 7, sobre “CONDICIONES DE INGRESO A LOS MERCADOS RELEVANTES: BARRERAS DE ENTRADA”.

arriba” o “aguas abajo” donde dicho insumo es indispensable para competir. Ese aprovechamiento puede manifestarse tanto en la negativa de su controlador a compartirlo con un competidor actual o potencial, o proporcionándole acceso al mismo en términos abusivos, de manera de impedir la existencia de una competencia efectiva en dicho mercado relacionado. Es por ello que, habiendo acreditado debidamente el actor el carácter esencial del insumo y la negativa injustificada a compartirlo, se explicaría “una intervención de esta magnitud”<sup>251</sup>

En relación con lo anterior, a juicio del TDLC el solo hecho de ser el único proveedor de un insumo que resulta esencial para competir acredita que su titular cuenta con un significativo poder de mercado. Luego, quien tiene una posición de dominio en el mercado “aguas arriba” puede aprovecharse de ella para ser explotada abusivamente con el objeto de consolidar su posición en el mercado “aguas abajo”, o viceversa, restringiendo la competencia en el mismo.

No obstante lo expuesto, conviene consignar que –consistente con la idea que el poder de mercado no es reprochable en sí mismo- el TDLC también ha reiterado que la sola presencia de una instalación esencial no necesariamente significa la eliminación de la competencia. En efecto, una vez que sea acreditada la existencia de la facilidad esencial (carga que llevan los demandantes) debe demostrarse igualmente la existencia de la negativa anticompetitiva por su titular a proporcionar el acceso. Adicionalmente, para el caso que se trate de instalaciones esenciales cuyo control es licitado por organismos del Estado, el TDLC entiende que los potenciales efectos negativos pueden ser evitados mediante la promoción *ex ante* de la competencia, asegurando en las bases de licitación las condiciones de acceso de terceros al insumo en cuestión.

Sin perjuicio que el TDLC se ha pronunciado en reiteradas ocasiones sobre la materia, el tribunal antimonopólico no ha exteriorizado un *test* explícito y sistemático para determinar cuándo corresponde la aplicación de las consecuencias de la doctrina de

---

<sup>251</sup> *Ibíd.*

las facilidades esenciales. Sin embargo, el estudio de la jurisprudencia del TDLC y lo dicho por éste en relación a la más genérica conducta de “negativa a pactar”<sup>252</sup> nos permite afirmar que el tribunal antimonopólico entiende que los presupuestos que deben concurrir para su aplicación son los siguientes:

- i. Existencia de un insumo indispensable para competir.

El primer requisito que el tribunal entiende se debe acreditar por los actores es la existencia de una facilidad esencial propiamente tal, esto es, de un insumo que presta un servicio indispensable para competir “aguas arriba” o “aguas abajo” en un mercado relacionado. Y ese carácter indispensable o esencial concurrirá cuando se acredite que el insumo en cuestión carece de sustitutos y que no es viable su replicación.

En lo que toca a la imposibilidad de replicación, el tribunal sigue el criterio usado en el derecho comparado consistente en no exigir sólo una imposibilidad física, sino inviabilidad económica. En ese sentido, el tribunal expresamente ha estimado necesario considerar un criterio de “viabilidad comercial”,<sup>253</sup> donde el valor de construir la instalación y la estructura de costos que su operación ofrezca haga que la inversión sea rentable en plazos razonables. De ese modo, si no es viable la replicación del insumo, será socialmente conveniente la existencia de una única instalación,

---

<sup>252</sup> En esta materia el TDLC –siguiendo el Dictamen N° 1.016, de 22 de agosto de 1997 de la Comisión Preventiva Central- dictaminó que para que se configure una conducta de “negativa de venta” contraria a la libre competencia, deben concurrir copulativamente las siguientes circunstancias generales:

“- Que una persona vea sustancialmente afectada su capacidad de actuar o de seguir actuando en el mercado, por encontrarse imposibilitada para obtener en condiciones comerciales normales los insumos necesarios para desarrollar su actividad económica;

- Que la causa que impida a esa persona acceder a tales insumos consista en un grado insuficiente de competencia entre los proveedores de los mismos, de tal manera que uno de esos proveedores, o varios de ellos coludidos, niegue o nieguen a tal persona el suministro; y,

- Que la referida persona esté dispuesta a aceptar las condiciones comerciales usualmente establecidas por el proveedor respecto de sus clientes, pues tal aceptación impone necesariamente al proveedor la obligación de vender o suministrar lo que se le solicita;” (Resolución N° 19/2006, del 7 de diciembre de 2006, en Consulta de Pacx South America S.A. respecto de la negativa de venta a un futuro competidor).

<sup>253</sup> Sentencia N° 47/2006, considerando 63°.

garantizándose las condiciones razonables y no arbitrariamente discriminatorias de acceso para terceros.<sup>254</sup>

De este modo, el TDLC ha calificado de instalación esencial a insumos tan diversos, como la plataforma tecnológica para la operación en el comercio de las tarjetas bancarias de crédito y/o débito<sup>255</sup>, los vertederos que sirven para la disposición final de basura<sup>256</sup>, las frecuencias para la operación de vuelos<sup>257</sup>, el espectro radioeléctrico para prestar servicios de telefonía móvil<sup>258</sup>, el espectro radioeléctrico para prestar servicios de radiodifusión o la concesión para la instalación, operación y explotación de servicios de radiodifusión sonora<sup>259</sup>, los terrenos e instalaciones dentro del área de concesión del aeropuerto Arturo Merino Benítez para las empresas *courier*<sup>260</sup>, lo servicios atravesos de la faja vía de ferrocarriles<sup>261</sup>, la provisión de servicios sanitarios como el tratamiento de agua potable y/o aguas servidas<sup>262</sup>, la oferta de plan de minutos de telefonía móvil<sup>263</sup>, las redes hidrantes para abastecer de combustible a los aviones en los aeropuertos<sup>264</sup>, los derechos de aprovechamiento de aguas para la generación de electricidad<sup>265</sup>, la línea de transmisión eléctrica<sup>266</sup> y los aeropuertos en relación a la operación de algunas compañías de transporte aéreo<sup>267</sup>.

---

<sup>254</sup> Si bien lo expuesto demuestra un símil ineludible con la figura del monopolio natural, el TDLC ha negado expresamente que exista una relación de sinonimia entre ambos conceptos. Véase la Resolución N° 6/2005, considerando 10°.

<sup>255</sup> Sentencia N° 29/2005.

<sup>256</sup> Sentencia N° 37/2006.

<sup>257</sup> Sentencia N° 44/2006.

<sup>258</sup> Resolución N° 27/2008.

<sup>259</sup> Resolución N° 20/2007.

<sup>260</sup> Sentencia N° 75/2008.

<sup>261</sup> Sentencia N° 76/2008.

<sup>262</sup> Sentencia N° 85/2009.

<sup>263</sup> Sentencia N° 88/2009.

<sup>264</sup> Resolución N° 6/2005.

<sup>265</sup> Resolución N° 18/2006.

<sup>266</sup> Resolución N° 22/2007.

<sup>267</sup> Resolución N° 25/2008.

Lo anterior es sin perjuicio de las numerosas ocasiones en que los actores, sin encontrar mayor respuesta en el pronunciamiento definitivo del TDLC, invocan la existencia de instalaciones esenciales como barreras a la entrada que dan lugar a una posición dominante.<sup>268</sup>

ii. Negativa de su controlador a proveer acceso al insumo.

Según se dijo, la sola existencia de la facilidad esencial no deriva en la aplicación de la doctrina de las facilidades esenciales. El TDLC ha manifestado que además resulta indispensable acreditar la negativa de su controlador a proporcionar acceso a la misma con una intención anticompetitiva. Y en la especie, ello significa que ésta tiene el objeto intencional de aprovecharse del poder que el control de la facilidad otorga para excluir a actuales o potenciales competidores en el mercado relacionado al cual ésta sirve. Lo anterior, con la insalvable consecuencia de eliminar o reducir la competencia efectiva en el mismo.

Y en el caso que el controlador de la instalación esencial provea acceso bajo términos abusivos (ya sea en el precio o en la calidad del acceso) que en los hechos tienen igual efecto exclusorio, el TDLC ha manifestado especial preocupación por establecer las condiciones que aseguren un acceso en condiciones razonables y no arbitrariamente discriminatorias.

iii. Debe ser practicable el proveer acceso.

---

<sup>268</sup> En ese sentido, se ha alegado que serían facilidades esenciales los supermercados para los pequeños y medianos proveedores (Sentencia N° 31/2005, pronunciada con fecha 4 de octubre del año 2005, en el juicio “Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra Rendic Hnos. S.A.”, Rol N° C 55-2004; confirmada por la Excma. Corte Suprema por sentencia de fecha 29 de diciembre de 2005, autos rol 5.603-2005, aunque el voto de minoría de este último sí acogió la alegación de la FNE); la propiedad de los estanques de almacenamiento de oxígeno líquido por parte de la empresa abastecedora en centros hospitalarios (Sentencia N° 43/2006, pronunciada con fecha 7 de septiembre del año 2006, en el juicio “Requerimiento del Fiscal Nacional Económico en contra de Air Liquide Chile S.A. y otros”, Rol N° C 74-2005; revocada por la Excma. Corte Suprema por sentencia de fecha 22 de enero de 2007, autos rol 5.057-2006); y la información para evaluación de riesgo crediticio contenida en el Boletín de Informaciones Comerciales para instituciones crediticias y de comercio, como a las demás empresas que suministran información comercial (Sentencia N° 56/2007, pronunciada con fecha 27 de junio del año 2007, en el juicio “Requerimiento del Fiscal Nacional Económico en contra de la Cámara de Comercio de Santiago A.G.”, Rol N° C 65-2005; confirmada por la Excma. Corte Suprema por sentencia de fecha 21 de noviembre de 2007, autos rol 3.792-2007).

Finalmente, el TDLC ha entendido como último requisito la circunstancia que el acceso al insumo esencial que se niega sea efectivamente practicable en los hechos (*ad impossibilia nemo tenetur*). En ese sentido, el tribunal antimonopólico ha dicho que no será exigible proveer el acceso si existen restricciones técnicas o de capacidad que lo impidan (con el consiguiente riesgo que se abuse de dicha excusa para impedir el acceso a rivales), que ello no sea rentable desde un punto de vista privado, ni tampoco eficiente desde un punto de vista social, o si el solicitante no está llano a aceptar las condiciones generales, objetivas y razonables conforme las que se ofrezca el insumo.

En síntesis, de acreditarse que un monopolista se niega injustificadamente y con una intención anticompetitiva a compartir con un competidor la instalación esencial que controla, el TDLC eventualmente compelerá al titular de la instalación esencial que se niega injustificadamente a su uso, a cambio de un precio de mercado transparente y no arbitrariamente discriminatorio.

#### **III.4.3. Análisis particular la jurisprudencia del TDLC frente a la doctrina de las facilidades esenciales.**

A continuación se procederá a hacer una breve exposición de los casos propios de la doctrina de las facilidades esenciales donde el TDLC ha debido pronunciarse. Asimismo, se considerarán casos aquellos casos que de alguna forma guardan relación con la presencia de una instalación esencial y las condiciones de acceso a la misma, en tanto sean útiles para entender las exigencias que el tribunal estima necesarias para que un insumo tenga el carácter de esencial, y qué entiende a su vez por un régimen de acceso abierto y no discriminatorio. Así, por ejemplo, se podrá apreciar la especial atención que el TDLC presta los procesos de licitación de insumos esenciales, preocupándose que se asegure la competencia mediante su promoción *ex ante* y se reduzcan los riesgos a que el insumo sea adquirido para eliminar la competencia en un mercado relacionado.

Las distintas decisiones del TDLC se indicarán en orden cronológico y separadamente según el tipo de pronunciamiento (primero las sentencias y luego las resoluciones dictadas en ejercicio de la potestad no contenciosa), bajo la siguiente forma: (a) Descripción del caso y la decisión del TDLC; (b) recursos deducidos y decisión de la Corte Suprema; y, (c) breves comentarios.

**i. Sentencia N° 18/2005.<sup>269</sup>**

(a) Denunciando una eventual colusión entre las principales distribuidoras mayoristas de combustibles (Copec, Shell, Esso e YPF), la FNE alegó adicionalmente la existencia de barreras a la entrada a dicha industria para cuya reducción solicitó al TDLC la adopción de una serie de medidas.

Una de esas barreras a la entrada se encontraría radicada en la etapa del transporte de los combustibles, donde existiría una facilidad esencial. Ella consistiría en los oleoductos, insumo que presta servicios de transporte de combustibles a las refinerías y a las empresas distribuidoras mayoristas. Más específicamente, afirma la FNE que en la zona central existirían dos oleoductos, uno de propiedad y uso exclusivo de Enap y el otro, de Sonacol S.A. (Sonacol), sociedad de propiedad de Enap, Copec, Shell y Esso. Tales oleoductos carecerían de sustitutos y no serían replicables, pues por ley sólo Enap está facultada para constituir servidumbres legales para su instalación. Y si bien reconoce que en la práctica los ductos de Sonacol son de acceso abierto (incluso YPF hace uso de ellos), estima que nada garantizaría que esta situación se mantenga en el futuro. Por ello, pide una reglamentación que exija expresamente la existencia de un régimen abierto (al igual que para todos los oleoductos del país) y que también permita el ingreso de nuevos socios a la misma. Por último, pide se requiera al poder ejecutivo el patrocinio de un proyecto de ley que permita a los particulares constituir servidumbres legales destinadas a la instalación de nuevos oleoductos.

---

<sup>269</sup> Pronunciada con fecha 10 de junio del año 2005, en el juicio "Requerimiento del Fiscal Nacional Económico en contra de empresas distribuidoras de combustibles líquidos.", Rol N° C 10-2004; confirmado por la Excm. Corte Suprema por sentencia de fecha 26 de octubre del año 2005, rol 3.327-2005.

El TDLC rechazó la colusión imputada. Sin embargo, en relación a las medidas solicitadas, parte de ellas fueron acogidas, aún cuando el tribunal no compartió los hechos alegados por la fiscalía.

Primero, en relación al supuesto carácter esencial de los oleoductos, el TDLC sostuvo que ello era “a lo menos discutible, habida cuenta de que existen alternativas como la de los camiones para el transporte del combustible”<sup>270</sup>. Sin perjuicio de ello, y aún reconociendo que Sonacol tenía una política de acceso abierto y precios no arbitrariamente discriminatorios, concluyó que “sería deseable consignar en los estatutos de esa compañía un régimen de acceso abierto.”<sup>271</sup> Lo anterior, tomando en consideración que sin ser una instalación esencial los oleoductos son un activo de gran importancia económica en la industria, donde las tarifas del transporte ofrecidas por Sonacol podrían estar más determinadas por las tarifas de transportes alternativos que por sus costos, y con el fin de dar seguridad a potenciales nuevos entrantes.

Asimismo, a fin de poder acreditar la obtención de eventuales rentas sobrenormales de dicha compañía, resolvió recomendar a Copec, Esso, y Shell que, en su calidad de accionistas de Sonacol, promuevan la transformación de aquella, en el mediano plazo, de una sociedad anónima cerrada a una abierta o sujeta a las normas de las abiertas<sup>272</sup>.

Por último, el TDLC no divisó razones para que el legislador, discriminando en forma arbitraria en favor de la empresa estatal Enap, prohibiera a las empresas privadas que compiten con ella constituir servidumbres legales para la instalación de oleoductos. A juicio del Tribunal, ello implicaría imponer barreras artificiales, de tipo legal, a esta actividad económica, lo que asimismo podría aumentar las posibilidades de comportamientos anticompetitivos por parte de las empresas que participan en el mercado de la distribución de combustibles líquidos y son, a su vez, accionistas de Sonacol. Por lo anterior, dispuso solicitar al Ministro de Minería proponer al Presidente

---

<sup>270</sup> Considerando 37°.

<sup>271</sup> Idem.

<sup>272</sup> Considerando 38°.

de la República el patrocinio de un proyecto de ley que permita a los particulares constituir servidumbres legales para la instalación de nuevos oleoductos<sup>273</sup>.

(b) Conociendo por recurso de reclamación deducido por la FNE, la Corte Suprema confirmó las conclusiones del TDLC. Sin utilizar una terminología relativa a las facilidades esenciales, admitió que los oleoductos tenían sustitutos en los camiones estanque, al tiempo que no se acreditó que las tarifas de SONACOL no reflejen los costos o sean abusivas.

(c) La sentencia del TDLC nos permite observar dos conclusiones que se apreciarán igualmente en la jurisprudencia siguiente. Primero, que el tribunal antimonopólico será muy exigente respecto de los requisitos necesarios para calificar un insumo de esencial. Y segundo, que sin perjuicio de ello el TDLC está dispuesto –y le interesa– establecer sistemas de acceso abierto respecto de insumos que sean indispensables para competir.

## ii. Sentencia N° 29/2005.<sup>274</sup>

(a) Transbank es una sociedad de apoyo al giro bancario cuya propiedad pertenece a los bancos emisores de tarjetas de crédito y débito. Como tal, Transbank desarrolla en el mercado de las tarjetas de crédito y débito dos principales funciones: un rol operador y un rol adquirente.

En lo que se refiere al rol operador, Transbank otorga acceso a los “servicios de operación de tarjetas”, esto es, a los servicios necesarios para habilitar el sistema informático y tecnológico a través del cual se capturan y autorizan electrónicamente las transacciones realizadas con tarjetas de crédito o débito. En otras palabras, Transbank posee y opera la plataforma tecnológica que conecta al comercio afiliado y el emisor de la tarjeta. Transbank es el único agente que ejerce esta actividad en el mercado.

---

<sup>273</sup> Considerando 39°.

<sup>274</sup> Pronunciada con fecha 12 de septiembre del año 2005, en el juicio “Avocación en recurso de Reclamación de Transbank S.A. en contra del Dictamen N° 1270 de la Comisión Preventiva Central y requerimiento del Sr. Fiscal Nacional Económico”, Rol N° C 16-2004.

Y en lo tocante al rol adquirente, Transbank -mandatado por los emisores de tarjetas bancarias- ejerce la función de afiliar establecimientos comerciales al sistema, de manera tal que éstos acepten las tarjetas como medio de pago, mientras Transbank asume la responsabilidad de pagar al comercio las adquisiciones que hagan los tarjetahabientes. Esta actividad sí enfrenta competencia, aunque muy limitada.

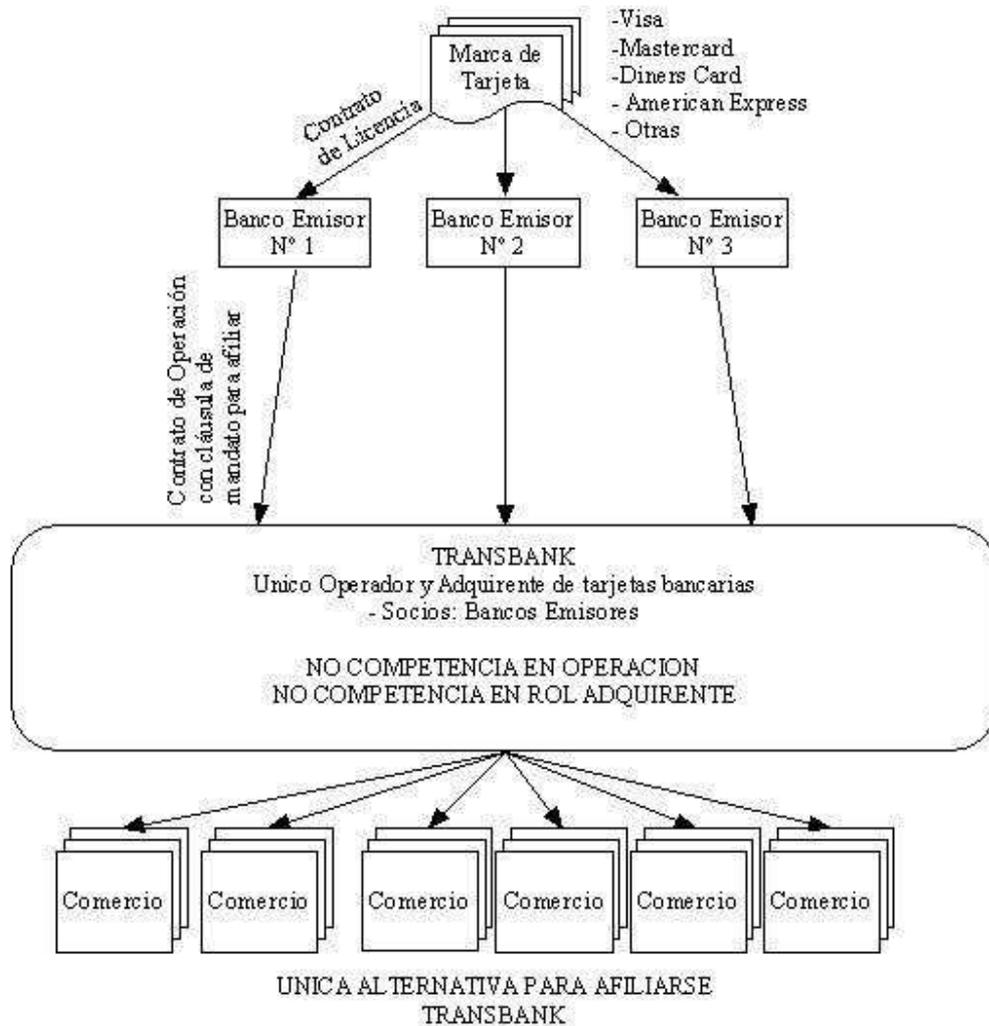
Mediante el Dictamen N° 1270, del 28 de agosto de 2003, la Comisión Preventiva Central declaró, entre otras cosas, que Transbank había abusado de su posición dominante, por lo que solicitó se limitara su propiedad y le previno para que modificara su estructura de precios, a fin que ésta sea pública, objetiva y ajustada a costos, y que considere una adecuada desagregación de los servicios que dicha compañía preste. Transbank dedujo reclamación ante la Comisión Resolutiva, la que a su vez resolvió avocarse de oficio al conocimiento de los hechos materia del dictamen recurrido, asuntos que pasaron al TDLC.

Por su parte, la FNE formuló un requerimiento en contra de Transbank. En él la acusó de abuso de poder monopólico en el mercado de las tarjetas de crédito bancarias, prevaliéndose de la facilidad esencial que controla. Describe el mercado relevante y la posición de Transbank en él mediante la siguiente figura<sup>275</sup>:

---

<sup>275</sup> Página 14 del requerimiento de la FNE, deducido con fecha 20 de enero de 2004 ante la Comisión Resolutiva.

Figura N° 2



La requerida se defendió sosteniendo que no puede haber incurrido en conductas contrarias a la libre competencia en atención a que el mercado relevante sería mucho más amplio, toda vez que serían sustitutos las tarjetas de crédito de las casas comerciales y también otras formas de pago. Adicionalmente, la fuerte competencia entre emisores de tarjetas de crédito y débito bancarias impediría que existan y sean

sostenibles en el tiempo rentas extra-normales. Sostiene, además, que el negocio de las tarjetas de crédito es desafiante.

En el proceso, las partes llegaron a un avenimiento parcial. En él, Transbank se obligó, entre otras cosas, a otorgar libre acceso a los servicios de operación de tarjetas a todo emisor autorizado por el Banco Central y fiscalizado por la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, cobrando tarifas de general aplicación, objetivas y carentes de discriminaciones arbitrarias. Los emisores podrán optar por contratar la totalidad de los servicios prestados por Transbank o sólo servicios específicos. Adicionalmente, Transbank quedó con la obligación asumida en el avenimiento de presentar un plan de autorregulación. Éste fue presentado con fecha 30 de mayo de 2005 y rechazado en la sentencia definitiva por presentar diferencias de precios carentes de justificación económica. Tras varias nuevas presentaciones, el plan de autorregulación fue posteriormente aprobado.<sup>276</sup>

---

<sup>276</sup> Luego de haber llamado a conciliación y con fecha 13 de abril de 2005, el Tribunal aprobó el avenimiento parcial en los términos propuestos por las partes, el que, en síntesis, consistió en lo que sigue:

1. Los establecimientos comerciales que se encuentren afiliados a los sistemas de tarjetas que Transbank opera, podrán adquirir e instalar directamente de terceros los terminales electrónicos que les permitan transmitir a los servidores de la requerida las operaciones realizadas con tarjetas de crédito y/o débito. Si un establecimiento de comercio opta por los terminales electrónicos de la requerida, ésta deberá informarle previa y detalladamente de cualquier cobro por su uso, mantención y arrendamiento.
2. Los bancos emisores podrán afiliar establecimientos de comercio directamente o a través de terceros, incluido Transbank. Si afilian directamente pactarán la comisión individualmente. Cuando se afilie a través de terceros o de Transbank, éstos podrán fijar las comisiones, para lo cual, los emisores otorgarán los respectivos mandatos individuales. Asimismo, Transbank rebajará la comisión máxima que cobre por aceptación de tarjetas de crédito y débito.
3. Cualquier establecimiento de comercio que lo desee podrá incorporarse a las tarjetas de crédito y/o débito, así como a todas o sólo a algunas marcas.
4. Las comisiones y/o tarifas que paguen los establecimientos de comercio directamente a cada banco emisor o, en su caso, al representante designado por éste, por la aceptación de las tarjetas de crédito o de débito, como asimismo el cobro de arrendamiento de terminales y por los servicios informáticos de transacciones electrónicas, serán públicas, de general aplicación, objetivas y carentes de discriminaciones arbitrarias y deben cumplir con los requerimientos de las circulares de la SBIF.
5. Las comisiones que se cobren por aceptación de tarjetas de débito, serán razonablemente menores a las de aceptación de tarjetas de crédito, dado los distintos costos de administración y procesamiento de ambos instrumentos.
6. Transbank otorgará libre acceso a los servicios de operación de tarjetas a los emisores autorizados por el Banco Central y que sean fiscalizados en esta actividad por las SBIF. Las tarifas que la requerida cobre a los emisores por los servicios que presta, serán de general aplicación, objetivas y carentes de discriminaciones arbitrarias y deben cumplir con los requerimientos de las Circulares de la SBIF. Los emisores podrán optar por contratar la totalidad de los servicios prestados por Transbank o sólo

En lo no cubierto por el avenimiento, el juicio siguió su curso. Las materias pendientes de resolución consistieron básicamente en: a) si debía promoverse modificaciones legales o reglamentarias destinadas a garantizar la competencia y resolver los supuestos problemas de integración vertical que genera la estructura de Transbank; b) si la requerida puede o no persistir en los cobros a los establecimientos por el servicio de autorización y captura de transacciones con tarjetas; c) si corresponde o no imponer a Transbank una sanción de multa por los hechos materia del requerimiento.

En lo que importa a este trabajo, se debe destacar que el TDLC definió el mercado relevante como el de las transacciones efectuadas utilizando como medio de pago las tarjetas bancarias de crédito y/o débito, rechazando una sustitución con las tarjetas de las casas comerciales.<sup>277</sup> Y en ese marco, calificó la plataforma tecnológica operada por Transbank como una facilidad esencial.

En primer lugar, estimó que la actuación conjunta de los bancos e instituciones financieras por medio de Transbank en el rol adquirente no puede estimarse en principio como ilícita. Sin embargo, en los hechos sí existió un abuso concreto, consistente en que Transbank efectuó devoluciones de dinero a sus socios y no a otro emisor no socio (Coopeuch), sancionándola al efecto. De este modo se aprovechó de

---

servicios específicos. Transbank se obligó a cumplir sus obligaciones dentro de los 30 días hábiles contados desde la aprobación del avenimiento.

También en el plazo de 30 días hábiles, Transbank se obligó a entregar un plan de autorregulación tarifaria al Tribunal para su aprobación.

<sup>277</sup> Considerando 22°. Debe señalarse que esta definición del mercado relevante del producto así de acotado, se explica en que para efectos del análisis promovido en dicha causa ése era precisamente el universo analítico que interesaba a la discusión; y que en todo caso, atendida la evolución que ha experimentado el mercado, el Tribunal ha tendido, con mayores o menor reservas según el asunto promovido, a entender que también comprende a las tarjetas no bancarias.

Así, por ejemplo, en la Resolución N° 24/2008 el TDLC se mostró más abierto a encontrar una sustituibilidad entre las tarjetas de crédito bancarias con las no bancarias en lo que toca a las tarjetas como medio de pago, no así en lo relativo a las tarjetas como medio de acceso a crédito, y eventualmente sustitutas en lo que se refiere a las tarjetas como medio de marketing. Lo primero puede observarse en el siguiente considerando: “Las tarjetas de crédito emitidas por Falabella y D&S también son utilizadas como medio de pago. Respecto a esta función, las tarjetas de crédito no bancarias enfrentan a diversos sustitutos: el efectivo, los cheques, las tarjetas de débito (Redcompra), las tarjetas de crédito bancarias, entre otros. Como se puede observar en el siguiente cuadro, estas alternativas son utilizadas en mayor o menor medida en los distintos tipos de compras, por lo que es dable esperar que efectivamente compitan entre sí.”

su facilidad esencial para efectuar discriminaciones arbitrarias en su rol adquirente a favor de sus socios integrados verticalmente en ella.

En seguida, analizó si es posible la existencia de competencia ente distintas plataformas tecnológicas o sistemas de operación de tarjetas; y, si es posible la competencia entre emisores de tarjetas. Al respecto, concluyó que no es económicamente posible ni deseable la existencia de más de un sistema (de hecho, la FNE estaba de acuerdo en aquello). Por el contrario, lo eficiente es que exista uno solo. Luego, lo relevante consiste en incentivar la competencia en el mercado aguas arriba, esto es, en la emisión de tarjetas. En ese sentido, el TDLC razonó lo siguiente:

**“Trigésimo Primero.** Que un mercado impugnabile es aquel en que los actores, independientemente de su número, se comportan como si estuvieran en un mercado competitivo y por lo tanto consideran el precio como dado. De hecho, para que una industria sea impugnabile deben satisfacerse en forma concurrente tres condiciones: ausencia de barreras de entrada que coloquen en desventaja a posibles nuevos competidores respecto de las firmas ya establecidas en el mercado; inexistencia de costos hundidos; y rezago en la respuesta de la empresa o empresas establecidas frente a la noticia de entrada de un nuevo competidor. Adicionalmente, la tecnología debe permitir que los nuevos operadores entren tan pronto el precio en el mercado exceda al que existiría en un mercado competitivo, borrando el habitual distingo que la literatura económica hace entre corto y largo plazo. En opinión de este Tribunal, es altamente improbable que el mercado de servicios de tarjetas de crédito y débito cumpla con dichas condiciones. Aparte de la admisible posibilidad que en el mercado en comento existan costos hundidos no despreciables, que la entrada de nuevos operadores demore un tiempo, y que Transbank reaccione ante la entrada de nuevos operadores, a continuación se argumenta que en este mercado además existirían barreras a la entrada para potenciales nuevos competidores;

**Trigésimo Segundo.** Que la plataforma en que operan los servicios de tarjetas de crédito bancarias pareciera tener la característica de instalación esencial para adquirentes y emisores. Prueba de ello ha sido el paulatino, aunque sostenido, aumento en la concentración en el sector. En efecto, (...) Transbank se inició con Visa, luego le fue traspasada Diners Club y en 1991 adquirió los contratos de administración de Master Card y Magna. Además, desde el año 2000 opera los contratos de American Express, (...). Es decir, una industria que se inició con varias plataformas ha terminado con una sola. La propia requerida sostiene (...) que en esta industria existen fuertes economías de escala. Si Transbank fuese una instalación esencial, tal como indicarían los antecedentes anteriores, y siendo a la vez propiedad de las principales instituciones financieras, las que a su vez actúan como emisores

de tarjetas bancarias de crédito y/o débito, la creación de un sistema paralelo de tarjetas de crédito sería, bajo toda razonabilidad, impracticable o difícilmente practicable;

**Trigésimo Tercero.** Que, por otra parte, la circunstancia de que las casas comerciales hayan emitido tarjetas de crédito, no refutaría el hecho que la plataforma de servicios de Transbank sea, en la práctica, una facilidad esencial. A este respecto, el Tribunal ya ha señalado que las tarjetas de casas comerciales no son sustitutos perfectos de las tarjetas de crédito emitidas por las instituciones financieras;

**Trigésimo Cuarto.** Que, como consecuencia de los argumentos precedentes, no existen por lo tanto antecedentes suficientes para demostrar que pueda existir efectiva competencia entre distintos sistemas de tarjetas de crédito bancarias; por el contrario, los indicios existentes apuntan en la dirección opuesta. Por ello, es importante dilucidar si la competencia entre emisores podría asegurar que las tarifas cobradas a tarjetahabientes y adquirentes sean consistentes con una solución de mercado eficiente desde el punto de vista asignativo;”

Luego, lo relevante es que, en el único sistema operativo que funciona, exista competencia, aguas arriba, entre emisores. Y de la integración vertical entre los emisores y la plataforma operativa concluye que “una vigorosa y efectiva competencia en la emisión de tarjetas bancarias sería condición suficiente para asegurar que no prevalezcan rentas monopólicas en la industria, siempre y cuando las transferencias entre Transbank y los emisores se realicen en función de las transacciones realizadas, pues ello lleva a que los emisores internalicen los ingresos por adquirencia.”<sup>278</sup>

(b) La sentencia del TDLC no fue objeto de recursos para ante la Corte Suprema.

(c) La presente es una de las sentencias más importantes en materia de la doctrina de las facilidades esenciales en la jurisprudencia nacional. En efecto, por primera vez con tanta claridad el TDLC calificó un insumo de facilidad esencial, más aún, señalando expresamente que era socialmente más rentable que dicha instalación no fuera replicada. Asimismo, el TDLC manifestó que la integración vertical con la facilidad esencial no es en sí misma ilícita.

---

<sup>278</sup> Considerando 36°.

Cabe destacar que la calificación de la plataforma operativa como una facilidad esencial no presentaba mayores conflictos en lo que se refiere al acceso a la misma, pues las partes ya habían acordado establecer un régimen de acceso abierto. Sin embargo, quedaba por definir el precio público, razonable y no arbitrariamente discriminatorio al que se daría acceso. Si bien el tribunal rechazó las primeras propuestas de plan de regulación tarifaria presentadas por Transbank, fue guiando a ésta hasta presentar uno finalmente adecuado, y que en la práctica es fiscalizado por la FNE. Ello es un ejemplo de que –aunque con limitaciones- la regulación del precio no es un problema insalvable, ni que signifique inevitablemente que el tribunal se convierta en una agencia reguladora: la solución puede provenir de las propias partes del juicio, donde la FNE cumple un papel de control fundamental (no tanto impartiendo órdenes, sino inhibiendo conductas abusivas que pueda reclamar ante el TDLC).

**iii. Sentencia N° 36/2006.<sup>279</sup>**

(a) Las empresas de generación eléctrica AES Gener S.A. (“AES Gener”) y Norgener S.A. –que operan en el Sistema Interconectado del Norte Grande de nuestro país (SING)- interpusieron demanda contra su competidora Electroandina S.A. (“Electroandina”), por una serie de abusos relacionados con las condiciones de acceso a la instalación portuaria que ésta controla y que califican como esencial para ejercer su actividad.

Señalan que la demandada es una empresa integrada verticalmente que opera tanto en el mercado de generación eléctrica como en el de los servicios portuarios. Lo último, pues es dueña y opera el puerto de Tocopilla, indispensable para la descarga y acopio de carbón, insumo necesario como combustible para la generación eléctrica. Luego, relatan que en 1995 las centrales térmicas de Norgener en Tocopilla contrataron los servicios del puerto de Electroandina para la descarga, manejo y acopio de dicho carbón, contrato que operó hasta agosto de 2005. En esa fecha, Electroandina le puso término, exigiendo para su renovación condiciones que los demandantes consideran

---

<sup>279</sup> Pronunciada con fecha 31 de enero del año 2006, en el juicio “Demanda de AES Gener S.A. y Norgener S.A. en contra de Electroandina S.A.”, Rol N° C 66-2005.

abusivas (como precios excesivos, ventas atadas y otros abusos) y que constituirían un aprovechamiento del poder conferido por el control del único puerto apto para tales servicios. Señalan que mediante tales abusos le permitirían obtener rentas monopólicas tanto en el mercado portuario como en el eléctrico.

Por todo lo expuesto, solicitan que, en relación a su puerto y los servicios que presta, se obligara a Electroandina abstenerse de efectuar aumentos de las tarifas y otras exigencias no respaldadas por incrementos de costos y mejoras demostrables del servicio y se le obligara a presentar un sistema de cobro objetivo y no arbitrariamente discriminatorio, basado en los costos marginales a largo plazo, además del pago de una multa.

Contestando la demanda, Electroandina justificó su actuar. Afirma que el contrato ya no era eficiente y no se justificaba en las circunstancias actuales, razón por la cual hizo uso de la cláusula contractual que la autorizaba para darle término e iniciar una negociación de buena fe para continuar con un contrato modificado, negociación que no prosperó. Agrega que el puerto de Tocopilla no constituiría una instalación esencial para la operación de centrales carboneras de Norgener ni para su participación en el SING, toda vez que es técnica y económicamente factible su duplicación.

Tras sucesivas audiencias de conciliación, las partes llegaron a acuerdo en los puntos esenciales del contrato que regirá sus relaciones comerciales. Sin embargo, dieron cuenta al tribunal de la única diferencia que aún mantenían, a saber, la fórmula de reajuste del precio acordado. Al efecto, las partes convinieron presentarle sus propuestas finales en esa materia, facultándolo para revisarlas y modificarlas en lo que estimara ajustado a derecho.

Pronunciándose sobre el acuerdo, el Tribunal lo consideró eficiente y beneficioso para las partes a la vez que tampoco afectaba la libre competencia en el mercado. Quedando solamente subsistente resolver la reajustabilidad del precio en el “Contrato de Prestación de Servicios de Descarga, Recepción, Manejo y Acopio de Carbón”, el TDLC aceptó resolver las diferencias persistentes sobre la base de las propuestas

realizadas por las mismas partes, aún cuando de las mismas no era posible colegir con precisión la estructura de costos del Puerto de Tocopilla. Así, decidió incorporar una cláusula de reajuste que establece que la indexación de las correspondientes tarifas se realizará de acuerdo con el método y fórmulas matemáticas detalladas en la sentencia. Agregó también al final de la cláusula de reajustabilidad una disposición que facultaba a las partes solicitar la revisión de la cláusula en cuestión transcurridos 3 años.<sup>280</sup>

(b) La sentencia del TDLC no fue objeto de recursos para ante la Corte Suprema.

(c) El presente caso no presenta mayores problemas en tanto fueron las propias partes las que acordaron mantener el acceso al insumo en disputa, de modo que el TDLC no tuvo que pronunciarse acerca de si éste era o no una facilidad esencial ni sobre las consecuencias que de ello se derivaría. Sin perjuicio de ello, la solución del caso (el acuerdo de las partes y la cláusula incorporada por el TDLC) demuestra que el supuesto problema relativo a la fijación de los términos de acceso y la administración de lo decidido no es una cuestión insalvable.

#### **iv. Sentencia N° 37/2006.<sup>281</sup>**

Demarco, empresa dedicada a la recolección y transporte de residuos sólidos, demandó a su competidora Coinca y a la I. Municipalidad de San Bernardo, por conductas contrarias a la libre competencia cometidas en la licitación convocada por esta última para la licitación de los servicios de recolección y transporte y disposición final de residuos sólidos domiciliarios, realizada el año 2004. La acción se funda en dos argumentos principales. Primero, que Coinca ofertó, en el referido proceso de licitación, valores muy inferiores a los que había cotizado previamente a la demandante por el servicio final de deposición de residuos (donde el insumo de la demandada es

---

<sup>280</sup> Resuelvo 3°.

<sup>281</sup> Pronunciada con fecha 10 de mayo del año 2006, en el juicio "Demanda de Demarco S.A. y Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de Coinca S.A. y la I. Municipalidad de San Bernardo", Rol N° C 45-2004; confirmada por la Excm. Corte Suprema por sentencia de fecha 12 de septiembre de 2006, autos rol 2.657-2006.

esencial); y segundo, alega que las bases de la licitación contendrían cláusulas contrarias a la libre competencia.

Posteriormente, la FNE interpuso un requerimiento en contra de Coinca y también contra Santa Marta. Agrega que ambas empresas abusaron de la posición de dominio que les confiere la propiedad o control de los rellenos sanitarios denominados Santa Marta y Santiago Poniente, al establecer para los demás participantes de la licitación analizada tarifas superiores a las publicadas y vigentes. Adicionalmente, agravaría tal infracción el hecho de que Coinca haya participado del proceso de licitación en cuestión con precios distintos a los cotizados a Demarco (una oferta de \$7.000 por tonelada, cuando idéntico servicio cotizó a Demarco en la suma de \$12.750 por tonelada). Por último, la FNE interpuso igual requerimiento en contra de la I. Municipalidad de San Bernardo.

Si bien el TDLC desechó las imputaciones realizadas a la Municipalidad de San Bernardo sobre el supuesto carácter anticompetitivo de algunas de las cláusulas de las bases de la licitación, distinta suerte tuvieron las empresas Cónica y Santa Marta, cuyas conductas que se les imputaban el TDLC clasificó en dos. Por un parte, el incumplimiento de la obligación de publicar las tarifas por el servicio de disposición de residuos, conforme lo disponía la Resolución N° 650; y por otra, la existencia de una discriminación arbitraria en las tarifas cotizadas por las demandadas a la demandante con ocasión de la licitación en cuestión.

En cuanto a lo primero, el tribunal primeramente optó por dejar establecido el hecho que, sin más consideraciones que lo ya dictaminado en la Resolución N° 650, las instalaciones que sirven para el depósito final de la basura constituyen una facilidad esencial, estratégica e indispensable para participar de las otras etapas de dicho mercado, a saber, la recolección y el transporte de los residuos domiciliarios. Luego, para evitar que quien posea dicha instalación pueda extender su poder de mercado a los otros segmentos relacionados, la Resolución N° 650 fijó la obligación de publicar la tarifa conforme la cual se presta ese servicio.

Lo anterior, según consta del siguiente considerando:

**“Décimo Sexto.** Que este Tribunal juzga pertinente dejar establecido que las consideraciones que constan en la citada Resolución N° 650, para la dictación de las instrucciones generales son, en síntesis, que la situación de control de un agente de la etapa de disposición final de los residuos sólidos domiciliarios es un hecho que constituye, en términos económicos y desde la perspectiva del derecho de la competencia, el control de un recurso esencial o estratégico para todos los mercados relacionados con el manejo y disposición de residuos sólidos domiciliarios. En este orden de consideraciones, cabe recordar que la H. Comisión teniendo presente las facultades establecidas en el artículo 17, letra b), del Decreto Ley N° 211, vigente a la dictación del fallo, y, según señaló, con miras a resguardar la transparencia y el acceso a los distintos mercados relacionados con la disposición de residuos sólidos domiciliarios, estimó procedente dictar instrucciones generales a las cuales deben sujetarse las personas y empresas que controlen o administren la fase de disposición final de residuos sólidos domiciliarios.

Que a mayor abundamiento, el objetivo de la Resolución N° 650 es el de facilitar el acceso a aquellos recursos esenciales o estratégicos, de manera tal que empresas no propietarias o controladoras de rellenos sanitarios no enfrenten barreras a la entrada y, efectivamente, puedan ingresar como competidores en las etapas de recolección y transporte de residuos. Sin perjuicio de lo anterior, y atendiendo a la importancia que adquiere el factor distancia en este mercado, las instrucciones de carácter general no excluyen a aquellas empresas que siendo propietarias o controladoras de un relleno sanitario logren, para una licitación particular, un modelo de negocios más eficiente vía la disposición final de residuos en el relleno sanitario de un competidor.

En definitiva, lo que la resolución en comento pretende evitar es que, mediante la discriminación arbitraria de precios, un controlador de un relleno sanitario para la disposición final de residuos haga uso de dicha instalación como barrera de entrada al mercado de recolección y transporte de residuos domiciliarios, logrando traspasar su poder de mercado en la disposición final al mercado de recolección y transporte.

Que además, este Tribunal juzga pertinente hacer notar que para garantizar el acceso a dichos recursos estratégicos, así como aumentar la competencia en el mercado de recolección y transporte de residuos, las tarifas vigentes conforme con la Resolución N° 650 corresponden a las últimas publicadas por la empresa interesada. De acuerdo con lo anterior, si una empresa requiere los servicios de un relleno sanitario, la Carta Compromiso-Acuerdo bastaría que se refiriese a una reserva de capacidad más que a una cotización de tarifas que son públicamente conocidas.”

Pues bien, las últimas tarifas publicadas por Coinca y Santa Marta ascendían a \$ 6.090 y \$ 6.000, respectivamente. Y el hecho es que esa cifra era distinta a las con que participaron en la licitación, y en el caso de Cónica sustancialmente superior a la cotizada a la demandante por el mismo servicio. En consecuencia, el TDLC concluyó que las empresas Coinca y Santa Marta incumplieron con lo ordenado en la Resolución N° 650, y que más aún, Coinca incurrió precisamente en la conducta anticompetitiva que esa instrucción apuntó a prevenir.

Sobre lo último, el TDLC concluyó que Coinca no acreditó la existencia de un razonamiento económico o técnico en orden a fundar o justificar los valores cotizados a la demandante y distintos de aquellos con que concurrió a la licitación, configurándose una práctica exclusoria. En efecto, con esa actuación pretendió impedir la participación de un competidor en la licitación, utilizando su poder de mercado en la disposición final para aumentar su participación en el de la recolección de residuos:

**Trigésimo Primero.** Que se puede concluir, entonces, que Coinca ha abusado de la posición que le confiere el control o la propiedad de un relleno sanitario para desincentivar, vía la cotización de tarifas discriminatorias, la participación de sus competidores directos en el proceso de licitación de la I. Municipalidad de San Bernardo de 2004, en el que ella misma intervino y ganó. A mayor abundamiento, la tarifa ofertada por Coinca por el servicio de disposición final de residuos sólidos domiciliarios y voluminosos asciende a \$ 7.000 por tonelada (...); mientras que la tarifa cotizada a las empresas Cosemar S.A., Enasa y Demarco asciende a \$ 12.750 (...).

En definitiva, el TDLC resolvió declarar que las demandadas habían infringido la Resolución N° 650, previniéndolas a que en lo sucesivo deberán publicar tarifas basadas en criterios objetivos y no arbitrariamente discriminatorios, iguales para todos quienes se encuentren en una misma situación. Asimismo, las conminó a cotizar sus servicios a quienes lo requieran, ajustándose a las tarifas que estén contenidas en la última publicación. Condenó a Coinca a pagar una multa de 350 UTA.

(b) Mediante recurso de reclamación, ante la Corte Suprema Coinca alegó que su relleno sanitario “Santiago Poniente” no podría darle una posición dominante toda vez que existían otros dos rellenos sanitarios a los cuales requerir el ser vicio de

disposición final de residuos, siendo uno de ellos, el de mayor tamaño, de propiedad del grupo que integra la demandante. Éste, denominado “Lomas Los Colorados”, se encontraría ubicado a el norte de la Región Metropolitana en la comuna de Til-Til, y sería totalmente viable económicamente a los efectos de la licitación objeto del litigio. Por otra parte, el recurrente alega que no habría una discriminación arbitraria de precios por cuanto los indicados a Demarco se encontrarían fundamentados en condiciones técnicas y económicas distintas.

Pues bien, el máximo tribunal desestimó las alegaciones de la demandada. En cuanto a la supuesta sustitución, ésta no era tal dada la lejanía del sustituto indicado. Al respecto, señaló:

“En efecto, si bien se estableció que Demarco pertenece al grupo Urbaser-Kiasa, grupo que opera el relleno sanitario Lomas Los Colorados, ubicado en Til Til, así como que esta empresa es una de las tres más importantes en el mercado de residuos sólidos en la Región Metropolitana, la prueba aportada al expediente consta que la ventaja comparativa que le significa a esta empresa recolectora el estar vinculada a un relleno sanitario se diluye en este caso, en razón de la lejanía de Lomas Los Colorados respecto de la comuna de San Bernardo, situación esta última que se deduce de la simple observación del mapa de esta ciudad. Es justamente a esta situación a la que se refiere el fallo reclamado, cuando sostiene que Coinca se encontraba en una posición dominante en relación a Demarco, posición que le confirió el control o la propiedad del relleno sanitario Santiago Poniente.”<sup>282</sup>

Y en lo que toca a la discriminación tarifaria, la Corte ratificó que Coinca efectuó una discriminación arbitraria de precios al cotizar a Demarco uno mucho mayor al que le ofreció a la Municipalidad de San Bernardo por el mismo servicio. Así, la Corte Suprema confirmó la sentencia del TDLC, con dos votos de minoría que estuvieron por rebajar la multa.

(c) La sentencia analizada demuestra el especial interés que el TDLC tiene en evitar que insumos esenciales y estratégicos en una etapa del mercado (en este caso, la disposición final de basura) puedan ser utilizados por su titular para extender su

---

<sup>282</sup> Considerando 4°.

poder a mercados aguas arriba o aguas abajo (la recolección y el transporte de los residuos domiciliarios). En ese sentido, este proceso es particularmente importante, pues da cuenta de los riesgos de abuso que existen aún cuando exista un régimen de acceso abierto respecto del insumo en cuestión, riesgo manifestado en la imposición de condiciones arbitrariamente discriminatorias que en los hechos excluyen al competidor del mercado. Para evitar esa situación el TDLC reitera la necesidad que existan tarifas públicas, objetivas y no discriminatorias.

**v. Sentencia N° 44/2006.<sup>283</sup>**

(a) Sky Airlines S.A. demandó al Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones (MTT), la Junta de Aeronáutica Civil de Chile (JAC) y en contra de Lan Airlines S.A. y su filial Lan Cargo S.A., por infracciones al Decreto Ley N° 211, al adjudicar en licitación la JAC a Lan Airlines todas las nuevas frecuencias de largo recorrido entre Chile y Brasil.

La demandante señala que el mecanismo de licitación dispuesto por el Decreto Supremo N° 102, denominado “Reglamento de Licitación Pública Para Asignación de Frecuencias Internacionales a Empresas Aéreas Nacionales”, del MTT, establece un sistema de asignación basado en la capacidad económica de los proponentes que participan en el remate, lo que favorece a la aerolínea dominante, como habría ocurrido en la licitación en cuestión.

Así entendida la disputa, el tribunal procedió primeramente a definir qué se entiende por “frecuencias” en la industria aeronáutica; y, a revisar de qué forma éstas se asignan entre aerolíneas chilenas cuando son restringidas.

En cuanto a lo primero, el TDLC concluyó que las frecuencias son un insumo esencial, pues resulta indispensable para poder desarrollar la actividad económica de transporte

---

<sup>283</sup> Pronunciada con fecha 26 de septiembre del año 2006, en el juicio “Demanda de Sky Service S.A. en contra del MTT y otros”, Rol N° C 70-2005.

aéreo de pasajeros y de carga, a la vez que, dadas las restricciones legales y reglamentarias distintas en cada país, no es replicable. Así consta de lo siguiente:

**“Tercero:** Que, según lo dispuesto en el artículo 1° del citado Decreto Supremo N° 102, se entiende por frecuencia “la operación regular de un vuelo semanal en una ruta determinada”. Muchas de estas frecuencias están restringidas y deben obtenerse por medio de negociaciones con el Estado contraparte. Incluso, en algunos casos no hay frecuencias disponibles.

Así, la frecuencia es un insumo esencial para que las aerolíneas chilenas puedan efectuar la provisión de servicios de transporte aéreo de pasajeros o de carga hacia y desde el exterior. Esta situación es similar al de telefonía móvil y al de radiodifusión, en la que los prestadores del servicio requieren de un insumo esencial como es el espectro radioeléctrico;”

Este insumo se entrega mediante licitación tipo “remate” cuando más de una línea aérea requiere de éste más de los bienes disponibles. Si existe un único interesado el insumo se entrega gratuitamente. En la especie, Lan Airlines S.A. se adjudicó la totalidad de las frecuencias de largo recorrido combinadas de pasajeros y carga entre Brasil y Chile;

Pues bien, el TDLC concluyó que el procedimiento contemplado en la ley para asignar frecuencias internacionales restringidas, basado únicamente en ofertas monetarias, favorece inequívocamente a la empresa dominante y disminuye significativamente la capacidad de una aerolínea entrante para adjudicarse una frecuencia limitada. De hecho, Chile sería prácticamente el único país en el mundo en que se utiliza ese sistema. Además, agrega que estima que el hecho de que LAN posea un porcentaje significativo de las frecuencias internacionales restringidas, le confiere una ventaja no replicable por otro entrante, lo que redundaría inequívocamente en una valoración de una frecuencia adicional superior a la de cualquier competidor. En esta situación, el actual mecanismo no sólo priva al entrante de la posibilidad de crear una red de tamaño competitivo, sino que, además, le dificulta la explotación de nichos de mercado en las rutas nacionales y/o internacionales, aún en el caso en que no estén restringidas. Por consiguiente, la manera mediante la cual históricamente se han asignado las frecuencias restringidas, ha otorgado a LAN -de hecho- una posición de dominio no desafiante en las licitaciones posteriores;

Así, el TDLC resolvió rechazar la demanda en lo que tocaba a la participación de las demandadas en la licitación cuestionada (por conformarse al procedimiento establecido), pero acogerla en cuanto declarar que el D.S. N° 102, que “Reglamenta Licitación Pública para Asignar Frecuencias Internacionales a Empresas Aéreas Nacionales”, presenta características que restringen la libre competencia en la asignación de frecuencias internacionales restringidas. Por ello, hizo uso de su facultad requisitoria y dictaminó proponer su modificación a la Presidenta de la República, por intermedio del MTT, para que, en lo sucesivo, las licitaciones de frecuencias restringidas se efectúen sobre la base de principios de libre competencia, transparencia, no discriminación arbitraria, y de eficiencia asignativa en la adjudicación, uso, abandono y relicitación de las frecuencias.

(b) La sentencia del TDLC no fue objeto de recursos para ante la Corte Suprema.

(c) El presente caso da cuenta de la especial preocupación del TDLC sobre los procesos de licitación por los cuales organismos del Estado asignan insumos que revisten el carácter esencial. Estos deben contemplar mecanismos que favorezcan la competencia, a la vez que deben ser transparentes y no arbitrariamente discriminatorios.

**vi. Sentencia N° 47/2006.<sup>284</sup>**

(a) En el mes de septiembre de 2001, Compañía Eléctrica de Tarapacá S.A. (CELTA), empresa relacionada a Empresa Nacional de Electricidad S.A. (ENDESA), llamó a una licitación para vender un puerto de su propiedad ubicado cerca del salar grande de Tarapacá, Puerto Patache. En ella participaron Compañía Minera Cordillera S.A. (Cordillera)<sup>285</sup>, y Sociedad SPL S.A. (SPL), ambas competidoras en la producción y comercialización de sal que obtenían en esa zona. Cabe destacar que SPL ya

---

<sup>284</sup> Pronunciada con fecha 5 de diciembre del año 2006, en el juicio “Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra Sociedad Punta de Lobos S.A.”, Rol N° C 13-2004.

<sup>285</sup> Cordillera participó en la licitación por medio de su relacionada Terminal Marítimo Minera Patache S.A.

contaba con un puerto de su propiedad en el lugar, Puerto Patillos, el que utilizaba para transportar y exportar su sal.

Si bien fue SPL quien presentó la mayor oferta en la licitación, ésta fracasó al rechazar CELTA las ofertas presentadas. Luego, ENDESA, en su calidad de titular de la concesión marítima de Puerto Patache, y CELTA, en su calidad de dueña de los bienes que conforman esa concesión, iniciaron un proceso de negociación directa con los interesados, que concluyó dos meses después con la suscripción de un contrato de promesa de compraventa sobre el mencionado puerto con Cordillera.

En respuesta a lo anterior, SPL ejerció una serie de peticiones administrativas y acciones judiciales civiles con el objeto de impedir que Puerto Patache fuera adquirido por Cordillera y lograr judicialmente que le fuera a ella adjudicado. Si bien la mayoría de las peticiones administrativas fueron rechazadas, las demandas judiciales se encontraban aún en tramitación y en ellas SPL había obtenido sendas medidas precautorias que impedían que el puerto fuera adquirido por su competidor.

Pues bien, ante el TDLC la FNE formuló requerimiento contra SPL.<sup>286</sup> Le acusó de infringir la libre competencia al ejercer un conjunto de acciones judiciales y administrativas con una finalidad anticompetitiva, a saber, impedir la entrada de nuevos competidores a los mercados de la sal y portuario de embarque de sal de la Región de Tarapacá, y así mantener, por medios ilegítimos, su posición monopólica en ellos.

En efecto, la FNE señala que existen dos mercados relevantes involucrados: el mercado de la sal y el mercado portuario de la Región de Tarapacá. Ambos mercados serían conexos en la medida que los puertos aptos de la zona son tanto un mercado relevante como, al mismo tiempo, infraestructuras esenciales para participar en el mercado de la sal.

---

<sup>286</sup> El proceso había sido previamente iniciado por denuncias presentadas ante la antigua Comisión Resolutiva por Cordillera y Quimsal (otro competidor de muy pequeño tamaño).

Respecto al mercado de la sal, la FNE destaca que la producción nacional (obtenida casi en su totalidad de esos salares) corresponde en un 99,29% a SPL, la que se sirve de la cercanía de Puerto Patillos a sus salares explotados. La sal se destina principalmente al deshielo de caminos de la costa este de Estados Unidos, y en menor medida al consumo humano y el uso químico. Así, la sal se comercializa tanto en el mercado interno como externo, principalmente Estados Unidos.

Por su parte, Cordillera tiene por único giro la comercialización de sal en la costa este de Estados Unidos. Y si bien Cordillera es dueña de concesiones mineras en el Salar Grande de Tarapacá, éstas no han sido explotadas, pues durante casi 30 años compró a SPL para abastecer el mercado norteamericano. Sin embargo, esa situación cambió cuando el holding SPL pasó a ser controlado por el Grupo Yuraseck, dado que ambas empresas se volvieron competidoras en el mercado internacional de la sal para deshielo de caminos. Ello hizo que Cordillera decidiera emprender la explotación de sus minas de sal, para lo cual necesariamente requería un puerto de salida. Por esta razón concentró sus esfuerzos en adquirir Puerto Patache, dado que no existiría otro puerto técnica y económicamente viable para ello y SPL le negaría el acceso al suyo.

En cuanto al transporte de la sal, la FNE señala que se debe distinguir entre el mercado nacional y el extranjero. Para el primero, el transporte se realiza por vía terrestre y marítima, mientras que, para las exportaciones el único medio viable es el transporte marítimo. Esto determina el rol significativo de los terminales portuarios, que califica de infraestructuras esenciales para la comercialización de sal. El carecer de acceso a terminales portuarios aptos para el transporte de sal constituye una barrera a la entrada para los competidores de SPL que les impide alcanzar precios competitivos, porque los grandes centros de consumo humano, industrial y para deshielo de carreteras, se encuentran en la región centro sur y en el hemisferio norte, respectivamente. Luego, los puertos son insumo indispensable para competir en el mercado de la sal, a la vez que (dada la importancia de los costos de transporte en este producto *commodity*) sólo son útiles aquellos cercanos al salar de donde ésta se obtiene.

En la especie, sólo serían disponibles los puertos Patillos y Patache, mientras que los restantes, ubicados en las ciudades de Iquique y Arica, no serían económicamente viables por estar demasiado lejos. Asimismo, por consideraciones geográficas, la región carecería de bahías aptas para construir a costos razonables nuevos puertos que puedan competir en la prestación de tales servicios, no existiendo sustitutos relevantes. Por tanto, esos puertos son el mercado relevante y, al mismo tiempo, constituyen una infraestructura esencial del mercado de la sal.

Adicionalmente, en relación a la integración vertical de SPL con uno de los dos puertos disponibles, que habría incentivado conductas arbitrariamente discriminatorias y abusivas ejercidas contra sus competidores, la FNE solicita al tribunal restringir una eventual participación de SPL en la propiedad de Puerto Patache. Igual restricción debe aplicarse en el caso de una eventual integración horizontal de los puertos Patillos y Patache.

En el mismo sentido, solicita al TDLC que declare expresamente que los propietarios y/o concesionarios de los Puertos de Patillos y Patache, cuando las condiciones lo permitan, deberán dar acceso abierto a dichas instalaciones, sobre una base igualitaria y no arbitrariamente discriminatoria, a terceros competidores en el mercado de la producción y comercialización de la sal. Así, indica que los puertos deben ser compartidos con reglas similares a las exigidas a las empresas portuarias estatales en cuanto a acceso igualitario y no arbitrariamente discriminatorio a los servicios portuarios, tarifas, normas de calidad, asignación de capacidad y acceso y publicidad de la información.

Posteriormente, Cordillera dedujo demanda en contra de SPL, en términos similares al requerimiento de la FNE.

SPL contestó el requerimiento y la demanda, solicitando su rechazo, sosteniendo que tiene un legítimo interés en Puerto Patache y que el ejercicio de las acciones administrativas y judiciales cuestionadas está destinado a resguardar ese legítimo interés, amparado por su derecho constitucional petición. Agrega que Puerto Patillos

estaría siendo usado por sobre su capacidad y sería actualmente insuficiente para satisfacer sus requerimientos comerciales, de ahí que sería razonable su intención de adquirir otro puerto. Adicionalmente, ni éste ni Puerto Patache podrían calificarse de instalaciones esenciales, pues existirían sustitutos tanto en el transporte terrestre como en otros puertos que podrían para prestar tales servicios. En ese sentido, niega que existan limitaciones para replicar tales puertos mediante una inversión razonable.

En mayo de 2006, en cumplimiento de una transacción acordada con SPL, Cordillera se desistió de la demanda y SPL se desistió de las acciones judiciales que aún se encontraban pendientes. Sin embargo, la FNE insistió en su requerimiento en orden a establecer obtener una sanción para la requerida por haber infringido las normas de defensa de la libre competencia, además de la adopción de restricciones y medidas correctivas para resguardar las condiciones de un mercado competitivo.

El TDLC aceptó el desistimiento de Cordillera y prosiguió el juicio con el requerimiento de la FNE, considerando que correspondía pronunciarse específicamente respecto de la procedencia de: (i) exigir a los propietarios de los puertos de Patillos y Patache que permitan el embarque de sal producida por terceros bajo determinadas condiciones; (ii) imponer restricciones a la integración horizontal de los puertos de Patillos y Patache; y, (iii) sancionar a SPL.

En primer lugar, el TDLC se avocó a la definición del mercado relevante, sus características y el lugar que SPL ocupa en él. Al respecto, se estableció como primera cuestión que la producción nacional de sal está fuertemente concentrada, donde la participación de SPL supera el 99%. También reiteró lo señalado por la FNE sobre los distintos usos de la sal, agregando que el 91% es exportado (destinándose principalmente al deshielo de caminos). Por otra parte, en lo que toca al mercado nacional de consumo humano, la participación de SPL bordea el 90%.

Lo anterior es sumamente relevante tener presente. Primero, porque la participación en mercados internacionales permite alcanzar importantes economías de escala y de ámbito. Además, considerando que el único medio de transporte para dicho fin es el

marítimo, es indispensable tener buenas condiciones de acceso a terminales portuarios (principalmente, que el costo de acceso al mismo sea bajo, cobrando la cercanía gran importancia). Más, el hecho de producir sal para los distintos fines a que ella puede destinarse también permite obtener importantes economías de ámbito. Y el caso es que todo lo anterior es justamente aprovechado por SPL, potenciando su posición de dominio en el mercado nacional y alcanzando una ventaja de costos no replicable por los productores locales.

En virtud de lo anterior, el TDLC concluye lo siguiente:

**“Quincuagésimo quinto:** Que, por lo precedentemente expuesto, a juicio de este Tribunal, SPL, junto con ser la empresa líder en la producción y ventas en el mercado nacional de la sal -fruto del control del puerto de Patillos y de la escala alcanzada gracias a su participación en los mercados internacionales- posee actualmente una ventaja de costos no replicable por los productores locales, lo que le confiere una posición dominante que es difícilmente disputable por una empresa que realiza el transporte de sal sólo por vía terrestre;”

En consecuencia, considerando que la favorable estructura de costos de SPL le confiere poder de mercado, y tras establecer que el transporte marítimo carece de sustitutos al menos en lo que toca al transporte al centro y sur del país, el tribunal concluye que ese poder de mercado es únicamente limitable en la medida en que existan condiciones de acceso a servicios portuarios adecuados. El acceso abierto y en razonables condiciones a los servicios portuarios es la única forma de asegurar que exista competencia. Así lo señala el tribunal:

**“Quincuagésimo séptimo:** Que, a juicio de este Tribunal, son dos las razones principales que justifican la diferencia de costos entre SPL y el resto de productores que sólo participan en el mercado nacional de la sal. Primero, SPL presenta menores costos unitarios de producción como resultado de las economías de escala y ámbito que ha logrado alcanzar gracias al acceso a mercados internacionales. Segundo, SPL presenta menores costos unitarios de transporte hacia los centros de consumo en el mercado doméstico, dado que transporta por mar una fracción mayoritaria de sus ventas;

**Quincuagésimo octavo:** Que dada la ventaja de costos que posee la empresa dominante en el mercado nacional, la posibilidad de limitar el ejercicio de poder de mercado por parte de SPL depende de la existencia de

una oferta potencial de competidores que sea probable, oportuna y suficiente para aproximarse a una solución competitiva. Esta competencia potencial podría provenir de productores nacionales que, aumentando su escala de producción, agrupándose o vendiendo a un intermediario, logran acceder al transporte marítimo de sal, o bien de otro productor de sal verticalmente integrado hacia los servicios portuarios. En cualquier caso, la posibilidad que surja esta competencia depende de manera crucial de las condiciones de acceso a servicios portuarios adecuados;”

Por consiguiente, habiendo determinado que los servicios portuarios en general son un insumo indispensable para poder competir en el mercado de la sal, el TDLC procede a analizar si los dos actualmente existentes son replicables, o si por el contrario, son los únicos disponibles. Esto significa determinar, por un lado, si es factible construir un nuevo puerto y, por otro, las condiciones de acceso a servicios portuarios relevantes para el embarque de sal. Luego, sino no existe la posibilidad de replicar los puertos existentes, éstos califican como esenciales:

**“Sexagésimo:** Que, sobre la base de lo precedentemente expuesto, el acceso en condiciones competitivas a servicios portuarios cumple un papel fundamental en el grado de competencia observable en los mercados nacionales de la sal, al permitir que productores de sal que logren este acceso puedan alcanzar economías de escala y ámbito en la producción y transporte. En consecuencia, este Tribunal procederá a analizar las alternativas de acceso a servicios portuarios por parte de productores de sal distintos de SPL y, particularmente, de Cordillera, que era quien tenía intenciones de adquirir el puerto de Patache.

En relación con lo anterior, este Tribunal analizará si el puerto de Patache constituye una facilidad esencial, en el sentido de no ser replicable bajo condiciones de viabilidad técnica y económica, o bien si existen otras alternativas portuarias económicamente viables para las empresas competidoras de SPL;”

Sobre el particular, considerando que Chile es un país con escasas bahías abrigadas para la construcción de puertos (la construcción de un puerto presenta costos hundidos significativos en la construcción de protecciones), el TDLC se refiere con especial atención al informe pericial encargado a un perito independiente para determinar la viabilidad técnica y económica de replicar los puertos existentes. Éste concluyó que existirían seis alternativas para la localización de un nuevo terminal marítimo, en

adición a los puertos ya existentes de Patillos I y Patache, todos ellos con un costo estimado de construcción que fluctuaría entre 9 y 15 millones de dólares.

Sin embargo, el TDLC objetó dicho informe, señalando que omitió haber contemplado un criterio que estima de gran importancia. Y ese consiste en que la viabilidad económica no sólo consiste en el costo de crear y habilitar la instalación en cuestión, sino también debe concurrir un elemento comercial, a saber, que una vez replicada la instalación ésta sea capaz de generar en su operación los retornos necesarios para que la operación rentable. Definirá la viabilidad económica como la circunstancia de proveer el acceso al insumo en cuestión una estructura de costos competitiva con el actual competidor:

**“Sexagésimo tercero:** Que, sin perjuicio de analizar la existencia de localizaciones aptas para la construcción de un puerto para embarcar sal a granel, el informe pericial no consideró que la viabilidad económica de dichos puertos está fundamentalmente condicionada por la viabilidad comercial de lograr utilizar esa infraestructura portuaria para la exportación de volúmenes significativos de sal a granel. En relación con este concepto de viabilidad comercial, una variable con incidencia significativa es la distancia entre el yacimiento, en este caso de Cordillera, y las distintas alternativas para el emplazamiento portuario.”

La noción de viabilidad comercial y económica es fundamental para el tribunal. En efecto, éste da cuenta que el costo de transporte entre el yacimiento de Cordillera y los eventuales puertos más cercanos representa más de un cuarto de los costos totales, en términos tales que estos puertos no permiten enfrentar competitivamente la estructura de costos a SPL, y por tanto, el TDLC decidió privar de valor a varias de las alternativas de puertos propuestas por el informe pericial encargado.

**“Sexagésimo quinto:** Que, dada la importancia relativa de los costos de transporte en el costo total de la sal colocada en el puerto, este Tribunal estima que no todas las alternativas portuarias planteadas en el peritaje (...) son económicamente viables, en términos de permitir la entrada de un nuevo productor de sal verticalmente integrado hacia los servicios portuarios, de forma que esto último le permita a ese productor alcanzar una estructura de costos que sea competitiva con la de SPL. En efecto, mientras más importantes sean las desventajas de costo enfrentadas por este potencial entrante, menores serán las posibilidades de vender la sal en los mercados

internacionales, en particular en la costa este de los Estados Unidos y, con ello, menos probable será que surja otro productor nacional con una escala de ventas que le permita financiar la adquisición de un puerto con acceso competitivo, condicionando de esta forma la posibilidad de desafiar competitivamente la posición de dominio que SPL detenta en el mercado nacional;

**Sexagésimo sexto:** Que, sobre la base de lo anterior, y teniendo presente el intenso grado de competencia que prevalece en los mercados internacionales de sal, este Tribunal estima que la posibilidad de replicar facilidades portuarias con viabilidad económica sólo se circunscribe a aquellas localizaciones que permitan lograr una estructura de costos competitiva con la de SPL. Así, las únicas localizaciones relevantes serían Punta Valenzuela y Punta Fuentes;

**Sexagésimo séptimo:** Que, no obstante lo anterior, cabe tener presente que, aún existiendo la posibilidad de construir algún “puerto cercano” al Salar -Punta Valenzuela o Punta Fuentes-, la escala de ventas del productor de sal condiciona en forma fundamental la viabilidad económica de poder construirlo efectivamente. Al respecto, y en relación a la posibilidad de alcanzar una escala de operación que viabilice económicamente la construcción de un nuevo puerto, es necesario realizar una distinción entre, por un lado, la situación de productores pequeños y, por otro, el caso de Cordillera;

**Sexagésimo octavo:** Que, en el caso de los productores pequeños, en opinión de este Tribunal aquéllos podrían -en forma individual o conjunta- eventualmente alcanzar una escala de operaciones suficiente para viabilizar el uso del transporte marítimo para proveer el mercado nacional de la sal, especialmente en los segmentos de sal para usos químicos, industriales -excluyendo el consumo humano- y para deshielo. Sin embargo, este grupo de productores no es probable que pueda aumentar en el corto plazo su escala de producción a un nivel tal que, por sí misma, les permita viabilizar económicamente la construcción de un nuevo puerto.

Por su parte, Cordillera es una empresa que actúa como intermediario consolidado en el mercado internacional de la sal, que conoce los canales para su distribución y que también dispone de la infraestructura necesaria para comercializar sal a gran escala. A juicio de este Tribunal, entonces, esta empresa podría lograr, en un plazo relativamente corto, una escala de producción tal que le permitiese viabilizar económicamente la construcción o adquisición de un puerto y, con ello, lograr una estructura de costos competitiva con la de SPL;

**Sexagésimo noveno:** Que aún cuando fuese técnicamente viable la construcción de un nuevo puerto para el embarque de sal, un productor que opera sólo en el mercado nacional enfrenta un límite e impedimento económico de carácter fundamental -dado por el tamaño restringido del mercado doméstico- que le impediría alcanzar una escala de producción suficiente para viabilizar, por sí sola, el financiamiento de dicho puerto y, como consecuencia, se ve imposibilitado de alcanzar una estructura de costos más competitiva en relación con los costos de la empresa dominante -

SPL-. Esta limitación podría ser superada si esos productores pudieran entrar y vender volúmenes significativos en el mercado internacional de la sal, no existiendo antecedentes en autos al respecto;

**Septuagésimo:** Que, sin perjuicio de lo anterior, este Tribunal estima que el acceso a precios competitivos y no discriminatorios por parte de terceros - distintos de Punta de Lobos-, a los puertos destinados al embarque de sal en la Región de Tarapacá, influiría positivamente sobre el grado de competencia en el mercado nacional de la sal, al permitir la participación de productores pequeños con una estructura de costos más competitiva en relación a los costos de la empresa dominante, especialmente en segmentos de mercado con menor valor agregado y en los cuales debiera ser mayor la incidencia de los costos de transporte en el precio del bien final;"

En definitiva, sin perjuicio que lo anterior sirvió al tribunal para descartar algunas de las alternativas señaladas en el informe pericial, el TDLC estimó que no se acreditó que los puertos en cuestión fueran facilidades no replicables, así como tampoco se acreditó que hubiera existido una negativa a prestar servicios portuarios por el demandado:

**“Septuagésimo primero:** Que, en el caso que un puerto privado tenga las características económicas de una facilidad esencial, y en ausencia de restricciones técnicas o falta de capacidad para el embarque de sal, conjunto de condiciones que no se encuentran suficientemente acreditadas en el caso de autos, podría ser considerado contrario a la libre competencia que el operador portuario niegue sus servicios a terceros que lo soliciten;

**Septuagésimo segundo:** Que, considerando lo anterior, y teniendo presente además que en el caso de autos tampoco se encuentra acreditada una negativa de SPL para entregar servicios portuarios a productores pequeños de sal, al no constar en autos que alguna empresa los hubiera solicitado, este Tribunal procederá a rechazar la petición de la Fiscalía Nacional Económica en cuanto a exigir a los propietarios de los puertos de Patillos y Patache que permitan el embarque de sal producida por terceros bajo las condiciones solicitadas (...);”

Sin perjuicio de lo anterior, el TDLC ordenó a SPL y a Cordillera formular previas consultas de pretender realizar cualquier operación que tendiera a aumentar la concentración en el mercado de los servicios portuarios relevantes para embarques de sal.

Por último, en lo que toca a la imputación de haber hecho SPL un ejercicio abusivo de acciones judiciales y peticiones administrativas, el TDLC determinó que éstas

efectivamente existieron y tuvieron por efecto obstruir la habilitación de un segundo puerto para el embarque de sal en la Región de Tarapacá, evitando la potencial entrada de nuevos competidores en el mercado doméstico de la sal, particularmente del único con capacidad para desafiarle competitivamente la posición de dominio. Pues bien, considerando que se trataba de acciones contradictorias y que no le daban a SPL ninguna utilidad incluso en caso de resultar vencedora de ellas, el TDLC determinó imponer a la requerida una multa de 6.000 Unidades Tributarias Mensuales (UTM), el máximo monto solicitado por la FNE.

Como consideración final, el TDLC agrega que la infracción tuvo efectos perjudiciales no sólo para Cordillera sino que para las condiciones generales de competencia en el mercado nacional, restringiendo la posibilidad de que, vía mayor competencia, se reduzca el precio final de la sal en el mercado doméstico. Por ello deja expresa constancia que la circunstancia de haberse suscrito una transacción entre SPL y Cordillera no impide sancionar el conflicto de interés general subyacente.

(b) La sentencia del TDLC no fue objeto de recursos para ante la Corte Suprema.

(c) Junto con *Transbank*, éste es uno de los fallos más importantes en relación a la doctrina de las facilidades esenciales. En efecto, si bien el tribunal no llegó a la conclusión que el insumo en disputa fuera una instalación esencial, aquello no impidió que dejara expresa constancia que de serlo, una negativa injustificada compartirlo sería contraria a la libre competencia.

Asimismo, se debe destacar la noción de viabilidad comercial exigida por el tribunal para que un insumo pueda encontrar sustitutos (actuales o potenciales), viabilidad que sólo se configurará en la medida en que el insumo que se pretende sustituto otorgue una estructura de costos que permita competir con el monopolista.

Por último, hay que subrayar lo señalado por el TDLC en cuanto no es suficiente que los actores acrediten la presencia de una facilidad esencial, sino que adicionalmente

deben demostrar la existencia de la negativa manifestada por el monopolista a proveer el acceso al insumo, lo que en la especie no ocurrió.

**vii. Sentencia N° 76/2008.**<sup>287</sup>

(a) GTD Teleductos S.A. (GTD), empresa concesionaria de servicios intermedios de telecomunicaciones en diversas comunas de la Región Metropolitana y que se dedica a la instalación, operación y explotación de una red de ductos y cables en su zona de servicio, demandó a la Empresa de los Ferrocarriles del Estado (EFE) imputándole haber incurrido ésta en conductas de abuso de posición dominante, consistentes en la imposición de precios abusivos por los servicios de atravesos, paralelismos y apoyos de la faja vía, los cuales se constituirían facilidades esenciales. Dichas tarifas, contempladas en un reglamento propio de EFE denominado “Reglamento de Atravesos, Paralelismos y Apoyos” (en adelante, el Reglamento), estarían determinadas en base a un modelo que no sería uniforme, general y no arbitrariamente discriminatorio, y que tampoco se basaría en costos ni se sustentaría en un modelo de empresa eficiente, infringiendo el artículo 3 letra b) del Decreto Ley N° 211. Agrega la demandante que también correspondería la aplicación de la doctrina de las facilidades esenciales (sin indicar claramente en qué términos), toda vez que ello corresponde “si un agente económico es dueño de una facilidad o instalación esencial en un mercado determinado, la creación de un negocio o sistema paralelo para intentar evitar la utilización de dicha facilidad sería impracticable”<sup>288</sup>. Cita al efecto el caso *Transbank* y estima que la doctrina estaría establecida en el artículo 3° inciso 1° y letra c) del Decreto Ley N° 211.

Contestando la demanda, EFE solicita su rechazo pues no habría ningún cobro abusivo ni arbitrario. Destaca que es una empresa pública dedicada al transporte ferroviario de carga y pasajeros, autorizada para explotar comercialmente los bienes de que es dueña, que comprenden –entre otros- los terrenos que ocupan las líneas

---

<sup>287</sup> Pronunciada con fecha 14 de octubre del año 2008, en el juicio “Demanda de GTD Teleductos S.A. contra Empresas de los Ferrocarriles del Estado EFE”, Rol N° C 100-2006; confirmada por sentencia de la Excm. Corte Suprema de fecha 13 de enero de 2009, autos rol 6.978-2008.

<sup>288</sup> Página 18 de la demanda.

férreas o faja vía. Esta faja vía es un terreno de aproximadamente 20 veinte metros de ancho, que corre de Norte a Sur y que no presenta, en principio, otras interrupciones que las que puedan derivarse de bienes nacionales de uso público, tales como caminos públicos. EFE cobra por los servicios de atravesos, paralelismos y apoyos que presta a distintas empresas las tarifa de están establecidas en el Reglamento, establecidas con anterioridad, y cuyo modelo y valor estaría plenamente justificado.

Sobre los hechos de la causa, vale reseñar que GTD había suscrito con EFE un contrato de Autorización de Construcción, Derechos de Paso y Certificación por un atraveso subterráneo específico (ramal Alameda–San Antonio, en Talagante), con un precio determinado y por un plazo de 20 años. Sin perjuicio de ello, GTD tenía también otros 8 atravesos de la faja vía en la Región Metropolitana, instalados por su cuenta sin contar con el consentimiento previo de EFE. Respecto de tales atravesos no autorizados, EFE emitió a GTD una factura por cada uno de ellos, cuyos precios fueron calculados en base al Reglamento, los que fueron rechazados por ésta. Posteriormente, entre septiembre y diciembre de 2006 -durante el curso del juicio- las partes mantuvieron negociaciones a fin de determinar un precio por los atravesos, formulándose diversas propuestas, ninguna de las cuales llegó a buen término.

En ese contexto, y previo al análisis de las conductas imputadas, el tribunal dejó establecido que EFE está legalmente facultada para explotar comercialmente los bienes de su propiedad (como los terrenos que ocupan las líneas férreas), aunque sin contravenir las normas de la libre competencia. Por su parte, GTD no tiene derecho a servidumbres legales para el tendido de sus redes sobre o bajo la vía férrea. Por el contrario, GTD sólo está habilitada para constituir servidumbres voluntarias que graven los terrenos de propiedad de EFE, y por consiguiente, debe negociar con EFE para realizar el tendido de sus redes sobre o bajo la vía férrea de propiedad de esta última, y para determinar su precio.

Dicho lo anterior, el TDLC procedió a: (i) definir el mercado relevante y la posición que ocupan las partes en el mismo; (ii) establecer si se dan o no las condiciones que hagan procedente acudir a la doctrina de las instalaciones esenciales; (iii) analizar si EFE ha

incurrido o no en las conductas denunciadas; y, por último, (iv) resolver las peticiones concretas de la demanda.

Así, en primer término, el TDLC definió el mercado relevante como el de los servicios de atraviesos de la vía férrea, demandados por usuarios que requieren cruzar la faja vía para poder suministrar los servicios que ofrecen a sus respectivos clientes, en toda la extensión de la misma. En él, EFE resulta ser el único oferente, mientras la demandante es uno de sus clientes o usuarios. Por ello, y puesto que no existen alternativas para las empresas que requieren atravesar la vía férrea para desarrollar su actividad, EFE tiene una clara posición dominante en dicho mercado.

En consecuencia, el TDLC concluye que los atraviesos de la faja vía constituyen “a lo menos insumos indispensables para las empresas de telecomunicaciones que –como GTD- no pueden prescindir de ella para desarrollar su actividad económica”<sup>289</sup>, y por tanto, EFE podría incurrir a su respecto en abusos de su posición dominante.

Acto seguido, el TDLC procede a determinar si se dan o no las condiciones que permitan aplicar aquí la doctrina de las facilidades esenciales. En ese sentido, primeramente define el objeto de la doctrina de las facilidades esenciales, señalando que éste es “resolver situaciones en las que un agente económico niega a otro el acceso a insumos o infraestructura que son imprescindibles para participar, competir o desafiar al dueño o controlador de ese insumo o infraestructura”. Luego, asienta dos presupuestos que entiende como elementales para que la doctrina reciba aplicación: que quien solicita el acceso al insumo esencial sea un competidor<sup>290</sup>; y, que se acredite

---

<sup>289</sup> Considerando 25°.

<sup>290</sup> Esa circunstancia fue ratificada por el informe en derecho acompañado por la propia demandante. Sin perjuicio de ello, dicho informe señala que la doctrina de las facilidades esenciales sería útil en el juicio en tanto podría ser “iluminadora” para resolver la litis, entre otras cosas, porque “la noción de facilidad esencial permite vislumbrar que la solución de la controversia (en caso que se acreditara el abuso) no se satisfaría con una simple declaración de que ha existido una infracción, sino que exige un comportamiento positivo en orden a garantizar para el futuro condiciones de acceso compatibles con la libre competencia.” Informe en derecho denominado “¿Cómo entender la confluencia de la figura del abuso de posición dominante, la noción de facilidad o instalación esencial, la regulación sectorial de telecomunicaciones y la legislación general sobre libre competencia respecto de las condiciones de acceso (en la forma de atraviesos, paralelismos y apoyos) a la faja ferroviaria de propiedad de la Empresa de Ferrocarriles del Estado?”, elaborado por el profesor Juan José Romero Guzmán en abril del año 2007 y agregado a fojas 337 de dichos autos.

la existencia de la negativa a proveer acceso por parte del monopolista. Y el hecho es que ninguno de tales requisitos concurre en la especie, declarando prescindir de la doctrina de las facilidades esenciales para resolver la litis. Lo anterior quedó manifestado en los siguientes considerandos:

**“Trigésimo primero:** Que así, y antes de examinar si las tarifas cuestionadas en autos son o no resultado de una conducta de abuso de la posición dominante que tiene EFE en el mercado relevante, resulta necesario precisar que, en la especie, este Tribunal no estima necesario acudir a la doctrina de las instalaciones esenciales invocada por la demandante. Lo anterior se debe a que esta doctrina pretende resolver situaciones en las que un agente económico niega a otro el acceso a insumos o infraestructura que son imprescindibles para participar, competir o desafiar al dueño o controlador de ese insumo o infraestructura. En la especie, en cambio, EFE y GTD no son competidores actuales o potenciales, de manera que la demandada carece de incentivos anticompetitivos para negar el acceso o la venta a GTD;

**Trigésimo segundo:** Que, a mayor abundamiento, no se encuentra acreditado que EFE hubiera negado el acceso o la venta de atravesos de su faja vía, o realizado gestiones tendientes a retirar de su propiedad los atravesos ya instalados por GTD. De hecho, ni siquiera existe una probabilidad cierta de que EFE proceda a solicitar el retiro de los atravesos materia de autos, atendido que, como se señaló, no tiene incentivos para ello, al menos, mientras perciba una remuneración que compense la totalidad de los costos que enfrenta producto de éstos, incluyendo una rentabilidad sobre ciertos activos que para ella constituyen costos hundidos, como son, por ejemplo, los terrenos;

**Trigésimo tercero:** Que, como consecuencia de lo señalado anteriormente, no se dan las condiciones que ameriten acudir a la doctrina de las instalaciones esenciales. En cambio, ya que los atravesos de la vía férrea son provistos por un único oferente –EFE- y requeridos por un conjunto de empresas que no pueden prescindir de ellos, el conflicto de autos estaría dado por la posibilidad de que EFE, abusando de su posición dominante en la provisión de servicios de atravesos, pretenda o exija de terceros como GTD una contraprestación abusiva;”

En definitiva, el TDLC determinó que los cobros de EFE –si bien no adolecían de falta de transparencia- eran arbitrariamente discriminatorios, al no existir justificación económica razonable para las diferencias entre las tarifas de los distintos tipos de atravesos que define el Reglamento, y como tales, constitutivos de un abuso de posición dominante sancionado atentatorio contra la libre competencia. Por tales hechos, sanciona a la demandada con una multa de 150 UTM.

Adicionalmente, y con el objeto de prevenir que EFE incurra en infracciones similares, ordenó que ésta, dentro del plazo de 60 días, modifique el Reglamento a fin de que éste contemple criterios de determinación de las tarifas que sean, además de transparentes, objetivos y no arbitrariamente discriminatorios; y, que presente a la FNE el nuevo texto de dicho documento, para su conocimiento, a fin de que ésta, en ejercicio de sus facultades, vele por su adecuación a las normas de defensa de la libre competencia.

Cabe destacar además, que el TDLC rechazó la solicitud de que se propusiera un proyecto de ley que facultara al MTT para fijar las tarifas que EFE cobrara por los atravesos, paralelismos y apoyos de la vía férrea, conforme a un modelo de empresa eficiente. El TDLC estimó que ello no era necesario pues las veces en que se hizo - como en el mercado eléctrico-, fue porque existía un monopolio natural regulado aguas abajo, y al no ocurrir en la especie nada justificaba que exista una regulación de los servicios asociados como solicita el demandante. Así, afirma que “a pesar de que el servicio de atravesos constituye un insumo indispensable para GTD, las partes pueden llegar a un acuerdo en su precio, en la medida que EFE corrija y actualice su Reglamento y sea posible establecer incentivos para su mejor adecuación, aminorando así la posibilidad de que abuse de su posición dominante al establecer sus tarifas”<sup>291</sup>.

(b) La sentencia del TDLC fue confirmada por la Corte Suprema sin consideraciones adicionales que corresponda consignar.

(c) Paradójicamente explicando por qué el caso no era propiamente uno de la doctrina de las facilidades esenciales, el fallo en comento ilustra con especial nitidez el concepto que el TDLC tiene de la doctrina. En efecto, la errada noción que la demandante tenía acerca de ésta le obligó a hacer aclaraciones conceptuales de rigor, de paso demostrando su disposición a adoptar las consecuencias que ésta pretende en caso de ser necesario.

---

<sup>291</sup> Considerando 63°.

viii. **Sentencia N° 77/2008.**<sup>292</sup>

(a) La FNE presentó requerimiento contra la I. Municipalidad de Curicó por establecer condiciones en las Bases de Licitación de los servicios de recolección, transporte y disposición residuos sólidos y otros servicios especiales de la comuna que impedirían la participación de empresas distintas a las relacionadas a la propietaria del relleno sanitario más cercano a la ciudad de Curicó.

En lo que interesa a este trabajo, cabe destacar que el TDLC nuevamente reiteró el razonamiento de la Sentencia N° 37/2006 y la Instrucción General N° 1/2006<sup>293</sup>, manteniendo la línea de lo dispuesto en la Resolución N° 650 de la Comisión Resolutiva. En efecto, en relación con el mercado de la recolección y depósito de residuos sólidos domiciliarios, reitera que en la etapa de disposición final de la basura, el titular de un relleno sanitario puede estar en posesión de una facilidad esencial, y por tanto, debe dar acceso bajo condiciones no arbitrariamente discriminatorias, y que deben ser conocidas con anterioridad, a todo aquel que le solicite, incluso a sus competidores aguas arriba, en la recolección y transporte de los residuos. Considérese al efecto el siguiente considerando:

**“Trigésimo noveno.** Que en ese sentido, debe tenerse presente la jurisprudencia de este Tribunal en orden a que no es reprochable *per se* que el dueño del relleno sanitario o alguna empresa relacionada a éste pueda participar, también, en otras etapas del manejo de residuos sólidos domiciliarios. Más bien, la condición principal, desde el punto de vista de la libre competencia en el mercado de la basura, radica en la obligación del dueño de la eventual instalación esencial –esto es, el relleno sanitario– de otorgar condiciones de acceso objetivas y no discriminatorias a todos los usuarios y clientes que requieren sus servicios, las que deben ser posibles de ser conocidas en forma clara y *ex ante*, por todos ellos. Lo anterior impone a quien está en esa situación la obligación de abstenerse de cualquier discriminación arbitraria en contra de terceros, como lo indica el número 10

---

<sup>292</sup> Pronunciada con fecha 4 de noviembre del año 2008, en el juicio “Requerimiento de la FNE contra la Ilustre Municipalidad de Curicó”, Rol N° C 137-2007; confirmada por sentencia de la Excm. Corte Suprema de fecha 27 de mayo de 2009, autos rol 7.796-2008.

<sup>293</sup> Ver p. 201 y ss.

de las Instrucciones Generales N° 1/2006, sean o no sus competidores, con lo que, además, se está aceptando, la posibilidad de integración vertical;”

(b) La sentencia del TDLC fue confirmada por la Corte Suprema sin consideraciones adicionales que corresponda consignar.

(c) Nuevamente, el tribunal hace explícita la obligación del dueño de una instalación esencial de otorgar condiciones de acceso objetivas y no arbitrariamente discriminatorias a todos los usuarios y clientes que requieren sus servicios, las que deben ser posibles de ser conocidas en forma clara y *ex ante*, por todos ellos. Así persigue eliminar la posibilidad de que practiquen discriminación arbitraria en contra de terceros, que pueden tener efectos particularmente nocivos en licitaciones de servicios que interesan a la comunidad en general, como ocurre en el caso de la recolección transporte y depósito de la basura.

**ix. Sentencia N° 81/2009.**<sup>294</sup>

(a) Por requerimiento formulado ante el TDLC, la FNE solicitó la modificación de las Bases de Licitación elaboradas por la Junta de Aeronáutica Civil (JAC) para la adjudicación de siete frecuencias aéreas restringidas directas entre las ciudades de Santiago y Lima. Ello pues, al ser las frecuencias un insumo esencial (tal como se resolviera en la sentencia N° 44/2006), su licitación debía contener criterios que aseguren la competencia, lo que en la especie no ocurre por cuanto se licita en base a ofertas monetarias (contraviniendo la recomendación de la referida sentencia).

Asimismo, estima que la existencia de un claro dominante en el mercado como la aerolínea Lan (con incentivos para adquirir frecuencias y alcanzar acuerdos con otras aerolíneas a efectos de disminuir el grado de competencia) exige que se limite la cantidad de frecuencias de cada empresa en la ruta, así como el número de aerolíneas

---

<sup>294</sup> Pronunciada con fecha 16 de enero del año 2009, en el juicio “Requerimiento de la FNE contra la Junta de Aeronáutica Civil”, Rol N° C 79-2005; revocada por sentencia de la Excm. Corte Suprema de fecha 15 de junio de 2009, autos rol 1.855-2009.

operando en ella. Sky Service S.A. compareció como tercero coadyuvante de la requirente.

La JAC solicitó el rechazo del requerimiento. Sostiene que la normativa vigente le obliga asignar las frecuencias mediante licitaciones públicas en base a ofertas monetarias así como le impiden excluir del proceso a algún operador. Señala haber seguido las recomendaciones de la Sentencia N° 44/2006, al reemplazar el sistema de subasta a viva voz por uno en el que las ofertas se presentan en sobre cerrado.

Por lo demás, afirma que no es del todo cierto que las frecuencias aéreas restringidas sean un insumo esencial, pues sólo tienen este carácter para los operadores aéreos nacionales y no para la oferta de vuelos que pueda provenir de terceros países. Esto es, existiría capacidad de sustitución de la demanda que previene el abuso monopólico en las tarifas. Lan compareció como tercero coadyuvante de la requerida.

El TDLC resolvió acoger el requerimiento y ordenó modificar las bases de licitación elaboradas por la JAC con el objeto de adjudicar siete frecuencias aéreas restringidas directas entre las ciudades de Santiago y Lima. Ello, con el objeto de propender a la entrada de algún nuevo operador en dicha ruta, que tenga la posibilidad de desafiar al transportador aéreo dominante, introduciendo una presión competitiva que pueda redundar en menores precios al usuario final y en mejoras en la calidad del servicio.

En opinión del tribunal, habida consideración de la estructura de la industria de transporte aéreo en, desde y hacia Chile, es del todo inadecuado –desde la óptica del derecho antimonopolios- que el sistema de asignación de frecuencias aéreas se base sólo en la mejor oferta monetaria. Ello, pues tal sistema de asignación tiende invariablemente a favorecer a la empresa dominante en la industria y a aumentar su poder de mercado.

En el caso nacional, la empresa dominante es Lan, con poder casi monopólico. Ello se explicaría en el aprovechamiento que hace Lan de las ventajas que le da su posición dominante en el aeropuerto de Santiago, centro de sus operaciones y el punto desde el

cual despliega su red de destinos. Además, estas las ventajas se complementan y potencian por las que entrega la tenencia de la mayoría de las frecuencias aéreas internacionales que ha adjudicado la JAC, que en aquellos países en que éstas son restringidas adquieren el carácter de insumo esencial.

En relación con lo anterior, la existencia de economías de escala, ámbito y densidad en la industria aeronáutica entregan ventajas de costos y de acceso preferente a otros diversos insumos esenciales (como instalaciones y servicios aeroportuarios) al operador incumbente que tiene su centro de operaciones (*hub*) en el aeropuerto de origen de una determinada red de destinos, por sobre potenciales entrantes. Desde el punto de vista de la competencia, estos factores pueden dificultar en forma muy significativa la entrada de rivales en las rutas del incumbente.

Además, se ha demostrado que existen otros aspectos de la industria aeronáutica que también entregan a la empresa dominante ventajas difícilmente replicables por las empresas no dominantes, tales como la integración vertical de las aerolíneas con los aeropuertos, las alianzas entre aerolíneas, los programas de pasajeros frecuentes, los incentivos entregados por las aerolíneas a las agencias de viajes y el control de estas compañías sobre los sistemas computacionales de reservas y las alianzas u operaciones conjuntas. Todas ellas, ventajas aprovechadas por Lan.

De esta manera, el TDLC destaca en principio algunas de esas ventajas podrían ser replicadas por una empresa del tamaño de Lan. Sin embargo, en los hechos ello no parece posible, pues se habría dado lugar a un “cuello de botella” que impide la generación de competencia apta para disciplinar a Lan en las rutas que actualmente domina sin contrapeso alguno, al impedir o restringir la entrada de empresas que organicen sus operaciones bajo un esquema de negocios similar:

**“Cuadragésimo noveno.** Que, en principio, muchas de las fuentes de ventajas de competencia que son aprovechadas por LAN y que han sido descritas en las consideraciones anteriores, podrían eventualmente ser replicadas por empresas de envergadura parecida o superior y con redes similares a las que ha desplegado esa compañía, como se dijo en la consideración trigésimo primera;

**Quincuagésimo.** Que, sin embargo, en los hechos dicha posibilidad es actualmente irrealizable, toda vez que existe una fuente de ventajas de competencia imposible de replicar. Esta es, precisamente, la posesión de frecuencias aéreas restringidas, adjudicadas bajo el modelo actual de asignación. Lo anterior implica la existencia de un cuello de botella importante para la generación de competencia, efectiva o potencial, que pueda disciplinar a LAN en las rutas que actualmente domina sin contrapeso alguno, al impedir o restringir la entrada de empresas que organicen sus operaciones bajo un esquema de negocios similar, que son las que podrían inyectar más eficazmente presión competitiva;”

El TDLC considera que la entrada de aerolíneas de bajo costo sólo podría desafiar, en el mejor de los casos, la posición de las aerolíneas dominantes en el segmento de pasajeros que viajan por turismo. Dicha definición sería compartida por otras jurisdicciones, donde la preocupación de las autoridades de la competencia se enfoca en el abuso de posición dominante de las aerolíneas en el segmento de viajes de negocios.

Siguiendo lo dicho en el informe económico acompañado por la FNE, el mercado aeronáutico chileno puede clasificarse como un mercado poco competitivo, fenómeno que, por lo demás, no es exclusivo de Chile, y cuyas razones son la presencia de un operador nacional de relevancia, alianzas entre aerolíneas dominantes en distintos países, presencia significativa de la aerolínea dominante en los *slots* de los aeropuertos (derechos de una aerolínea para despegar o aterrizar en un horario determinado), entre otros. Asimismo, la posesión de gran parte de las frecuencias restringidas, otorga ventajas no replicables a la empresa dominante en las rutas directamente afectadas, dificultando a la vez la entrada de rivales en el resto de las rutas, por las economías de ámbito, densidad y escala que dichas frecuencias permiten explotar a la empresa dominante..

En ese orden de ideas, estima que las licitaciones de insumos o recursos productivos limitados exclusivamente en base a ofertas monetarias, en los casos en que no existe suficiente competencia en el mercado de aguas abajo, favorece a la empresa dominante, aumentando la concentración de mercado. Decidor resulta que prácticamente en ningún país del mundo las frecuencias aéreas restringidas son

asignadas mediante licitación basada exclusivamente en ofertas monetarias. Agrega que la empresa dominante tiene incentivos (con motivos estratégicos, exclusorios y anticompetitivos) para adquirir frecuencias aéreas restringidas con propósitos distintos a explotarlas comercialmente.

Por lo tanto, concluye que la asignación al mejor postor de frecuencias aéreas restringidas, según mayor oferta monetaria, es uno de varios factores que se retroalimentan y que contribuyen a consolidar, o tienden a aumentar, el poder de mercado de la empresa dominante en la industria<sup>295</sup>.

Por todo lo anterior, el tribunal ordenará cambiar las bases de esta licitación.<sup>296</sup> Para el TDLC la solución ideal y definitiva a los problemas de competencia tratados en el juicio radica en lograr la mayor apertura de cielos posible, toda vez que, en una economía pequeña como la chilena, y en el caso particular de una industria con muy elevados índices de concentración y barreras de entrada relevantes, abrirse a la competencia internacional es lo más eficaz en un régimen económico de mínima intervención de la autoridad en la actividad aeronáutica. En efecto, el TDLC sostuvo que “las modificaciones a las bases de licitación referidas se ordenarán con el objeto de propender a la entrada de algún nuevo operador en la ruta Santiago-Lima que tenga la posibilidad de desafiar al incumbente y, de este modo, introducir presión competitiva

---

<sup>295</sup> Sostiene que lo dicho habría sido incluso confirmado por los informes aportados por la propia Lan. Por ejemplo, uno de ellos admite que “...una firma incumbente con poder de mercado podría tener incentivos para ofrecer más que sus competidores por el recurso escaso, de modo de excluirlos del mercado. Al hacer su oferta, la firma estaría no sólo considerando el beneficio marginal que le reporta el recurso, sino también el perjuicio que el ingreso de nuevos operadores ocasionaría en los beneficios actuales.” (considerando 84°).

<sup>296</sup> A mayor abundamiento, afirma que un mecanismo de adjudicación de frecuencias que podría aplicarse alternativamente a la subasta por precio, consiste en el llamado “*beauty contest*” (considerando 162°). En esta clase de licitaciones, el licitador establece las reglas o bases de licitación, fijando una serie de parámetros y criterios en base a los cuales se evalúan las propuestas. Se trata de criterios técnicos, consistentes en consideraciones de eficiencia, seguridad, disponibilidad de aviones, rutas a servir, e incluso consideraciones de promoción de la libre competencia. Además, señala que el método más eficaz para asegurar los menores precios a público y un uso eficiente de las frecuencias disponibles consiste en una licitación que adjudique frecuencias, justamente, por menor tarifa a público o mayor capacidad de transporte. El problema de esta alternativa, sin embargo, es la alta variabilidad en las condiciones de costos y demanda, lo que dificulta identificar un indicador relevante de precio para dirimir tal competencia.

que pueda redundar en menores precios al usuario final y en mejoras en la calidad del servicio”.<sup>297</sup>

En concreto, el TDLC resolvió ordenar a la JAC modificar las bases de licitación, a fin que éstas establezcan que la autoridad aeronáutica chilena podrá adjudicar a un mismo postulante en una primera ronda, como máximo un 75% del total de frecuencias aéreas internacionales directas existentes en la ruta Santiago – Lima, sumadas las ya asignadas y las por asignar. Asimismo, dictaminó una serie de otras medidas, como ordenar se monitoree constantemente el uso y operación regular las frecuencias aéreas internacionales adjudicadas, e informar a la FNE las bases de las licitaciones públicas de frecuencias aéreas así como todo acto jurídico cuyo objeto sea la transferencia entre aerolíneas de frecuencias aéreas o derechos de tráfico.

Además, el TDLC determinó proponer a la Presidenta de la República, por medio del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, realizar una serie de modificaciones al Decreto Ley N° 2564 de 1979 y el Código Aeronáutico. Entre ellas, modificar el reglamento de asignación de frecuencias aéreas (DS N° 102, de 1981), a fin que éste establezca la obligación de la autoridad aeronáutica de asegurar las mejores condiciones de competencia entre todas las empresas interesadas en el servicio de transporte aéreo en las rutas respectivas.

Finalmente, la sentencia decidió hacer dos recomendaciones, a saber, (i) al gobierno, para que estudie la conveniencia de establecer una limitación a la duración de las frecuencias aéreas ya asignadas con carácter de indefinidas; y (ii) a las sociedades del giro aeronáutico constituidas en Chile, para que consulten al TDLC los actos jurídicos por medio de los cuales pacten alianzas o el aprovechamiento de ventajas que supongan la conexión, combinación, consolidación o fusión de servicios o negocios.

(b) Contra la sentencia del TDLC, la JAC y Lan dedujeron sendos recursos de reclamación para ante la Corte Suprema. Tales recursos fueron acogidos por el

---

<sup>297</sup> Considerando 168°.

máximo tribunal rechazando el requerimiento formulado por el FNE y dejando sin efecto las medidas ordenadas, aunque la decisión se basó sobre consideraciones procesales no relacionadas con el fondo analizado por el TDLC.

En síntesis, en la Corte Suprema señaló estimó que la JAC al elaborar las bases de licitación no hizo más que dar fiel cumplimiento a la legislación aplicable en la especie, las que establecen que las frecuencias deben ser asignadas a la empresa que haya ofrecido la mayor cantidad de dinero por cada una de ellas, encontrándose obligada por ende la JAC a elaborar las bases de licitación de conformidad a dichas normas. Luego, el TDLC no estaría facultado para ordenar la modificación de las bases de licitación en la forma en que lo hizo en su sentencia. Ello supondría contrariar lo expresamente dispuesto en la normativa aplicable a la aviación comercial.<sup>298</sup> Adicionalmente, el TDLC tampoco estaba facultado para efectuar recomendaciones, pues no se trata de una medida incluida en el art. 26 del Decreto Ley N° 211.

(c) Sin perjuicio de haber sido revocada por la Corte Suprema, la sentencia en comento nos permite resaltar nuevamente la preocupación del TDLC por asegurar que la licitación de insumos esenciales tienda a promover la libre competencia y evitar que el control de éstos se preste para abusos.

**x. Sentencia N° 85/2009.<sup>299</sup>**

Constructora Independencia Ltda. (CIL) dedujo demanda contra la empresa de servicios sanitarios (en adelante “ESS”) Aguas Nuevo Sur Maule S.A. (ANSM), acción a la que posteriormente se sumó un requerimiento de la FNE en contra ésta y también otras ESS: ESSAL SA, ESSBIO SA y Aguas Andinas SA. La demandada y las requeridas fueron acusadas de realizar conductas que configurarían un abuso de

---

<sup>298</sup> En ese sentido, en la sentencia indicó que “los jueces están obligados a cumplir su función aplicando la legislación vigente, con prescindencia de la convicción íntima que tengan acerca de la bondad de ésta” (considerando 8°).

<sup>299</sup> Pronunciada con fecha 2 de julio del año 2009, en el juicio “Demanda de Constructora e Inmobiliaria Independencia Ltda. en contra de Aguas Nuevo Sur Maule S.A.”, Rol N° C 79-2005; pendiente resolverse recurso de reclamación ante la Excm. Corte Suprema.

posición dominante en el mercado de prestación de servicios de agua potable y alcantarillados en las zonas aledañas a sus respectivas áreas de concesión, solicitándose al efecto la aplicación de severas multas. Asimismo, se pidió la imposición de medidas correctivas y la propuesta de modificaciones de normas legales y reglamentarias que facilitarían la prestación de servicios sanitarios en términos competitivos y en condiciones de transparencia.

Como consideración previa, cabe consignar que las ESS prestan sus servicios en áreas urbanas bajo un sistema de concesiones, lo que les confiere el carácter de monopolios legales dentro de un territorio operacional, encontrándose regulado el precio y la calidad del servicio. A su turno, en las zonas urbanas fuera del área de concesión la posibilidad de las ESS de prestar servicios sanitarios está sujeta a la obtención de la correspondiente ampliación de concesión, mientras que en los sectores rurales la prestación de tales servicios es libre y facultativa. Al respecto, en la práctica las ESS cobran una misma tarifa a los usuarios finales, que no es otra que la tarifa regulada, pero los costos dados por la distancia entre un desarrollo inmobiliario y el punto de conexión con la infraestructura de la ESS son pagados por la constructora. Pues bien, el objeto de la litis radica en el método de determinación de dicho cobro y otros aspectos normativos relativos a la relación contractual entre inmobiliarias y ESS.

El TDLC definió el mercado relevante como el de “la provisión de servicios sanitarios de calidad suficiente para cumplir con las normas de urbanización de un proyecto inmobiliario”,<sup>300</sup> quedando limitado geográficamente por la ubicación del proyecto inmobiliario que requiere de los servicios sanitarios. En ese marco, el TDLC constató que existían economías de escala y de ámbito muy relevantes, conforme las cuales concluyó que fuera del área del monopolio legal se estaba en presencia de un monopolio natural.<sup>301</sup> De este modo, existirían barreras de entrada para eventuales competidores, lo que le otorgaría poder de mercado a las ESS.

---

<sup>300</sup> Considerando 70°.

<sup>301</sup> Sobre el particular, el TDLC afirmó que “las condiciones que deben verificarse para que una empresa multiproducto sea un monopolio natural son, tal como lo ha definido la doctrina -desde Baumol, W. (1977) (*“On the Proper Cost Tests for Natural Monopoly in a Multiproduct Industry”*. American Economic Review, Vol. 67, N°5) en adelante- por un lado, que la función de costos de dicha empresa presente economías de

En este contexto, el TDLC analizó algunos de los parámetros cuestionados en el cobro que han realizado las ESS a las inmobiliarias, llegando a la conclusión que algunos de ellos efectivamente eran injustificados y arbitrariamente discriminatorios.

Respecto de las medidas correctivas y la solicitud de modificación de normas legales y reglamentarias, el TDLC analizó diversos aspectos. En lo que importa a este trabajo, primero corresponde observar lo relativo a la tarificación de los servicios sanitarios prestados por las ESS en las zonas rurales. Sobre el particular, el TDLC resolvió ordenar que los cobros se presenten de forma tal que su objetividad pueda ser comprobada y, considerando que las mayoría de las instalaciones de las ESS presentaría características de facilidad esencial, decidió recomendar modificaciones legales destinadas a asegurar el acceso de cualquier interesado en proveer servicios sanitarios en la zona rural tenga, pagando tarifas reguladas. Así se incrementaría la posibilidad de competencia en proyectos ubicados fuera del área de concesión. En efecto, el TDLC expuso textualmente lo siguiente:

**“Centésimo cuadragésimo segundo.** Que, adicionalmente, considerando que en la mayoría de los casos las instalaciones de las ESS para el tratamiento de agua potable y/o aguas servidas presentan características de facilidad esencial, este Tribunal recomendará cambios de ley para que cualquier interesado en proveer servicios sanitarios en una zona rural tenga acceso a utilizar esas instalaciones, pagando tarifas reguladas, a ser fijadas en los procesos tarifarios que legalmente correspondan;

**Centésimo cuadragésimo tercero.** Que, considerando la exigencia de aumentar la transparencia en los cobros y condiciones de contratación entre la ESS y los desarrolladores inmobiliarios en zonas rurales, así como la recomendación de otorgar acceso a la infraestructura sanitaria a otros prestadores del servicio, que incrementaría la posibilidad de competencia respecto de proyectos ubicados fuera del área de concesión, y teniendo en cuenta además la dificultad práctica de definir, para cada concesionaria, la zona de influencia en que las economías de escala priman sobre los costos

---

ámbito y, por otro, que la producción de al menos uno de sus productos se caracterice por poseer economías de escala en un tramo de producción relevante. En términos sencillos, esto significa que la empresa reduce sus costos totales al proveer sus diferentes productos en conjunto y que, además, el costo medio de proveer al menos uno de sus productos por separado, disminuye a medida que aumenta la escala de producción;” (Considerando 76º).

de transporte, este Tribunal considera que no es conveniente requerir la tarificación de estas zonas, como ha solicitado la FNE;”

En otro aspecto relevante a este trabajo, tocante a los mecanismos de asignación de nuevas concesiones para áreas urbanas y las condiciones de interconexión entre empresas sanitarias, el TDLC estimó que no existía justificación suficiente y necesaria para cambiar el sistema actual, descartando la propuesta de la FNE de exigir -más allá de lo que estipula la regulación vigente- la ampliación forzosa de la concesión existente.

Sin perjuicio de lo anterior, el TDLC reconoció que la existencia de economías de escala así como el carácter de instalación esencial (calificación otorgada por los “obstáculos medioambientales”<sup>302</sup> que enfrentan este tipo de inversiones) de las facilidades controladas por las ESS más cercanas a las nuevas concesiones licitadas desincentivan que éstas sean desafiadas en las respectivas licitaciones. El TDLC estimó más razonable aumentar la competencia mediante el establecimiento de un método que asegure el acceso a dichas instalaciones en condiciones no arbitrariamente discriminatorias, facilitando la interconexión entre distintos prestadores. Por ello, decidió proponer una modificación legal en tal sentido. Lo expuesto, según se indica a continuación:

**“Centésimo quincuagésimo segundo.** Que, en síntesis, tanto la existencia de economías de escala como la característica de facilidad esencial de algunas plantas de tratamiento dificultan que exista competencia entre prestadores de servicios sanitarios por las concesiones de nuevas áreas urbanas, otorgando a las concesionarias poder de mercado —el cual es variable según las características de cada terreno— en la provisión de servicios fuera de su respectiva área de concesión;

**Centésimo quincuagésimo tercero.** Que, sin embargo, la ley actual no contempla la obligación de dar acceso a otras empresas sanitarias a tales facilidades esenciales. En efecto, la SISS (N. del A.: Superintendencia de Servicios Sanitarios) puede forzar una interconexión sólo cuando está en riesgo la continuidad del servicio de una concesionaria ya establecida. (...)

**Centésimo quincuagésimo cuarto.** Que, a pesar de no ser obligatoria la interconexión entre prestadores de servicios sanitarios, una vez establecida

---

<sup>302</sup> Considerando 150°.

tal interconexión en forma voluntaria, dichos servicios son de aquellos que se prestan a un intermediario, por lo que quedan sujetos a tarificación según el artículo 1º de la Ley de Tarifas de Servicios Sanitarios. Sin embargo, en los Decretos Tarifarios se establecen las tarifas máximas que la empresa sanitaria que recibe la interconexión puede cobrar a una empresa con la que acordó tal interconexión de las empresas, sin ser extensible a nuevas interesadas, que sería relevante como mecanismo para reducir las barreras a la entrada;

**Centésimo quincuagésimo quinto.** Que, habiéndose establecido la existencia de condiciones monopólicas en las que se proveen algunos de los servicios fuera del área de concesión —donde los precios no son regulados— y la existencia de instalaciones esenciales cuyo acceso no discriminatorio posibilitaría la competencia en las zonas no reguladas, y siempre que exista capacidad disponible para ello, este Tribunal considera prudente recomendar un cambio de ley a fin de que la interconexión sea obligatoria y tarificada por la SISS, respecto de aquellas facilidades esenciales tanto para proveer servicios sanitarios en áreas rurales —como se trató en las consideraciones 138ª a 143ª— como respecto de futuros concesionarios de áreas urbanas, en los términos que se señalará en lo resolutivo;”

En definitiva, el TDLC resolvió, entre otras cosas, acoger la demanda y el requerimiento imponiendo a ANSM y ESBIO multas de 2.592 UTA e 2.347 UTA, respectivamente.

Además, ordenó a las requeridas modificar sus modelos de evaluación para la prestación de servicios sanitarios fuera de sus áreas de concesión, estableciendo en su reemplazo uno basado en parámetros explícitos que sean objetivos, transparentes y no arbitrariamente discriminatorios, que deberá ser de libre acceso público y mantenerse publicado en sus respectivas páginas web.

Y por último, ordenó proponer a la Presidenta de la República, a través del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, la modificación de diversos preceptos legales y reglamentarios. Entre ellas, dispuso que se modificara la Ley General de Servicios Sanitarios, DFL N° 382 de 1989, a fin de adecuarlo a las normas que protegen la libre competencia, mediante la imposición a aquellas ESS que cuenten con instalaciones de producción de agua potable, tratamiento y disposición de aguas servidas que sean calificadas como facilidad esencial, la obligación de otorgar interconexión tanto a otras actuales o potenciales concesionarias de servicios

sanitarios, como a quienes presten estos servicios en zonas rurales (servicio que deberá estar sujeto a fijación de tarifas).

(b) La sentencia del TDLC fue objeto de recursos de reclamación para ante la Corte Suprema, los que actualmente se encuentran pendientes de fallo.

(c) Como pudo observarse, el TDLC calificó de facilidad esencial a las instalaciones de las ESS, por lo que ordenó asegurar el acceso de terceros a las mismas, en la medida de lo posible y a cambio del pago de una tarifa. El Tribunal consideró que la existencia de economías de escala y las características de facilidad esencial de algunas plantas de tratamiento dificulta la competencia entre prestadores de servicios sanitarios por las concesiones de nuevas áreas urbanas, por lo que propuso modificar la ley a fin que la interconexión sea obligatoria y tarifada por la SISS, tanto en áreas rurales como para futuros concesionarios de áreas urbanas.

Esta última decisión es objeto de crítica por parte de JIMÉNEZ y ROJAS, quienes plantean el clásico conflicto de incentivos que presenta la aplicación de la doctrina y que fuera analizado en el capítulo II. En efecto, afirman que “lo anterior conlleva los riesgos propios de la doctrina de facilidad esencial, donde si bien se incentiva la competencia en el corto plazo, se podría dar como contrapartida una menor inversión en infraestructura en el mediano y largo plazo. Adicionalmente, existe un claro desincentivo a invertir o bien a subinvertir en una capacidad limitada que permita negar el acceso a terceros en base a razones justificadas. En el caso particular de los servicios sanitarios, pareciera además que la potencial competencia está condicionada a las características hidrológicas, a la ubicación de los loteos respecto de la red concesionada y las características propias del proyecto inmobiliario, todo lo cual hace difícil aplicar una regla general para todos los prestadores de servicios sanitarios.”<sup>303</sup>

A su vez, tratándose de un sector regulado que ha funcionado eficientemente, los autores consideran favorable la promoción de una mayor transparencia en la

---

<sup>303</sup> JIMÉNEZ, Susana y ROJAS, Patricio. Informe de Libre Competencia, N° 1 - Septiembre 2009. Documento de circulación interna, pp. 7-8.

determinación de cobros a terceros. Sin embargo, sostienen, las recomendaciones que involucran cambios sustanciales para el funcionamiento de este mercado y la operación de las empresas concesionarias probablemente, requiera de un análisis más acabado por parte de la autoridad sectorial, especialmente respecto a la metodología de cálculo de las tarifas a público y de interconexión.<sup>304</sup>

**xi. Sentencia N° 88/2009.**<sup>305</sup>

(a) OPS Ingeniería Ltda. (OPS), ETCOM S.A. (ETCOM), Interlink Global Chile Ltda. (Interlink) y Sistek Ltda. (Sistek) demandaron a Telefónica Móviles de Chile S.A. (TMCH) por supuestos atentados a la libre competencia, consistentes en alzas injustificadas, abusivas y arbitrariamente discriminatorias en los precios a ellas ofrecidos por los planes de telefonía móvil. Adicionalmente, alegan haberles negado la posibilidad de migrar de tecnología analógica a digital cierta de cantidad de líneas.

TMCH solicitó el rechazo de dichas acciones, argumentando que las demandantes prestarían un servicio ilegal, proporcionado de manera clandestina hasta la fecha de las demandas. Respecto a las infracciones imputadas, las niega tajantemente, toda vez que las alzas aplicadas a las demandantes se basarían en la necesidad de equilibrar los costos adicionales que significa el inusual uso de los planes contratados por ellas, y porque jamás habría bloqueado servicios a sus clientes ni se habría negado a las migraciones de líneas que se le han solicitado.

Para efectos de un mejor orden, la sentencia del TDLC se expondrá conforme la siguiente estructura: (i) descripción de los servicios prestados por las demandantes y la demandada; (ii) determinación de el o los mercados relevantes, y si TMCH ostenta o no una posición de dominio en los mismos; y, (iii) licitud de las conductas imputadas.

---

<sup>304</sup> *Ibíd.*

<sup>305</sup> Pronunciada con fecha 15 de octubre del año 2009, en el juicio "Demanda de OPS Ingeniería Ltda. y otros contra Telefónica Móviles de Chile S.A.", Rol N° C 126-2007; pendiente resolverse recurso de reclamación ante la Excm. Corte Suprema.

En primer lugar, las demandantes ofrecen un servicio mediante el cual una llamada con destino a un teléfono móvil, que se inicia en un equipo telefónico fijo, se gestiona por un equipo denominado conversor, y se termina en la misma red móvil de destino (en adelante el “servicio de terminación de llamadas fijo-móvil *on-net*”). Así, por medio de dichos equipos, las llamadas que se inician en un equipo telefónico fijo se terminan en la misma red móvil de la compañía hacia la que se dirige la llamada, generando un ahorro en el costo de la llamada debido a la gran diferencia existente entre el precio de las llamadas *on-net* y *off-net*.<sup>306</sup> Así se satisface las necesidades de clientes corporativos, quienes tienen un significativo tráfico de llamadas desde teléfonos fijos a móviles y que quieren reducir los montos que pagan por estas llamadas.

El servicio de terminación de llamadas fijo-móvil *on-net* es ofrecido también por las empresas de telefonía móvil como la demandada. En efecto, TMCH ofrece un servicio que utiliza los mismos conversores usados por OPS, ETCOM, Interlink y Sistek, para convertir llamadas dirigidas desde teléfonos fijos a móviles, en llamadas iniciadas en teléfonos móviles de su propia red. La posición en el mercado de ésta le entrega ventajas que la hace más competitiva.

Así las cosas, el TDLC definió el mercado relevante del producto como el de terminación de llamadas fijo-móvil *on-net*, mercado “aguas arriba” conexo al de los servicios de telefonía móvil, “aguas abajo”, cuya extensión geográfica corresponde a todo el territorio nacional. Y el caso es que la demandada, empresa dominante en el

---

<sup>306</sup> Existen al menos cuatro maneras de prestar el servicio de terminación de llamadas fijo-móvil *on-net*: a) instalando el equipo de conversión respectivo en las dependencias de la empresa que contrata el servicio (cliente). Dichos equipos permiten que las llamadas iniciadas en un teléfono fijo con destino a un teléfono celular, se conviertan en llamadas realizadas desde un teléfono móvil conectado al equipo conversor del cliente, y no desde la red fija; b) mediante el acceso remoto a los equipos de conversión por medio de una conexión directa, por un enlace dedicado o red privada. Dicho enlace conecta la PABX (central telefónica privada) del cliente, con los equipos de conversión del proveedor del servicio de terminación de llamadas fijo-móvil *on-net*, ubicados fuera de las dependencias del cliente; c) conectando las instalaciones del cliente con el equipo conversor del proveedor del servicio de terminación de llamadas, por Internet a través de una línea IP; y, d) utilizando la red pública de telefonía fija para conectar la PABX del cliente con el equipo de conversión de la empresa que provee el servicio. En ese caso, el cliente realiza en primer lugar una llamada fija-fija (desde su PABX al equipo conversor del proveedor del servicio) y, luego, el equipo conversor de la empresa proveedora del servicio realiza una segunda llamada, esta vez de móvil a móvil, para establecer la comunicación entre el cliente y el teléfono móvil de destino. Sólo en este último caso se utilizaría la red pública de telefonía local, existiendo un redireccionamiento de la llamada para que se convierta en una llamada móvil-móvil. Las demandantes utilizan sólo algunas de las 3 primeras formas.

mercado de la telefonía móvil, posee “aguas arriba” una facilidad esencial indispensable para poder competir aguas abajo, cual es, el plan de minutos de telefonía móvil. En efecto, se trata de un insumo esencial, pues sin el no se puede prestar el servicio de terminación de llamadas fijo-móvil *on-net*.

Para concluir lo anterior, el TDLC razonó del modo que sigue:

**“Vigésimo octavo:** Que, con relación al mercado relevante, es posible distinguir dos mercados que se encuentran relacionados: el mercado de servicios de telefonía móvil y el mercado de servicios de terminación de llamadas fijo-móvil *on-net*;

**Vigésimo noveno:** Que la distinción precedente corresponde a un caso de mercados conexos, esto es, situados “aguas arriba” y “aguas abajo”, respectivamente, en la provisión de servicios de telecomunicaciones. Lo anterior, por cuanto el mercado de servicios de terminación de llamadas fijo-móvil *on-net* no existiría si no se hubiera desarrollado en primer lugar el mercado de servicios de telefonía móvil;

**Trigésimo:** Que los mercados “aguas arriba” y “aguas abajo” se caracterizan en general por estar vinculados por la existencia de un insumo o facilidad esencial. En este caso, el mercado de telefonía móvil se identifica con el mercado “aguas arriba” y el mercado de servicio de terminación de llamadas fijomóvil *on-net* se identifica con el mercado “aguas abajo”;

Mientras en el mercado “aguas arriba” (el mercado de la telefonía móvil) existen sólo 3 actores, donde la demandada es el principal operador, en el mercado “aguas abajo” (el de servicios de terminación de llamadas fijo-móvil *on-net*), participan las demandantes junto a otras empresas que prestan dicho servicio y las empresas de telefonía móvil. Y el caso es que ambos mercados están relacionados en términos tales que para participar en el mercado “aguas abajo” se requiere del insumo esencial en posesión de la demandada. En ese sentido, el TDLC señaló:

**“Trigésimo cuarto:** Que el mercado “aguas arriba” está relacionado con el mercado “aguas abajo” toda vez que, para que los servicios se provean en este último (el servicio de terminación de llamadas fijo-móvil *on-net*), es preciso utilizar la red de telefonía móvil de la empresa respectiva (mercado “aguas arriba”). Esto implica que los proveedores del servicio de terminación de llamadas fijo-móvil *on-net* necesariamente deben contar con un plan de minutos de la concesionaria dueña de la red móvil de destino de las

llamadas, a menos que quien provea dicho servicio sea la propia empresa móvil dueña de dicha red;

**Trigésimo quinto:** Que lo anterior se traduce en la existencia de un insumo o facilidad esencial del cual son titulares las empresas móviles, a saber, el plan de telefonía móvil que le permite a las empresas que prestan el servicio de terminación de llamadas fijo-móvil *on-net* acceder a una red determinada y competir con los demás oferentes de dicho servicio, dentro de los que se encuentran también las empresas de telefonía móvil;

**Trigésimo sexto:** Que dicho insumo es esencial por cuanto es indispensable para participar en el mercado “aguas abajo” y porque no existe un sustituto a precio razonable para dar este servicio;”

La existencia de este negocio radica, según se adelantara, en que las llamadas *off-net* son sustancialmente más caras que las llamadas *on-net*, lo que genera un mercado de servicios de terminación de llamadas alternativo al uso directo de la red fija-móvil. Así, la diferencia entre los precios de las llamadas *on-net* y *off-net* incentiva a que las empresas que ofrecen el servicio de terminación de llamadas fijo-móvil *on-net* contraten planes de minutos con todas las empresas de telefonía móvil del mercado, a fin de que, cuando uno de sus clientes desee comunicarse desde su red privada a un teléfono móvil, el conversor reconozca a qué compañía se está llamando y dirija la llamada desde el *chip* o *sim card* de esa compañía. Así, siempre se accede al precio *on-net* contratado y, por lo tanto, se ahorra el cargo de acceso.

En el contexto expuesto, el TDLC estimó que TMCH tiene una posición dominante en el mercado “aguas arriba” por el solo hecho de poseer una facilidad esencial. Y a su vez, al tener un insumo que incide directamente el precio del servicio prestado por sus competidores “aguas abajo”, está en posición de abusar de dicho poder. En efecto, la sentencia consignó lo siguiente:

**“Quincuagésimo octavo:** Que, a juicio de este Tribunal, por el solo hecho de ser el único proveedor del insumo que resulta esencial para dar el servicio de terminación de llamadas en su red, TMCH cuenta con un significativo poder de mercado. Lo anterior también podría afirmarse respecto de aquellas otras empresas de telefonía móvil que prestan el mismo servicio. Además, tal como se ha dicho, este Tribunal considera que este poder de mercado es mayor mientras más grande sea el tamaño de la red del operador móvil;

**Quincuagésimo noveno:** Que, dado entonces que TMCH tiene una posición de dominio en el mercado “aguas arriba”, corresponde a continuación

analizar si dicha posición de dominio puede ser susceptible de ser explotada abusivamente con el objeto de consolidar su posición en el mercado “aguas abajo”, restringiendo la competencia en el mismo;

**Sexagésimo:** Que, tal como ya se ha establecido, el acceso a la red de la empresa móvil correspondiente –en este caso la demandada- resulta esencial para que, en el mercado “aguas abajo” puedan participar las empresas proveedoras del servicio de terminación de llamadas fijo-móvil *on-net*;

**Sexagésimo primero:** Que, así, el insumo que provee la compañía de telefonía móvil al mercado “aguas abajo” es esencial en dos ámbitos, simultáneamente. En primer lugar, es esencial para los competidores “aguas abajo” porque los proveedores del servicio de terminación de llamadas fijo-móvil *on-net* no pueden darlo si no acceden a la red móvil de la empresa donde terminan las llamadas. En segundo lugar, es un insumo esencial para que exista competencia en el mercado “aguas abajo” porque, si desaparecen las empresas de *celulink* que proveen el servicio de terminación de llamadas fijo-móvil *on-net*, sólo las empresas de telefonía móvil podrían ofrecer dicho servicio, y sólo en su red, por lo que no sería posible para el mercado reaccionar ante las diferencias de precio entre las llamadas *on-net* y *off-net*;

**Sexagésimo segundo:** Que, en ese contexto, el precio cobrado a las empresas que prestan el servicio de terminación de llamadas fijo-móvil *on-net*, por parte de las empresas de telefonía móvil, incide directamente en el costo de proveer dicho servicio por parte de éstas;

**Sexagésimo tercero:** Que, a mayor tamaño de la red de clientes móviles, el porcentaje de llamadas *on-net* es mayor. Esta diferencia hace más conveniente contratar con empresas móviles grandes, con las cuales probablemente se tendrá un porcentaje mayor de llamadas *on-net* y, por ende, precios menores, incrementándose así el costo de contratar con una empresa pequeña;

**Sexagésimo cuarto:** Que para entrar a prestar el servicio de terminación de llamadas fijo-móvil *on-net*, la principal barrera de entrada al mercado, en caso de que la empresa no cuente con una red móvil propia, es el acceso a las redes de las operadoras móviles. En este sentido, resulta esencial que dichas empresas puedan acceder a planes de telefonía móvil de todos los operadores;

**Sexagésimo quinto:** Que este Tribunal, ha señalado previamente (Informe N° 2 de 2009) que las significativas diferencias en los precios de las llamadas *off-net* y *on-net* conforman un antecedente adicional que dificulta el cambio de los clientes entre empresas móviles, lo que, junto a la falta de portabilidad del número, afecta a su vez negativamente la posibilidad de que nuevos operadores puedan entrar, expandir sus negocios y desafiar, en plazos razonables y de forma efectiva, la posición en el mercado de las empresas establecidas de comunicaciones móviles;

**Sexagésimo sexto:** Que, en consecuencia, a juicio de este Tribunal, y también por estas razones, la demandada cuenta con una importante

posición de dominio en el mercado “aguas arriba” y dicha condición le conferiría importantes ventajas en cuanto competidor en el mercado “aguas abajo”;

Habiendo establecido que no existía certeza indubitable de la supuesta ilicitud de los servicios prestados por las demandadas, el TDLC procedió a analizar las conductas imputadas a TMCH a la luz de las normas de defensa de la libre competencia.

Pues bien, tras constatar que TMCH aplicó alzas a las tarifas cobradas a las demandantes del orden de un 20% a un 100%, y comparando los precios cobrados por la demandada a sus propios clientes en el mercado “aguas abajo”, el tribunal concluyó que los cobros realizados por TMCH no eran objetivos ni transparentes. Ello, toda vez que cobraba precios similares a clientes con diferente volumen de tráfico, cobraba precios distintos a clientes con volumen de tráfico similar, cobraba precios mayores a quienes generaban mayor tráfico y prestaban el servicio de terminación de llamadas fijo-móvil *on-net* y cobraba por un mismo plan precios diferentes dependiendo de quién era el cliente. Así, la demandada ejecutaba en los hechos una estrategia de discriminación de precios arbitraria y sin justificación económica suficiente.

A modo ilustrativo, se acreditó que TMCH le cobraba a un cliente \$32 + IVA por minuto por un tráfico promedio mensual de 56.560 minutos, así como le cobraba a otro cliente \$37 + IVA por minuto por un tráfico promedio mensual de aproximadamente 356.695 minutos. Ello, en claro contraste con OPS, a la que le fijó una tarifa de \$65 + IVA por minuto cuando su volumen de minutos promedio al mes era de 252.000.

Por otra parte, el tribunal también concluyó que TMCH, aprovechándose del insumo esencial que controla aguas arriba, estranguló los márgenes de las demandantes, con quienes compite en el mercado “aguas abajo”, mediante la estrategia de discriminación arbitraria de precios. Señaló al efecto:

**“Nonagésimo quinto:** Que, en términos generales, el estrangulamiento de márgenes se produce cuando una empresa integrada verticalmente utiliza el poder de mercado que posee en el mercado “aguas arriba” para estrangular

los márgenes de sus competidores en el mercado “aguas abajo”, con el objeto o efecto de excluirlos;

**Nonagésimo sexto:** Que esta estrategia supone que existe integración vertical entre una empresa que tiene poder de mercado “aguas arriba” y que también opera en el mercado “aguas abajo”. El poder de mercado de dicha empresa se debe a que provee un insumo esencial para el mercado “aguas abajo”. Dado lo anterior, la empresa decide durante un periodo prolongado estrangular, esto es, disminuir o simplemente eliminar, los márgenes de sus competidores en el mercado “aguas abajo”. El “estrangulamiento” del margen se produce porque la empresa que provee el insumo lo vende a un precio tal que quienes lo utilizan no tienen un margen de utilidades suficiente como para seguir siendo competitivos con ella en el mercado “aguas abajo”;

**Nonagésimo séptimo:** Que existen distintos tipos de estrangulamiento de márgenes. En el caso de autos, el estrangulamiento de márgenes se produce porque existe una discriminación arbitraria de precios en el mercado “aguas arriba”. En efecto, TMCH cobra un precio mayor por sus planes de telefonía móvil a quienes compiten con ella prestando el servicio de terminación de llamadas fijo-móvil *on-net*, que el que cobra a sus demás clientes por dichos planes;

**Nonagésimo octavo:** Que, según se desprende de la prueba rolante fojas 2647, TMCH cobraba a la Pontificia Universidad Católica de Chile, por el servicio de terminación de llamadas fijo-móvil *on-net* mediante enlace dedicado, \$30,25 + IVA y, por el servicio mediante conversores o *celulink*, \$40 + IVA. A su vez, TMCH cobraba a la Dirección del Trabajo \$55 + IVA por el servicio de terminación de llamadas fijo-móvil *on-net* utilizando equipos conversores o *celulink*;

**Nonagésimo noveno:** Que, por otra parte, (...) con posterioridad al alza de 23 de febrero de 2007, TMCH le comenzó a cobrar a OPS \$65 + IVA, sin descuento. Dado que TMCH compite con OPS en este mercado “aguas abajo”, es posible señalar que, con el alza de tarifas a OPS, TMCH estranguló su margen en dicho mercado, mediante la aplicación de una política de precios arbitrariamente discriminatoria;

**Centésimo:** Que la referida estrategia, también llevada a cabo respecto de ETCOM, Interlink y Sistek, tal como consta de la evidencia que rola a fojas 174, 269, 337, 674 y 1731, a juicio de este Tribunal, objetivamente puso a las demandantes en una situación de competencia asimétrica, disminuyendo su capacidad para competir. En efecto, tal como los datos analizados precedentemente ilustran, TMCH las dejó sin márgenes, con el objeto o efecto de excluirlas del mercado;”

Por último, el tribunal concluyó también que TMCH negó la venta de sus servicios a OPS, Sistek y ETCOM, con el objeto de excluirlas del mercado “aguas abajo” y, de esta forma, consolidar su posición dominante en el mismo.

En definitiva, por todo lo expuesto el TDLC resolvió acoger las demandas, imponiendo a TMCH una multa a ascendente a 3.000 UTA. También, por una parte prohibió a las empresas que ofrecen el servicio de terminación de llamadas fijo-móvil *on-net* cobrar precios arbitrariamente discriminatorios respecto de los que cobra a sus demás clientes del servicio de telefonía móvil; y, por otra, ordenó abstenerse en el futuro de realizar cualquier hecho, acto o convención que signifique discriminar arbitrariamente por las características de quién accede a sus servicios, salvo que ello se funde en circunstancias objetivas y aplicables a todo el que se encuentre en las mismas condiciones.

(b) La sentencia del TDLC fue objeto de recurso de reclamación para ante la Corte Suprema, el que actualmente se encuentran pendientes de fallo.

(c) Los hechos objeto de la sentencia son particularmente interesantes. Primero, en lo que toca a consideraciones estructurales, el TDLC subrayó expresamente que los casos relativos a la doctrina de las facilidades esenciales involucran mercados relacionados, verticalmente integrados, donde los mercados aguas arriba y aguas abajo se caracterizan en general por estar vinculados a un insumo o facilidad esencial. Y en relación con ello, resulta sumamente relevante la manifestación hecha por el TDLC en cuanto que el solo hecho de poseer una instalación esencial da cuenta de poder de mercado.

Por otra parte, el caso en comento demuestra que es igualmente grave la negativa a absoluta del monopolista a proveer a un competidor el acceso a un insumo esencial, como lo es aquel acceso que se manifiesta en términos tales que inevitablemente tienen por efecto eliminar la competencia.

Finalmente, se debe observar que esta sentencia demuestra la sensibilidad e interés que el TDLC tiene respecto de mercados que involucran insumos esenciales, y la posibilidad que en ellos pueda tener lugar la doctrina de las facilidades esenciales. En efecto, ello resulta patente si se tiene presente que la doctrina no fue alegada por

ninguna de las demandantes. Más aún, ninguna ellas siquiera arguyó en sus libelos la existencia un insumo esencial en el mercado en cuestión.

**xii. Instrucciones de carácter general N° 1.<sup>307</sup>**

(a) Teniendo en consideración que reiteradamente se ha solicitado intervenir a los organismos de defensa de la competencia en el ámbito de los mercados de la recolección, transporte y disposición final de residuos sólidos domiciliarios, tanto para absolver consultas de municipalidades y empresas como para resolver determinados conflictos, la FNE solicitó al TDLC la dictación de instrucciones de carácter general que otorguen certeza jurídica a los actores que intervienen en dicho mercado y que promuevan la libre competencia en el mismo.<sup>308</sup>

---

<sup>307</sup> Pronunciada con fecha 8 de de junio del año 2006, por solicitud de la FNE y cuyo objeto es la “Dictación de Instrucciones de Carácter General para el Mercado de la Recolección, Transporte y Disposición Final de Residuos Sólidos Domiciliarios, Aplicables a todo el Territorio Nacional”, Rol N° NC 98-2005; confirmada por sentencia de la Excma. Corte Suprema de fecha 13 de septiembre de 2007, conociendo de recurso de queja, autos rol 3.948-2007.

<sup>308</sup> Vale hacer presente que en materia de libre competencia existía entonces los siguientes pronunciamientos que contienen normas de carácter general:

i) El Dictamen N° 995, de 23 de diciembre de 1996, de la H. Comisión Preventiva Central, previno a Kiasa-Demarco para que otorgue igualdad de condiciones a todos los usuarios y clientes en las distintas etapas, y recomendó la consulta de las bases de licitación ante la Comisión Preventiva Central. La Resolución N° 4/2005 del TDLC, sustituyó esta recomendación por la remisión de las bases a la FNE, antes del inicio de cada licitación.

ii) La Resolución N° 650, de la Comisión Resolutiva, de 17 de mayo de 2002, que, en carácter de instrucción general, ordena a quienes controlen instalaciones de tratamiento intermedio o disposición final, que publiquen sus tarifas con a lo menos 10 días hábiles de anticipación a su entrada en vigor.

En relación a esta última, cabe destacar que su razonamiento ha sido estrechamente seguido por el TDLC en sus pronunciamientos sobre este mercado. Tal razonamiento dice relación con las conclusiones obtenidas por la Comisión Resolutiva, en cuanto determinó que “la situación de control de un agente de la etapa de tratamiento intermedio o de la etapa de disposición final de los residuos sólidos domiciliarios, o de ambas etapas, como en la actualidad ocurre en la Región Metropolitana, es un hecho que constituye en términos económicos y desde la perspectiva del derecho de la competencia, el control de un recurso esencial o estratégico para todos los mercados relacionados con el manejo y disposición de residuos sólidos domiciliarios;” (considerando 10°).

Por ello, la Comisión Resolutiva procedió a dictar una instrucción de carácter general que configura un directo antecedente de la que se analiza. En efecto, en virtud del carácter esencial de los servicios de disposición final y con miras a resguardar la transparencia y el acceso a los distintos mercados relacionados con la disposición de residuos sólidos domiciliarios, la Comisión dictó en su resuelto 3°, la siguiente instrucción: “Las personas naturales o jurídicas que actualmente o en el futuro sean propietarias, controlen o tengan influencia decisiva en la administración o explotación de instalaciones de tratamiento intermedio de residuos sólidos domiciliarios o de rellenos sanitarios autorizados para la disposición final de los mismos, en la Región Metropolitana, deberán publicar en un diario de circulación nacional y en forma destacada, las tarifas de los servicios que presten en las instalaciones que posean o controlen, incluyendo los tramos y/o tablas de precios aplicables”.

Al respecto, la FNE describió la estructura del mercado de la recolección, transporte y disposición final de residuos sólidos domiciliarios, el cual contempla tres etapas distintas: (i) Recolección, que comprende la recogida de basura domiciliaria, barrido de calles y recogida de papeleros públicos; barrido y limpieza de ferias libres; y recolección de escombros y desechos vegetales. Todas estas subetapas son licitadas por las municipalidades a empresas privadas; (ii) Transporte, que corresponde al traslado hacia la estación de transferencia y/o lugar de disposición final de los desperdicios sólidos, y que suele contratarse en conjunto con la recolección, pero de forma independiente a la disposición; y por último, (iii) Disposición o tratamiento final de la basura en el vertedero o relleno sanitario, el que no necesariamente se contrata con la misma empresa encargada de la recolección.

Para la FNE existe una preocupante integración vertical entre empresas recolectoras y vertederos. Los vertederos tienen el carácter de instalaciones esenciales, ya que requieren una inversión considerable y difícil de replicar por un competidor. Asimismo, para su operación requieren de autorizaciones de parte de la Comisión Regional del Medio Ambiente respectiva y de la Comisión Nacional del Medio Ambiente. Esta integración vertical entrega ventajas competitivas producto de la disminución de los costos de transacción implícitos. La concentración inherente a la integración implica un potencial abuso de posición dominante.

Actualmente existen tres rellenos sanitarios en operación, a saber, “Lomas Los Colorados” (ubicado en Til-Til, donde el traslado de los residuos se hace vía ferroviaria desde una planta de transferencia en Quilicura), “Rinconada de Maipú” (Proyecto Santiago Poniente, ubicado en Maipú y operado por Coinca S.A.) y “Relleno Sanitario Santa Marta” (en la comuna de Talagante). Todos ellos pertenecen a empresas integradas verticalmente, a saber, Urbaser-Kiasa, Coinca y Enasa y Consorcio Santa Marta, respectivamente, donde el control de un relleno para la FNE implica una barrera a la entrada en el mercado de la disposición.

El TDLC estimó procedente dictar instrucciones de carácter general para el mercado en cuestión, de modo de establecer criterios básicos a los que deben sujetarse las bases de licitación que incidan el mismo, con el objeto de asegurar la debida publicidad, transparencia y libre acceso al mercado, así como la existencia de condiciones objetivas, generales, uniformes y no arbitrariamente discriminatorias, que fomenten la participación de la mayor cantidad de oferentes posible en las licitaciones en cuestión y el ingreso de nuevos actores a las distintas fases del proceso de tratamiento de residuos sólidos domiciliarios. En ese sentido, el TDLC procedió a dictar instrucciones generales desde la perspectiva de las dos partes principales, por una, las municipalidades que licitan y que son las que presentan las bases de dichas licitaciones, y por otra, los prestadores de los servicios que participan de dichas licitaciones.

Pues bien, en lo relacionado con este trabajo, el TDLC decidió por recomendar que se liciten por separado las distintas etapas de los servicios. Y considerando que la etapa de disposición requiere de un insumo indispensable para competir (principalmente por razones legales y reglamentarias) dispuso mantener la obligación ya establecida en la Resolución N° 650, en orden a hacer pública las tarifas por tales servicios.

De este modo, el TDLC razonó lo siguiente:

“Séptimo. Que, por otra parte, es conveniente que, siempre que sea posible y no existan fundamentos que lo desaconsejen, las municipalidades efectúen licitaciones separadas para los servicios de recolección, transporte y disposición final de residuos; de aseo y limpieza de calles y de ferias libres; y el servicio de retiro y transporte de escombros y ramas, salvo que existan fundamentos en contrario;

Octavo. Que, por último y habida cuenta que existen restricciones ambientales y normativas especiales que regulan la instalación de plantas para los servicios que se prestan en las etapas intermedias o finales del manejo de residuos sólidos domiciliarios, resulta conveniente mantener la obligación, para las empresas que explotan instalaciones de tratamiento intermedio de residuos sólidos domiciliarios o rellenos sanitarios autorizados para la disposición final de los mismos, de publicar tarifas basadas en criterios objetivos y no discriminatorios, iguales para todos quienes se encuentren en una misma situación. Consecuencialmente, deberán cotizar

sus servicios a quienes lo requieran, ajustándose a las tarifas que estén contenidas en la última publicación;”

Luego, respecto a los prestadores de servicios, en las etapas intermedias o finales del manejo de residuos sólidos domiciliarios, resolvió dictar las siguientes instrucciones:

“10°.- Las empresas que presten servicios en las etapas intermedias o finales del manejo de residuos sólidos domiciliarios deberán otorgar igualdad de condiciones a todos los usuarios y clientes que le requieran tales servicios, sean o no sus competidores, absteniéndose de cualquier discriminación arbitraria; y,

11°.- Las empresas que explotan instalaciones de tratamiento intermedio de residuos sólidos domiciliarios o de rellenos sanitarios autorizados para la disposición final de los mismos deberán publicar en un diario de circulación nacional, y en forma destacada, las tarifas de los servicios que presten en las instalaciones que posean o controlen. Deberán publicarse los criterios objetivos por los cuales puedan existir diferencias de precios, tales como descuentos por plazo, pronto pago, volumen y otros criterios, si correspondiere. Las modificaciones a dichas tarifas deberán publicarse con una anticipación mínima de diez días hábiles a su respectiva entrada en vigor, manteniéndose vigentes las tarifas anteriores hasta que ello no ocurra;”

(c) Nuevamente se puede observar la preocupación del TDLC de que un insumo esencial para competir en un mercado conexo se rija bajo un sistema de acceso abierto, donde exista transparencia respecto de sus tarifas y que éstas tengan características razonables, generales y no arbitrariamente discriminatorias. Lo anterior, a fin que el titular de la facilidad en cuestión (los servicios de disposición final) no abuse de su posición de dominio para extender su poder a los mercados relacionados (recolección y transporte de basura).

### **xiii. Resolución N° 6/2005.<sup>309</sup>**

Shell Chile S.A.C.I. formula una consulta al TDLC sobre la decisión adoptada por la Dirección General de Aeronáutica Civil (DGAC), fundada en razones de seguridad, de crear un monopolio para la distribución y venta de combustibles de aviación en los

---

<sup>309</sup> Pronunciada el 5 de mayo de 2005, en Consulta de Shell Chile sobre Oficio N° 2725 de la Dirección General de Aeronáutica Civil, rol NC 38-2004.

aeropuertos nacionales a favor de los propietarios de las redes hidrantes, al eliminar el uso de camiones reabastecedores de combustible (*refuellers*).

La distribución y abastecimiento de combustibles a aeronaves tradicionalmente se ejecuta a través de dos tipos de procedimientos distintos. Por una parte, con camiones *refuellers*, esto es, mediante el uso de un camión-estanque que transporta y conecta el combustible directamente a los aviones en un estanque montado sobre su chasis, sistema mayoritariamente empleado en el mundo. Y por otra, a través de redes hidrantes, sistema consistente en el abastecimiento mediante redes subterráneas (oleoductos) desde estanques ubicados fuera de la losa del aeropuerto a bocas o *pits* de estanques ubicados dentro de la losa, a los cuales se conectan los aviones mediante un vehículo servidor de hidrantes.

Pues bien, la consultante señala que la decisión de la DGAC de eliminar el primer sistema tiene por consecuencia eliminar a Shell del mercado en diversos aeropuertos. Marca que las razones de seguridad invocadas por la autoridad no son efectivas, y que se estaría optando por un sistema menos eficiente, lo que se traduciría en un mayor precio en los pasajes aéreos. Por último, se estaría generando un monopolio, pues sólo se podría ingresar al mercado de las redes hidrantes duplicando las actuales existentes, solución que es impracticable en tanto exige obtener un permiso de la autoridad para romper la losa de la pista correspondiente para instalar otra red de abastecimiento que no tiene justificación.

Resolviendo la consulta formulada, el TDLC primeramente definió el mercado relevante como el de aprovisionamiento de combustibles a aeronaves comerciales en aeropuertos, mercado circunscrito geográficamente a cada aeropuerto. Luego, en ese marco, para poder participar en el mercado se requiere de un medio técnico para hacer llegar el combustible a cada avión, existiendo hasta antes del oficio N° 2725 de la DGAC las dos modalidades señaladas. Y el caso es que mientras el sistema de los camiones *refuellers* depende exclusivamente del precio, determinado en un mercado sujeto a competencia, para el acceso a las redes hidrantes se depende de condiciones impuestas por los dueños de éstas, pues el TDLC entiende impracticable la duplicación

de ese tipo de infraestructura en un aeropuerto. Así entendido, el oficio N° 2725 consultado confiere a las redes hidrantes un carácter de facilidad esencial, al ser éstas el único medio apto para participar en el mercado relevante<sup>310</sup>.

En ese sentido, al estar la facilidad esencial en poder de un competidor de las demás empresas que proveen el mismo servicio, claramente existe una barrera a la entrada que limita la competencia. Dicho efecto se podría disminuir o eliminar de asegurarse mediante una licitación pública previa el acceso a terceros en condiciones razonables y no arbitrariamente discriminatorias. En ese sentido, el TDLC señaló lo siguiente:

**“TERCERO:** Que la existencia de una facilidad esencial para proveer un servicio puede fácilmente convertirse en una barrera a la entrada, especialmente cuando tal facilidad esencial es controlada, directa o indirectamente, por actores que compiten en el respectivo mercado relevante, como es el caso de autos. En efecto, si la facilidad esencial se hubiera otorgado a un tercero que no participa en el mercado del abastecimiento de combustibles a aviones, posiblemente encarecería el producto final, pero no constituiría en sí una barrera a la entrada, ya que todos los actores tendrían igual oportunidad de participar en el mercado relevante referido. En tal caso, los efectos de la creación de una facilidad esencial se podrían haber eliminado o reducido a través de una competencia *ex ante*, mediante una licitación pública basada en el precio del servicio que prestan las redes o por medio de la regulación de tal precio, si el legislador así lo hubiera establecido. En este caso, en que los dueños de la facilidad esencial son algunos de los participantes en el mercado relevante, las condiciones exigibles a los concesionarios no sólo debieran referirse al precio sino también a las condiciones generales de acceso a la red.”

En relación con la consulta formulada, el TDLC estimó que no se comprobó la existencia de razones técnicas que ameritaran prohibir el abastecimiento del mercado por medio de camiones. De no existir razones técnicas o de seguridad que lo justifiquen, la DGAC se debió haber abstenido de imponer restricciones a actividades económicas lícitas, pues con ello se tiende a entorpecer la libre competencia.

Sin embargo, destaca, el oficio consultado no tuvo por efecto crear un monopolio, sino una facilidad esencial. Y la existencia de una facilidad esencial no elimina la

---

<sup>310</sup> Considerando 2°.

competencia necesariamente, pues como se dijera, lo importante es garantizar las condiciones de acceso a terceros en la licitación de la concesión por la que se entrega el insumo en cuestión. No obstante, las condiciones en que se entregó en concesión dicha facilidad esencial no fueron objeto de la consulta por lo que no puede pronunciarse sobre ellas. Al efecto, el tribunal razonó lo siguiente:

**“SEXTO:** Que el oficio N° 2725, objeto de esta consulta, tiende a afectar el ejercicio de la libre competencia al conferir a uno de los medios de abastecimiento el carácter de facilidad esencial para participar en el mercado y eventualmente podría facilitar la colusión entre los proveedores que a la vez son propietarios de las redes.

**SEPTIMO:** Que no ha quedado suficientemente acreditado en autos que el precio de esta facilidad esencial refleje los verdaderos costos de inversión y operación, ni menos si estos precios u otras condiciones de acceso discriminan en contra de terceros no propietarios de dicha facilidad esencial o constituyen barreras a la entrada al mercado relevante.

**OCTAVO:** Que no existen en estos autos antecedentes acerca de si la licitación y posterior adjudicación de las redes hidrantes, por parte de la DGAC, se efectuó con la apropiada regulación, la que debiera haber surgido de las bases de la licitación respectiva, lo que no fue tampoco materia de la consulta de autos.

(...)

**DECIMO:** Que este Tribunal estima que, más que constituirse un monopolio natural en el mercado relevante, lo que se ha hecho es convertir los sistemas de abastecimiento de combustible en una facilidad esencial del mismo. Dado que la forma en que se opere tal facilidad esencial puede tener efectos en la libre competencia, hubiera sido conveniente que la DGAC consultara en forma previa sus condiciones de licitación. No obstante lo anterior, la DGAC no se encontraba legalmente obligada a efectuar tal consulta, por lo que este Tribunal no puede reprocharle tal omisión, sin perjuicio que, en lo sucesivo, estima recomendable que así lo haga.”

En razón de lo anterior, el tribunal concluyó lo siguiente:

**“1.-** Que en respuesta a la consulta realizada por Shell sobre si es legítimo que la DGAC constituya un monopolio en el mercado del abastecimiento de combustibles de aviación, eliminando el uso de los camiones *refuellers*, este Tribunal estima que la DGAC no ha constituido un monopolio propiamente tal, ya que las empresas propietarias de las redes podrían competir entre sí y porque, además, existen condiciones de acceso a terceros. Sin perjuicio de lo anterior, la decisión de la DGAC tiende a afectar las condiciones de competencia en este mercado al darle el carácter de facilidad esencial a las

redes hidrantes. Por ello, si existen razones técnicas o de seguridad -asunto que no ha sido acreditado en este procedimiento- debió adoptar su decisión de manera tal de asegurar que el precio cobrado a terceros y las condiciones de acceso a las redes hidrantes no fueran discriminatorias y, asimismo, que su precio no se constituya en una barrera de acceso al mercado de abastecimiento de combustibles a aeronaves para quienes no son propietarios de dichas redes.”

El TDLC recomendó a la DGAC en lo sucesivo consultar en forma previa al tribunal las bases de licitación para el otorgamiento de concesiones para operar redes hidrantes en los aeropuertos nacionales.

(b) La resolución del TDLC no fue objeto de recursos para ante la Corte Suprema.

(c) El TDLC recalca que la existencia de una facilidad esencial no necesariamente impide la existencia de competencia, pero sí genera un alto riesgo de abusos que obliga a establecer condiciones que aseguren la competencia, mediante el acceso en términos razonables y no arbitrariamente discriminatorios.

#### **xiv. Resolución N° 13/2006.<sup>311</sup>**

En cumplimiento de la recomendación contenida en la Resolución N° 6/2005, la DGAC formuló una consulta ante el TDLC para que se pronunciara sobre la conformidad con las normas de la libre competencia de las Bases Administrativas para el otorgamiento de una concesión para la operación y explotación de una red hidrante en el aeropuerto de Chacalluta de la ciudad de Arica, Primera Región (las Bases).

Previo a pronunciarse sobre las Bases consultadas, el tribunal procedió a hacer un análisis general, para luego analizar concretamente las cláusulas que podían ser objetables. Así, en relación con lo dictaminado en la Resolución N° 6/2005, dejó primero asentado que las redes hidrantes habían pasado a ser una facilidad esencial, tras la decisión de la DGAC de eliminar por razones de seguridad el otro medio

---

<sup>311</sup> Pronunciada el 27 de junio de 2006, en Consulta de la DGAC sobre Bases de Licitación de Redes Hidrantes, rol NC 103-2005.

alternativo, a saber, los camiones *refueller*. Luego, reiteró que “la existencia de una facilidad esencial para proveer un servicio puede fácilmente convertirse en una barrera a la entrada, especialmente cuando tal facilidad esencial es controlada, directa o indirectamente, por actores que compiten en el respectivo mercado relevante.”<sup>312</sup>

No obstante lo expuesto, el TDLC también reiteró que la presencia de una instalación esencial no necesariamente significa la eliminación de la competencia. Por el contrario, sus efectos negativos pueden ser evitados mediante la promoción de la competencia *ex ante*, asegurando las condiciones de acceso de terceros al insumo en cuestión en la licitación del mismo.

Dicho lo anterior, el TDLC objetó la cláusula 1.5. de las Bases, relativa a la forma de acceso al uso de la red hidrante por parte de empresas interesadas en participar en el mercado de abastecimiento de combustible de aviones. Ésta pretendía evitar prácticas exclusorias anticompetitivas, disponiendo que se “deberá permitir a cualquier empresa distribuidora de combustibles hacer uso de las instalaciones de planta y de los *pits* de carguío, sin discriminar arbitrariamente entre los distintos prestadores de este servicio.” A pesar de reconocer la intención pro competitiva de la redacción de la cláusula, el TDLC estimó que era insuficiente para evitar que el titular de la facilidad esencial abusara de sus competidores. En ese sentido, señaló lo siguiente:

**“Quinto:** Que este Tribunal considera que, si bien la redacción de la cláusula 1.5. antes transcrita pretende evitar que el controlador de la red hidrante discrimine arbitrariamente entre los distintos usuarios de dicha red, ella no es suficiente para asegurar condiciones de acceso abiertas y competitivas; en especial, en aquellas situaciones en las que el controlador de la facilidad esencial sea una empresa que participa en el mercado de abastecimiento de combustible para avión. El controlador de la red hidrante puede fijar un precio de acceso suficientemente alto para disuadir la entrada de competidores al mercado de aprovisionamiento de combustibles para aviones y, de esta manera, monopolizar también dicho mercado. En ese contexto, el cobro de cualquier tarifa superior al costo medio de acceso sería discriminatorio. En efecto, la empresa que está verticalmente integrada puede recuperar la diferencia de precios pagada entre el precio monopólico y el precio

---

<sup>312</sup> Considerando 3º, citando la Resolución N° 6/2005.

competitivo, cuando se distribuyen los beneficios de la explotación de la red hidrante entre los socios de la concesión;”

Adicionalmente, el TDLC estimó que el criterio de evaluación de los aspectos económicos, en base al mayor valor ofertado por encima del mínimo establecido, carecería de sustento en criterios que incentiven una eficiente asignación de los recursos requeridos para ofertar los servicios licitados, limitándose a asegurar una renta monopólica en beneficio de la DGAC. Este tipo de diseño de licitación tendría, en principio, dos efectos directos: por un lado, generaría mayores costos de acceso a la facilidad esencial y, por otro, aumentaría el precio de aprovisionamiento a clientes finales (aerolíneas). Por tanto, exigió que las Bases expliciten un monto fijo, único y general, que responda a criterios razonables, a percibir por parte de la DGAC.

Además, el TDLC destacó la circunstancia que el adjudicatario de la licitación y controlador de la red hidrante pueda eventualmente ser uno de los participantes que compitan en el mercado de abastecimiento de combustible para aviones. Por ello, exigió que las Bases contemplen las condiciones y los parámetros técnicos mínimos de acceso a la red, de manera tal que la calidad del servicio entregado no sea arbitrariamente discriminatoria para todos los participantes del mercado relevante, competidores de quien controle la facilidad.

(b) La resolución del TDLC no fue objeto de recursos para ante la Corte Suprema.

(c) El fallo analizado refleja sucintamente, pero con suma claridad, la posición del TDLC frente a la existencia de insumos esenciales, y el riesgo que estos presentan en orden a que su titular se aproveche de ellos para asegurar u obtener una posición dominante en un mercado relacionado. Primeramente, el TDLC reiteró su opinión que la existencia de una facilidad esencial para proveer un servicio puede fácilmente convertirse en una barrera a la entrada, más aún, cuando ella está bajo el control de un agente que compite en el respectivo mercado relevante. Sin embargo, ello no necesariamente resultará en una eliminación de la competencia. Por ello estima indispensable la promoción de la competencia *ex ante*, asegurando términos de acceso de terceros al insumo en cuestión en la licitación del mismo, mediante bases que

contemplan condiciones y los parámetros técnicos mínimos de acceso a la red en términos que no existan discriminaciones arbitrarias ni abusos en los precios ni en la calidad del servicio entregado a todos los participantes del mercado relevante, competidores de quien controle la facilidad

**xv. Resolución N° 18/2006.**<sup>313</sup>

Mediante una consulta, la Comisión Nacional de Energía (CNE) solicitó al TDLC la eliminación o modificación del Dictamen N° 992 de la Comisión Preventiva Central, de fecha 25 de noviembre de 1996, por estimar haber variado las circunstancias que la justificaron. Específicamente, la consulta se refiere a la recomendación contenida en el párrafo 16.4 de dicho Dictamen, que establece lo siguiente: *“Que esta Comisión, en ejercicio de las atribuciones de carácter preventivo que le otorga el citado cuerpo legal, recomienda a la Dirección General de Aguas (N. del A.: DGA) que, en general, se abstenga de aprobar nuevos derechos de aprovechamiento de aguas no consuntivas, mientras no esté en vigencia un mecanismo legal y/o reglamentario, según corresponda, que asegure un adecuado uso de las aguas, a menos que se trate de proyectos específicos de interés general que así lo justifiquen”*.

Al respecto, las referidas circunstancias que motivaron tal recomendación son por un lado de carácter legal, y por otro, relativas a la situación del mercado en ese entonces. Lo primero, pues la legislación vigente a la época no establecía incentivos al uso eficiente de los recursos hídricos, ni impedía su acaparamiento con fines anticompetitivo. Y lo segundo, por cuanto Endesa ostentaba una elevada concentración de los derechos de aguas con potencial hidroeléctrico. Esta concentración constituiría una importante barrera de entrada para potenciales nuevos inversionistas en el sector hidroeléctrico así como podía prestarse para obtener rentas monopólicas.

---

<sup>313</sup> Pronunciada el 16 de noviembre de 2006, en Solicitud de la CNE sobre modificación del Dictamen N° 992 de la Comisión Preventiva Central, rol NC 113-2006.

Analizados los antecedentes, el tribunal estimó que no se había producido un cambio significativo de tales circunstancias, de modo que la recomendación no podía ser eliminada completamente. En efecto, por una parte Endesa y sus relacionadas aún gozan de una alta participación en los derechos de aprovechamiento de aguas aptos para la hidroelectricidad, tanto constituidos como en tramitación. Y por otra, si bien hubo un avance con las modificaciones legales introducidas al actual sistema de asignación de derechos de aprovechamiento de aguas, el TDLC estimó que ellas no alcanzaban a resolver en plenitud los problemas de competencia que pueden suscitarse con el acaparamiento del recurso, especialmente cuando corresponde a un insumo esencial para la generación hidroeléctrica. Por tanto, seguirían existiendo importantes barreras de entrada en ese sentido.

Sin perjuicio de lo anterior, y atendiendo a la finalidad del Dictamen N° 992, el tribunal consideró necesario hacer más operativa la recomendación, de modo que su aplicación sea menos restrictiva para los solicitantes de derechos de aprovechamiento de aguas y menos onerosa su implementación por la Administración del Estado. Y, en la medida en que los recursos hídricos constituyan un insumo esencial, el TDLC explicitó el criterio conforme el cual éstos deben administrarse en un régimen abierto, bajo condiciones razonables y no injustamente discriminatorias. Así lo expresó en la sentencia, según se da cuenta a continuación:

**“Vigésimo.** Que, en consonancia con lo anterior, corresponde a la institucionalidad de defensa de la libre competencia cautelar que la asignación de los recursos hídricos nacionales garantice el acceso abierto al recurso en condiciones razonables y no discriminatorias, cuando éstos constituyan insumos esenciales para determinadas actividades económicas en donde la competencia es posible. De esta forma, corresponde a la Fiscalía Nacional Económica y a este Tribunal, en el ejercicio de las atribuciones establecidas en el DL N° 211, respectivamente, investigar y tomar las medidas necesarias para promover la libre competencia, y prevenir y corregir los actos y conductas que atenten contra ella;”

En consecuencia, el TDLC resolvió acoger la consulta presentada, sólo en cuanto modificó la recomendación contenida en el Dictamen N° 992 en el sentido de ordenar a la DGA que, en lugar de abstenerse de otorgar nuevos derechos de aprovechamiento

de aguas no consuntivos, debía: i) informar a la FNE sobre cualquier solicitud de derechos de aguas no consuntivos para uso hidroeléctrico que se presente a esa Dirección; y, ii) publicar el listado de las solicitudes y adquisiciones informadas por la DGA a la FNE en forma actualizada en el sitio web de la DGA,, garantizando el acceso abierto y gratuito a la información, para que cualquier interesado pudiera ejercer las acciones establecidas en el Decreto Ley N° 211 si así lo estimare.

(b) La resolución del TDLC no fue objeto de recursos para ante la Corte Suprema.

(c) El TDLC señaló que pueden calificar de facilidad esencial los derechos de aprovechamiento de aguas en cuanto un insumo para la generación hidroeléctrica. Y en ese contexto, manifestó nuevamente la necesidad de cautelar que el método de asignación de ese insumo garantice el acceso abierto en condiciones razonables y no arbitrariamente discriminatorias, en tanto la competencia es posible. Rescatables resultan las medidas adoptadas por el TDLC para asegurar tales condiciones.

**xvi. Resolución N° 22/2007.**<sup>314</sup>

Endesa y Colbún solicitaron al TDLC un pronunciamiento referido a si se ajusta a la normativa de libre competencia la construcción y operación conjunta de las cinco plantas o centrales hidroeléctricas en la XIª Región, que conforman el “Proyecto Aysén”.

Al respecto, cabe destacar que tanto la CNE como la FNE -terceros intervinientes en la consulta- estimaron que las características de la transmisión entre la XIª región y el punto de inyección al Sistema Interconectado Central (SIC) hacían de la línea de transmisión asociada al Proyecto HidroAysén una facilidad esencial. Dicha afirmación fue compartida por el tribunal, lo que motivó la adopción de una serie de condiciones a las que sujetó la operación consultada, que en definitiva aprobó.

---

<sup>314</sup> Pronunciada el 8 de octubre de 2007, en Consulta de Endesa y Colbún sobre Proyecto Aysén, rol NC 134-2006.

En efecto, el TDLC –parágrafo 8.2.2 sobre “Línea de transmisión”- señaló lo que sigue:

“(…) el Tribunal concuerda con la afirmación de los intervinientes -CNE a fojas 312 y FNE a fojas 202- en el sentido de que existen condiciones particulares a la explotación del potencial hidroeléctrico que hace que líneas que normalmente se considerarían adicionales y, por tanto, parte de un proyecto específico de generación, puedan tener características propias de una instalación esencial.

Al respecto, en general, las líneas de transmisión adicionales corresponden a instalaciones que conectan a una o más centrales con un sistema interconectado o con un cliente libre, y presentan características técnicas, de capacidad y de extensión relativamente menores a las de otros tipos de líneas de transmisión reguladas en la LGSE.

En este sentido, es relevante recordar que, incluso para líneas de esas características, la LGSE establece, en su artículo 77 inciso 2º, un régimen de acceso abierto en los casos que éstas usen bienes nacionales de uso público o que se utilicen servidumbres eléctricas en su beneficio. Este régimen corresponde a una limitación legal al derecho de propiedad sobre las instalaciones, imponiendo una carga al titular de la línea en beneficio de la eficiencia asignativa en el uso de dichos bienes, respecto de los cuales debe asegurarse que el acceso a ellos no resulte discriminatorio.

De acuerdo a las normas citadas, al instalarse un segundo generador cerca de una instalación de transmisión adicional, éste comparará el costo de construir y operar su propia línea con el costo de contratar con el propietario de la línea existente, pagando una parte de la inversión o, de no contar con capacidad suficiente, financiando su ampliación, así como la proporción correspondiente de los costos de mantenimiento y operación. Para el propietario de la línea, de no mediar incentivos anticompetitivos, puede resultar económicamente beneficioso compartir los costos de una línea que dispone de capacidad no utilizada, así como también respecto de ampliaciones financiadas por terceros interesados.

Sin embargo, dadas las particulares características de la línea de transmisión proyectada para el proyecto Aysén, respecto a su capacidad, extensión, tecnología involucrada, y las características geográficas y naturales de su trazado, se presentan dificultades evidentes para la efectiva implementación ex post de este régimen de acceso abierto, bajo varias condicionantes.”

Adicionalmente, el TDLC ratificó que la existencia de restricciones técnicas de capacidad en torno a la capacidad de la instalación en cuestión exime a su titular del deber de compartirla. Sin embargo, existe un riesgo que dicha excusa sea abusada, aunque no se consideró competente para pronunciarse respecto de tales características técnicas.

En mérito de lo expuesto, y considerando también otras razones de diversa índole, estableció como primera condición una serie de medidas destinadas a asegurar el acceso de terceros a la línea de transmisión, y a su vez, que ese acceso se practique en términos razonables y no arbitrariamente discriminatorios.<sup>315</sup>

**xvii. Resolución N° 27/2008.**<sup>316</sup>

La Subsecretaría de Telecomunicaciones (Subtel) consultó al TDLC si, desde el punto de vista de la libre competencia, es lícita la participación de los actuales concesionarios del servicio de telefonía móvil en un concurso público de espectro radioeléctrico para

---

<sup>315</sup> En efecto, el TDLC estableció como primera condición lo que sigue:

“1.1. Los contratos que HidroAysén, Endesa o Colbún celebren con alguna empresa de transmisión para la elaboración del diseño final de la línea asociada al Proyecto deberán estipular un período de a lo menos seis meses para recibir solicitudes de terceros interesados en disponer de capacidad de transmisión de la línea;

1.2. Dichos contratos deberán ser públicos, y no podrán establecer limitaciones ni restricciones para que la empresa de transmisión disponga -en caso de existir terceros con disposición a pagar por ello, o que la propia empresa de transmisión esté dispuesta a asumir su costo-, el diseño y construcción de la línea con una capacidad superior a la requerida por HidroAysén, o para ampliaciones de la misma;

1.3. Las condiciones y garantías de seriedad que se exijan a terceros interesados en comprometer y financiar capacidad de transmisión deberán ser generales, objetivas, transparentes, no discriminatorias y proporcionales al costo del diseño del proyecto;

1.4. En caso que las consultantes, HidroAysén S.A., o cualquiera de sus filiales, coligadas o relacionadas, sean propietarias del total o de una parte del sistema de transmisión, éstas deberán constituir una nueva sociedad al efecto, la que deberá regirse por las normas de las sociedades anónimas abiertas;

1.5. El precio por la infraestructura y transporte de electricidad que deban pagar terceros que hubiesen contratado capacidad de transmisión, deberá ser establecido sobre la base de criterios objetivos, transparentes y no discriminatorios respecto del pagado por HidroAysén y cumplir, en lo pertinente, con lo dispuesto en el artículo 113 del Decreto con Fuerza de Ley N° 4 de 2007, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley General de Servicios Eléctricos; y,

1.6. Los contratos entre HidroAysén, la empresa transmisora y/o terceros que hubiesen contratado capacidad de transmisión, deberán establecer que las controversias que surjan entre las empresas, con motivo de la implementación del acceso abierto a la línea de transmisión, se someterán al arbitraje del Panel de Expertos, según las atribuciones establecidas en los números 10 y 11 del artículo 208 del Decreto con Fuerza de Ley N° 4 de 2007, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley General de Servicios Eléctricos;”

<sup>316</sup> Pronunciada el 17 de julio de 2008, en Consulta de Subtel sobre participación de concesionarios de telefonía móvil en concurso público de telefonía móvil digital avanzada, rol NC 198-07; modificada por sentencia de la Excm. Corte Suprema de fecha 27 de enero de 2009, rol 4797-2008.

telefonía móvil digital avanzada que planeaba realizar; y, en la afirmativa, para que definiera a qué requisitos o condiciones debían éstos someterse.<sup>317</sup>

Posteriormente, por orden del TDLC la Subtel complementó dos veces su consulta. En la primera, señaló haber llegado al convencimiento que se debía permitir e incentivar el ingreso de, al menos, un nuevo competidor al mercado del servicio público de telefonía móvil; y también, que se debía otorgar a los actuales operadores la posibilidad de participar en el concurso, pero sujetos a medidas paliativas que protejan a los operadores entrantes. Y en la segunda, respecto a cuál era el mínimo de banda que técnicamente permite en forma eficiente y con costos razonables prestar servicios con tecnología 3G a nivel nacional, afirmó que la experiencia demostraba que no existe un valor único de ancho de banda óptimo por empresa para prestar de manera adecuada los servicios de 3G.

Pues bien, resolviendo la consulta sometida a su conocimiento, el TDLC dictaminó primeramente que no era procedente excluir a los actuales concesionarios de telefonía móvil en el concurso consultado, en conformidad a lo dispuesto tanto por las normas de libre competencia como de la Ley General de Telecomunicaciones (Ley N° 18.168), que instituye el principio de libre e igualitario acceso al espectro radioeléctrico.

Luego, en cuanto al mercado relevante en que se encuadra el concurso, el TDLC sostuvo que éste estaba fijado por los servicios que es posible prestar con las tecnologías de 3G, los cuales son dos: la transmisión de voz móvil y la transmisión de datos o banda ancha móvil. Respecto del primero, el mercado relevante es el servicio público de telefonía móvil, donde participan sólo tres empresas concesionarias (Claro, Entel PCS y Movistar). Éstas utilizan las bandas de 800 MHz y 1900 MHz, únicas bandas actualmente destinadas a ese servicio. Y en lo tocante al segundo, el mercado

---

<sup>317</sup> Específicamente, el concurso versaba sobre la asignación de 90 MHz en las bandas 1.700 y 2.100 (1710-1755 MHz y 2110-2155 MHz) para la prestación del servicio público de telefonía móvil digital avanzada, conocido como servicio móvil de tercera generación (3G). La expresión 3G se emplea para designar una amplia variedad de servicios de comunicaciones móviles, los que incluyen transmisión de voz, video y datos en general (como el acceso a Internet) a alta velocidad.

relevante es el de los servicios móviles de transmisión de datos de alta velocidad, que aún se encuentra en un estado de incipiente desarrollo.

Bajo dicho marco de análisis, el TDLC consignó que el mercado se caracteriza por la presencia de una importante barrera a la entrada para nuevos operadores, cual es la disponibilidad de espectro radioeléctrico. En línea con pronunciamientos anteriores, el tribunal reiteró que el espectro radioeléctrico constituye el insumo esencial para ofrecer los servicios de comunicaciones móviles.<sup>318</sup> Pero también consignó que la porción del mismo adjudicada a cada operador es determinante en la estructura de costos de la prestación del servicio y su calidad. Así, a mayor ancho de banda, menores serán los costos de inversión y de operación de la red para entregar un determinado nivel de cobertura y de tráfico. De este modo, un entrante que se adjudique una porción de espectro menor que la de los actuales operadores deberá enfrentar mayores costos de inversión y de operación para un mismo nivel de cobertura y tráfico.

Adicionalmente, un entrante debe considerar dos obstáculos adicionales, como son la disponibilidad de terrenos para el emplazamiento de antenas y estaciones base y la posibilidad de alcanzar un volumen tal de ventas o clientes que le permita amortizar las inversiones necesarias para operar.

En lo que toca al tema tratado, cabe destacar que el TDLC afirmó que las antenas podrían constituir facilidades esenciales si las ya existentes no fueran replicables, en cuyo caso, deberían ser compartidas si ello es técnicamente factible. Sin embargo, no se acreditó que el insumo fuera efectivamente esencial. Al efecto, señaló lo siguiente:

“En cuanto a la disponibilidad de terrenos, se ha mencionado en autos que los operadores de telefonía móvil enfrentan crecientes dificultades para instalar nuevas antenas en zonas densamente pobladas, atendida la escasez de terrenos o por los efectos urbanísticos y ambientales que producen. Así, se ha dicho en autos que lo anterior podría incrementar de manera

---

<sup>318</sup> En ese sentido, el TDLC señaló lo siguiente: “La principal barrera a la entrada al mercado relevante es la disponibilidad de espectro radioeléctrico. El espectro es el insumo esencial que, al ser combinado con infraestructura (antenas, estaciones de radio y equipamiento), permite a los operadores móviles ofrecer servicios de comunicaciones móviles de tercera generación” (punto N° 7, sobre las “Condiciones de ingreso a los mercados relevantes: Barreras de entrada”).

significativa las dificultades al ingreso de competidores a las zonas más densamente pobladas y particularmente atractivas para el desarrollo de este negocio, o impediría que éstos entreguen una cobertura competitiva con la de los incumbentes en el Concurso.

Al respecto, este Tribunal considera que si se hubiera demostrado que existen lugares en los que no sea posible instalar nuevas antenas, de modo que las existentes constituyeran facilidades esenciales, sería razonable obligar a sus titulares a compartir su uso, a cambio de un precio de mercado transparente y no discriminatorio, si hubiere factibilidad técnica para ello y fuere imposible para un potencial entrante realizar inversiones razonables para duplicar la infraestructura existente para dar cobertura en dichas zonas.

Sin perjuicio de ello, a juicio de este Tribunal, una intervención de esta magnitud debiera sustentarse en estudios técnicos que permitan identificar si, de la infraestructura existente, alguna presenta características de facilidad esencial.<sup>319</sup>

En conclusión, la sentencia destaca la necesidad que en el mercado final sea posible para un nuevo entrante competir desafiando de manera efectiva a las empresas establecidas. La autoridad consultante debe adoptar acciones destinadas a que los interesados puedan competir de manera efectiva en el mercado de las telecomunicaciones móviles y que, previamente, puedan participar en condiciones de competencia razonables en el concurso mediante bases que no discriminen caprichosamente a favor de los actores ya establecidos.

Por tanto, la sentencia resolvió que junto con no ser legalmente procedente impedir la participación en el concurso de los actuales operadores de telefonía móvil, desde el punto del derecho antimonopolios la exclusión tampoco se mira como conveniente. Sin perjuicio de ello, sí estima necesario adoptar medidas que permitan, por un lado, que los incumbentes y potenciales nuevos entrantes puedan competir en el concurso con una mayor igualdad de condiciones; y por otro, que estos últimos dispongan de posibilidades reales de desafiar a los incumbentes, disminuyéndose las barreras de entrada a los mercados relevantes. Por ello, ordenó a la Subtel adoptar las siguientes medidas: (i) implementar la portabilidad del número telefónico móvil antes de la entrada en operación de los proyectos técnicos de los adjudicatarios del Concurso; (ii)

---

<sup>319</sup> Parágrafo 7, sobre “CONDICIONES DE INGRESO A LOS MERCADOS RELEVANTES: BARRERAS DE ENTRADA”.

subdividir la banda de frecuencia 1710-1755 MHz y 2110-2155 MHz en el mayor número de bloques que técnicamente permita razonablemente prestar servicios avanzados de comunicaciones móviles o de 3G con cobertura nacional, donde cada postulante se podrá adjudicar sólo un bloque en un primer concurso; y, (iii) definir en las bases los plazos de ejecución y de puesta en servicio que deberán comprometer los postulantes, considerando para ello términos tales que no restrinjan o perjudiquen la participación de aquellos interesados que carezcan, a la fecha del Concurso, de infraestructura o redes de comunicaciones móviles.

(b) La resolución del TDLC fue impugnada mediante recurso de reclamación por parte de la FNE, Nextel Chile S.A., VTR Banda Ancha (Chile) S.A. y la misma consultante. En mérito de éstos, la Corte Suprema resolvió en fallo dividido eliminar la primera condición y modificar la segunda, rechazándolos en lo demás.

En lo atinente a nuestro trabajo, para decidir modificar la segunda condición, el tribunal *ad quem* destacó primeramente que la principal barrera de entrada al mercado de la telefonía móvil estaba dada por la disponibilidad del espectro radioeléctrico. Ésta, tal como se asentara en la resolución recurrida, constituye tanto el insumo esencial para la provisión del servicio como también determina los costos de prestar los servicios y su calidad. De ello se sigue que una efectiva competencia requiere que se promueva la homogeneidad en la cantidad de espectro con que deben contar los distintos actores que participan en este mercado, donde el acceso al mismo en condiciones no arbitrariamente discriminatorias resulta esencial.

En efecto, sobre el particular la Corte razonó lo siguiente:

“DECIMO NOVENO: Que en los mercados relevantes al concurso consultado, esto es, telefonía móvil y banda ancha móvil, los actuales oferentes son únicamente Entel PCS, que posee concesiones de 60 MHz en la banda de 1.900 MHz, Movistar y Claro, ambas con 30 MHz en esa misma banda y 25 en la de 800 MHz, constituyendo la disponibilidad del espectro radioeléctrico una barrera insoslayable para la entrada a esos mercados y que, además, determina los costos de prestar dichos servicios. En otras palabras, el espectro radioeléctrico es imprescindible para prestar los servicios de telefonía móvil y banda ancha móvil, de modo que el que no

accede a él no puede prestarlos, y quien lo posee en mayor cantidad que otro puede operar con ventajas competitivas;

VIGESIMO: Que tampoco puede perderse de vista el hecho que se está frente a la prestación de un servicio público y que no existen derechos de propiedad de particulares sobre el espectro radioeléctrico, el cual es administrado por la Subsecretaría de Telecomunicaciones, la que debe velar por el acceso igualitario al mismo y por su uso eficiente, lo que importará no sólo que nuevos oferentes puedan acceder a una porción o bloque sino la obligación para la autoridad de cautelar que quienes lo posean lo hagan en condiciones equivalentes, de manera que puedan competir en el mercado de las telecomunicaciones móviles en situación de competencia razonable en beneficio de todos los usuarios;

VIGESIMO PRIMERO: Que, de este modo, las condiciones que se establezcan para la asignación del espectro radioeléctrico no deben afectar la libre competencia en los servicios de telecomunicaciones móviles, evitando que la asignación de dicho espectro constituya un mecanismo que impida que los potenciales nuevos entrantes puedan competir en este mercado de manera eficaz;

VIGESIMO SEGUNDO: Que, sobre la base de lo referido, resulta de sobra justificado acotar la cantidad de espectro radioeléctrico que puede detentar cada operador, a fin de incentivar su uso eficiente y garantizar de manera efectiva el libre e igualitario acceso a las telecomunicaciones, propósito al que aspira la legislación vigente sobre la materia;

VIGESIMO TERCERO: Que, por tanto, esta Corte optará por establecer límites en la tenencia de espectro de que puede disponer un operador que participe en el mercado de las telecomunicaciones móviles en Chile, cautelando el uso efectivo del espectro radioeléctrico y la necesaria homogeneidad en la distribución del mismo, toda vez que no se advierte cómo una condición que apunte a buscar simetría en las porciones de espectro pueda afectar el grado de competencia en el concurso;”

En definitiva, conforme a los antecedentes técnicos acompañados, la Corte concluyó que el límite máximo de cantidad de espectro radioeléctrico que ser asignado a cada operador móvil, actual o potencial, es de 60 MHz en total, considerándose todas las bandas destinadas actualmente a comunicaciones móviles, debiendo ellos desprenderse en su oportunidad de aquella cantidad que exceda de dicho límite máximo. Y en todo caso, de excederse dicho límite, el insumo en cuestión deberá ser siempre objeto de licitación abierta para terceros que pretendan competir en el mercado.<sup>320</sup>

---

<sup>320</sup> En ese sentido, la Corte Suprema resolvió modificar la segunda condición fijada por el TDLC por la que sigue: “La consultante, en el ejercicio de las atribuciones que le otorga la ley, deberá subdividir la banda de frecuencia de 1710-1755 MHz y 2110-2155 MHz en un número de bloques que técnicamente permita, en forma eficiente y con costos razonables, prestar servicios avanzados de comunicaciones móviles, también

(c) El TDLC nuevamente explicita su convicción en orden a que el titular de una instalación que tienen el carácter esencial tiene el deber de compartirlas en tanto ello sea factible. Asimismo, en el caso de las licitaciones de insumos que reúnan estas características, las bases deben asegurar el libre acceso de terceros, en términos no arbitrariamente discriminatorios. Igual consideración cabe hacer respecto de la Corte Suprema, la que adoptó una posición bastante activa al derechamente ordenar acotar la cantidad del insumo que podía ser asignado a cada oferente, a fin de maximizar la posibilidad de que entren nuevos actores.

---

denominados de 3G, con cobertura nacional. En las bases del concurso a que se llame para otorgar las concesiones correspondientes deberá establecerse que ningún postulante (...) podrá por esa vía ser titular de derechos de uso y goce de frecuencias de espectro radioeléctrico de más de 60 MHz, consideradas en conjunto las bandas de frecuencia objeto de la consulta y las demás bandas destinadas actualmente a la operación del servicio público telefónico móvil, esto es, las bandas de 800 y 1.900 MHz. En las mismas bases deberá consignarse que si la cantidad de espectro radioeléctrico detentado por alguno de los actuales operadores llegare por la misma vía a exceder el límite fijado de 60 MHz, éstos deberán desprenderse en alguna de las formas que permita la ley de la cantidad de espectro que sea necesaria para ajustarse al límite establecido. La cantidad de espectro de que las empresas se desprendan en razón de lo resuelto anteriormente deberá ser objeto a su vez de una licitación abierta para terceros no relacionados con ellas o de un concurso público, según corresponda, en la oportunidad y dentro del plazo que al efecto determine la respectiva autoridad administrativa en las bases del concurso público motivo de esta consulta. En el evento que los futuros adjudicatarios de las cantidades de espectro de que se desprendan las empresas que las detentaban lleguen a ser titulares de derechos de uso y goce de frecuencias de espectro radioeléctrico por más de 60 MHz, deberán ellos a su vez desprenderse de la cantidad que exceda dicho límite”.

## **CONCLUSIONES**

Dentro de la amplia diversidad de conductas que la doctrina y jurisprudencia han calificado como constitutivas de prácticas exclusorias reprochables desde el punto de vista del derecho de la libre competencia, el presente trabajo ha intentado exhibir el papel altamente destacado que entre ellas ocupa la doctrina de las facilidades esenciales, exponiendo el debate que, con más dudas que certezas, ésta suscita.

En tanto aplicación de un principio básico del derecho de la libre competencia, según el cual un monopolista no puede abusar de su poder de mercado para preservar su monopolio, ni para expandirlo a otro mercado (mercados regulados o no regulados), esta teoría dogmática persigue resolver situaciones en las que un agente económico niega a otro el acceso a insumos que son imprescindibles para participar, competir o desafiar al controlador de ese insumo, postulando que puede ser lícito compeler al monopolista a compartir su insumo esencial. En ese sentido, no basta la sola existencia de una instalación calificada como esencial para que la doctrina reciba aplicación (es decir, no se agota en consideraciones estructurales aun cuando los tribunales reconozcan una directa relación entre la titularidad de la instalación esencial y el poder de mercado), sino que es indispensable que se haga un uso abusivo del poder que dicha instalación confiere. Y ese comportamiento ilícito se manifiesta en la negativa injustificada del monopolista a compartir su insumo esencial. En consecuencia, para que la doctrina de las facilidades esenciales reciba aplicación será necesaria la concurrencia de los siguientes presupuestos: a) existencia de un activo controlado por un monopolista al que se requiere acceso, susceptible de ser compartido; b) el activo debe ser indispensable para competir; y, c) que el monopolista se niegue injustificadamente a proveer el acceso requerido. Y en ese caso, el acceso - en cuanto sea posible proveerlo- debe ser proporcionado bajo condiciones y tarifas transparentes, razonables y no arbitrariamente discriminatorias.

De este modo, se puede apreciar que la doctrina de las facilidades esenciales postula una fuerte intervención a la autonomía privada de los agentes económicos, aún cuando

ello signifique asistir a un rival. Si bien la regla general es que los actores del mercado pueden “competir sin disculparse”, sujetos más propiamente a una regla de libertad que a una regla de deberes y cargas, la doctrina en comento propone en ciertas circunstancias hacer una radical excepción a principios constitucionalmente garantizados, como la libertad de contratación, el libre ejercicio de cualquier actividad económica y el derecho de propiedad. De ahí que la doctrina en comento no sea a nadie indiferente.

Con casi cien años de historia en el derecho comparado, la doctrina de las facilidades esenciales –salvo honrosas excepciones- ha sido un tópico ajeno al análisis y estudio de la doctrina nacional. Sin embargo, ello no ha sido obstáculo para que haya encontrado recepción en nuestro tribunal antimonopolios. En efecto, el TDLC ha manifestado expresamente su disposición a aplicar la intensa consecuencia jurídica que ésta postula, explicitando la concepción que tiene de la misma pero sin detallar aún un test formal para su aplicación. Así, quedó en evidencia que, de acreditarse que un monopolista se niega injustificadamente y con una intención anticompetitiva a compartir con un competidor la instalación esencial que controla (donde el demandante lleva sobre sí una gran carga probatoria), el TDLC eventualmente compelerá al titular de la instalación esencial a proporcionar el acceso requerido, a cambio de un precio de mercado transparente y no arbitrariamente discriminatorio.

Al respecto debemos señalar que, si bien ha sido objeto de duras y bien razonadas críticas, no existen razones para negar la aplicación de la doctrina por parte de nuestros organismos antimonopolios. En efecto, se trata de una conducta comprendida dentro de aquellas reprochadas por el Decreto Ley N° 211, estando capturada tanto por el tipo universal antimonopólico del artículo 3° de dicho cuerpo legal, como por la conducta de abuso de posición dominante descrita en la letra b) de la misma norma, de tal modo que bien puede ser objeto de las sanciones y medidas que el tribunal antimonopolios tiene la potestad de imponer. En ese contexto, el TDLC ha mostrado prudencia y operatividad para aplicar sus consecuencias, sin afectar –hasta el momento- la esencia de aquellos derechos que pueden eventualmente verse vulnerados. A su vez, la FNE ha cumplido un efectivo papel perseguidor y fiscalizador.

Sin perjuicio de lo anterior, no se puede soslayar el hecho que la intervención propuesta por doctrina en comentario importa una fuerte intromisión en la esfera de la autonomía privada de las personas, con el riesgo de afectar derechos constitucionalmente garantizados como los antes indicados. Es por esto que se debe ser sumamente exigente en la comprobación de los requisitos que den lugar a su aplicación, para lo cual resulta indispensable iniciar y mejorar el examen y escrutinio de esta doctrina (actualmente bastante infortunado), tarea que motivó este trabajo. Lo anterior, pues esa es la única forma como podemos mejorar la calidad de la discusión en sede legislativa y jurisprudencial, y así, en definitiva colaborar a que las decisiones que la autoridad competente adopte en estas materias no sean aleatorias, riesgosas ni perniciosas, sino que propendan efectivamente a defender y promover la libre competencia en los mercados.

## BIBLIOGRAFÍA

### OBRAS CITADAS.

1. ALCALDE, Enrique. "Persona humana, autonomía privada y orden público económico". En: *Revista Actualidad Jurídica*. Universidad del Desarrollo. Santiago, Chile. (4): 77-107, 1998.
2. ALEXY, R. *Teoría de los Derecho Fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.
3. AREEDA, Phillip. "Essential Facilities: An Epithet in Need of Limiting Principles". En: *Antitrust Law Journal*, vol. 58 (3): 841-853, 1989.
4. AVILÉS, Víctor. *Orden Público Económico y Derecho Penal*. Editorial ConoSur, Santiago, 1998. 353 pp.
5. BASCUÑÁN Rodríguez, Antonio. "Observaciones sobre la ciencia del derecho". En: *Revista Derecho y Humanidades*. Santiago, Chile. (6): 15-25, 1998.
6. BERGMAN, Mats A. "The role of Essential Facilities Doctrine". En: *Antitrust Bulletin*, vol. 46: 403-434, 2001. [en línea]. Disponible en: <<http://www.accesmylibrary.com>> [consulta: 16 julio 2009].
7. BERNAL Pulido, Carlos. *Estructura y límites de la ponderación*. Madrid, DOXA, (26), 2003.
8. BETTI, Emilio. *Teoría General del Negocio Jurídico*. 2ª ed., trad. A. Martín Pérez, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959. 465 p.
9. BRAVO, José. "Examen multidisciplinario de la teoría de las instalaciones portuarias esenciales frente a la teoría económica y la teoría de la prueba en el proceso por infracciones a la libre competencia: el caso de la comercialización de de la sal del Salar Grande de Tarapacá de la I región de Chile". Santiago, 2005. Informe económico acompañado en juicio "Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica y demanda de Compañía Minera Cordillera contra Sociedad Punta de Lobos S.A.", rol C-13-04, seguido ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.
10. BULNES, Luz. "El derecho a desarrollar cualquier actividad económica". En: *Revista de Derecho Público*, (37-38), Santiago, 1985. pp. 149-165.

11. CEA, José Luis. “Notas sobre orden público económico”. En: *Gaceta Jurídica* (135), septiembre, 1991, pp. 18-32.
12. COLOMA, Germán. *Defensa de la competencia. Análisis económico comparado*. 1ª ed. Buenos Aires – Madrid, Ciudad Argentina. 438 pp.
13. COTTER, Thomas F. *The Essential Facilities Doctrine*. Minnesota Legal Studies Research Paper N° 08-18, 2008. [en línea]. Disponible en: <<http://ssrn.com/abstract=1125368>> [consulta: 16 julio 2009] 23 pp.
14. CURY, Enrique. Derecho Penal. Parte General. 3ª ed. Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2004, p. 353.
15. FELIÚ, Olga. “El ejercicio de la actividad económica y las facultades de los organismos antimonopolios”. En: Revista Actualidad Jurídica, Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo, Año I, N° 1, enero 2000
16. FERNANDOIS, Arturo. *Derecho Constitucional Económico, Garantías económicas, doctrina y jurisprudencia*. T. I, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2001. 252 pp.
17. FRISCHMANN, Brett M. y WALLER, Spencer Weber. “Revitalizing Essential Facilities”. En: *Antitrust Law Journal*, Vol. 75 (1): 1-65, 2008. [en línea]. Disponible en: <<http://ssrn.com/abstract=961609>> [consulta: 16 julio 2009].
18. GALETOVIC, Alexander. “Un análisis económico de las consecuencias competitivas de la compra de Puerto Patache por Sal Lobos”. Santiago, 2005. Informe económico acompañado en juicio “Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica y demanda de Compañía Minera Cordillera contra Sociedad Punta de Lobos S.A.”, rol C-13-04, seguido ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.
19. HERRERO, Carmen. “Libre Competencia y Propiedad Intelectual. Análisis comparativo entre el Derecho antitrust estadounidense y Derecho de la competencia comunitario europeo”. En: Ortiz B., L. y Ramos G., A. (Eds.) *Derecho de la Competencia Europeo y Español. Curso de iniciación*. Vol. VI, Madrid, Editorial Dykinson, 2005. pp. 59-108.
20. HIRSH, Merrill y RICHEIMER, Gabriela A. *The Essential Facilities Doctrine: Keeping the Word 'Epithet' from Becoming One*. Marzo, 2003. [en línea]. Disponible en <<http://ssrn.com/abstract=389200>> o DOI: <10.2139/ssrn.389200> [consulta: 16 julio 2009]. 42 pp.

21. HOVENKAMP, Herbert J., JANIS, Mark D. y LEMLEY, Mark A. "Unilateral Refusals to License in the U.S.". En: *Stanford Law and Economics Olin Working Paper* (303): 13-56, Abril, 2005. [en línea]. Disponible en: <<http://ssrn.com/abstract=703161>> o DOI: <10.2139/ssrn.703161> [consulta: 16 julio 2009].
22. HOVENKAMP, Herbert. *Antitrust*. 3ª ed. St. Paul, Minn, West Group, 1999. 338 pp.
23. HUMPE, Christophe y RITTER, Cyril. *Refusal to Deal*. Brussels, Global Competition Law Centre, julio, 2005. 32 pp. [en línea]. Disponible en: <<http://ssrn.com/abstract=771907>> [consulta: 16 julio 2009].
24. JORDE, Thomas M., LEMLEY, Mark A. y MNOOKIN, Robert H. *Antitrust. Gilbert law summaries*. 9ª ed. Chicago, Illinois, The Barbri Group, 1996. 216 pp.
25. KORAH, Valentine. "Access to Essential Facilities under the Commerce Act in the Light of Experience in Australia, the European Union and the United States". En: *Victoria University of Wellington Law Review* vol. 31(2): 231 y ss., 2000. [en línea]. Disponible en: <<http://www.austlii.edu.au/nz/journals/VUWLawRw/2000/19.html>> [consulta: 20 octubre 2009].
26. LEVEQUE, Francois. "*Innovation, Leveraging and Essential Facilities: Interoperability Licensing in the EU Microsoft Case*". Marzo, 2005. [en línea]. Disponible en: <<http://ssrn.com/abstract=927900>>. 25 pp.
27. LIPSKY Jr., Abbott B. y SIDAK, J. Gregory. "Facilidades esenciales". En: *Veritas Law Review*, vol. 27 (126): 126-168, 2004. [en línea]. Disponible en: <<http://ssrn.com/abstract=539603>> [consulta 16 julio 2009]. Versión original en ingles: SIDAK, J. Gregory and LIPSKY Jr., Abbott B. "Essential Facilities". En: *Stanford Law Review*, Vol. 51 (5): 1187-1249, May. 1999. [en línea]. Disponible en: <<http://ssrn.com/abstract=205668>> [consulta 16 julio 2009].
28. MATURANA, Carlos Cristián, "Aspectos Generales de la Prueba", apuntes de clase del curso de Derecho Procesal, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, septiembre, 2006. 212 pp.
29. MEESE, Alan J. "Property, Aspen, and Refusals to Deal". En: *Antitrust Law Journal*, vol. 73: 81-114, 2005. [en línea]. Disponible en: <<http://ssrn.com/abstract=878103>> [consulta: 16 julio 2009]

30. MESSINEO, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial*, Tomo II, trad. Santiago Sentis Melendo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1954, (8 v.).
31. MORANDÉ, Felipe. “*Sal y puertos en el norte: ¿se aplica la doctrina de facilidad esencial?*”. Santiago, 2005. Informe económico acompañado en juicio “Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica y demanda de Compañía Minera Cordillera contra Sociedad Punta de Lobos S.A.”, rol C-13-04, seguido ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.
32. OECD Competition Committee. *The Essential Facilities Concept*. Paris, 1996. [en línea] <<http://www.oecd.org/dataoecd/34/20/1920021.pdf>> [consulta: 2 abril 2008].
33. PELLISÉ, Jaime. *La explotación abusiva de una posición dominante (arts. 82 TCE y 6 LEDC)*. Madrid, Civitas, 2002.
34. PEÑA González, Carlos. “El valor científico del Derecho”. En: *Revista Derecho y Humanidades*. Santiago, Chile. (6): 31-38, 1998.
35. PITOFISKY, Robert. “*The Essential Facilities Doctrine under United States Antitrust Law*”. [en línea]. Disponible en: <<http://www.ftc.gov/os/comments/intelpropertycomments/pitofskyrobert.pdf>> [consulta: 2 abril 2008], s.a. 25 pp.
36. RITTER, Cyril. “Refusal to Deal and Essential Facilities: Does Intellectual Property Require Special Deference Compared to Tangible Property?”. En: *World Competition: Law and Economics Review*, Vol. 28 (3), septiembre, 2005. [en línea]. Disponible en: <<http://ssrn.com/abstract=726683>> [consulta: 16 julio 2009].
37. ROBINSON, Glen O. “On Refusing to Deal With Rivals”. University of Virginia School of Law, Law & Economics Research Paper Series. Documento de trabajo (01-3). Mayo, 2001. 52 pp. [en línea]. Disponible en: <<http://ssrn.com/abstract=269130>> o DOI: <10.2139/ssrn.269130> [consulta: 23 junio 2009].
38. ROMERO, Juan José. Informe en Derecho denominado “¿Cómo entender la confluencia de la figura del abuso de posición dominante, la noción de facilidad o instalación esencial, la regulación sectorial de telecomunicaciones y la legislación general sobre libre competencia respecto de las condiciones de acceso (en la forma de atravesos, paralelismos y apoyos) a la faja ferroviaria de propiedad de la Empresa de Ferrocarriles del Estado?”, acompañado en el juicio “Demanda de GTD Teleductos

S.A. contra Empresas de los Ferrocarriles del Estado EFE”, Rol N° C 100-2006, abril, 2007.

39. ROSS, Stephen F. *Principles of antitrust law*. Westbury, New York, The Foundation Press, Inc., 1993. 606 pp.

40. SERRA, Pablo. “Las facilidades esenciales en la doctrina de los organismos de competencia chilenos”. [en línea]. Disponible en: <[http://www.webmanager.cl/prontus\\_cea/cea\\_2001/site/asocfile/ASOCFILE120030327172641.pdf](http://www.webmanager.cl/prontus_cea/cea_2001/site/asocfile/ASOCFILE120030327172641.pdf)> [consulta: 20 octubre 2009]

41. SCHÜRMAN, Miguel. “*Dogmática jurídica y racionalidad científica: análisis de los presupuestos epistémicos de las teorías dogmáticas a la luz del debate sobre la sanción de la tentativa inidónea en el derecho penal alemán*”. Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2007, 148 pp.

42. SCHÜRMAN, Miguel. “Orden Público Económico y principio de subsidiariedad, argumentos para una crítica” En: *Revista Derecho y Humanidades*. Santiago, Chile. (12): 217-229, 2006.

43. SHENEFIELD, John H. y STELZER, Irwin M. *The antitrust laws: a primer*. 3ª ed. Washington, D.C., The AEI Press, 1998. 160 pp.

44. SOTO, Eduardo. “La Actividad Económica en la constitución Política de la República de Chile”. En: *Ius Publicum*. Escuela de Derecho Universidad Santo Tomás, Chile. (2). 1999.

45. SULLIVAN, Lawrence A. y Grimes, Warren S. *The Law of Antitrust: An integrated handbook*. St. Paul, Minn, West Group, 2000. 1274 pp.

46. TURNEY, James. “Defining the Limits of the EU Essential Facilities Doctrine on Intellectual Property Rights: The Primacy of Securing Optimal Innovation”. En: *Northwestern University School of Law, Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property*, Vol. 3 (2): 179-202, Primavera, 2005. [en línea]. Disponible en: <<http://www.law.northwestern.edu/journals/njitip/v3/n2/5/Turney.pdf>> [consulta: 16 julio 2009].

47. VALDÉS, Domingo. *Libre Competencia y Monopolio*. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2006. 751 pp.

48. VALDÉS, Domingo. "Abuso de posición dominante". En: *Revista Anales Derecho UC*. Santiago, Chile. (2): 73-87, agosto, 2007.
49. VIAL, Victor. *Teoría General del Acto Jurídico*. 5ª ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003. 407 pp.
50. VISCUSI, W. Kip, VERNON, J. y HARRINGTON Jr, J. *Economics of Regulation and Antitrust*. 3ª ed. Cambridge, Massachusetts y Londres, Inglaterra, The MIT Press, 2000. 864 pp.
51. WALLER, Spencer W. *Areeda, Epithets, and Essential Facilities*. Wisconsin Law Review. [en línea]. Disponible en: <<http://ssrn.com/abstract=1083838>> [consulta: 16 julio 2009], 2008. 37 pp.
52. WERNER, Carolina. *La doctrina de las facilidades esenciales en el derecho chileno y comparado*. Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2007. 205 pp.

## **JURISPRUDENCIA NACIONAL.**

### **A. Comisión Preventiva Central.**

1. Dictamen N° 718, de fecha 16 de octubre de 1989.
2. Dictamen N° 995, de fecha 23 de diciembre de 1996.
3. Dictamen N° 1.016, de fecha 22 de agosto de 1997.

### **B. Comisión Resolutiva.**

1. Resolución N° 332, de fecha 28 de noviembre de 1989.
2. Resolución N° 389, de fecha 16 de abril de 1993.
3. Resolución N° 650, de fecha 17 de mayo de 2002.
4. Resolución N° 683, de fecha 8 de abril de 2003.

### **C. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.**

1. Instrucciones de carácter general N° 1.

2. Resolución N° 6/2005.
3. Resolución N° 13/2006.
4. Resolución N° 18/2006.
5. Resolución N° 19/2006.
6. Resolución N° 20/2007.
7. Resolución N° 22/2007.
8. Resolución N° 24/2008.
9. Resolución N° 25/2008.
10. Resolución N° 27/2008.
11. Sentencia N° 18/2005.
12. Sentencia N° 23/2005.
13. Sentencia N° 29/2005.
14. Sentencia N° 31/2005.
15. Sentencia N° 32/2005.
16. Sentencia N° 36/2006.
17. Sentencia N° 37/2006.
18. Sentencia N° 43/2006.
19. Sentencia N° 44/2006.
20. Sentencia N° 47/2006.
21. Sentencia N° 55/2007.
22. Sentencia N° 56/2007.
23. Sentencia N° 62/2008.
24. Sentencia N° 64/2008.
25. Sentencia N° 65/2008.
26. Sentencia N° 66/2008.
27. Sentencia N° 68/2008.
28. Sentencia N° 71/2008.
29. Sentencia N° 75/2008.
30. Sentencia N° 76/2008.
31. Sentencia N° 77/2008.
32. Sentencia N° 80/2009.
33. Sentencia N° 81/2009.

34. Sentencia N° 85/2009.
35. Sentencia N° 88/2009.
36. Sentencia N° 90/2009.

**D. Corte Suprema.**

1. Sentencia de fecha 26 de octubre del año 2005, dictada en autos rol N° 3.327-2005.
2. Sentencia de fecha 29 de diciembre de 2005, dictada en autos rol N° 5.603-2005.
3. Sentencia de fecha 12 de septiembre de 2006, dictada en autos rol N° 2.657-2006.
4. Sentencia de fecha 22 de enero de 2007, dictada en autos rol N° 5.057-2006.
5. Sentencia de fecha 13 de septiembre de 2007, dictada en autos rol N° 3.948-2007.
6. Sentencia de fecha 21 de noviembre de 2007, dictada en autos rol N° 3.792-2007.
7. Sentencia de fecha 2 de julio de 2008, dictada en autos rol N° 1.909-2008.
8. Sentencia de fecha 31 de julio de 2008, dictada en autos rol N° 3.199-2008.
9. Sentencia de fecha 13 de enero de 2009, dictada en autos rol N° 6.978-2008.
10. Sentencia de fecha 27 de enero de 2009, dictada en autos rol N° 4.797-2008.
11. Sentencia de fecha 27 de mayo de 2009, dictada en autos rol N° 7.796-2008.
12. Sentencia de fecha 15 de junio de 2009, dictada en autos rol N° 1.855-2009.
13. Sentencia de fecha 21 de julio de 2009, dictada en autos rol N° 1470-2009.

**E. Tribunal Constitucional.**

1. Sentencia Rol N° 244, de fecha 26 de agosto de 1996.
2. Sentencia Rol N° 479, de fecha 8 de Agosto de 2006.

## **JURISPRUDENCIA EXTRANJERA.**

### **A. Jurisprudencia de los Estados Unidos de América.**

1. Continental Paper Bag v. Eastern Paper Bag (1908).
2. United States v. Standard Oil Co. (1911).
3. United States v. Terminal Railroad Association of St. Louis (1912).
4. Associated Press v. United States (1945).
5. Gamco, Inc. v. Providence Fruit & Produce Building, Inc. (1952).
6. United States c. Du Pont & Co. (Cellophane) (1956).
7. Otter Tail Power Co. v. United States (1973).
8. Hecht v. Pro-Football, Inc. (1977).
9. MCI Communications Corp. v. AT&T Co. (1983).
10. Northwest Wholesale Stationer, Inc. v. Pacific Stationery & Printing Co. (1985).
11. Aspen Skiing Company v. Aspen Highlands Skiing Corporation (1985).
12. Alaska Airlines, Inc. v. United Airlines, Inc. (1991).
13. Verizon Communications Inc. V. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP (2004).

### **B. Jurisprudencia de la Unión Europea.**

1. Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A. y Commercial Solvents Corporation contra Comisión de las Comunidades Europeas (1974).
2. Comisión Europea con United Brands (1976).
3. Hoffman-La Roche v. Comission (1979).
4. Radio Telefis Eireann e Independent Television Publications Ltd. contra Comisión de las Comunidades Europeas (1985).
5. Oscar Bronner GmbH & Co. KG contra Mediaprint Zeitungs y otros (1998).

## **PÁGINAS WEB.**

1. Página web de la Fiscalía Nacional Económica: <<http://www.fne.cl>>
2. Página web del Tribunal Constitucional: <<http://www.tribunalconstitucional.cl>>

3. Página web del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia:  
<<http://www.tdlc.cl>>