

Unclassified

DAF/COMP/LACF(2010)19

Organisation de Coopération et de Développement Économiques
Organisation for Economic Co-operation and Development

02-Sep-2010

Spanish - Or. English

**DIRECTORATE FOR FINANCIAL AND ENTERPRISE AFFAIRS
COMPETITION COMMITTEE**

DAF/COMP/LACF(2010)19
Unclassified

LATIN AMERICAN COMPETITION FORUM (Spanish Version)

FORO LATINO AMERICANO DE COMPETENCIA

-- Sesión I: Principios de competencia en facilidades esenciales --

Contribución de Chile (FNE)

El documento adjunto de Chile (FNE) será circulado PARA SU DEBATE en la sesión I del Foro Latino Americano de Competencia que se llevará a cabo en San José (Costa Rica) los días 8 y 9 de septiembre de 2010.

Contacto: Sra. Hélène Chadzyska, administradora, directora del programa del LACF
Tel.: +33 (01) 45 24 91 05; Fax: +33 (0)1 45 24 96 95;
Correo electrónico: helene.chadzyska@oecd.org

JT03287745

Document complet disponible sur OLIS dans son format d'origine
Complete document available on OLIS in its original format

Spanish - Or. English



FORO LATINOAMERICANO DE COMPETENCIA

8-9 de septiembre, San José (Costa Rica)

Sesión I: Principios de competencia en facilidades esenciales

-- CONTRIBUCIÓN DE CHILE (FNE) --

Fiscalía Nacional Económica

1. Legislación Chilena de Competencia y Facilidades Esenciales

1. En la legislación chilena de libre competencia no existe disposición alguna que se refiera expresamente al concepto de instalación o facilidad esencial.

2. La jurisprudencia nacional ha aludido a esta doctrina de manera explícita en casos de negativa de venta y discriminación y, a su vez ha analizado la ilicitud de dichas conductas a la luz de la disposición general sobre abuso de posición dominante contenido en el artículo 3 letra b) del DL 211 de 1973, cuya redacción actual establece: «*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: [...] 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.*»

2. Jurisprudencia Chilena Relativa a las Condiciones para Determinar la Esencialidad de una Facilidad

3. A pesar de que varias decisiones de los organismos de competencia chilenos han caracterizado determinadas instalaciones/insumos/servicios o ‘facilidades’ como esenciales¹, en la mayoría de los casos esta calificación se ha utilizado sin que a nuestro juicio se haya desarrollado en profundidad el concepto de facilidad esencial ni se haya analizado la “esencialidad” de dichos insumos.

4. A continuación, y a efectos de buscar determinar y precisar las condiciones necesarias para establecer la esencialidad de una instalación, revisaremos algunas de las decisiones más relevantes del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) y de las Comisiones que lo antecedieron en sus funciones, sobre esta materia, distinguiendo entre aquellas emanadas de un procedimiento contencioso y las emanadas de un procedimiento no contencioso.

2.1 En procedimiento contencioso:

2.1.1 TDLC, Sentencia N° 29/2005 de 12.09.2005, caso “FNE contra Transbank”

5. En este caso, la Fiscalía Nacional Económica (FNE) requiere en contra de Transbank² por conductas discriminatorias, imputando a esta empresa el haber abusado de su posición dominante mediante el cobro de precios discriminatorios y abusivos a los comercios que aceptan tarjetas de crédito bancarias, y reprochando a dicha compañía el tener una estructura tarifaria discriminatoria hacia los emisores de tarjetas.

6. En su decisión, el TDLC señala 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...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” (Considerando 32)³.

2.1.2 TDLC, Sentencia N° 47/2005 de 05.12.2006, caso “FNE contra Sal Punta de Lobos (SPL)”

7. El caso ‘Punta de Lobos’ se refiere al mercado de la sal y al mercado portuario de la Región de Tarapacá, y quizás da más luces acerca de cuál sería el análisis del TDLC para determinar si una instalación tiene o no el carácter de esencial.

8. En su requerimiento la FNE señala que los mercados mencionados en el párrafo anterior serían conexos, en la medida en que los puertos aptos de la Región de Tarapacá son un mercado relevante y, a la

¹ Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC), Sentencia N° 29/2005, Sentencia N° 47/2006, Sentencia N° 88/2009, Resolución N° 02/2005, Resolución N° 6/2005, Resolución N° 7/2005, Resolución N° 8/2005, Resolución N° 13/2006, Resolución N° 22/2007, Resolución N° 25/2008, entre otras.

² Transbank S.A. administra las tarjetas de crédito y débito bancarias del país, además de servicios de compra a través de Internet. Transbank es propiedad de las entidades bancarias y financieras más grandes de Chile. La nómina de accionistas de Transbank se encuentra disponible acá: <https://www.transbank.cl/transbank.nuestra.accionistas.asp>

³ V. referencia a la decisión y medidas adoptadas en el caso, infra, § 35-36.

vez, constituyen infraestructuras esenciales para el mercado de la sal. Solicita al TDLC exigir a los propietarios de los puertos (Patillos y Patache) que permitan el embarque de sal producida por terceros.

9. Al respecto, el TDLC evalúa “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”. Tras el análisis, el TDLC estima 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” (Considerandos 60, 71 y 72)⁴.

2.1.3 *TDLC, Sentencia N° 88/2009 de 15.10.2009, caso “OPS y otros contra Telefónica Móviles Chile (TMCH)”*

10. Esta decisión fue motivada por una demanda interpuesta por varios prestadores de servicios de conversión de llamadas desde red fija a red celular (*celulink*), en contra de TMCH, principal operador en el mercado de telefonía móvil nacional. Al respecto, el TDLC determina que TMCH incurrió en una práctica de discriminación arbitraria de precios, que se tradujo en un estrangulamiento de los márgenes de sus competidores en el mercado de prestación de servicios de terminación de llamadas fijo-móvil “*on-net*”, y en una práctica de negativa de venta, con el objeto de traspasar su posición dominante en el mercado de la telefonía móvil al mercado conexo de prestación de servicios de terminación de llamadas fijo-móvil *on-net*.

11. Al analizar el mercado relevante, el TDLC distingue dos mercados relacionados: el de servicios de telefonía móvil (mercado aguas arriba) y el de servicios de terminación de llamadas fijo-móvil “*on-net*” (mercado aguas abajo), señalando que los proveedores del servicio de terminación de llamadas fijo-móvil *on-net* necesariamente deben utilizar la red de telefonía móvil de la empresa respectiva, debiendo contar para tal efecto con un plan de minutos de la concesionaria dueña de la red móvil de destino de las llamadas. El TDLC estimó “*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*” (Considerando 35), y “*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*” (Considerando 36).

12. A continuación, el TDLC analiza la conducta de TMCH examinando la concurrencia copulativa de las condiciones tradicionales de la negativa de venta establecidas por la jurisprudencia⁵, para calificar

⁴ El TDLC finalmente desestima esta parte del requerimiento pues no se encontraba acreditada una negativa para entregar servicios portuarios a productores pequeños de sal, al no constar en autos que alguna empresa los hubiera solicitado.

⁵ La jurisprudencia chilena ha señalado que para que se configure el ilícito de negativa de venta es preciso que concurren las siguientes circunstancias generales a) que una persona vea substancialmente 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; b) 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; c) que la referida persona esté dispuesta a aceptar las condiciones comerciales usualmente establecidas por el proveedor respecto de sus clientes; y, d) que quien niegue la venta ostente poder de mercado (Dictamen N° 1016/1997 de la Comisión Preventiva Central Antimonopolio; y Resolución N° 19/2006 del TDLC).

dicha conducta como constitutiva de un abuso de posición dominante, sin que expresamente se declarara si, a juicio del TDLC, el hecho de que la negativa de venta recayera sobre el plan de telefonía móvil (insumo esencial en concepto del TDLC) había sido o no determinante en el carácter anticompetitivo de la negativa de venta.

13. A partir de las tres decisiones revisadas anteriormente, se puede afirmar que las condiciones que el TDLC analiza para determinar si una facilidad es esencial, serían el hecho de que dicha instalación no sea replicable bajo condiciones de viabilidad técnica y económica, o bajo toda razonabilidad, su duplicación sea impracticable o difícilmente practicable, y que dicho insumo sea indispensable para participar en un mercado “aguas abajo”, no existiendo un sustituto a precio razonable.

14. Cabe hacer presente que en Chile, por decisión judicial en sede de libre competencia, y fruto de un procedimiento contencioso, nunca se ha impuesto de manera explícita y directa una obligación de acceso invocando expresamente la doctrina de las facilidades esenciales.

2.2 *En procedimiento no contencioso:*

15. No obstante, las autoridades de competencia sí han reconocido que el acceso abierto a ciertas instalaciones cuya duplicación es económicamente ineficiente, es necesario para la introducción de competencia en mercados aguas abajo y, en algunos casos ha impuesto obligaciones de acceso a compañías con un poder monopólico sobre dichas instalaciones. Estas obligaciones han sido, en su mayoría, ordenadas por el TDLC o las comisiones antimonopolio que le antecedieron, como condiciones/requisitos en el contexto de procedimientos no contenciosos iniciados por empresas o agencias reguladoras.

16. Tales procedimientos no contenciosos han tenido lugar, por ejemplo, con motivo del análisis o aprobación de operaciones de integración vertical (operaciones de concentración), en la determinación de servicios prestados por empresas dominantes en telefonía afectos a fijación tarifaria (fijación de tarifas por la autoridad), o al establecer las condiciones de las bases de licitación para concesiones portuarias que adoptaron el modelo mono-operador (reglas para el mono-operador portuario), entre otras. Revisaremos tres decisiones ilustrativas.

2.2.1 *Comisión Resolutiva, Resolución N° 389/1993 de 16.04.1993, sobre Sistema Multicarrier en telefonía de larga distancia*

17. Esta decisión fue dictada con ocasión de la consulta acerca de si se afectaban negativamente las condiciones de competencia con el ingreso de las compañías de telefonía local (incumbentes) al segmento de larga distancia nacional e internacional⁶, originado por la adopción del sistema *multicarrier* (el que permitía al usuario de telefonía fija elegir el portador de larga distancia para cada llamada).

18. La Comisión Resolutiva (CR) reconoce que el mercado de las telecomunicaciones locales era monopólico y que el de larga distancia nacional e internacional podía llegar a ser competitivo, siempre que se estableciera un marco regulatorio eficiente y estrictamente controlado. En su resolución, la CR concluye que las compañías de telefonía local podían participar en el mercado de larga distancia bajo determinadas condiciones, entre las que se encuentran las siguientes:

- Las empresas que prestan telefonía local deben dar la misma clase de accesos o conexiones a todos los portadores de servicios de telecomunicaciones de larga distancia, para suministrarles un servicio de idéntica calidad.

⁶ Así como la participación de compañías que ofrecen servicios de larga distancia nacional e internacional en la prestación de servicios de telecomunicaciones locales.

- Las empresas que actualmente prestan servicios de telefonía local deben introducir, a su costa, modificaciones en sus centrales locales para dar acceso a todos los portadores de larga distancia, sin perjuicio de recuperar esas inversiones en tarifas, no discriminatorias, que cobrarán a los portadores de larga distancia por el uso de sus instalaciones, las que también deberán ser aprobadas por la autoridad.
- El cargo de acceso a la empresa local correspondiente, que no será discriminatorio, deberá ser aprobado por la autoridad y soportado por cada empresa de larga distancia. Dicho cargo deberá reflejar el costo directo de este servicio, de modo que esté desprovisto de toda forma de subsidio de la larga distancia a las telecomunicaciones locales.

19. Asimismo, la CR estableció obligaciones relativas a transparencia y entrega de información, a la estructura societaria en caso de integración vertical y otras para prevenir la adopción de medidas discriminatorias por parte de las compañías incumbentes en contra de las entrantes.

2.2.2 *Comisión Resolutiva, Resolución N° 515/1998 de 22.04.1998 sobre calificación de servicios para efectos de regulación tarifaria*

20. Decisión dictada en el contexto de la facultad de la CR⁷ para calificar si el mercado del servicio respectivo presenta o no condiciones de competencia que garanticen un régimen de libertad tarifaria para los servicios de telecomunicaciones regulados en la ley⁸.

21. Tras calificar los servicios específicos que debían quedar sujetos a regulación tarifaria, la CR hace observaciones relativas a ciertos elementos que, estima, deben ser observados al momento de determinar las tarifas correspondientes, a fin de resguardar adecuadamente la competencia. Al respecto la CR señala que “*La tarificación de los servicios de conmutación y/o transmisión de señales provistas como circuitos privados, como asimismo los cargos de acceso, deberían facilitar el suministro desagregado de las facilidades de red local para permitir la introducción de mayor competencia en el servicio telefónico local*” (4°, letra b).

2.2.3 *TDLC, Resolución N°8/2005 de 30.06.2005, sobre Consulta de EDELNOR*

22. Decisión dictada a propósito de una consulta de la Empresa Eléctrica del Norte Grande S.A acerca de la conformidad de las obligaciones establecidas para dicha empresa en un dictamen previo de la Comisión Preventiva Central, con la nueva normativa legal que regula la actividad de transmisión eléctrica.

23. El TDLC señala que, a su juicio, “lo que debe cautelarse en el sector eléctrico es el acceso abierto a los operadores que compiten en este mercado, en condiciones razonables y no ilícitamente discriminatorias, a determinadas redes sobre las que descansa el servicio que prestan y que constituyen segmentos monopólicos o instalaciones esenciales que coexisten con segmentos donde la competencia es posible. Es precisamente ese, uno de los objetivos que el legislador persiguió con la dictación de la ley 19.940, al definir y clarificar el acceso a la red de transporte eléctrico y sus condiciones” (Considerando 5).

⁷ Artículo N°29 de la Ley General de Telecomunicaciones, N° 18.168 de 1982.

⁸ Servicios públicos telefónicos local y de larga distancia nacional e internacional, y servicios de conmutación y/o transmisión de señales provistos como servicio intermedio o bien como circuitos privados.

3. Rol de la Agencia de Competencia y el Regulador Sectorial en la Determinación de Facilidades Esenciales

24. Las regulaciones sectoriales en general establecen regímenes de acceso abierto a instalaciones consideradas “cuellos de botella”, siendo los reguladores sectoriales los encargados de evaluar el sector respectivo. Sin perjuicio de lo anterior, la FNE y el TDLC y sus antecesoras, han incidido en la evaluación de las instalaciones o facilidades y en los regímenes de acceso impuestos respecto de ellas, por cuanto han participado en los procesos de privatización, especialmente en la década de los noventa, analizando previamente las condiciones bajo las cuales se privatizarían los servicios públicos y emitiendo informes sobre los aspectos de competencia relevantes.

25. En los últimos veinte años se han entregado en concesión, carreteras, puertos y aeropuertos y se han diseñado procesos licitatorios tendientes a generar competencia *ex-ante* donde no puede existir competencia “en la cancha”, diseños en los que las agencias de competencia también han sido llamadas a participar⁹.

26. Cabe hacer presente que varias regulaciones sectoriales explícitamente requieren que el TDLC evalúe las condiciones existentes en el mercado respectivo, a fin de, por ejemplo, determinar la imposición de regulaciones tarifarias¹⁰ o de fijar las condiciones en que se otorgará una determinada concesión¹¹.

⁹ “En Chile, a principios de la década de los 80, y previo a la privatización de las empresas, se modificaron los marcos reguladores para los sectores eléctrico y de telecomunicaciones. Estos separan los segmentos potencialmente competitivos de los monopólicos. Sin embargo, no cautelaron adecuadamente las condiciones para que los nuevos operadores entraran en igualdad de condiciones con las empresas establecidas en aquellos segmentos donde la competencia era posible. En primer lugar, el grado de concentración horizontal de las industrias al momento de su privatización era alto y carente de justificación económica en términos de economías de escala. Luego, la regulación permitía la integración vertical entre facilidades esenciales y segmentos competitivos. Finalmente, y quizá más grave, la regulación de las condiciones técnicas y económicas de acceso a facilidades esenciales o de interconexión en industrias con economías de red eran insuficientes. En efecto, si bien se especificaba el libre acceso tanto a la red de transmisión eléctrica como a la red de comunicaciones, en ambos casos las tarifas quedaron libradas a la negociación de las partes. Esta situación contrasta con el caso de los servicios monopólicos para usuarios finales (distribución eléctrica y telefonía fija), los que quedaron sometidos a un régimen de fijación tarifaria. Los problemas que surgieron como producto de la integración vertical y horizontal de las industrias privatizadas llevaron a los organismos de defensa de la competencia a estudiar dichos mercados, emitiendo varios fallos que propendieron a crear las condiciones para un funcionamiento más eficiente. También debieron resolver numerosos litigios entre particulares. La entrada de nuevos competidores, junto con la falta de regulación de algunos insumos esenciales, dio origen a múltiples conflictos entre privados, que oponían la mayoría de las veces al propietario de una facilidad esencial con sus competidores en otros segmentos de la industria. Las nuevas empresas reclamaron tanto por acciones predatorias (depredadoras) de las empresas establecidas como por discriminaciones en el acceso a las facilidades esenciales.” Serra, P., “Las Facilidades esenciales en la doctrina de los organismos de competencia chilenos”. Documentos de Trabajo CEA, Universidad de Chile, N° 104 (2001).

¹⁰ La Ley General de Telecomunicaciones, N° 18.168 de 1982, señala que “en el caso de servicios públicos telefónicos local y de larga distancia nacional e internacional, ...y en el de los servicios de conmutación y/o trasmisión de señales provistas como servicio intermedio o bien como circuitos privados, existiere una calificación expresa por parte del TDLC en cuanto a que las condiciones existentes en el mercado no son suficientes para garantizar un régimen de libertad tarifaria, los precios o tarifas del servicio calificado serán fijados de acuerdo a las bases y procedimientos que se indican en este Título” (art. 29).

¹¹ Ley 19.542 de 1997, sobre Modernización del Sector Portuario Estatal dispone que “las empresas podrán dar en arrendamiento u otorgar concesiones portuarias de sus bienes hasta por treinta años. Sin embargo, cuando la finalidad del arrendamiento o de la concesión sea ajena a la actividad portuaria, su duración

27. La FNE puede examinar regulaciones vigentes a fin de que éstas no restrinjan innecesariamente la libre competencia. Cuando la FNE considera que ciertos reglamentos podrían dañar la competencia en un sector, puede realizar acciones de promoción de la competencia (“*advocacy*”), reuniéndose con los organismos reguladores para analizar los reglamentos respectivos y discutir la racionalidad de los elementos que los fundamentan. Asimismo, la FNE puede solicitar al TDLC realizar recomendaciones al Gobierno destinadas a la eliminación o modificación de dichos reglamentos.

28. Por otra parte, la FNE deberá emitir los informes que le solicite el TDLC en los casos en que la FNE no tenga la calidad de parte o, a petición del mismo Tribunal en procedimientos no contenciosos.

4. Facultades de la Autoridad de Competencia Respecto a la Integración Vertical de una Facilidad Esencial y a Monopolios Integrados Verticalmente

29. En relación a las facultades del TDLC en cuanto a ordenar la desintegración de una empresa o a imponer condiciones a un monopolio integrado verticalmente, el inciso 2 del artículo 26 del DL 211, de 1973, establece que “*En la sentencia definitiva, el Tribunal podrá adoptar las siguientes medidas:*

- Modificar o poner término a los actos, contratos, convenios, sistemas o acuerdos que sean contrarios a las disposiciones de la presente ley;
- 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;
- Aplicar multas a beneficio fiscal hasta por una suma equivalente a veinte mil unidades tributarias anuales...”

30. Respecto al uso de estas facultades, podemos citar las siguientes decisiones:

4.1 *Comisión Resolutiva, Resolución N° 389/1993 de 16.04.1993, sobre Sistema Multicarrier en telefonía de larga distancia (v. supra § 17 – 19)*

4.2 *Comisión Preventiva Central (CPC) Dictamen 1045/1998 de 21.08.1998 sobre concesión portuaria esquema mono-operador*

31. Las empresas portuarias de Valparaíso, de San Antonio -ambas ubicadas en la misma región-, y de Talcahuano, de propiedad del Estado y encargadas de administrar los puertos, decidieron licitar simultáneamente cuatro concesiones. Las concesiones de las empresas portuarias de Valparaíso y de San Antonio correspondían a tres de los seis frentes de atraque que poseían entre ambas. Las empresas optaron por el esquema de operación integrada (mono-operador) por considerarlo el sistema más eficiente al disminuir los problemas de coordinación en la faena portuaria y facilitar la inversión en equipos de transferencia de carga. Estas decisiones las obligaron a solicitar un informe a la Comisión Preventiva Central, antecesora del TDLC, respecto a las condiciones generales de las bases de licitación.

no podrá exceder de diez años. Tratándose de frentes de atraque, la participación de terceros sólo se efectuará a través de concesiones portuarias. Para que proceda otorgarlas, en los puertos o terminales estatales de la Región deberá existir otro frente de atraque capaz de atender la nave de diseño de aquel frente objeto de la concesión portuaria; de lo contrario, el directorio deberá contar con un informe del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia...En este caso, las concesiones deberán realizarse en los términos que establezca el citado informe” (Art. 14°).

32. Además de solicitar el informe, las empresas portuarias adjuntaron un estudio con las condiciones generales de la licitación que en su parecer eran necesarias, en conformidad con lo dispuesto por la ley, para evitar riesgos de abuso de posición dominante.

33. Entre las condiciones se incluyeron límites a la integración horizontal¹² más bajos que los definidos en la Ley, restricciones a la integración vertical¹³, normas adicionales de transparencia, la posibilidad de imponer precios máximos e, indirectamente, normas de calidad.

34. Estas limitaciones no constituyen un impedimento para participar en las licitaciones. Sin embargo, en caso de adjudicarse la concesión, la empresa adjudicataria debe cumplir con los límites de participación mencionados, reduciendo el exceso de su participación en otros puertos dentro de los plazos determinados por el mismo dictamen para cada caso.

5. Procesos Seguidos en contra del Controlador de una Facilidad Esencial por Conductas Anticompetitivas

5.1 TDLC, Sentencia N° 29/2005 de 12.09.2005, caso “FNE contra Transbank”¹⁴

35. Esta decisión acoge el requerimiento de la FNE en cuanto a que la conducta de Transbank S.A. había sido discriminatoria por haber devuelto parte de las comisiones cobradas a emisores de tarjetas que tenían la calidad de socios suyos, devolución que no efectuó en favor del único emisor de tarjetas al que Transbank prestaba servicios y que no era socio. Al respecto el TDLC señaló que *“La devolución en cuestión discriminaba a favor de los socios de Transbank, sin que existiera justificación aparente para ello. Adicionalmente, dicha discriminación podría llegar a constituir una barrera de entrada al sistema financiero por tener Transbank, a juicio de este Tribunal, características de instalación esencial... En efecto, potenciales nuevas instituciones financieras que no fuesen admitidas como socias de Transbank, enfrentarían costos distintos a los que deben afrontar en la operación de sus tarjetas de crédito y débito aquellas entidades que sí son socias de dicha empresa”* (Considerando 27).

36. En cuanto al remedio, el TDLC aprobó el avenimiento parcial entre Transbank y la FNE que establecía que “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 la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras (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 (...)” (Vistos 8.6.)

5.2 TDLC, Sentencia N° 88/2009 de 15.10.2009, caso “OPS y otros contra Telefónica Móviles Chile (TMCH)”

37. En esta decisión, el TDLC determinó que TMCH incurrió en una práctica de discriminación arbitraria de precios que se tradujo en un estrangulamiento de los márgenes de sus competidores en la

¹² En cuanto a las restricciones a la integración horizontal de los operadores portuarios, el Dictamen dispuso que una sociedad concesionaria, sus accionistas con más de 15% del capital, derecho a voto o utilidades, directa e indirectamente, así como quienes participen con más de 15% en la propiedad u operación de puertos privados de la región, no podrán participar con más de 15% en la propiedad, derecho a voto o utilidades de una sociedad concesionaria de otro frente de atraque estatal de la misma región.

¹³ Respecto a las limitaciones a la integración vertical, dicho Dictamen estableció la categoría de “usuarios relevantes”, los que no pueden poseer en conjunto, directa o indirectamente, más del 40% de capital, derecho a voto o utilidades de la empresa concesionaria de un frente de atraque.

¹⁴ V. supra § 5-6.

prestación de servicios de terminación de llamadas fijo-móvil *on-net*, y en una práctica de negativa de venta, con el objeto de traspasar su posición dominante en la telefonía móvil al mercado conexo de prestación de servicios de terminación de llamadas fijo-móvil *on-net*.

38. Consecuentemente, el TDLC impuso las siguientes medidas:

“3) PROHIBIR a TMCH cobrar a las empresas que ofrecen el servicio de terminación de llamadas fijo-móvil on-net, precios arbitrariamente discriminatorios, respecto de los que cobra a sus demás clientes del servicio de telefonía móvil;

4) ORDENAR a Telefónica Móviles de Chile S.A. se abstenga en el futuro de realizar cualquier hecho, acto o convención que signifique discriminar en relación a las características de quien accede a sus servicios, salvo que ello se funde en circunstancias objetivas y aplicables a todo el que se encuentre en las mismas condiciones;”¹⁵

6. Facultades para Investigar y Sancionar Actos de Discriminación Realizados por el Propietario de una Instalación Esencial - Conocimientos Técnicos de las Autoridades de Competencia

39. De acuerdo al artículo 39 del DL 211 la FNE puede “a) Instruir las investigaciones que estime procedentes para comprobar las infracciones a esta ley”. A su vez, el artículo 18 del DL 211 faculta al TDLC para “Conocer, a solicitud de parte o del Fiscal Nacional Económico, las situaciones que pudieren constituir infracciones a la presente ley”; y, según el artículo 26 de la misma ley, el TDLC puede sancionarlas con multa y adoptar medidas destinadas a modificar o poner término a actos, contratos, convenios, sistemas o acuerdos contrarios a la libre competencia.

40. En cuanto a capacidad técnica, la FNE cuenta actualmente con una dotación aproximada de 88 funcionarios, organizados por una Dirección que encabeza el Servicio (formada por el Fiscal Nacional Económico y el Subfiscal Nacional), cuatro divisiones profesionales –dos de línea (Investigaciones y Litigios), una División de Estudios y una de Administración y Gestión-, un departamento (Relaciones Institucionales) y un conjunto de unidades (Contraloría Interna, Auditoría Interna y Coordinación Regional).

41. El 75% de los economistas y el 50% de los abogados de la FNE tienen estudios de postgrado (maestrías de formación general en economía, o especialización en política de competencia, maestrías o pos títulos en derecho de la competencia o derecho económico). El grado académico entrega una buena señal sobre la base teórica que manejan estos graduados y puede ser indicativo de la capacidad de dichos profesionales para llevar a cabo análisis económicos complejos. Adicionalmente, es frecuente que como parte del proceso de capacitación de personal dichos profesionales tomen cursos académicos o participen en talleres y foros internacionales especializados, como los *Workshops* de la *International Competition Network*. De esta forma, los profesionales de la FNE cuentan con una importante capacidad analítica para temas económicos y jurídicos complejos.

42. Complementando lo anterior, en determinados casos, la FNE contrata estudios externos a economistas de la plaza, que vienen a complementar sus posiciones durante litigios en materia de competencia. Estos estudios, que pasan a ser de conocimiento público una vez que la FNE los presenta

¹⁵ Números 3 y 4, Sección II de la Parte Resolutiva de la Sentencia N° 88/2009 del TDLC. El TDLC además impuso una multa a la empresa demandada. Sentencia confirmada por la Corte Suprema, Sentencia de 07.07.2010, causa Rol N° 8077/2009.

como antecedentes relevantes al expediente de la causa abierta en el TDLC, son financiados con recursos propios de la operación del Servicio, y tienen como contraparte institucional a sus profesionales.

43. Cabe hacer presente, finalmente, que todos los casos de competencia abordados en la FNE, son analizados por un equipo mixto, conformado a lo menos por un abogado y un economista.

44. Por su parte, el TDLC está compuesto por cinco miembros (Ministros), de los cuales dos, por expresa disposición de la Ley de Competencia, deben ser profesionales universitarios licenciados o con post grados en ciencias económicas. En esta misma línea, la Ley de Competencia contempla en la planta del TDLC a dos profesionales universitarios del ámbito económico que asisten a éste en el análisis de los casos. Lo anterior da cuenta del alto grado de especialización del TDLC y de su capacidad para analizar y considerar debidamente los elementos técnico-económicos de las causas que lleva.

**ANEXO: SECTORES EN QUE EXISTE UN MANDATO LEGAL
DE DAR ACCESO A INSTALACIONES ESENCIALES**

(A) Ley N° 19.940, que modificó el DFL N° 1 de 1982, Ley General de Servicios Eléctricos (LGSE)

1. El sector eléctrico en la década de los 80's fue objeto de desregulación y privatización. En los últimos 10 años se introdujo una serie de modificaciones a la legislación. El año 2004 se dictó la Ley N° 19.940, que tuvo por objeto *“Eliminar o reducir los obstáculos a la inversión en el sector, mejorar y regular la calidad de servicio y especificar o clarificar aquellos aspectos de la normativa que generaban incertidumbres o controversias entre los actores”*¹⁶.

2. Entre otras modificaciones, esta ley estableció que los sistemas de transmisión y subtransmisión constituyen un servicio público (art. 7, inc. 3°), e introdujo un nuevo Título III en la LGSE, convirtiendo el sector de la transmisión en uno enteramente regulado. Con esto se puso fin a la gran incertidumbre acerca de los precios de transmisión, anteriormente entregados a la libre negociación entre las empresas generadoras y de transmisión.

3. Al respecto, la nueva ley impone un régimen de acceso abierto a las instalaciones de los sistemas de transmisión troncal y de los sistemas de subtransmisión de cada sistema eléctrico¹⁷. El artículo 71-5 de la ley señala: *“Las instalaciones de los sistemas de transmisión troncal y de los sistemas de subtransmisión de cada sistema eléctrico están sometidas a un régimen de acceso abierto, pudiendo ser utilizadas por terceros bajo condiciones técnicas y económicas no discriminatorias entre todos los usuarios, a través del pago de la remuneración del sistema de transmisión que corresponda de acuerdo con las normas de este Título...”*.

4. Los propietarios de instalaciones de los sistemas de transmisión troncal y de los sistemas de subtransmisión no podrán negar el acceso al servicio de transporte o transmisión a ningún interesado por motivos de capacidad técnica, sin perjuicio de que, en virtud de las facultades que la ley o el reglamento le otorguen al centro de despacho económico de carga, en adelante CDEC, para la operación coordinada del sistema eléctrico, se limiten las inyecciones o retiros sin discriminar a los usuarios¹⁷.

¹⁶ MALDONADO Pedro, HERRERA Benjamín: “Sostenibilidad y seguridad de abastecimiento eléctrico: estudio de caso sobre Chile con posterioridad a la Ley 20.018”. CEPAL, Naciones Unidas, Chile 2007, p. 56.

¹⁷ El Artículo 225 letra a) de la Ley General de Servicios Eléctricos define el Sistema Eléctrico como *“Conjunto de instalaciones de centrales eléctricas generadoras, líneas de transporte, subestaciones eléctricas y líneas de distribución, interconectadas entre sí, que permite generar, transportar y distribuir energía eléctrica”*. La interacción de los segmentos de generación, transmisión y distribución da forma al mercado eléctrico chileno el que, además, se divide geográficamente en cuatro: el Sistema Interconectado del Norte Grande (SING), el Sistema Interconectado Central (SIC), el Sistema de Aysén y el Sistema de Magallanes.

(B) Ley N° 19.542, que establece Normas sobre Modernización del Sector Portuario Estatal

5. Esta ley de 1997 transformó los puertos públicos existentes en empresas estatales autónomas y las hizo parte del Sistema de Empresas Públicas SEP (organismo encargado de la supervisión y control de gestión de las empresas del Estado).

6. El objetivo de esta Ley fue que los puertos estatales se desarrollaran teniendo la posibilidad de incorporar capitales privados, al permitir que las empresas portuarias concesionaran la administración de los frentes de atraque y los terminales de los transbordadores bajo su administración. Lo anterior en atención a que la rápida expansión del comercio exterior chileno hacia insuficiente en el corto plazo la capacidad de transferencia de carga en los puertos estatales, especialmente en aquellos localizados en la zona central, donde por razones geográficas la posibilidad de desarrollar nuevos puertos es muy restringida¹⁸.

7. Ley 19.542 contiene varias disposiciones relativas al resguardo de la competencia y a la prestación de servicios portuarios en condiciones no discriminatorias. Las disposiciones relevantes son las siguientes:

- Art. 14, inciso 4°: “El concesionario, por el solo ministerio de la ley, quedará obligado a destinar los bienes concesionados a la atención de naves y movilización de carga, mantenerlos adecuadamente, dar servicio y establecer tarifas públicas en condiciones no discriminatorias”.
- Art. 21. Todos los servicios portuarios que presten las empresas, aun cuando sean a favor del Fisco, municipalidades u otros organismos de la Administración del Estado, deberán ser remunerados según las tarifas vigentes, las que serán públicas y no podrán contener discriminaciones arbitrarias.

Sin perjuicio de las atribuciones que les correspondan a las empresas en el ejercicio de sus funciones, cuando éstas presten servicios o exploten frentes de atraque, no podrán celebrar o ejecutar hechos, actos o contratos que afecten la libre competencia.

- Art. 22. Cada empresa deberá contar con un reglamento interno de uso de frentes de atraque para cada puerto de su competencia, el que será propuesto por ella al Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones para su aprobación, rechazo o modificación.

Este reglamento se publicará en el Diario Oficial, deberá conformarse a criterios técnicos objetivos y no discriminatorios, propenderá a un uso eficiente de la infraestructura portuaria y a un desarrollo armónico de la actividad, y garantizará el derecho a la libre elección de los usuarios respecto de los servicios que se presten en los frentes de atraque y la autonomía de los particulares que ejercen funciones dentro de los mismos, limitándose a lo indispensable para su buen funcionamiento. El referido reglamento formará parte integrante de las bases de toda licitación de frentes de atraque.

¹⁸

“Luego los puertos, por razones geográficas, son una facilidad esencial en el transporte de carga marítima. Más aún, son una actividad esencial para la economía, dada la importancia que tiene el comercio exterior en el desarrollo del país y la preponderancia del transporte marítimo. Por esta razón, los servicios portuarios pueden transformarse en un instrumento para obtener ventajas competitivas en otros negocios.”
Pablo Serra- Las Facilidades esenciales en la doctrina de los organismos de competencia chilenos.

(C) Ley General de Telecomunicaciones N° 18.168

8. Los criterios introducidos por la Comisión Resolutiva a comienzos de los años 90's fueron posteriormente incorporados en la legislación y forman parte del marco normativo que rige en el sector de telecomunicaciones. En este sentido, el art. 24 bis de dicha ley, establece:

- El concesionario de servicio público telefónico deberá ofrecer, dar y proporcionar a todo concesionario de servicios intermedios que provea servicios de larga distancia, igual clase de accesos o conexiones a la red telefónica. Asimismo, no podrá discriminar entre otros, en modo alguno, especialmente, respecto de la calidad, extensión, plazo, valor y precio de los servicios que les preste con motivo o en razón del acceso o uso del sistema multiportador.
- El concesionario de servicio público telefónico deberá ofrecer, dar y proporcionar a todos los concesionarios de servicios intermedios que presten servicios de larga distancia, en igualdad de condiciones económicas, comerciales, técnicas y de información, las facilidades que sean necesarias para establecer y operar el sistema de multiportador contratado.

9. El art. 25, por su parte, se refiere a la obligación de aceptar interconexiones con el objeto de permitir las comunicaciones.

10. Recientemente, la Ley N° 20.453 de 2010, que modificó la Ley General de Telecomunicaciones (LGT), introdujo criterios de neutralidad en el uso de la red para consumidores y usuarios de internet. En este sentido, el art. 24 h) de la LGT, hoy establece:

- Las concesionarias de servicio público de telecomunicaciones que presten servicio a los proveedores de acceso a Internet y también estos últimos [...] : a) No podrán arbitrariamente bloquear, interferir, discriminar, entorpecer ni restringir el derecho de cualquier usuario de Internet para utilizar, enviar, recibir u ofrecer cualquier contenido, aplicación o servicio legal a través de Internet, así como cualquier otro tipo de actividad o uso legal realizado a través de la red. En este sentido, deberán ofrecer a cada usuario un servicio de acceso a Internet o de conectividad al proveedor de acceso a Internet, según corresponda, que no distinga arbitrariamente contenidos, aplicaciones o servicios, basados en la fuente de origen o propiedad de éstos, habida cuenta de las distintas configuraciones de la conexión a Internet según el contrato vigente con los usuarios. Con todo, los concesionarios de servicio público de telecomunicaciones y los proveedores de acceso a Internet podrán tomar las medidas o acciones necesarias para la gestión de tráfico y administración de red, en el exclusivo ámbito de la actividad que les ha sido autorizada, siempre que ello no tenga por objeto realizar acciones que afecten o puedan afectar la libre competencia.

(D) Reglamento sobre concesiones provisionales y definitivas para la distribución y el transporte de gas. Decreto Supremo 263 Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción

11. Las disposiciones relevantes de este reglamento son las siguientes:

- Artículo 3. Las empresas interesadas en prestar servicios público de distribución de gas en una zona geográfica determinada, deberán contar con una concesión definitiva de distribución de gas que las autorizará para prestar tales servicios y para construir, mantener y explorar la red de distribución de gas respectiva en dicha zona geográfica.
- Artículo 11. Los concesionarios de transporte deberán operar bajo el sistema de "acceso abierto". Se entenderá por "acceso abierto" el ofrecimiento que las empresas concesionarias de transporte de gas realicen de sus servicios de transporte en igualdad de condiciones económicas, comerciales, técnicas y de información respecto a su capacidad de transporte disponible.