



Enero | 211
2011

Serie Informe

ECONÓMICO

Facilidades Esenciales y su Análisis a la Luz de la Jurisprudencia Chilena *

**Susana Jiménez S.
Paulina Concha M.**

ISSN 0717-1536

*** Este trabajo fue publicado en la revista Anales de Derecho UC: Temas de Libre Competencia (2010).**

Susana Jiménez S. es ingeniero comercial y magíster en Economía de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Magíster en Humanidades, Universidad del Desarrollo. Actualmente es economista senior de Libertad y Desarrollo.

Paulina Concha M. es ingeniero comercial de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Diplomada en Libre Competencia, PUC. Jefe de Gabinete de la Unidad de Curriculum y Evaluaciones MINEDUC.

Las autoras agradecen los valiosos comentarios del Sr. Carlos Concha, profesor titular de Derecho Comercial y de Derecho de la Competencia, Facultad de Derecho, PUC. Profesor titular de Legislación Económica de la Facultad de Economía y Ciencias Administrativas, PUC. Miembro del Centro de Libre Competencia, PUC. Socio del Estudio de Abogados Ortúzar, Águila & Concha.

Indice

Resumen Ejecutivo	5
1. Introducción	7
2. Aspectos teóricos de la doctrina de Facilidades Esenciales	10
3. Doctrina de Facilidades Esenciales y jurisprudencia chilena	22
4. Conclusiones	35
5. Bibliografía	38

Resumen Ejecutivo

Las imperfecciones en el funcionamiento del mercado conspiran contra el uso eficiente de los recursos escasos y ello, en consecuencia, plantea bajo qué condiciones la intervención del Estado, ya sea por la vía legislativa, administrativa o judicial, puede contribuir a mejorar la eficiencia económica.

Es precisamente en este contexto donde se plantea la “doctrina de las facilidades o instalaciones esenciales”, conforme a la cual es posible alcanzar una mejoría en la asignación de los recursos si se impone al propietario de la facilidad o instalación la obligación de contratar. Así, si bien la autonomía privada y la libertad contractual deben ceder para que se realicen transacciones forzadas por el Estado, se logra una mayor eficiencia que beneficia a la sociedad.

La ciencia económica y el derecho de la libre competencia han elaborado las condiciones bajo las cuales el derecho absoluto de dominio debe ceder frente a la conveniencia de que un tercero acceda a usar un determinado bien productivo para ejercer su actividad económica, incluso en competencia con el monopolista.

En el caso de Chile, la doctrina de las instalaciones esenciales no se encuentra desarrollada en ninguna norma expresa de la legislación; pero se le ha hecho lugar en la norma general que sanciona la infracción a la libre competencia de quien ejecuta una conducta (en este caso, la negativa a contratar) que tienda a impedir o restringir la libre competencia y en la norma que sanciona el abuso de posición dominante.

Pese a no existir una definición explícita, los requisitos implícitos para la aplicación de la doctrina de facilidades esenciales en la legislación chilena son claros; debe existir una facilidad esencial, no replicable a un costo razonable, en poder exclusivo de un operador que compite con otros competidores en mercados colindantes o conexos. Para garantizar el acceso a tal facilidad se impone una obligación de proporcionar acceso en condiciones razonables y no discriminatorias, lo cual solo es evitable en la medida que exista una justificación objetiva y razonable para oponerse al uso de la facilidad.

A partir de tales normas, esta doctrina se ha aplicado en una serie de casos, que comprenden, entre otros, las frecuencias aéreas, espectros radioeléctricos, redes de telefonía, puertos, tanques de oxígeno medicinal, segmentos de transmisión de energía eléctrica, etc.

Este estudio presenta un breve análisis de la aplicación de la doctrina de facilidades esenciales en la jurisprudencia chilena. Los casos presentados – donde se hace referencia exclusivamente a lo que dice relación con la condición de facilidad esencial– constituyen, entre otros, los más emblemáticos en materia de la aplicación de esta doctrina, lo que permite extraer algunas conclusiones relevantes.

De este análisis se desprende que la aplicación de la doctrina de facilidades esenciales ha contribuido al esfuerzo de compatibilizar los beneficios que se pretenden obtener para la comunidad a través del derecho de propiedad y los beneficios de una mayor competencia. Sin embargo, su aplicación práctica en Chile no ha estado exenta de controversia, en virtud de los riesgos y parcialidades que suelen surgir de ella. En efecto, pese a la general aceptación de estos principios, los problemas inherentes al proceso de declarar una facilidad como esencial y establecer las condiciones de acceso al mismo, sumado a la progresiva extensión del concepto, hacen de esta doctrina un elemento necesario, pero de riesgo a la hora de ser aplicado.

La jurisprudencia presentada no permite extraer conclusiones definitivas en cuanto al tratamiento que dará la autoridad a los distintos casos en el futuro. Esto, por cuanto los casos analizados han sido juzgados con enfoques disímiles y a la luz de un contexto tecnológico distinto para cada sector. Sin embargo, el patrón común ha sido un actuar apropiado a la función del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC), cual es la promoción de la libre competencia en el mercado relevante del producto o servicio final, siendo más o menos asertivo en unos casos que en otros.



Facilidades Esenciales y su Análisis a la Luz de la Jurisprudencia Chilena

1. Introducción

La relevancia que adquiere la definición de *facilidad o instalación esencial* para la regulación sectorial y la libre competencia son las materias que aborda este capítulo.

En un sentido estricto, la libre competencia solo puede darse en un contexto de pleno respeto a la autonomía privada y a sus expresiones jurídicas, tales como la libertad de trabajo y el libre ejercicio de actividades económicas, el libre acceso al dominio de toda clase de bienes y la inviolabilidad de la propiedad y la libertad de asociación para la producción de bienes y servicios.

Una de las expresiones de la autonomía privada es la autonomía de la voluntad y la libertad contractual, pues al fin y al cabo, el mercado, eje sobre el cual discurre la libre competencia, supone la libertad de celebrar contratos de intercambio de bienes o servicios, de manera que por medio de contratos libres e informados cada agente económico pueda mejorar su satisfacción en el consumo y la eficiencia productiva en su actividad económica.

En el extremo, y salvo que se den condiciones de “fallas en el mercado”, el libre funcionamiento de los mercados permite llevar adelante operaciones de intercambio que beneficien a los involucrados (sin que nadie se vea perjudicado), es decir, hasta el punto en que ninguna otra transacción es posible sin que alguna de las partes pierda. Desde el punto de vista de la teoría del bienestar, el óptimo se logra cuando ninguna transacción es posible sin menoscabar el bienestar de un agente económico. Mientras sea posible una transacción en que todos los intervinientes en un intercambio voluntario ganen, o que uno de ellos gane sin que el otro pierda, dicha transacción debería realizarse. En tales condiciones se obtiene el Óptimo de Pareto y los recursos escasos estarían siendo utilizados eficientemente; la economía estaría funcionando en el límite de sus posibilidades de producción y la sociedad estaría alzando las mayores condiciones de bienestar dada la tecnología y recursos productivos disponibles.

Las imperfecciones en el funcionamiento del mercado conspiran contra el uso eficiente de los recursos escasos y ello, en consecuencia, plantea bajo qué condiciones la intervención del Estado, ya sea por la vía legislativa, administrativa o judicial, puede contribuir a mejorar la eficiencia económica. Dicha intervención del Estado conlleva, por su propia definición, abandonar el Óptimo de Pareto, desde el momento en que las normas legales son, por definición, reglas que imponen restricciones a la libertad humana y, en este contexto, a que las transacciones se realicen en forma totalmente libre.

Es en el contexto de fallas del mercado donde se plantea la “doctrina de las facilidades o instalaciones esenciales”, conforme a la cual es posible alcanzar una mejoría en la asignación de los recursos si se impone la obligación de contratar, esto es, donde la autonomía privada y la libertad contractual deben ceder para que se realicen transacciones forzadas por el Estado. Ello supone, necesariamente, abandonar el presupuesto básico de la ciencia económica, cual es que, el economista, en cuanto tal, no puede formular juicios acerca de si prefiere la satisfacción de ciertos agentes económicos por sobre la de otros. Sin embargo, mientras el economista en su calidad de tal no puede decidir tales opciones, porque su ciencia no le proporciona herramientas para ello, es inherente al derecho tomar decisiones ante tales opciones, considerando que, también por definición, las normas imperativas propias del derecho son de eficacia limitada.

El caso más evidente en que se ha considerado que una norma jurídica puede mejorar la asignación de recursos escasos se produce en el evento de existir capacidad ociosa de los medios de producción, lo que ha justificado muchas veces la intervención del Estado.

¿Cuáles son las condiciones en que la ciencia del derecho considera que puede abandonar el principio que las transacciones deben ser libres para que la sociedad como un conjunto incremente su bienestar? Una de ellas es el caso de las fallas en el mercado; pero no cualquier falla en el mercado justifica la dictación de una norma obligatoria, que suprima o limite las transacciones libres, precisamente porque las normas, aun suponiendo que sean justas, tienen eficacia limitada.

El caso más evidente en que se ha considerado que una norma jurídica puede mejorar la asignación de recursos escasos se produce en el evento de existir capacidad ociosa de los medios de producción, lo que ha justificado muchas veces la intervención del Estado. Entre tales casos evidentes se erige como el más relevante aquel en que un monopolista detenta un bien productivo con capacidad ociosa y en que tiene incentivos para no contratar sobre tal capacidad, dando acceso remunerado a quien está dispuesto a

pagar por ella. Esto, en razón de que el valor presente de las utilidades que puede obtener al transar dicha capacidad ociosa es menor que el valor presente de las rentas económicas que puede obtener de la conservación de su posición monopólica. En tal caso, el monopolista tendrá incentivos para negarse a transar dicha capacidad ociosa, negándose a contratar sobre ella, sea para evitar la competencia en el mercado en que opera, conservando el monopolio, o para excluir o limitar la competencia en un mercado adyacente en que el monopolista actúa a la vez como proveedor de un insumo y usuario del mismo en competencia con otros productores.

¿Cómo habrá de resolverse en tal caso la tensión existente entre la concepción clásica del derecho de dominio (que incluye los bienes productivos que se poseen en calidad de monopolista de ellos) y el interés de terceros de acceder al uso del bien productivo sobre el cual se tiene un monopolio?

La ciencia económica y el derecho de la libre competencia han elaborado las condiciones bajo las cuales el derecho absoluto de dominio debe ceder frente a la conveniencia de que un tercero acceda a usar tal bien productivo para ejercer su actividad económica, incluso en competencia con el monopolista.

La obligación de contratar sobre una instalación esencial la puede imponer el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia; pero hay casos de monopolios naturales en que la obligación de contratar viene impuesta directamente por la ley y en la cual el precio es regulado por la autoridad administrativa (Poder Ejecutivo).

Las líneas de transmisión eléctrica, los oleoductos, las frecuencias aéreas, los puertos, las líneas de telecomunicaciones fijas, las frecuencias radioeléctricas y otros activos tienen como denominador común el que representan insumos esenciales para la generación de servicios o productos finales. En no pocas ocasiones, la necesidad de contar con estos activos ha derivado en disputas judiciales, en las que los agentes económicos han presionado para asegurar su acceso al insumo en condiciones razonables y no discriminatorias, enfrentándose al reclamo de vulnerabilidad de derechos de quienes ostentan la propiedad de dichos activos.

La discusión actualmente vigente en torno a la eventual obligatoriedad de colocación de las antenas celulares existentes ha reabierto el tema de la necesidad de compartir insumos escasos y de difícil duplicación (en este caso, por problema urbanísticos) para aumentar la competitividad en el

servicio final (la telefonía móvil). Establecer la colocación obligatoria constituiría, de hecho, una señal de que esta sería la única forma de entrar al mercado y que, por lo tanto, las antenas existentes constituirían una infraestructura esencial para la competencia en el mercado final, implicando consecuencias no menores para la industria.

2. Aspectos teóricos de la doctrina de Facilidades Esenciales

La doctrina de las facilidades o instalaciones esenciales no se plantea en el mercado de bienes finales al consumidor, sino en el mercado de factores de la producción, especialmente en el de factores distintos al trabajo (aunque existen expresiones de esta doctrina que se aplican al mercado laboral).

Existen activos tangibles o intangibles respecto a los cuales el acceso resulta indispensable para poder realizar una actividad económica, pero que son detentados, en forma exclusiva, por un productor. Así, otros interesados en producir un determinado bien o servicio, usando tales activos, quedarían inhibidos de hacerlo si el productor que los detenta ejerce la plenitud del derecho de dominio en su concepción clásica, que le confiere el derecho a usar, gozar y disponer del bien sobre el que recae en forma exclusiva y excluyente, salvo que vaya contra ley o contra derecho ajeno.

La doctrina de las facilidades o instalaciones esenciales se erige como una limitación al derecho absoluto de dominio, y construye las condiciones bajo las cuales el bienestar social – ya no bajo la concepción “paretiana” – puede mejorar, en el caso que, frente a la negativa del monopolista a contratar sobre el uso del bien productivo que detenta, obliga a dicho monopolista a contratar.

En las condiciones de la doctrina de las facilidades esenciales tal negativa a contratar se transforma en un abuso de posición monopólica, frente a la cual se considera admisible dictar una regla que obligue al monopolista a dar acceso a tal bien productivo, obviamente en forma remunerada.

Bajo las condiciones que establece la doctrina de las facilidades esenciales, la negativa a contratar por quien detenta un bien de capital en condiciones de monopolio se puede constituir en una restricción horizontal a la competencia, si el monopolista no da acceso a tal bien a un competidor (en

La discusión actualmente vigente en torno a la eventual obligatoriedad de colocación de las antenas celulares existentes ha reabierto el tema de la necesidad de compartir insumos escasos y de difícil duplicación (en este caso, por problema urbanísticos) para aumentar la competitividad en el servicio final (la telefonía móvil)

el mismo mercado relevante); pero también se puede constituir en una restricción vertical si el monopolista no da acceso a tal bien de capital a un productor que opera o pretende operar en un mercado adyacente en que la instalación facilidad es un insumo. En tales circunstancias el monopolista que arbitrariamente se niega contratar, puede ser obligado a ello, removiéndose así la práctica exclusoria con efectos horizontales o verticales.

Lo anterior se conoce como la “doctrina de facilidades esenciales”, que pese a sus múltiples significados en los distintos regímenes legales¹, establece las condiciones bajo las cuales resulta económicamente eficiente y jurídicamente justo conferir *acceso obligatorio al uso de un bien de capital para aquellos que de otro modo no tendrían acceso*. Es decir, la doctrina especifica cuándo el propietario de un bien que constituye una facilidad esencial debe proveer por mandato jurídico el acceso a ese bien, a precios razonables (sobre esto último, volveremos más adelante).

En su origen la doctrina surgió respecto de bienes físicos de capital: de allí su nombre de facilidades o instalaciones esenciales; pero en la modernidad se ha extendido a otros bienes de capital, e incluso a bienes intangibles y a la propiedad industrial que ampara el monopolio sobre las invenciones.

La doctrina de facilidades esenciales surgió en la jurisprudencia americana hace más de un siglo, pero fue en el caso *MCI Communication Corp. v. AT&T* (1983) donde se explicitaron cuatro factores que se consideran necesarios para establecer la obligación de contratar.

Actualmente tales condiciones son las siguientes, a saber, (i) el monopolista controla el acceso a la facilidad esencial; (ii) la facilidad no tiene un sustituto y no es posible duplicarla en términos económicamente eficientes; (iii) el monopolista niega al interesado el acceso a la facilidad esencial, pudiendo el interesado ser un competidor o un actor de un mercado adyacente en que tal facilidad es también un insumo; (iv) la facilidad o instalación tiene capacidad ociosa; y (v) es factible, técnica y comercialmente, proporcionar el acceso a la facilidad al competidor sin detrimento de la actividad productiva del monopolista.

La conjunción de estos factores ha llevado a la autoridad americana en numerosos casos a obligar al monopolista a dar acceso a la facilidad esencial a otros productores e incluso a sus competidores, en términos

¹ Las variaciones en la legislación internacional guardan relación con el tipo de facilidad, propiedad y estructura de mercado a la cual se aplica la doctrina y a quién decide la denominación de esencial de la facilidad.

justos y razonables, en virtud de lo que ha considerado una restricción ilegal y un intento de monopolización.

En el caso de la Unión Europea, la Comisión Europea de Competencia también ha reconocido explícitamente el término y ha multado a compañías que han negado el acceso a sus facilidades esenciales a sus competidores.

En la jurisprudencia también se ha hecho alusión a la obligación que tendrían las empresas dominantes de justificar cualquier negativa de venta y a que el acceso a las facilidades esenciales debe ofrecerse bajo condiciones no discriminatorias.

En Chile, la doctrina de las instalaciones esenciales no se encuentra desarrollada en ninguna norma expresa de la legislación; pero se le ha hecho lugar en la norma general de que incurre en infracción a la libre competencia quien ejecuta una conducta (en este caso, la negativa a contratar) que tienda a impedir o restringir la libre competencia y en la norma que sanciona el abuso de posición dominante.

A partir de tales normas, esta doctrina se ha aplicado en una serie de casos, que comprenden, entre otros, las frecuencias aéreas, espectros radioeléctricos, redes de telefonía, puertos, tanques de oxígeno medicinal, segmentos de transmisión de energía eléctrica, etc.

La aplicación de la doctrina de facilidades esenciales ha sido, por tanto, una realidad en la jurisprudencia chilena y, tal como ocurre también a nivel internacional, los límites a su aplicación aún no son claros, como en muchos casos de abuso de posición dominante.

Existe consenso, en todo caso, de las características propias de facilidades esenciales, definición que ha estado implícita en los fallos de los Tribunales de nuestro país que dicen relación con este concepto. En particular, se entiende por facilidad esencial aquel que cumple las siguientes condiciones: (i) es una cosa ajena, generalmente corporal; (ii) es un bien intermedio; (iii) es un insumo esencial (no deben haber sustitutos y, si es que los hubiera, debe analizarse el grado de sustituibilidad); (iv) es un insumo esencial irreplicable; y (v) es un monopolio (en el mercado de los factores).

Existe sobre las facilidades esenciales un derecho de dominio. El derecho de dominio clásico confiere al titular un derecho exclusivo y excluyente a usar, gozar y disponer libremente de la cosa, siempre que no vaya contra ley o

La doctrina de las instalaciones esenciales no se encuentra desarrollada en ninguna norma expresa de la legislación en Chile pero se ha aplicado en una serie de casos, que comprenden, entre otros, las frecuencias aéreas, espectros radioeléctricos, redes de telefonía, puertos, tanques de oxígeno medicinal, segmentos de transmisión de energía eléctrica, etc.

contra derecho ajeno. Lo anterior significa, entre otros, que el dueño de una cosa tiene la facultad libre y arbitraria de celebrar o no contratos sobre ella, para conferir a otra el uso o goce de esta cosa. Significa también que el dueño de una cosa no puede ser forzado a disponer de ella.

La Constitución Política garantiza el derecho de dominio en dos aspectos: el libre acceso a la propiedad y la inviolabilidad de la propiedad. El derecho de acceder al dominio de toda clase de bienes es regulado por ley y solo la ley puede establecer los modos de adquirir el dominio. Por su parte, el derecho a la inviolabilidad consiste en que nadie puede ser privado de ella o de sus facultades esenciales (derecho de uso, goce o disposición). Para efectuar dicha privación se requiere de un acto expropiatorio, que solo puede ser autorizado por ley, que califique el bien como de utilidad pública y siempre que se pague el valor equivalente a su valor comercial.

La Constitución prevé, en consecuencia, que se pueda establecer por ley limitaciones al derecho de dominio, por causas de interés público. Aplicando lo anterior a los bienes intermedios, significa que el propietario tiene sobre ellos el derecho exclusivo y excluyente de usar, gozar y disponer del bien, libre y arbitrariamente, *siempre que no vaya contra ley o contra derecho ajeno*².

Ahora bien, la concepción clásica ha tenido dos evoluciones (una transitoria y otra más permanente) que han conducido hacia la socialización del derecho de propiedad. La primera de ellas, dice relación con la “propiedad-función”.

En el derecho clásico la propiedad es un derecho real “subjeto”, esto es, mira a la satisfacción de un interés privado del dueño.

En el régimen nacional socialista se concibe la propiedad privada no como un derecho subjetivo, sino como un derecho-función, de modo que no mira el interés del dueño, sino el de la comunidad, la sociedad, el Estado. Si bien se reconoce como propiedad privada la del dueño particular, lo es para satisfacer un interés común y no uno particular. La propiedad-función se reconoce como alternativa a la expropiación del Estado; es decir, el Estado en vez de expropiar, establece que los particulares no tienen un derecho subjetivo inviolable, sino un derecho-función que mira el interés del Estado,

² El derecho clásico ha reconocido ciertas limitaciones legales al derecho de dominio sobre bienes intermedios, como, por ejemplo, la servidumbre legal de tránsito y la servidumbre legal de acueducto. Cabe señalar que en el derecho civil la servidumbre fue un anticipo a la ley de facilidades esenciales.

quien usa el derecho-función como una forma eficiente de promover el bien común. Esta concepción es fruto de la economía de guerra, donde la empresa es una organización privada para la satisfacción de un interés general³.

La teoría de la propiedad-función fue “efímera” y actualmente las restricciones a la propiedad se fundamentan en la utilidad pública que faculta a la expropiación por causa de utilidad pública, autorizado por ley⁴ (socialización de la propiedad).

La teoría de facilidades esenciales surge como una expresión del reconocimiento, no solo frente a la ley, sino también ante el Poder Judicial, a la facultad de establecer restricciones al derecho clásico de propiedad que otorga el derecho exclusivo y excluyente a usar de una cosa, en este caso, un bien intermedio esencial para el ejercicio de una actividad económica. La restricción se manifiesta en que, bajo “determinadas circunstancias”, debería por ley o por contrato forzoso imponerse al dueño la obligación de conferir el uso remunerado de un bien intermedio, para ser posible una actividad económica, incluso de un competidor del dueño.

En consecuencia, si el bien intermedio es único (el titular es un monopolista, es decir, es el único participante en el mercado de este bien intermedio, sin que existan sustitutos próximos); irreplicable (ya sea física o económicamente); necesario para el ejercicio de una actividad económica ajena; y no está siendo ocupado plenamente por el dueño (existe capacidad ociosa); el juez podría forzar al dueño a conceder el uso del bien a un tercero (incluso competidor) para el ejercicio de una actividad económica.

Es importante señalar que no existiendo capacidad ociosa, se prefiere el derecho del dueño por sobre el uso de la cosa. Sin embargo, si hay capacidad ociosa, se considera ilegal que el dueño se niegue a contratar sobre ella y se confiere al juez la facultad de imponer un contrato forzoso,

La teoría de facilidades esenciales surge como una expresión del reconocimiento, no solo frente a la ley, sino también ante el Poder Judicial, a la facultad de establecer restricciones al derecho clásico de propiedad que otorga el derecho exclusivo y excluyente a usar de una cosa, en este caso, un bien intermedio esencial para el ejercicio de una actividad económica.

³ En la Segunda Guerra Mundial, las fábricas metal mecánicas fueron declaradas facilidad esencial para la construcción de tanques.

⁴ El poder judicial no puede expropiar, sino sólo controlar que las expropiaciones se realicen conforme a la ley.

oneroso y no gratuito. Esta capacidad ociosa puede ser temporal o permanente, por ende, el contrato forzoso puede tener mayor o menor duración. Se considera que, existiendo capacidad ociosa, la negativa a contratar es un “abuso”, es decir, un uso desviado del derecho de dominio. Esto, por cuanto, habiendo capacidad ociosa, va en el propio interés de su dueño el rentabilizar el activo y, por tanto, no hacerlo solo tendría por objeto impedir una actividad económica ajena. En consecuencia, cuando el tercero es un competidor, la negativa a contratar se considera como un abuso de posición dominante; una práctica exclusoria o depredatoria que solo busca conservar o incrementar su posición de dominio. Dicha conservación o aumento de poder de mercado se consideran contrarios a la libre competencia, particularmente si se estima que el bien jurídico protegido es la eficiente asignación de recursos⁵.

En síntesis, la doctrina de facilidad esencial reviste gran importancia del punto de vista tanto económico como jurídico. Básicamente, existen dos valores en juego; el derecho de propiedad y el derecho a realizar una actividad económica libremente, ambos derechos garantizados constitucionalmente. En la concepción clásica del derecho de propiedad, donde este derecho es exclusivo y excluyente, ni siquiera se pensó que una ley como la de la libre competencia, podría generar una limitación al derecho de dominio, al constituir una facilidad esencial para competir por parte del competidor. Sin embargo, la teoría de las facilidades esenciales se fundamenta en un pilar económico-jurídico más amplio.

Específicamente, la teoría de la libre competencia descansa en un sistema económico basado en el predominio de la propiedad privada de los medios de producción (la apropiabilidad de bienes es el incentivo que pone en marcha el sistema de mercado). La inviolabilidad de la propiedad es un derecho asegurado en la Constitución y es una expresión de la libertad humana. A su vez, se ha consagrado expresamente en la Constitución, que se garantiza la libertad de ejercer cualquiera actividad económica. En buena medida, esto implica el derecho a competir.

La doctrina de facilidades esenciales se presenta cuando, abandonando la concepción de derecho de propiedad como un derecho absoluto (derecho clásico), se intenta armonizar el derecho de propiedad (usar, gozar, etc.) con el libre ejercicio de la actividad económica y el derecho a competir. Entonces,

⁵ Si los recursos en una economía son escasos para operar en la frontera de posibilidades de producción no debe haber desaprovechamiento de recursos escasos. Entonces, se considera que una sentencia que establezca la obligación de contratar promueve la eficiencia asignativa al hacer un mejor uso de un recurso escaso.

se intenta diseñar una concepción económica jurídica que permita esta armonización, la cual se aleja del paradigma fundamental de la teoría clásica del bienestar y de la concepción que esta tiene del derecho de dominio.

En efecto, la teoría de facilidades esenciales no solo significa abandonar el derecho clásico de propiedad, al limitar el carácter de exclusivo y excluyente del bien, sino también implica transgredir la teoría del Óptimo de Pareto⁶. Esto, por cuanto, con el objeto de promover un mejor uso de los recursos escasos (concepción del bien común) a través de la libertad de competir, se invade el derecho de dominio de otras personas.

La doctrina de facilidades esenciales constituye, por tanto, un esfuerzo de compatibilizar los beneficios que se pretenden obtener para la comunidad a través del derecho de propiedad y los beneficios de una mayor competencia.

Por ejemplo, cuando se establece que un requisito para exigir el acceso a terceros a una facilidad esencial es que exista capacidad ociosa, se está suponiendo que el dueño no tiene un detrimento en su posición si es obligado a contratar, dado que la negativa a contratar se basa en la exclusión del competidor o en la disminución de la actividad económica del competidor.

Mirado así, se podría pensar que la doctrina de facilidades esenciales puede aproximarse a un Óptimo de Pareto, en el corto plazo. Sin embargo, puede no ser así en el largo plazo, en razón de que, a pesar que la contratación forzada da derecho a un precio, la negativa racional a contratar solo puede estar basada en que el valor presente de las utilidades futuras del monopolista son mayores a las utilidades derivadas del contrato forzoso. Por lo tanto, bajo la teoría de facilidades esenciales, existe un detrimento para el monopolista, por lo que no se cumple el Óptimo de Pareto.

Ahora bien, la teoría de facilidades esenciales (supuesto de utilidad pública) impone un contrato forzoso y no una expropiación donde el monopolista puede cobrar un precio. El contrato forzoso no es gratuito, sino remunerado, y las partes deben negociar un precio.

La doctrina de facilidades esenciales se presenta cuando, abandonando la concepción de derecho de propiedad como un derecho absoluto (derecho clásico), se intenta armonizar el derecho de propiedad (usar, gozar, etc.) con el libre ejercicio de la actividad económica y el derecho a competir.

⁶ El Óptimo de Pareto representa un equilibrio donde ningún actor puede mejorar su situación sin empeorar la del otro. Un equilibrio fuera del Óptimo de Pareto significa que podrían producirse cambios que aumentarían (o, al menos, no disminuirían) el bienestar de todos.

No hay inconvenientes en que el monopolista cobre la máxima disposición a pagar del interesado, expresado en su curva de demanda. Se permite cobrar la máxima disposición a pagar del interesado porque, de lo contrario, se estaría sancionando el monopolio *per se*, siendo legítimo que el monopolista pueda maximizar su utilidad de corto plazo. El problema que se presenta es el de negociar un precio, lo que se puede transformar en un problema práctico no menor.

En efecto, el TDLC impone un contrato forzoso que obliga a dar acceso a la instalación esencial, pero no tiene facultad para fijar precio y, por ende, la negociación puede ser entregada a las partes.

El problema se da cuando el monopolista, con el fin de excluir la competencia, intenta cobrar un precio que, de hecho, implique una negativa a contratar. En este contexto, surge la interrogante de cómo determinar el justo precio que permita al monopolista rentabilizar su inversión ociosa y al interesado ofrecer un precio de acuerdo a su disposición a pagar⁷.

La contratación forzosa dictaminada por el Tribunal tiene, por lo tanto, el costo y el riesgo asociado de no dejar establecida (porque no está dentro de las facultades del TDLC) la indemnización que corresponde pagar al propietario de la instalación esencial, dejando que el precio sea determinado entre las partes, con todas las dificultades que ello conlleva, especialmente si ambas partes tienen poder de mercado, y en el extremo, si existe un monopolio bilateral; por ejemplo, si por un lado existe una facilidad esencial, y por el otro, el demandante del uso de ella es el único interesado.

Ahora bien, aun cuando el Tribunal estuviera facultado para establecer el precio e imponerlo al titular de la instalación o facilidad esencial, es indudable que resulta muy difícil determinar el precio al cual se debiera realizar la contratación.

Tal dificultad se refleja en la propia negociación entre las partes, quienes en no pocas ocasiones acuden al TDLC en respuesta a su incapacidad de acordar un precio justo por el uso de la instalación, lo que se traduce en ocasiones en un mal uso del TDLC como herramienta de negociación. Cabe preguntarse, de hecho, qué incentivo podría tener el dueño de la facilidad o instalación esencial para negar el acceso a ella, si quien solicita el acceso

⁷ Para inferir este precio se debe evaluar el proyecto, lo que incluye traer a valor presente los flujos futuros netos de la actividad del interesado, descontado a una tasa de interés ajustada por riesgo. Sobre la base de ello, se introduce como variable el precio de uso de la instalación esencial, donde la máxima disposición a pagar es aquel precio en que la entrada a la actividad sigue siendo económicamente rentable.

está dispuesto a pagar el justo precio por el uso. El problema radica, precisamente, en definir aquel nivel que representa el precio justo.

En este sentido, resulta importante señalar que no se puede simplemente invocar como criterio para dar con el justo precio los costos implícitos en la instalación esencial. La justificación de los precios justos solo por los costos de producción ha sido ya largamente abandonada, dando paso a la teoría subjetiva del valor. En esta se reconoce que inciden en el valor o justo precio no solo los costos, sino otros factores, entre los que se destacan los aspectos del ámbito subjetivo, como son las preferencias y disposiciones a pagar de los consumidores.

Lo anterior no es una invención de los economistas. Hace ya mucho tiempo que la evolución de las ciencias morales abandonaron la doctrina de que eran los costos y gastos los que determinaban el valor y el justo precio de los bienes y servicios, y pasaron a considerar su valor de uso, su escasez y la satisfacción subjetiva que su uso proporciona a los consumidores, expresada en la disposición a pagar por diversas cantidades de ellos. En otras palabras, la demanda tiene una incidencia directa en la determinación de los precios. En tal corriente se inscribieron pensadores de todos los tiempos, desde Aristóteles⁸ hasta los economistas clásicos y neoclásicos, que configuraron definitivamente la teoría subjetiva del valor aceptada por los economistas modernos.

De particular relevancia, en el contexto de las instalaciones esenciales, resulta destacar la importancia que los moralistas han dado a la escasez como explicativa del valor. El ejemplo típico es el de Bernardino de Siena, cuando expresa que *“en los lugares donde el agua abunda, los hombres valoran más el oro que el agua; pero en los lugares donde el agua escasea, los hombres lo valoran más que el oro.”*⁹ Aplicando aquello, en el supuesto de ser tan escasa la facilidad esencial para desarrollar una actividad económica, quedaría justificado un alto precio para permitir el acceso a esta.

En relación a lo anterior, cabe repetir que si el propietario de la instalación esencial dispone de capacidad ociosa, podría cobrar la máxima disposición a pagar del demandante. En efecto, jurídicamente resulta forzoso distinguir entre uso y abuso de poder dominante: aun cuando el propietario de la instalación esencial tuviese poder dominante en el mercado relevante, no cometería abuso por el simple hecho de pretender y eventualmente imponer un precio connatural a una condición dominante, e incluso obtener una renta

⁸ Aristóteles, “Ética a Nicómaco”, Libro 5, Capítulo 5, párrafos 10 a 13.

⁹ Bernardino de Siena, “Opera omnia”, Libro 2, Sermón XXV, Capítulo I, pág. 335.

monopólica, dado que ello constituiría un simple uso de su posición dominante.

En consecuencia, no es contrario a la ética ni al Derecho que el justo precio de un bien escaso por el cual el demandante tenga una alta disposición a pagar, dé lugar a una renta derivada de la supuesta escasez de una instalación. Deriva de lo anterior que el precio monopólico no es *per se* injusto y que el monopolista tiene derecho no solo a cobrar sus costos, sino también un margen adicional.

Por el contrario, forzar a una empresa a cobrar un precio distinto del que resulta de su comportamiento natural, según la estructura de mercado en la cual opera, no es conveniente para el consumidor, pues desincentiva la inversión y transformaría al TDLC en una agencia fijadora de precios sin un patrón que le sirva de guía objetiva, con lo cual se podría caer en la más absoluta incertidumbre, discrecionalidad y arbitrariedad.

Ahora bien, en el ámbito de las instalaciones esenciales hay un caso particular, cual es el de los servicios públicos regulados. Estos servicios están sujetos a regulación de precios por ley, por considerarse de interés público. Es así como la ley se ha hecho cargo de establecer tarifas de acceso sobre la base de fórmulas que intentan determinar el justo precio de dichos servicios. Así sucede con los cargos de acceso entre compañías de telecomunicaciones, la tarificación eléctrica, el uso de oleoductos (período de *open season*), entre otros.

El problema es que cuando se producen equivocaciones en la tarificación de estos servicios, existe un perjuicio importante en términos de la inversión sectorial. Ejemplos de ello sobran, como fue el caso de la subinversión en transmisión eléctrica que vivió el país antes de producirse la desintegración vertical del sector, que permitió tarificar específicamente este eslabón de la cadena productiva del sector eléctrico.

En el ámbito de las instalaciones esenciales hay un caso particular, cual es el de los servicios públicos regulados. Estos servicios están sujetos a regulación de precios por ley, por considerarse de interés público. Es así como la ley se ha hecho cargo de establecer tarifas de acceso sobre la base de fórmulas que intentan determinar el justo precio de dichos servicios.

El hecho que exista una regulación de precios por la autoridad administrativa en algunos sectores que operan sobre la base de instalaciones esenciales, como es el caso de los servicios públicos, no debe interpretarse como una atribución deseable de cumplir por parte del TDLC. Ya resulta complejo que la autoridad defina que es de interés público abrir el acceso de ciertas instalaciones privadas con el argumento de que es necesario para impulsar la participación de terceros en el mercado en cuestión, pero sería aún más complicado si se le dieran además atribuciones para determinar los precios de dicha contratación, en vista de las dificultades que ello conlleva.

Junto a las implicancias económico-jurídicas de la doctrina de facilidades esenciales, la aplicación práctica en Chile tampoco ha estado exenta de controversia, en virtud de los riesgos y parcialidades que suelen surgir de ella. La historia de su aplicación permite identificar algunos aspectos que han causado conflicto, los que se mencionan a continuación.

En primer lugar, la definición de “esencial” muchas veces ha presentado problemas. Esto, por cuanto el solo hecho de ser un monopolio natural no convierte alguna de sus instalaciones en facilidad esencial, pues debe evaluarse la posibilidad de que existan mecanismos alternativos para la producción del bien o servicio final. A su vez, la condición de incapacidad de duplicación a costo razonable no debe confundirse con que la facilidad constituya simplemente la alternativa más conveniente para el competidor. En muchos casos incluso se ha debatido la real incapacidad de duplicidad, producto de la dificultad que presenta determinar la viabilidad económica y técnica de crear nuevas instalaciones, lo cual también contribuye a la ambigüedad de la definición.

Segundo, el obligar a dar acceso a una facilidad esencial controlada por un monopolista conlleva dos efectos contrapuestos. Por un lado, si la facilidad es realmente esencial, la negación de acceso permite al monopolista dueño de la facilidad mantener contenida cualquier posible amenaza de competencia, perpetuando su poder monopólico. Sin embargo, obligarle a dar acceso representa muchas veces una expropiación de la propiedad privada, lo que tiene el riesgo de reducir en el mediano plazo los incentivos a innovar, invertir y desarrollar nueva infraestructura. Este es un tema relevante, toda vez que la autoridad debe sopesar los beneficios de aumentar la competencia actual, dando acceso a los competidores a la facilidad esencial, con el costo que implica limitar la inversión en infraestructura disponible a futuro.

Tercero, al exigir el acceso a las facilidades esenciales, la autoridad se ve obligada a definir ciertas condiciones en que será otorgado (tales como prioridades de uso y otras condiciones de venta), además de la posterior

ejecución de una supervisión continua de las mismas. Ello conlleva dificultades prácticas y riesgos asociados a los conflictos judiciales que muchas veces emanan de dichas disposiciones.

Cuarto, la literatura disponible alude también a los riesgos inherentes a la obligación de compartir las facilidades esenciales, en tanto ello podría constituir un mecanismo que facilite o incentive los acuerdos colusorios. En particular, la colaboración en un segmento de la cadena de comercialización puede transformarse en una plataforma de coordinación entre quienes debieran competir en el mercado relevante del producto o servicio final.

Quinto, el monopolista podría oponerse a la obligación de dar acceso a terceros a la facilidad esencial, en la medida que exista una justificación económica objetiva y razonable para ello. Casos de imposibilidad técnica para generar interconexiones o insuficiencia de la capacidad disponible podrían servir de argumento para oponerse. Sin embargo, es habitual que existan divergencias de opinión, puesto que muchas veces se requiere de estudios técnicos complejos para verificar tales condiciones o bien de análisis económicos acabados acerca de la eficiencia en el uso de la instalación y las proyecciones de demanda futura que avalen la insuficiencia de capacidad disponible en un plazo razonable de tiempo. En este sentido puede ser común el hecho que el dueño de la facilidad esencial tienda a invertir por debajo del óptimo social, de modo que la facilidad no ofrezca holguras que pudiesen llevar a que la autoridad obligue a compartir dicha facilidad con algún entrante.

Por último, los límites de la aplicación de la doctrina de facilidades esenciales no son claros y cada vez son más los casos considerados bajo este concepto¹⁰. Ello representa un riesgo en tanto podría terminar sancionándose conductas que no cumplen realmente con los requisitos previstos por esta doctrina.

Los límites de la aplicación de la doctrina de facilidades esenciales no son claros y cada vez son más los casos considerados bajo este concepto. Ello representa un riesgo en tanto podría terminar sancionándose conductas que no cumplen realmente con los requisitos previstos por esta doctrina.

¹⁰ Si bien la aplicación tradicional de la doctrina de facilidades esenciales se ha relacionado a los monopolios naturales, casos recientes en EEUU y Europa demuestran que la doctrina también aplica a activos protegidos por la ley de propiedad intelectual, entre otros.

En síntesis, no existe una definición explícita de aplicación de la doctrina de facilidades esenciales en la legislación chilena, aunque los requisitos implícitos son claros; debe existir una facilidad esencial, no replicable a un costo razonable, en poder exclusivo de un operador que compite con otros competidores en mercados colindantes o conexos. Para garantizar el acceso a tal facilidad se impone una obligación de proporcionar acceso en condiciones razonables y no discriminatorias, lo cual solo es evitable en la medida que exista una justificación objetiva y razonable para oponerse al uso de la facilidad. No obstante, y pese a la general aceptación de estos principios, los problemas inherentes al proceso de declarar una facilidad como esencial y establecer las condiciones de acceso al mismo, sumado a la progresiva extensión del concepto, hacen de esta doctrina un elemento necesario pero de riesgo a la hora de ser aplicado.

3. Doctrina de Facilidades Esenciales y la jurisprudencia chilena

A continuación presentamos un breve análisis de la aplicación de la doctrina de facilidades esenciales en la jurisprudencia chilena, en orden cronológico. Los casos presentados – donde se hace referencia exclusivamente a lo que dice relación con la condición de facilidad esencial - constituyen, entre otros, los más emblemáticos en materia de la aplicación de esta doctrina, lo que permitirá extraer algunas conclusiones relevantes, que se presentan al término de este trabajo.

1.- La Resolución Nº 2 del TDLC (Rol NC 01-04, 04/01/04) aprobó la consulta de Telefónica Móviles S.A. sobre la toma de control de BellSouth Comunicaciones S.A.¹¹ Ambas compañías participaban del rubro de la prestación de servicios de telefonía móvil en Chile, en las bandas de 800 y 1900 MHz¹², con participaciones de mercado (medido por número de abonados) de 30,7% y 17,8%, respectivamente, a marzo del 2004.

¹¹ BellSouth Chile, Inc. y BellSouth Chile Holdings, Inc. también comparecieron solicitando un pronunciamiento y aprobación de la operación.

¹² Al momento de la consulta, BellSouth tenía 25 MHz en la banda de 800 MHz y 10 MHz en la banda de 1900 MHz. Telefónica Móvil, en tanto, tenía 25 y 20 MHz en las respectivas bandas de 800 y 1900 MHz.

El mercado relevante definido por el TDLC fue el de los servicios análogos y digitales de telefonía móvil, prestados mediante la explotación de concesiones de uso del espectro radioeléctrico, dentro de los límites geográficos del territorio nacional. Cabe señalar que las empresas que desean prestar servicios de telefonía móvil necesariamente deben adjudicarse concesiones mediante licitaciones públicas. A los ganadores de la licitación se les entrega en concesión una parte del espectro radioeléctrico por un período determinado o con carácter indefinido. En consecuencia, y tal como lo señala el Tribunal, la principal barrera de entrada al mercado de la telefonía móvil es la disponibilidad de espectro radioeléctrico. El Tribunal, de hecho, explicitó en la Resolución que “se trata de un insumo esencial para la prestación de servicios de telefonía móvil”¹³ y agregó que “la proporción de espectro radioeléctrico asignada a cada operador determina los costos de prestar los servicios y su calidad”.¹⁴

Al momento de la consulta, las bandas correspondientes a 800 y 1900 MHz (ambas estipuladas para la tecnología 2G) estaban asignadas en su totalidad, mientras que las de 3G aún no eran licitadas. Adicionalmente, el espectro en Chile presentaba una intensidad de uso moderada, por lo que todavía podía crecer sin necesidad de aumentar el espectro total ya concesionado, no existiendo tampoco planes para licitar espectro adicional que permitieran el ingreso de nuevos operadores en bandas de frecuencia distintas a las de los 800 y 1900 MHz.

La condición de escaso y limitado del espectro radioeléctrico, sumado al hecho que constituye un elemento esencial para poder ingresar al mercado de la telefonía móvil como oferente, llevó al TDLC a decidir establecer una

Las empresas que desean prestar servicios de telefonía móvil necesariamente deben adjudicarse concesiones mediante licitaciones públicas. A los ganadores se les entrega en concesión una parte del espectro radioeléctrico por un período determinado o con carácter indefinido. En consecuencia, la principal barrera de entrada al mercado de la telefonía móvil es la disponibilidad de espectro radioeléctrico

¹³ Resolución N° 2 del TDLC, página 67

¹⁴ Ibid, página 67.

serie de condiciones que debían ser cumplidas por las empresas consultantes. La principal de ellas fue la enajenación y/o transferencia parcial del espectro disponible (25 MHz de la banda de 800 MHz) por parte de la empresa resultante de la operación. Lo anterior constituye una variante de la aplicación de la doctrina de facilidad esencial, por cuanto, la existencia de un activo intangible – en este caso el espectro radioeléctrico – respecto del cual el acceso resulta indispensable para poder competir en el mercado relevante, obligó al TDLC a exigir la enajenación de parte de este activo a la empresa fusionada, de modo de garantizar la posibilidad de participar en igualdad de condiciones a los competidores del mercado. Resulta importante destacar que en la decisión del Tribunal no primó la necesidad de abrir espacio a un nuevo competidor – de hecho, quien adquirió esa parte del espectro fue una empresa incumbente que en ese momento tampoco hacía uso del total del espectro que ya tenía asignado–, sino el generar condiciones igualmente competitivas para todas, en la convicción que el ancho del espectro incidía directamente en los costos de la empresa prestadora del servicio.

2.- La Resolución N° 1 del TDLC (Rol NC 02-04, 25/10/04) aprobó la operación consultada por Liberty Comunicaciones de Chile Uno Ltda. y CristalChile Comunicaciones S.A. dando lugar a la fusión de las empresas de televisión por cable Metropolis Intercom S.A. y VTR S.A. De acuerdo al TDLC, el principal mercado relevante afectado por la operación consultada era la televisión pagada, tanto vía cable como satelital o terrestre. Sin embargo, las empresas consultantes también prestaban servicios de Internet banda ancha y, en el caso de VTR, telefonía fija. En consecuencia, eran tres los mercados afectados por la fusión.

El TDLC evaluó las barreras de entrada, determinando que si bien en la industria de televisión por cable existían grandes costos hundidos o inversiones irre recuperables, así como ventajas de costos asociadas al número de abonados, estas barreras podrían verse restringidas o eliminadas con el progreso tecnológico propio de la industria de telecomunicaciones. Desde el punto de vista tecnológico, en tanto, reconoció la existencia de economías de densidad y de ámbito, concluyendo con ello que sería más económico ofrecer los distintos servicios en forma conjunta, a través de distintas plataformas tecnológicas¹⁵.

¹⁵ El TDLC manifestó, de hecho, que era esperable que se produzcan entradas de nuevas empresas que utilicen diversas tecnologías, lo que aumentaría la competencia en los distintos servicios.

En consecuencia, el TDLC estimó que la fusión de las empresas consultantes podía ser positiva para el mercado nacional de las telecomunicaciones, pues ella reduciría los costos de inversión para proveer los tres servicios en conjunto: Internet banda ancha, telefonía y televisión por cable, y, así, permitiría cumplir con una expansión de esos productos a un número importante de hogares en Chile¹⁶.

Esta resolución resulta interesante desde el punto de vista de la aplicación de la doctrina de facilidad esencial, por cuanto la mayoría de los Ministros del TDLC llegaron a la convicción de que el avance tecnológico permitiría la competencia en este mercado aun cuando surgiera a partir de plataformas alternativas a la de la televisión por cable. Lo anterior no fue compartido, en cambio, por los Ministros Depolo y Serra, quienes estuvieron por rechazar la consulta sobre la base, entre otros, que la red HFC, mediante la cual se presta servicios de TV pagada, presenta economías de escala y de densidad, “lo que la transformaría en un monopolio natural en la zona donde opera”¹⁷. En este contexto, advirtieron que “la instalación de nuevas redes HFC en las zonas donde operan las empresas consultantes no aparece factible, sobre todo si se tienen en cuenta los elevados costos de inversión requeridos para dicha instalación”¹⁸, además de desestimar que la televisión satelital constituyera un real competidor de la televisión por cable.

De haber primado esta óptica, la consulta no solo no se hubiera aprobado sino, muy posiblemente, se habría considerado que las redes HFC constituyen una facilidad esencial, en cuyo caso podría haber dado lugar a la

En el caso de la fusión de Metrópolis Intercom y VTR, el TDLC estimó podía ser positiva para el mercado nacional de las telecomunicaciones, pues ella reduciría los costos de inversión para proveer los tres servicios en conjunto: Internet banda ancha, telefonía y televisión por cable, y, así, permitiría cumplir con una expansión de esos productos a un número importante de hogares en Chile

¹⁶ Ahora bien, el TDLC consideró además otros efectos posibles, como el riesgo de un aumento de tarifas, dado que, en el corto plazo, la fusión representaría una concentración muy importante en el segmento de la TV pagada; la amenaza de disminuir la diversidad de la oferta programática; y el riesgo de desmejorar la calidad del servicio. Lo anterior llevó al Tribunal a imponer condiciones para la fusión con el objeto de prevenir prácticas anticompetitivas.

¹⁷ Resolución N° 1 del TDLC, pág. 53.

¹⁸ Ibid., pág. 53.

obligación de dar acceso a terceros que así lo requiriesen (siempre que estas pudieran ser compartidas). El tiempo, sin embargo, ha dado la razón a la resolución del TDLC, por cuanto el dinamismo del desarrollo tecnológico ha permitido desarrollar los mismos servicios a través de distintas plataformas, constituyéndose en un mercado altamente competitivo.

3.- La 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 dio origen a la Sentencia N° 29 del TDLC (Rol C 16-04, 12/09/05)¹⁹. Transbank es una sociedad de apoyo al giro bancario que ofrece servicios de red para tarjetas de crédito. Sin embargo, junto a su función operadora, cumple también el rol adquiriente como mandataria de los emisores de las tarjetas bancarias, quienes han delegado conjuntamente en Transbank la función de afiliar al sistema de tarjetas bancarias a los establecimientos comerciales por medio de un Contrato de Afiliación, el cual establece la comisión que cada emisor cobra al establecimiento por la afiliación y otras prestaciones.

En la Sentencia N° 29, el TDLC consideró que la plataforma en que operan los servicios de tarjetas de crédito bancarias tiene características de instalación esencial para adquirientes y emisores. Ello se evidenciaría, de acuerdo al Tribunal, en el aumento en la concentración del sector, resultado, a su vez, de las fuertes economías de escala existentes. El TDLC estimó, por tanto, que “la creación de un sistema paralelo de tarjetas de crédito sería, bajo toda razonabilidad, impracticable o difícilmente practicable”²⁰. Considerando además que las tarjetas de casas comerciales no serían, a juicio del Tribunal, sustitutos perfectos de las tarjetas de crédito emitidas por las instituciones financieras, concluyó que no existiría una efectiva competencia entre distintos sistemas de tarjetas de crédito bancarias.

Habiendo un sistema único y no replicable a un costo razonable, el Tribunal resolvió, entre otros, sancionar a Transbank por conducta discriminatoria contra una emisora de tarjeta que no era socia de la empresa y que, por tanto, enfrentaría costos distintos a los que deben afrontar quienes sí lo son.

¹⁹ En dicha Sentencia el TDLC acogió el recurso de reclamación de Transbank S.A. en contra del Dictamen N° 1270 de la Honorable Comisión Preventiva Central (CPC), de fecha 28 de agosto de 2003, el que, resolviendo una denuncia de Don Carlos Chahuán y Cía. Limitada, consideró que Transbank, durante los años 2001 y 2002, abusó de su posición dominante mediante el cobro de precios discriminatorios y abusivos hacia los comercios que aceptaban tarjetas de crédito bancarias, y que dicha compañía tenía una estructura tarifaria discriminatoria hacia los emisores de tarjetas. El TDLC acogió asimismo el requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de Transbank S.A., aplicándole una multa de 1.000 UTM por una conducta discriminatoria consistente en la devolución a sus socios de una cantidad de dinero por las transacciones realizadas, beneficio que no favoreció a quienes no lo son.

²⁰ Sentencia N° 29 del TDLC, pág. 27.

Igualmente, el TDLC consideró que las diferencias en las tarifas cobradas al comercio (que alcanzaban hasta 250%, dependiendo del volumen de transacciones realizadas) requerían de una justificación económica para no constituirse en conductas contrarias a la competencia.

En este caso, la calificación de facilidad esencial incidió en el fallo del TDLC, por cuanto las características propias del servicio (difícil duplicación y bajo nivel de competencia) impusieron exigencias más altas a las condiciones que debía cumplir la estructura tarifaria cobrada al comercio (generalidad, objetividad, carencia de discriminaciones arbitrarias y transparencia) y al trato (no discriminatorio) que debe garantizarse para todas las emisoras de tarjetas de crédito. El tema del acceso de terceros a dicha instalación no fue parte del fallo, dado que no ha existido solicitud para ello; sin embargo, la condición de facilidad esencial abriría esta posibilidad en el futuro dependiendo del costo que pudiera tener el hacer una nueva red.

4.- En la Sentencia N° 4 (Rol C 13-04, 06/12/06) el TDLC se pronunció respecto del requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica, (FNE) contra Sociedad Punta de Lobos S.A. (SPL). En el requerimiento y en la demanda interpuesta por la Compañía Minera Cordillera S.A. contra la misma empresa (la que posteriormente fue depuesta²¹) se denunciaban acciones contrarias a la libre competencia por parte de SPL, por cuanto esta habría ejecutado conductas tendientes a evitar que puerto Patache se constituyera en una alternativa para el transporte de sal proveniente del Gran Salar de Tarapacá. Cabe señalar que el único puerto habilitado para tales efectos era puerto Patillos, controlado por SPL a través de una filial. SPL había intentado adquirir para sí puerto Patache, pero al no lograrlo, había realizado un conjunto de peticiones y acciones, cuyo objetivo, de acuerdo a los denunciados, no era otro que evitar que terceros pudieran transportar sal en condiciones competitivas, perpetuando así la posición monopólica que ostentaba. La FNE solicitaba, por tanto, al TDLC que se restringiera la integración horizontal de los puertos y que en ambos puertos se permitiera la transferencia de la sal producida por terceros en condiciones competitivas.

²¹ Cordillera se desistió de la demanda particular deducida, en cumplimiento de un contrato de transacción acordado con SPL.

El TDLC analizó el mercado de la sal llegando a la convicción que el costo de transporte y las condiciones de acceso a las facilidades portuarias para el embarque de sal incidían sustancialmente en el costo total del producto y, por lo tanto, en la capacidad competitiva de las empresas. SPL era la empresa líder en la producción y venta en el mercado nacional de la sal, siendo poseedora de una ventaja de costos no replicable por los productores locales, resultado del control de puerto Patillos y de las economías de escala y de ámbito alcanzadas a través de su participación en los mercados internacionales. En este contexto, la posibilidad de que surgiera una competencia real en el mercado de la sal en Chile dependía de manera crucial de las condiciones de acceso a servicios portuarios adecuados. El Tribunal manifestó, explícitamente, que “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”²².

El Tribunal constató, además, la imposibilidad de replicar en condiciones técnica y económicamente viables el puerto Patache, confirmando que no existían alternativas portuarias rentables para productores pequeños, constituyéndose, de este modo, en una facilidad esencial. En este contexto, el Tribunal estimó “que el acceso a precios competitivos y no discriminatorios por parte de terceros distintos de SPL, 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”²³, agregando 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 [...] podría ser considerado contrario a la libre competencia que el operador portuario niegue sus servicios a terceros que lo soliciten”²⁴.

En el requerimiento contra Sociedad Punta de Lobos, productora de sal, el TDLC estimó “que el acceso a precios competitivos y no discriminatorios por parte de terceros distintos de esta empresa, 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...”

²² Sentencia N° 47 del TDLC, pág. 51.

²³ Ibid, pág 54.

²⁴ Ibid, pág 55.

En síntesis, el Tribunal estableció que el puerto constituía una facilidad esencial y que como tal debía permitirse el acceso a terceros para fomentar la competencia en el mercado del producto final. No obstante, el TDLC estuvo por rechazar las peticiones de la FNE en cuanto a exigir a los propietarios de los puertos que permitan embarcar sal producida por terceros bajo las condiciones solicitadas, dado que ninguna empresa había solicitado estos servicios portuarios a SPL. El Tribunal rechazó también imponer restricciones a la integración horizontal de los puertos Patillos y Patache, ya que SPL se había desistido de su interés de adquirir el puerto Patache. El TDLC decidió, en cambio, acoger parcialmente el requerimiento del FNE, declarando que SPL había infringido la libre competencia mediante la imposición de barreras artificiales a la entrada de nuevos competidores, con el objeto de mantener su posición de dominio en el mercado interno de la sal, por lo que fue multado. Además, ordenó a SPL y a la Compañía Minera Cordillera S.A. que consultaran en lo sucesivo cualquier operación que, por sí o sus filiales, directa o indirectamente, representara un aumento de concentración en el mercado de los servicios portuarios relevantes para el embarque de sal.

5.- La Sentencia N° 81 del TDLC (Rol C 148-07, 16/01/09) se refirió al requerimiento de la FNE contra la Junta Aeronáutica Civil (JAC). En el requerimiento, la FNE solicitaba que se modificaran las bases de licitación elaboradas por la JAC, con el objeto de adjudicar siete frecuencias aéreas²⁵ restringidas directas entre las ciudades de Santiago y Lima, de modo de aumentar la competencia en un mercado altamente concentrado (con LAN como empresa dominante). Cabe señalar que la asignación de frecuencias se realizaba, al momento del requerimiento, según las normas legales y reglamentarias vigentes, la que consistía en licitaciones públicas sobre la base de ofertas monetarias, a sobre cerrado y sin exclusión de ningún operador.

La FNE consideró que las frecuencias aéreas constituían un insumo esencial, por cuanto estas serían necesarias para operar comercialmente una ruta restringida. La JAC, en cambio, refutaba lo anterior, argumentando que las frecuencias aéreas restringidas solo tienen este carácter para los operadores aéreos nacionales y no para la oferta de vuelos que pueda provenir de terceros países. El TDLC, en todo caso, llegó a la convicción de que las frecuencias restringidas constituían insumos esenciales y que la

²⁵ Se entiende por “frecuencia” o “derechos de tráfico” la autorización sobre su espacio aéreo dada por un Estado en favor de la aerolínea de otro, que permite la explotación comercial de una determinada ruta aérea, mediante la operación regular de un vuelo semanal. Las frecuencias se clasifican en diferentes “libertades de aire”.

posesión de frecuencias aéreas restringidas representaba una ventaja de competencia imposible de replicar²⁶. En este contexto, consideró que el sistema de asignación de frecuencias de acuerdo a la mejor oferta monetaria era totalmente inadecuado por cuanto tendería invariablemente a favorecer a la empresa dominante.

En consecuencia, el TDLC acogió el requerimiento de la FNE 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, con el objeto de propender a la entrada de algún nuevo operador en dicha ruta, que tenga la posibilidad de desafiar al incumbente y, de este modo, introducir presión competitiva que pueda redundar en menores precios al usuario final y en mejoras en la calidad del servicio. Las modificaciones ordenadas implicaron que la JAC debería procurar que, en una primera ronda de la licitación de frecuencias en la ruta Santiago-Lima, ninguna línea aérea pudiera quedar con más del 75% del total de frecuencias existentes en dicha ruta, sumadas las disponibles y las asignadas en el pasado²⁷. A falta de interesados, se debería producir una segunda vuelta en la que la autoridad podría no aplicar la limitación antes mencionada.

El Tribunal consideró, además, que debían modificarse sustancialmente las reglas que establece Decreto Supremo N° 102, de 1981, a fin de que se establezcan mecanismos de asignación de rutas aéreas internacionales restringidas que, además del factor de mejor oferta monetaria, considere criterios que, en cada caso, propendan a la creación de las mejores condiciones de competencia entre todas las empresas interesadas en el servicio de transporte aéreo en la ruta respectiva. La sentencia determinó también recomendar al Supremo Gobierno que se estudie la conveniencia de establecer una limitación a la duración de las frecuencias aéreas ya asignadas con carácter de indefinidas.

Lo interesante de este fallo - que fue posteriormente revertido en la Corte Suprema²⁸ - radica en la solución que encontró el TDLC para enfrentar la

²⁶ En el caso particular de las frecuencias Santiago – Lima, el TDLC consideró que el mercado no era desafiante, puesto que ni la posibilidad de ofrecer vuelos con escalas, ni la oferta de otras líneas internacionales, ni los vuelos que pudieran ofrecer las aerolíneas peruanas que tienen los mismos derechos de vuelo – que los ofrece una sociedad relacionada a LAN -, constituirían sustitutos suficientemente cercanos como para representar una alternativa real a los servicios que presta la empresa dominante.

²⁷ Por ende, el fallo implicaba que LAN no podía participar de la licitación de estas frecuencias.

²⁸ Tras la Sentencia del TDLC, la JAC y LAN interpusieron sendos recursos de reclamación ante la Corte Suprema, la cual con fecha 15/06/09 decidió (i) acoger los recursos de reclamación de la JAC y de LAN y declarar que se rechaza el requerimiento de la FNE, quedando sin efecto las medidas ordenadas adoptar a la JAC; y (ii) dejar sin efecto las demás

condición de facilidad esencial atribuida a las frecuencias aéreas restringidas. En particular, el Tribunal consideró que la única forma de incentivar un mayor nivel de competencia sería reservando parte de las frecuencias a nuevos entrantes – dadas las ventajas del dominante –, lo que a su juicio inyectaría una mayor presión competitiva en la ruta. Es decir, dado que las frecuencias aéreas constituirían un insumo esencial – por ser consideradas necesarias e insustituibles para competir en el mercado –, el TDLC decidió exigir que parte de ellas fueran reservadas para nuevos entrantes, decisión muy similar a la que se tomó en relación al espectro radioeléctrico (Rol NC 01-04, 4/01/04). La solución, sin embargo, no garantiza un mayor grado de competencia, toda vez que los potenciales competidores no necesariamente lograrían explotar rentablemente las frecuencias asignadas de forma competitiva. Es más, en este caso particular, más que asegurar el acceso a la facilidad esencial a un nuevo competidor, se buscó limitar el poder de mercado de la empresa dominante, situación que no necesariamente es la más adecuada del punto de vista de la eficiencia del mercado.

6.- La Sentencia N° 85 del TDLC (Rol C 79-05, 02/07/09) se refirió al tema de facilidades esenciales en relación a las instalaciones de las empresas sanitarias. Este caso surgió de la demanda interpuesta por Inmobiliaria y Constructora Independencia Ltda. contra Aguas Nuevo Sur Maule S.A. (ANSM) y el requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica (FNE) en contra de las empresas de servicios sanitarias (ESS) ESSAL S.A., ESSBIO S.A., Aguas Andinas S.A. y ANSM. Tanto la demandada como las requeridas fueron acusadas de realizar conductas que configurarían abuso de posición dominante en el mercado de prestación de servicios de agua potable y alcantarillados en las zonas aledañas o “próximas” a sus correspondientes áreas de concesión²⁹.

recomendaciones y proposiciones de modificaciones legales y reglamentarias resueltas en el fallo.

²⁹ Es importante aclarar que las empresas sanitarias operan en áreas urbanas bajo un sistema de concesiones, lo que las constituye en monopolios legales dentro de un territorio operacional, cuyas tarifas y calidad de servicio está regulado. Por su parte, en los territorios urbanos fuera del área de concesión, las empresas sanitarias solo pueden prestar sus servicios obteniendo la correspondiente ampliación de concesión, mientras que en los sectores rurales la prestación de servicios sanitarios es absolutamente facultativa y existe libertad tarifaria. Las ESS cobran, en la práctica, una misma tarifa a los usuarios finales (la tarifa regulada), pero todos los costos que surgen por la distancia entre un desarrollo inmobiliario y el punto de conexión con la infraestructura de la ESS, son pagados por la constructora. La determinación de dicho cobro y otros aspectos normativos relacionados a la relación contractual entre inmobiliarias y ESS, son las que dieron pie a la disputa, materia de esta sentencia.

El TDLC en su sentencia calificó las instalaciones de las ESS como facilidad esencial, estableciendo que sería recomendable el permitir el acceso de terceros a las mismas, a cambio del pago de una tarifa regulada. En particular, 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 (la interconexión de posibles nuevos entrantes depende en la práctica de las concesionarias actuales). Es en este contexto que se recomendó el cambio en la ley, a fin de que la interconexión sea obligatoria y tarifada por la Superintendencia de Servicios Sanitarios, tanto en áreas rurales como para futuros concesionarios de áreas urbanas. De este modo, el TDLC resolvió proponer a S.E. la Presidenta de la República la modificación de la Ley General de Servicios Sanitarios, DFL N° 382 de 1989, “imponiendo a aquellas empresas de servicios sanitarios 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 (i) a otras actuales o potenciales concesionarias de servicios sanitarios; y (ii) a quienes presten estos servicios en zonas rurales. Este servicio deberá estar sujeto a fijación de tarifas”

La sentencia conlleva, en esta materia, 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 sobre la base de 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. En consecuencia, las recomendaciones que involucran cambios sustanciales para el funcionamiento de este mercado y la operación de las empresas concesionarias –como declarar las instalaciones de las ESS facilidades esenciales–, probablemente, requerirían 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.

En el caso que afectó a las empresas sanitarias, la sentencia del TDLC conllevó 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

En todo caso, la Corte Suprema (Rol 5443/09 del 18/05/10) dejó sin efecto el resolutivo N° 9 de la Sentencia N° 85 del TDLC, por considerar que la facultad administrativa del TDLC del art. 18 N° 4 de proponer al Presidente de la República la modificación, derogación o dictación de preceptos legales o reglamentarios no puede ser ejercida con ocasión de un procedimiento contencioso ni a través de la sentencia llamada a dirimir una controversia. El resolutivo N° 9 se refería precisamente a la propuesta del TDLC al Presidente de la República de modificar la Ley General de Servicios Sanitarios, en los términos antes mencionados.

Cabe señalar que ha sido un error frecuente del TDLC el pretender hacer proposiciones dentro de una sentencia. Esto es lo que ha llevado a revertir ya varios de sus fallos por parte de la Corte Suprema. No es que no le reconozca tal atribución, pero debe cuidar de no hacer sus proposiciones dentro de la sentencia, la cual solo debe abocarse a resolver el conflicto (sobre la base de la cuestión controvertida). De este modo, incluir proposiciones en ella se sale de las atribuciones que le corresponden en la sentencia, cual es dirimir ante un conflicto. Confirma lo anterior, en el sentido que las medidas del art. 18 N° 4 DL 211 se deben adoptar fuera de la esfera jurisdiccional de la sentencia, el hecho que no pueden ser objeto del recurso de reclamación, ya que el art. 27 inc. 2° DL 211 dispone que solo pueda serlo ante la Corte Suprema la sentencia definitiva que imponga alguna de las medidas contempladas en el art. 26, como también la que absuelva de la aplicación de tales medidas.

7.- La Consulta presentada por Lota Protein S.A. ante el TDLC (NC 379-10, 22/3/10) sobre régimen de acceso a los recursos pesqueros, también aludió a la existencia de facilidades esenciales – en este caso, las cuotas de pesca –, que impedían, según la consultante, la entrada de nuevos actores al mercado. Esto, por cuanto argumentaba que se habrían establecido restricciones indebidas al acceso y crecimiento de actores al mercado de la pesca industrial, al eludir la SUBPESCA la aplicación del sistema de subastas de parte de la cuota global de captura para el sector pesquero industrial a que hace referencia el artículo 27 de la Ley de Pesca. Ello habría significado imponer y mantener barreras a la entrada que inhiben la competencia, lo que habría ido en directo beneficio de los actores preexistentes con una posición preponderante en el mercado. En este contexto, Lota Protein SA solicitó al TDLC determinar que la omisión de SUBPESCA en implementar el sistema de subastas a que se refiere el artículo 27 de la Ley de Pesca, constituía un acto o hecho que infringía el DL 211 y solicitaba le exigiera la efectiva aplicación de dicho sistema de

subastas, permitiendo así que parte de la cuota global de captura para el sector pesquero industrial se asigne a través de ese mecanismo.

El escrito presentado por Lota Protein SA se refirió en varias ocasiones a la condición de insumo esencial de las cuotas de captura. Es así como menciona que “para el caso de las pesquerías sujetas a la Ley de Cuotas Máximas, donde las cuotas individuales de pesca asignadas corresponden a derechos de uso privativos otorgados por el Estado, que se configuran como insumos esenciales y escasos para el desarrollo de la actividad económica extractiva, su adecuada distribución por medio de subastas correctamente diseñadas es imprescindible para el buen funcionamiento del mercado, con el objeto de terminar con las barreras regulatorias –hasta ahora infranqueables–, existentes en materia de pesca industrial.”³⁰

El caso, sin embargo, no fue resuelto por el TDLC. En efecto, el 15 de junio de 2010 el Tribunal declaró inadmisibile la consulta efectuada por Lota Protein SA, argumentando que lo solicitado por la empresa constituía un hecho contencioso. No obstante aquello, el TDLC decidió que tendría en consideración los antecedentes aportados al procedimiento para el solo objeto de ejercer, fundada, informada y participativamente, las facultades privativas y discrecionales que al Tribunal le confiere el artículo 18 N° 4 del Decreto Ley N° 211. Por esta razón, citó a una audiencia pública para el 12 de agosto de 2010, a efectos de escuchar las distintas posturas y decidir, sobre la base de ello, si formula o no alguna recomendación de modificación, derogación y/o dictación de norma.

Este caso resulta interesante de analizar por cuanto da algunas luces sobre las dificultades que pueden surgir de la intervención del TDLC en el ejercicio de sus facultades de promoción de la competencia. En efecto, el caso en cuestión dice relación con la existencia de facilidades esenciales cuya condición de escasez impedirían el ingreso de nuevos actores al mercado, afectando eventualmente la libre competencia en el sector pesquero industrial. El problema, sin embargo, deriva del hecho que hay una multiplicidad de otros bienes protegidos que pueden ser pasados a llevar de priorizarse solo uno de ellos, cual es la libre competencia. De hecho, el régimen de acceso a los recursos pesqueros que finalmente se defina deberá velar no solo por la competencia en el mercado, sino también por la sustentabilidad de la industria, el cuidado del medio ambiente y el recurso pesquero, la estabilidad laboral, los factores geopolíticos y la certeza jurídica sobre la inversión, entre otros.

³⁰ Consulta de Lota Protein S.A. ante el TDLC, página 41.

En síntesis, en este caso el tema de instalaciones esenciales va más allá del objetivo de libre competencia y el precio de acceso (o el régimen de acceso al recurso) no es la única variable a considerar. El contexto, de hecho, se complejiza sustancialmente cuando existe más de un bien socialmente importante de proteger. Cabe notar que si bien las cuotas constituyen verdaderamente un insumo esencial, pues sin ellas no se puede realizar la actividad pesquera, la autoridad se verá enfrentada, a la hora de realizar sus recomendaciones, a una política económica multipropósito, que supera los objetivos asignados al TDLC.

4. Conclusiones

La jurisprudencia en materia de libre competencia aborda el tema de las instalaciones esenciales para distintos sectores de la economía. Del análisis de algunos de los casos más emblemáticos surgen algunos aspectos que resulta importante mencionar.

El primero se refiere a que la aplicación en Chile de la doctrina de facilidades o instalaciones esenciales se ha realizado de acuerdo a distintos enfoques que marcan diferencias relevantes a la hora de extrapolar conclusiones a casos futuros. En efecto, es cierto que en cada caso analizado se ha tratado de activos cuya duplicación es extremadamente difícil y cuya disponibilidad resulta indispensable para poder competir en el mercado relevante. Sin embargo, la finalidad de las sentencias y/o resoluciones del TDLC no siempre ha sido la misma. En algunos casos, cuando la facilidad se considera necesaria para que un actor pueda competir en el mercado, el fallo ha apuntado a garantizar el acceso a (o permitir el uso de) dicha facilidad o instalación. En otros, en cambio, la facilidad esencial se ha constituido en una ventaja para quien la posee, lo que incrementa su poder de mercado y aumenta las posibilidades de que existan prácticas abusivas. En estos casos, los fallos han tenido por objeto regular el uso de la facilidad, limitando las acciones del dueño de la instalación en materia de condiciones de uso y tarifas.

Dentro del primer grupo, se encuentra el caso del puerto Patache, activo de muy difícil duplicación y cuyo uso era necesario para poder competir en el mercado del producto final. Similar situación se dio con el espectro radioeléctrico para telefonía móvil y con las frecuencias aéreas, donde el TDLC quiso aumentar la competitividad en el mercado final, garantizando la posibilidad de uso de la facilidad a terceros. En el caso del espectro

radioeléctrico esto se hizo obligando a la empresa fusionada a vender 25MHz a un tercero existente en el mercado o a un nuevo entrante, aun cuando en ese momento el espectro no era un insumo restrictivo. En el caso de las frecuencias aéreas, en tanto, se buscó reservar un porcentaje para actores distintos al dominante, con el objeto de aumentar la competencia en esa ruta comercial. El resultado de estos fallos es sin duda cuestionable, toda vez que el permitir el uso de una facilidad esencial no necesariamente garantiza una mayor competencia y menores precios al consumidor, pues ello depende de la eficiencia productiva de quienes participan en el mercado.

En el segundo grupo, en que el TDLC buscó limitar las posibilidades de abuso del dueño de la facilidad esencial más que garantizar el acceso de terceros, se encuentran los casos de las empresas sanitarias y de Transbank. En el primero, las plantas de tratamiento no necesariamente eran tan difíciles de duplicar, toda vez que la rentabilidad del proyecto depende fundamentalmente de la demanda residual a la que se accede en cada zona. Sin embargo, para evitar abusos por parte de la empresa incumbente o, eventualmente, impedir un comportamiento estratégico de la misma (como sobredimensionar las instalaciones para amedrentar a potenciales nuevos entrantes) se le exigió compartir la capacidad ociosa con quien así lo solicitara. En el caso de Transbank, en tanto, el fallo no analizó la posibilidad de dar interconexión a otros operadores de redes, sino que se enfatizó la necesidad de otorgar condiciones competitivas a los usuarios de la red, de modo de evitar un comportamiento abusivo por parte del dueño de la facilidad esencial.

El segundo aspecto a destacar, que se desprende del análisis de la jurisprudencia chilena, es la importancia que tiene en la aplicación de la doctrina de facilidad esencial la correcta apreciación que pueda tener la autoridad respecto de los avances tecnológicos. Esto fue particularmente significativo en el caso de la TV por cable, donde el TDLC supo apreciar que la tecnología disponible, si bien era de difícil duplicación, no constituía un insumo esencial, por cuanto se podría competir en el mercado relevante a través de tecnologías alternativas que estaban en desarrollo. Es decir, el insumo en este caso no era esencial para la oferta del producto o servicio final gracias al avance tecnológico. Este no es un caso aislado, toda vez que en gran cantidad de sectores es posible que con el tiempo surjan alternativas a los insumos que originalmente se han considerado esenciales. Este podría ser el caso, por ejemplo, de la plataforma de Transbank, la cual actualmente no enfrenta las mismas dificultades de duplicación como lo fuera al momento del fallo hace cuatro años atrás.

Tercero, resulta indudable que la visión tradicional de instalación esencial es una sobre simplificación de un tema que hoy adquiere dimensiones mucho más complejas. Esto se hace particularmente evidente en el caso de las cuotas de pesca antes analizado, puesto que abrirá un nuevo escenario para el TDLC ante la constatación que existe una multiplicidad de bienes jurídicos que deberán ser protegidos. En particular, no se puede pensar que el único bien protegido es la libre competencia, pues este bien está inserto en un conjunto de valores (como la libertad económica, el derecho de propiedad, etc.) que no solo deben ser protegidos, sino que además no necesariamente pueden jerarquizarse. Son, por ende, valores competitivos con el de la libre competencia que obligan a sopesar las atribuciones del TDLC. El cuidado del sistema integral es, de hecho, más importante que la ley de libre competencia por sí sola.

Se deriva de lo anterior que los temas de interés público no siempre se resuelven por la vía de una sentencia, pues existen también otros bienes protegidos. Este TDLC tiene aún un desafío pendiente, cual es comprender que la libre competencia es uno de los valores que protege el sistema jurídico y que la sentencia debe primero cumplir las garantías constitucionales y, luego, preocuparse de la libre competencia.

En síntesis, la jurisprudencia no permite extraer conclusiones definitivas en cuanto al tratamiento que dará la autoridad a los distintos casos en el futuro. Esto, por cuanto no solo no existe una legislación específica para las instalaciones esenciales, sino porque los casos analizados han sido juzgados con enfoques disímiles y a la luz de un contexto tecnológico distinto para cada sector. Sin embargo, el patrón común ha sido un actuar apropiado a la función del TDLC, cual es la promoción de la libre competencia en el mercado relevante del producto o servicio final, siendo más o menos asertivo en unos casos que en otros.

Este TDLC tiene aún un desafío pendiente, cual es comprender que la libre competencia es uno de los valores que protege el sistema jurídico y que la sentencia debe primero cumplir las garantías constitucionales y, luego, preocuparse de la libre competencia.

5. Bibliografía

De Roover, R. (1970), “The Concept of Just Price: Theory and Economic Policy”, *Readings in the History of Economic Theory*, Holt, Rinehart and Winston, Inc., Cap. 2.

Hobenkamp, H. (1999), *Federal Antitrust Policy, The Law of Competition and Its Practice*, West Group Publishing, Cap. 7.

Nehme, N. (2008), “Conductas Excluserias y Libre Competencia”, presentación power point, septiembre.

Pitofsky, R., Patterson, D. y J. Hooks, (2002) “The Essential Facilities Doctrine under United States Antitrust Law”, *Antitrust Law Journal*, vol. 70, pp. 443-462.

Serra, P. (2002), “Las Facilidades Esenciales en la Doctrina de los Organismos de Competencia Chilenos”, *Best Practices Series*, IMF-129.

Sullivan, T y H. Hovenkamp (1993), *Antitrust Law, Policy and Procedure*, LexisNexis.

TDLC (2004), *Resolución N° 1*, Rol NC 02-04.

TDLC (2004), *Resolución N° 2*, Rol NC 01-04.

TDLC (2005), *Sentencia N° 29*, Rol C 16-04.

TDLC (2006), *Sentencia N° 4*, Rol C 13-04.

TDLC (2009), *Sentencia N° 81*, Rol C 148-07.

TDLC (2009), *Sentencia N° 85*, Rol C 79-05.

TDLC (2010), *Resolución de Término N° 73*.

Van Siclen, S. (1996), *The Essential Facilities Concept*, OCDE/GD(96)113.

Villar, F.J. (2005), *Las Instalaciones Esenciales para la Competencia. Un Estudio de Derecho Público Económico*, Editorial Comares.



Serie Informe Económico

Últimas Publicaciones

- N° 210** **Impacto de la Restricción Vehicular sobre los Flujos del Transporte Urbano de Santiago**
Louis de Grange
Rodrigo Troncoso
Diciembre 2010
- N° 209** **Política Energética: ¿Hacia Dónde Queremos (Podemos) Ir?**
Susana Jiménez
Noviembre 2010
- N° 208** **Crisis en la Zona Euro: Problemas Estructurales, Abuso del Estado de Bienestar y Exceso de Gasto Público**
Francisco Garcés
Julio 2010