

# NEGATIVA DE VENTA A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA CHILENA

MARÍA ELINA CRUZ TANHNUZ\*

RESUMEN: La autora comenta críticamente las sentencias del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y de la Corte Suprema respecto de la figura de negativa de venta. Analiza la postura del TDLC en cuanto el hecho de no contar con una concesión no cae de forma evidente en una falta de aceptación de condiciones comerciales y comenta la decisión de la Corte, señalando que no resulta claro el motivo de la revocación del fallo del TDLC ignorando los requisitos de la figura de la negativa de venta, otras veces reconocida. Asimismo, la autora se refiere la falta de certeza jurídica que se genera en esta materia lo que llama a mejorar el diseño del sistema de revisión de sentencias de libre competencia.

SUMARIO: 1. Caso negativa de venta. 2. Normas y jurisprudencia sobre negativa de venta. 3. Problemas de coordinación del TDLC con reguladores sectoriales. 4. Normas y Jurisprudencia Nacional. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía

## 1. CASO NEGATIVA DE VENTA DE LOS OMV CONTRA MOVISTAR Y OTROS (SENTENCIA 104/2010)

### 1.1 Objeto de la demanda

En agosto de 2007, la Fiscalía Nacional Económica (FNE) interpuso un requerimiento en contra de Telefónica Móviles de Chile S.A., Telefónica Móviles Chile S.A., Claro Chile S.A., y Entel PCS Telecomunicaciones S.A., por haber realizado prácticas exclusorias con el objeto de impedir, restringir y entorpecer la competencia en el mercado de la telefonía móvil, creando barreras artificiales de entrada a los concesionarios de telefonía móvil a través de sistemas de terceros (OMV), consistentes en:

- a) el ejercicio abusivo del derecho, al oponerse injustificadamente al otorgamiento de concesiones de servicio público telefónico móvil a través de sistemas de terceros; y,

\* Agradezco al profesor Sebastián Zárate por sus comentarios en materias regulatorias para la elaboración del presente artículo.

- B) ii) la negativa injustificada de una oferta de facilidades para reventa a estos OMV. La causa tuvo su origen en una denuncia formulada por el Subsecretario de Telecomunicaciones, en agosto del año 2006 <sup>1</sup>.

Cabe señalar que la sentencia distingue entre OME –operadores móviles establecidas al momento de la presentación del requerimiento y OMV– operadores móviles virtuales.

Al año 2007 se comprendían dentro de los OME las empresas Telefónica, Entel y Claro. Respecto a los OMV encontramos a aquellas empresas que, no contando con asignación de espectro radioeléctrico, ni contando con infraestructura de redes móviles, pueden ofrecer servicios de telefonía móvil, a través del acceso a uno o más de los operadores establecidos (OME)<sup>2</sup>.

## 1.2 Acusaciones de la FNE

### 1.2.1 Ejercicio Abusivo del Derecho

La FNE fundó su requerimiento en el hecho que las concesionarias de servicio público telefónico habrían formulado oposiciones a todas las solicitudes de concesión presentadas ante la Subtel por las empresas interesadas en ingresar y operar en el mercado de telefonía como OMV. Estas oposiciones habrían sido presentadas simultáneamente e injustificadamente, retardando de esta forma, el ingreso de estos nuevos operadores.

Posteriormente, todas las oposiciones habrían sido rechazadas por la autoridad, ante lo cual, ninguna de las requeridas presentó apelación.

### 1.2.2 Negativa de Venta

La FNE también alegó que las empresas requeridas habrían impedido el ingreso de los OMV al mercado, mediante la sistemática negativa de oferta de facilidades para la reventa de

<sup>1</sup> Ver TDLC, sentencia N° 104/2010, punto 1.1.

<sup>2</sup> Ver TDLC, sentencia N° 104/2010, considerando decimoseptimo.

planes. De acuerdo a la FNE, esta negativa de venta por parte de empresas con poder de mercado y control sobre instalaciones o insumos esenciales, habría sido totalmente injustificada.

Por otra parte, es importante agregar, que la FNE resalta (negativamente) la participación de ATELMO S.A., sosteniendo el riesgo de coordinación al alero de esta asociación<sup>3</sup> que agrupa a las requeridas, tema que abordaremos en las sugerencias que efectuaremos al final de este informe.

### **1.3 Análisis del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia:**

El TDLC analizó los siguientes aspectos, que a continuación revisaremos:

#### **1.3.1 Definición del Mercado Relevante**

Tal como en resoluciones anteriores (2/2005 y 27/2008) el TDLC lo definió como el de “servicios analógicos y digitales de telefonía móvil, prestados mediante la explotación de concesiones de uso del espectro radioeléctrico, dentro de los límites geográficos del territorio de la República de Chile”

Este punto no concitó mayor debate entre las partes, sino que más bien, se aceptó el mercado relevante que el TDLC ya había definido anteriormente.

#### **1.3.2 Estructura y Características del Mercado**

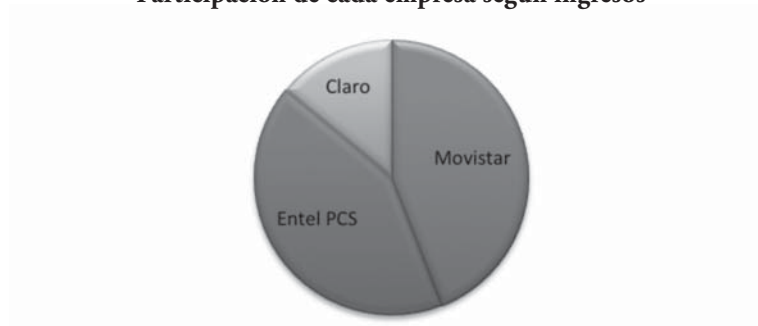
A este respecto, el TDLC señala que “debe tenerse presente que la telefonía móvil es un servicio que solo puede ser prestado por quien cuente con una concesión para ello. A la fecha del requerimiento, las únicas tres empresas que contaban con concesiones de servicio público de telefonía móvil eran Movistar, Entel PCS y Claro. Estas tres compañías eran las úni-

<sup>3</sup> La FNE destaca características tales como estabilidad en las participaciones, altas rentabilidades, y constante flujo de información, elementos que podrían propiciar un acuerdo colusorio (o ser indiciarios del mismo), de acuerdo a la experiencia internacional.

cas que, a esa fecha, tenían espectro radioeléctrico asignado para estos fines”<sup>4</sup>.

El siguiente gráfico muestra la participación de las empresas requeridas el año 2006, de acuerdo a los ingresos por servicio de voz<sup>5</sup>:

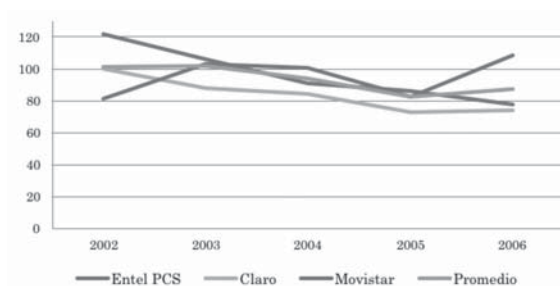
**Participación de cada empresa según ingresos**



En cuanto a los precios promedio por minuto de tráfico móvil, el TDLC menciona que, **salvo el caso de Movistar**, ha existido una tendencia hacia la baja.

El siguiente es el cuadro que refleja lo anterior<sup>6</sup>:

**Precio por minuto tráfico móvil. Por empresa.**



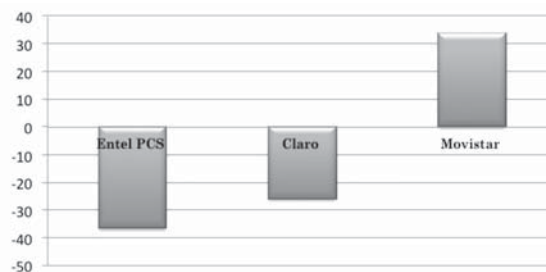
<sup>4</sup> Ver TDLC, sentencia N° 104/2010, considerando décimo.

<sup>5</sup> Elaboración propia en base a datos contenidos en el Informe FNE acompañado a Causa Rol NC 198-07, fojas 923.

<sup>6</sup> Elaboración propia. Fuente: Informe Subsecretaría de Telecomunicaciones, presentado en Consulta NC 198-07, acompañado a fojas 1112.

Ello significa lo siguiente en términos porcentuales<sup>7</sup>:

**Porcentaje de alza/baja precio por empresa.  
Comparación 2006/2002**



Si bien es probable que –utilizando los precios de manera diferente (por ejemplo por paquete o mensualmente)– los resultados sean diferentes, lo relevante es que esta es la visión de la industria que hoy prevalece en las autoridades de libre competencia de nuestro país.

En lo que se refiere a las condiciones de entrada, el fallo indica que si bien existen barreras de ingreso al mercado, tales como la necesidad de contar con espectro radioeléctrico; la necesidad de realizar fuertes inversiones en infraestructura; la disponibilidad de terrenos aptos para la instalación de antenas; y los costos de cambio enfrentados por el consumidor medio; la figura de los OMV introducirían una forma alternativa de competir en este mercado, debido a que estas empresas no requerirían de un espectro radioeléctrico asignado, ni poseer infraestructura de redes móviles.

En la parte final del análisis de la estructura de mercado, llama la atención que el TDLC hace ver que dado que las requeridas eran las únicas empresas que poseían concesiones de espectro radioeléctrico a la época de las conductas denunciadas, esto conllevó a que estas compañías, en su conjunto, poseyeran poder de mercado en cuanto al acceso al mencionado espectro radioeléctrico.

<sup>7</sup> Elaboración propia. Fuente: Informe Subsecretaría de Telecomunicaciones, presentado en Consulta NC 198-07, acompañado a fojas 1112.

Este último punto no es menor a la hora de analizar las medidas preventivas que debieran adoptar las empresas que forman parte de un mismo mercado relevante, por cuanto **en la última modificación que se efectuó del Decreto Ley N° 211 el año 2009, se modificó expresamente el artículo 3º, letra a)<sup>8</sup>, incorporando la figura del abuso de posición dominante colectivo. Esta figura obliga no solo a mirar el comportamiento individual de un agente económico en un mercado dado, sino además, a observar si la sumatoria de conductas de un conjunto de empresas puede también configurar una conducta de abuso colectivo.**

De esta forma, aun cuando una empresa no tenga posición de dominio, pero forma parte de un mercado concentrado con significativas participaciones individuales, debe tener un comportamiento comercial cuidadoso, de manera de no verse enfrentado a una eventual acusación de abuso de posición dominante colectivo.

### 1.3.3 Analisis de las Dos Conductas Imputadas

#### a) Ejercicio abusivo de acciones administrativas

Respecto a la configuración de esta conducta el TDLC es categórico:

***Vigésimo segundo:** ...como ya ha señalado este Tribunal en sentencias anteriores (Sentencia N° 47 de 2006, N° 83 y 90 de 2009), para calificar el ejercicio de acciones judiciales o administrativas como conducta contraria a la libre competencia, se requiere dilucidar si las mismas tenían, de manera inequívoca y como única finalidad, la de imponer barreras artificiales a la entrada de competidores al mercado;*

<sup>8</sup> El antiguo artículo 3º, letra a) señalaba que se consideraba anticompetitivo “*b) La explotación abusiva por parte de una empresa, o conjunto de empresas que tengan un controlador común, 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*”. El nuevo artículo 3º, letra a), en cambio señala como anticompetitivo “*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*”.

**Vigésimo tercero:** *a juicio de este Tribunal obran en autos antecedentes suficientes que acreditan que las requeridas tenían razones, a lo menos plausibles, para justificar la procedencia de las oposiciones, independientemente de si estas fueron luego desestimadas por la autoridad sectorial;*

**Vigésimo sexto:** *...resulta manifiesto que no es atribuible a las requeridas el retraso de siete meses o más entre la dictación de la Res. Ex. N° 1667, en diciembre de 2006 y las resoluciones que rechazaron las oposiciones deducidas por las requeridas –dictadas a partir de junio de 2007– o, con posterioridad, respecto de la dictación de los Decretos de concesión –a partir de julio del mismo año– que habilitaron a las solicitantes a operar como OMV.*

b) Negativa de venta

Al estudio de esta conducta que, según la jurisprudencia debe reunir varios requisitos copulativos, el TDLC no le dedicó un mayor análisis, por cuanto estimó de plano que una de las condiciones no concurrían y, por lo tanto, no se configuraba la conducta requerida por la FNE.

En lo sustancial, el TDLC sostuvo lo siguiente:

**“Vigésimo octavo:** *...uno de los requisitos para que una negativa de venta configure una conducta contraria a la libre competencia es que el afectado –en este caso el OMV que requiere contratar facilidades del OME– esté dispuesto y habilitado para aceptar las condiciones comerciales usualmente establecidas por el proveedor a otros agentes económicos;*

**Vigésimo noveno:** *Que ha quedado establecido que, a la época a que se refiere el requerimiento, (i) ninguna de las empresas que solicitaron información sobre las condiciones comerciales en que las requeridas les proveerían acceso a servicios e infraestructura para operar como OMV contaba con una concesión de servicio público de telefonía. Que en particular, en el caso del servicio público telefónico, cualquiera sea la modalidad de explotación del servicio, incluida la reventa, para efectuarla a nombre propio,*

*resulta indispensable contar con la concesión respectiva, cuestión que implica además que el concesionario adquiere todos los derechos y asume todas las obligaciones que tal condición acarrea dentro de la legislación de telecomunicaciones y en la legislación en general...;*

***Vigésimo noveno (la sentencia debió decir “trigésimo”).*** *Que, atendidos los razonamientos expuestos precedentemente, en la especie la segunda conducta imputada en el requerimiento no constituye un atentado a las normas de defensa de la libre competencia”.*

#### **1.3.4 Obligaciones para prevenir atentados contra la Libre Competencia**

En la parte final del fallo el TDLC rechaza establecer condiciones u obligaciones respecto a la requeridas –por ejemplo, mantener una oferta de facilidades y/o reventa de planes–, con la finalidad de prevenir atentados contra la libre competencia, pese a reconocer que a la fecha de la sentencia se habían entregado concesiones para funcionar como OMV a 16 empresas y ninguna había logrado cerrar un acuerdo comercial con alguna de las requeridas.

Las razones para rechazar tales obligaciones se fundaron en los siguientes fundamentos:

- a) Que los operadores móviles establecidos no enfrentarían, necesariamente, incentivos para levantar barreras de entrada a los OMV;
- b) Que las condiciones de mercado tenidas en cuenta a la época de las conductas imputadas son diferentes a las existentes hoy en día y a las que se prevén para el corto plazo.

Por todas las razones antes expuestas, **el TDLC decidió rechazar el requerimiento planteado por la Fiscalía Nacional Económica...**, en contra de las empresas Telefónica Móviles de Chile S.A., Telefónica Móviles Chile S.A., Entel PCS S.A. y Claro Chile S.A.



#### 1.4 Decisión de la Corte Suprema

Mediante un fallo poco claro en cuanto a su razonamiento y un voto de minoría, la Corte Suprema decidió acoger los recursos de reclamación interpuestos y revocar la Sentencia N° 104/2010. La condena en contra de los requeridos establecida por la Corte fue doble:

- a) Imposición de una multa por la suma de 3.000 UTA por cada empresa (cerca de USD \$2,7 millones)
- b) Obligación de los demandados de realizar una oferta de facilidades y/o reventa de planes para OMV, sobre la base de criterios generales, uniformes, objetivos y no discriminatorios

A diferencia de otras ocasiones, en su análisis la Corte Suprema no se refirió a los requisitos necesarios para que se considerara ilegítima una conducta de negativa de venta. Sin embargo, el análisis parece estar centrado en torno a determinar si el caso cumplía el requisito relativo a determinar si los OMV estaban dispuestos a aceptar las condiciones comerciales usualmente establecidas por los proveedores respecto de sus clientes. La razón de ello es evidente, toda vez que fue este el requisito que el TDLC señaló que no se cumplía en el caso en estudio ya que los OMV –al tiempo de la acusación– no contaban con la debida concesión para operar.

En nuestra opinión el párrafo Séptimo de la Decisión es clave:

*“Séptimo: Que si bien las requeridas señalan al respecto que no ha habido negativa de venta de cada una de ellas, lo cierto es que ninguna formuló condiciones comerciales necesarias conducentes a celebrar contratos. Tampoco concretaron una oferta comercial que incluyera precios por minutos o por elementos de red a utilizar”.*

Desde nuestra perspectiva es el considerando esencial de la sentencia en cuanto es posible extraer una conclusión clara del mismo: el hecho de que las empresas (al menos las empresas dominantes) deben elaborar e informar sobre sus condiciones de comercialización antes de que llegue una oferta para comprarles determinado bien o servicio.

En este sentido, efectivamente creemos que un mecanismo mediante el cual una empresa puede disminuir el riesgo de ser condenada

por negativa de venta ante la Corte Suprema es disponer de una política de comercialización escrita, clara y accesible a posibles interesados. Además dicha política debe ser previa al acaecimiento de la conducta supuestamente ilegítima.

En esencia, creemos que la diferencia entre la Decisión que analizamos en este informe y el fallo Micom/Enap es que, en este último caso, existía una política clara previa de Enap que establecía que no ingresarían como clientes aquellas empresas que tuviesen deudas pendientes por sobre ciertos montos o durante cierto tiempo.

Otro elemento, más discutible, que consideramos que influyó decisivamente en el fallo, fue el hecho que existieran indicios (de parte de Netline y VTR) que apuntaban a que las empresas requeridas se opusieron a la solicitud de concesión de los OMV ante la Subtel, alegando precisamente que no tenían acceso a redes. En efecto, si bien no consideramos que la prueba rendida fuese suficiente para acreditar este hecho, de ser este verdadero es una luz de alerta para las requeridas.

En general, el solo hecho de que una empresa dominante se oponga a la solicitud de concesión por parte de un potencial competidor no es suficiente, como lo estableció el TDLC, para sancionarla por abuso de acciones judiciales o administrativas. Sin embargo, si la causa de la oposición es precisamente un acto ejecutado por la empresa dominante (es decir, oponerse a la concesión por no tener acceso a redes que las mismas empresas que se oponen les negaron), efectivamente se estaría alzando una barrera de entrada estratégica a los competidores potenciales.

En consecuencia, es riesgoso –desde la perspectiva de la libre competencia– que una acción o demanda en contra de un competidor, tenga como fundamento un acto de la empresa que interpone dicha oposición y, por tanto, esta empresa estaría incurriendo en un acto exclusorio.

Algunos aspectos de la Decisión nos parecen preocupantes en cuanto pugnan incluso con aspectos básicos de la comercialización de un producto: En primer lugar, cabe destacar el Considerando Décimo de la Decisión, que postula entre otras cosas que *“las requeridas no han querido negociar condiciones comerciales claras y económicamente razonables”*.

En este sentido, las condiciones de comercialización deben efectivamente ser claras y así ha sido establecido de modo reiterado por la jurisprudencia. Sin embargo, ¿cuál es el alcance de la expresión “económicamente razonables”? ¿Significa que los operadores dominantes deben entregar acceso a sus redes a precios bajos (ya que este sería por ejemplo un precio razonable para una empresa entrante pequeña)? Creemos firmemente que esta interpretación es errónea y que la utilización del concepto “económicamente razonable” debería ser eliminado, toda vez que transforma a los tribunales en verdaderos reguladores de precios, principio que pugna con la libre competencia. Consideramos que la única forma de interpretar esta noción que contempla el fallo de la Corte Suprema es entender que la libre competencia tiene como fin la asignación eficiente de recursos en el mercado y, en consecuencia, no existe para proteger competidores, mucho menos competidores ineficientes.

Un segundo error que creemos que existe en la sentencia es la definición misma de negativa de venta esbozada por la Corte Suprema, señalando:

*“De este modo fluye claramente que existió efectivamente una negativa de venta entendiendo como tal toda conducta que tenga por efecto la no satisfacción plena a un pedido efectuado o la demora sistemática e injustificada a su atención”*

Esta definición parece ser corregida posteriormente en la sentencia, cuando esta menciona los otros dos requisitos de la negativa de venta:

*“Que aparece así acreditada la negativa de venta de manera injustificada por las empresas requeridas, por lo que los operadores móviles virtuales se han visto impedidos de actuar en el mercado pues les ha sido imposible acceder al insumo esencial para la provisión del servicio público de telefonía móvil, esto es, el espectro radioeléctrico; asimismo, no existen condiciones competitivas para acceder a ese insumo ante lo cual un OMV debe obtener oferta de facilidades de modo de hacer efectivas las comunicaciones entre suscriptores de diferentes compañías”.*

En otras palabras, de manera implícita la Corte recoge los tres requisitos asentados en la jurisprudencia para sancionar una conducta de negativa de venta. Sin embargo, la Corte Suprema igual-

mente considera como negativa de venta la no satisfacción plena a un pedido efectuado o la demora sistemática e injustificada a su atención .

Nuevamente nos encontramos en terreno abierto para la incertidumbre jurídica, ya que se extiende el concepto de negativa de venta a la demora en entregar un producto o no satisfacer plenamente la solicitud. Por ello, creemos que lo más conveniente para las empresas dominantes es tener especial cuidado al prestar servicios a sus competidores, extendiendo su obligación –de cumplirse los requisitos legales– a prestarlos de forma eficiente y oportuna.

## 2. NORMAS Y JURISPRUDENCIA SOBRE NEGATIVA DE VENTA

Antes de entrar al análisis jurisprudencial de la figura de negativa de venta, es necesario destacar que en este tema adherimos plenamente a los principios generales del derecho de la competencia que se le han dado a esta figura. En efecto, la regla general debe ser que las empresas tengan plena libertad para decidir con quién contratar y que la excepción sea la obligación de comercializar en virtud de la libre competencia.

Bien lo señalan las directrices de la Unión Europea al señalar que *“la existencia de esta obligación –incluso con una remuneración justa– puede socavar los incentivos de las empresas para invertir e innovar, con la posibilidad de que ello redunde en detrimento de los consumidores. El hecho de saber que pueden estar obligadas a suministrar en contra de su voluntad puede llevar a las empresas dominantes –o a las que prevén que pueden llegar a ser dominantes– a no invertir o a invertir menos en la actividad en cuestión. Además, los competidores pueden tener la tentación de aprovecharse de las inversiones de la empresa dominante en lugar de invertir ellos mismos. Ninguna de estas consecuencias beneficiaría a largo plazo a los consumidores”*<sup>9</sup>.

<sup>9</sup> N° 75 **Comunicación de la Comisión - Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes (Texto pertinente a efectos del EEE)**. *Diario Oficial n° C 045 de 24/02/2009 p. 0007 - 0020.*

## 2.1 Normas y Jurisprudencia Internacional

Internacionalmente, la negativa de venta (más generalmente negativa a contratar), se ha visto de la siguiente manera<sup>10</sup>:

El término “negativa de venta” es bastante más amplio de lo que podría pensarse, ya que este incluye y describe diversas situaciones en la que:

- a) La empresa dominante simplemente se niega a venderle su productos a otras empresas que son sus competidores actuales o potenciales
- b) La empresa dominante está dispuesta a vender, pero a un precio “demasiado alto”
- c) La empresa dominante está dispuesta a vender, pero bajo condiciones que resultan inaceptables por ser muy onerosas<sup>11</sup>.

Asimismo, la figura de la negativa de venta puede estar implícita en una conducta de ventas atadas (ya que se niega la venta del bien o servicio que está siendo adherido al principal) o de exclusividad de venta.

Los requisitos que se han fijado para que la negativa de venta sea considerada anticompetitiva a nivel internacional son los siguientes<sup>12</sup>:

1. Existencia de una posición dominante por parte de la empresa que incurre en la negativa de venta. Los estándares varían según cada país. En los países más estrictos (reacios a aceptar la negativa de venta como figura contraria a la libre competencia) se exige que la empresa:

- a) preste un servicio o producto esencial y
- b) sea la única empresa con la que se puede contratar

En otros países, se exige simplemente que el competidor quede en una situación desventajosa producto de la negativa.

2. La empresa que incurre en la negativa no debe estar dispuesta a vender en términos “razonables o apropiados”. La definición

<sup>10</sup> OECD: Policy Roundtables. Refusals to Supply. 2007.

<sup>11</sup> EC Competition Law: Text, Cases, and Materials. Alison Jones, Brenda Sufrin. Oxford University Press, Dec 7, 2007.

<sup>12</sup> OECD. Policy Roundtables. Refusals to Deal. 2007.

de “razonables o apropiados” varía de país en país, pero es común que se revise la historia de la empresa que niega a la venta, de modo tal que se sancione a una empresa que es reincidente en materia de libre competencia.

3. La negativa de venta debe tener un impacto sobre la competencia en el mercado, en detrimento de los consumidores. No es necesario que la negativa de venta elimine a un competidor, sino que se extiende igualmente a la competencia potencial en el mercado.
4. No debe existir una justificación comercial objetiva para la negativa de venta. Sin perjuicio de que volveremos sobre este tema, una forma de verificar este requisito es preguntarse si la empresa hubiese negado la venta aunque la negativa no reduzca o elimine competencia en el mercado.
5. Debe ser posible técnica y económicamente para la empresa proveer el bien o servicio solicitado (sin riesgos por ejemplo para la seguridad y el medio ambiente). Adicionalmente, la empresa debe ser capaz de prestar el bien o servicio sin interrupciones, pérdidas de beneficios de escala, pérdida de flexibilidad, etc.
6. La obligación de vender debe poder diseñarse de forma que asegure la prestación del servicio ininterrumpido y en términos apropiados. El diseño por ejemplo, podría contemplar prohibiciones de discriminar o un mecanismo de solución de conflictos como el arbitraje.

A partir de estos requisitos se desprende que la negativa de venta se sanciona como una especie de abuso de posición dominante. Por tanto, la negativa de venta no se aplica como tal en la medida que sea efectuada por agentes sin poder en el mercado relevante.

De los requisitos mencionados, vale la pena destacar el alcance de la “justificación objetiva” para negarse a contratar. Si bien ello es evidente en algunos casos, por ejemplo, si no existe capacidad ociosa disponible, es muy discutible en otras situaciones que se reflejan en la realidad comercial. Así por ejemplo, podría considerarse que vender una marca muy prestigiosa de perfumes en una estación de servicio podría quitarle valor a la marca y por tanto podría negarse su venta. Sin embargo, la pregunta que se postula es si ello estaría

justificado comercialmente. Más aún, qué pasaría si la parte que solicita comprar tiene una mala reputación en el mercado (por ejemplo, por haberse visto envuelto en juicios de connotación pública), ¿está obligada a vender la empresa proveedora? Si, por ejemplo, la empresa La Polar, entidad que hoy se encuentra enfrentando diversas batallas judiciales de tipo civil, penal y administrativo, quisiera vender un producto considerado “premium” o de lujo y el proveedor negara la venta: ¿se configuraría la condición comercial objetiva para negar la venta? En nuestra opinión, estos casos se encuentran en una zona “gris”, sin perjuicio de lo cual consideramos que claramente el concepto de razón comercial objetiva debe tener cierta extensión más allá de aspectos puramente técnicos.

Las condiciones enunciadas para configurar la negativa de venta igualmente reflejan en la normativa europea, cuyas normas establecen tres requisitos copulativos para sancionar una conducta de negativa de venta<sup>13</sup>:

- a) la denegación se refiera a un producto o servicio objetivamente necesario para poder competir con eficacia en un mercado descendente,
- b) sea probable que la denegación dé lugar a la eliminación de la competencia efectiva en el mercado descendente, y
- c) sea probable que la denegación redunde en perjuicio de los consumidores.

Resulta importante destacar que, de acuerdo a lo expuesto, la normativa Europea exige que la negativa de venta se produzca en un mercado “aguas abajo” y que genere un daño a los consumidores. Este último requisito es consecuencia de la tendencia que se ha generado en Europa y EE.UU. (entre otros países) de sancionar o priorizar solamente aquellos casos que generen un detrimento a los consumidores, otorgando mayor importancia al bienestar del consumidor en vez del bienestar total de la sociedad.

Esto es de la mayor importancia, toda vez que consideramos que clarificar los criterios a utilizar para la selección de casos a ser analizados por una autoridad es muy positivo para la certeza jurídica. Creemos que sería conveniente que la FNE transparentara los crite-

<sup>13</sup> Directriz sobre aplicación del artículo 82. Unión Europea.

rios de selección que utiliza en Chile, de modo tal incrementar la certeza en este sentido.

Un caso reciente en Europa es el de Visa con Morgan Stanley<sup>14</sup>. En este caso, la Corte General Europea, confirmó una decisión de la Comisión Europea del año 2007, mediante la cual se decidió sancionar a Visa por su negativa injustificada a incorporar al banco Morgan Stanley dentro de su sistema de red de pago de tarjetas. La conducta de Visa se extendió durante seis años y medio en el Reino Unido y se corroboró que no existía una justificación objetiva para la exclusión del banco afectado.

La razón invocada por la denunciada para excluir al mencionado banco, fue que este era su competidor directo. Sin embargo la Comisión consideró que ello no era efectivo en tanto Morgan Stanley no disponía un sistema de pago de tarjetas y que este sistema constituía una barrera de entrada su carácter de economía de red y sus altos costos. Asimismo, la Comisión consideró que no existían posibilidades realistas para que la red de pagos creada por Morgan Stanley (denominada “Discover”) fuese introducida al mercado europeo.

En este sentido, la Corte General señaló que la entrada un nuevo jugador como el banco Morgan Stanley hubiese generado mayor competencia, siendo esencial para que esto suceda que el banco pueda entrar al mercado. Se impuso a Visa una multa de 10,2 millones de euros.

Vale la pena destacar que se han desarrollado *tests* económicos para determinar si una negativa de venta es atentatoria a la libre competencia<sup>15</sup>. Por regla general estos *tests* pueden ser aplicados a todos los casos de abuso de posición dominante y la validez que cada autoridad de libre competencia otorga a tales *tests* es variable de acuerdo a cada jurisdicción.

Asimismo, existen casos de negativa de venta emblemáticos relativos a la obligación de prestar una licencia en el ámbito de la propiedad industrial e intelectual. Este es por ejemplo el caso de Microsoft e IMS<sup>16</sup>.

<sup>14</sup> Caso T-461/07

<sup>15</sup> OECD. Policy Roundtables. Refusals to Deal. 2007.

<sup>16</sup> The Competition Law Review. Imelda Maher. Volume 1 Issue 2. December 2004.



Ejemplos de dichos mecanismos son el “*profit sacrifice test*” (o sea, la negativa de venta sería ilícita e injustificada si se pierden utilidades en virtud de la misma) o el “*no economic sense test*” (o sea, la negativa de venta sería ilegal si no tiene justificación económica alguna para realizarla).

A pesar de ello, la forma de aplicación de estos *tests* varía mucho, por lo que sus resultados rara vez son concluyentes y útiles para las autoridades.

Finalmente, uno de los principales problemas que plantea la figura de la negativa de venta es delimitar el rol de las autoridades de libre competencia y las autoridades reguladoras. Ello es así ya que, de acogerse una demanda por negativa de venta, la autoridad de la competencia estaría fijando, directa o indirectamente, las condiciones bajo las cuales se debe prestar el servicio o vender el producto solicitado. Esta es una labor que no atañe a organismos de libre competencia, sino a un regulador (en una economía orientada hacia el libre mercado).

### 3. PROBLEMAS DE COORDINACIÓN DEL TDLC CON REGULADORES SECTORIALES

Lo anterior nos abre un importante problema institucional de la libre competencia: la coordinación de temas regulatorios y de libre competencia. El problema no es menor, por varias razones.

En primer lugar, nuestro Tribunal de Defensa de la Competencia se encuentra oficialmente configurado como un ente jurisdiccional, y precisamente sujeto a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema (art. 5° DL 211). Sin embargo, desde el punto de vista material es un regulador, y debiera pertenecer formalmente también a la Administración descentralizada del Estado, dentro de la esfera de los denominados “reguladores independientes”. La posición, en cambio, es diversa, y el hecho de encontrarse configurado formalmente como un ente judicial le impide en la práctica una adecuada comunicación con otros entes reguladores.

En segundo término, la naturaleza del TDLC resulta más compleja cuando vemos que este organismo “judicial” tiene bajo sus atribuciones una serie de decisiones no jurisdiccionales de importancia.

Estas diferencias hacen más complejo cualquier intento de efectuar una coordinación de las actividades del TDLC con reguladores sectoriales, dado que al reconocerse como entidades completamente distintas en su función, hacen poco probable algún camino institucionalizado o informal de comunicación entre ambos.

Una posibilidad que pudiera plantearse sería la de los “poderes concurrentes”, existentes en el Reino Unido. Esta consiste en que son los propios reguladores sectoriales los que tienen jurídicamente la posibilidad de implementar decisiones que sean principalmente regulatorias, pero con algunos elementos de libre competencia, pudiendo aplicar sanciones por vulneraciones a la libre competencia en forma directa, sin necesidad de requerir al organismo especializado. La principal ventaja consiste en que el órgano que sanciona tiene el conocimiento y potestades suficientes en materia de regulación sectorial.

Esta opción en el Reino Unido se ha aplicado para ciertos casos, como el de las telecomunicaciones (otros casos son los reguladores en materia de aguas, energía, ferrocarriles y aviación). Pero lo más característico es que en la práctica los reguladores han sido prudentes a la hora de sancionar por infracciones a la libre competencia.

Una segunda alternativa consiste en contar con autoridades que, sin necesidad de contar con tales potestades, logran incorporar mecanismos de comunicación entre los órganos que permitan aunar criterios frente a determinados temas. En efecto, se ha recomendado que tales mecanismos, aun siendo informales y no definidos en la ley, se puedan llevar a cabo, permitiendo reuniones periódicas entre reguladores y autoridades de la competencia<sup>17</sup>.

En el ejemplo dado, la evaluación ha sido positiva. Curiosamente, tanto aquellos reguladores que tienen poderes concurrentes para aplicar las normas de libre competencia, como los que simplemente recurren a coordinación institucional, están de acuerdo en sostener que funcionan en forma adecuada. En una investigación efectuada en el Parlamento británico sobre los reguladores económicos, todos los reguladores que concurrieron a la comisión que estudiaba el

<sup>17</sup> House of Lords, ‘The Regulatory State: Ensuring Its Accountability: Government’s Response Report, HL Paper 150’. para. 6.

tema estuvieron de acuerdo en que la comunicación de cualquier especie era deseable<sup>18</sup>.

Decisiones como las relativas a la negativa de venta, por sus implicancias desde el punto de vista regulatorio y constitucional (en cuanto a la limitación de las facultades del dominio y actividad económica) demuestran esta necesidad de actuar en forma concertada.

#### 4. NORMAS Y JURISPRUDENCIA NACIONAL

El TDLC ha sido claro en seguir la tendencia internacional en cuanto a que la negativa de venta es una especie de abuso de posición dominante. El TDLC en su Resolución N° 19<sup>19</sup> de diciembre de 2006, confirmada por pronunciamientos posteriores<sup>20</sup>, ha establecido tres requisitos copulativos para que se configure una conducta de negativa a contratar que sea contraria a la libre competencia. Dichos requisitos son los siguientes<sup>21</sup>:

- a) Que un agente económico vea **sustancialmente afectada su capacidad de actuar o de seguir actuando en el mercado**, por encontrarse **imposibilitada** para obtener en condiciones comerciales normales los **insumos necesarios** para desarrollar su actividad económica;
- b) Que la **causa** que impida a ese agente económico acceder a tales insumos consista en un **grado insuficiente de competencia entre los proveedores** de los mismos, de tal manera que uno de esos proveedores, o varios de ellos coludidos, niegue o nieguen a tal persona el suministro; y
- c) Que el referido **agente económico esté dispuesto a aceptar las condiciones comerciales usualmente establecidas por el proveedor respecto de sus clientes**, pues tal aceptación impone necesariamente a este la obligación de vender o suministrar lo que se le solicita.

<sup>18</sup> House of Lords, Select Committee on Regulators (2007), 'UK Economic Regulators, HL Paper 189-I', (Westminster).

<sup>19</sup> Consulta efectuada por P.A.C.X. South América S.A., respecto a la legitimidad de dejar de vender su producto "Cubos de Alfalfa" a la Compañía Agropecuaria Copeval S.A.

<sup>20</sup> Como la sentencia 26 de Micom contra Enap

<sup>21</sup> Sentencia 64/2008, Micom contra Enap.

En el caso de Enap y Micom (sentencia 60-2008) el TDLC fue claro en señalar que la conducta de Enap fue justificada al rechazar la inscripción de Micom en su registro de clientes, expresando:

*“Decimonoveno. Con respecto a lo anterior, cabe destacar que la demandante no solo mantiene deudas con ESSO, sino que también con otras entidades públicas y privadas por operaciones relativas a la adquisición de combustibles y al acceso a infraestructura para su almacenamiento, lo que evidencia un elevado nivel de endeudamiento por parte de MICOM, que a juicio de este Tribunal permite razonablemente suponer un riesgo que justifica la decisión de ENAP de no aceptar a dicha empresa como sujeto de crédito”*

Asimismo, resulta importante destacar que en la autorización de la fusión entre VTR y Metropolis, el TDLC fijó una prohibición a la empresa fusionada para negar injustificadamente la compra a terceros programadores que vendan señales de televisión pagada<sup>22</sup>.

Asimismo, existe una causa pendiente ante el TDLC, que precisamente recae sobre esta materia. Nos referimos al caso conocido como *“AFEX- Banco de Chile”*, iniciado mediante demanda interpuesta por AFEX el 23 septiembre del año 2010. En dicha demanda, AFEX atribuye al Banco de Chile una negativa injustificada a contratar, fundándose en que esta entidad bancaria habría procedido a cerrar todas sus cuentas (mediante las cuales opera su negocio) sin justificación alguna y se habría negado a reabrir dichos productos. De acuerdo a la demandante, la razón por la cual el Banco de Chile habría actuado de esta forma es por su calidad de competidor de AFEX en el mercado de divisas.

En efecto, en la demanda se señala que AFEX mantiene cuentas con el banco demandado desde el año 1990, habiéndose siempre dedicado al giro de remesas de dinero y operaciones de cambio (especificando que se encuentra autorizado para funcionar en el mercado cambiario formal). De acuerdo a la demanda, todas sus operaciones hasta ahora

<sup>22</sup> QUINTA. Se prohíbe a la empresa fusionada usar su poder de mercado sobre terceros programadores que vendan señales o producciones de TV pagada, para negar injustificadamente la compra, u ofrecer por ellas un precio que no tenga relación con las condiciones de competencia del mercado.

eran realizadas por medio de las cuentas que mantenía en el Banco de Chile. Su alegación es que, dado que el Banco de Chile en este caso actúa en calidad de competidor y proveedor de AFEX, habría abusado de su posición para excluirlo del mercado de las divisas.

La contestación del banco demandado dice relación con los altos costos que habría implicado la mantención de la cuenta de AFEX, así como sus constantes movimientos internacionales. De acuerdo al banco, dichos movimientos precisamente alzan los costos en razón del constante monitoreo que debe efectuarse para evitar el delito de lavado de dinero. Asimismo, señala que las circulares y normas de la SBIF autorizan a terminar unilateralmente el contrato por cualquiera de las partes.

Cualquiera sea el resultado de esta causa, resultará extremadamente relevante para futuros casos de libre competencia en la industria bancaria. Por de pronto, el TDLC deberá hacer un análisis exhaustivo para determinar si el Banco de Chile detenta una posición dominante en el mercado relevante. En sí mismo, este análisis resulta esencial para futuros casos en la industria bancaria, pudiendo dejar la puerta abierta a futuras demandas de abusos (si efectivamente considera que existe tal posición) o cerrarla a este tipo de demandas (si considera que el Banco de Chile no es dominante en el mercado). En segundo lugar, la determinación del mercado relevante relacionado con divisas u operaciones de cambio internacionales también es de suma importancia, toda vez que marcaría un hito en esta materia en Chile desde la óptica de la libre competencia. Finalmente, sería la primera vez desde la creación del TDLC que se analizaría un caso de negativa de contratación en el mercado bancario.

Por lo tanto, la jurisprudencia del TDLC en este tema ha sido clara y consistente, considerando la negativa de venta como un abuso de posición dominante y fijando los requisitos para que ella signifique un ilícito frente a la libre competencia. Más aún, la jurisprudencia del TDLC replica lo fallado por la ex Comisión Preventiva Central en el Dictamen N° 1.016, de 22 de agosto de 1997<sup>23</sup>.

En relación a la Corte Suprema, los requisitos de la negativa de venta mencionados precedentemente fueron ratificados por la misma

<sup>23</sup> Citado por el TDLC en Resolución 19/2006, caso en el cual PACX S.A. consultó sobre la legitimidad de negar la venta a su futuro competidor.

en el caso Verde Sur con Copec. En dicho caso, el TDLC rechazó la acusación de negativa de venta y la Corte Suprema confirmó el fallo del TDLC<sup>24</sup>, señalando en términos categóricos lo siguiente:

*“Tal como lo indica el fallo reclamado, para que esta figura se produzca es necesario que se den tres requisitos copulativos: a) que un agente económico vea sustancialmente afectada su capacidad de actuar en el mercado por encontrarse imposibilitado de obtener los insumos necesarios para desarrollar su actividad económica; b) que la causa que lo genera sea la negativa de uno o más de los proveedores de tales insumos; y c) que el agente económico esté dispuesto a aceptar las condiciones que el proveedor impone respecto de sus clientes. No obstante, Agrícola Verde Sur S.A. no alegó ni acreditó la imposibilidad de obtener el suministro de petróleo diesel para distribuirlo en la modalidad de paddler de las otras distribuidoras mayoristas del país, ni acreditó su imposibilidad de actuar en el mercado bajo esa modalidad por el actuar atribuible a la demandada y que tuviera por finalidad excluirla de éste”.*

Sin embargo, en la Decisión que nos ocupa la Corte Suprema ni siquiera se refirió a tales requisitos.

## CONCLUSIONES

Desde la perspectiva general, nos parece que, tanto la decisión del TDLC como la de la Corte Suprema no resultan completamente claras.

Ello es así para el TDLC en cuanto el hecho de no contar con una concesión no cae de forma evidente en una falta de aceptación de condiciones comerciales, más aún si estas no se encuentran determinadas de forma previa.

Sin embargo, la sentencia de la Corte Suprema es sorprendente, en tanto no resulta claro el motivo por el cual decide revocar la decisión del TDLC e incluso ignora por completo los requisitos de la figura de la negativa de venta, otras veces reconocidos por la misma institución. Consideramos que se muestra la falta de conocimientos específicos de libre competencia por parte de la Corte Suprema, es-

<sup>24</sup> Sentencia 107/2010 del TDLC.

perable en razón de la cantidad y carga de trabajo de la misma. Sin embargo, creemos que el daño que se configura a la certeza jurídica en esta materia es alto, más aún considerando que la Corte Suprema no efectuó distinción alguna entre las empresas en cuanto a la multa impuesta, en circunstancias que lo esperable es que probablemente debió considerar al menos la calidad de reincidente de una de las empresas requeridas y aplicarle una multa mayor.

Este tipo de sentencias llama a mejorar el diseño del sistema de revisión de sentencias de libre competencia. A lo anterior, se han planteado diversas alternativas: una primera opción sería que las sentencias del TDLC fueran revisadas por un órgano especializado en la materia. Otra posible alternativa es realizar un llamado para que la Corte Suprema haga aplicación del principio de deferencia tan utilizado en el ámbito administrativo y reconozca la especialización técnica de los miembros del TDLC, incorporando exclusivamente aspectos procesales y garantías constitucionales al materializar sus decisiones respecto de los recursos de reclamación. Una tercera alternativa, ciertamente más riesgosa y menos recomendable para el debido proceso, sería eliminar la segunda instancia en razón de que parte del derecho procesal moderno considera que un tribunal colegiado es suficiente para garantizar el derecho a defensa. Sin embargo, cualquiera sea la posición que se adopte, creemos que es urgente que se revise este tema, tan patente en la sentencia que se analiza en este artículo. Consideramos que el daño que se provoca a la certeza jurídica con sentencias como la que analizamos, ciertamente supera el costo de abrir un debate serio en esta materia.

#### BIBLIOGRAFÍA

- HOUSE OF LORDS, 'The Regulatory State: Ensuring Its Accountability: Government's Response Report, HL Paper 150'. para. 6
- HOUSE OF LORDS, Select Committee on Regulators (2007), 'UK Economic Regulators, HL Paper 189-I' (Westminster).
- JONES, Alison y Sufrin, Brenda EC Competition Law: Text, Cases, and Materials.. Oxford University Press, Dec 7, 2007
- MAHER, Imelda. The Competition Law Review. Volume 1 Issue 2. December 2004.

OECD. Policy Roundtables. Refusals to Deal. 2007.

OECD: Policy Roundtables. Refusals to Supply. 2007.

TDLC, Resolución N°19 , Consulta efectuada por P.A.C.X. South América S.A., respecto a la legitimidad de dejar de vender su producto “Cubos de Alfalfa” a la Compañía Agropecuaria Copeval S.A.

TDLC, sentencia 26 de Micom contra Enap

TDLC, Sentencia 107/2010

TDLC, sentencia 104/2010