



UNIVERSIDAD DE CHILE
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Económico

LA DOCTRINA DE LAS FACILIDADES ESENCIALES EN EL
DERECHO CHILENO Y COMPARADO

Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

ALUMNA: CAROLINA WERNER POZO

PROFESOR GUÍA: RAFAEL CRUZ FABRES

Santiago, Chile
2007

ÍNDICE

	Pag.
INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO PRIMERO: LA CONFIGURACIÓN DE LA DOCTRINA DE LAS FACILIDADES ESENCIALES.....	5
I. PLANTEAMIENTO.....	5
II. EL ÁMBITO OBJETIVO: EL CONCEPTO DE INSTALACIONES ESENCIALES.....	8
A. Las Facilidades Esenciales <i>versus</i> la Doctrina de las Facilidades Esenciales.....	8
B. Qué se entiende por “Instalaciones”.....	10
C. El carácter “Esencial”.....	11
III. UNA PRIMERA APROXIMACIÓN A LA DOCTRINA DE LAS FACILIDADES ESENCIALES.....	14
A. La descripción tradicional.....	14
1. La descripción tradicional está vinculada a las relaciones verticales.....	14
2. El contexto económico y jurídico de las relaciones verticales.....	16
B. La discusión estructural en torno al mercado relevante.....	19
C. La doctrina y los fines de la protección de la libre competencia.....	22
D. Aplicación de la doctrina.....	24
IV. LA VINCULACIÓN DE LA DOCTRINA CON LA NEGATIVA DE PACTAR (<i>Refusal To Deal</i>).....	26
A. La negativa de pactar como concepto genérico.....	26
1. La configuración de una negativa de pactar.....	26
2. La negativa de pactar contraria a la libre competencia.....	27
3. La posibilidad de invocar justificaciones objetivas.....	30
4. Algunas consideraciones económicas.....	33
B. Un caso específico de negativa de pactar: la negativa de licenciar derechos de propiedad intelectual.....	38
1. La tensión entre los derechos de propiedad intelectual y la libre competencia.....	39
2. El tratamiento del tema en el derecho comparado.....	41
3. Un caso particular: la interoperabilidad (<i>interoperability</i>)...	43

V.	LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DERIVADAS DE LA APLICACIÓN DE LA DOCTRINA DE LAS FACILIDADES ESENCIALES.....	44
A.	El establecimiento de un régimen de neutralidad.....	44
B.	El carácter temporal de las consecuencias jurídicas.....	45
C.	Casos en que no se producen las consecuencias jurídicas.....	46

CAPÍTULO SEGUNDO: LAS FACILIDADES ESENCIALES EN EL DERECHO NORTEAMERICANO..... 48

I. PLANTEAMIENTO..... 48

II. EL MARCO LEGAL: LAS DISPOSICIONES DE LA SHERMAN ACT. 49

A.	Antecedentes básicos del sistema norteamericano de protección de la libre competencia.....	49
B.	La Sección §1 de la <i>Sherman Act</i>	52
C.	La Sección §2 de la <i>Sherman Act</i>	53

III. EL CONTENIDO DE LA DOCTRINA DE LAS FACILIDADES ESENCIALES EN ESTADOS UNIDOS..... 55

A.	El restringido alcance de la doctrina.....	55
B.	La doctrina es una excepción a la libertad de contratar.....	56
C.	La tibia recepción en la doctrina y la jurisprudencia.....	57
D.	El <i>test</i> de aplicación.....	61

IV. LA JURISPRUDENCIA..... 64

A.	Casos fallados por la Corte Suprema.....	64
1.	<i>Terminal Railroad</i> (1912).....	65
2.	<i>Associated Press</i> (1945).....	68
3.	<i>Griffith</i> (1948).....	71
4.	<i>Otter Tail</i> (1973).....	73
5.	<i>Aspen</i> (1985).....	76
6.	<i>Trinko</i> (2004).....	80
B.	Casos fallados por Cortes Inferiores.....	88
1.	<i>Hecht</i> (1977).....	88
2.	<i>Byars v. Bluff City News</i> (1979).....	90
3.	<i>MCI</i> (1983).....	92
4.	<i>Kodak</i> (1997).....	94

CAPÍTULO TERCERO: LAS FACILIDADES ESENCIALES EN EL DERECHO

DE LA COMPETENCIA DE LA COMUNIDAD EUROPEA (CE)	101
I. PLANTEAMIENTO.....	101
II. EL MARCO LEGAL: LAS DISPOSICIONES DEL TRATADO CONSTITUTIVO DE LA UNIÓN EUROPEA.....	103
A. Antecedentes básicos del sistema europeo de protección de la libre competencia.....	103
B. El Artículo 82 del Tratado.....	105
III. EL CONTENIDO DE LA DOCTRINA DE LAS FACILIDADES ESENCIALES EN EUROPA.....	106
A. El carácter ambivalente de la doctrina.....	106
B. La relación entre la doctrina y la libertad de contratar: el antes y después del caso <i>Bronner</i>	108
C. La recepción doctrinal.....	109
D. Los Criterios de Aplicación.....	111
IV. LA JURISPRUDENCIA.....	112
A. Casos fallados por la Corte Europea de Justicia.....	113
1. <i>Commercial Solvents</i> (1974).....	113
2. <i>United Brands</i> (1978).....	117
3. <i>Hugin</i> (1978).....	121
4. <i>Volvo y Renault</i> (1988).....	123
5. <i>Magill</i> (1995).....	126
6. <i>Bronner</i> (1997).....	135
7. <i>IMS</i> (2004).....	144
B. Decisiones de la Comisión y de la Corte de Primera Instancia.....	154
1. <i>IBM</i> (1984).....	154
2. <i>London-European/Sabena</i> (1988).....	155
3. <i>Sealink</i> (1992).....	157
4. <i>Port of Rodby</i> (1993).....	159
5. <i>Aer Lingus</i> (1993).....	161
6. <i>Sea Containers</i> (1994).....	163
7. <i>Ladbroke</i> (1997).....	166
8. <i>European Night Services</i> (1998).....	171
9. <i>Microsoft</i> (2004).....	176
 CAPÍTULO CUARTO: LA DOCTRINA DE LAS FACILIDADES ESENCIALES EN EL DERECHO CHILENO	181
I. PLANTEAMIENTO.....	181

II.	EL MARCO LEGAL: LAS DISPOSICIONES DEL DECRETO LEY N° 211.....	183
A.	Antecedentes básicos del sistema europeo de protección de la libre competencia.....	183
B.	El artículo 3° del DL N° 211.....	185
III.	LA RECEPCIÓN DE LA DOCTRINA DE LAS FACILIDADES ESENCIALES EN EL DERECHO CHILENO.....	187
A.	La recepción de la doctrina entre los autores.....	187
B.	La recepción jurisprudencial.....	189
	1. La acertada regla general.....	189
	2. Un fallo riesgoso: el caso <i>Transbank</i>	195
IV.	CONCLUSIÓN: LA INCONVENIENCIA DE APLICAR LA DOCTRINA DE LAS FACILIDADES ESENCIALES.....	198
	BIBLIOGRAFÍA.....	201

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo está dedicado al estudio de la doctrina de las facilidades esenciales. Se trata, en cierto sentido, de un estudio particular. Primero, porque su objeto puede, a primera vista, parecer secundario en relación con otros temas relativos a la aplicación de las disposiciones de protección de la libre competencia. En efecto, la doctrina de las facilidades esenciales es un tópico que, para ser utilizado en un caso concreto, requiere como presupuesto de la definición previa de otros conceptos relativamente más conocidos, tales como mercado relevante o posición de dominio. Por ello -y he aquí la primera particularidad-, pudiera parecer extraño no abocarse primero al estudio de tales conceptos, igualmente poco estudiados en profundidad en el ámbito nacional.

Por otra parte, es también atípico porque tiene por objetivo tratar el tema de las facilidades esenciales para evitar su aplicación en el derecho nacional o, al menos, circunscribirla a un ámbito muy restringido y meramente descriptivo. En este sentido, es una especie de “dúplica”, que se hace cargo de los argumentos que han permitido el nacimiento y evolución de la doctrina en el derecho comparado, para luego intentar dar razones relativas a por qué ella no debiera ser utilizada en Chile. Tales razones dicen relación principalmente con el vínculo existente entre la protección de la libre competencia y el desarrollo económico general; y con la necesidad de contar con criterios predecibles, de contornos acotados y claros, que puedan ser aplicados con seguridad en un caso concreto.

Estas dos particularidades son las que se intentará aclarar en el desarrollo del trabajo. Para ello, en los siguientes capítulos serán mostrados los aspectos más relevantes de la doctrina de las facilidades esenciales y el alto grado de controversia que ella genera transversalmente en diversos ordenamientos jurídicos. El análisis muestra claramente que la doctrina más parece ajustarse a una mera forma de analizar cierto tipo de conductas en materia de libre competencia (o bien, formar parte de una línea argumentativa), que una teoría jurídico-económica acabada que puede ser invocada directamente para aplicar responsabilidad y derivar de ella consecuencias jurídicas. En efecto, los casos en que ella suele invocarse pueden ser resueltos de mejor forma haciendo uso de otras teorías más tradicionales y claras desarrolladas para la protección de la libre competencia.

Por lo anterior, la conclusión que deriva de este trabajo es que la doctrina de las facilidades esenciales puede ser considerada como un subconjunto de lo que el derecho comparado se denomina negativa de pactar (*refusal to deal*). Por lo mismo, la tesis subyacente es que debiera evitarse su adopción en el derecho nacional y, por el contrario, centrar los esfuerzos en avanzar en la construcción de una doctrina de la negativa de pactar cuyas bases, por lo demás, ya han

sido esbozadas por los organismos de defensa de la libre competencia a propósito de los casos de negativa de venta.

En este contexto, el Capítulo Primero está destinado a asentar un marco teórico. Su objeto es describir y analizar los elementos que son necesarios para configurar la doctrina de las facilidades esenciales. Su desarrollo se basa en una distinción fundamental: las “facilidades esenciales”, en cuanto instalaciones básicas para la competencia en ciertos mercados o segmentos de estos, es un concepto diferente de la doctrina jurídica de las facilidades esenciales utilizada en el derecho comparado. Esta última posee requisitos específicos, entre los cuales se encuentra la presencia de una instalación esencial, que la configuran y en cuya presencia es posible imponer responsabilidad sobre una empresa dominante y aplicar las consecuencias jurídicas que derivan de la misma. En relación con estas últimas, surge una segunda idea básica: ellas van más allá que la mera imposición de un acceso obligatorio, el cual no es el fin primordial de la doctrina; es decir, no se debe ordenar a una firma dominante que otorgue acceso a sus competidores a una facilidad por el mero hecho de detectar esta última y calificarla de esencial. De aquí que la racionalidad de ambas -doctrina de las facilidades esenciales e imposición de acceso compulsorio- no deben ser confundidas, sino claramente separadas.

Sobre esta base, se estudia primero el ámbito objetivo de la doctrina, esto es, qué debe entenderse por instalaciones y por esencialidad. Luego, se avanza a la configuración de la doctrina jurídica de las facilidades esenciales, mostrando su descripción tradicional y cómo ésta se encuentra vinculada a las relaciones verticales y a la presencia de dos mercados. A continuación se exponen otros planteamientos que desafían la tradición señalando que no es necesaria la presencia de dos mercados. Se expone también la compatibilidad de la doctrina con las finalidades del derecho *antitrust*. Enseguida, siguiendo la tesis subyacente a este estudio, se vincula la doctrina de las facilidades esenciales con la negativa de pactar. Para ello, se describe esta última en términos generales (incluyendo un breve y modesto análisis económico técnico, que los economistas tendrán que perdonar por su simplicidad y los abogados por el temor psicológico que él suele generar) y respecto de un caso específico de alta trascendencia actual: la negativa de licenciar derechos de propiedad intelectual.¹ El capítulo finaliza con un análisis de las consecuencias jurídicas de la doctrina.

Los tres capítulos siguientes tienen por finalidad contrastar el marco teórico con la realidad práctica. El Capítulo Segundo está destinado a mostrar la doctrina en el contexto del derecho norteamericano, a través de un análisis eminentemente casuístico. Previo a éste, sin embargo, se

¹ Como fundamento del análisis económico, se puede recordar aquel dicho según el cual “un abogado que no ha estudiado economía, es muy propenso a volverse un enemigo público”.

expone el marco legal bajo el cual se ha desarrollado la doctrina en ese ordenamiento jurídico y se sintetizan los principales aspectos de la discusión a que ella ha dado lugar. Como se verá, en Estados Unidos la doctrina ha sido aplicada restrictivamente, atendido el hecho que ella es considerada como una limitación a la regla general constituida por la libertad económica y, específicamente, la libertad de contratar. Con todo, su recepción ha sido más bien fría entre los autores y la jurisprudencia. El capítulo finaliza con una muestra de los principales casos relativos a facilidades esenciales; en cada uno de ellos se describen los hechos y la decisión de la respectiva corte, y se sintetizan los principales comentarios dados por los autores (a los que se agregan algunos otros).

Un esquema similar es el que se ha utilizado en el Capítulo Tercero, en el cual se expone el nacimiento, evolución y estado actual de la doctrina de las facilidades esenciales en el derecho europeo. El análisis se basa exclusivamente en el derecho comunitario, atendida su mayor importancia relativa actual en relación con las normativas nacionales de protección de la libre competencia. Como se verá, la doctrina allí se encuentra aun menos consolidada que en el derecho norteamericano, y su status ha variando a lo largo del tiempo. En efecto, ella comenzó siendo parte de un deber general de pactar que recaía sobre las empresas dominantes, el cual se generó en buena parte gracias a la diversidad de fines de la protección de la libre competencia que consagra el tratado de la Comunidad Europea. Sin embargo, su posición en el último tiempo se ha ido acercando a la norteamericana y, por tanto, existe una visión cada vez más restringida de la doctrina, la que parece estar ahora (al igual que el aludido deber) más cerca de las excepciones a la libertad de contratar.

Es necesario aquí hacer un par de advertencias metodológicas. En primer término, los casos que se presentan en los capítulos segundo y tercero no han sido objeto de un análisis completo y acabado, sino que sólo se examinan -lo más rigurosamente posible- los aspectos relativos a la doctrina que es objeto de este estudio. Si se tocan tangencialmente temas relativos a otras materias, como por ejemplo a los mercados relevantes, es sólo con la finalidad de exponer de mejor manera los argumentos correspondientes a la doctrina de las facilidades esenciales. La segunda advertencia dice relación con las traducciones de los casos. Ellas no son oficiales, aunque han sido realizadas a partir del texto original de los fallos en inglés de una forma fidedigna y lo más ajustada a la realidad que sea posible. En cada caso se deja constancia de la cita oficial de su sentencia publicada en inglés, con la cual es relativamente sencillo encontrarlas en los respectivos sitios web.

El Capítulo Cuarto y final está dedicado al derecho chileno. Siguiendo un esquema similar al de los dos anteriores (es decir, luego de exponer brevemente el marco legal), en este capítulo se explicita la falta de recepción de la doctrina de las facilidades esenciales, tanto entre los autores

como en la jurisprudencia, y se intenta demostrar las bondades de esta carencia. En las conclusiones se cierra el círculo argumentativo iniciado en el Capítulo Primero.

CAPÍTULO PRIMERO

LA CONFIGURACIÓN DE LA DOCTRINA DE LAS FACILIDADES ESENCIALES

“En cierto modo, la doctrina de las facilidades esenciales está tan ‘bien establecida’ como casi ninguna otra en el derecho de la libre competencia”.²

“El mundo de la libre competencia sería ciertamente un mejor lugar si [la doctrina de las facilidades esenciales] fuera abandonada, llenando los vacíos resultantes con un poco de sintonía fina de la doctrina general de la negativa de un monopolista de pactar”.³

I. PLANTEAMIENTO.

En toda sociedad industrializada existe una tensión entre dos sistemas de organización económica. Expuestos de una forma “pura”, el “sistema de mercado” se caracteriza por permitir a individuos y grupos un alto grado de libertad para alcanzar sus propias metas de bienestar, estando sujetos sólo a ciertas restricciones básicas; mientras que en el “sistema colectivista” es el Estado quien busca dirigir o encauzar determinados comportamientos que (se asume) no ocurrirían en ausencia de tal intervención.⁴

Cada uno de estos sistemas económicos se identifica con un régimen legal bajo el cual se realizan los intercambios entre los individuos. Así, el libre mercado se instrumentaliza fundamentalmente a través del derecho privado, careciendo la regulación de un rol significativo.⁵ En este esquema, el derecho posee primordialmente un rol facilitador de las relaciones individuales: ofrece una serie de “arreglos” formales -configurados bajo la forma de contratos-

² HIRSH, Merrill y Gabriela A. RICHEIMER: "The Essential Facilities Doctrine: Keeping the Word 'Epithet' from Becoming One". Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=389200> (última visita 10.03.07), 2003, p.1.

³ Herbert HOVENKAMP, *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and its Practice*. 2a ed. St. Paul. MN.: West Publishing Co., 1999, p.305.

⁴ LAJUGIE, Joseph: *Los sistemas económicos*. 8a ed. Buenos Aires: Editorial Universitaria.: 1970; y OGUS, Anthony: *Regulation: Legal Form and Economic Theory*. Oxford: Hard Publishing, 2004. Véase también ARIÑO Ortiz, Gaspar: *Principios de Derecho Público Económico (Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica)*. 2a ed. Granada: Fundación de Estudios de Regulación, Comares Editorial, 2001; y *Economía y Estado*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993.

⁵ En esta afirmación, el término “regulación” es tomado en el sentido del *droit public économique* francés o el *Wirtschaftsverwaltungsrecht* alemán. En el derecho anglosajón, que carece de un término similar, se utiliza la expresión *regulation* o *regulatory law* para llenar el vacío conceptual. Con todo, incluso hay quienes utilizan el término más amplio de *Administrative law* (HAYEK, Friedrich: *Legislation and Liberty*. Londres: Routledge and Kegan Paul, 1973, p.137). También descrita en su forma “pura”, la regulación corresponde al esquema de derecho propio del sistema colectivista. “Regular” contiene la idea básica de control por parte de un órgano superior; en otras palabras, su función es *directiva*. Para alcanzar sus fines, los individuos son compelidos por una autoridad superior – el Estado- a comportarse de una forma particular, bajo pena de sanción en caso de desacatar un determinado mandato. En este esquema, el derecho es “público”, en el sentido de que es el Estado quien fuerza el cumplimiento de ciertas obligaciones, sin que los particulares tengan la posibilidad de alterar dicho mandato mediante sus acuerdos privados. Por consiguiente, se trata además de un derecho fundamentalmente “centralizado”.

que permiten a los individuos llevar a cabo sus actividades y relaciones de búsqueda de bienestar de manera descentralizada.⁶ Por cierto, tales arreglos dan paso a derechos y obligaciones para las partes que pueden, si es necesario, ser forzadas por un tercero dotado del necesario poder para ello.⁷

De aquí que, entonces, la regla general en el sistema de mercado, regido fundamentalmente por el derecho privado, sea la libertad de contratar. En principio, cada individuo o firma es libre de contratar con quien desee y de pactar las condiciones que estime convenientes a efectos de desarrollar su actividad económica.

Sin embargo, bajo ciertas circunstancias, la negativa de pactar por parte de una firma que detenta un poder monopólico puede constituir una conducta contraria a la libre competencia, la cual, en la mayoría de las legislaciones, es sancionada bajo la figura de abuso de posición dominante.⁸ Tal negativa es parte de lo que, dentro del marco genérico de las conductas contrarias a la libre competencia, se denomina “prácticas exclusorias”, las cuales pueden definirse como aquellas conductas realizadas por algunos agentes económicos con el objeto de hacer un lado a sus competidores y así lograr mantener o incrementar su posición en algún mercado.⁹

El principio que rige entonces es que, en ciertos casos calificados, una firma con poder monopólico tiene un deber de suministrar si con su negativa es susceptible de causar un efecto

⁶ De aquí la concepción económica del mercado como institución facilitadora de los intercambios, es decir, como aquella que permite reducir los costos de transacción. Al respecto, OGUS, *Regulation...*, cit en nota 4, pp. 17 y ss.; y COASE, Ronald: *The Firm, the Market and the Law*. Chicago y London: The University Chicago Press, 1988, pp. 7-10. Acerca de instituciones, véase NORTH, Douglas: *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*. México: Fondo de Cultura Económica, 1993.

⁷ Por cierto que se corre el riesgo de simplificar en exceso los modelos con esta descripción “pura” de cada uno de ellos; su finalidad es meramente didáctica. La complejidad y multifuncionalidad de los modelos es inmensamente mayor y, obviamente, el derecho responde de diversas maneras de acuerdo a las realidades a las que se ve enfrentado. Por una parte, es ciertamente erróneo identificar en forma exclusiva al libre mercado con el derecho privado, facilitador y descentralizado, pues ninguna sociedad puede existir sin que el Estado provea un grado mínimo de orden y seguridad mediante la imposición forzada de ciertas obligaciones, aún por sobre los acuerdos privados libremente adoptados (este es el caso, por ejemplo, del derecho penal). Por otra parte, la regulación no es siempre directiva, pública y centralizada: en ciertas áreas se deja paso a la autorregulación o bien los intereses colectivos son alcanzados por la vía de acuerdos entre particulares. Véase ARIÑO: *Principios...*, cit. en nota 4.

⁸ Esto implica reconocer que la serie de requerimientos que subyacen a la configuración tradicional del contrato como vehículo de interacción de las relaciones entre personas no necesariamente se condicen con ciertas posiciones de desigualdad que suelen darse en el contexto en que se desenvuelve la contratación moderna. La posición de poder que una persona tiene sobre otra a la hora de negociar un contrato y, principalmente el abuso en que puede incurrir al explotar esa posición acotan seriamente las características de facilitador, privado y descentralizado del contrato. Una de las hipótesis de posición de poder es el abuso de posición monopólica. A este respecto, véase WERNER Carolina y Nicole NEHME: “El rol de los conceptos de Orden Público, Buenas Costumbres y Buena Fe en la contratación entre partes desiguales”. En: *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello: pasado, presente y futuro de la codificación* (Tapia M., ed.). Santiago: LexisNexis, 2005.

⁹ Como explica Eleanor M. FOX (“What is Harm to Competition? Exclusionary Practices and Anticompetitive Effect”. En: *Antitrust Law Journal*, vol. 70, 2002, p.371), el derecho de la libre competencia dice relación con dos tipos de prácticas principales: “explotativas” y “exclusionarias”. El caso paradigmático entre las primeras es el cartel, mientras que un ejemplo de las segundas (relacionado con el primero) es un boicot por parte del cartel a quienes pudieran destruir o interferir en su negocio.

dañoso y significativo en la libre competencia. En otras palabras, le está vedado excluir a sus competidores bajo ciertas y determinadas circunstancias. Subyace a esta idea el hecho de que la necesidad de los competidores de competir libremente y el interés de consumidores y del público en dicha competencia posee un mayor peso que el interés de la firma dominante de hacer un uso exclusivo de sus recursos.

Una de las prácticas exclusorias que ha sido descrita por la doctrina y la jurisprudencia en materia de libre competencia consiste en obstaculizar el acceso a un determinado mercado o a un segmento de él a competidores mediante la monopolización y posterior denegación de uso de instalaciones calificadas como “esenciales”. El estudio particular de esta práctica ha dado lugar a lo que se conoce como “doctrina de las instalaciones esenciales”, o “facilidades esenciales”, siguiendo la traducción literal del inglés.

La doctrina de las facilidades esenciales tuvo su origen en el derecho norteamericano, específicamente a partir de la decisión de la Corte Suprema en el caso *Terminal Railroad*, de 1912. Ella ha sido tradicionalmente enfocada como una excepción a la libertad de contratar y, por consiguiente, es interpretada de manera restrictiva y aplicada excepcionalmente por la jurisprudencia. Con todo, a partir de *Terminal Railroad*, numerosas sentencias de las cortes inferiores han hecho uso explícito de ella, y algunos pronunciamientos de la Corte Suprema también se han basado en sus supuestos.

En Europa, por su parte, la formulación y desarrollo de la doctrina de las instalaciones esenciales es más reciente. Su origen suele situarse en 1974, luego del caso *Commercial Solvents*. Desde entonces, varios fallos y decisiones de la Corte Europea de Justicia y de la Comisión han hecho aplicación de la misma, de manera expresa o tácita; y lo mismo ha ocurrido a nivel de países.¹⁰ El enfoque de la doctrina en Europa es algo diferente al norteamericano: ella fue tradicionalmente considerada como una especificación de un cierto deber de pactar que recaía sobre las firmas dominantes, un deber de asistir a sus competidores. Sin embargo, a partir del caso *Bronner*, de 1997, la posición europea ha comenzado a converger con la norteamericana.

A pesar de los numerosos antecedentes jurisprudenciales del derecho comparado, la doctrina genera un alto grado de controversia. Mientras parte de la doctrina defiende fervientemente su

¹⁰ Así por ejemplo, en España el Tribunal de Defensa de la Competencia se ha pronunciado acerca de ella en los casos “*Mc Lane* contra Tabacalera, S.A.” (resolución de fecha 26 de mayo 1997, confirmada por resolución de 24 de abril de 2002); “Escuelas de Esquí de Sierra Nevada” (resolución de 15 de junio de 2000); “Escuelas de Esquí de Navacerrada” (resolución de 6 de marzo de 2002); “Velatorios de Madrid” (resolución de 20 de junio de 2001); y “Tubogas/Repsol Butano” (resolución de 7 de marzo de 2002). Al respecto, véase VILLAR Rojas, Francisco: *Las instalaciones esenciales para la competencia*. Granada: Editorial Comares, 2004, pp. 89 y ss.

aplicación, muchos autores niegan expresamente su existencia, y otros, al no diferenciarla de otras doctrinas afines (como por ejemplo, la negativa de pactar), lo hacen de manera tácita. Asimismo, aun aceptando su existencia, existe controversia en cuanto a sus elementos, a los casos y supuestos en los cuales es posible aplicarla y a las consecuencias que derivan de su aplicación.

Con todo, la mayoría parece estar de acuerdo en que una aplicación amplia o excesiva de la doctrina de las *essential facilities* puede tener efectos perjudiciales. Esto puede deberse a la existencia de elementos expropiatorios envueltos en una solicitud de acceso que afectan la propiedad del titular, o a un comportamiento de *free rider* por parte del solicitante, los que pueden terminar por acarrear graves desincentivos a la inversión y la innovación.¹¹ Por tanto, de aplicarse, debiera existir un límite razonable para determinar qué debe considerarse una facilidad esencial y cuáles son las circunstancias específicas en que el acceso a ella puede ser ordenado.

Este capítulo tiene por finalidad describir la doctrina y los elementos generales que pueden ser extraídos de su aplicación en diversas jurisdicciones. Ello es fundamental para analizar su desarrollo en diversas jurisdicciones y entender su lógica subyacente. Para esto, primero se expone su aspecto objetivo: qué se entiende por instalaciones y por esencialidad (II). Luego, se realiza una primera aproximación genérica al contenido de la doctrina (III). Aquí se presenta fundamentalmente su vinculación tradicional con las relaciones verticales y con la exigencia de dos mercados conexos; el tratamiento que de ella hacen algunos autores, que no exigen dos mercados; su relación con la finalidad de la protección de la libre competencia; y, finalmente, se esquematiza su forma de aplicación. A continuación se muestra la relación entre la doctrina de las facilidades esenciales y la conducta exclusoria de la negativa de pactar (IV). Finalmente, son expuestas las consecuencias jurídicas que derivan de su aplicación (V).

II. EL ÁMBITO OBJETIVO: EL CONCEPTO DE “INSTALACIONES ESENCIALES”.

A. LAS FACILIDADES ESENCIALES *VERSUS* LA DOCTRINA DE LAS FACILIDADES ESENCIALES.

¹¹ Un *free rider*, “parásito” o “polizón” es “una persona que recibe el beneficio de un bien, pero evita pagarlo” (MANKIW, Gregory: *Principios de economía*. Madrid: McGraw-Hill, 2001, p.143).

Se entiende por “facilidad esencial” aquel insumo que es necesario e imprescindible para llegar a los consumidores, o para que uno o más competidores desarrollen su actividad económica.¹² El ámbito de hecho propio de la doctrina de las facilidades esenciales es, entonces, el aseguramiento del acceso a esos bienes y de su posterior uso, pues ellos, siendo utilizados por un determinado actor en condiciones monopolísticas, son indispensables para el desarrollo de una actividad económica por parte de competidores. En términos generales, un insumo será esencial toda vez que su duplicación sea imposible o extremadamente difícil, debido a restricciones físicas, geográficas, legales o económicas. Esta imposibilidad de duplicación es precisamente la causa de la protección que el derecho de la libre competencia confiere al acceso a tales insumos.

El concepto “facilidades esenciales” no debe ser confundido con el de la “doctrina de las facilidades esenciales”. El primero es un concepto empleado, tanto en el lenguaje jurídico como en el lenguaje común, para identificar ciertas instalaciones que, por diversos motivos son consideradas básicas para la vida en sociedad, sin que necesariamente tengan relación con la libre competencia.¹³ La doctrina de las facilidades esenciales, en cambio, se limita al ámbito de la libre competencia, siendo su contenido, su finalidad y sus consecuencias jurídicas, específicos y bien delimitados. Respecto de ella, las “facilidades esenciales” son sólo su objeto. El entendimiento de esta diferencia es crucial para un correcto análisis jurisprudencial.

Inherente a la doctrina se encuentra la premisa de que quien detenta el insumo esencial posee una posición monopólica. Sin tal requisito puede no haber base para la aplicación del derecho de la libre competencia.¹⁴ Así se reconoce tanto en el derecho europeo como en el norteamericano, donde las conductas derivadas de la doctrina de las facilidades esenciales son sancionadas bajo figuras de abuso de posición monopólica; y lo mismo ha acontecido, en el derecho nacional. El requisito deriva, por lo demás, del concepto mismo de instalaciones esenciales, como se verá a continuación.

¹² Similar es la definición de la Comunidad Europea. Véase http://ec.europa.eu/comm/competition/general_info/e_en.html (consulta: 22.01.07).

¹³ En el Código norteamericano tienen esta calificación, por ejemplo, los equipamientos hidráulicos públicos, que pueden ser arrendados cuando su uso no sea imprescindible (*section 172.f, chapter 8.a, Tit. 7, US Code*), los servicios básicos para los núcleos de población de las zonas rurales (*section 2661, chapter 59, Tit. 7*), y las cantinas de los hospitales y los edificios del Departamento de Defensa (*section 7802, chapter 78, part V, Tit. 38*). Asimismo, la jurisprudencia comparada es abundante en fallos que hacen referencia a las facilidades esenciales, pero no la doctrina.

¹⁴ De acuerdo a VILLAR (*Las instalaciones...*, cit. en nota 10, pp. 122-123), el carácter esencial puede encontrarse en un insumo cuyo dominio puede o no pertenecer al operador dominante del mercado. Es decir, dominancia y esencialidad no son lo mismo, aunque pueden coincidir. Explica que si un operador pequeño –por ejemplo, con un 5% de participación de mercado– controla el acceso a una zona específica –un poblado rural pequeño–, su instalación puede de todas maneras ser considerada esencial si se presentan los requisitos para ello, pues en su ámbito de actuación la llegada al usuario depende tan críticamente de él como puede serlo de un operador dominante en otras zonas más extensas. La dominancia no sería condición *sine qua non* para determinar el carácter esencial de un insumo. Con todo, esta posición no parece ser correcta, como se verá a lo largo de este estudio.

B. QUÉ SE ENTIENDE POR “INSTALACIONES”.

El vocablo *facilities* posee diversas traducciones. En efecto, puede ser identificado no sólo con “instalaciones” o “facilidades”, como tradicionalmente es utilizado, sino también como “medios”, “recursos”, “servicios” o incluso “prestaciones”. El vocablo “instalaciones” es el de uso más extendido como traducción en el derecho español.¹⁵ Sin embargo, posee el defecto de ser un término con un significado restringido al ámbito de los servicios de infraestructura, dejando fuera otros casos. El término “facilidades”, por otra parte, más parece ser un americanismo que un vocablo propiamente castellano. De aquí que resulte más preciso hablar de “recursos” o “insumos” o, jurídicamente, simplemente de “bienes”.¹⁶ En este trabajo, no obstante, se utilizarán diversas de estas terminologías como sinónimas.

De acuerdo con LIPSKY y SIDAK, el término *facilities* hace referencia a una estructura física integrada o a grandes bienes de capital, con un cierto grado de ventaja de costos o bien un carácter único, lo que usualmente le confiere a quien la detenta un poder monopólico y un poder de controlar el mercado, en virtud de su superioridad para conseguir los fines que se persiguen.¹⁷ HOVENKAMP, por su parte, ejemplifica señalando que los casos conocidos por la jurisprudencia generalmente caen dentro de una de las siguientes tres categorías: (i) monopolios naturales o acuerdos de *joint venture* sujetos a significativas economías de escalas; (ii) estructuras, plantas u otros valiosos bienes de capital que han sido creados como parte de un régimen regulatorio, sin importar si son o no monopolios naturales; o (iii) estructuras de dominio público cuya creación o mantención es subsidiada.¹⁸

Las facilidades objeto de la doctrina suelen ser inmuebles, pero ello no obsta a la posibilidad de considerar insumos muebles o incluso derechos. Como ejemplos de inmuebles se encuentran la infraestructura portuaria, las redes de telecomunicaciones y eléctrica, la infraestructura de aguas y la ferroviaria. En el caso de los muebles, tales como barcos, camiones u otros, su consideración como “instalación” es independiente del hecho que ellos usualmente pueden ser sustituidos con cierta facilidad (es decir, es independiente de su esencialidad). Finalmente, también caen dentro de la categoría derechos tales como una concesión de servicio público, derechos de propiedad intelectual o derechos sobre –por ejemplo- una lista de clientes, e incluso

¹⁵ VILLAR: *Las instalaciones...*, cit. en nota 10, p.108.

¹⁶ El Código Civil chileno señala que los bienes consisten en cosas corporales o incorpóreas; mientras las primeras son las que tienen un ser real y pueden ser percibidas por los sentidos, las segundas consisten en meros derechos (artículo 565).

¹⁷ LIPSKY JR., Abbott B. y J. Gregory SIDAK: “Essential Facilities”. En: *Stanford Law Review*, vol. 51, 1999, p. 1211.

¹⁸ HOVENKAMP: *Federal...*, cit. en nota 3, p.307. Como se verá, HOVENKAMP niega la existencia de la doctrina y la considera innecesaria y superflua. Señala que los casos en que ella pudiera ser aplicada pueden ser tratados más bien como casos en los cuales se presentan niveles extremos de monopolización.

bienes intangibles como el software.¹⁹ Del mismo modo, parte de tales bienes o derechos puede constituir una facilidad, como puede ser el caso del bucle local (la “última milla”) en una red de telecomunicaciones o de un transformador de la red eléctrica.

Por su parte, la titularidad pública o privada del bien es irrelevante a efectos de la aplicación de la idea de *facility*; es decir, es indiferente quien es su titular o propietario.²⁰ Asimismo, es indiferente el régimen jurídico aplicable al bien. Esto implica que aun cuando esté sometido a un régimen especial, ello no excluye ni su consideración como *facility* cuando corresponda, ni la aplicación de las consecuencias jurídicas derivadas de la calificación.²¹ Con todo, el tema de las instalaciones esenciales surge comúnmente en sectores de infraestructura regulados, por lo que suele presentarse la disyuntiva pública entre extender la regulación o aplicar las reglas de la libre competencia.

Sí es necesario, en cambio, delimitar las instalaciones desde un punto de vista estructural y uno subjetivo. Desde el punto de vista estructural, las instalaciones deben ser consideradas sobre la base de un mercado relevante. Desde el punto de vista subjetivo, lo que singulariza una facilidad, en el ámbito de la doctrina de las *essential facilities*, es su necesidad de uso por los competidores, independiente de que los consumidores finales precisen o no de aquella.²² Son los competidores quienes deben requerir del bien con el objeto de desarrollar su actividad económica; con todo, como se verá, no es claro que esos competidores deban ser potenciales o preexistentes.

C. EL CARÁCTER “ESENCIAL”.

¹⁹ Por ejemplo, la lista de clientes como facilidad esencial fue estudiada a raíz del caso *Bellsouth* por la jurisprudencia norteamericana (*Bellsouth Advertising v. Donnelley Inf. Pub.*, 999 F.2d 1436, 11th Cir. 1993). El demandante deseaba publicar un directorio telefónico que compitiera con el del operador dominante.

²⁰ Por su naturaleza, en el derecho norteamericano los bienes afectados son, generalmente, de propiedad privada y se encuentran sometidos al derecho común. El derecho europeo sigue la misma regla general, pero existen casos de bienes de dominio público o pertenecientes a las administraciones.

²¹ El dominio público no es oponible a la aplicación de las normas de la libre competencia. Al respecto, véase VALDÉS Prieto, Domingo: *Libre Competencia y Monopolio*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2006; NEHME, Nicole: “Sujeción de los órganos del Estado a las disposiciones del Decreto Ley N° 211 sobre Defensa de la Libre Competencia”. En: *Competencia y Regulación*, año 2(2), disponible en www.fn.cl/core/a2n2/d1.html (última visita: 12.03.07), 2005; la Sentencia N° 11/2004 del TDLC; y la Resolución N° 173/1984 de la antigua Comisión Resolutiva. En el derecho europeo, la prescindencia del régimen jurídico de los bienes proviene del principio de neutralidad del derecho comunitario frente al régimen de propiedad vigente en los Estados miembros (artículo 295 del Tratado de la Unión Europea). Así, las autoridades comunitarias ejercen sus competencias sin incidir directamente en dicho régimen y, de paso, evitando un conflicto con el derecho de propiedad de cada Estado. De aquí que en Europa, las “instalaciones” esenciales para la competencia, aun siendo “bienes”, no sean tratadas como tales, sino como “actividad económica”: es la libertad de desarrollar tales actividades más que la propiedad el derecho económico fundamental. Desde el punto de vista del derecho de la libre competencia, lo relevante es la gestión, administración o explotación de la facilidad, no su aspecto real. Véase, entre otras, la sentencia de la Corte de Justicia C-82/01 de 24 de octubre de 2002 (“aeropuerto de París”), apartados 62 a 82, citado en nota 246.

²² Esto no debe ser confundido con el ámbito subjetivo de protección del derecho de la libre competencia. Este último recae en el bienestar de los consumidores.

Aun cuando el vocablo “esencial” constituye un concepto jurídico indeterminado, la traducción literal de su similar inglés *-essential-* da una idea más o menos cabal de las dos características fundamentales que debe poseer una instalación para ser objeto de protección por parte de los organismos de defensa de la libre competencia en aplicación de la doctrina; esto es, que el bien o recurso sea potencialmente excluyente y que carezca de sustitutos reales o potenciales.

El primer elemento implica que el acceso a la facilidad debe ser importante; dicho de otro modo, las instalaciones deben ser cruciales, “imprescindibles para el desarrollo de una actividad económica”.²³ Lo crucial desde el punto de vista de la libre competencia es que sin disponer del acceso y uso de ella, uno o más competidores no pueden desplegar su actividad económica, ni siquiera de manera más gravosa, pues la instalación le resulta indispensable al ser, en cierta forma, el “único camino”.²⁴ Extendido al mercado, lo anterior quiere decir que la instalación es el recurso decisivo para que exista competencia en él. Sin el mismo, el mercado no puede funcionar en condiciones competitivas.

Una instalación no será entonces esencial si existen otros competidores en el mercado que no hacen uso de ella. Si esto ocurre, de por sí se demuestra la irrelevancia de la instalación para la competencia y/o la existencia de alternativas razonables reales para actuar en ese mercado. Pero, por el contrario, aun cuando exista competencia, una instalación puede ser considerada esencial si todos los competidores requieren hacer uso de ella para el desarrollo de su actividad (así ocurre, por ejemplo, con los aeropuertos).

De aquí que sea irrelevante que la instalación no posea el carácter de esencial respecto de su dueño; éste, eventualmente, bien podría desarrollar su actividad por otros medios. La esencialidad no se define en base a un operador individual, sino de una manera estructural: es el mercado el que depende de la instalación. Por lo mismo, la esencialidad tampoco se vincula al competidor, quien no podrá solicitar acceso al bien por el mero hecho de que le resulta menos oneroso o más sencillo que invertir en instalaciones propias; la esencialidad implica un estándar más alto que los meros inconvenientes económicos de un agente.²⁵ La esencialidad se define

²³ CASTALDO y NICITA explican la esencialidad con relación al bien producido. Al respecto, indican que se debe “determinar si el acceso a la facilidad afecta drásticamente el valor del producto final o servicio generado a través del acceso”. Bajo este test de indispensabilidad, entonces, se analiza la importancia relativa que significa el acceso para un determinado competidor (CASTALDO Angelo y Antonio NICITA: “Essential Facility and Efficiency in European Antitrust. Some lessons from GVG/FS in the Railway Sector”. En: *Siena memos and papers on law and economics*, 38/05. University of Siena, Faculty of Economics, 2005, p.13).

²⁴ TIROLE, Jean: “Economics of Compulsory Licensing”. Disponible en: <http://www.aei.brookings.org/admin/authorpdfs/page.php?id=938> (última visita: 15.03.07), 2004. El recurso puede no ser, estrictamente hablando, el único camino. Pero puede suceder, por ejemplo, que sea el estándar usado en una industria (véase al respecto el caso *IMS*, en *infra* Capítulo Tercero).

²⁵ Es decir, no basta con que el acceso a la facilidad sea meramente “útil” o “conveniente” (PELLISÉ, Capell, Jaume: *Mercado relevante, posición de dominio y otras cuestiones que plantean los artículos 82 TCE y 6 LEDC*. Navarra: Editorial Aranzadi, S.A., 2002a, p.119). Al respecto, KORAH (“Access to Essential Facilities under the

únicamente por su capacidad para introducir (o, desde otro punto de vista, restringir) competencia en un mercado determinado o, lo mismo, por su potencialidad para desplegar una actividad económica en condiciones competitivas.²⁶

Al elemento estructural relativo a la potencialidad de exclusión se debe sumar un segundo: el carácter de “exclusividad” que debe poseer la instalación. Se trata siempre de un recurso que, de hecho o de derecho, permite tener algún grado de control sobre un mercado. Así ocurre, por ejemplo, en el caso de los servicios de infraestructura –tales como las redes de telecomunicaciones o el frente de atraque en el caso de los puertos-, donde lo relevante es la condición geográfica del monopolio; o en los derechos de propiedad intelectual, donde lo destacable es la exclusividad legal; o bien, en otros supuestos relativos a la información –tales como bases de datos, fuentes de programas computacionales, etc.- donde es una situación de hecho la que les confiere un carácter único. En cualquiera de estos casos, la exclusividad física, legal o fáctica determina, por una parte, que para operar en un mercado se requiera “esencialmente” de tales recursos; y por otra, que quien detenta la facilidad puede potencialmente excluir a un competidor de un mercado o disminuir los beneficios de su inclusión.

De acuerdo con VILLAR, la condición de exclusividad de un recurso concurre en diversas situaciones: (a) cuando la ley ha establecido la exclusividad o monopolio; (b) cuando las normas limitan su instalación, duplicación o ampliación; (c) cuando de facto ese recurso o bien es monopolio; o (d) cuando ningún otro empresario hubiera abordado la construcción e instalación de acuerdo con criterios comerciales.²⁷

La característica común a todos estos casos es que resulta “impracticable la duplicación” del recurso. La exclusividad viene dada, entonces, por la carencia actual de un sustituto o alternativa razonable a dicho bien. De este modo, por una parte, mientras la instalación sea insustituible y no sea posible de duplicar, deberá ser considerada esencial. La existencia de sustitutos potenciales es irrelevante a efectos de la calificación, determinando únicamente la posibilidad de revisión de una eventual obligación de contratar impuesta sobre el dueño de la

Commerce Act in the Light of Experience in Australia, the European Union and the United States”. En: *Victoria University of Wellington Law Review*, vol. 31, 2000, pp. 231 y ss.) indica que “en Estados Unidos y en Europa la obligación para una firma dominante de suministrar productos o dar acceso a una facilidad ha sido limitada, de modo que ha llegado a ser claro que el derecho de la libre competencia pretende ayudar a los consumidores más que a competidores particulares”.

²⁶ Por cierto, hay casos en los que proveer acceso a la instalación esencial será la mejor alternativa para no destruir del todo la competencia. La doctrina podría ser aplicada si existe una desventaja competitiva severa, aunque no “fatal” para los competidores, aun reconociendo que el *test* en la práctica es complejo. El punto radica fundamentalmente en establecer la esencialidad como posibilidad de duplicación. Véase LIPSKY y SIDAK: “Essential...”, cit. en nota 17, p.1212.

²⁷ VILLAR: *Las instalaciones...*, cit. en nota 10, p.120.

facilidad. Por otra parte, la razonabilidad implica analizar desde un punto de vista económico, legal y técnico la posibilidad de duplicación. No es preciso que la sustitución sea imposible en términos absolutos.²⁸ Basta con que, por ejemplo, impida una rentabilidad mínima a un proyecto o resulte excesivamente onerosa. En este sentido, tampoco deben ser consideradas las capacidades económicas del entrante, sino las condiciones del mercado.²⁹ De aquí que, al igual que la posición monopólica, la “esencialidad” y el hecho que la duplicación sea “practicable” son materias de hecho que dependen de una cierta ponderación.

III. UNA PRIMERA APROXIMACIÓN A LA DOCTRINA DE LAS FACILIDADES ESENCIALES.

A. LA DESCRIPCIÓN TRADICIONAL.

1. La descripción tradicional está vinculada a las relaciones verticales.

La formulación prototípica de la doctrina de las facilidades esenciales presenta dos actividades económicas distintas, pero estrechamente vinculadas entre sí a través de una relación de dependencia; o, dicho de otro modo, dos mercados relacionados verticalmente.³⁰ Bajo este modelo, existe una firma -titular de la instalación esencial- que participa en dos mercados, usualmente denominados mercado primario o mercado “aguas arriba” (del inglés *upstream market* o *foremarket*), el primero; y mercado secundario, dependiente o “aguas abajo” (del inglés *downstream market* o *aftermarket*), el otro.³¹ Una segunda firma desea participar en el

²⁸ Este fue el antiguo criterio de la jurisprudencia norteamericana, en el caso *Terminal Railroad* (véase Capítulo Segundo).

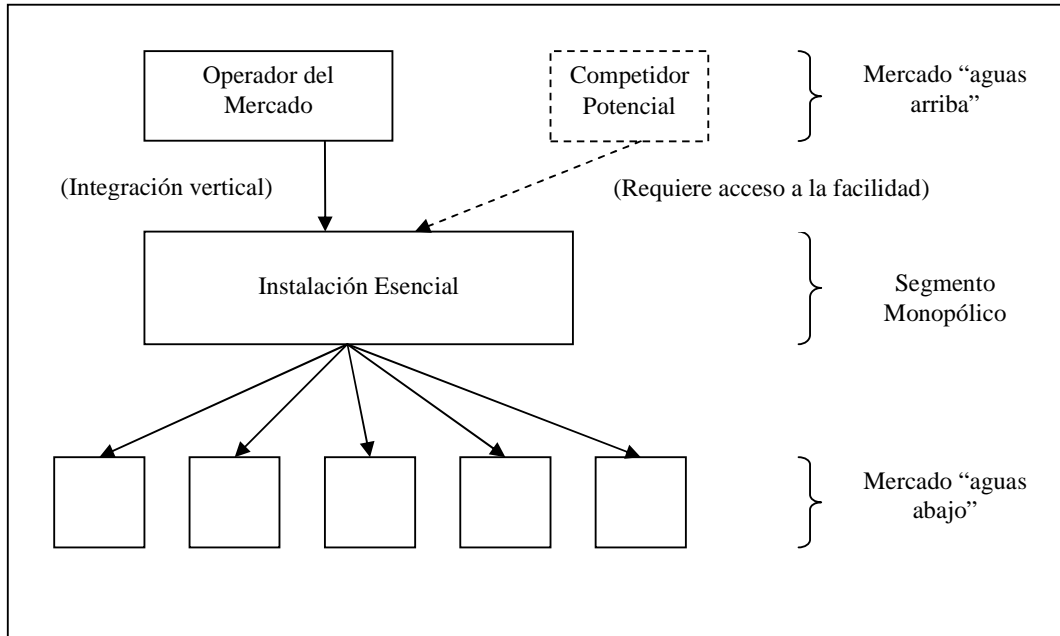
²⁹ Como señaló la jurisprudencia europea en el caso *Bronner*, debe analizarse el esfuerzo que, llegado el caso, habría de hacer un entrante equivalente a quien opera la instalación considerada esencial (véase Capítulo Tercero).

³⁰ Sobre relaciones verticales, véase CARLTON, Dennis W. y Jeffrey M. PERLOFF: *Modern Industrial Organization*. 3a ed. Addison Wesley Longman, Inc., 2000, cap. 12; y VISCUSI, W. Kip, John VERNON y Joseph E. HARRINGTON JR.: *Economics of Regulation and Antitrust*. 4ª ed. Cambridge, Massachusetts & London, England: The MIT Press, 2005, cap. 8.

³¹ Ricardo PAREDES (“Integración vertical: teoría e implicancias de política pública”. En: *Estudios Públicos*, vol. 66 otoño, 1997, p.191, nota 1) explica que el concepto está asociado a la idea de verticalidad, con analogía a un río que se origina en las montañas y desemboca en el mar. Los consumidores finales del bien se asocian al mar, por lo que los procesos “aguas arriba” son los más lejanos a aquellos y los “aguas abajo” son los más cercanos. Sin embargo, estos términos, así como sus similares en inglés, pueden ser fácilmente invertidos. Como explican KWOKA y WHITE (KWOKA, John E. y Lawrence J. WHITE: *The Antitrust Revolution*. Oxford University Press, 1999, p.329), aunque los productores típicamente venden sus productos a distribuidores y minoristas (quienes a su vez los venden al público), los primeros podrían fácilmente (y ocasionalmente lo hacen) “comprar” -adquirir- servicios de distribución o venta minorista, pagando un precio o comisión, al tiempo que mantienen la propiedad de los bienes hasta que ellos son adquiridos por el consumidor final. Así, un granjero puede vender su trigo al almacenero (quien a su vez lo vende al molinero), o arrendar espacio en el almacén reteniendo la propiedad del trigo. Por esto, no existe una dirección “natural” de los flujos de intermediación de los bienes, los que dependerán de una serie de factores tecnológicos, económicos, legales, etc. Con todo, en general aquí se utilizarán los términos en el sentido tradicional, atendida su familiaridad y simplicidad.

mercado secundario, para lo cual requiere del acceso que la primera le confiera a la facilidad esencial. Es decir, la instalación es imprescindible para ofrecer servicios en el mercado dependiente, por lo que los operadores interesados en entrar en éste deben necesariamente obtener el acceso por parte de su titular, quien a su vez ofrece servicios en ese mismo mercado a través de la misma instalación.

Figura 1: Esquema de un mercado con presencia de una facilidad esencial (cuello de botella).



En estos casos, el insumo esencial opera como un “cuello de botella”.³² Por ello, existe la posibilidad real de que quien controla la instalación pueda, abusando de su posición monopólica, discriminar arbitrariamente en desmedro de la actividad de su competidor potencial en el mercado secundario. La denegación del acceso a una facilidad esencial, cumpliéndose ciertos requisitos, puede llegar a ser considerada como un abuso de posición de dominio de la entidad que la controla (generalmente su dueño), en particular cuando con ello limita la posibilidad de competencia en un mercado determinado.

³² En ciertos mercados, la provisión de un servicio por parte de un competidor puede requerir de la “cooperación” de otro que es dueño de la facilidad. Por esto, el tema central es si esa facilidad constituye un cuello de botella; esto es, si no hay una alternativa razonable a esa facilidad. Como estos cuellos de botella se dan comúnmente en segmentos de mercado con características de monopolio natural, la doctrina de las facilidades esenciales tiende a surgir más en mercados donde están involucradas redes o esa clase de monopolios (VISCUSI *et al.*, *Economics...*, cit en nota 30). Véase también PITOFKY, Robert: “The Essential Facilities Doctrine under United States Antitrust Law”. Disponible en: <http://www.ftc.gov/os/comments/intelpropertycomments/pitofskyrobert.pdf> (última visita: 14.02.07), s/a; y la sentencia del caso *MCI* en el Capítulo Segundo.

En este contexto, la doctrina postula que el monopolista que posee el control de una instalación calificada como esencial en un mercado, puede ser obligado a proveer acceso a sus competidores, cumpliéndose ciertos presupuestos, si ha denegado el acceso sin que exista de por medio una justificación razonable.³³ En otras palabras, aquel que tiene el control sobre una instalación definida como esencial no puede denegar injustificadamente el acceso a un nuevo operador que quiera utilizarla para ofrecer servicios, sin perjuicio de que dicho derecho quede sometido a la verificación de ciertas condiciones específicas.

La aplicación práctica de la doctrina deviene normal, aunque no exclusivamente, en la imposición de la obligación de “proveer acceso” sobre el monopolista, que implica que éste debe obligatoriamente “abrir” la facilidad constitutiva de un cuello de botella a sus rivales, a un cierto precio y en condiciones no discriminatorias. De aquí que podría considerarse que las empresas controladoras de una facilidad esencial, más que empresas dominantes, pertenecen a la categoría de “súper-dominantes”, en el sentido que recaen sobre ellas mayores responsabilidades, en particular, el deber de no distorsionar la competencia.³⁴

2. El contexto económico y jurídico de las relaciones verticales.

La descripción tradicional de la doctrina de las facilidades esenciales se inserta dentro de un contexto más amplio denominado de relaciones “verticales” entre diversos segmentos de producción, alternativamente llamadas relaciones entre mercados complementarios. Estas se refieren a aquellas interrelaciones de negocios y estructuras de mercado que afectan a productores y consumidores, y a otras firmas relacionadas de diversas maneras. En un extremo de estas relaciones se encuentra la integración vertical, entendiéndose por ésta la combinación de dos o más segmentos o procesos de producción bajo el mando de una sola entidad controladora y propietaria, sea por fusión de dos firmas preexistentes o por expansión de una a áreas relacionadas. En el polo opuesto, están las relaciones entre compradores y vendedores en el mercado “spot”, donde las transacciones se realizan una a cada instante. Entre ambos, acordadas entre dos partes, se presenta un amplio rango de relaciones que limitan el comportamiento de

³³ En el derecho norteamericano, por ejemplo, se ha fallado que “la doctrina de las facilidades esenciales impone responsabilidad sobre una firma que controla una facilidad considerada esencial y deniega a una segunda firma un acceso razonable a un producto o servicio que esta última debe obtener para poder competir con la primera” (*Alaska Airlines, Inc. v. United Airlines, Inc.*, 948 F.2d 536, 542 [9th Cir. 1991]). Véase también LIPSKY y SIDAK: “Essential...”, cit. en nota 17.

³⁴ Véase WHISH, Richard: *Competition Law*. 5a ed. Oxford: LexisNexis – Butterworths, 2003. Por su parte, VAN BAEL y BELLIS citan la opinión del Abogado General Fennely, en el caso *Compagnie Maritime Belge and other v. Commission* (2000) ECR I-1365 (para.137), quien describió la súper-dominancia como aquella posición de tal aplastante dominancia que está al borde del monopolio, y puede dar lugar obligaciones especiales particularmente onerosas (VAN BAEL, Ivo y Jean-François BELLIS: *Competition Law of the European Community*. 4a ed. The Hague: Kluwer Law Internacional, 2005, p.119). Con todo, cabe señalar que el concepto no ha sido utilizado en la jurisprudencia europea.

una o ambas mediante diversos grados de integración vertical parcial.³⁵ Algunas de estas son bien conocidas y casi “clientes frecuentes” en materia de libre competencia, y adoptan la forma de contratos de largo plazo, *franchising*, licencias, cláusulas de amarre, acuerdos de trato exclusivo, restricciones territoriales, acuerdos de precios de reventa, etc.³⁶

Las relaciones verticales han sido un área de estudio problemática en materia económica y jurídica. La visión tradicional carecía de un análisis jurídico-económico riguroso, cuyo resultado era una ambivalencia en el modo de mirar estas relaciones. Por una parte, se desconfiaba de ellas, por lo que eran usualmente atacadas por considerarse una amenaza a la competencia y una potencial fuente de poder de mercado, principalmente a través del favorecimiento a sí misma (o a sus filiales) en desmedro de competidores; esto es lo que en el derecho anglosajón se denomina *foreclosure*.³⁷ Pero por otra parte, se reconocían sus posibles contribuciones a la eficiencia. Con todo, no existían razones poderosas para apoyar uno u otro extremo.³⁸

A partir de finales de los años 60 y comienzos de los 70, se produce un cambio profundo y una sofisticación en la manera de estudiar las relaciones verticales. Se proveyeron así mejores argumentos en uno y otro sentido, y se dotó de un contenido más técnico al análisis. Ello produjo un desarrollo sustancial con efectos en las políticas de competencia, las decisiones judiciales y las opiniones académicas. Los comienzos de estos estudios se remontan al trabajo

³⁵ Este amplio rango proviene de la ambigüedad intrínseca del concepto de integración vertical. En el extremo, cada proceso productivo podría ser dividido en áreas cada vez más pequeñas donde se relacionan productores y consumidores, de acuerdo a un modelo de decisión que KWOKA y WHITE (*The Antitrust...*, cit. en nota 31) califican de “hacerlo o comprarlo” (*make or buy*), donde el primero implica integración y el segundo desintegración. Por tanto, no existe un nivel natural ni un óptimo universal de integración; el análisis depende de las condiciones de eficiencia, tecnología, jurídicas y otras de cada firma.

³⁶ En el derecho anglosajón, estas conductas son denominadas colectivamente *vertical restrictions* o *vertical restraints*. La jurisprudencia provee de abundantes ejemplos relativos a ellas. En el derecho norteamericano, son paradigmáticos los casos *Standard Oil* (221 US 1, 1911), *Paramount* (334 US 131, 1948) y *AT&T*, en materia de desintegración vertical. En Chile, el caso de Enersis-Endesa es quizás el que más resalta (Resolución N° 488/1997). Nótese, con todo, que este tipo de restricciones se dan muchas veces en contextos de industrias no relacionadas en el sentido vertical tradicional. De ese contexto o del tipo de relación vertical de que se trate dependerán las medidas para proteger la libre competencia que sea necesario adoptar.

³⁷ La literatura en este tema es amplísima. Por todos, véase un muy buen análisis económico en HART, Oliver y Jean TIROLE: “Vertical Integration and Market Foreclosure”. En: *Brookings Papers on Economic Activity: Microeconomics*, 1990, pp. 205-276; y en TIROLE, Jean y Patrick REY: “A primer on foreclosure”. Por publicarse en: *Handbook of Industrial Organization III*, cap. 7 (Armstrong y Porter, eds.). North-Holland. Disponible en: <http://www.idei.fr/doc/by/tirole/primer.pdf> (última visita: 15.03.07), 2007. A nivel más básico, con un análisis basado en el primero, VISCUSI *et al.* (*Economics...*, cit. en nota 30), quienes señalan que históricamente el reclamo más común en procesos relacionados con integraciones verticales ha sido que éstas promueven el *foreclosure* de mercados. Por su parte, la Corte Suprema ha establecido que “la disminución del vigor de la competencia que puede provenir de un acuerdo vertical resulta principalmente de un *foreclosure* de una cuota de un mercado de otro modo abierto a los competidores” (*Brown Shoe Company v. United States*, 370 US 294 [1962]).

³⁸ Como expresa PAREDES (“Integración...”, cit. en nota 31, p.200): “En síntesis, las teorías de integración vertical tienen dos avenidas. La primera y más obvia sugiere que la integración es un medio para reducir ciertos costos, notablemente costos de transacción. La segunda [...] sugiere que bajo ciertas condiciones [...] la integración vertical puede ser un mecanismo que crea un costo social”. Un ejemplo de la tecnificación del análisis son los trabajos presentados en WU, Lawrence: *Economics of Antitrust: New issues, questions, and insights*. Nera Economic Consulting, 2004.

de COASE (1937), relativo a los orígenes y naturaleza de las firmas.³⁹ Para él, la firma es esencialmente una institución que permite ahorrar costos de transacción; esto es, los costos de usar el mercado. COASE argumenta que, a pesar de que la producción de un bien podría ser llevada a cabo de una forma completamente descentralizada a través de la suscripción de contratos individuales, el hecho que esas transacciones sean costosas implicará el surgimiento de firmas que organizarán tales procesos que de otro modo serían realizados en el mercado. Ello ocurrirá toda vez que el costo de la integración sea menor al costo de usar el mercado. En otros términos el límite del tamaño de la firma es aquel donde los costos de organizar las transacciones se igualan a los costos de efectuarlas en el mercado; esto determina qué compra, produce y vende una firma.⁴⁰

Con posterioridad al análisis coasiano, comenzó su desarrollo una corriente de pensamiento asociada fundamentalmente a la “Escuela de Chicago”, cuyos postulados fueron altamente influyentes en materia de políticas de competencia durante la última parte de los años ‘70 y la década de los ‘80. Para ella, las relaciones verticales eran casi siempre benignas: la integración vertical parcial o completa puede tener efectos benéficos en la eficiencia, pues representa una reacción a las imperfecciones del mercado, tales como externalidades, *free-riding*, problemas de información, y limitaciones contractuales. Así, el *foreclosure* asociado tradicionalmente a la integración vertical no tendría en verdad efectos anticompetitivos. Esta visión se extendería posteriormente más allá del ámbito de esa escuela.⁴¹ Asimismo, sería posteriormente complementada por quienes destacan otros posibles beneficios de la integración vertical, tales

³⁹ COASE, Ronald: “The Nature of the Firm”. En: *Económica*, vol. 4 (nov.), 1937, pp. 386-405. Otro trabajo fundamental en materia de integración vertical es STIGLER George: “The Division of Labor is Limited by the Extent of the Market”. En: *Journal of Political Economy*, vol. 59, 1951, pp. 185-193. Por su parte, TELSER realiza el primer análisis moderno que explica la racionalidad de las integraciones (TELSER, Lester G.: “Why Should Manufacturers Want Fare Trade?”. En: *Journal of Law and Economics*, vol. 3, 1960, pp. 86-105).

⁴⁰ Junto a su importante contribución al análisis de las firmas, el trabajo de COASE trajo consigo la incorporación del concepto de “costos de transacción” al ámbito económico. Al respecto, puede verse COASE (“The Problem of Social Cost”. En: *The Journal of Law and Economics*, vol. 3 (octubre), 1960, pp. 1-44; y *The Firm...*, cit. en nota 6). Esta línea “transaccional” de análisis de la firma ha sido seguida y ampliada de manera importante por Oliver WILLIAMSON (fundamentalmente en *Markets and Hierarchies: Analysis and Antitrust Implications*. New York: The Free Press, 1975; y en *The Economics Institutions of Capitalism*. New York: The Free Press, 1985), y contrasta con el enfoque “tecnológico” tradicional, que considera a la empresa como generadora de un producto (*output*) por medio de la transformación de factores productivos (*input*). Una tercera visión alternativa de la firma es la “contractual”, que la define como un nexo de contratos; a este respecto véase MILGROM Paul y John ROBERTS: *Economics, Organizations and Management*, Englewood Cliffs, N.J.: Prentice Hall, Inc., 1992. Para una explicación introductoria de la teoría de la firma, véase CALLEJÓN, María (coord.): *Economía Industrial*. Madrid: Ediciones de la Universitat Oberta de Catalunya y Civitas, 2001, cap. 2; y PAREDES, Ricardo y Jorge TARZIÁN: *Organización Industrial para la Estrategia Empresarial*. Pearson Prentice Hall, 2001, cap. 2.

⁴¹ En este sentido, entre otros, POSNER, Richard: *Antitrust Law*. 2a ed. Chicago: The University of Chicago Press, 2001. Fuera del ámbito de la Escuela de Chicago, KLEIN, Benjamin, Robert CRAWFORD y Armen ALCHIAN: “Vertical Integration, Appropriable Rights, and the Competitive Contracting Process”. En: *Journal of Law and Economics*, vol. 21, 1978 pp. 297-326. En Chile, PAREDES (“Integración...”, cit. en nota 31, p.193) indica que “contrariamente a lo que pudiera resultar de la intuición, la integración vertical aguas abajo, es decir, en la etapa más cercana al consumidor final, no permite el mayor aprovechamiento de un eventual poder monopólico”.

como la seguridad sobre controles de producción, o la posibilidad de evitar la “doble marginalización” o el “monopolio sucesivo”.⁴²

Sin embargo, al mismo tiempo se reconocían los peligros de la integración vertical. En forma casi paralela se comenzó a gestar una especie de “contrarrevolución” en el pensamiento jurídico-económico, donde las relaciones verticales son tratadas con mayor cautela a causa de la potencial inhibición de la competencia que ellas pueden acarrear en ciertas circunstancias. En efecto, se parte por reconocer que estas prácticas pueden ser vehículos para el crecimiento del poder de mercado o una explotación más efectiva de él, a través de prácticas de discriminación de precios, imposición de barreras de entrada u otros comportamientos.⁴³ Pero el mismo tiempo, se hace notar que para que las relaciones verticales puedan tener efectos anticompetitivos, se requiere un cierto nivel de poder de mercado; de lo contrario, es improbable que se generen tales efectos en el mercado. Por ello, esta visión remarca que el análisis debe ser riguroso y que las medidas de protección de la libre competencia sólo deben ser adoptadas cuando exista un riesgo cierto de abuso individual o colectivo de poder de mercado. Por ello, este enfoque depende críticamente de la delimitación del mercado relevante.

B. LA DISCUSIÓN ESTRUCTURAL EN TORNO AL MERCADO RELEVANTE.

La versión más extendida de la doctrina de las facilidades esenciales, que la vincula con algún grado de integración vertical, depende en gran medida de la definición del mercado relevante.⁴⁴ Dado que el presupuesto necesario de aplicación es la existencia de una firma que posea una posición de dominio, se debe deslindar previamente el mercado relevante como marco de análisis de las conductas, a fin de determinar luego las cuotas de mercado y el potencial de éste. En esta materia existe una serie de herramientas de libre competencia que permiten determinar

⁴² Sobre estos conceptos, véase TIROLE, Jean: *The Theory of Industrial Organization*. Cambridge, Massachusetts: The MIT Press, 1988, cap. 4; y CARLTON y PERLOFF (*Modern...*, cit. en nota 30).

⁴³ En éste sentido, entre otros, SCHMALENSEE, Richard: “A Note on the Theory of Vertical Integration”. En: *Journal of Political Economy*, vol. 81 (marzo-abril), 1973, pp. 442-449; SCHERER, Frederic M.: “The Economics of Vertical Restraints”. En: *Antitrust Law Journal*, vol. 52, 1983, pp. 687-707 y 731-740; y HART y TIROLE: “Vertical...”, cit. en nota 37.

⁴⁴ Al respecto, VAN BAEL y BELLIS (*Competition...*, cit. en nota 34, p.132) señalan que “la definición de mercado es la herramienta básica para identificar y definir los límites de la competencia entre firmas y para analizar los efectos prácticos de su comportamiento en un ambiente competitivo”. En términos generales, el mercado relevante comprende la totalidad de los productos y servicios que los consumidores consideran intercambiables o sustituibles en razón de sus características, de su precio o del uso que prevean hacer de ellos. En tal sentido, productos similares que no se destinen a los mismos usos por parte de los consumidores no forman parte del mismo mercado, y productos similares cuyos precios sean significativamente diferentes tampoco pertenecen al mismo mercado. Desde otro punto de vista, de acuerdo con el criterio de elasticidad cruzada de la demanda, dos productos pertenecerán al mismo mercado si un ligero aumento del precio de uno de ellos, no transitorio, supone un desplazamiento suficientemente significativo de la demanda hacia el otro. La delimitación del mercado relevante acarrea una serie de problemas que van más allá de la situación puntual de ejercicio preexistente de poder de mercado; ellas, por cierto, exceden los límites de este estudio. En este punto véase, por ejemplo, PAREDES y TARZUÁN: *Organización...*, cit. en nota 40.

tales aspectos. Sin embargo, el problema de definir el mercado relevante en situaciones donde el poder de mercado está siendo ejercido por una firma no ha sido aún resuelto del todo.⁴⁵

Como se vio, la descripción tradicional asume dos mercados: el operador dominante niega o limita el acceso a la facilidad esencial con la finalidad de lograr (o produciendo efectivamente en los hechos) una extensión de su poder en el mercado primario sobre el secundario. La lógica de dos mercados permite, entonces, individualizar las instalaciones de las que dependen esencialmente otras actividades, identificándose tales instalaciones con el mercado relevante (e incluso, en ocasiones, con el mercado primario).⁴⁶

La jurisprudencia mayoritaria en Estados Unidos sigue esta descripción, apoyada asimismo por buena parte de los autores. Así, por ejemplo LIPSKY y SIDAK indican que el corolario del hecho que una facilidad esencial no pueda existir a menos que se esté en presencia de poder monopólico, es que el mercado en el cual quien detenta la facilidad posee ese poder debe ser aquel en el cual el competidor excluido desea desarrollar su actividad; éste sería el mercado relevante. Es decir, no necesariamente el mercado más cerca de los consumidores deberá ser considerado como relevante a efectos del análisis. En ciertos casos, no será el mercado secundario el determinante para verificar una posición de dominio, aun cuando la conducta reprochada se haya llevado a cabo en él; por el contrario, será el mercado primario, donde la firma detenta su dominancia, el relevante.⁴⁷ En todo caso, deben existir dos mercados para aplicar la doctrina.⁴⁸

⁴⁵ KWOKA y WHITE, *Antitrust...*, cit. en nota 31. Uno de los problemas centrales que explica esta carencia de solución es la denominada “falacia del celofán”, surgida en Estados Unidos a partir del caso *Du Pont (United States v. E. I. du Pont de Nemours and Co. et al., 351 US 377 [1956])*. En él, el principal punto consistió en dilucidar si el mercado relevante era el celofán u otro más amplio que incluía otros tipos de materiales flexibles para envolver. En el primer caso, *Du Pont* tenía un 75% de mercado y la Corte lo hubiera encontrado culpable de monopolizar. Sin embargo, la Corte finalmente sostuvo que el mercado era amplio y que *Du Pont* detentaba sólo un 18% de él. Sin embargo, el caso reveló un error económico del tribunal, que se conoció como “paradoja de celofán”. Para que dos bienes puedan considerarse parte de un mismo mercado, debe existir un alto grado de sustitución entre ellos. Este era, por cierto, el caso del celofán y los otros materiales. Pero la Corte no consideró que el precio del celofán estaba “inflado” y contenían un margen monopólico sobre el costo marginal. De este modo, un monopolista racional podría mantener los precios a un nivel en que éstos fueran sustitutos respecto de otras alternativas (para así ampliar el mercado relevante); y, asimismo, desde otro punto de vista, podría mantener los precios a niveles que atrajeran a competir a rivales que de otro modo no estarían en el mercado si los precios fueran competitivos. Entonces, la sustitución en el consumo debiera ser evaluada a precios razonablemente cercanos al costo marginal. Más antecedentes sobre la “falacia del celofán” pueden ser revisados en SULLIVAN, Lawrence A.: *Handbook of the Law of Antitrust*. West Group, 1977; WHISH: *Competition...*, cit. en nota 34; JONES, Alison, y SUFFRIN, BRENDA: *EC Competition Law*. 2a ed., Oxford, England: Oxford University Press, 2004; y VISCUSI *et al.*: *Economics...*, cit. en nota 30.

⁴⁶ HOVENKAMP, (*Federal...*, cit. en nota 3, p.307), detractor de la doctrina, incluso señala que ésta “no es nada más que el mercado relevante” para un insumo que es crucial para la producción de un producto derivado. Para ello aplica una definición económica de mercado relevante que lo considera como “ausencia de sustitutos”.

⁴⁷ LIPSKY y SIDAK, “Essential...”, cit. en nota 17, p.1213.

⁴⁸ En este sentido, los mismos autores citan el caso *Lansdale v. Philadelphia Electric Co.* (692 F.2d 307, 3rd Cir., 1982), en el cual un municipio deseaba obtener energía eléctrica en el mercado mayorista a fin de entrar al negocio de distribución en el pueblo. Para alegar monopolización de parte de una compañía generadora, el municipio entregó evidencia de poder monopólico en el mercado minorista (de distribución), pero la Corte sostuvo que sólo era relevante el mercado mayorista, pues a éste deseaba acceder el municipio. Si la compañía no tenía poder monopólico

La jurisprudencia europea, dados los principios establecidos fundamentalmente en los casos *Bronner* y *Magill*, también parece requerir dos mercados.⁴⁹ Estos casos fueron influenciados directamente por *Commercial Solvents*, cuya enseñanza clave fue que no habrá un abuso a menos que la negativa de otorgar acceso elimine la competencia en el mercado aguas abajo. Por esto, la definición de una facilidad esencial aguas arriba inevitablemente será influenciada por el mercado aguas abajo. Para WHISH, sin un análisis del mercado aguas abajo no es posible definir el mercado aguas arriba en los casos de facilidades esenciales.⁵⁰

No obstante, de acuerdo a STRATAKIS, la condición parece estar en desuso y no ser más que un resabio de lenguaje usado (y aún en uso) en un análisis relativo. Sostiene que en los primeros casos, la Comisión Europea definía los dos mercados de manera restringida e incluso, en ocasiones, “inventaba” el mercado del cual el competidor ha sido excluido.⁵¹ Hoy en día, esto parece haber cambiado. Como se verá, de acuerdo a la posición actual de la Corte Europea de Justicia luego del caso *IMS*, es suficiente que un potencial mercado primario o incluso un mercado hipotético pueda ser identificado.⁵²

Al otro lado del Atlántico, parte de los autores considera que la existencia de dos mercados verticalmente integrados tampoco es una condición necesaria de la doctrina. En este sentido, PITOFKY *et al.*, basados en algunos casos de la jurisprudencia norteamericana (especialmente *Aspen*), indican que lo determinante no es la relación entre la facilidad esencial y el mercado relevante, sino la relación competitiva entre dos o más agentes.⁵³ Es suficiente -prosiguen-

en tal mercado, no le era posible dejar sin opciones al municipio, independiente del poder que detentara en el mercado minorista. Un caso similar se analiza en el Capítulo Segundo: *Kodak*.

⁴⁹ John TEMPLE Lang (“Compulsory Licensing of Intellectual Property in European Community Antitrust Law”. Disponible en: <http://www.ftc.gov/opp/intellect/020522langdoc.pdf> [última visita: 12.03.07], 2002) indica que en los casos de facilidades esenciales que no digan relación con derechos de propiedad intelectual, es siempre necesaria la presencia de dos mercados.

⁵⁰ WHISH: *Competition...*, cit. en nota 34. Al respecto, se ha desarrollado el concepto de “posición de dominio relativa”, para destacar que el poder de mercado puede alcanzar mercados distintos del dominado. Consecuentemente, se ha admitido que el abuso y/o sus efectos pueden recaer en un mercado distinto de aquél en el que el actor tiene la posición dominante (mercado vinculado o conexo). Véase *Ibid.* y PELLISÉ (*Mercado relevante...*, cit. en nota 25, pp. 157 y ss.), quien indica que esta situación ha dado lugar a que la doctrina de las facilidades esenciales aparezca implícita y frecuentemente confundida con supuestos de mercados conexos.

⁵¹ STRATAKIS, Alexandros: “Comparative Analysis of the US and the EU approach and Enforcement of the Essential Facilities Doctrine”. En: *European Competition Law Review*, vol. 27(8), 2006, pp. 441-442.

⁵² El mismo autor critica esta posibilidad de ampliar en demasía el mercado relevante, señalando que esto redundará en una “innecesaria complicación dentro de un ya extremadamente complicado grupo de prerequisites que las partes, las autoridades antimonopolios y últimamente las cortes deben enfrentar” (*Ibid.*, p.439). En el mismo sentido, Frank FINE: “NDS [sic] /IMS: a logical application of Essential Facilities Doctrine”. En: *European Competition Law Review*, vol. 23(9), 2002, pp. 457-468, quien destaca que en muchos casos –específicamente en *IMS*- la necesidad de dos mercados es exagerada, pues se habla de mercados tratándose de recursos que no lo son: en ellos no se producen intercambios y ni siquiera es exigible legalmente alguna transacción. Un análisis de *IMS* y alguna jurisprudencia europea *infra*, Capítulo Tercero de este estudio.

⁵³ PITOFKY, Robert, Donna PATTERSON y Jonathan HOOKS: “The Essential Facilities Doctrine under U.S. Antitrust Law”. En *Antitrust Law Journal*, vol. 70, 2002, pp. 458-461. Cabe señalar que el caso ciado por estos autores -*Aspen*- es particularmente controversial (véase *infra*, Capítulo Segundo). También citan *Intergraph Corp. v. Corp.* (195 F.3d 1346, Fed. Cir. 1999): la aplicación de la teoría de las facilidades esenciales requiere una “relación competitiva” entre las partes); y *Caribbean Broad Sys., Ltd. v. Cable & Gíreles PLC* (148 F.3d 1080, D.C. Cir. 1998). En el mismo sentido que estos autores se manifiesta (como no [!]) PITOFKY: “The Essential...”, cit. en nota 32.

probar que las partes compiten, o competirían si el titular permitiera el acceso a la facilidad, en el mismo mercado final; basta con que exista una facilidad indispensable para la competencia, imposible de duplicar, controlada por un monopolista. Sin embargo, como se verá, *Aspen* sigue un análisis y desarrollo lógico diferente, por lo que la Corte Suprema nunca se hace cargo del tema de los mercados. Y dado lo fallado por ella posteriormente en el caso *Trinko*, de 2004, es altamente probable que el tema nunca sea aclarado.⁵⁴

En suma, aunque no puede afirmarse con claridad absoluta, la aplicación de la doctrina parece haberse ampliado: ya no se requieren dos mercados verticalmente integrados, reflejando la noción básica de dos estados de producción. Como expresa HOVENKAMP, “una facilidad esencial bien definida debe configurar el mercado relevante o una sustancial parte de él; alternativamente, debe servir como cuello de botella que permita que el poder de mercado sea ejercido en un mercado relevante adecuadamente definido”.⁵⁵ Lo sustancial en ambos casos es que no existen alternativas disponibles a la facilidad. Tanto si ésta constituye el mercado como si actúa como cuello de botella, ella debe ser la única alternativa viable para desarrollar una actividad económica en un mercado determinado y, por tanto, su titular debe gozar de poder de mercado.

C. LA DOCTRINA Y LOS FINES DE LA PROTECCIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA.

La finalidad de la doctrina de las facilidades esenciales es asegurar la competencia. Sobre esta base los organismos de defensa de la libre competencia pueden llegar a imponer sobre titular de la instalación ciertas obligaciones positivas que, como se verá, derivan de aquella. De aquí que, atendida esa finalidad, no es suficiente para sancionar el hecho de la mera denegación a compartir la facilidad considerada como esencial. Es necesario que, además, exista y se demuestre un efecto anticompetitivo; es decir, que el demandante demuestre que la negativa es exclusionaria.⁵⁶

Los partidarios de la doctrina la consideran compatible con y respaldada por, las políticas generales del derecho antimonopolios y sus objetivos de realzar el bienestar general, lo que

⁵⁴ El análisis de *Trinko* también en *infra*, Capítulo Segundo.

⁵⁵ HOVENKAMP, *Federal...*, cit. en nota 3, p. 307.

⁵⁶ No obstante, el derecho comparado conoce de casos en que los tribunales han aplicado la doctrina aun cuando era claro que la competencia en el mercado relevante no era afectada. Así, en *Fishman v. Wirtz* (807 F.2d 520, 7th Cir. 1986) el titular de la facilidad -el estadio de Chicago- denegó el uso del estadio al demandante, quien a causa de ello perdió la oportunidad de adquirir el equipo de basketball *Chicago Bulls*. La Corte de Apelaciones del Séptimo Circuito aplicó la doctrina de las facilidades esenciales y falló a favor del demandante. Sin embargo, los *Bulls* ya jugaban en el estadio, por lo que no había prueba alguna de efectos sobre la competencia en mercado alguno por el hecho de la negativa. La disputa era, en realidad, sobre la propiedad del equipo, no sobre la inserción de un segundo equipo en un mercado monopólico.

incluye la preservación y promoción de la competencia.⁵⁷ De este modo, la limitación a la facultad de elección del titular es apoyada en el hecho que tales objetivos aumentan el bienestar de consumidores, ya que desde un punto de vista económico, la competencia incentivará la eficiencia de las firmas, las que buscarán bajar sus costos y precios y desarrollar innovaciones. Sin embargo, el punto no es claro para los críticos, cuyas posiciones tienden a identificarse con algunos aspectos del pensamiento de la Escuela de Chicago.⁵⁸ De acuerdo a éste, el derecho antimonopolios existe con el único propósito de promover la eficiencia; cualquier intervención gubernamental o judicial en los mercados es inherentemente contraria a dicho fin y, por tanto, debiera ser limitada a aquellas circunstancias en que el bien que se espera sea superior al daño potencial que se causara con ella (análisis de costo/beneficio).⁵⁹ Por cierto, la crítica a la doctrina trasciende el pensamiento de esta escuela. Posteriormente varios autores, ajenos a esa tradición doctrinal, han hecho eco de las críticas. Así por ejemplo, HOVENKAMP, un autor “post-Chicago” crítico del pensamiento anterior, concuerda en que la doctrina de las facilidades esenciales es inconsistente con los principios del *antitrust*, precisamente por ir en contra de la eficiencia económica.⁶⁰

En el derecho europeo, la relación entre la aplicabilidad de la doctrina de las facilidades esenciales y los fines del derecho de la libre competencia aparece menos clara. Resultados similares a los de la Escuela de Chicago, pero a través de un camino diferente, fueron alcanzados por la Escuela de Friburgo, en cuyo pensamiento se encuentra la raíz académica del derecho de la libre competencia moderno europeo.⁶¹ Sin embargo, aun cuando éste asume que la Comunidad Económica Europea se basa en una economía de mercado abierta, en muchas ocasiones las Cortes han protegido no sólo a consumidores, sino también a competidores particulares o empresas pequeñas, entre otros; todo ello en nombre de los intereses del “mercado común” y la equidad, negando con ello un valor exclusivo a la eficiencia como fin de la libre competencia. En suma, en el derecho europeo, la aplicación de los principios de la libre

⁵⁷ En este sentido, PRTOFSKY *et al.*: “The Essential...”, cit. en nota 53, p.452.

⁵⁸ La Escuela de Chicago fue (y, en cierto modo, continúa siendo) un movimiento de gran relevancia en materia de *antitrust* y política económica general en el derecho norteamericano, cuya mayor influencia se extendió durante las décadas de los 70s y 80s. En líneas generales, se trató de un pensamiento colectivo dominado por el compromiso con los valores sociales, políticos y económicos del libre mercado y por la antipatía hacia la interferencia gubernamental en los mercados. Entre sus principales sostenedores se encuentran Stigler, Demsetz, Peltzman, Telser, Posner y Bork, siendo el trabajo de estos últimos dos fundamental en materia de *antitrust*. Su pensamiento se contiene principalmente en BORK, Robert: *The Antitrust Paradox*. New York: The Free Press, 1978; y en POSNER: *Antitrust...*, cit. en nota 41, y aboga por la consideración de la eficiencia económica como único fin del derecho *antitrust*.

⁵⁹ Para una crítica al análisis costo/beneficio, véase BALDWIN, Robert y Martin CAVE: *Understanding Regulation*. Oxford: Oxford University Press, 1999.

⁶⁰ HOVENKAMP, *Federal...*, cit. en nota 3.

⁶¹ Para una muy buena introducción al pensamiento de la llamada Escuela “ordoliberal” de Friburgo, cuyo principal representante es Eucken; y su influjo en el derecho de la competencia germánico y, a través de éste, en el derecho de la libre competencia europeo, véase HILDEBRAND, Doris: *The Role of Economic Analysis in the EC Competition Rules. The European School*. 2ª ed. The Hague, London, New York: Kluwer Law International, 2002.

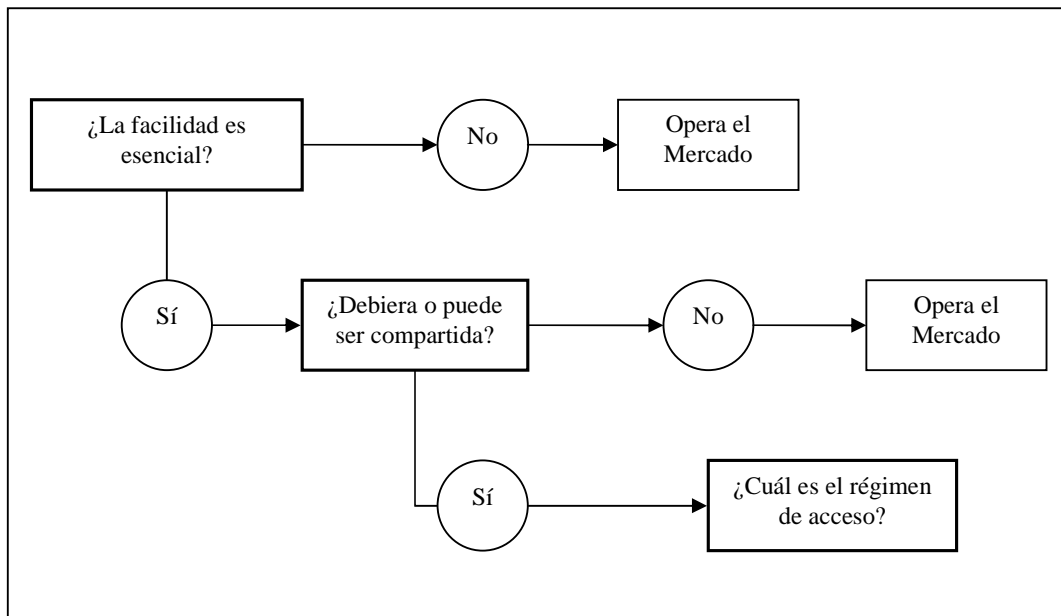
competencia debe ser balanceada (y en ocasiones limitada) acorde a los múltiples y diversos principios que rigen el derecho comunitario.⁶²

Desafortunadamente, el tema de las finalidades del derecho de la libre competencia excede con creces los límites de este trabajo. Para los propósitos aquí buscados, basta con exponer la discusión y considerarse especialmente que la tesis de la eficiencia económica es actualmente controvertida por muchos.⁶³

D. APLICACIÓN DE LA DOCTRINA.

La aplicación de la doctrina de las facilidades esenciales supone, a grandes rasgos, contestar tres preguntas fundamentales. En primer término, se debe determinar si existe una facilidad esencial; luego, en caso afirmativo, es necesario establecer si ella debe ser compartida; finalmente, si debe serlo, se requiere construir un régimen de acceso (precio y condiciones). Estos pasos se muestran en la siguiente figura:

Figura 2: Aplicación de la doctrina de las facilidades esenciales.



Adaptada de TIROLE (2004).

⁶² Existen tres objetivos prioritarios para la comunidad: la promoción de la integración de los mercados en un mercado común integrado; la política de apertura comercial; y una activa política de competencia (*Commission Communication on an European Industrial Policy for the 1990s*, en el Suplemento 3/91 del Boletín de las Comunidades Europeas). Asimismo, la multiplicidad de objetivos se ve plasmada, por ejemplo en el artículo 2º del Tratado, reproducido en el Capítulo Tercero.

⁶³ Véase HOVENKAMP, Herbert J.: "Post-Chicago Antitrust: A review and critique". En: *Columbia Business Law Review*, 2001, pp. 257 y ss.; HIRSH y RICHEIMER, "The Essential...", cit. en nota 2, p.32; y BALDWIN y CAVE: *Understanding...*, cit. en nota 59. En Chile, VALDÉS: *Libre competencia...*, cit. en nota 21.

La pregunta por la esencialidad de la facilidad fue previamente analizada. Como se vio, el término “facilidades” posibilita la aplicación de la doctrina a una amplia serie de bienes, los cuales, para ser calificados de “esenciales”, deben fundamentalmente ser imposibles de duplicar y ser imprescindibles para el desarrollo de la actividad económica de los competidores en el mercado relevante. Así lo ha entendido la jurisprudencia comparada. En el derecho norteamericano, dos de los estrictos cuatro requisitos que han sido establecidos para aplicar la doctrina tienen precisamente por objetivo determinar la esencialidad de una facilidad.⁶⁴ Por su parte, en el derecho europeo, las cortes han rechazado la calidad de *essential facility* de algún insumo, como ocurrió, por ejemplo, en el caso *Bronner*, de 1997.

El segundo paso consiste en determinar si la facilidad debiera ser compartida. Esto se traduce básicamente en un análisis de las justificaciones razonables y objetivas que pueden ser invocadas por el titular de la facilidad para denegar el acceso a la facilidad. En este sentido, son generalmente aceptadas como legítimas las razones de negocio, los motivos económicos o las restricciones técnicas para conferir acceso. Asimismo, deberá determinarse si no existe otro remedio mejor que el acceso compulsorio para incentivar la competencia.⁶⁵

Finalmente, en caso que se produzcan las consecuencias de la doctrina y se otorgue el acceso a la facilidad esencial, la jurisprudencia comparada es clara en señalar que el dueño tiene derecho a cobrar un cierto monto por el acceso, siempre que el precio sea “razonable”. Así por ejemplo, en el caso *Frankfurt Airport*, de 1998, la Comisión Europea ordenó a la autoridad aeroportuaria otorgar acceso a terceros que desearan prestar servicios en sus instalaciones, a cambio, eso sí, de una compensación adecuada.⁶⁶ Sin embargo, la complejidad de determinar este punto es evidente. De hecho, en un fallo reciente (*Trinko*, 2004), la Corte Suprema norteamericana mostró sus aprehensiones respecto de las funciones propias de una agencia regulatoria que eventualmente deberían adoptar las autoridades de defensa de la libre competencia si se aplicara la doctrina.

Como puede observarse, el análisis de estas cuestiones depende, en primer término, de una negativa de pactar por parte del monopolista titular de la instalación. De aquí que, como se verá en la sección siguiente, la doctrina de las facilidades esenciales sea considerada por muchos

⁶⁴ Estos requisitos son: que exista un control de una facilidad por parte de un monopolista; y la inhabilidad práctica o razonable por parte del competidor de duplicar la instalación esencial. Un análisis del test completo en *infra*, Capítulo Segundo.

⁶⁵ BISHOP y OVERD sostienen que la doctrina sólo debiera ser aplicada si se cumplen los requisitos mencionados y, además, no existen otras firmas con mejores condiciones que pudieran competir en el mercado aguas abajo sin requerir acceso a la facilidad (BISHOP, Bill y Alan OVERD: “Essential Facilities: The Rising Tide”. En: *European Competition Law Review*, vol. 19[4], 1998, pp. 183-185).

⁶⁶ *Frankfurt Airport*, decisión 98/190/EC, de 14 de enero de 1998 (OJL 72, 11.3.98). Así también se ha reconocido a propósito de los derechos de propiedad intelectual, como por ejemplo en los casos *Volvo* y *Renault* (véase *infra*, Capítulo Tercero). Sobre justificaciones objetivas, véase *infra* IV.A.3, en este capítulo.

como una mera forma de analizar tales negativas, o bien como un argumento más dentro de dicho análisis. Sin perjuicio de mostrar los argumentos en ambos sentidos, cabe advertir que precisamente ésta es la tesis que subyace al presente estudio.

IV. LA VINCULACIÓN DE LA DOCTRINA CON LA NEGATIVA DE PACTAR (*REFUSAL TO DEAL*).

A. LA NEGATIVA DE PACTAR COMO CONCEPTO GENÉRICO.

1. La configuración de una negativa de pactar.

Como se señaló, la doctrina de las facilidades esenciales es controvertida en cuanto a su existencia. Ella tiende a ser identificada por sus detractores con otras doctrinas desarrolladas en materia de *antitrust* o, al menos, varios de ellos la consideran un mero subconjunto de ellas. Así por ejemplo, LIPSKY y SIDAK argumentan en torno a la correspondencia entre el concepto de facilidades esenciales y el de “servicio de utilidad pública” o “monopolio natural”, equivalencia conceptual que demostraría que en los casos relativos a las primeras se requiere alguna forma de regulación.⁶⁷

Con todo, la tendencia más común es aquella que enmarca la doctrina de las facilidades esenciales y sus efectos en el ámbito de las conductas exclusorias denominadas ampliamente “negativa de pactar” (*refusal to deal*).⁶⁸ Este término genérico hace referencia a una serie de prácticas específicas en las cuales una empresa con poder de mercado se niega a realizar tratativas con sus competidores para venderles (*refusal to sell*), suministrarles un producto (*refusal to supply*), prestarles un servicio, otorgarles una licencia (*refusal to license*) o celebrar un contrato.

⁶⁷ LIPSKY y SIDAK, “Essential...”, cit. en nota 17. En sentido similar, refiriéndose al derecho norteamericano, KEZSBOM y GOLDMAN indican que muchos casos en que se ha aplicado la doctrina podrían ser resueltos utilizando otras doctrinas, tales como *monopoly leveraging* o *abuse of monopoly power* (KEZSBOM, Allen y Alan GOLDMAN: “No shortcut to Antitrust Analysis: The Twisted Journey of the ‘Essential Facilities’ Doctrine”. En: *Columbia Business Law Review*, vol. 1[1], 1996).

⁶⁸ En este sentido, HOVENKAMP (*Federal...*, cit. en nota 3), señalando que la doctrina de las facilidades esenciales no debiera ser aplicada y que basta, para resolver los conflictos relativos a ella, acudir a la negativa de pactar; VAN BAELE y BELLIS (*Competition...*, cit. en nota 34) y WHISH (*Competition...*, cit. en nota 34), asumiendo la identidad de la doctrina de las facilidades esenciales con la negativa de pactar; Barry DOHERTY (“Just What Are Essential Facilities?” En: *Common Market Law Review*, vol. 38, 2001, pp. 397-436), asimilándola a la negativa de venta; John TEMPLE Lang (“Defining Legitimate Competition: Companies’ Duties to Supply Competitors and Access to Essential Facilities”. En: *Fordham International Law Journal*, vol. 18, 1994, pp. 437-524) y PITOFSKY (“The Essential...”, cit. en nota 32), ambos considerando a aquella un subconjunto de la negativa de pactar.

En estos casos, la “negativa” no debe ser entendida únicamente en su sentido literal de denegación o repudio; dependiendo del contexto, ella puede estar dada por otras prácticas que lleven a un resultado similar, tales como el cobro de precios irrazonables, la imposición de condiciones de venta injustas por parte de un proveedor, o los tratos discriminatorios. En este mismo sentido, la Comisión Europea ha considerado varios casos dentro de la negativa de pactar. Primero, la negativa absoluta de suministrar; segundo, la negativa de suministrar si los términos que el suministrador impone no son aceptados; tercero, la negativa de suministrar fundada en razones injustas; cuarto, el suministro de un producto bajo la condición de que el suministrado revele la destinación geográfica de los bienes o la identidad de sus propios clientes, se considera una práctica equivalente a la negativa de suministro; y quinto, la demora injustificada de otorgar acceso.⁶⁹

De acuerdo a la tendencia unificadora, entonces, las negativas de pactar injustificadas pueden ser suficientes para detectar y eventualmente sancionar un abuso anticompetitivo, independiente de cualquier consideración relativa a la existencia de una facilidad esencial. Corresponde determinar, entonces, en qué casos tal negativa será abusiva.

2. La negativa de pactar contraria a la libre competencia.

La negativa de pactar puede ser una conducta contraria a la libre competencia sólo cuando ella constituya un abuso. La primera condición para ello es que la negativa sea dada por una empresa dominante, para lo cual será necesario delimitar el mercado relevante. A este respecto, reitérese aquí lo señalado anteriormente en esta materia. En segundo término, se debe considerar que la negativa será abusiva únicamente en determinadas circunstancias calificadas. En términos generales, ella será abusiva si se trata de una técnica para eliminar a un actual o potencial competidor, si el objetivo es dividir mercados, si tiene como fundamento la nacionalidad del cliente, o si se funda en el hecho que éste ostenta una alta cuota de mercado.⁷⁰

⁶⁹ Los primeros tres provienen básicamente del caso “TACA” (*Trans-Atlantic Conference Agreement*, OJ [1999] L95/1, [1999] 4 CMLR 1415); los siguientes dos del caso “Polaroid”, *Polaroid/SSI Europe*, comentado en el Reporte de Políticas de Competencia de 1983 (*Thirteenth Report on Competition Policy*, 1983). Allí la Comisión indicó que la negativa de venta incluye tanto ofertas condicionadas al control sobre otros procesos o mercados, como ofrecimientos bajo condiciones discriminatorias e injustas, o “negativas construidas” donde la oferta se hace en tales términos que el oferente sabe que es inaceptable. Asimismo, conductas que pueden ser descritas bajo otra forma de abuso, como ventas atadas, también pueden ser vistas como una negativa de pactar.

⁷⁰ En el derecho europeo, la Corte de Primera Instancia ha precisado que, de acuerdo al artículo 82 del Tratado, debe entenderse que la negativa de pactar, incluso si es total, está prohibida sólo si constituye un abuso. “*Under Article [82] refusal to supply, even where it is total, is prohibited only if it constitutes an abuse. The case-law of the Court of Justice indirectly recognises the importance of safe-guarding free enterprise when applying the competition rules of the Treaty where it expressly acknowledges that even an undertaking in a dominant position may, in certain cases, refuse to sell...*” (caso T-4196 *Bayer AG v. Commission* [2000] ECR II-3383, [2001] 4 CMLR 126).

Con todo, la sola idea de que pueda existir una negativa de pactar anticompetitiva es controversial. El hecho de impedirle en ocasiones a una firma que se niegue a tratar con un competidor implica establecer un límite a su libertad contractual, esto es, a su libre albedrío para elegir si contrata o no, con quien hacerlo y en qué términos. Esto significa, en otras palabras, que se estaría creando de un cierto deber para una empresa de contratar con sus competidores, pues su negativa de hacerlo podría implicar un abuso contrario a derecho. Como se verá, en esto radica la esencia de la discusión en torno a la negativa de pactar y, consecuentemente, la doctrina de las facilidades esenciales. En el centro de la controversia se encuentra primeramente la discusión de política relativa a la necesidad de establecer o no tal deber de pactar y sus alcances.

Como se verá en los capítulos posteriores, tanto en el derecho norteamericano como en el europeo, el enfoque fue tradicionalmente diferente en ambos casos, aunque se ha tendido a acercarse en el último tiempo. En efecto, en Estados Unidos la libertad de contratar siempre fue la regla general (a partir del caso *Colgate*), siendo el deber de pactar una mera excepción a ésta que se daba bajo excepcionales circunstancias. La jurisprudencia en Europa, en cambio, comenzó desarrollando una regla inversa, donde un cierto deber de pactar era impuesto sobre las firmas dominantes y de él sólo podían excepcionarse en casos calificados. Pero a partir del caso *Bronner*, de 1997, las posiciones se han acercado, y tanto la Corte como la Comisión han desarrollado nociones y principios para determinar cuándo y por qué la negativa por parte de una empresa dominante de proveer bienes o servicios puede constituir una excepción a la libertad de contratar.

La negativa de pactar anticompetitiva por parte de una firma dominante podría haber servido de base para el fallo de varias de las sentencias que han sido invocadas como sustento de la doctrina de las facilidades esenciales, sin necesidad de hacer referencia a esta última. Este es, por ejemplo, el caso de las decisiones en *Otter Tail*, *Lorain*, *Aspen* y *Kodak*, en el derecho norteamericano, y de *Commercial Solvents*, *Sealink* y *Télémarketing*, en Europa.⁷¹ En todos estos casos, la negativa de pactar fue intempestiva, pudiendo identificarse un cambio repentino en el comportamiento de la firma dominante que implicó una inesperada modificación en la manera usual de realizar los negocios y, por ende, un quiebre imprevisto de los estándares comerciales previamente aceptados por las partes. Esto representa, por sí solo, una importante señal de comportamiento abusivo.

⁷¹ Todos citados en los Capítulos Segundo y Tercero, respectivamente.

Lo anterior da soporte a la posición de quienes identifican, en mayor o menor medida, la doctrina de las facilidades esenciales con la negativa de pactar. Y aun cuando no se identifiquen completamente, implica que aquella debiera ser aplicada muy restrictivamente, como lo han corroborado los autores y la jurisprudencia comparada. Así, un *test* que sirviera para detectar una facilidad esencial debiera ser residual respecto de los casos de negativa injustificada de pactar. En particular, esa clase de *test* sólo debiera ser aplicado cuando haya una negativa que recaiga en un bien que nunca ha sido suministrado a los competidores y se carezca de una justificación objetiva que la justifique.⁷²

En Chile, la negativa de pactar ha sido tratada por la jurisprudencia en específica alusión a la negativa de venta y de contratar. En efecto, conteste con lo dictaminado por la antigua Comisión Preventiva Central, el TDLC ha señalado que para que una negativa de contratar sea considerada como contraria a la libre competencia, deben darse las siguientes circunstancias:

- (i) Que se afecte sustancialmente la capacidad de actuar en el mercado por la imposibilidad de obtener en condiciones comerciales normales los insumos necesarios para su actividad económica;
- (ii) Que dicho impedimento sea causado por el grado insuficiente de competencia entre los proveedores del insumo, que posibilite la negativa de venta; y
- (iii) Que el afectado esté dispuesto a aceptar las condiciones comerciales usuales establecidas por el proveedor.⁷³

Anteriormente, la Comisión Preventiva Central había establecido ciertos principios relativos a la negativa de venta.⁷⁴ Primero, señaló que quien fabrique o elabore productos de cualquier

⁷² CASTALDO y NICITA: “Essential Facility...”, cit. en nota 23. De ser correcto este criterio de distinción, se presentarán diferencias en materia probatoria. Cuando se está en presencia de clientes previamente existentes (negativa de pactar), se puede afirmar, a modo de proposición general, que la empresa dominante soportará la carga de probar que la negativa a proveer tiene alguna justificación objetiva. En cambio, tratándose de clientes nuevos (*essential facilities*), la posición es un poco más compleja, siendo necesario distinguir entre productos y facilidades. Véase al respecto, JONES y SUFFRIN: *EC Competition...*, cit. en nota 45.

⁷³ Resolución N° 19 del TDLC (11.12.2006), causa Rol NC N°151-06. En este caso las dos empresas involucradas pasaban a ser competidoras en el mercado relevante. El Tribunal consideró que, al no darse las dos primeras circunstancias, la negativa no “perjudica en forma significativa la libre competencia” (considerando Undécimo) y que la empresa denegada no vea “sustancialmente afectada su capacidad de actuar en el mercado relevante como resultado de la negativa de venta” (considerando Octavo).

⁷⁴ Dictamen N° 1.016 (22.08.97), *D&S v. Rosen*. Además de éste, la jurisprudencia de las antiguas comisiones en esta materia es abundante. Véanse las Resoluciones N°s 392 (21.06.93), 345 (10.07.90), 340 (13.03.90), 326 (01.08.89), 291 (16.08.98), 287 (28.06.88), 246 (13.01.87), 238 (19.08.86), 155 (01.09.83), 129 (14.09.82) y 90 (28.01.81); y los Dictámenes N°s 1.228 (28.07.00), 1.043 (31.07.98), 884/937 (26.11.93), 836/1.058 (27.11.92), aceptando como justificación la falta de obligaciones contractuales; 752/155 (14.03.91), 657/877 (14.07.88), 653/681 (16.06.88), 587/109 (30.01.87), 528/193 (03.03.86), 527/192 (03.03.86), 384/437 (28.06.83) y 373/1.286 (31.12.82).

naturaleza, o quien preste servicios a terceros, si lo hace mediante un establecimiento abierto al público, está obligado, en un principio, a vender o prestar el servicio a todo aquel que se lo solicite y acepte las condiciones usuales de la oferta. Enseguida estableció la necesidad de que la negativa se funde en un incumplimiento de las condiciones generales objetivas y razonables impuestas por el vendedor. De este modo, sólo puede negarse la venta o la prestación e servicios cuando el productor o prestador establezca condiciones generales, objetivas y razonables para comercializar su producto o servicio, y éstas no fueren aceptadas por el cliente.⁷⁵ Finalmente, destacó la importancia del análisis del mercado relevante, disponiendo que debe distinguirse si el mercado en el que se produce la negativa de venta es o no competitivo. Si lo es (es decir, cuando presenta una estructura caracterizada por una multiplicidad de oferentes que compiten efectivamente mediante precio, calidad o publicidad), la negativa puede considerarse lícita, incluso si no está basada en condiciones generales, objetivas o razonables, siempre que el cliente eventualmente perjudicado disponga en el mercado de alternativas próximas y asequibles de aprovechamiento. Por el contrario, cuando el mercado no es competitivo (esto es, cuando presenta una estructura monopólica, colusiva, o de empresa dominante), la falta de tales condiciones constituye un “grave ilícito”, pues supone un ejercicio indebido de poder de mercado por parte del monopolista, de quien se hubiere coludido, o de la empresa dominante.

Como se desprende de esta jurisprudencia y de lo establecido en el derecho comparado, y tal como se señaló al explicar la aplicación de la doctrina de las facilidades esenciales, el debate en torno a la negativa de pactar deviene en la necesidad de conciliar los legítimos intereses del titular de un bien y las exigencias de la competencia. Se debe reconocer que en el contexto de las relaciones comerciales pueden presentarse circunstancias objetivas que justifican una negativa a pactar con un competidor o cliente (por ejemplo, cliente deudor, falta de stock, interrupciones en la producción, etc.), o situaciones en las cuales ese deber de contratar no necesariamente se traducirá en un beneficio económico positivo (falta de capacidad del bien, o actitudes de *free-rider* por parte del competidor, entre otras).⁷⁶

3. La posibilidad de invocar justificaciones objetivas.

⁷⁵ La Comisión Preventiva definió las tres condiciones: (i) son condiciones objetivas las establecidas sin respecto de la calidad o naturaleza de determinada persona, esto es, aquellas que no discriminan subjetivamente entre dos compradores que se encuentren en pie de igualdad; (ii) son condiciones generales aquellas aplicables a toda persona que desee comprar o contratar el producto o servicio ofrecido, sin favorecer a uno o varios de ellos en desmedro de los demás; y (iii) son condiciones razonables aquellas emanadas de un mandato legal o reglamento, las impuestas por la propia eficiencia del mercado, o las que determine la calidad o imagen del producto o servicio ofrecido, destinados a asegurar sistemas de comercialización acordes con el marco jurídico general y con los criterios de racionalidad económica exigidos por cada mercado (Dictamen N° 1.016, 5.2).

⁷⁶ En el caso de un *free-rider*, el cliente o competidor que se aprovecha de la obligación de suministrar que recae en la empresa dominante simplemente terminará expropiando el beneficio de las inversiones realizadas por esta última en el mercado.

La controversia en torno a si una negativa de pactar debe o no ser considerada abusiva es esencialmente un problema de grado. Cualquiera sea la posición que se adopte respecto del deber de pactar (esto es, tanto si se le considera una excepción a la libertad de contratar, como si se le considera la regla general), éste no es en caso alguno “absoluto”, por lo que siempre podrán invocarse circunstancias objetivas que justifiquen una negativa y la hagan razonable. Estas justificaciones son casuísticas.⁷⁷ Pero como señala TEMPLE, a medida que el efecto anticompetitivo va en aumento, se vuelve más complejo justificar una negativa y, en consecuencia, debiera dársele un menor peso al argumento de que permitir al monopolista contratar con quien desee va en beneficio de la competencia en el largo plazo.⁷⁸

En un trabajo posterior al antes señalado, el mismo TEMPLE manifiesta que hay un amplio número de supuestos que podrían ser considerados como justificación razonable para denegar el acceso a una facilidad.⁷⁹ Entre otras, su titular podría eventualmente sustentarse en las siguientes razones:

- (i) si se reduce la eficiencia en el mercado secundario para los usuarios de licencias;
- (ii) si se reduce la eficiencia o el valor de la instalación;
- (iii) se causa un uso antieconómico de la facilidad, o un uso a menor precio que del que el titular podría de otro modo obtener;

⁷⁷ La jurisprudencia europea ha sido altamente reticente a considerar negativas de pactar de empresas dominantes como razonables u objetivas, sobre todo cuando se invocan razones puramente comerciales. Con todo, una defensa fundada en este tipo de razones sí tuvo éxito en el caso *ABG (Benzine en Petroleum Handelsmaatschappij BV and others v. Commission* [1978] ECR 1513). Durante el boicot de petróleo de la OPEP en el año 1973, un proveedor de petróleo debió hacer frente a los cortes de suministro vendiéndoles crudo a sus clientes más antiguos y regulares, en desmedro de los ocasionales. La Comisión consideró que la negativa de tratar con estos últimos, atendidas las cantidades demandadas por ellos durante períodos anteriores, constituía un abuso. Sin embargo la Corte revirtió la decisión, sosteniendo que la estrategia de venta era razonable teniendo en cuenta las circunstancias de escasez y que, por tanto, la negativa de vender era justificada.

⁷⁸ TEMPLE: “Defining...”, cit. en nota 68, p.475. El hecho que la doctrina de las facilidades esenciales esté mucho más asentada en Estados Unidos que en Europa se demuestra también en materia de justificaciones. Mientras en Estados Unidos las cortes aceptan ampliamente justificaciones basadas en razones técnicas, comerciales o fundadas en la eficiencia con razones legítimas para denegar el acceso a una facilidad, en Europa existen escasas pautas jurisprudenciales claras que señalen qué tipo de justificaciones pueden ser invocadas (BACHES Opi, Sergio: “The application of the Essential Facilities Doctrine to Intellectual Property Licensing in the European Union and the United States: Are Intellectual Property Rights sacrosanct?”. En: *Fordham Intellectual Property Media & Ent. Law Journal*, vol. 11, 2001, p. 441).

⁷⁹ TEMPLE Lang, John: “Anti-competitive non-pricing Abuses under European and National Antitrust Law”. En: *International Antitrust Law & Policy: Fordham Corporate Law 2003*, cap. 14 (Hawk ed.). New York: Fordham University School of Law, 2003, pp. 272-273. Véase también VAN BAELE y BELLIS: *Competition...*, cit. en nota 34. De acuerdo a AREEDA hay dos tipos de justificaciones posibles basadas en razones de negocio que él denomina de “nivel micro” y “nivel macro” o “justificaciones de clase”. Las primeras se enfocan en las circunstancias del caso particular, mientras que las segundas están basadas en propuestas de política general. Por ejemplo, la justificación para negarse a compartir un laboratorio de investigación no se fundan en la imposibilidad práctica de darle otro uso al laboratorio, sino en una preocupación general de que su propietario nunca lo hubiera construido de haber sabido que sería obligado a compartirlo, preocupación que es superior al beneficio de los consumidores (AREEDA, Phillip: “Essential Facilities: An Epithet in Need of Limiting Principles”. En: *Antitrust Law Journal*, vol. 58, 1989, pp. 850-851).

- (iv) si se pretende utilizar el insumo para un uso completamente diferente del actual;
- (v) si se interfiere con las mejoras, expansión o desarrollo de la facilidad;
- (vi) si se interfiere con los estándares técnicos, de eficiencia o de seguridad (por ejemplo, causando congestión o problemas de compatibilidad en la operación de sistemas, etc.);
- (vii) si el dueño puede demostrar ventajas genuinas y objetivas de la integración vertical u horizontal que no podrían ser alcanzadas a través de una razonable cooperación con una compañía independiente;⁸⁰
- (viii) si la compañía que busca acceso careciera de credibilidad financiera (*creditworthy*) o de las cualidades técnicas y profesionales necesarias para compartir la facilidad;
- (ix) si la empresa dominante se retira del mercado aguas abajo o demuestra no tener interés en él. Esto podría ser una defensa porque implicaría que ella no está protegiendo o extendiendo su posición de dominio al mercado secundario a través de la negativa. De igual modo, también puede implicar que ella no considera que debería suministrar a ese mercado;⁸¹
- (x) si la facilidad careciera de capacidad extra disponible.

Las negativas fundadas en restricciones de capacidad presentan alguna complejidad. Este sería el caso, por ejemplo, en que el dueño de un puerto estuviera haciendo un uso máximo del mismo, sin que quede espacio “físico” para proporcionar acceso a naves de terceros. En estos casos, se suele invocar que la (vigorosa) competencia en el mercado aguas abajo entre los competidores que están actualmente haciendo uso de la facilidad podría verse mermada por el hecho de otorgar acceso a una nueva empresa que lo solicita.

⁸⁰ Esto es relativo. Normalmente, el operador dominante debería ganarles cuotas de mercado a sus competidores (y eventualmente sacarlos de él) en razón del mérito, es decir, por causas relativas a la competencia misma; nunca denegando el acceso a un insumo esencial. Por esto, una empresa dominante no puede pretender justificar una negativa a dar acceso señalando únicamente que es o será más eficiente que sus competidores, sea por razones de economías de escala o ámbito, u otras. No hay razón para pensar que un competidor no podría volverse más eficiente, especialmente puesto bajo presión competitiva; y además, como cuestión de política anticompetitiva, no debiera permitírsele a la propia empresa dominante decidir acerca de la legitimidad de su propia conducta.

⁸¹ Esta fue la situación que se presentó en el caso *DuPont Holographic System*, en el Reino Unido, ante la *UK Office of Fair Trading (Decision CA98/07/2003, de 22 de septiembre de 2003)*. En su decisión, de septiembre de 2003, constató que una negativa de suministro en el mercado del arte gráfico era justificada, por cuanto *DuPont* buscaba reservar para sí su tecnología por razones de seguridad, y temió una pérdida de ésta si la licenciaba.

Como el propio TEMPLE lo reconoce, esta clase de negativas son, hasta cierto punto, discutibles como justificación razonable. Es cierto que la obligación del titular es proveer acceso no discriminatorio a la facilidad hasta el nivel óptimo o máximo posible de usuarios, determinado de una forma objetiva, y que por eso el acceso podría ser denegado a uno o más usuarios cuando se excediera tal nivel. Sin embargo, debe considerarse que la capacidad actual de la facilidad podría ser manejada por el titular para efectos de restringir la competencia en el mercado aguas abajo; o bien, que un nuevo entrante podría estar dispuesto a costear los aumentos de capacidad necesarios para que él pueda utilizar el insumo. De aquí que esta justificación deba ser analizada cuidadosamente.

Por lo mismo, aunque parezca una obviedad, si la firma dominante alega que toda la capacidad de su facilidad está siendo usada, el primer paso debiera ser determinar si la justificación es genuina o si ella está siendo usada para negar el acceso a un competidor aguas abajo por motivos anticompetitivos. Si la restricción de capacidad es comprobada, es al menos dudoso y altamente improbable que sobre el dueño de la facilidad recaiga un deber de aumentar su capacidad para permitir acceso a terceros. Si se demuestra que sólo hay capacidad para un usuario adicional, podría ser apropiado subastar el acceso, otorgándose al mejor postor.

4. Algunas consideraciones económicas.

Esta sección básicamente intenta formalizar en cierta medida el análisis de las dos descripciones de la doctrina de las facilidades esenciales tratadas previamente, la tradicional que requiere la presencia de dos mercados y la que requiere uno, ambas enmarcados ahora en la negativa de pactar. El análisis está sujeto a restricciones, siendo la principal su carácter estático.⁸²

a) La descripción tradicional: integración vertical “aguas abajo”.

Supóngase la existencia, en un primer momento (t1), de un mercado competitivo aguas abajo. Tanto la firma B como la D son suministradas por la firma A, monopolista en el mercado aguas arriba, la cual no es regulada.

En tanto exista competencia respecto de un solo bien y se maneje un único nivel de precios, una firma cualquiera considerará el precio de ambos mercados, primario y secundario (p^p , p^s), para

⁸² Esta sección se basa principalmente en VISCUSI *et al.*: *Economics...*, cit en nota 30; CARLTON y PERLOFF: *Modern...*, cit. en nota 30; MACKIE-MASON, Jeffrey K. y John METZLER: “Links between vertically related markets: Kodak”. En: *The Antitrust Revolution*, caso 16 (Kwoka y White eds.). Oxford University Press, 1999; y en WERDEN, Gregory: “The Law and Economics of the Essential Facilities Doctrine”. En: *St. Louis University Law Journal*, vol. 32, 1987, pp. 433-480.

maximizar sus utilidades (π).⁸³ Entonces, asumiendo costos constantes en ambos mercados (c^p , c^s), las utilidades máximas estarán dadas por la suma de las utilidades de cada mercado:

$$“\pi = \pi^p + \pi^s”$$

Esto se traduce en deducir del precio los costos en cada mercado y multiplicar el resultado por la cantidad, la que a su vez se asume funcional al precio en ambos mercados:

$$“\pi = (p^p - c^p) q^p(p^p, p^s) + (p^s - c^s) q^s(p^p, p^s)”$$

Esto implica una conexión entre los mercados primario y secundario, de modo que si el precio sube en este último, debiera esperarse una baja en la demanda del producto ofrecido en el primario.⁸⁴ De acuerdo a MACKIE-MASON y METZLER, este *link* es un aspecto crucial en el análisis económico de mercados, especialmente del dominio de un mercado derivado. De hecho, la mayor parte de las disputas pueden ser vistas como argumentaciones en torno a cuán fuerte es ese vínculo atendidas las circunstancias de hecho de un caso concreto.⁸⁵

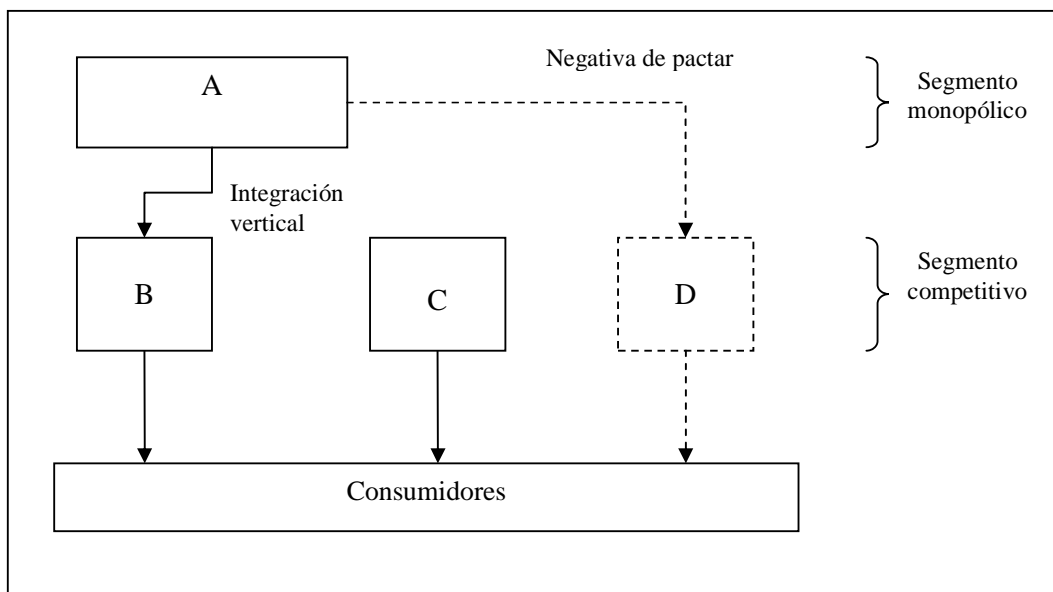
Supóngase ahora que en t2, A se integra verticalmente con una de las firmas competidoras aguas abajo, B, y decide comercializar únicamente con su relacionada. Por esto, se niega a continuar suministrando a D quien, a consecuencia de esto, debe salir del mercado aguas abajo.

⁸³ Nótese que, aunque en el ejemplo se describirá una competencia de precios, no es relevante si las firmas compiten “a la Cournot” (en precios) o “a la Bertrand” (en cantidades). Lo único relevante para efectos de simplificación es que exista competencia en *uno* de esos aspectos. La realidad, por cierto, supera los supuestos: cuando los productos son diferenciados, los consumidores tienden a dar mayor preponderancia a otros aspectos, dependiendo del tipo de bien (tiempo de respuesta en materia de servicio técnico, flexibilidad en los términos contractuales, calidad técnica, etc.).

⁸⁴ ENGEL *et al.* demuestran que un monopolio en el mercado aguas arriba (en su ejemplo, un monopolio portuario) que opera con un mercado aguas abajo competitivo (en su caso, el mercado naviero), tendría la misma rentabilidad que un monopolio integrado verticalmente que combina ambas actividades (Vid. ENGEL, Eduardo, Ronald FISHER y Alexander GALETOVIC: “El programa chileno de concesiones de infraestructura: evaluación, experiencias y perspectivas”. En: *La transformación económica de Chile*, cap. 6 [Larraín y Vergara, eds.]. Santiago: Centro de Estudios Públicos, 2000).

⁸⁵ MACKIE-MASON y METZLER: “Links...”, cit. en nota 82.

Figura 3: Integración vertical “aguas abajo” por parte de un monopolista no regulado.



En lo que respecta al bienestar de los consumidores, el efecto de la negativa de A de pactar con D es ambiguo. Es decir, el comportamiento de A puede o no traer consecuencias para el bienestar de los consumidores, y estas pueden ser positivas o negativas.

En primer término, supóngase un escenario “coasiano” carente de costos de transacción, con información perfecta y ningún grado de incertidumbre. Asúmase también que el monopolio de A no es desafiante –es decir, no existe la posibilidad de entrada por parte de potenciales competidores- y que su actividad no es regulada por la autoridad.⁸⁶ Finalmente, supóngase que las firmas que operan aguas abajo usan el producto proveído por A en cantidades fijas y emplean tecnologías que les permiten obtener retornos constantes a escala. En tal caso, la integración vertical de A y B, y la posterior negativa de pactar de A con C, no acarrea efectos para el bienestar. Tanto en t1 como en t2 el monopolista se apropiará de la totalidad de las rentas monopolísticas.

No obstante, este escenario es poco real. Si cambia cualquiera de las condiciones mencionadas, existirán rentas para A provenientes del mercado aguas abajo y se producirán efectos que pueden disminuir o acrecentar el bienestar de los consumidores. El bienestar debiera incrementarse si, *ceteris paribus*, el insumo no es usado en proporciones fijas y su precio no refleja el costo marginal (esto es probable atendido el hecho de que existe un monopolio en el

⁸⁶ Sobre mercados desafiables, véase la clásica obra de BAUMOL, William J., John C. PANZAR y Robert D. WILLIG: *Contestable Markets and the Theory of Industry Structure*. San Diego: Harcourt Brace Jovanovich, 1982.

mercado aguas arriba). En este caso, la integración vertical probablemente derivará en transferencias hechas a CMg entre las nuevas entidades integradas -A y B-, redundando en un incremento de bienestar para los consumidores si tales precios son traspasados a estos. De igual modo, el bienestar debiera incrementarse en el caso que B pase a ser un monopolio o un monopsonio, pues tanto la cantidad de insumo como de producto vendido debieran tender a incrementarse al ir toda la producción de A hacia B. Asimismo, si la información es incompleta, la integración vertical probablemente disminuirá los costos de transacción en materia contractual y las pérdidas derivadas de problemas de agencia, lo que se traduce en ventajas que pueden redundar en un mayor beneficio a los consumidores.⁸⁷

El impacto en el bienestar es ambiguo bajo otros supuestos. Así, si las firmas no son idénticas (por ejemplo, enfrentan diferentes curvas de demanda), la integración vertical puede posibilitar una discriminación de precios con efectos indeterminados. Incluso pueden vislumbrarse efectos negativos para el mercado, como en el caso que la integración y negativa de venta levante barreras de entrada a otros competidores.⁸⁸

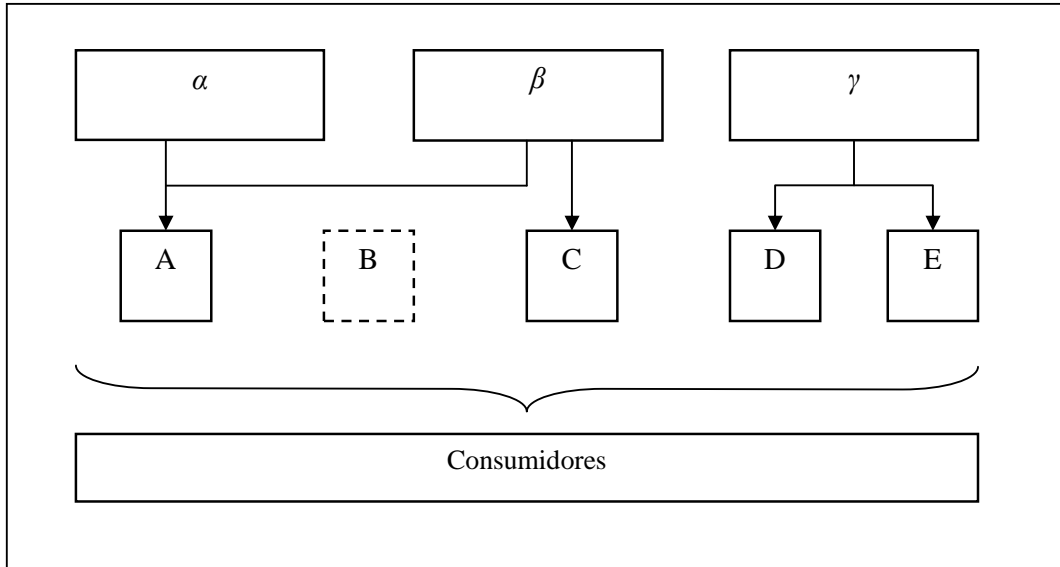
b) Caso 2: Mercado competitivo aguas arriba y aguas abajo.

La Figura 4 muestra un segundo supuesto de análisis de negativa de pactar. En este caso existe competencia tanto aguas arriba (entre las firmas α , β y γ) como aguas abajo (entre las firmas A, B, C, D y E). A está verticalmente integrada con α , mientras que las demás firmas no tienen vinculación entre sí. A pesar de la integración, A adquiere sus insumos tanto de su relacionada α como de β ; C adquiere su insumo sólo de β ; y tanto D como E adquieren su insumo de γ .

⁸⁷ Esto es un efecto sólo “probable”, pues depende de cuestiones empíricas, tales como la eficacia de los mecanismos de control interno de la firma, la calidad del gobierno corporativo o la eficiencia de los mecanismos de mercado tendientes a controlar tales problemas.

⁸⁸ WERDEN (“The Law...”, cit. en nota 82, pp. 467-468) estima que los efectos en el bienestar derivados de la creación de barreras de entrada es mínimo cuando la facilidad esencial es un monopolio natural.

Figura 4: Mercado competitivo en los mercados primario y secundario.



Al igual que en el caso anterior, asúmase una conexión entre ambos mercados, primario y secundario. Esto es, existe competencia respecto de un solo bien, se maneja un único nivel de precios y los costos son constantes. Nuevamente las utilidades máximas estarán dadas por:

$$“\pi = \pi^p + \pi^s = (p^p - c^p) q^p(p^p, p^s) + (p^s - c^s) q^s(p^p, p^s)”$$

Si ambos mercados son perfectamente competitivos, el precio se igualará al costo marginal:

$$“p^p = c^p \text{ y } p^s = c^s”$$

La pregunta es si una firma puede incrementar sus utilidades por la vía de adquirir/incrementar su poder en el mercado secundario, manteniéndose el primario competitivo; en otros términos, si el precio en el mercado secundario (p^s) puede ser superior al costo (c^s).

La disputa económica básica es si partiendo de un precio competitivo, el “signo” de la siguiente ecuación es positivo o negativo:

$$“\Delta\pi^p / \Delta\pi^s + \Delta\pi^s / \Delta\pi^s”$$

La mayoría de los economistas están de acuerdo en que bajo la mayor parte de las circunstancias las utilidades del mercado secundario pueden ser incrementadas, pero que esto implicará una simultánea caída en las utilidades del mercado primario. Es decir, “ $\Delta\pi^s / \Delta\pi^s > 0$ y $\Delta\pi^p / \Delta\pi^s <$

0". Esto porque un incremento en el precio del mercado secundario implicará un aumento en los costos totales que redundará en una caída en las adquisiciones del producto en el mercado primario. Por ejemplo, un aumento en el precio de un servicio técnico de maquinaria hará subir los costos totales de adquirir la maquinaria, por lo que potenciales consumidores reducirán sus compras.

Esto implica que el debate se da respecto de si la incidencia de las ganancias del mercado secundario sobre las ganancias del mercado primario (" $\Delta\pi^p / \Delta\pi^s$ ") es lo suficientemente "negativa" para compensar las rentas derivadas del monopolio en el mercado secundario, de modo que la ganancia total de poder de mercado no sea rentable. Al parecer, existe cierto consenso en que al menos bajo ciertas circunstancias, la adquisición de poder en el mercado secundario puede resultar en rentas monopólicas en ambos mercados; esto es " $\Delta\pi^s / \Delta\pi^s > -\Delta\pi^p / \Delta\pi^s$ ".⁸⁹

Por su parte, también existe discusión respecto de los efectos sobre el bienestar social. El análisis económico ha demostrado que bajo ciertas circunstancias, la negativa de pactar con una compañía, incluso si produce rentas monopólicas totales debido al incremento del poder en el mercado secundario, podría tener un efecto bajo en el bienestar o incluso incrementarlo, haciendo inapropiada la intervención para defender la libre competencia, atendida la falta de daño. Este efecto ambiguo podría ocurrir bajo un supuesto de competencia imperfecta, donde el hecho que B no pueda competir en el mercado aguas abajo se ve aminorado por la competencia entre las demás firmas. Así por ejemplo, si el titular de una línea de transmisión de electricidad con características de monopolio natural provee acceso a un número determinado de compañías generadoras, la competencia podría no verse afectada por la negativa de proveer acceso a un nuevo generador. La decisión, por cierto, probablemente dañará a este último e implicará un aumento en las rentas monopólicas totales, pero no parece afectar la competencia en el mercado.

B. UN CASO ESPECÍFICO DE NEGATIVA DE PACTAR: LA NEGATIVA DE LICENCIAR DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL.

Un caso particular que ha adquirido reciente relevancia es la relación entre la negativa de pactar (y/o el uso de la doctrina de las facilidades esenciales) y los derechos de propiedad intelectual. De este modo, el ámbito de aplicación en esos supuestos se ha ampliado a otros casos que van más allá de los tradicionales servicios de infraestructura.

⁸⁹ Véase SHAPIRO, Carl: "Aftermarkets and Consumer Welfare: making sense of Kodak". En: *Antitrust Law Journal*, vol. 63, 1995, pp. 483-512. Para una descripción de varias teorías relativas a mercados derivados, véase MACKIE-MASON y METZLER: "Links...", cit. en nota 82.

1. La tensión entre los Derechos de Propiedad Intelectual y la Libre Competencia.

La esencia de los derechos de propiedad intelectual es conferir a su titular un monopolio legal temporal.⁹⁰ A través de la protección brindada por el ordenamiento jurídico, el titular es aislado de la explotación competitiva de su producto protegido por tales derechos. Así, bajo este régimen, ninguna firma podrá producir el producto sin su consentimiento, otorgado mediante una licencia. Aunque la regla general es que los titulares licencien sus derechos de propiedad intelectual a otros, previo pago de un precio, ellos pueden negarse legítimamente a hacerlo. Por ello, es natural que la existencia de derechos de propiedad intelectual evite la competencia en ciertos mercados.

Sin embargo, la existencia de tal monopolio temporal no implica que el titular pueda hacer un uso ilimitado de su derecho. De acuerdo a los principios de protección de la libre competencia, una negativa de licenciar puede ser considerada abusiva en ciertos casos. En este sentido, los derechos de propiedad intelectual son considerados una fuente potencial de infracciones a la libre competencia, constituyendo una categoría especial de negativa de pactar. Así, se considerará abusiva una negativa de licenciar toda vez que el titular de un derecho de propiedad intelectual detente una posición dominante en el mercado relevante en razón de ese derecho y el resultado sea la creación de barreras al libre desarrollo de la competencia.⁹¹

El resultado de la tensión entre la protección de la libre competencia y la de los derechos de propiedad intelectual es una colisión entre derechos derivada de los intereses usualmente contrapuestos que en uno y otro caso se pretende proteger.⁹² El régimen de propiedad intelectual está inspirado fundamentalmente en la generación de incentivos a la innovación y generación de nuevas tecnologías; el derecho *antitrust*, en la preservación de la libre competencia en los mercados. Por esto, los derechos de propiedad intelectual protegen el monopolio; el derecho de la libre competencia lo reprocha.

⁹⁰ VISCUSI *et al.*: *Economics...*, cit. en nota 30.

⁹¹ Es importante considerar que la mera tenencia de un derecho de propiedad intelectual no confiere a su titular una posición dominante; pero si existe tal posición, el titular no puede abusar de ella. Así lo ha fallado la jurisprudencia comparada. En Europa, en los casos *Volvo* y *Magill*, por ejemplo; y en Estados Unidos, en *Intel* (citado en nota 53) y *Kodak*. Ello ha sido también apoyado por las propias agencias regulatorias (véase por ejemplo las *IP Guidelines*, *Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property*, de fecha 6 de abril de 1995, del Departamento de Justicia y la *Federal Trade Commission*).

⁹² TURNEY, James: "Defining the Limits of the EU Essential Facilities Doctrine on the Intellectual Property Rights: The Primacy of Securing Optimal Innovation". En: *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property*, vol. 3(2), 2005, pp. 179-202. A esto se debe sumar el hecho que la economía moderna se basa sustancialmente en la tecnología, por lo que la eventual dominancia derivada de ser titular de un derecho de propiedad intelectual ha aumentado significativamente.

Esto se manifiesta en los diferentes métodos utilizados por los estatutos legales destinados a brindar dicha protección. Mientras las leyes que protegen a los derechos de propiedad intelectual asumen que la eficiencia será alcanzada sólo si el regulador (legislador) calcula en forma correcta la mezcla de incentivos y acceso a tales derechos que se requiere para proveer un nivel óptimo de innovación, las normas de protección de la libre competencia asumen que la disuasión de los monopolios llevará a un resultado eficiente.⁹³ Estos métodos, al igual que los objetivos que los inspiran, son en principio contrapuestos.

Frente a este antagonismo, los organismos de defensa de la libre competencia están llamados a balancear adecuadamente los intereses en conflicto: de un lado, los legítimos derechos del titular y la necesidad social de innovación; de otro, la protección de los mercados libres en interés de la sociedad. En este sentido, se han desarrollado algunos intentos conciliatorios, señalando que el propósito tanto de los derechos de propiedad intelectual como del derecho antimonopolios sería promover la innovación y aumentar el bienestar de los consumidores.⁹⁴ Sin embargo, a pesar de ellos, lo cierto es que la intersección de ambas ramas del derecho ha sido una fecunda fuente de litigación.⁹⁵

El tema central es si la negativa a licenciar debiera ser o no tratada de igual forma que los demás casos de negativas de pactar por una firma dominante. Esto da lugar a un gran número de cuestiones políticas y abre una cantidad amplia de posibilidades entre dos extremos opuestos.⁹⁶ Por una parte, se debe reconocer que el apego irrestricto al derecho *antitrust*, puede acarrear serios desincentivos a la inversión en innovación y a los desarrollos futuros en algunas áreas sensibles y estratégicas de la economía, tales como el mercado farmacéutico o de los software computacionales; a su vez, esto puede implicar pérdidas de competitividad en industrias locales. Por otra parte, una inmunidad absoluta a los titulares de derechos de propiedad intelectual puede conllevar a niveles irrazonables de dominancia.⁹⁷

⁹³ COOTER, Thomas F.: "Intellectual Property and the Essential Facilities Doctrine". En: *Antitrust Bulletin*, vol. 44(1), pp. 227-228.

⁹⁴ En Estados Unidos, véase por ejemplo las mencionadas *IP Guidelines*. Este parece ser, de cierto modo, compatible con un sentido de competencia *shumpeteriano*: "Lo que tenemos que aceptar es que [la innovación llevada a cabo por grandes firmas dominantes] ha devenido en el más poderoso motor del progreso [económico]... A este respecto, la competencia perfecta no sólo es imposible sino inferior, y no puede ser considerada como un modelo ideal de eficiencia" (SCHUMPETER, Joseph A.: *Capitalism, Socialism, and Democracy*. New York: Harper Brothers, 1942).

⁹⁵ En Estados Unidos, existen incluso fallos contradictorios, considerando a veces una negativa de licenciar como legítima (*Xerox*, 203 F.3d 1322, Fed. Cir. 2000) y en otras ocasiones como ilegítima (*Kodak*, 125 F.3d 1195, 1215, 9th Cir. 1997). En Europa, por su parte, existen muy pocos casos en los cuales se ha obligado a un licenciamiento obligatorio, y en cada uno de ellos se aprecia de manera particularmente aguda el tema del balance entre la competencia y los incentivos para innovar.

⁹⁶ Una explicación detallada de estas teorías en BACHES: "The application...", cit. en nota 78.

⁹⁷ En este sentido, Phillip BEUTEL ("The intersection of Antitrust and Intellectual Property Economics: a Schumpeterian View". En: *Economics of Antitrust*, cap. 12 [Wu ed.], Nera Economic Consulting, 2004, pp. 132-140) indica que no todas las prácticas de los titulares de derechos de propiedad intelectual son potencialmente dañinas para la competencia. El foco de atención sólo debiera ponerse en el comportamiento de esos titulares si se demuestra que

2. El tratamiento del tema en el derecho comparado.

La aplicación de la doctrina de las facilidades esenciales en casos de negativa de licenciar derechos de propiedad intelectual no es más que un reflejo de la mencionada tensión y la incertidumbre respecto a cuál es el nivel óptimo de incentivos necesarios para la innovación que debe ser garantizado. Se trata de una materia de alta complejidad para el derecho de la libre competencia, que ha sido tratada de manera similar tanto en el derecho norteamericano como en el derecho europeo, pese a las diferencias que en ambos existen, tanto respecto al tratamiento de la doctrina de las facilidades esenciales como respecto a la protección de la propiedad intelectual y su interacción con el derecho de la libre competencia.

Como explica KORAH, existen dos diferencias fundamentales entre ambos ordenamientos jurídicos.⁹⁸ Primero, a diferencia de Estados Unidos, la Comunidad Europea no garantiza derechos de propiedad intelectual diferentes a las marcas; los derechos de propiedad intelectual son creados por las respectivas leyes de los Estados Miembros y el ámbito de su protección es nacional.⁹⁹ Segundo, en los inicios de la Comunidad existió un temor considerable a los monopolios surgidos a partir de patentes, las cuales, bajo la influencia de la “Escuela de Friburgo”, fueron consideradas barreras de entrada.¹⁰⁰ Esta situación, sumada a la baja influencia que tenía la protección de la libre competencia en ese tiempo, particularmente desde el punto de vista del análisis económico, contribuyó a que el pensamiento imperante fuera que los derechos de propiedad intelectual restringían la producción de bienes y elevaban los precios.¹⁰¹

Las restricciones al comercio asociadas a los derechos de propiedad intelectual en el pensamiento tradicional europeo fueron aún mayores debido al contexto económico. A diferencia de Estados Unidos, que al momento de aprobarse la *Sherman Act* constituía un solo mercado económicamente integrado, con una moneda común y derechos de propiedad

ellos detentan poder de mercado (es decir, que poseen el poder de imponer barreras de entrada que detengan la innovación de sus rivales) y no existen razones de negocios justificativas.

⁹⁸ KORAH, Valentine: “The Interface between Intellectual Property and Antitrust: The European Experience”. En: *Antitrust Law Journal*, vol. 69, 2001, pp. 801-839.

⁹⁹ Las marcas comerciales nacionales continúan, pero también es posible inscribirlas en un registro en Alicante, España, caso en el cual prevalecen en todo el mercado común, aunque sujetas a un eventual conflicto con marcas nacionales (Regulación del Consejo 40/94 sobre Marcas Comerciales Comunitarias, diciembre 20, 1993).

¹⁰⁰ Entre las dos guerras mundiales los economistas y abogados de la Escuela de Friburgo fueron hostiles a las ideas nazis y, en busca de mayor grado de libertad, abogaban por una dispersión del poder político y económico. En este contexto, no buscaban abolir los derechos de propiedad intelectual, pero consideraban que sus titulares debían actuar como si no tuvieran poder de mercado, lo cual en muchos casos, era lo mismo que abolir sus derechos. Sobre los planteamientos generales de la Escuela de Friburgo y otras escuelas de competencia, HILDEBRAND: *The Role...*, cit. en nota 61.

¹⁰¹ El planteamiento imperante de todos modos velaba principalmente por evitar el *free-riding* y fomentar la inversión. En el contexto histórico, sin embargo, era poco probable que se aceptara que una limitación a los derechos de propiedad intelectual reduciría los incentivos a invertir. Sólo con la creación, en 1989, de la *Merger Task Force*, la Dirección de Competencia de la Comisión Europea comenzó a respetar más el pensamiento económico.

intelectual federales, en Europa no se daban estas características en los 60s y 70s, cuando el derecho comunitario comenzó a ser desarrollado. La idea de tener un mercado común que permitiera el libre movimiento de personas, bienes, servicios y capitales entre los distintos Estados Miembros se contraponía, en cierto modo, con el hecho de tener derechos de propiedad intelectual limitados a cada Estado. Esto era percibido como una forma de exclusión contraria a los principios del mercado común.¹⁰²

La hostilidad general hacia los derechos de propiedad intelectual en Europa sólo comenzó a ser revertida, no sin dificultad, desde comienzos de los '80s.¹⁰³ Hasta hoy, sin embargo, existe controversia respecto a la visión europea respecto de tales derechos en relación con la protección de la libre competencia. Para algunos autores, la hostilidad permanece, aunque atenuada; para otros, no hay tal hostilidad, sino que, por el contrario, las Cortes y la Comisión son altamente sensibles a los derechos de propiedad intelectual.¹⁰⁴ Con todo, no son muchos los casos recientes relativos a tales derechos. *Magill*, de 1995, es el caso más emblemático en cuanto a licencia de derechos de propiedad intelectual en Europa. Lo decidido en él fue posteriormente considerado de forma significativa en el caso *Bronner*, el fallo más representativo en relación con el tema de las facilidades esenciales y negativas de pactar que a su vez éste sirvió de base para en el importante caso *IMS*, sobre propiedad intelectual.

La jurisprudencia europea demuestra así, claramente, la estrecha conexión entre la lógica de la doctrina de las facilidades esenciales, en particular, y de la negativa de pactar, en general, y la protección de los derechos de propiedad intelectual.¹⁰⁵ La conexión no sólo es clara en el ámbito europeo, sino también en el derecho norteamericano. Sin embargo, en ambos derechos parece difícil basarse en esta última para forzar a un operador dominante a licenciar. Puesto en términos más claros, la regla general es que un titular de derechos de propiedad intelectual que detenta una posición de dominio no tiene la obligación de licenciar sus derechos. Sin embargo, recientemente esta regla ha sido confrontada en algunos casos, produciendo algún grado de incertidumbre sobre los titulares de derechos de propiedad intelectual. Estos casos están relacionados generalmente con la denominada “interoperabilidad”.

¹⁰² De aquí que, por ejemplo, el actual artículo 81 del Tratado haya sido interpretado teniendo en cuenta el objetivo de la integración de los mercados, seguido de la protección de competidores (especialmente pequeños y medianos) de la competencia injusta. La protección de los consumidores y de la economía en general, en cambio, ha sido reconocida sólo recientemente.

¹⁰³ Para un análisis del derecho europeo en relación a los derechos de propiedad intelectual, véase TEMPLE: “Compulsory...”, cit. en nota 49; el desarrollo jurisprudencial europeo puede verse en KORAH: “The interface...”, cit. en nota 98.

¹⁰⁴ Sosteniendo la visión hostil, KORAH: “The interface...”, cit. en nota 98; en contra, Frank FINE: “NDC/IMS: In response to professor Korah”. En: *Antitrust Law Journal*, vol. 70, 2002a, pp. 247-256; y “NDS...”, cit. en nota 52.

¹⁰⁵ Con todo, téngase presente que ni la Corte ni la Comisión han ocupado la frase “facilidad esencial” en casos relativos a derechos de propiedad intelectual.

3. Un caso particular: la interoperabilidad (*interoperability*).

En el ámbito de las tecnologías de la información se presenta un tipo especial y más complejo de negativa de licenciar. Esta dice relación con la información relativa a la “interfase”, esto es, aquella información técnica y específica que determina cómo operan los sistemas y programas de los productores de software. Los productores de software requieren de esta información para crear productos compatibles con sistemas operativos y programas de otros fabricantes; a esto se le denomina “interoperabilidad”.

La obtención de dicha información se vuelve más necesaria a medida que crece la cuota de mercado de una empresa. En el extremo, ella podría llegar a ser esencial para la viabilidad competitiva de otros proveedores que desean que sus productos sean compatibles con los de la empresa dominante.

Los mayores problemas que se enfrentan en materia de libre competencia e interoperabilidad se dan cuando las solicitudes de acceso a la información recaen sobre productos amparados por derechos de propiedad intelectual tales como la señalada interfase o los procesos de “*reverse engineering*”; es decir, cuando el bien jurídico protegido por el derecho de la libre competencia se ve enfrentado al bien protegido por las normas relativas a la propiedad intelectual. También presentan un grado de complejidad -esta vez técnica- los casos en que la información sobre la interfase no puede ser obtenida a través de procesos de decodificación por ser técnicamente imposible o (más comúnmente) económicamente inviable.

En el derecho europeo, la Comisión ha fallado a favor de quienes han solicitado la información. La primera vez que ella se refirió al tema de la interoperabilidad y el otorgamiento de acceso a la información sobre la interfase fue en el año 1984, cuando tomó conocimiento de ciertas prácticas de *IBM*. No obstante, como se verá, el caso más relevante en la materia es la decisión adoptada en el año 2004 en el caso *Microsoft*, que ha vuelto a traer al primer plano la doctrina de las facilidades esenciales, pues podría ser la primera ocasión en que la Corte Europea de Justicia decretara un licenciamiento compulsorio de una patente desarrollada con recursos de una firma privada. De ser así, ello abrirá un gran debate en torno a los derechos de propiedad intelectual y la protección de la libre competencia.¹⁰⁶

¹⁰⁶ En el derecho norteamericano las autoridades de libre competencia también interpusieron acciones en contra de *Microsoft*. Sin embargo, ellas se basan en “monopolización” a través de prácticas exclusorias, en los términos de la Sección §2 de la *Sherman Act*. Por tanto, el análisis de este caso excede los límites de este trabajo. Él puede encontrarse en VISCUSI *et al.*: *Economics...*, cit. en nota 30.

V. LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DERIVADAS DE LA APLICACIÓN DE LA DOCTRINA DE LAS FACILIDADES ESENCIALES.

A. EL ESTABLECIMIENTO DE UN RÉGIMEN DE NEUTRALIDAD.

Como bien señala VILLAR, la declaración, por parte de los organismos de defensa de la libre competencia, de la esencialidad de un insumo y la declaración de responsabilidad por aplicación de la doctrina, trae como consecuencia central la imposición sobre el titular de un régimen especial de utilización del bien, cuya principal característica es la “neutralidad”.¹⁰⁷ La finalidad de este régimen es que el dueño ejerza una gestión y utilización transparente de la facilidad, evitando, por una parte, que éste se procure ventajas competitivas sobre otros operadores; y, por otra parte, que la facilidad sea un elemento determinante en las relaciones entre propietario y competidores.¹⁰⁸ De este modo, se evita que el bien sea utilizado de manera discriminatoria y, por el contrario, que su uso tenga lugar en condiciones económicas y técnicas razonables y transparentes.

Los medios utilizados por los organismos de defensa de la competencia para la imposición de este régimen especial son variados. Así, para evitar que el insumo sea utilizado como ventaja competitiva, son comunes las medidas de carácter contable y jurídico, tales como separación de sociedades, la exigencia de contabilidad separada, etc.¹⁰⁹ Sin embargo, los remedios mayormente utilizados por la jurisprudencia son la imposición de la obligación de contratar o prestar servicio a los competidores; o bien la obligación de ejercer una gestión compartida de la instalación.¹¹⁰

Con todo, tales fórmulas no son las únicas. Incluso, en un caso extremo y del todo excepcional, podría establecerse el régimen sin necesidad de imponer una carga expresa sobre el titular.¹¹¹

¹⁰⁷ VILLAR, *Las instalaciones...*, cit. en nota 10.

¹⁰⁸ En este sentido, PAREDES expresa que “quienes poseen insumos esenciales para el desarrollo de la actividad, no pueden favorecer a un competidor por sobre otro y en particular, no pueden favorecer a sus propias filiales relacionadas verticalmente por sobre sus competidores” (PAREDES, Ricardo: “Regulación económica en Chile: la opción por un enfoque no estructural”. En: *La transformación económica de Chile*, cap. 5 [Larraín y Vergara, eds.]. Santiago: Centro de Estudios Públicos, 2000, p.168).

¹⁰⁹ En el derecho chileno, véanse los casos citados en el Capítulo Cuarto.

¹¹⁰ En el derecho norteamericano, ejemplo del primer caso es *Otter Tail*; del segundo, *Terminal Road*.

¹¹¹ En el caso *HB Ice Cream* (Sentencia C-T-65/98, de 23 de octubre de 2003), la Corte Europea de Justicia no requirió imponer carga positiva alguna sobre el titular de una facilidad esencial. En Irlanda, *HB Ice Cream Ltd.* ostentaba tradicionalmente una posición de dominio en el mercado de venta de helados (un mercado esencialmente temporal). Tanto la Comisión como la Corte consideraron que dicha posición se veía acrecentada por la política de *HB* de entregar congeladores sin costo ni renta a los establecimientos de venta de sus productos, previa firma de un contrato de exclusividad de uso que impedía que tales establecimientos utilizaran los congeladores para almacenar productos de otras compañías. Dos compañías, *Masterfoods Ltd.* y *Richmond Frozen Confectionery Ltd.* ejercieron acciones contra esta cláusula. Sus planteamientos fueron acogidos por la Corte, la cual estimó que la posición de dominio estaba acreditada por el hecho de la negativa de los vendedores a poner otro congelador o, en su defecto, a sustituir el de *HB* por uno propio o de las señaladas empresas; por la aceptación mayoritaria de los helados *HB* entre

Mucho dependerá, especialmente en el caso de los sectores regulados, de las normas y leyes sectoriales que rijan la actividad específica de que se trate -si existen-, y de la calificación de las instalaciones que en ellas se haga.¹¹² Pero en caso alguno las consecuencias de la doctrina deben ser identificadas con el derecho de acceso compulsorio; de hecho, muchas de las críticas hacia ella se deben precisamente a la identificación o asociación casi automática que las autoridades antimonopolios tienden a hacerse entre el régimen de neutralidad y la obligación de compartir la facilidad considerada esencial.

B. EL CARÁCTER TEMPORAL DE LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS.

El establecimiento del régimen de neutralidad es eminentemente temporal.¹¹³ Es decir, la declaración de un insumo como esencial posee una vigencia determinada en el tiempo: aquello que es hoy considerado esencial puede dejar de serlo en un futuro más o menos próximo. Así por ejemplo, aquél podría terminar por cambios estructurales del mercado o por cambio tecnológicos.

En el caso de mercados no regulados, la dependencia de un insumo suele desaparecer con la aparición de mecanismos alternativos. La doctrina de las facilidades esenciales, en estos casos, generalmente tiene sólo por finalidad “corregir o compensar una situación de desequilibrio en el mercado, no proceder a su reestructuración”.¹¹⁴ En el caso de los servicios de infraestructura, el deber de contratar puede ser impuesto, por una parte, con el único fin de introducir competencia en el mercado, caso en el cual la doctrina actúa con una lógica análoga a como lo hace en las actividades no reguladas.¹¹⁵ Pero también puede ser impuesto en razón de fines competitivos

los irlandeses; y, finalmente, por el costo de la inversión. La Corte anuló la cláusula de exclusividad y obligó a *HB* a comunicar esta circunstancia a los vendedores con la aclaración de que les estaba permitido almacenar helados de otras marcas y empresas competidoras. Aun cuando la condición de facilidad esencial de las máquinas era clara, la Corte desestimó utilizar tal calificativo, por cuanto para ella esa calificación conllevaba necesariamente una obligación de contratar y no, como optó finalmente, una mera declaración de nulidad. Sin embargo, este es un caso claro de cómo un régimen de neutralidad puede ser alcanzado sin imponer expresamente dicha obligación de contratar.

¹¹² Recientemente, la Corte Suprema norteamericana ha establecido que la doctrina de las facilidades esenciales es inaplicable en presencia de mandatos legales. Véase el caso *Trinko* (2004) en *infra* Capítulo Segundo.

¹¹³ LIPSKY y SIDAK: “Essential...”, cit. en nota 17, p.1216.

¹¹⁴ VILLAR, *Las instalaciones...*, cit. en nota 10, p.136.

¹¹⁵ Así por ejemplo, la Ley General de Telecomunicaciones (artículo 29) declara que las tarifas de ciertos servicios de telecomunicaciones serán libremente establecidos, a menos que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, mediante calificación expresa, señale que las condiciones existentes en el mercado no son suficientes para garantizar un régimen de libertad tarifaria; en este caso, los precios son fijados por la autoridad. Si las condiciones se modifican y existe pronunciamiento del Tribunal en tal sentido, los servicios pueden dejar de estar afectos a fijación de tarifas. Sobre tarifas de empresas de Utilidad Pública, véase AGÜERO Vargas, Francisco: *Tarifas de Empresas de Utilidad Pública*. Santiago: LexisNexis Chile, 2003 (en especial pp. 377-378). Del mismo modo, los artículos 7.3 y 8 de la Directiva 2002/19 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativos al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados y su interconexión, declaran el carácter excepcional de las obligaciones de acceso e interconexión sobre empresas con un peso significativo en el mercado, pero autoriza la derogación de aquellas cuando la autoridad que la impuso compruebe la existencia de condiciones competitivas.

que se suman a otros fines de interés público. En este último caso, deberán ponderarse dichos fines con la extinción de la obligación de manera previa a cualquier cambio de circunstancias.

C. CASOS EN QUE NO SE PRODUCEN LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS.

La calificación de un insumo como esencial no conlleva automáticamente la imposición de un deber de permitir su utilización por terceros. Ello no ocurrirá cuando medie una justificación objetiva que legitime la negativa del titular. La determinación de tal justificación es, por cierto, principalmente casuística. Sin embargo, es posible encontrar algunos criterios generales en los casos fallados por las cortes.

En primer término, la jurisprudencia comparada, tanto norteamericana como europea, reconoce que la doctrina puede no ser aplicable en presencia de marcos regulatorios específicos. Aunque la incompatibilidad no es absoluta y los fines de la libre competencia podrían ser compatibilizados con las normas sectoriales, si los fines de la regulación van en contra del resultado buscado por la obligación de contratar, esta última no debe ser impuesta.¹¹⁶ Así ocurriría, por ejemplo, cuando el uso de la facilidad por un competidor tuviera como resultado mermas en la calidad del servicio a los usuarios o trajera perjuicios en cuanto a precio.

En casos en que el insumo esencial esté siendo utilizado a plena capacidad (esto es, que no exista la posibilidad de utilización por parte de un tercero), la regla general es que la preferencia la tiene el titular. Esta regla sólo podría ser enervada y ceder a favor del acceso al nuevo competidor en caso de justificaciones objetivas, tales como una gestión deficiente (que incluye sub-inversión) o incompatibilidades técnicas.¹¹⁷

En sectores carentes de regulación específica, el principal problema que se enfrenta es la posibilidad de desincentivo a la inversión por parte del titular de la facilidad, quien puede no invertir o hacerlo en menor medida por temor a tener que compartirla con sus competidores.¹¹⁸ Sin embargo, es un tema posible de resolver mediante la fijación de precios adecuados (por ejemplo, peajes) que incentiven de manera suficiente la inversión, aunque en este caso surgen problemas derivados de los altos costos de transacción que puede tener un eventual acuerdo,

¹¹⁶ En este sentido, *Otter Tail* y *Trinko*; y *European Night Services*, en el derecho norteamericano y europeo, respectivamente.

¹¹⁷ Ambos casos dependen de la prueba de la conducta del titular. Así, la gestión deficiente puede considerarse como abusiva y anticompetitiva; mientras que las incompatibilidades técnicas dependerán de, por ejemplo, si el titular utiliza estándares comunes y adecuados o emplea otros con el fin de entorpecer la competencia.

¹¹⁸ AREEDA: "Essential...", cit. en nota 79, p.851. KORAH ("Access...", cit. en nota 25, p.252) defiende la protección de la inversión como una justificación objetiva para la no imposición de la obligación de contratar.

manifestados en la complejidad de sus términos, y los costos de monitoreo y revisión.¹¹⁹ Como no existen en este caso normas regulatorias que delimiten y sirvan de referencia, aunque sea en términos generales, puede resultar altamente complicado alcanzar un acuerdo. Sin embargo, tal dificultad tampoco debiera ser óbice para imponer la obligación: no se trata de un problema con entidad suficiente para no conceder el derecho.¹²⁰

¹¹⁹ Véanse las consideraciones del Abogado General en el caso *Bronner*, en *infra* Capítulo Tercero.

¹²⁰ Como bien destaca STOTHERS, en ocasiones la mera amenaza de que un tribunal imponga los términos del acuerdo es incentivo suficiente para que las partes negocien los términos que consideren adecuados. (STOTHERS, Christopher: "Refusal to Supply as Abuse of a Dominant Position: Essential Facilities in the EU". En: *European Competition Law Review*, vol. 22[7], 2001, p.262). Muchos critican, sin embargo, que la imposición de condiciones por parte de las cortes "transforma" a éstas en reguladores.

CAPÍTULO SEGUNDO

LAS FACILIDADES ESENCIALES EN EL DERECHO NORTEAMERICANO

“Si bien es cierto que en un sentido muy general, cada uno puede disponer de su propiedad como le plazca, ‘ello no puede ir mas allá del ejercicio de su derecho, y [queda prohibido,] por contrato o combinaciones de éstos, expresos o tácitos, entorpecer excesivamente u obstruir el libre y natural flujo del comercio [...]’.¹²¹

I. PLANTEAMIENTO.

En Estados Unidos, la libertad de emprendimiento siempre ha sido la regla general. Tanto la empresa privada *strictu sensu* como los servicios públicos económicos, han sido tradicionalmente gestionados por empresas privadas; en este último caso, sometidas sí a algún grado de regulación.

A consecuencia de ello, la redefinición del rol del Estado en la economía y la sociedad, iniciado a partir de mediados del siglo XX, y el consiguiente proceso de “retirada” del poder público del ámbito de los Servicios de Utilidad Pública no adoptó, como en Europa, la forma de “privatización”, sino de simple “desregulación” o liberalización; esto es, disminuyó la reglamentación pública que afectaba a tales actividades. Subyace a este cambio la consideración de que el mercado era capaz de suplir buena parte de las funciones de comando y control que anteriormente eran ejercidas por el poder público. Luego de este proceso, las políticas de competencia, basadas en la eficiencia económica (medida en términos de bienestar del consumidor), pasaron a dominar ampliamente el desarrollo de las actividades económicas.

La doctrina de las facilidades esenciales nace en este ambiente liberalizado y de preponderancia por la competencia, como una forma más ideada para poner freno a los abusos cometidos por empresas en posición de dominio. De aquí las amplias –y a veces excesivas- posibilidades de utilización que se han intentado darle. Quizás por ello, su evolución jurisprudencial y doctrinal no ha sido pacífica; su aplicación siempre ha estado rodeada de polémica y de hecho, como se verá, los últimos acontecimientos parecen condenarla al olvido.

Básicamente, la doctrina fue construida a partir de la interpretación de un grupo de decisiones un tanto ambiguas de la Corte Suprema (las que, por cierto, no la mencionaron). Su primer antecedente jurisprudencial correspondería a uno de esos ambiguos casos *-Terminal Railroad,*

¹²¹ Justice BLACK, dando la opinión de la Corte Suprema en el caso *Associated Press* (1945).

de 1912-, el que fue sancionado por la Corte Suprema sobre la base de la Sección §1 de la *Sherman Act*. No obstante, la mayor parte de los casos posteriores relativos a ella, sea que la mencionen o no expresamente, se funda en lo dispuesto en la Sección §2 de la *Sherman Act*, que en términos generales prohíbe la adquisición o mantenimiento de poder monopólico.

A continuación (II) se analiza brevemente el marco legal de aplicación de la doctrina de las facilidades esenciales, comenzando por una descripción genérica del sistema norteamericano de defensa de la competencia y siguiendo por el análisis del contenido de las secciones §1 y §2 de la *Sherman Act* (con énfasis en esta última). Luego (III) se examinan las líneas generales de la doctrina en Estados Unidos como una excepción a la libertad de contratar, y se explican las razones del carácter restrictivo que se le ha dado en el derecho norteamericano. La sección final (IV) describe y analiza los casos más relevantes fallados por las cortes de Estados Unidos.

II. EL MARCO LEGAL: LAS DISPOSICIONES DE LA *SHERMAN ACT*.

A. ANTECEDENTES BÁSICOS DEL SISTEMA NORTEAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA.

La protección de la libre competencia ha sido por años uno de los pilares fundamentales del sostenido crecimiento de la economía norteamericana. Basándose en un índice de disposiciones que afectan a la competencia en los mercados de productos, establecido a efectos de realizar una comparación internacional, la OECD (2005) observa que Estados Unidos tiene uno de los sistemas normativos menos restrictivos de la OCDE. Ello se ha traducido en el fortalecimiento de la competencia, en una adaptación flexible de los mercados laborales y en la adopción de tecnologías que aumentan la productividad.¹²²

Buena parte de esos satisfactorios resultados se debe al poderoso y completo sistema de protección de la libre competencia, cuyo marco sustantivo está dado por tres cuerpos legales federales: la *Sherman Act* de 1890, la *Clayton Act* de 1914, y la *Federal Trade Commission (FTC) Act*, del mismo año.¹²³ Con todo, existen además otras leyes en las que figuran

¹²² La OECD vincula los buenos resultados de la economía estadounidense durante más de un decenio a los esfuerzos de reforma normativa en una amplia gama de industrias. Sin embargo, también indica que la política de competencia podría mejorarse mediante medidas tales como la terminación de la inmunidad antimonopolio de las empresas gubernamentales y la eliminación de exenciones anómalas. En el informe se sugiere asimismo la adopción de medidas a nivel sectorial para aumentar la competencia, entre otros en los sectores de las telecomunicaciones y la electricidad.

¹²³ Las dos primeras, 15 U.S.C., artículos 1 a 7 y 15 U.S.C., artículos 12 y siguientes, respectivamente. Por cierto, a nivel estatal rigen también otras leyes de protección de la libre competencia y sistemas paralelos de

disposiciones relativas a los aspectos comerciales de la política de competencia y numerosos cuerpos legales que otorgan inmunidad limitada frente a las leyes antimonopolio en casos concretos y actividades específicas.¹²⁴

La *Sherman Act*, de 1890, nació como una respuesta política al crecimiento sostenido y poder de los nuevos *trusts* (combinaciones de negocios a gran escala) que habían surgido a partir de 1880 en diversas áreas de la economía.¹²⁵ En general, prohíbe todos los contratos, combinaciones y conspiraciones que limiten el comercio entre los Estados o con países extranjeros, así como la monopolización de cualquier parte del comercio entre los Estados o con países extranjeros, imponiendo sanciones a quienes contravengan sus disposiciones.¹²⁶

Luego de un breve tiempo, hubo consenso en que la respuesta frente a los *trusts* había sido insuficiente. El descontento se tradujo, sólo unas décadas después, en la entrada en vigor de dos nuevos cuerpos legales que vinieron a complementar la protección de la competencia. Así, en 1914 entró en vigencia la llamada *Clayton Act*, con la idea de definir de manera más precisa las prácticas anticompetitivas. En términos generales, ella sanciona la discriminación de precios, las cláusulas de amarre y los acuerdos de exclusividad, y las fusiones entre competidores, pero siempre que tales actuaciones “disminuyan sustancialmente la competencia o tiendan a crear un monopolio”.¹²⁷ El mismo año entró en vigencia la llamada *Federal Trade Commission (FTC) Act*, que creó una agencia especial para el tratamiento de los temas relativos a la libre

persecución y cumplimiento. Sin embargo, el sistema federal es lejos el más importante. Asimismo, existe la posibilidad de entablar acciones privadas para la persecución y denuncia en estas materias.

¹²⁴ Entre ellas, la *Capper-Volstead Act*, de Asociaciones de Productores Agrícolas; la Ley de Acuerdos de Comercialización de Productos Agrícolas, de 1937; la Ley de Comercialización Colectiva de los Pescadores; la *McCarran-Ferguson Act*, sobre Reglamentación de Seguros; la Ley de Ayuda a la Educación en función de las Necesidades; la *Webb-Pomerene Act*; y la *Gramm-Leach Bliley Act*. Para más detalles, véase ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE COMERCIO (OMC) *Examen de las Políticas Comerciales - Estados Unidos*. Ginebra: OMC, 2004, especialmente capítulo III -4-i-a.

¹²⁵ Véase VISCUSI *et al.* (*Economics...*, cit. en nota 30, p.69), quienes explican que la depresión económica de la época trajo como consecuencia la formación de *trusts* en diversos sectores de la economía, tales como petróleo, azúcar, acero, carbón, tabaco y armamentos. La razón de esta formación era hacer frente a las prácticas de precios y nuevo estilo de competencia que trajo consigo la depresión, los que resultaron ser desastrosos para muchas firmas. Ante el nuevo fenómeno, sindicatos, organizaciones de campesinos y pequeños comerciantes unidos decidieron hacer frente a los nuevos *trusts*, exigiendo una ley que los protegiera de su gran poder económico.

¹²⁶ La *Public Act* N° 108-237, de 22.06.04, introdujo cambios en la legislación sobre política de competencia. Entre otras materias, fueron aumentadas las multas y sanciones máximas posibles establecidas en la *Sherman Act*, haciéndolas concordar con las aplicadas a otros delitos financieros con efectos nocivos similares. Así, tras la promulgación de la señalada ley pública se aumentaron las penas máximas: en los delitos cometidos a partir del 22 de junio de 2004 inclusive, la multa máxima para las personas jurídicas es de US\$100 millones; la multa máxima para las personas físicas es de US\$1 millón; y la pena de prisión máxima pasa a ser de 10 años. Las infracciones están también sujetas a otras disposiciones en materia de multas que permiten la imposición de una multa de hasta el doble de la pérdida o beneficio financiero bruto resultante de la infracción. Del mismo modo, la ley pública fortaleció la política de delación compensada ante la *Antitrust Division* (en virtud de la cual se ofrece a los participantes en cárteles la posibilidad de evitar procesos penales revelando el cártel y cooperando en la investigación y procesamiento).

¹²⁷ La *Clayton Act* ha sido sujeta a modificaciones, principalmente a sus secciones §2, relativa a discriminación de precios (*Robinson-Patman Act*, 1936), §7, relativa a fusiones (*Celler-Kefauver Act*, 1950), y §7A (*Hart-Scott-Rodino Act*, 1976), introducida para facilitar la aplicación de las leyes antimonopolio en materia de fusiones y adquisiciones anticompetitivas.

competencia, tanto en lo judicial como en lo jurisdiccional, y de los temas relativos a la competencia desleal.¹²⁸

Previo a la creación de la nueva agencia, la *Antitrust Division* del Departamento de Justicia de los Estados Unidos (*State Department*) era la única agencia relacionada con estas materias; hoy en día ambas comparten jurisdicción. De este modo, la legislación de protección de la libre competencia en Estados Unidos prevé la interposición de acciones tanto por parte de privados perjudicados como también por parte de la *Antitrust Division* (acciones penales y civiles) y por la *FTC* (acciones civiles). Las acciones incoadas por partes privadas pueden incluso dar lugar a indemnizaciones por daño triplicadas.

Fuera de estos cuerpos normativos, la denominada “Ley Internacional de Asistencia para la Observancia de Normas Antimonopolio”, de 1994, autoriza al *State Department* y a la *FTC* a concluir acuerdos de asistencia mutua con autoridades antimonopolio extranjeras y a suscribir con gobiernos extranjeros acuerdos bilaterales de asistencia mutua en la esfera antimonopolio en los que se autorice a los organismos a compartir información confidencial obtenida en sus investigaciones y a reunir pruebas en nombre de autoridades antimonopolio extranjeras.¹²⁹ Asimismo, Estados Unidos tiene también varios tratados de asistencia jurídica mutua que permiten el intercambio de información en cuestiones penales.

En lo que a materias respecta, en términos generales la legislación federal abarca todo tipo de actividades, incluidas las relacionadas con el comercio exterior.¹³⁰ El lenguaje utilizado es amplio, general y, por tanto, susceptible de interpretaciones. Esta es precisamente la característica de las dos secciones principales de la *Sherman Act* que se describen en el apartado siguiente. Como se verá, ellas protegen la competencia contra diversas conductas, pero

¹²⁸ Un importante caso fuera del ámbito de la *Sherman Act* (por ello, no tratado en la sección de jurisprudencia de este capítulo) en el cual se invocó la doctrina de las facilidades esenciales, fue iniciado sobre la base de una violación a la *FTC Act*. Se trata de *Intel* (citado *supra*, nota 53), en el cual la Corte del Circuito Federal reafirmó los límites de tal doctrina como práctica de monopolización: “...*precedent is quite clear that the essential facility theory does not depart from the need for a competitive relationship in order to incur Sherman Act liability and remedy... [T]here must be a market in which plaintiff and defendant compete, such that a monopolist extends its monopoly to the downstream market by refusing access to the facility it controls. Absent such a relevant market and competitive relationship, the essential facility theory does not support a Sherman Act violation*”.

¹²⁹ Entre los primeros, de acuerdo a la información en línea del *State Department*, disponible en http://www.Usdoj.gov/atr/public/international/int_arrangements.htm (visitado el 12.02.07), Estados Unidos tiene acuerdos con Alemania, Australia, Brasil, Canadá, Israel, Japón, México y la Unión Europea. Tales acuerdos no invalidan las disposiciones de la legislación nacional que protege el carácter confidencial de la información procedente de las investigaciones, ni tampoco la Recomendación de la OCDE sobre cooperación entre países miembros en el ámbito de las prácticas anticompetitivas que afectan al comercio internacional, a la que se han adherido los organismos antimonopolio norteamericanos. En cuanto a los acuerdos gubernamentales, sólo existe uno, con Australia.

¹³⁰ La *Sherman Act* y la *FTC Act* sólo se aplican a conductas relacionadas con el comercio con países extranjeros, salvo el de importación, si esas conductas tienen efectos directos, sustanciales y razonablemente previsibles en el comercio interno o de importación o en el comercio de exportación. Cuando la jurisdicción se basa en el comercio de exportación las leyes antimonopolio sólo se aplican a esas conductas “cuando causan daño a las actividades de exportación de los Estados Unidos”.

establecen sanciones similares para los casos de contravención. La doctrina de las facilidades esenciales se ha desarrollado principalmente en el marco de la sección §2; no obstante, el primero de los precedentes relativos a aquella se fundamentó en la sección §1, lo que justifica hacer al menos una breve referencia a su contenido.

B. La SECCIÓN §1 DE LA *SHERMAN ACT*.

La primera sección de la *Sherman Act* establece:

*“Trusts, etc., in restraint of trade illegal; penalty:
Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal. Every person who shall make any contract or engage in any combination or conspiracy hereby declared to be illegal shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$10,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$350,000, or by imprisonment not exceeding three years, or by both said punishments, in the discretion of the court.”.*

Nótese esta sección no señala que, para ser ilegal, la conducta deba ser “irrazonable”. No obstante, esta es la interpretación que invariablemente le ha dado la Corte Suprema desde el fallo de *American Tobacco*, en 1911.¹³¹ A partir de entonces, las conductas ilícitas están sometidas principalmente a la *rule of reason* como estándar de análisis.

La denominación “*Concerted Refusal to Deal*” es utilizada para identificar aquellos acuerdos adoptados por un grupo de competidores de un mercado determinado destinados a negar concertadamente la contratación de sus productos o servicios a otros compradores o vendedores de ese mismo mercado. Estas conductas se han considerado ilegales en conformidad con esta sección de la *Sherman Act*.

Precisamente en el marco de la doctrina “*Concerted Refusal to Deal*”, las cortes norteamericanas comenzaron a identificar y sancionar aquellos casos de acuerdos u otros tratos entre competidores realizados con el objetivo de negar a otros el acceso a ciertos bienes que

¹³¹ Allí sostuvo la Corte que “la ley del Congreso debe ser interpretada razonablemente, pues de lo contrario escasamente habrá casos que no puedan ser calificados, indirectamente o remotamente, como una carga para el comercio interestatal y posiblemente como restrictivos del comercio. Aplicando la regla de la razón a la interpretación de la ley, en el caso *Standard Oil* se sostuvo que el término ‘restricción al comercio’ en el *Common Law* y en el derecho de este país al adoptar la ley antimonopolios, sólo comprendía actos o contratos o acuerdos o combinaciones que generaban perjuicios al interés público a través de las indebidas restricciones a la competencia o de indebidas obstrucciones al debido curso de los negocios, los cuales sea por su indebida naturaleza o efectos o su evidente propósito de injuriosamente restringir el comercio ese era el significado de las palabras como fueron usadas en la ley y ese es el significado que le debemos dar. Así la ley no prohíbe ni restringe la posibilidad de hacer contratos y realizar conductas usuales para comerciar a través de los medios normales, sea por medio de acuerdos u otras formas para alcanzar dichos propósitos”. *United States v. American Tobacco Co.* 221 US 106 (1911).

eran determinantes para ingresar a un mercado relevante.¹³² Esto es concordante con la identificación tradicional de las facilidades esenciales con las restricciones verticales. Como VISCUSI *et al.* (2005: 235) ponen de manifiesto, estas restricciones caen típicamente bajo en mandato de la Sección §1 de la *Sherman Act*.

C. LA SECCIÓN §2 DE LA *SHERMAN ACT*.

La segunda sección de la *Sherman Act* establece:

“Monopolizing trade a felony; penalty:

Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$10,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$350,000, or by imprisonment not exceeding three years, or by both said punishments, in the discretion of the court.”

Esta sección prohíbe las conductas que implican monopolizar o intentar monopolizar, o conspirar con otras personas para monopolizar el comercio. Es decir, se sanciona el acto y no el monopolio en sí mismo.¹³³ Como se observa, la disposición prohíbe dos tipos de conductas. Primero, la monopolización (no la mera existencia de un monopolio), entendiendo por tal todo acto tendiente a crear o reforzar un poder de mercado.¹³⁴ La Corte Suprema ha precisado que los elementos que deben concurrir para configurar una conducta de monopolización son dos: (i) la posesión de poder monopólico en el mercado relevante y (ii) la adquisición o mantención intencional de dicho poder, como algo distinto al crecimiento o desarrollo de la empresa, como consecuencia de ofrecer un producto superior o una mayor capacidad empresarial, o haber aprovechado un accidente histórico.¹³⁵ En segundo término, la norma establece también una prohibición particular: se encuentran prohibidas las “conspiraciones para monopolizar”, es

¹³² BERGMAN sostiene que la Sección §1 de la *Sherman Act* eventualmente podría servir como base legal para aplicar la doctrina de las instalaciones esenciales: “*several firms that jointly control a bottleneck may also fall under the essential facilities doctrine. In the US, the legal basis for the doctrine would then be Section 1 of the Sherman Act, under which conspiracies in restraint of trade are unlawful (...)*” (BERGMAN, Mats A.: “When Should an Incumbent be Obligated to Share its Infrastructure with an Entrant Under the General Competition Rules?”. En: *Journal of Industry, Competition and Trade*, vol. 5(1), 2005, nota 2).

¹³³ Esto ha sido ratificado por la Corte Suprema en *Berkey Photo v. Eastman Kodak Co.*, 603 F.2d 263 (2d Cir. 1979), donde el juez Kaufman citó la famosa frase del caso *Alcoa*: “*the successful competitor, having been urged to compete, must not be turned upon when he wins*” (*United States v. Aluminum Co. of America*, 148 F.2d 416 [2d Cir. 1945]).

¹³⁴ La expresión “poder de mercado” (*monopoly power* o *market power*) en el derecho norteamericano es similar a la de “posición dominante” (*dominant position*) en el derecho europeo.

¹³⁵ *United States v. Grinnell Corp.*, 384 US 563 (1966). Un análisis de ambos elementos en VISCUSI *et al.* (*Economics...*, cit. en nota 30, pp. 294 y ss.).

decir, aquellos acuerdos entre varias empresas destinados a mantener o incrementar su poder de mercado.¹³⁶

El mandato establecido por la norma es similar al del artículo 82 del Tratado de la Comunidad Europea y al del artículo 3º letra “b” del DL N° 211 de Chile. Sin embargo, poseen una sutil diferencia: mientras en la norma norteamericana el presupuesto es el monopolio, las dos últimas actúan sobre las conductas constitutivas de posición dominante aun en ausencia de éste. Fuera de esto, los tres preceptos tiene una finalidad común: proteger la libre competencia en contra de aquellas situaciones de dominio que la menoscaban, de las cuales el monopolio es la más extrema.

Tres son las etapas que pueden distinguirse en la interpretación de la sección §2 de la *Sherman Act*. En el primer período, entre 1890 y 1940, las cortes requerían evidencia de actos abusivos o predatorios, además de una gran cuota de mercado, para mostrar intencionalidad. En el segundo período, entre 1945 y 1970, las cortes no requirieron evidencia de actos abusivos para inferir intencionalidad; era suficiente alcanzar un monopolio a través de maniobras que, aunque eran prácticas aceptadas en los negocios, no eran inevitables económicamente. El tercer período, de 1970 hasta ahora, está caracterizado por la disposición de las cortes a aceptar prácticas más agresivas por parte de las firmas dominantes, sin inferir de ellas un intento de monopolizar.¹³⁷

Ya en la primera de estas etapas, en aplicación de esta sección de la *Sherman Act*, la jurisprudencia norteamericana estableció el principio según el cual un monopolista no puede abusar de su poder de mercado para preservar su monopolio en un mercado o expandirlo a otro. No es más que este principio, que deriva de dos importantes casos, *Standard Oil* y *American Tobacco*, el cual es ampliamente reconocido bajo diversas denominaciones, tales como monopolización, intento de monopolización, facilidades esenciales, negativa de pactar, etc.¹³⁸

En términos generales, dos son las doctrinas que se han desarrollado para explicar los alcances de la negativa de pactar prohibida por la Sección §2. La primera de ellas tiene por finalidad determinar si la voluntad de una firma que se niega a pactar con otra es mantener o lograr una posición monopólica, o una simple decisión de negocios; la segunda, en cambio, enjuicia las

¹³⁶ POSNER (*Antitrust...*, cit. en nota 41) indica que en cierto modo, podría estimarse que la prohibición es redundante, ya que la Sección §1 de la misma ley penaliza las “conspiraciones que restringen el comercio” y dentro de esta categoría podrían incluirse aquellas destinadas a excluir competidores.

¹³⁷ GREER, Douglas F.: *Business, Government, and Society*, New York: Macmillan, 1983, p.148. Citado por VISCUSI *et al.* (*Economics...*, cit. en nota 30, p.299).

¹³⁸ *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States*, 221 US 1 (1911), y *United States v. American Tobacco Co.*, citado *supra*, nota 131. Ambos casos (por tanto, también el principio general) datan de 1911. Su aplicación particular a la doctrina de las instalaciones esenciales, como se mencionó, se suele fechar un año después.

situaciones considerando si una firma ha obtenido una ventaja competitiva o con su conducta ha monopolizado o intentado monopolizar otro mercado.¹³⁹

La doctrina es la de las facilidades esenciales es, en cierto modo, el resultado de una combinación de estas dos, aunque suele coincidir parcialmente con la segunda, lo que lleva a confusión.¹⁴⁰ Sin embargo, existen diferencias sustantivas entre ambas.¹⁴¹ Así por ejemplo, mientras en la doctrina de las facilidades esenciales se requiere probar que la instalación es indispensable, la doctrina antes mencionada no requiere de tal prueba. Atendida la dificultad de demostrar la indispensabilidad, la doctrina de las facilidades esenciales confiere menos probabilidades de éxito a los demandantes y es, por ende, menos utilizada. Fuera de esto, la doctrina de las facilidades esenciales parece limitar las justificaciones razonables que son posibles de invocar.

III. EL CONTENIDO DE LA DOCTRINA DE LAS FACILIDADES ESENCIALES EN ESTADOS UNIDOS.

A. EL RESTRINGIDO ALCANCE DE LA DOCTRINA.

El ámbito subjetivo y objetivo de la doctrina de las facilidades esenciales en Estados Unidos es en general amplio. LIPSKY y SIDAK indican que la doctrina ha sido aplicada a una gran gama de bienes, entre otros: la Bolsa de Valores de Nueva York, el mercado mayorista de productos frutícolas de *Rhode Island*, las múltiples listas de servicios de bienes raíces residenciales, los sistemas de reservas computarizadas de las líneas aéreas, modernas vías ferroviarias, redes de distribución de electricidad, ductos de gas natural, ductos e instalaciones de almacenaje de petróleo, un muelle municipal, un aeropuerto, estadios de football y de basketball, etc. Asimismo, se ha intentado aplicar en un grupo incluso más amplio de bienes: hospitales, montañas de ski, bebidas de fantasía, tarjetas de crédito, la industria lechera, la televisión por

¹³⁹ SULLIVAN (*Handbook...*, cit. en nota 45), quien denomina a estas doctrinas “*the deliberateness test of Alcoa*” (test derivado de ese caso, llamado también “*intent doctrine*”) y “*the exclusionary conduct test*” (similar al “*monopoly leveraging test*”). Con todo, la jurisprudencia norteamericana no es clara respecto a la configuración y los elementos conductuales que se requiere probar en un caso concreto de monopolización, pues diversas cortes han fallado en forma disímil. Así, para la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito, una firma vulnera la sección §2 de la *Sherman Act* simplemente obteniendo una ventaja competitiva en el segundo mercado, incluso en ausencia de monopolización o intento de monopolizarlo (*Berkey Photo, Inc. v. Eastman Kodak Co.*, citado *supra* en nota 133). La Corte del Séptimo Circuito, en cambio, rechazó esta interpretación y requirió prueba de que el demandado había utilizado su poder monopólico en un mercado para obtener, o intentar obtener, un monopolio en el mercado secundario (*Alaska Airlines*, 948 F.2d, en 544).

¹⁴⁰ KEZSBOM y GOLDMAN: “No shortcut...”, cit. en nota 67. Un ejemplo de la coincidencia entre ambas doctrinas en el caso *Intel*, citado en nota 53.

¹⁴¹ Las diferencias son analizadas en VENIT, James S. y John J. KALLAUGHER: “Essential Facilities: A comparative approach”. En: *21st Annual Fordham Corporate Law Institute 1994*, cap. 13 (Hawk, ed.). New York: Fordham University School of Law, 1995; y en BACHES: “The application...”, cit. en nota 78.

cable, la propiedad de la franquicia de una liga de football nacional, sistema de pago de larga distancia de los carriers de Puerto Rico, servicios de larga distancia celular, instalaciones de microondas para comunicaciones internacionales, microprocesadores, entre otros.¹⁴²

No obstante esta aparente amplitud, la aplicación de la doctrina de las facilidades esenciales en el derecho norteamericano ha sido más bien reducida. Del mismo modo, la interpretación de cada uno de los elementos que se requieren para configurarla es restrictiva. Esto se debe, en primer lugar, a la propia naturaleza de la doctrina: ella nace como una excepción o límite posible a la libertad de contratar (esto es, a la libertad que tiene cualquier sujeto de desarrollar su actividad económica con quien desee) y al principio -a veces olvidado- de que una firma puede adquirir una posición de monopolista en un mercado en forma legítima. Ambas libertades han sido reconocidas por la jurisprudencia norteamericana. En segundo lugar, la doctrina ha sido restringida por el uso limitado que de ella han hecho las cortes y por el debate doctrinal que ha surgido en torno a su existencia jurídica independiente. Como se verá, aun cuando las cortes inferiores se muestran a favor de ella y varios autores la apoyan, la Corte Suprema se ha negado en general a aplicarla e incluso a mencionarla, concordando así en la práctica con el planteamiento de la mayor parte de los autores, que expresan dudas acerca de su función, alcance y límites. Finalmente, aun si se llegase a aceptar, el carácter restrictivo de los requisitos para su configuración y aplicación le restan amplitud.

B. LA DOCTRINA ES UNA EXCEPCIÓN A LA LIBERTAD DE CONTRATAR.

El primer factor que restringe la doctrina de las facilidades esenciales es su carácter excepcional en relación con las básicas reglas de funcionamiento del libre mercado. En efecto, la regla básica de general aplicación en el derecho norteamericano señala que las firmas no tienen obligación alguna de contratar con sus competidores.¹⁴³ En virtud de este principio general, conocido como *Colgate Defense* (por el caso *Colgate*), el camino está libre para que cualquier actor del mercado tenga la opción de elegir a sus “compañeros” de negocios o negarse a establecer relaciones comerciales.¹⁴⁴ En dicho caso, la Corte Suprema estableció claramente que ante la ausencia de un propósito de crear o mantener un monopolio, un comerciante privado puede libremente “ejercitar su discreción hacia las partes con las cuales desea contratar”.

¹⁴² LIPSKY y SIDAK: “Essential...”, cit. en nota 17.

¹⁴³ Véase, por ejemplo, la sentencia de *Caribbean Broad. Sys., Ltd. v. Cable & Gíreles PLC*, 148 F.3d 1080, 1088 (DC Cir. 1998): “un monopolista no tiene un deber general de compartir su facilidad esencial, a menos que se presenten ciertas circunstancias bajo las cuales debe hacerlo”.

¹⁴⁴ *US v. Colgate Corp.*, 250 US 300 (1919).

Consecuentes con este principio, las cortes norteamericanas han sido generalmente reacias a condenar en caso de negativas de pactar (*refusal to deal*).¹⁴⁵

Sin embargo, las cortes norteamericanas han reconocido sistemáticamente que el principio está sujeto a limitaciones; en otras palabras, que el derecho a denegarse a establecer una relación comercial no es un principio absoluto ni exento de regulaciones. Así, han sostenido que si dichas negativas están incluidas en la Sección §2, pueden constituir una excepción al principio de *Colgate*, bajo ciertas y determinadas circunstancias.

La doctrina de las facilidades esenciales nace precisamente como una de esas limitaciones, articulada como un subconjunto de los denominados casos de negativa de pactar (*refusal to deal*); en otras palabras, no se nace como una vía independiente de acción o de abuso bajo alguna de las secciones de la *Sherman Act*, sino que un argumento más relativo a la monopolización.¹⁴⁶ Y en cuanto limitación a libertades fundamentales y excepción a las reglas básicas del funcionamiento del mercado, las normas relativas a la doctrina y a sus consecuencias jurídicas (en particular, la obligación de pactar con un competidor) deben interpretarse de manera restrictiva.

Con todo, la doctrina ha servido de sustento, especialmente en las cortes inferiores, para sancionar a uno o más monopolistas que, teniendo control sobre un bien o servicio indispensable para desarrollar una actividad, se niegan injustificadamente a pactar con un competidor impidiéndole usar el bien, o le imponen condiciones irrazonables y discriminatorias. En tal caso se ha estimado que la libertad de contratar decae precisamente en el momento en que el comportamiento de una firma está dirigido a mantener un monopolio en un mercado o a extenderlo en uno que goce de libre competencia.

C. LA TIBIA RECEPCIÓN EN LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA.

El segundo factor de interpretación restrictiva de la doctrina de las facilidades esenciales ha sido su tibia recepción por parte de la doctrina y la jurisprudencia. Como se mencionó, la doctrina habría tenido su origen en la decisión de la Corte Suprema en el caso *Terminal Railroad*, de 1912. A partir de entonces, tanto dicha Corte (indirectamente) como las cortes inferiores (directamente) han hecho uso de ella durante al menos un siglo, en circunstancias bastante

¹⁴⁵ Con todo, debe tenerse presente que el ámbito y status de la doctrina del caso *Colgate* son de por sí aspectos controvertidos.

¹⁴⁶ En todo caso, ha habido controversia respecto de si la doctrina es realmente parte de las excepciones reconocidas al principio de *Colgate*, o si se trata de un principio separado.

limitadas, aunque en general adecuadas.¹⁴⁷ No obstante, nunca ha dejado de ser un tema controvertido.

El debate se vio acrecentado por el hecho de que hasta antes del denominado caso *Trinko*, de 2004, no existía ninguna decisión de la Corte Suprema que hubiera aplicado la doctrina de las *essential facilities* expresamente; e incluso aquella había declinado pronunciarse acerca de ésta en una ocasión.¹⁴⁸ Las cortes inferiores, en cambio, al verse enfrentadas a reales instancias de dominancia, habían hecho una positiva y masiva aplicación práctica de la doctrina.¹⁴⁹ Sobre la base de una significativa línea de precedentes, numerosas cortes inferiores desarrollaron una doctrina general en virtud de la cual es posible obligar a un monopolio a vender/suministrar incluso en contra de su voluntad, en aquellas limitadas circunstancias en que una firma utiliza su control sobre el cuello de botella para eliminar actuales o potenciales competidores.¹⁵⁰

Es en este marco que, a nivel académico, surge el trabajo seminal del profesor Phillip AREEDA, llamado “Facilidades Esenciales: un Epíteto que requiere de Principios que lo Limiten”.¹⁵¹ En dicho trabajo, el profesor AREEDA intentó enfocarse en el problema de lo que él percibía podía derivar en un “uso excesivo” de la doctrina de las instalaciones esenciales. Como el nombre de su trabajo lo sugiere, AREEDA sostuvo que la doctrina no sería más que un “epíteto” al cual es necesario dotar de principios que lo limiten. Sin ellos, existiría el riesgo de una potencial sobreutilización que podía llevar, a su vez, a resultados contraproducentes.

Luego de ese trabajo, las cortes comenzaron a citar la posición del profesor AREEDA en sus fallos, aunque no necesariamente a respaldarla. Asimismo, un buen número de autores se declara crítico de la doctrina y de los precedentes judiciales que la apoyan.¹⁵² Quizás quien

¹⁴⁷ PITOFSKY *et al.*: “The Essential...”, cit. en nota 53. En contra, DOHERTY (“Just what are...”, cit. en nota 68, p.436): la doctrina ha sido usada en algunos casos que “no lo merecen”.

¹⁴⁸ En *AT&T Corp. et al. v. Iowa Utilities Board* (Corte Suprema, 25.01.99), el juez Breyer la denominó “una doctrina en materia de *antitrust* que esta Corte nunca ha adoptado”. Por su parte, en *Aspen Highlands Skiing Corp v. Aspen Skiing Co.*, 472 US 585, 611 nota al pie 44 (1985), la Corte evita pronunciarse respecto de la existencia de la doctrina, señalando que bastaba con fallar sobre la base de la negativa de pactar.

¹⁴⁹ De hecho, cada una de las cortes distritales ha hecho aplicación de la doctrina con similares elementos: *Interface Group, Inc. v. Massachusetts Port Authority*, 816 F.2d 9, 12 (Primer Circuito, 1987); *Delaware & Hudson Ry. Co. v. Consol. Rail Corp.*, 902 F.2d 174, 179 (Segundo Circuito, 1990); *Ideal Dairy Farms, Inc. v. John Lobbatt, Ltd.*, 90 F.3d 737, 748 (Tercer Circuito, 1996); *Advanced Health Care Serv. v. Radford Community Hospital*, 912 F.2d 139, 150 (Cuarto Circuito, 1990); *Mid-Texas Communication Sys., Inc. v. AT&T*, 615 F.2d 1372, 1387 n.12 (Quinto Circuito, 1980); *Byars v. Bluff City News Co.*, 609 F.2d 843 (Sexto Circuito, 1979); *MCI Communications v. AT&T Co.*, 708 F.2d 1081, 1132-1133 (Séptimo Circuito, 1983); *City of Malden v. Union Elec. Co.*, 887 F.2d 157, 160 (Octavo Circuito, 1989); *Vernon v. Southern California Edison Co.*, 995 F.2d 1361, 1366-1367 (Noveno Circuito, 1992); *Aspen Highlands Skiing Corp. v. Aspen Skiing Co.*, 738 F.2d 1509, 1520 (Décimo Circuito, 1984); *Intergraph Corp. v. Intel Corp.*, 195 F.3d 1346, 1356-1357 (Circuito Federal, 1999).

¹⁵⁰ Los casos más significativos han sido los citados *MCI* (Corte del Séptimo Circuito de Apelación) y *Aspen* (Corte del Décimo Circuito de Apelación), además del caso *Kodak* (Corte del Noveno Circuito de Apelación), entre otros.

¹⁵¹ AREEDA: “Essential...”, cit. en nota 79.

¹⁵² Por ejemplo, WERDEN: “The Law...”, cit. en nota 82. De igual forma, KEZSBOM y GOLDMAN (“No shortcut...”, cit. en nota 67) consideran que la doctrina se ha transformado en un “etiquetado vacío”.

mejor manifiesta esta animadversión es el profesor Herbert HOVENKAMP, quien señala categóricamente:

“[la] llamada doctrina de las facilidades esenciales es una de las bases más problemática, incoherente e inmanejable para aplicar la responsabilidad de la Sección §2 [de la *Sherman Act*]. El mundo de la libre competencia sería ciertamente un mejor lugar si aquella fuera olvidada, llenando los vacíos existentes con un poco de sintonía fina de la doctrina general de la negativa de un monopolista para proveer o contratar”.¹⁵³

Como se observa, el pensamiento de HOVENKAMP es incluso más radical que el de AREEDA, y se basa en la supuesta existencia de una doctrina de la negativa de contratar. Su premisa no es que el monopolista es libre para aumentar su poder monopólico mediante la denegación de un insumo a sus competidores aguas abajo; lo que señala es que la doctrina de las facilidades esenciales no es un *test* adecuado cuando se trata de perseguir una responsabilidad.¹⁵⁴ Sin embargo, la existencia de una doctrina de la negativa de pactar ha sido controvertida por otros autores, quienes estiman que ella es menos específica y útil que la de las instalaciones esenciales.¹⁵⁵

Otros autores consideran la doctrina de las instalaciones esenciales plenamente vigente y aplicable. En este sentido, HIRSH y REICHEIMER expresan que ella ha sido víctima de su propia publicidad y suceso. Critican el hecho de que al haberla denigrado a la categoría de “epíteto”, sus críticos han ido demasiado lejos, denegando lo que ha sido una generalizada buena aplicación de ella en los precedentes. Sostienen además que incluso ha ayudado a controlar comportamientos impropios y que se han establecido suficientes principios limitativos que han impedido su sobre utilización.¹⁵⁶

PITOFSKY *et al.*, también partidarios de la doctrina, optimistamente indican que:

“todos están de acuerdo que el acceso debiera ser otorgado con cautela, bajo algunas condiciones calificadas; nadie concluye que el camino correcto es abandonar del todo la doctrina”.¹⁵⁷

Reconocen, empero, que si los autores norteamericanos tuvieran la última palabra, se debiera concluir que:

¹⁵³ HOVENKAMP: *Federal...*, cit. en nota 3, p.305.

¹⁵⁴ En igual sentido, KEZSBOM y GOLDMAN (“No shortcut...”, cit. en nota 67), para quienes muchos de los precedentes que son presentados como apoyos a la doctrina en realidad representan casos de análisis tradicional que podrían haber sido resueltos mediante la aplicación de alguna teoría aceptada de la sección §2 de la *Sherman Act*.

¹⁵⁵ ROBINSON, Glen O.: “On Refusal to Deal with Rivals”. En: *Cornell Law Review*, vol. 87, 2002, pp. 1177-1204.

¹⁵⁶ “El epíteto mismo se ha transformado en un epíteto –una caracterización que marginaliza lo que es en realidad una inusualmente bien establecida manera de pensar en una forma que evita pensar acerca de ella” (HIRSH y REICHEIMER, “The Essential...”, cit. en nota 2, p.3).

¹⁵⁷ PITOFSKY *et al.*: “The Essential...”, cit. en nota 53, p.444.

“la doctrina de las facilidades esenciales debiera ser descrita en términos restrictivos o abandonada”.¹⁵⁸

Lo cierto es que la mayor parte de los autores no aboga por dejar totalmente de lado la doctrina. Por el contrario, incluso los críticos están de acuerdo en que ella no es inherentemente errada, sino aplicable a ciertos casos. En uno y otro bando recomiendan aplicarla cautelosamente y en circunstancias excepcionales, sujeta a algunas condiciones calificadas. La actitud recelosa deriva de las amplias posibilidades de abuso a que ella se presta y que en la práctica han servido de sustento a demandas que tenían por objeto únicamente participar de los beneficios que obtiene el titular de la instalación que se considera esencial, sin ventaja alguna para la competencia.

Así por ejemplo, el mismo AREEDA señaló que el concepto de facilidades esenciales debe ser tratado con gran circunspección (particularmente porque se trata de un peligroso desincentivo para la innovación), y para ello ofreció sus seis ya clásicos principios limitantes de la aplicación de la doctrina de las instalaciones esenciales:¹⁵⁹

- (1) No hay un deber general de compartir. El acceso forzado, si es que existe del todo, es y debiera ser muy excepcional.
- (2) La infraestructura que tiene una sola firma (un caso diferente de la infraestructura de varias firmas), es esencial únicamente cuando cumple dos condiciones: ser fundamental para la competitividad del demandante y, a su vez, este último es esencial para la competencia en un mercado. “Ser fundamental para la competitividad del demandante” significa que este no puede competir efectivamente sin ella, y que ni la duplicación ni otras alternativas prácticas están disponibles.
- (3) Nadie debe ser obligado a contratar a menos que con ello se vaya a mejorar la competencia sustancialmente en el mercado a través de la reducción de precios o del incremento del producto o de la innovación. Tal mejora no es probable que ocurra cuando: (a) se pueda producir un congelamiento de una actividad deseable; (b) el demandante no es un competidor actual o potencial; (c) el demandante simplemente va a pasar a sustituir al monopolista o a compartir las ganancias con éste; o (d) el monopolista tiene de antemano el privilegio usual de cobrar el precio monopolístico por sus recursos.
- (4) Incluso si todas estas condiciones se cumplen, negar el acceso nunca es ilegal per se; una legítima razón de negocios siempre salvará al demandado. El qué es legítimo es una cuestión de derecho que debe

¹⁵⁸ *Ibíd.*, p.443.

¹⁵⁹ AREEDA: “Essential...”, cit. en nota 79, pp. 852-853.

dejarse a decisión de las cortes. Aunque el demandado tenga la carga de probar la legítima razón de negocios, será el demandante quien deberá persuadir al tribunal de que ella es injustificada.

- (5) La intención del demandado no es, en estos casos, muy reveladora, pues cada firma que deniega una instalación a su rival lo hace para limitar la competencia con el mismo y aumentar así sus ganancias. Cualquier pregunta por la intencionalidad debe indagar si el demandado tenía la intención de excluir por medios impropios. Un mero avance en el mercado no es en sí mismo el tipo de intencionalidad que contamina una conducta.
- (6) Ninguna corte debería imponer un deber de contratar con terceros que ella no pueda explicar o supervisar en términos adecuados y razonables. Sería un problema sin solución para leyes antimonopolios que el acceso obligatorio requiriera que una corte asumiera un control día a día que es más bien característico de una agencia regulatoria. Las soluciones que se impongan judicialmente pueden ser útiles: (a) si la entrada de un consorcio o empresa está en juego, especialmente al principio; (b) cuando la apertura (*disvestiture*) es apropiada o efectiva; o (c) cuando [...] existe de antemano una agencia regulatoria que pueda controlar los términos del acuerdo. Sin embargo, la disponibilidad de un remedio no es una razón para concederlo. Por ello, el compartir la facilidad debiera permanecer como algo excepcional.

Ese era el estado de la discusión hasta el caso *Trinko*, de 2004, que vino en parte a inclinar la balanza a favor de los detractores de la doctrina. En efecto, en él la Corte explicitó que nunca la había reconocido y que en caso alguno existe espacio para su aplicación cuando un regulador puede ordenar y controlar los términos y condiciones de entrada a un mercado. Como expresa un autor, luego de este caso y de una continua hostilidad académica, la doctrina de las facilidades esenciales parece, si bien no muerta, estar “luchando por su vida” –al menos sus posibilidades de futura aplicación parecen seriamente limitadas.¹⁶⁰

Con todo, las cortes inferiores podrían continuar haciendo aplicación de ella, aun prescindiendo de lo señalado por la Corte Suprema en *Trinko*, tal y como lo habían hecho hasta antes de ese caso.¹⁶¹ Por ello, es probable que los efectos reales de *Trinko* sólo se vean con el paso del tiempo, y puede sostenerse que, en cierta medida, el debate permanece abierto.

D. EL TEST DE APLICACIÓN.

¹⁶⁰ STRATAKIS: “Comparative...”, cit. en nota 51, p.437.

¹⁶¹ De hecho, durante la misma época, el debate continuó en las cortes inferiores. Mientras algunas denegaron la aplicación de la doctrina de las facilidades esenciales en casos de negativas de pactar por parte de monopolistas, otras continuaron aceptándola. Así por ejemplo, se negó lugar a la doctrina en los casos *Midwest Gas Services v. Indiana Gas Co.* (317 F.3d 703, 7th Cir. 2003), *Paladin Associates v. Montana Power Co.* (328 F.3d 1145, 9th Cir. 2003), *Pittsburg County Rural Water District No.7 v. City of McAlester* (346 F.3d 1260, 10th Cir. 2003) y *Cavalier Telephone, LLC v. Verizon Virginia, Inc.* (330 F.3d 176, 4th Cir. 2003); y se dio lugar a ella, por ejemplo, en el caso *MetroNet Services Corp. v. US West Communications* (329 F.3d 986, 9th Cir. 2003).

El tercer factor que ha influido en los restringidos alcances dados a la doctrina en el derecho norteamericano es la restrictiva interpretación que se ha dado a sus supuestos de configuración y aplicación. Como se trata de una figura excepcional a las reglas del mercado y la libertad contractual, la jurisprudencia norteamericana ha sido muy cautelosa. Ella ha construido un *test* que es ampliamente utilizado y cuyas estrictas exigencias los competidores o el monopolista, según el caso, deben demostrar en forma previa a que el acceso a la instalación esencial sea o no otorgado. Tales exigencias son cuatro:

- (i) que exista un control de una facilidad esencial por parte de un monopolista;
- (ii) la inhabilidad práctica o razonable por parte del competidor de duplicar la instalación esencial;
- (iii) la denegación de uso de la facilidad al competidor; y
- (iv) que exista la posibilidad de que los competidores puedan hacer uso de la instalación.¹⁶²

Los requisitos son interesantes de analizar. Respecto del primero, ambos términos (facilidad y esencialidad) son complejos. Por una parte, como se verá en los casos, las cortes norteamericanas han dado al vocablo *facilities* un sentido extenso y algo ambiguo, identificando no sólo bienes e instalaciones (redes de transmisión eléctrica, puentes, redes ferroviarias), sino también prestaciones y servicios (producción y distribución de noticias, ticket para uso de pistas de ski), e incluso derechos de propiedad intelectual (interfase). Por otra parte, resulta especialmente difícil de probar que la facilidad es *essential* para que exista competencia, esto es, que ella constituya un insumo sin el cual una firma no puede competir con el monopolista. A este respecto, las interpretaciones son divergentes; mientras algunas sentencias han considerado ocasionalmente que una instalación es esencial solamente si su control da la opción de eliminar la competencia, otros fallos y parte de la doctrina señala que la esencialidad no debiera ir más lejos de requerir que la parte a la cual le es negado el acceso sea sacada del negocio.¹⁶³ Fuera de esto, existen otros aspectos complejos relativos a la esencialidad: la determinación del mercado relevante, el establecimiento de una empresa con poder de mercado y el grado de competencia entre ella y sus competidores (al respecto, la regla general es la presencia de dos mercados, primario y secundario).

¹⁶² Como se verá, los requisitos fueron establecidos en el caso *MCI Communications*.

¹⁶³ En este último sentido, PITOFKY *et al.*: "The Essential...", cit. en nota 53, p.49; y las sentencias *Aspen y Associated Press* (casos citados en notas 190 y 178, respectivamente).

Respecto del segundo, la instalación no puede ser considerada esencial si existe una alternativa equivalente real o económicamente práctica; o si los beneficios del acceso a ella pueden ser obtenidos mediante otras vías (como la real posibilidad de duplicación, por ejemplo). En este sentido, a un competidor demandante no le basta con demostrar la conveniencia del acceso o pérdidas económicas; debe demostrar que una alternativa a ese acceso a la instalación esencial no es factible.¹⁶⁴ Parte de la doctrina norteamericana ha identificado tres supuestos en los que la duplicación no sería viable: los casos de monopolio natural; aquellos bienes recursos e instalaciones cuya construcción esté monopolizada o limitada por ley; y aquellos bienes que hayan sido construidos con financiamiento público.¹⁶⁵

Respecto de la denegación de uso de la facilidad al competidor, el tercer requisito, la jurisprudencia norteamericana ha equiparado a ésta otros tipos de conductas, tales como la dilación de las negociaciones, la exigencia de precios abusivos, la imposición de condiciones discriminatorias, la aplicación injustificada de condiciones suspensivas, etc.

Finalmente, resulta destacable el cuarto requisito. Es de toda lógica que no pueda ser impuesto un derecho a compartir una facilidad si ello es impracticable o bien si la facultad del monopolista de servir a sus clientes adecuadamente se ve mermada. Aquellos casos en que existe una razonable justificación de negocios o tecnológica que impide compartir han sido, consecuentemente, rechazados.¹⁶⁶ Entre las justificaciones aceptadas, una de las menos controvertidas es la incapacidad de cumplir con las condiciones pactadas con clientes propios, aunque se excluyen las cláusulas que encubren el intento de impedir el acceso a nuevos competidores.

Como se observa, los requisitos son muy estrictos. De aquí que no sorprenda que las cortes norteamericanas muy raramente hayan impuesto responsabilidad en materia de competencia bajo la doctrina de las facilidades esenciales. Sin embargo, incluso en aquellos casos en que se ha rechazado su aplicación, más que denegar la doctrina se ha reconocido que el análisis es

¹⁶⁴ Al respecto véanse las sentencias MCI, reproducida más abajo, y *Apartment Source of Philadelphia* (1999 WL 191649, nota 7). También, *Twin Labs*, 900 F2d, p. 569 (en muchos casos que aplican la doctrina de las facilidades esenciales, “la facilidad en cuestión era mucho más que dominante; era efectivamente la única en el pueblo”) y 570 (“como la palabra ‘esencial’ indica, el demandante debe demostrar más que inconveniencia, o alguna pérdida económica; debe demostrar que [encontrar] una alternativa a la facilidad no es factible”); y *City of Malden*, 887 F2d, p. 163 nota 6 (aprobandando el argumento de las facilidades esenciales, instruye al jurado que “si ustedes encuentran que [el demandante] no tiene medios alternativos realistas y económicamente viables de proveerse electricidad en el mercado mayorista, entonces ustedes deben declarar que [el demandado] tenía un monopolio [constitutivo de un] cuello de botella”).

¹⁶⁵ KEZSBOM y GOLDMAN (“No shortcut...”, cit. en nota 67, nota 111), citando a AREEDA y HOVENKAMP.

¹⁶⁶ Por ejemplo, *Hecht*, 570 F2d 982, 992-993; y *City of Anaheim*, 955 F2d, 1381.

casuístico; igual cosa sucede entre los autores.¹⁶⁷ Por tanto, en aquellas extrañas y excepcionales circunstancias en que efectivamente exista una instalación que es esencial para la competencia, los efectos anticompetitivos de denegar el acceso sean severos, y no se pruebe una real razón de negocios para ello, las cortes impondrán responsabilidad anticompetitiva.

Fuera de estos requisitos, la jurisprudencia norteamericana también ha reconocido en ocasiones un rol muy preponderante a la intención (al “ánimo anticompetitivo”), aun en aquellos casos en que la doctrina de las facilidades esenciales es rechazada; esto en virtud de la aplicación de la *intent doctrine*. De aquí que numerosas cortes han sostenido que una negativa de pactar, junto a una intencionalidad anticompetitiva, puede dar lugar a responsabilidad en materia competitiva incluso en ausencia de prueba respecto de la esencialidad de un insumo. El ánimo anticompetitivo usualmente se demuestra por un cambio en las prácticas de negocios existentes con la finalidad específica de dañar a los rivales.¹⁶⁸

IV. LA JURISPRUDENCIA.

A pesar de la larga data de la teoría, el término “facilidades esenciales” no fue usado en la jurisprudencia norteamericana sino hasta 1977, en el caso *Hecht*. No obstante, previo a ello, un numeroso grupo de casos aplicó la lógica de la doctrina; de aquí que sea prácticamente incontestable entre los autores remontar a *Terminal Railroad* el origen de aquella.¹⁶⁹

La exposición de los casos en esta sección está dividida entre los fallos dictados por la Corte Suprema y los emanados de las Cortes Distritales. En ambos apartados se sigue un orden meramente cronológico. Por materias, en términos generales, puede notarse que los casos “clásicos” en materia de instalaciones esenciales se desarrollaron fundamentalmente en el ámbito de los monopolios naturales. No obstante, la jurisprudencia más reciente –así como las políticas gubernamentales- refleja que la doctrina puede ser aplicada no sólo sobre activos tangibles, sino también sobre propiedad intelectual y otros intangibles.

A. CASOS FALLADOS POR LA CORTE SUPREMA.

¹⁶⁷ Así, el propio AREEDA (“Essential...”, cit. en nota 79, nota 21) reconoce que *MCI* “es probablemente correcto” al sostener que “[...] un monopolista debe, cuando es factible, poner su facilidad esencial a disposición de un competidor al cual no le es posible duplicarla”. En el mismo sentido, *Intel*, citado en nota 53: 1346, 1356.

¹⁶⁸ Véase, por ejemplo, *Aspen*.

¹⁶⁹ En este sentido, entre otros, AREEDA: “Essential...”, cit. en nota 79; HOVENKAMP: *Federal...*, cit. en nota 3; LIPSKY y SIDAK: “Essential...”, cit. en nota 17; PITOFKY *et al.*: “The Essential...”, cit. en nota 53.

1. *Terminal Railroad* (1912).¹⁷⁰

El caso seminal en la doctrina de las facilidades esenciales fue *Terminal Railroad*. En él, una asociación de empresas de ferrocarriles del área de la ciudad de *St. Louis (Missouri)* fue condenada por restringir el comercio mediante la adquisición y consecuente monopolización de todos los terminales ferroviarios del río *Mississippi* y la negación del acceso a dichas instalaciones a otras compañías ferroviarias que también operaban en el mercado.

(a) Antecedentes.

En 1889, un grupo de empresas y particulares suscribieron un contrato de actuación conjunta que tenía por objeto adquirir la propiedad de algunos terminales ferroviarios independientes de acceso a *St. Louis* (incluyendo instalaciones y líneas ferroviarias), combinarlos y luego operarlos bajo un solo sistema unitario de gestión. La agrupación tenía el nombre de *Terminal Railroad Association of St. Louis (Terminal Railroad)*.¹⁷¹ En una primera etapa, *Terminal Railroad* adquirió importantes instalaciones ferroviarias, entre las cuales se incluían la estación de ferrocarriles de la ciudad, el único puente para trenes que cruzaba el río *Mississippi* (el *St. Louis Bridge* o *James B. Eads Bridge*, construido en 1874) y la totalidad de las conexiones de ese puente con la ciudad. Cada una de estas instalaciones pasó a ser gestionada por una empresa asociada.

A pesar de las difíciles condiciones de acceso a *St. Louis*, existían otros dos medios alternativos de transporte. En efecto, por ese entonces la *Wiggins Ferry Company* ofrecía un servicio de transbordador que permitía comunicar las dos orillas del río y llegar a la ciudad. Además, en 1890 fue puesto en funcionamiento un segundo puente para trenes (el llamado *Merchants' Bridge*, de propiedad de la *Merchants' Bridge Company*) abierto al uso de cualquier compañía ferroviaria en condiciones equitativas. La autorización legal para su construcción había prohibido que cualquier accionista del *St. Louis Bridge* pudiera tener participación en la sociedad gestora de éste, con el objetivo de mantener cierto nivel de competencia.

¹⁷⁰ *United States v. Terminal Railroad Association*, 224 US 383 (1912).

¹⁷¹ La asociación fue “orquestada” por el tristemente célebre magnate Jay Gould, quien es descrito como uno de los empresarios más inescrupulosos de la historia norteamericana. Al respecto, SAMUELSON y NORDHAUS expresan: “Los ferroviarios de la frontera norteamericana figuran entre los empresarios menos escrupulosos de la historia. Los ferrocarriles transcontinentales se financiaron con enormes donaciones federales de tierra, conseguidas mediante sobornos y regalos de acciones a numerosos congresistas y miembros del gobierno. Poco después de la Guerra de Secesión, el astuto ferroviario Jay Gould intentó acaparar todo el suministro de oro de Estados Unidos y con él la oferta monetaria del país. Más tarde promovió su ferrocarril describiendo la ruta de su ferrocarril del norte - bloqueada por la nieve durante una gran parte del año- como un paraíso tropical, lleno de naranjales, plantaciones de plátanos y monos. A finales de siglo, todos los sobornos, las donaciones de tierra, el ganado hinchado de agua y las fantásticas promesas habían dado origen al mayor sistema ferroviario del mundo” (SAMUELSON, Paul A. y William D. NORDHAUS: *Economía*, 17a ed., McGraw-Hill, 2002, p.153).

Sin embargo, poco después de la entrada en funcionamiento del *Merchants' Bridge* la prohibición fue derogada, lo que permitió a *Terminal Railroad* hacerse con la propiedad de ambos puentes. De igual modo, en 1892 adquirió el control del capital de la compañía de transbordadores, con lo que la totalidad de las vías de acceso a *St. Louis* desde la otra orilla del río quedaron bajo su control. Así, atendidas las condiciones de la zona, fue imposible para cualquier empresa de ferrocarriles hacer ingreso a la ciudad sin hacer uso de las instalaciones de la agrupación, dándose lugar a un monopolio *de facto*.¹⁷²

(b) La decisión del caso.

La Corte Suprema condenó a *Terminal Railroad* por violar ambas secciones de la *Sherman Act*:

“cuando, como aquí, las condiciones inherentes son tales que prohíben cualquier otra forma razonable de entrada a la ciudad, la combinación de cada una de esas facilidades bajo un dominio exclusivo y un control de no todas las compañías que deben necesariamente usarlas vulnera tanto la primera como la segunda sección de la [*Sherman Act*] [...]”.

La Corte basó su sentencia en tres líneas de argumentación. Primero, en la voluntad manifiesta de *Terminal Railroad*, desde su constitución, de adquirir y controlar todas las conexiones de la ciudad en beneficio de sus asociados; segundo, en la dificultad de una construcción alternativa, tanto por las condiciones económicas como geográficas de la zona; y tercero, en el impacto del monopolio de las infraestructuras ferroviarias sobre el comercio interestatal, pues las condiciones que *Terminal Railroad* exigía a sus no asociados eran discriminatorias, excesivas e injustificadas. Señala la Corte que:

“El resultado de la situación geográfica y topográfica es que es, en la práctica, imposible para ninguna compañía ferroviaria pasar a través de, o incluso entrar a *St. Louis*, así como tampoco alcanzar sus industrias o comercio, sin hacer uso de las facilidades controladas completamente por la compañía terminal”.

El hecho clave para considerar ilegal la asociación fue que el acceso a los activos que habían quedado bajo su control era indispensable para poder competir y, por tanto, sólo era posible que hubiera competencia efectiva entre las empresas si todas tenían acceso a tales instalaciones.

La Corte Suprema aclaró que la sola compra de los terminales ferroviarios no era una restricción irrazonable al comercio, pues ello podía incrementar la eficiencia de los dueños gracias al aprovechamiento de economías de escala ganadas al concentrar sus terminales. Por lo tanto, la asociación no importaba en sí misma una violación a la Sección §1 de la *Sherman Act*.

¹⁷² La propia asociación reconocería más tarde en el juicio que el costo de duplicar la facilidad era muy alto y, por tanto, el uso de su infraestructura era “inherente” a la situación fáctica.

Por ello, la Corte no ordenó disolver la unión entre estos competidores, sino que ordenó admitir como propietario de los terminales y/o dar acceso a toda empresa que actualmente o en el futuro lo requiriese, bajo condiciones justas y razonables:

“Tal compañía terminal deberá ser el agente de cada compañía, y, además, por sus servicios no recibirá remuneración o ganancias [...] [la asociación deberá comportarse como] una real asociación terminal actuando como agente imparcial de cada línea que se encuentra obligada a usar sus instalaciones”.

Y agregó que aun si alguna empresa no fuera elegida o elegible para entrar a la propiedad, debía garantizársele el uso de las instalaciones en esas mismas condiciones equitativas y razonables, tomando en consideración los costos del servicio, el uso y el carácter de la compañía, de manera que el resultado fuese análogo al otorgado a los integrantes.

(c) Algunos comentarios.

Nótese que la Corte no opta por poner término al acuerdo con el fin de reestablecer la competencia, o al menos acotar en cierta medida la extensión de la asociación.¹⁷³ Ésta podría haber sido una vía razonable de tomar, atendido el hecho que previamente existía competencia entre compañías independientes. Desde el punto de vista del bienestar del consumidor, hubiera sido preferible esta solución.¹⁷⁴ Por el contrario, la Corte decide regular la entrada de nuevos competidores, uniformando los términos y condiciones que el monopolista debía otorgarles y haciendo equitativos los precios y condiciones aplicados a todas las empresas.¹⁷⁵

Al respecto, DOHERTY indica que el origen o ámbito del deber impuesto por la Corte a la Asociación de actuar como “agente imparcial” no fue explicado; de hecho aparte de haberse probado la discriminación de precios, no hubo evidencia de que a los competidores se les hubiera negado el acceso. El fallo recuerda las reglas desarrolladas en la Inglaterra medieval respecto de los portadores comunes (*common carriers*), los cuales estaban obligados a contratar con todos los clientes, atendido su estatus. El peligro de este enfoque –continúa– es obvio: las

¹⁷³ De hecho, la asociación aún existe y conserva el mismo nombre, como da cuenta su sitio web: www.terminalrailroad.com

¹⁷⁴ LIPSKY y SIDAK: “Essential...”, cit. en nota 17, pp. 1195-1196. Estos autores sostienen que quizás la Corte estimó innecesario sacrificar las eficiencias ganadas en la operación conjunta de varias instalaciones. En sentido similar, SULLIVAN (*Handbook...*, cit. en nota 45, p.126) indica que la visión de la Corte en relación con los deberes de una compañía prestadora de un servicio de utilidad pública bajo el derecho de la libre competencia contiene sus propias “especiales anomalías”.

¹⁷⁵ VILLAR (*Las instalaciones...*, cit. en nota 10, p.17) señala que lo más destacable es que este caso constituye un ejemplo claro de monopolio natural, dado que la infraestructura de acceso a la ciudad era difícilmente duplicable y su control correspondía a un grupo de empresas que competían con otras a quienes denegaban su uso. Sin embargo, lo que define un monopolio natural son las características económicas de la infraestructura: razones de costo (particularmente, la subaditividad de costos) hacen más conveniente que exista un solo proveedor del servicio que dos o más. Los antecedentes en este caso no parecen sostener la existencia de tales razones. Si hay un problema de monopolio, pero no de monopolio natural.

reglas que rigen a las compañías ferroviarias o de teléfonos o a los operadores portuarios debieran estar basadas en las leyes específicas de cada sector, y ellas no deberían ser aplicadas mecánicamente a otras firmas.¹⁷⁶

Desde el punto de vista de la doctrina de las facilidades esenciales, la importancia de este caso radica fundamentalmente en dos aspectos. Primero, en que con posterioridad la Corte Suprema ha adoptado decisiones similares en una serie de casos, lo que ha dado lugar a que varios autores lo reconozcan como el origen de aquella. Al respecto, LIPSKY y SIDAK expresan que “el principio legal establecido en el caso Terminal Railroad –la doctrina de las facilidades esenciales- es actualmente explicado en términos convincentes por su simplicidad: un monopolista que controla una facilidad esencial para otros competidores, debe permitir que éstos accedan razonablemente a ella, siempre y cuando ello sea factible”.¹⁷⁷ En segundo término, el remedio adoptado en este caso demuestra que el acceso compulsorio no es la única solución disponible cuando se aplica la doctrina y que ambos no deben ser confundidos.

2. *Associated Press* (1945).¹⁷⁸

En este caso, una asociación de prensa que controlaba importantes flujos de noticias desde y hacia sus miembros, fue condenada por limitar severamente la obtención de una membresía en ella, lo que redundaba en una restricción al acceso a los servicios de noticias protegidos por *copyright*.

(a) Antecedentes.

La Asociación de Prensa era una cooperativa que agrupaba a las casas editoriales de más de 1200 periódicos. Su objeto inicial era recopilar y distribuir noticias de y hacia cada uno de sus miembros; pero posteriormente se dedicó también a producir noticias y realizar reportajes que repartía entre los asociados. Con el tiempo, la Asociación se convirtió en la principal agencia de noticias del país y un actor con fuerte presencia en los mercados internacionales.

¹⁷⁶ DOHERTY: “Just what are...”, cit. en nota 68, p.399.

¹⁷⁷ LIPSKY y SIDAK: “Essential...”, cit. en nota 17, p.1190. Así por ejemplo, en el caso *Lorain Journal* (*Lorain Journal Co. v. United States*, 342 US 143, 146-49, 156, 1951), la Corte Suprema estimó que el único periódico local y, por tanto, la exclusiva fuente de publicidad escrita en la localidad, incurrió en una conducta contraria a la libre competencia al negarse a aceptar avisos de aquellas firmas que se publicitaran también en una pequeña radioemisora del mismo pueblo, y ordenó al periódico a aceptar la publicidad. Asimismo, en *Town of Massena v. Niagara Mohawk Power Corp.* (45 NY 2d, 482, 488 [1980]) la Corte estableció que “la pacífica jurisprudencia nos enseña que un monopolista no puede usar su estratégico control sobre una facilidad esencial o su poder en un mercado para cerrar o evitar la competencia potencial y perpetuar su posición dominante en otro mercado”.

¹⁷⁸ *Associated Press v. United States*, 326 US 1 (1945).

Luego de la aprobación de una modificación a los estatutos, se estableció en éstos la prohibición a los integrantes de vender noticias, tanto producidas por sí mismos como recibidas de otros, a terceros que no fueran miembros de la Asociación. Asimismo, se confirieron una serie de poderes de veto a los miembros que les permitían bloquear la incorporación a competidores que no fueran parte de aquella. Con el tiempo esta condición se limitó, pero persistieron las condiciones más gravosas para los nuevos miembros.¹⁷⁹ La Asociación tenía además un acuerdo con su par canadiense, en virtud del cual poseía el derecho exclusivo a recibir noticias de parte de ella y sus miembros.

El efecto fue bloquear toda oportunidad de compra de noticias por parte de quienes no fueran miembros de la Asociación. La admisión a ella se transformó, entonces, en un prerrequisito para obtener noticias, a lo que se sumaban los obstáculos para obtener una membresía.

Por esto, se acusó a la Asociación de entorpecer la libre competencia. Ésta basó su defensa en que los estatutos no debían ser considerados dentro del ámbito de las prohibiciones de la *Sherman Act*, pues un propietario (en este caso, los miembros de la Asociación sobre sus noticias) es siempre libre de elegir a sus asociados, y puede decidir libre y soberanamente si vender o no y a quién hacerlo, dado que su producto ha sido fruto de sus propios esfuerzos, empresa y sagacidad.

(b) La decisión del caso.

La Corte Suprema no acogió la defensa de la Asociación. Consideró que sus reglamentos violaban las disposiciones de la *Sherman Act* al limitar la obtención de una membresía en aquella, lo que a su vez restringía el acceso a los servicios de noticias protegidos por *copyright*. El juez BLACK, dando la opinión de la Corte, señaló que:

“Si bien es cierto que en un sentido muy general, cada uno puede disponer de su propiedad como le plazca, ‘ello no puede ir más allá del ejercicio de su derecho, y [es vedado] por contrato o combinaciones de éstos, expresos o tácitos, entorpecer excesivamente u obstruir el libre y natural flujo del comercio en los canales de intercambio interestatal’ [...] Es obviamente falso considerar que los estatutos en este caso establecían un programa para fomentar y permitir la total libertad en la venta y disposición de la propiedad por parte de sus dueños. En vez de ello, los editores tenían, mediante acuerdos concertados, reunidos sus poderes de adquisición, compra y disposición de los reportes noticiosos a través de canales del comercio. Ellos también tenían reunidos sus poderes económicos y de control sobre las noticias y, en ejercicio de

¹⁷⁹ Así, primero se otorgó directamente un poder de veto no calificado a los miembros; luego, se estableció un “derecho a protestar” que gatillaba la necesidad de que el entrante contara con una mayoría de 4/5 para ingresar; y, finalmente, se establecieron como requisitos que el competidor debía hacer importantes pagos a la Asociación, que debía abrir sus propios servicios de noticias, y que debía contar con una mayoría de votos.

tal poder, han entrado en acuerdos que la Corte Distrital estimó ‘totalmente diseñados en el interés de prevenir competencia’¹⁸⁰.

La Corte destacó que mientras la vía para acceder a una membresía era relativamente simple y carente de requisitos gravosos para aquellos postulantes que no implicaban una amenaza competitiva, los competidores de los miembros de la Asociación tenían “un difícil camino por recorrer”. Aun cuando la Asociación había enmendado sus estatutos en diversas ocasiones, en cada caso se otorgó a los miembros poderes significativos para impedir que competidores locales se unieran a ella y tuvieran acceso a las noticias.¹⁸¹ La evidencia demostraba, entonces, que pertenecer a la Asociación aseguraba a sus miembros una posición ilegítima competitiva ventajosa.

No obstante, el argumento principal del fallo no dice relación con la libre competencia sino con la libertad de opinión y de prensa (consagradas en la primera enmienda de la Constitución norteamericana). La Corte señaló que la libertad de prensa limita la acción del poder público y descansa sobre la base de una amplia extensión de la información, de orígenes distintos y contrarios. La Constitución garantiza esta libertad, pero no protege la libertad para llegar a acuerdos que excluyan a otros de la información. La consideración de la libertad de prensa como garantía frente a interferencias del poder público no implica que ésta pueda ser restringida en virtud de intereses comerciales privados.

A diferencia de *Terminal Railroad*, la Corte no impuso la obligación de permitir a cualquier nuevo editor integrarse a la Asociación en condiciones de igualdad; pero tampoco dictaminó la disolución de la agrupación. La Corte se limitó a ordenar que las Cortes distritales velaran porque la Asociación entregara sus noticias a los competidores en condiciones no discriminatorias, mediante una modificación a sus estatutos.

(c) Algunos comentarios.

La decisión de la Corte no fue unánime, pues no era claro que la Asociación tuviera un monopolio o al menos la intención de tenerlo en la producción y distribución de noticias en Estados Unidos (de hecho, uno de los votos particulares lo niega en forma expresa, señalando que en esos años existían otras dos agencias que, en conjunto, superaban la capacidad económica de la Asociación).

¹⁸⁰ Sentencia, párrafos 15-16. Las citas son del caso *United States v. Bauch & Lomb Co.*, 321 US 707, 722 (1944).

¹⁸¹ Respecto del acuerdo con la asociación canadiense, la Corte consideró que éste, conectado a lo dispuesto en los estatutos, también era contrario a las disposiciones de la *Sherman Act*.

El argumento relativo a la libertad de opinión y de prensa no ayudó a aclarar el caso. De acuerdo a él, tras la actividad económica de producción y distribución de noticias subyacería un interés público tan esencial para la democracia como la libertad de prensa, lo que obligaría a protegerla, garantizarla y considerarla como una *public utility* que debería estar abierta a todos. Por esto, uno de los votos particulares consideró el argumento “confuso”; y la misma opinión tienen algunos autores. Por ejemplo, AREEDA se pregunta qué tendría que ver el interés público de la libertad de prensa con una demanda, basada en esta sentencia, de un empresario de rock para acceder a un auditorio municipal, la de un fabricante de máquinas de escribir que reclama que un competidor las venda o la de un fabricante de suplementos alimenticios para físico-culturistas exigiendo que sus avisos sean incluidos en una revista especializada.¹⁸²

En lo que aquí importa, nótese lo extraño que es considerar este caso entre aquellos relativos a la doctrina de las facilidades esenciales. El “insumo esencial” sería el ingreso a la Asociación o que la actividad económica de producción y distribución de noticias sería indispensable para el ejercicio de una libertad fundamental. Este fue el sentido que le dio el juez FRANKFURTER (redactor del fallo) al indicar que la Asociación era un agente común de más de mil periódicos, el cual era esencial tanto para el intercambio, edición y distribución de noticias que a cada miembro le era difícil o imposible obtener por sí mismo, como para la reunión de esos recursos comunes. Sin embargo, como expresa SULLIVAN, no es completamente claro que una organización competidora no pudiera haber sido formada por quienes no eran miembros de la Asociación.¹⁸³ Se refleja así que el peligro de una ampliación desmedida del ámbito de aplicación de la doctrina es real.

3. *Griffith* (1948).¹⁸⁴

En este caso, la Corte Suprema condenó a una cadena de cines por requerir a los distribuidores de películas que éstas fueran exhibidas en sus salas en aquellas ciudades donde la cadena enfrentaba competencia, como una condición para que las mismas películas fueran exhibidas en otras ciudades donde la cadena detentaba un monopolio.

(a) Antecedentes.

En los años treinta, un grupo de cinco empresas relacionadas eran dueñas de una cadena de cines que operaba salas en diversas ciudades. En 1933 sus intereses se extendían a 37 ciudades,

¹⁸² AREEDA: “Essential...”, cit. en nota 79, pp.842-843. Los ejemplos que cita son casos presentados ante las cortes norteamericanas.

¹⁸³ SULLIVAN: *Handbook...*, cit. en nota 45, p.132.

¹⁸⁴ *United States v. Griffith*, 334 US 100 (1948).

de las cuales en sólo 18 sus cines enfrentaban algún grado de competencia y en 19 no (estas últimas eran conocidas como ciudades “cerradas”); hacia 1939, su presencia se había extendido a 85 ciudades, teniendo exclusividad en 32 de ellas. Esta posición ventajosa les permitía lograr condiciones especiales de parte de los distribuidores de películas.

El Estado demandó a la cadena, denunciando que mediante acuerdos obligaba a los distribuidores a utilizar sus salas en las ciudades donde existía competencia como un requisito para que las películas fueran exhibidas en aquellas otras donde el grupo de empresas detentaba una posición monopólica. De acuerdo a los demandantes, ello vulneraba tanto la Sección §1 como la Sección §2 de la *Sherman Act*. La Corte no acogió el argumento e indicó que no había un intento de monopolizar manifestado en tal poder de negociación.

(b) La decisión del caso.

La Suprema Corte revirtió el fallo, señalando que se violaba la libre competencia tanto entorpeciendo como destruyéndola. El uso de un poder monopólico (aunque haya sido legalmente adquirido) para entorpecer la competencia, ganar una ventaja competitiva o destruir a un competidor, es contrario a la ley. Asimismo, la Corte reafirma que las conductas pueden en ocasiones ser legítimas:

“Las compras a larga escala no son, por cierto, ilegales per se. Ellas pueden producir ventajas de precio u otras ventajas legales para el comprador. No pueden, sin embargo, ser utilizadas para monopolizar o intentar monopolizar el comercio o intercambio interestatal. Tampoco, como sostuvimos en *United States v. Paramount Pictures, Inc.*, 334 US 131... [(1948)], aquellas pueden ser utilizadas para reprimir la competencia denegando a los competidores situados menos favorablemente en el mercado acceso a éste”.

En este caso, la Corte sostuvo que a consecuencia del uso de tal poder monopólico las películas estaban siendo licenciadas en condiciones no competitivas, mientras que bajo otras circunstancias lo serían competitivamente. Este efecto se produce tanto si un exhibidor realiza el acuerdo con el distribuidor como si dos o más exhibidores se agrupan para negociar, aumentando su poder de compra (como ocurrió en el presente caso); y en ambos casos ello es contrario a lo dispuesto por la *Sherman Act*. La Corte sostuvo que:

“si el poder monopólico puede ser usado para engendrar monopolio, la ley [*Sherman Act*] deviene en un débil instrumento”.

(c) Algunos comentarios.

Lo fundamental en la sentencia del caso *Griffith* es que la Corte considera reprobable el abuso de un poder de mercado amplio, no la posición de cuasi-monopolio del grupo de empresas. Desde el punto de vista de las facilidades esenciales, AREEDA parece estar en lo correcto al señalar que no es claro que los fundamentos de la sentencia o lo alegado por las partes tengan relación con la doctrina; y que sólo cierto lenguaje utilizado en aquella habría dado lugar a su inclusión dentro del grupo de casos relativos a ésta.¹⁸⁵

4. *Otter Tail* (1973).¹⁸⁶

En este relevante caso, una compañía de electricidad verticalmente integrada, detentadora de un monopolio natural en distribución y transmisión eléctrica en diversas ciudades, fue condenada por entorpecer la entrada de nuevos competidores al mercado de distribución, al negarse a venderles energía o transportar a través de sus redes la electricidad que éstos adquirirían de otros generadores. La gran importancia de este caso en relación con la doctrina de las facilidades esenciales y la negativa de pactar se demuestra en las continuas referencias que a él ha hecho la jurisprudencia norteamericana posterior.

(a) Antecedentes.

Otter Tail Power Co. era una empresa de electricidad integrada verticalmente; esto es, generaba, transportaba y distribuía energía eléctrica a los consumidores residenciales. Desarrollaba su negocio en 465 de los 510 pueblos de *Minnesota*, *North Dakota*, y *South Dakota*, cada uno de los cuales constituía un mercado monopólico en la distribución y venta de energía eléctrica, atendido que sólo podía acomodarse a un canal de distribución. Eventualmente, la única competencia que enfrentaba *Otter Tail* provenía del suministro municipal, fuera existente o potencial, por el derecho de servir a todo el mercado minorista dentro de los límites de un determinado pueblo. Sin embargo, las municipalidades debían necesariamente comprar energía en el mercado mayorista a *Otter Tail*, lo cual en la práctica constituía –como señalaría posteriormente la Corte Suprema- un “gran obstáculo” para el desarrollo de su negocio.

El caso comenzó cuando varios pueblos ubicados dentro del área de servicio de *Otter Tail* decidieron establecer sistemas de distribución municipal una vez que la franquicia de *Otter Tail* expirara. En respuesta, esta última decidió, por una parte, negarse a vender energía a nuevas compañías distribuidoras municipales en el mercado mayorista y, por otra, se negó a transportar energía desde otros suministradores a través de sus redes. Asimismo, en contra de aquellas

¹⁸⁵ AREEDA: “Essential...”, cit. en nota 79, p.847.

¹⁸⁶ *Otter Tail Power Co. v. United States*, 410 US 366 (1973).

compañías que habían logrado acceder a otros sistemas de transmisión, *Otter Tail* utilizó –en palabras de la Corte Distrital- “el arma de la litigación”, lo que tuvo como efecto hacer dudar o dilatar los esfuerzos por poner en funcionamiento los sistemas municipales.

El Departamento de Justicia demandó a *Otter Tail* alegando monopolización. La Corte Federal del Octavo Distrito resolvió que la compañía había intentado monopolizar, y en el hecho había monopolizado, el mercado de la distribución de energía, conducta contraria a la sección §2 de la *Sherman Act*. Esta Corte prohibió a *Otter Tail* rechazar las peticiones de las entidades locales y que continuar ejerciendo, directa o indirectamente, acciones en contra de ésta. La explicación para esta última medida era que el mecanismo de financiamiento de las nuevas instalaciones eléctricas municipales era la venta de bonos, la cual estaba condicionada a una certificación de que no existía litigio alguno que pudiera afectar a la entidad; de este modo, las acciones judiciales de *Otter Tail* perseguían dificultar el acceso a los recursos económicos necesarios para llevar a cabo su negocio.

Otter Tail apeló de la decisión ante la Corte Suprema. En su argumentación expuso que la *Sherman Act* no era aplicable en sectores regulados; que la *Federal Power Act* (la Ley Eléctrica Federal) otorgaba a la *Federal Power Commission* (la agencia regulatoria) poderes suficientes, pero limitados para imponer la interconexión y fijar los precios y condiciones de prestación de servicios en ausencia de un acuerdo entre partes; y que ella, por el contrario, dejaba fuera del ámbito del derecho de la libre competencia a una negativa de pactar.

(b) La decisión del caso.

La Corte Suprema sostuvo que la regulación sectorial era limitada, y que los poderes de la *Federal Power Commission* para intervenir en el mercado sólo podían ser ejercidos cuando un acuerdo entre partes hubiera fracasado. Por esto, luego de examinar el marco regulatorio y la historia de la ley, concluyó que

“No existe base para concluir que la limitada facultad de la Comisión Federal de Energía para ordenar interconexiones pretendió ser un sustituto de, o inmunizar a *Otter Tail* de, el derecho de la libre competencia por negarse a contratar con las corporaciones municipales”.¹⁸⁷

En otras palabras, la Corte estimó que las reglas de libre competencia eran de directa aplicación en este caso. Sin embargo, si la interconexión y acuerdos de acceso hubieran sido parte de una regulación amplia y obligatoria, la situación podría haber sido distinta: de acuerdo a la Corte, el

¹⁸⁷ *Otter Tail*, 410 US 374-375.

ámbito de las normas de libre competencia se limita a los acuerdos comerciales *voluntarios* y, en cambio, quedan fuera si la regulación es coactiva:

“No hay nada en la historia legislativa que revele un propósito de excluir a las compañías eléctricas del derecho de la libre competencia. Por el contrario, la historia en la parte II de la *Federal Power Act* indica una política primordial de mantenimiento de la competencia en el máximo nivel posible consistente con el interés público. En su concepción original, la parte II incluía una referencia al ‘*common carrier*’, imponiendo un deber a cada compañía de... transmitir energía a cada persona que hiciera una petición razonable... Además otorgaba poderes a la *Federal Power Commission* para actuar en caso de que ello fuera ‘necesario o deseable en el interés público’. Estas referencias fueron eliminadas para preservar la acción voluntaria de las compañías. Es claro, entonces, que el Congreso rechazó un esquema regulatorio general de control de la distribución interestatal de energía a favor de las relaciones comerciales voluntarias. Cuando estas relaciones son gobernadas en primera instancia por razones comerciales y no por coerción regulatoria, las Cortes deben ser reacias a concluir que el Congreso pretendió hacer caso omiso de las políticas nacionales fundamentales en materia de protección de la libre competencia. [...] Entonces, no hay base para concluir que se habría pretendido que la limitada autoridad de la *Federal Power Commission* para ordenar interconexiones fuese un sustituto para, o inmunizara de, el derecho de la libre competencia en casos de negativas de pactar con Corporaciones municipales”.

Luego, la Corte circunscribe su ámbito de decisión y señala que en cuanto a precios y condiciones de interconexión y transporte de energía eléctrica, las partes deben remitirse a las normas y aprobación de la agencia regulatoria.

En cuanto a lo sustantivo, la Corte se apoyó en *Griffith* para confirmar lo sentenciado por la Corte Federal, excepto en lo que respecta a la falsa litigación. Señaló que la prueba mostraba claramente que *Otter Tail* usaba su poder monopólico en los pueblos que se ubicaban dentro de su área de servicio:

“[...] para prevenir la competencia o ganar una ventaja competitiva, o bien para destruir a un competidor; todo ello en violación de las leyes de protección de la libre competencia”.¹⁸⁸

Dadas las dificultades y problemas que enfrentan los sistemas eléctricos aislados, como lo eran los del área de *Otter Tail*, la Corte estableció que:

“la interconexión con otras compañías es frecuentemente la única solución”.¹⁸⁹

Reafirmó además que el mantenimiento de una posición dominante es legítimo sólo cuando es el resultado de haber ofrecido precios más bajos, mejor servicio o mejoras en la eficiencia, es decir, cuando es el resultado de una competencia legítima, pero no cuando deriva de la realización de conductas anticompetitivas.

Enseguida, la Corte limitó una obligación impuesta por la Corte Federal relativa a llegar a acuerdos de venta de electricidad a precios de distribuidor y la obligación de transportar energía

¹⁸⁸ *Id.*, 377; y *Griffith*, 334 US 107.

¹⁸⁹ *Id.*, 378.

de otros productores. Estableció que esas obligaciones debían sujetarse, en todo caso, a la eventualidad que su cumplimiento pudiera perjudicar la red y amenazar la capacidad de atender adecuadamente a los consumidores. En todo caso clarificó que, en este caso particular, ese riesgo no concurría, según había establecido la Corte Federal.

(c) Algunos cometarios.

Existen dos aspectos particularmente destacables de este caso. El primero, es que éste trata de una situación típica de un monopolio natural constitutivo de un “cuello de botella”. El segundo, es la existencia de un marco regulatorio expreso que debía ser conciliado con las normas relativas a la libre competencia; como se vio la Corte Suprema concluyó que la regulación tenía preferencia por sobre esta última.

Desde el punto de vista de la doctrina de las facilidades esenciales, es el primer caso en que se pretende su aplicación sobre una actividad regulada. Asimismo, es uno de los primeros en desarrollar la discusión en torno a una negativa de pactar y la dominancia de mercados conexos; en este caso, un monopolio en el mercado primario de la red de transporte de electricidad se niega a pactar con sus competidores en el mercado secundario del suministro de energía. Fuera de ello, la Corte realiza importantes precisiones respecto de las limitaciones que debe tener un derecho de acceso obligatorio. Éste no debe ir en desmedro de la facilidad y debe estar sujeto a revisión sobre la base de un eventual perjuicio a ella o a un desmedro de su capacidad.

Como se vio en el Capítulo Primero, estas consideraciones podrían ser parte de una “justificación razonable y objetiva” por parte del titular para tratar de impedir la imposición del derecho de acceso compulsorio, o bien podrían servir de base para la revisión de las consecuencias jurídicas esencialmente temporales impuestas sobre él.

5. *Aspen* (1985).¹⁹⁰

Este caso gira en torno a si el dueño de tres de los cuatro mayores centros de ski de las montañas de Aspen, cometió un acto de monopolización, contrario a la Sección §2 de la *Sherman Act*, cuando decidió poner fin a la estrategia de marketing conjunto que desarrollaba con un competidor más pequeño.

(a) Antecedentes.

¹⁹⁰ *Aspen Skiing Company v. Aspen Highlands Skiing Corp.*, 472 US 585 (1985).

En 1962, tres centros de ski independientes -*Ajax*, *Buttermilk* y *Highlands*- que operaban en las montañas de Aspen, decidieron introducir un ticket que servía para diversos días y para distintos andariveles, a precio rebajado. Éste fue conocido como “todo-Aspen”, el cual resultó ser muy conveniente para muchos esquiadores que visitaban el sector durante períodos semanales y preferían mantener cierta flexibilidad respecto a la montaña en la que esquiarían cada día.

En 1967 la firma *Aspen Skiing*, propietaria de *Ajax*, adquirió *Buttermilk*. Junto a ello, decidió abrir un nuevo centro de ski llamado *Snowmass*. *Aspen Skiing* y *Aspen Highlands* (la propietaria del otro centro) acordaron expandir el ticket conjunto al nuevo centro, implementando además una serie de procedimientos tendientes a calcular el número de tickets que correspondía a cada montaña con el fin de dividir las ganancias de acuerdo a dicho cálculo. Hacia 1970, *Aspen Skiing* se mostró disconforme con los resultados y, sin renunciar a “todo-Aspen”, optó por introducir un nuevo ticket multi-área que sólo podía ser utilizado en sus tres centros de ski. Sin embargo, el nuevo ticket no se vendió tanto como el anterior, que lo superó consistentemente en cada una de las temporadas en que ambos fueron ofrecidos.

En 1977, *Aspen Skiing* instó a *Aspen Highlands* a aceptar una división de las ganancias de “todo-Aspen” basada en porcentaje fijo. Esta última, temiendo que la venta del ticket cesara de no llegarse a un acuerdo, accedió a quedarse con un 15% durante la temporada 77-78. No obstante, en la siguiente temporada *Aspen Highlands* se negó a aceptar la propuesta de su competidora, que ofrecía entregarle sólo el 12,5% de las ganancias, un porcentaje significativamente menor al que recibía históricamente. Sin embargo, un corto tiempo después, *Aspen Skiing* puso fin a la venta de “todo-Aspen” y tomó acciones que hicieron inviable o al menos complicaron la posibilidad de *Aspen Highlands* de ofrecer un ticket multi-área en forma independiente que reemplazara al anterior. Más aún, *Aspen Skiing* lanzó una campaña publicitaria a nivel nacional que sugería que *Ajax*, *Buttermilk* y *Snowmass* eran los únicos tres centros de ski en las montañas de Aspen.

Sin las ganancias de “todo-Aspen”, y sometida a una dura competencia directa con *Aspen Skiing*, la cuota del mercado de descensos en la montaña de *Aspen Highlands* bajó gradualmente desde el 20,5% en la temporada 76-77 a sólo un 11% en la temporada 80-81. A esto se sumaba el hecho que el desarrollo de cualquier otra infraestructura adicional en las montañas de Aspen estaba descartado, tanto porque existían impedimentos impuestos por el gobierno como debido a las dificultades para conseguir financiamiento.

En 1979, *Aspen Highlands* decidió entablar acciones en contra de su competidora. Un jurado determinó que *Aspen Skiing* había monopolizado el mercado de los servicios de descenso en las

montañas de Aspen, vulnerando la Sección §2 de la *Sherman Act*. La decisión de la Corte del Décimo Circuito se fundó en dos argumentos: (i) que el ticket “todo-Aspen” podía ser caracterizado como una facilidad esencial; y (ii) que había suficiente evidencia respecto de que la intención de *Aspen Skiing* era crear o mantener un monopolio.

Aspen Skiing recurrió ante la Corte Suprema, pero sin desvirtuar el argumento de la Corte Distrital relativo a que estaba en posesión de poder monopólico en el mercado de los descensos en ski por las montañas de Aspen. En vez de esto, señaló que no había monopolizado el mercado violando la Sección §2, porque “incluso una firma con poder monopólico no tiene un deber general de comprometerse en un programa de marketing conjunto con un competidor”. Asimismo, indicó que no efectuó ninguna práctica exclusionaria, dado que el ticket “todo-Aspen” no podía ser considerado propiamente una “facilidad esencial”, y porque un “propósito anticompetitivo” no transforma una conducta que no es exclusionaria en monopolización.

(b) La decisión del caso.

En primer término la Corte, a pesar de que no fue alegado, aclara la situación del poder monopólico. Señaló al respecto que como centro de ski *Aspen* era un destino con una reputación que excedía el ámbito local, basada en su activa vida nocturna y en que ahí se ubicaban alguno de los mejores restaurantes de Norteamérica. Esto significaba que los turistas iban a *Aspen* después de elegir el lugar por sobre otros centros alternativos. Por definición, entonces, el mercado relevante no podría haber sido sólo *Aspen*, Colorado, sino todo el universo de centros de ski de Estados Unidos, Canadá, Europa y tal vez el mundo. Si *Aspen* tenía tal grado de competencia, era obvio que también lo tenía cada operador de centro de ski en esas montañas.

Luego, respecto de la monopolización, la Corte estuvo de acuerdo con *Aspen Skiing* en que, de acuerdo a la doctrina establecida por primera vez en el caso *Colgate*, ni siquiera un monopolista tiene un deber de colaborar con sus competidores y, por el contrario, puede elegir con quién hace negocios y con quién no. Sin embargo, la Corte indicó que la ausencia de este deber no significa que el derecho a elegir las partes con quienes se desea contratar sea un derecho no susceptible de ser limitado; tal derecho estará de acuerdo con los términos de la *Sherman Act* sólo en la medida que no haya un propósito de crear o mantener un monopolio. De acuerdo a esto, una negativa de pactar que proviene de un propósito o intención anticompetitiva puede constituir evidencia de monopolización.

De aquí que la Corte de cuenta que *Aspen Skiing*

“No solamente rechazó una nueva oferta de participar en una empresa conjunta [...] en vez de eso, eligió hacer un cambio importante en una conducta de distribución que [...] originada en un mercado competitivo [...] persistió por varios años [...] otorgando una opción deseable para los esquiadores [...] [c]uando las características del mercado habían cambiado por la adquisición de un poder monopólico [por parte de *Aspen Skiing*] [...] [su] decisión de terminar con el ticket “todo-Aspen” fue entonces una decisión tomada por un monopolista para producir un cambio importante en las características del mercado”.

De este modo, la Corte asume que a pesar de que *Aspen Skiing* no incurrió necesariamente en una práctica anticompetitiva o exclusionaria al decidir terminar con el antiguo sistema de ticket “todo-Aspen”, se puede de todos modos concluir que no existió una razón de negocio válida que justificara la negativa a continuar con ese sistema conjunto.

Además, la Corte consideró que la historia proveía adecuada evidencia para sostener la decisión de monopolización. A este respecto señaló que la fuerte demanda por el ticket “todo-Aspen” demostraba que los consumidores habían sido afectados negativamente al suprimirse este ticket de calidad eminentemente superior. Asimismo, *Aspen Highlands* sufrió una sostenida caída en su cuota de mercado a raíz del término del ticket “todo-Aspen” y continuó padeciendo una situación adversa cuando *Aspen Skiing* se negó a cooperar con sus esfuerzos independientes para ofrecer un ticket que cubriera toda el área.

Como resultado, la evidencia reafirmó lo inferido por la Corte en el sentido que

“[*Aspen Skiing*] hizo un esfuerzo deliberado para desincentivar a sus clientes de hacer negocios con [*Aspen Highlands*] [...] que no fue motivado por consideraciones de eficiencia y que estuvo dispuesta a sacrificar beneficios de corto plazo y el bienestar de los consumidores a cambio de un perceptible impacto de largo plazo en su rival más pequeño”.

Finalmente, la Corte estima innecesario

“[...] considerar la posible relevancia de la doctrina de las ‘facilidades esenciales’, o la de en algún modo hipotética pregunta si una conducta que no es exclusionaria podría alguna vez constituir un abuso de poder monopólico si está motivada por un propósito anticompetitivo”.

(c) Algunos comentarios.

Desde la perspectiva de la doctrina de las facilidades esenciales, *Aspen* representa un cierto rechazo a la misma. La Corte no acoge la doctrina ni la rechaza, y sólo se refiere a ella para señalar que ambas partes coincidían en la controversia no tenía nada que ver con dicha doctrina. Al respecto, HOVENKAMP indica que irónicamente el hecho que la Corte Suprema haya encontrado responsabilidad en *Aspen* sin invocar la doctrina de las facilidades esenciales sugiere

que ella es innecesaria; sólo se necesitaría analizar el poder de mercado del demandado, la racionalidad de la negativa de pactar y el daño anticompetitivo que resulta de ello.¹⁹¹

LIPSKY y SIDAK señalan que la decisión en este caso trajo consigo “una larga y desafortunada sombra sobre los casos relativos a la doctrina de las facilidades esenciales [...] la facilidad esencial alegada en *Aspen Highlands* era, crease o no, un trío de montañas”.¹⁹² Sostienen además, que la decisión de la Corte es destacable porque no menciona ni una sola vez si había competencia de precios entre los dos operadores de centros de ski en las montañas de *Aspen*. Les parece sorprendente esta indiferencia respecto de los efectos que el marketing conjunto tenía en el bienestar de los consumidores, sobretodo considerando que en una nota al pie la Corte indica que el abogado general de Colorado había demandado a los dos operadores sobre la base de que su arreglo de compartir las ganancias del ticket “todo-Aspen” facilitaba un acuerdo de precios que violaba la Sección §1 de la *Sherman Act*. Esto implica que la Corte no puso atención en los efectos sobre el precio que tendría una rivalidad entre competidores en un mercado geográfico dado.¹⁹³

Además de esto, AREEDA destaca que aun cuando *Aspen Highlands* perdió ingresos a causa del término de “todo-Aspen”, su “vitalidad competitiva” nunca estuvo en duda. Considera “curioso” que en este caso esa empresa buscara que le fueran resarcidos los perjuicios de la pérdida de ingresos y a la vez señalara vigorosamente que su montaña era tan buena como las tres de su competidor. Por ello se pregunta ¿dónde está la esencialidad?¹⁹⁴

El valor real de esta sentencia se encuentra en realidad en la exigencia de una justificación razonable, basada en razones de negocios, como única causa que puede fundamentar una negativa de pactar cuando se ocupa una posición monopólica, y que la carga de la prueba de esas razones recae en el monopolista. En este sentido, la Corte Suprema avanza un paso respecto de que, como señaló en *Otter Tail*, un monopolista puede en ocasiones negarse a compartir su propiedad, aunque no ahonda mayormente en el punto.¹⁹⁵

6. *Trinko* (2004).¹⁹⁶

¹⁹¹ HOVENKAMP: *Federal...*, cit. en nota 3, p.306.

¹⁹² LIPSKY y SIDAK: “Essential...”, cit. en nota 17, p.1207.

¹⁹³ *Ibíd.*, p.1211.

¹⁹⁴ AREEDA: “Essential...”, cit. en nota 79, p.848.

¹⁹⁵ DOHERTY: “Just what are...”, cit. en nota 68, p.401.

¹⁹⁶ *Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP*, 540 US 398 [2004].

En este caso no se dio lugar al reclamo de una empresa que argumentaba que un *carrier* estaba realizando conductas exclusorias que no permitían la libre competencia en el sector de la telefonía local.

(a) Antecedentes.

En 1996, *Verizon Communications Inc. (Verizon)* era el *carrier* local (*local exchange carrier, LEC*) incumbente en el estado de Nueva York.¹⁹⁷ Al igual que otros *LECs* incumbentes, con anterioridad a ese año gozaba de una franquicia exclusiva dentro de su área de servicio local.

La *Telecommunications Act*, de 1996, buscó terminar con el monopolio de los *carriers* incumbentes e introducir competencia en el mercado de las telecomunicaciones. Para ello, les impuso la obligación de compartir sus redes con sus competidores, lo que incluía la provisión de acceso a partes individuales de ellas; esto es, permitiendo la desagregación.¹⁹⁸ De este modo, los nuevos entrantes (llamados *LECs* competidores) revenderían las partes desagregadas de la red, las recombinarían, o las utilizarían con elementos pertenecientes a los *carriers*.

En cumplimiento de lo dispuesto por la ley, y al igual que otros *LECs* incumbentes, *Verizon* adoptó dos pasos significativos en dirección a introducir competencia en su área de servicio. Primero, firmó acuerdos de interconexión con sus rivales (tales como *AT&T*), detallando los términos bajo los cuales pondría los elementos de su red a su disposición.¹⁹⁹ Segundo, aprovechando la posibilidad brindada por la *Telecommunications Act*, *Verizon* entró en el mercado de la larga distancia, del cual había sido antes excluida. Para esto, debió cumplir previamente variadas exigencias, entre las que destacan el cumplimiento de los deberes de compartir la red impuesto por la ley, la provisión de acceso no discriminatorio a los elementos de la red y la entrega de igual calidad de servicio.²⁰⁰

Una de las obligaciones relativas a los elementos desagregados de la red era la provisión de acceso a los llamados “sistemas de soporte de las operaciones” (*operations support systems* –

¹⁹⁷ En 1996, *NYNEX* era el *carrier* incumbente en el estado de Nueva York. Posteriormente, esta firma se fusionó con *Bell Atlantic Corporation*, manteniendo el nombre de esta última. Una nueva fusión convirtió a la firma en *Verizon*, término que, al igual que en la sentencia de la Corte Suprema, es usado aquí para referirse a cualquiera de estas firmas, indistintamente a través del tiempo.

¹⁹⁸ Véase al respecto el caso *AT&T Corp. v. Iowa Utilities Bd.*, 525 US 366, 371 (1999). Al permitir la desagregación, la ley reconoce implícitamente el alto costo de duplicar las redes.

¹⁹⁹ La negociación de los términos no fue simple: el acuerdo con *AT&T* terminó con un arbitraje obligatorio. En 1997 el regulador estatal de Nueva York aprobó finalmente el acuerdo de interconexión entre ambas empresas.

²⁰⁰ Entre otras exigencias, *Verizon* debió completar un “*checklist*” de 14 requisitos reglamentarios y, aun cuando el regulador estatal había aprobado el acuerdo de interconexión, en 1999 fue la agencia federal (*Federal Communications Commission -FCC*) quien debió aprobar la prestación de servicios de larga distancia.

OSS), un grupo de sistemas utilizados por los incumbentes para proveer servicios a sus clientes y asegurar la calidad de los mismos. Tanto los acuerdos de interconexión de *Verizon* como su autorización para prestar servicios de larga distancia especificaban los mecanismos bajo los cuales esa obligación de compartir sería cumplida. En lo que aquí importa, tales mecanismos consistían en que cada *LEC* competidor enviaba solicitudes de mejora de servicio a través de una interfase electrónica conectada con el sistema de *Verizon*; luego de recibida la solicitud, ésta era cumplida una vez completados ciertos pasos para ello por parte del incumbente, quien posteriormente devolvía una confirmación de cumplimiento a través de la misma interfase. Lo relevante para la competencia es que sin el acceso a los sistemas de soporte de las operaciones, un competidor no podía cumplir con las solicitudes de sus propios clientes.

A finales de 1999, un grupo de *LECs* competidores reclamaron ante el regulador que muchas de sus solicitudes no fueron cumplidas, lo que violaba la obligación de *Verizon* de proveer acceso a sus sistemas de soporte de las operaciones. El regulador estatal de Nueva York y el regulador federal (la *Federal Communications Commission - FCC*) iniciaron investigaciones paralelas que culminaron con una serie de órdenes de mejorar el servicio, emanadas del primero, y un acuerdo extrajudicial (*consent decree*) con el segundo. En virtud del acuerdo y las órdenes, *Verizon* quedó sujeta a nuevas medidas de su calidad de servicio y a nuevos requerimientos de reportar sus actividades a ambas autoridades, con multas en caso de contravención.²⁰¹ En junio de 2000 la *FCC* dio por terminado el acuerdo, dándolo por cumplido y levantando las obligaciones impuestas al *carrier* incumbente; el mes siguiente el regulador estatal levantó la obligación de reportar las actividades.

Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP (Trinko) era una firma de abogados de Nueva York, cliente de los servicios de telefonía local de *AT&T*. El día siguiente a que *Verizon* suscribiera el acuerdo con la *FCC*, interpuso un reclamo en la Corte Distrital del distrito sur de Nueva York, en representación de sí misma y de una serie de clientes que se encontraban en situación similar. De acuerdo al reclamo, *Verizon* había cumplido las solicitudes de mejora de servicio provenientes de sus competidores de forma arbitraria, como parte de una estrategia anticompetitiva tendiente a disuadir a los clientes de contratar o permanecer con algún *LEC* competidor, impidiendo de este modo que éstos pudieran entrar y competir en el mercado de la telefonía local.

En efecto, según sostuvo *Trinko*, *Verizon* había cumplido algunas solicitudes de *LEC* competidores sólo después de mejorar su propio servicio de telefonía local; había fallado en

²⁰¹ Además, en virtud del acuerdo, *Verizon* se comprometió a realizar una “contribución voluntaria” al tesoro (Fisco) norteamericano por US\$3 millones; mientras que las órdenes la hicieron responsable de un pago de US\$10 millones a los *LECs* competidores.

cumplir otras solicitudes en tiempo o simplemente no había cumplido muchas de ellas; y había fallado sistemáticamente en informar el estado de las solicitudes. Menciona como ejemplo que los propios reguladores estatal y federal impusieron obligaciones tendientes a mejorar la falla en el acceso a los sistemas de soporte de las operaciones de *Verizon*. Este comportamiento del incumbente habría traído como resultado la disuasión de cambiar de compañía por parte de potenciales clientes. Por ello, *Trinko* indicó que *Verizon* había vulnerado la sección §2 de la *Sherman Act* y la *Telecommunications Act*.²⁰²

La Corte Distrital no dio lugar al reclamo en ninguna de sus partes, concluyendo -en lo que respecta a la libre competencia-, que no se satisfacían los requisitos de la sección §2. *Trinko* apeló de la decisión y la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito acogió el recurso en parte, incluyendo lo relativo a la libre competencia. *Verizon* llevó entonces el caso ante la Corte Suprema, quien limitó su ámbito de decisión exclusivamente al análisis de si la Corte de Apelaciones había o no errado en revertir la decisión de la Corte Distrital en lo que respecta a la libre competencia.

(b) La decisión del caso.

La Corte Suprema partió por analizar las relaciones entre la regulación sectorial y las normas de protección de la libre competencia. Específicamente, partió por examinar el efecto que tiene (si es que hay alguno) la *Telecommunications Act* sobre la aplicación de los principios tradicionales en materia de libre competencia. A este respecto, sostuvo que los deberes que la ley sectorial impone no pueden implicar una inmunidad frente a los estándares tradicionales aplicables en materia de protección de la libre competencia, pues el propio legislador así lo impuso.²⁰³ Sin embargo, esto no significa que se pueda ir más allá de tales estándares, creando nuevos, pues ello sería inconsistente con lo dispuesto en la ley. Por tanto, la Corte decidió analizar si la conducta de la cual reclamó *Trinko* violaba o no los estándares preexistentes en materia de libre competencia.

En relación con lo dispuesto por la sección §2 de la *Sherman Act*, la Corte recuerda que, además del poder monopólico en el mercado relevante, la norma exige una adquisición o mantenimiento malintencionado del mismo, para diferenciarlo del legítimo crecimiento por razones históricas o de negocios. Incluso alaba la posibilidad de cobrar precios monopólicos, al menos por un corto

²⁰² Además, reclamó la violación de ciertas disposiciones de la *Clayton Act* y de otras leyes estatales.

²⁰³ En efecto, la sección 601(b)(1) de la *Telecommunications Act* indica que “*nothing in this Act or the amendments made by this Act shall be construed to modify, impair, or supersede the applicability of any of the antitrust laws*” (“nada en esta ley o sus modificaciones deberá ser tomado como una forma de modificar, impedir o entorpecer la aplicación de ninguno de las leyes de protección de la libre competencia”).

tiempo, como una forma de producir incentivos a la innovación y crecimiento económico. Al respecto, destaca que:

“La mera posesión de poder monopólico, y la imposición concomitante de precios monopólicos, no sólo no es ilegal; es un elemento importante del sistema de libre mercado [...] Para resguardar el incentivo a la innovación, la posesión de poder monopólico no debe ser considerada ilegal a menos que esté acompañada de una conducta anticompetitiva”.

Señala enseguida los peligros de imponer una obligación de compartir la infraestructura a un monopolista. Debido a que esa infraestructura es lo que le permite a éste adquirir su poder en el mercado, obligarlo a compartirla acarrea el peligro de desincentivar la inversión en la misma, tanto por parte de su titular como por parte de quien le es conferido el acceso. Además, la obligación implica transformar a las cortes en “planificadores centrales”, imponiendo regulaciones de diversa índole; un rol para el cual, por cierto, no están preparadas. Finalmente, un acuerdo obligatorio acarrearía riesgos de colusión. Cita la doctrina *Colgate*, relativa a la libertad de contratación, en apoyo de su aserción.

Sin embargo, la Corte recuerda que bajo circunstancias “muy” calificadas, la negativa de cooperar con rivales puede ser considerada abusiva:

“Bajo ciertas circunstancias, una negativa de cooperar con los rivales puede constituir una conducta anticompetitiva y violar [la sección] §2 [de la *Sherman Act*]. Hemos sido muy cautelosos en reconocer tales excepciones, dado el carácter incierto del acceso forzado y la dificultad de identificar y remediar la conducta anticompetitiva de una firma”.

De este modo, el caso deviene en dilucidar si existe alguna de tales circunstancias o si los antecedentes permiten configurar una nueva, a efectos de dar lugar a la excepcional regla de obligar al monopolista a compartir su infraestructura.

Primero, respecto de las “justificaciones existentes”, la Corte, luego de revisar los hechos y fundamentos de *Aspen* (al cual considera el caso central *-leading case-* en la materia), señala que la negativa de pactar alegada en el presente caso no encuadra en las limitadas excepciones reconocidas en ese caso. La razón es que no es posible observar una intención o “malicia” anticompetitiva en el comportamiento de *Verizon*:

“[*Trinko*] no ha sostenido que *Verizon* se comprometió voluntariamente a pactar con sus rivales o que lo hubiera hecho en ausencia de un mandato legal. Aquí, entonces, la conducta anterior [de *Verizon*] da ciertas luces respecto de la motivación de su negativa de pactar – [esto es] respecto de si su desliz regulatorio fue motivado no por celo competitivo sino por malicia anticompetitiva”.

Esto se vería reforzado, además, por las tarifas a costo a las cuales *Verizon* se negaba a interconectar su red. De acuerdo a la Corte, ello no dice nada acerca de sus “sueños de monopolio”.

Una diferencia aún más fundamental entre *Aspen* (y *Otter Tail*) y el presente caso, prosigue la Corte, es el hecho que en aquellos el reclamante ya se encontraba desarrollando una actividad económica, mientras que aquí los servicios supuestamente denegados no están en el mercado o disponibles al público, sino a los rivales, y han sido creados como algo nuevo por la ley “a un costo y esfuerzo considerables”. La Corte concluye que:

“[...] La alegación de *Verizon* sobre insuficiente asistencia en la provisión de servicio a sus rivales no es un reclamo reconocido en materia de libre competencia bajo los precedentes de esta Corte que existen en materia de negativa de pactar”.

A continuación se refiere específicamente a la doctrina de las facilidades esenciales, señalando, primero, que aunque analizara el caso desde esa perspectiva, su decisión no variaría; y, segundo, que en todo caso nunca la ha reconocido ni es tiempo de hacerlo o de repudiarla.²⁰⁴

“Esta conclusión no cambiaría incluso si consideráramos existente la ‘doctrina de las facilidades esenciales’ creada por algunas cortes menores, bajo la cual la Corte de Apelaciones concluye que las alegaciones del recurrente podrían acogerse [...] Nosotros nunca hemos reconocido tal doctrina [...] y consideramos innecesario reconocerla o repudiarla aquí. Es suficiente para los presentes propósitos destacar que el requisito indispensable para invocar la doctrina es la indisponibilidad de acceso a las ‘facilidades esenciales’; donde el acceso existe la doctrina carece de finalidad”.

Citando a AREEDA y HOVENKAMP, niega la aplicación de la doctrina sobre la base de que en el presente caso existe una agencia que tiene un poder efectivo para imponer el acceso y regular su ámbito y términos. Asimismo, deniega su uso como argumento diferente a la monopolización en virtud de la sección §2 de la *Sherman Act*.

A continuación, en segundo término, la Corte Suprema se refiere a la posibilidad de introducir una “nueva justificación”. Al respecto, niega que los principios tradicionales de la libre competencia den la posibilidad de agregar este caso a las pocas excepciones a que no hay deber de ayudar a los competidores. Señala, al fundar su negativa, que es particularmente importante tomar en consideración la existencia de una poderosa estructura regulatoria que ha sido diseñada para detener y remediar posibles daños anticompetitivos. Así:

“Cuando tal estructura existe, los beneficios adicionales de la competencia provenientes de la aplicación del derecho de la libre competencia tenderían a ser pequeñas, y será menos plausible que las leyes de la libre competencia contemplen tal escrutinio adicional [...] En

²⁰⁴ El fallo cita expresamente a AREEDA (“Essential...”, cit. en nota 79) y los casos *Aspen* y *AT&T* (opinión del juez Breyer).

contra de los leves beneficios de la intervención de la libre competencia aquí, nosotros debemos sopesar de manera realista los costos”.

Cuando, como en este caso, los beneficios no son claros, la Corte aboga por evitar inferencias erradas y sus consecuentes “falsas condenas”, que resultan especialmente costosas e incluso contrarias a las conductas que las leyes de protección de la libre competencia desean amparar. Esto es lo que la Corte denomina un riesgo de “falsa conclusión” (*false-positive*), uno de cuyos casos, indica, se produce cuando un *LEC* incumbente no provee un servicio con suficiente prontitud, lo cual no dice relación con una práctica exclusoria.

Pero aun cuando no exista un riesgo de arribar a una falsa conclusión, la Corte aclara que las violaciones a la *Telecommunications Act* están fuera de la posibilidad práctica de control por parte de un tribunal. Citando nuevamente a AREEDA, precisa que:

“Ninguna corte debiera imponer un deber de pactar que ella no puede explicar o supervisar adecuada y razonablemente. El problema debiera ser considerado irremediable desde la perspectiva del derecho de la libre competencia cuando el acceso obligatorio requiriera que una corte asumiera un control día a día característico de una agencia regulatoria”.

Finalmente, la Corte concluye que la finalidad de la *Telecommunications Act* (eliminar los monopolios del ámbito de las telecomunicaciones) es más ambiciosa que la de la *Sherman Act* (prevenir la monopolización contraria a la ley) y, por tanto, no pueden ser confundidas. La legislación antimonopolios no confiere a los jueces “carta blanca” para pedirle a un monopolista que cambie su manera de hacer negocios, aun cuando un enfoque diferente pudiera traer como resultado mayor competencia.

Por todo lo anterior, no da lugar al reclamo de *Trinko* y revierte así la decisión de la Corte de Apelaciones.²⁰⁵

(c) Algunos comentarios.

Trinko es quizás el caso más importante en materia de facilidades esenciales en el derecho norteamericano, al menos en el último tiempo. En su fallo, redactado por el juez SCALLIA, la Corte Suprema se refiere expresamente a ella como una doctrina “creada por algunas cortes inferiores”, y aclara que *nunca* la ha reconocido. Además, es cuidadosa en limitar los más famosos casos que tradicionalmente utilizan sus partidarios para sostener su existencia (particularmente *Aspen* y *Otter Tail*) a sus propios hechos, sin extenderlos a una teoría general.

²⁰⁵ El fallo fue redactado por el juez SCALLIA. Los jueces concurrentes (Stevens, Souter y Thomas) basaron su opinión en que, a su juicio, existía sólo una relación indirecta entre la conducta del demandado y el daño alegado por el demandante.

La Corte niega de este modo la consideración de sus sentencias anteriores como precedente para sustentar la doctrina.²⁰⁶

Del mismo modo, la sentencia reafirma los peligros puestos de relieve por parte de los autores en lo que se refiere a obligar a una empresa a compartir con o suministrar a competidores. Particularmente, se enfatizan la imposición de obligaciones de ayudar a los competidores y la obligación de compartir recursos. La filosofía que subyace a toda la sentencia se vincula a la necesidad de mostrar prudencia en cuanto a las posibles intervenciones contra la conducta de una empresa dominante. A este respecto, la Corte subraya de manera especial el riesgo potencial de reducir la propia competencia que las leyes pretenden proteger.

Nótese que aun cuando la Corte expresa que “no hay ni que reconocer ni repudiar” la doctrina, pues no es aplicable al caso concreto, el tenor del fallo en general no es en lo absoluto favorable a ella. De acuerdo a la Corte, la pregunta acerca del acceso ya estaba tratada en la *Telecommunications Act* y, en consecuencia, no existía espacio aplicar la doctrina, menos aún cuando un regulador puede ordenar y controlar los términos y condiciones de entrada a un mercado.²⁰⁷

El fallo trajo numerosas reacciones, y ha abierto un gran debate en Estados Unidos, no sólo en lo referido a la doctrina de las facilidades esenciales, sino sobre todo en torno al comportamiento de las compañías incumbentes en materia de telecomunicaciones. De hecho, incluso el Congreso norteamericano estudia adoptar medidas, luego que la decisión fuera desfavorablemente recibida por los máximos representantes de la Comisión Judicial (*chairman* y *ranking minority member* del *House Judiciary Committee*), quienes indicaron la necesidad de que se adoptarán medidas legales para paliar el posible impacto negativo del fallo. Tales medidas van desde la enmienda a la legislación antimonopolios hasta una reforma comprensiva a las *Telecommunications Act* de 1934.²⁰⁸

²⁰⁶ Comentando el fallo, STRATAKIS (“Comparative...”, cit. en nota 51, p.435) indica que *Trinko* parece indicar que un deber general de pactar con un competidor únicamente podría ser aceptado en situaciones donde existe una terminación unilateral del curso normal de lo pactado por parte del monopolista (es decir, donde exista un cliente previamente existente), y que su tono general parece estar dirigido a desincentivar que las cortes inferiores establezcan deberes de pactar. Pone de manifiesto, asimismo, la dificultad de explicar los diferentes enfoques adoptados por la Corte en este caso y en *Aspen, Kodak* (este último no citado por la Corte) y otros en que se reconoce que existen excepciones a la regla de la libertad general de pactar.

²⁰⁷ A pesar del contexto de las medidas norteamericanas, la argumentación de la Corte es similar a los argumentos dados por el *Advocate General* Jacobs en el caso *Bronner*, en la UE (véase *infra*, Capítulo Tercero).

²⁰⁸ En mayo de 2004, esos representantes presentaron enmiendas a la *Clayton Act*. Sin embargo, su opinión no es unánime en el Congreso. El jefe de la Comisión de Energía y Comercio (*House Energy and Commerce Committee*) se manifestó a favor de que las materias de telecomunicaciones quedaran fuera del ámbito de decisión de los jueces comunes, remitiéndose al regulador. Sobre el debate hasta agosto de 2005, véase el Reporte del Congreso en RUBIN, Janice: “CRS Report for Congress: Verizon Communications, Inc. v. Trinko: Telecommunications Consumers cannot use Antitrust Laws to remedy access violations of Telecommunications Act”, 2005. Disponible en:

B. CASOS FALLADOS POR CORTES INFERIORES.

1. *Hecht* (1977).²⁰⁹

En este caso, la Corte de Apelaciones revirtió una decisión de un tribunal inferior, la cual no había dado lugar a la demanda de un empresario que solicitaba que se dejara sin efecto una cláusula contractual que le impedía optar a la obtención de una franquicia para operar un equipo de fútbol americano.

(a) Antecedentes.

Hecht era un promotor que estaba negociando la obtención de una franquicia por parte de la recién creada “Liga de Fútbol Americano” (AFL) para operar un equipo en Washington D.C. que compitiera con el titular de la franquicia conferida por la “Liga Nacional de Fútbol”, los *Washington Redskins*.

Sin embargo, *Hecht* necesitaba de un estadio en el cual su equipo pudiera jugar. Él propuso que su team podría compartir el existente Estadio RFK con los *Redskins*, quienes a su vez eran arrendatarios del recinto Consejo de Armerías del Distrito de Columbia (*District of Columbia Armory Board*), una autoridad pública. Como el contrato de arrendamiento contenía una cláusula limitativa que prohibía la utilización del estadio por cualquier otro equipo de fútbol americano que no fuese sus actuales usuarios, cuestión que obligaba a *Hecht* a construir uno nuevo, este intentó negociar con los *Redskins* la utilización compartida. Sin embargo, los *Redskins* se negaban a considerar a *Hecht* como una contraparte seria en las negociaciones, a menos que contara con una franquicia de la *AFL*; mientras que ésta se negaba a considerar la postulación de *Hecht* como franquiciante a menos que contara con el permiso de uso del Estadio *RFK*.

Cuando las negociaciones entre los dos equipos fallaron, *Hecht* demandó a *Pro-Football Inc.*, la sociedad que operaba a los *Redskins*, y al Consejo de Armerías, señalando (i) que la cláusula de exclusividad violaba las Secciones §1 y §3 de la *Sherman Act*; y (ii) que los *Redskins*, al no prescindir de la cláusula, monopolizaban el fútbol profesional en Washington D.C., lo que violaba la Sección §2. El caso fue llevado ante un jurado en primera instancia, quien falló a favor de los demandados y consideró lícita la cláusula en cuestión.

http://digital.library.unt.edu/govdocs/crs//data/2005/upl-meta-crs-8333/RS21723_2005Aug01.pdf?PHPSESSID=2b1de667f69cf76097367b17adbf4ce4 (última visita: 10.03.07).

²⁰⁹ *Hecht v. Pro-Football, Inc.*, 570 F.2d 982 (D.C. Cir., 1977).

Hecht apeló ante la Corte de Circuito de Columbia, acompañando numerosas sentencias previas de jurados y de la propia Corte.

(b) La decisión del caso.

La Corte revocó el fallo de primera instancia y ordenó la ejecución de un nuevo proceso. Por una parte, estimó que el tribunal de primera instancia instruyó de manera impropia al jurado en el hecho de que el mercado geográfico relevante era la nación como un todo y no solamente el área metropolitana del distrito. Por otra parte, el tribunal de primer grado también erró al señalar al jurado que la carga de la prueba de que los *Redskins* no eran un monopolio natural recaía en *Hecht*. En este sentido, la Corte estableció que:

“cuando, como en este caso, un demandado busca evitar una acusación de monopolización asegurando que posee un monopolio natural debido a la imposibilidad del mercado de soportar dos competidores, es el demandado y no el demandante quien enfrenta la carga de la prueba de tal argumento”.²¹⁰

Sin embargo, fuera de tales argumentaciones, lo importante a efectos de este trabajo es que la Corte señaló expresamente que el tribunal de primera instancia había fallado en darle a la demanda de *Hecht* un tratamiento adecuado de acuerdo a la doctrina de las facilidades esenciales. Por ello, primero, expuso las ideas comunes de la doctrina y expresó que ella:

“debe ser cuidadosamente limitada: las leyes antimonopolio no requieren que una facilidad esencial sea compartida si este hecho es impracticable o puede inhibir la habilidad del demandado para servir a sus consumidores adecuadamente”.²¹¹

Luego, la Corte estimó que la solicitud de *Hecht* era “substancialmente correcta”:

“*Hecht* solicitó un pronunciamiento de que si el jurado estimaba (1) que el uso del Estadio *RFK* era esencial para la operación de un equipo de fútbol profesional en Washington; (2) que tales instalaciones del estadio no podían ser duplicadas en la práctica por potenciales competidores; (3) que otro equipo podía usar el Estadio *RFK* en ausencia de los *Redskins* sin interferir con el uso que éstos le daban; y (4) que la cláusula limitativa en el contrato de arrendamiento prevenía de un uso compartido equitativo del estadio por parte de potenciales competidores; entonces el jurado debía considerar que la cláusula limitativa constituía un contrato que limitaba irracionalmente el comercio [...]”.²¹²

En definitiva, la Corte acogió la tesis de que para *Hecht* el estadio configuraba una instalación esencial. Al hacerlo, junto con reconocer por primera vez la existencia de la doctrina, estableció las bases de los elementos del *test* básico que determinan la aplicación de la doctrina de las instalaciones esenciales. Al respecto, sostuvo que esta última, también llamada principio del

²¹⁰ *Id.*, 990-991.

²¹¹ *Id.*, 992-993.

²¹² *Id.*, 993.

cuello de botella, establece que cuando no es factible duplicar una instalación por parte de quienes podrían ser competidores en un mercado, su titular debe compartirla en términos justos y razonables. Es ilegal restringir el comercio negando el acceso a facilidades escasas, principio que deriva del caso *Terminal Railroad* y que fue confirmado en *Otter Tail*.

Fuera de ello, la Corte hizo notar que la doctrina de las facilidades esenciales podría también haberse aplicado en favor de la alegación de que la negativa de los *Redskins* de no hacer valer la cláusula limitativa constituía una violación a la Sección §2 de la *Sherman Act*. No obstante, *Hecht* no había reclamado este punto. Finalmente, la Corte ordenó la realización de un nuevo proceso.

(c) Algunos comentarios.

LIPSKY y SIDAK destacan que este caso dice relación con la aplicación de la doctrina de las facilidades esenciales a una instalación que no competía directamente con quien buscaba acceso a ella. Dado que se trata de una facilidad controlada por el gobierno, sería difícil generalizar los resultados de la decisión de este caso. Sin embargo, señalan que vale la pena observar que el uso de los conceptos de monopolio es algo común ahí donde una autoridad gubernamental confiere a un usuario la exclusividad de una facilidad que esa autoridad controla. Tales decisiones son usualmente confrontadas por otros competidores a quienes la decisión del gobierno excluye.²¹³

Los mismos autores destacan que un análisis detallado del caso indicaría que la doctrina de las facilidades esenciales y su consecuencia de acceso obligatorio a la instalación tendría sentido sólo en presencia de dos raras circunstancias: (i) cuando existiera una facilidad con exceso de capacidad (como en el presente caso, en que era plausible que un estadio deportivo pudiera acomodar fácilmente a dos equipos de fútbol profesional); y (ii) que ella fuera de propiedad pública, lo que permitiría su disponibilidad a costo marginal, asumiendo que la autoridad pública la operaría, como parece haber sido en este caso, con una finalidad no comercial (la autoridad, por cierto, requeriría recobrar los costos fijos de la facilidad a través de algún otro mecanismo de financiamiento).²¹⁴

2. *Byars v. Bluff City News* (1979).²¹⁵

²¹³ LIPSKY y SIDAK: "Essential...", cit. en nota 17, p.1203.

²¹⁴ *Ibid.*, pp. 1204-1205.

²¹⁵ *Byars v. Bluff City News Co., Inc.*, 609 F.2d 843 (6th Cir. 1979).

En este caso, una Corte de Apelaciones revirtió la decisión de un tribunal de primera instancia que eximió de responsabilidad a un distribuidor regional de periódicos acusado de monopolizar el mercado de distribución local.

(a) Antecedentes.

Byars, el demandante de este caso, hacía las veces de intermediario entre *Bluff City News Co.*, un distribuidor regional de periódicos, y varios pequeños comerciantes minoristas. La presencia de *Byars* era fundamental para el negocio de estos últimos, pues sin él estos pequeños comerciantes se hubieran visto privados de acceder a la cadena de suministro mayorista, atendido el insuficiente volumen de venta de periódicos que cada uno de ellos manejaba.

Cuando *Bluff City* cambió de propiedad, sus nuevos dueños decidieron cortar las relaciones comerciales con *Byars*, quien no pudo conseguir otra fuente de suministro mayorista de periódicos para su negocio. Esto le produjo un daño considerable al hacerlo incapaz de competir con la propia *Bluff City*, quien tomó el negocio para sí misma. *Byars*, entonces, demandó a esta última acusándola de monopolización, de acuerdo a lo establecido en la Sección §2 de la *Sherman Act*.²¹⁶

El tribunal distrital falló a favor de *Bluff City*, ante lo cual *Byars* apeló.

(b) La decisión del caso.

La Corte de Apelaciones del Sexto Circuito revirtió la decisión y ordenó revisar de nuevo los hechos. Entre sus razones señaló, primero, que el tribunal no había considerado todos los factores relevantes al determinar que *Bluff City* no detentaba ahora un poder monopólico, particularmente dada la “prueba incontrovertible” de que *Bluff* detentaba previamente el 90% del mercado relevante.

Basándose en el precedente de *Otter Tail*, la Corte rechazó la violación de la Sección §2 de la *Sherman Act*, pero ratificó la aplicación de la doctrina de las instalaciones esenciales. Al respecto, indicó que existía una línea de casos que habían promulgado la teoría de las facilidades esenciales para casos donde se presentaran insumos constitutivos de un cuello de botella en propiedad de un monopolista. Bajo tal doctrina, dijo la Corte, el controlador de tal instalación tiene la obligación de dar acceso a sus competidores en términos justos y razonables.

²¹⁶ Las partes estipularon que el mercado relevante era la venta directa (“*over-the-counter*”) de periódicos de primera línea en los condados de *Memphis* y *Shelby*, en el área de *Tennessee*.

3. *MCI* (1983).²¹⁷

En este caso, fundamental en materia de la doctrina de las facilidades esenciales, se aborda nuevamente el tema de las actividades reguladas en relación con la libre competencia. Una empresa de telecomunicaciones demandó a otra, acusándola de monopolización, en razón que ésta se negaba a otorgarle interconexión a sus redes y le imponía algunas condiciones discriminatorias. Una Corte de Apelaciones le dio la razón al demandante.

(a) Antecedentes.

En 1963, *Microwave Communications Inc.*, antecesora de *MCI Communications Corp.* (*MCI*), obtuvo una autorización para construir y operar un sistema de telecomunicaciones de larga distancia entre las ciudades de *Chicago* y *St. Louis* tendiente a prestar servicios privados de telefonía a clientes comerciales e industriales y otros grandes clientes. Luego de obtener la concesión, *MCI* pidió autorización para interconectar sus redes con el segmento local correspondiente a sus clientes, lo cual fue permitido por la *Federal Communications Commission* recién en 1969.

Hasta ese año, los servicios de telecomunicaciones en Estados Unidos eran prestados bajo un régimen de monopolio legal. Así, mientras la red de larga distancia correspondía a *American Telephone & Telegraph Company* (*AT&T*), el segmento local (la “última milla”) correspondía a un conjunto de empresas que tenían una concesión sobre un determinado ámbito territorial; ambas redes estaban interconectadas. Dos años después, la *Federal Communications Commission* aprobó la entrada de operadores especializados en la prestación de servicios de larga distancia (*specialized common carriers*), y sólo a partir de ese momento *AT&T* aceptó iniciar negociaciones tendientes a interconectar sus red con la de *MCI*.

La relación entre ambas compañías fue siempre problemática. En 1973, *MCI* demandó a *AT&T* por tres motivos: la denegación injustificada de algunas interconexiones que le había solicitado; la imposición de tarifas excesivas y discriminatorias en los casos en que se había logrado un acuerdo de interconexión; y los retrasos, instalaciones defectuosas, mantenimiento deficiente y otras actuaciones perjudiciales realizadas por el personal de *AT&T* encargado de hacer efectivas las interconexiones. El caso llegó en apelación a la Corte Federal del Séptimo Circuito.

(b) La decisión del caso.

²¹⁷ *MCI Communications Corp. v. AT&T Co.*, 708 F2d 1081 (7th Cir. 1983).

La sentencia de la Corte aborda básicamente dos temas: primero, si el derecho de la competencia es aplicable a las actividades económicas sujetas a regulación sectorial; y segundo, si la doctrina de las facilidades esenciales es aplicable y en qué condiciones.

Respecto del primer punto, la Corte desechó la defensa de *AT&T* que señalaba que la regulación específica a la que estaba sujeta su actividad (la *Federal Communications Act*) la “inmunizaba” de quedar sujeta a las normas del derecho de la libre competencia:

“Se encuentra bien establecido, sin embargo, que las industrias reguladas no están per se excluidas del ámbito de aplicación de la *Sherman Act*”.

No obstante, la Corte advierte que en el caso de las actividades sujetas a regulación específica es necesario separar las materias cuya aprobación, por mandato legal, corresponde a una agencia regulatoria de aquellas en las que no existe intervención imperativa o ésta se limita a situaciones de excepción; en las primeras tendrán preferencia las normas regulatorias, mientras que en las segundas, donde lo determinante es la negociación entre partes, el derecho de la competencia tiene directa aplicación. En este caso la Corte concluyó que las demandas de *MCI* correspondían a la segunda de estas situaciones y la *Sherman Act*, era entonces, plenamente aplicable.²¹⁸

En segundo término, la Corte analiza la Sección §2 de la *Sherman Act* sobre la base de la doctrina de las facilidades esenciales. Parte por afirmar que estaba acreditado en el proceso que *AT&T* detentaba una posición monopólica sobre las redes y las interconexiones, y que éstas eran indispensables para que *MCI* prestara los servicios para los cuales había sido autorizada. Además, no se había probado ninguna razón de negocios ni invocado ninguna dificultad técnica que hiciera inviable la interconexión.

Acreditados estos hechos, la Corte concluye que la doctrina de las facilidades esenciales es aplicable al caso: el control que el monopolista ejerce sobre una instalación constitutiva de un cuello de botella le permite extender su poder de mercado hacia un mercado secundario. En todo caso, para aplicar la doctrina, la Corte señala que deben concurrir cuatro presupuestos: (i) el control de una instalación esencial por un monopolista; (ii) imposibilidad práctica para un competidor de duplicar esa instalación esencial; (iii) denegación de acceso al competidor a la instalación; y, (iv) factibilidad de proveer acceso a la instalación (que no exista una causa legítima que lo impida).

²¹⁸ Nótese que la argumentación es similar a la de *Otter Tail*.

La Corte consideró que concurrían todos los requisitos señalados y declaró a *AT&T* responsable por violación a la Sección §2 de la *Sherman Act*.

(c) Algunos comentarios.

MCI Communications es uno de los precedentes más importantes en materia de instalaciones esenciales. La corrección del fallo ha sido incluso reconocida por detractores de la doctrina.²¹⁹ Por lejos, lo más destacable es, ciertamente, la enumeración de los requisitos que deben concurrir para que la doctrina de las facilidades esenciales pueda ser aplicada.²²⁰

4. *Kodak* (1997).²²¹

Este caso gira en torno a la posible monopolización por parte de un productor de equipamiento micrográfico y de fotocopiadoras, del mercado secundario de los servicios de reparación de esos mismos equipos. Luego de dos largos procesos, una Corte de Apelaciones encontró responsable a dicha empresa.

(a) Antecedentes del caso.

A comienzos de los `80s, existía un gran número de pequeñas compañías independientes (*independent service organizations –ISOs*) (microempresas) que prestaban servicio de mantenimiento a los equipos micrográficos producidos por *Eastman Kodak Corporation* (*Kodak*) y, algunas de ellas, a las fotocopiadoras de alto volumen de esta misma empresa. Comúnmente, estas compañías cobraban precios alrededor de un 15 a 30% más bajos que *Kodak* por un servicio que, en general, era de igual calidad al del fabricante, y además otorgaban ciertas opciones de servicio que *Kodak* no tenía.

En 1985, la compañía *Image Technical Services (ITS)* ganó un gran contrato para dar mantenimiento a los equipos micrográficos marca *Kodak* de *Computer Service Corporation (CSC)*, un servicio que, hasta antes de este contrato, había sido proveído por la propia

²¹⁹ En este sentido AREEDA (“Essential...”, cit. en nota 79, p.845, nota 21), quien señala que el fallo es “probablemente correcto”.

²²⁰ LIPSKY y SIDAK (“Essential...”, cit. en nota 17, p.1203, nota 75) indican que los requisitos se basan, con leves modificaciones, en los establecidos en *Hecht*.

²²¹ *Image Technical Services, Inc., et al. v. Eastman Kodak Co.*, 125 F.3d 1195, 1201-02 (9th Cir. 1997). Como se verá, este caso fueron en realidad dos, con argumentaciones levemente diferentes. El primero de ellos llegó a la Corte Suprema (*Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc.*, 504 US 451 [1992]), pero la decisión sobre el fondo se dio sólo en el segundo, lo que justifica su inclusión en esta sección de fallos de cortes inferiores. La versión que aquí se presenta resume y fusiona ambos casos. Un muy completo análisis se encuentra en MACKIE-MASON y METZLER (“Links...”, cit. en nota 82) y SHAPIRO (“Aftermarkets...”, cit. en nota 89), participantes en el caso a favor de los demandantes y de *Kodak*, respectivamente; y en VISCUSI *et al.* (*Economics...*, cit. en nota 30).

fabricante. Poco tiempo después, esta última instituyó una política de no vender más repuestos (incluyendo partes, software y manuales) para equipamiento micrográfico nuevo y para fotocopiadoras a ninguna microempresa. Estos repuestos estaban patentados y protegidos por derechos de propiedad intelectual. Con todo, *Kodak* declaró que su nueva política sería aplicable sólo respecto de los repuestos para modelos de equipos introducidos al mercado después que aquella fuera anunciada. Este fue un gran cambio en sus políticas de venta. Previamente, ella vendía repuestos a cualquiera que se lo solicitara e incluso parecía apoyar en general a las microempresas, ya fuera dándoles soporte o incluso capacitación.

Con el correr del tiempo, *Kodak* comenzó a vigilar el cumplimiento de su nueva política de manera cada vez más rigurosa. Controlaba las ventas de repuestos para asegurarse que los dueños de equipos no estuvieran comprando más de lo que razonablemente necesitaran; requería que los potenciales compradores de repuestos acreditaran la propiedad del equipo para el cual los ordenaban; para los repuestos de fotocopiadoras, solicitaba una certificación de que el cliente tenía a un empleado entrenado por *Kodak* para efectuar las reparaciones; y, adicionalmente, demandaba a sus clientes no revender los repuestos.

En abril de 1987, diecisiete microempresas (entre ellas *ITS*) demandaron a *Kodak* ante la Corte del Distrito Norte de California. En su demanda alegaron que *Kodak* usaba su monopolio sobre los repuestos para monopolizar el mercado de los servicios para sus fotocopiadoras y equipamiento micrográfico; que *Kodak* había conspirado con sus proveedores externos de repuestos para impedir que las microempresas tuvieran acceso a los repuestos, monopolizando así el mercado de servicios; y que *Kodak* había atado la prestación de sus servicios a la venta de repuestos, dañando la competencia en el mercado de los servicios. De acuerdo a los demandantes, esto violaba las secciones §1 y §2 de la *Sherman Act*.

Kodak primero basó su defensa en cuestiones de derecho para intentar obtener la realización de un juicio sumario.²²² Señaló que no se había alegado que tuviera poder de mercado en el mercado primario de los equipos, y que la sola competencia en éste evitaba las acciones anticompetitivas en el mercado secundario, incluso en presencia de poder de mercado en este último. De este modo, dadas las alternativas existentes para los consumidores en la compra de máquinas y el hecho de que éstos tomaban sus decisiones basados en costos totales (es decir, incluyendo compra y mantenimiento), a *Kodak* le era absolutamente *imposible* intentar

²²² En el derecho norteamericano se da lugar al “juicio sumario” cuando una corte es persuadida de que, aún si todos los hechos disputados fueran resueltos a favor de una parte, ésta no podría, por una cuestión de derecho (*as a matter of law*), ganar el caso. De esta manera, se evita la pérdida de recursos judiciales.

monopolizar el mercado de los servicios. Por ello, era una cuestión de derecho que no podía ser considerada culpable de ventas atadas o monopolización.

El jurado acogió sus planteamientos y ordenó un juicio sumario, pero tanto la Corte de Apelaciones como la Corte Suprema, en 1992, revocaron la decisión y ordenaron la realización de un juicio de de lato conocimiento (*trial*) ante una corte distrital. Con todo, la Corte Suprema no se pronunció respecto a ningún aspecto de fondo (mercado relevante o monopolización, por ejemplo), sino que fundó su decisión en meras cuestiones probatorias y procedimentales: *Kodak* había fracasado en convencer a la Suprema Corte que era imposible que se le declarara culpable.

En 1995 se dio inicio al proceso de lato conocimiento. En él, los demandantes mantuvieron su reclamo de que *Kodak* había monopolizado el mercado de los servicios para sus fotocopiadoras y equipos de micrográficos de alta definición; pero decidieron no sostener ante el jurado su argumento relativo a las ventas atadas. Fundaron su demanda fundamentalmente en que la política restrictiva de repuestos le permitía a *Kodak* “trasladar” (esto es, obtener una ventaja) su monopolio en el mercado de los repuestos para sus maquinarias al mercado secundario de los servicios de reparación. Por su parte, la demandada varió levemente su argumento económico: señaló que existía una *presunción* de que la competencia en el mercado primario evitaba la monopolización del mercado secundario, y que las circunstancias para sostener esa presunción se daban en este caso.

El 28 de febrero de 1996 el jurado dio la razón a los demandantes y declaró culpable a *Kodak*. Se le impuso entonces una alta multa y le fue ordenado vender repuestos a las microempresas a precios no discriminatorios por al menos 10 años. *Kodak* apeló ante la Corte del Noveno Circuito sobre la base de tres argumentos: (i) que no podía ser obligada a vender repuestos patentados y manuales o software protegidos por derechos de propiedad intelectual; (ii) que el mercado relevante no podía ser extendido a “todas los repuestos *Kodak*”, dada la ausencia de sustituibilidad entre dos repuestos diferentes; y (iii) que una firma no puede ser declarada culpable de monopolizar un mercado secundario sin habersele primero probado la obtención de ganancias o precios supracompetitivos.

(b) La decisión del caso.

La Corte emitió su sentencia el 26 de agosto de 1997. Comienza describiendo la doctrina de las facilidades esenciales como una teoría más dentro del marco genérico de las negativas de pactar. Luego, da cuenta de la tensión entre la responsabilidad en materia de libre competencia frente a prácticas exclusionarias, por un lado, y el principio que establece que quienes poseen un

derecho de propiedad intelectual o industrial pueden negarse a pactar, vender o licenciar sus bienes protegidos por tales derechos.

Basada en la decisión previa de la Corte Suprema en este mismo caso, la Corte concluye que el uso abusivo de derechos de propiedad intelectual puede en ocasiones dar lugar a responsabilidad; la mera tenencia de esos derechos no confiere a su titular una “inmunidad absoluta” en materias de libre competencia, sino una justificación de negocios sólo “presuntamente” válida.²²³ Esto implica que una firma puede ser declarada culpable de conductas lesivas a la libre competencia si la evidencia muestra un propósito anticompetitivo en su actuar.

Luego, la Corte deniega cada una de las explicaciones que *Kodak* invocó como justificaciones válidas de negocios. Así, indicó que otros reparadores podían proveer un servicio de calidad sin riesgo para la reputación de *Kodak*; que le reclamo de ésta de que necesitaba reducir costos de inventario no justificaba interferir las ventas a otros competidores; y que los reparadores independientes no actuaban como *free-riders* en las inversiones de *Kodak* para el desarrollo de máquinas, pues ellos sólo ofrecían servicio técnico.

La Corte finalmente desechó los argumentos de *Kodak* y confirmó su responsabilidad.

(c) Algunos comentarios.

El caso *Kodak* es una de las decisiones más importantes en el derecho norteamericano de la libre competencia en los últimos años. Como señalan VISCUSI *et al.*, “*aunque existe considerable controversia respecto a lo apropiado de la decisión, existe un acuerdo general respecto a que ella tiene el potencial de engendrar muchos casos en materia de libre competencia e influenciar el comportamiento de las firmas en una gran variedad de mercados*”.²²⁴

²²³ La Corte sostuvo que “ni quienes poseen una patente ni quienes están protegidos por derecho de autor son inmunes a la responsabilidad en materia de libre competencia”. Previamente, la Corte Suprema había dicho que en su propia jurisprudencia “muchas veces ha sostenido que el poder ganado por medio de algunas ventajas naturales o legales, tales como patentes, derechos de autor o la toma de mejores decisiones de negocios pueden dar lugar a responsabilidad si un vendedor explota su posición dominante en un mercado para expandir su imperio a otro derivado”.

²²⁴ VISCUSI *et al.*: *Economics...*, cit. en nota 30, p.326. Por su parte, MACKIE-MASON y METZLER (“Links...”, cit. en nota 82) señalan que desde el fallo de *Kodak* por la Corte Suprema en 1992, han habido al menos siete decisiones de Cortes de Circuito relativas a mercados derivados: *Lee v. Life Ins. Co. of North America*, 23 F.3d 14 (1st Cir.) *cert. denied*, 513 U.S. 964 (1994); *PSI v. Honeywell*, 104 F.3d 811 (6th Cir.), *cert. denied* (1997); *Digital Equipment Corp. v. Uniq Digital Techs., Inc.*, 73 F.3d 756 (7th Cir. 1996); el mismo *Kodak* en el segundo proceso; *United Farmers Agents v. Farmers Ins. Exchange*, 89 F.3d 233 (5th Cir. 1996); *Allen-Myland v. IBM*, 33 F.3d 194 (3rd Cir. 1994); y *Virtual Maintenance v. Prime Computer*, 11 F.3d 660 (6th Cir. 1993).

Buena parte de la importancia de este caso radica en que la decisión es relevante para cualquier mercado derivado (*aftermarket*). SHAPIRO explica que en este caso se estableció que un mercado es derivado si cumple con tres elementos: (i) un consumidor compra un sistema compuesto de múltiples componentes; (ii) los componentes son comprados en diferentes puntos a través del tiempo; y (iii) en cierta medida, un consumidor es “obligado” a adquirir el sistema completo después de haber adquirido alguno de los componentes.²²⁵ Así por ejemplo, de acuerdo a este criterio, el software sería un mercado derivado del hardware, así como las aplicaciones computacionales serían un mercado derivado del sistema operativo; entre otros. De aquí la gran importancia de lo resuelto en *Kodak*.

Los tres elementos de un mercado derivado se observan con claridad en este caso. En efecto, existía un “sistema de copias”, compuesto por la fotocopidora y el servicio de reparación; ambos son esenciales, por cuanto sin cualquiera de ellos el sistema carece de valor. El segundo elemento es más claro: normalmente el consumidor utiliza el servicio de reparación después de haber adquirido la fotocopidora, aún cuando ambos puedan ser adquiridos de manera simultánea. Finalmente, la “obligatoriedad” de adquirir el sistema se explica en el hecho que algunos de los costos asociados a la adquisición no pueden ser recuperados por el consumidor si éste adquiere otro equipo diferente de la compañía (esto sucede, por ejemplo, si los empleados están acostumbrados a utilizar un cierto tipo de equipo, caso en el cual se deberá incurrir en costos de capacitación); o si se presentan costos de cambio, pues ellos dan a una compañía una ventaja sobre sus competidores, por cuanto un consumidor no cambiará de compañía a menos que se le de un premio en el precio en el mercado derivado lo suficientemente alto para exceder tales costos.²²⁶

En lo que respecta a los temas de libre competencia planteados en este caso, los demandantes decidieron no considerar el tema de las ventas atadas en el proceso final. Este decía relación con el hecho de si el poder de mercado de *Kodak* en el mercado de los equipos podía extenderse, y en qué medida, al mercado de los servicios. En tal sentido, la negativa de suministro a las microempresas era, en la práctica, exactamente lo mismo que una venta atada, pues en definitiva *Kodak* obligaba al consumidor final a adquirir tanto el equipamiento como el servicio de reparación.

El caso se centró entonces en la monopolización. La decisión que debía enfrentar la Corte era la de si una firma con mínimo poder de mercado en el mercado primario (*Kodak* enfrentaba competencia en el suministro de equipamiento) podía o no tener un gran poder en el mercado

²²⁵ SHAPIRO: “Aftermarkets...”, cit. en nota 89.

²²⁶ Sobre costos de cambio véase WILLIAMSON: *Markets...*, cit. en nota 40.

derivado (en este caso, en el de los servicios). En un primer momento, la defensa sostuvo que ello era imposible; luego, indicó que sólo existía una presunción de que la competencia en el mercado primario evitaba la monopolización del secundario, y que las circunstancias para sostener esa presunción se daban en este caso. Como se vio, las cortes no acogieron estos planteamientos y sostuvieron que sí era posible la monopolización en tales circunstancias.

Para ello, es clave asumir la existencia de una gran dificultad de concluir contratos completos que permitieran, al momento de adquirir el equipamiento, fijar un precio definitivo para los servicios de reparación. Asimismo, es fundamental considerar la fortaleza del vínculo entre ambos mercados; esto es, cuál es el efecto que tienen las políticas de precios en el mercado derivado en las ganancias del mercado primario.²²⁷ Dado esto, la consecuencia es que a menos que un consumidor fije contractualmente el precio del bien en el mercado derivado al momento de adquirir el producto primario, y asumiendo que existe un cierto grado de amarre entre ambos bienes (en el sentido de la condición “iii” de existencia de mercados derivados), una firma tendrá poder de mercado en el mercado derivado incluso cuando no posea poder en el mercado primario.

El argumento de fondo para ello dice relación con los costos: si existe amarre y no existe un pacto contractual respecto del precio del producto secundario al momento de adquirir el primario, la firma no tiene incentivos fijar precios a costo marginal. Si los precios de ambos bienes son fijados a costo marginal, la utilidad de la firma sería cero. Pero si ella, oportunísticamente, fija el precio un poco por sobre dicho costo, de modo que el consumidor no tiene incentivos a adquirir un equipo nuevo, puede tener utilidades totales positivas, especialmente si reitera esta práctica en el tiempo (a esto se le denominó *installed base opportunism*). Por ello, no es óptimo para la firma fijar su precio a costo marginal.²²⁸ Al ocurrir esto, puede haber en principio una razón para la intervención las autoridades antimonopolios.

Sin embargo, para VISCUSI *et al.*, no es claro el rol que debe jugar el derecho de la libre competencia en casos similares a *Kodak*, donde una firma tiene poder en el mercado derivado. Dado que requerir al dominante que suministre a las microempresas era una medida claramente insuficiente, pues *Kodak* podía aplicar una política de ahogo a la competencia por la vía de poner precios muy altos a sus repuestos y hacer que no fuera rentable competir con ella, las cortes debieran asegurarse de cierto modo la existencia de una política de precios razonable. Sin

²²⁷ En otros términos, es esencial considerar la elasticidad cruzada entre el mercado primario y el secundario. Este es un aspecto crucial para la definición de mercado en todo caso de libre competencia.

²²⁸ El análisis económico detallado de esta argumentación puede encontrarse en los trabajos citados en nota 221.

embargo, en tal caso estaría ejerciendo funciones que claramente exceden su ámbito de atribuciones y sus competencias, y que más bien pertenecen al ámbito del regulador.²²⁹

El tercer tema relativo a la libre competencia dice relación con la posibilidad de invocar justificaciones razonables y objetivas. Al respecto, el caso *Kodak* reitera la jurisprudencia anterior que señala que un monopolista puede negarse a pactar cuando invoca una decisión de negocios válida (*Aspen, Otter Tail*); sin embargo, no esclarece como estas justificaciones pueden ser alcanzadas. BAKER argumenta que la carga de la prueba recae en el monopolista, pero aclara que su opinión no es unánime.²³⁰ Sostiene además que si la Corte considera un argumento como justificación razonable, esto debiera ser una defensa definitiva, pues de lo contrario la Corte debería pesar los beneficios de la restricción contra el daño a la competencia.

Finalmente, desde un punto de vista de política de libre competencia, el caso reafirma la inexistencia de un deber general de pactar recaído en una empresa monopolista. Puesta de modo simplificado, la regla que emerge de este caso (y del criticado *Aspen*) es que una firma con poder monopólico viola las normas sobre libre competencia si excluye a sus rivales del mercado negándose a pactar sin una razón de negocios que así lo justifique. De este modo, bajo este análisis restringido, no es requerida prueba alguna de un daño a la competencia. Por esto, de acuerdo con DOHERTY, el caso *Kodak* fue un golpe a los oponentes norteamericanos del deber general de pactar.²³¹ Desde el punto de vista de la doctrina de las facilidades esenciales, en cambio, la Corte Suprema simplemente mantuvo su silencio respecto de ella.

²²⁹ VISCUSI *et al.*: *Economics...*, cit. en nota 30. Como se ha visto, este es un temor constante en la doctrina, y que expresamente consideró la Corte Suprema en *Trinko*.

²³⁰ Cita en contrario a AREEDA y HOVENKAMP.

²³¹ DOHERTY: "Just what are...", cit. en nota 68, p.402.

CAPÍTULO TERCERO

LAS FACILIDADES ESENCIALES EN EL DERECHO DE LA COMPETENCIA DE LA COMUNIDAD EUROPEA (CE)

“No es claro cuál es el significado, si es que tiene alguno, de las ‘facilidades esenciales’ en el derecho Comunitario”.²³²

I. PLANTEAMIENTO

Una de las razones principales por la cual el tema de las facilidades esenciales ha despertado interés en Europa dice relación con el desarrollo de la economía europea durante los años recientes y la redefinición del rol estatal. A diferencia de lo acontecido en Estados Unidos, durante gran parte del siglo XX, la competencia fue la excepción -no la regla- en las más variadas industrias, especialmente aquellas representativas de Servicios de Utilidad Pública. En la mayoría de los países casi la totalidad de los servicios, en los diversos segmentos, eran prestados por compañías estatales (o nacionalizadas) que, fundamentalmente después de la Segunda Guerra Mundial, se desarrollaron bajo la forma monopolios legales o de facto.

Como consecuencia de dicha situación monopólica, a los controles generales provenientes del derecho de la libre competencia o del derecho común se sumaron controles regulatorios específicos, los cuales se extendieron en diversos países. Los principales fueron la regulación o fijación de los precios que las compañías podían cobrar a los usuarios finales, y la exigencia de estándares de calidad mínimos para cumplir con el denominado “servicio universal”; a los cuales luego se añadirían otros.²³³ Por su parte, los instrumentos para implementar las medidas fueron diversos y variaron dependiendo de cada jurisdicción.²³⁴

Sin embargo, durante los años '80 esta situación comenzó a cambiar. En algunos países de Europa se comienza a desarrollar una tendencia liberalizadora en virtud de la cual se adoptan medidas para promover la competencia allí donde era posible introducirla. De este modo, se da comienzo a una etapa de “privatización” (o “desnacionalización”) de compañías y cambios en los marcos regulatorios, con el fin de permitir una libre actuación de los privados dentro del

²³² DOHERTY: “Just what are...”, cit. en nota 68, p.435.

²³³ WHISH: *Competition...*, cit. en nota 34, p.934.

²³⁴ No sólo fueron utilizados instrumentos legales. En ocasiones, el regulador se valió de métodos informales que permitían a las autoridades controlar y manejar las compañías monopólicas.

“rayado de cancha” establecido por el Estado. A partir de entonces, en las últimas dos décadas, esta tendencia ha continuado y un creciente número de países ha adoptado el enfoque de privilegio de la competencia.

Durante esta etapa, la Comisión Europea decidió llevar a cabo una política que favorecía la desmonopolización y liberalización de ciertos sectores. El problema central se presentó en aquellos segmentos de algunos mercados que presentaban características de monopolio naturales; en estos casos, la duplicación de instalaciones tales como redes o cableado, no era económica o físicamente posible. Esto a su vez implicaba que la liberalización y la posibilidad de desarrollo de mercados competitivos dependían del acceso forzado que a esas instalaciones se diera a nuevos competidores.

El acceso se implementó de diversas formas: mediante la adopción de Directivas, mediante regulación directa en algunos casos, y también por medio de la aplicación de principios del derecho de la libre competencia. Así, la Directiva 91/440/CEE, del Consejo, de 29 de julio de 1991, es un buen ejemplo de esta política. Ella regula el desarrollo de los ferrocarriles comunitarios con el objeto de promover su adaptación al mercado interior, para lo cual, entre otras materias, reconoce el derecho de acceso, en condiciones equitativas, a la infraestructura ferroviaria de los demás Estados a empresas que constituyan “agrupaciones internacionales”. Por su parte, varios Estados Miembros resolvieron el problema de los servicios de infraestructura mediante el establecimiento de sistemas regulatorios específicos, que conferían un derecho de acceso no discriminatorio a diversas instalaciones.²³⁵ Finalmente, el derecho de la libre competencia en general, y la doctrina de las facilidades esenciales en particular, han jugado un rol significativo en la tendencia liberalizadora.

La doctrina de las *essential facilities* se recibe expresamente en Europa sólo a comienzos de los años noventa; previamente, sin embargo, desde mediados de la década del '70, existieron ciertos precedentes que, siendo relativos casos de negativa de pactar, aplicaron la lógica que más tarde sería empleada por aquélla.²³⁶ Desde su nacimiento la doctrina estuvo condicionada por la

²³⁵ Así por ejemplo, entre los años 1980-1990, en el Reino Unido se establecieron sistemas regulatorios específicos aplicables a aquellas empresas que habían sido privatizadas durante ese período en sectores tales como telecomunicaciones, gas, electricidad, agua y transporte. En virtud de estos sistemas, los reguladores adquirieron la responsabilidad de proteger a los consumidores a través de la promoción de la competencia allí donde sea posible introducirla y de la fijación de precios competitivos. A diferencia de lo que ocurre en Chile, en el Reino Unido las empresas reguladas operan sujetas a contratos de licencia en virtud de los cuales tienen obligaciones en orden a evitar conductas anticompetitivas, discriminatorias o abusivas. Por su parte, el regulador vigila el cumplimiento de estas licencias y detenta las facultades necesarias para obligar el cumplimiento de sus términos.

²³⁶ En efecto, como se indicó en el Capítulo Primero, la formulación y desarrollo de la doctrina de las instalaciones esenciales en Europa es más reciente que en Estado Unidos. Ella sólo surgió, aunque no expresamente, el año 1974, luego de la decisión en el caso *Commercial Solvents*. Desde entonces, diversos fallos y decisiones de la Corte Europea de Justicia, de la Corte de Primera Instancia y de la Comisión Europea han hecho aplicación de la

progresión económica intervencionismo-liberalización (privatización)-regulación que modeló la historia económica europea más reciente.

Aunque la variedad de casos en que se ha aplicado dicho razonamiento es amplia, los mercados de la Comunidad Europea donde es más factible que él sea aplicado son precisamente los de infraestructura y el transporte. Así por ejemplo, ciertas decisiones de la Comisión que se reseñan más adelante demuestran cómo el concepto de facilidades esenciales ha sido usado para abrir los mercados de transporte marítimo y aéreo. De igual modo, la Comisión ha lidiado específicamente con acuerdos de acceso en el sector de las telecomunicaciones y en el de los servicios financieros, y emitió un documento relativo a las transferencias de crédito internacionales. Por lo tanto, en sectores relevantes, la Comisión ha aplicado el concepto de facilidades esenciales. Las Cortes, en cambio, no han hecho una aplicación expresa de la doctrina, aunque importantes precedentes se ajustan a su lógica.

El esquema de este capítulo es similar al del anterior. A continuación (II) se analiza brevemente el marco legal de aplicación de la doctrina de las facilidades esenciales en Europa, comenzando por una descripción genérica del sistema europeo de defensa de la competencia y siguiendo por el análisis del contenido del artículo 82 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, el principal precepto sobre el cual se ha construido la doctrina de las facilidades esenciales. Luego (III) se examinan las líneas generales de ésta en Europa, mostrando su evolución desde una especificación de un deber de pactar por parte del monopolista hasta una aproximación a la visión norteamericana de excepción a la libertad de contratar. La sección IV y final describe y analiza los casos más relevantes fallados tanto por las Cortes Comunitarias como por la Comisión Europea.

II. EL MARCO LEGAL: LAS DISPOSICIONES DEL TRATADO CONSTITUTIVO DE LA COMUNIDAD ECONÓMICA EUROPEA.

A. ANTECEDENTES BÁSICOS DEL SISTEMA EUROPEO DE PROTECCIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA.²³⁷

El sistema de competencia europeo se construye a partir de los artículos 81 y 82 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, de 1957.²³⁸ Sobre la base de lo dispuesto en esos

doctrina, ya sea de manera expresa o tácita. Con todo, se trata de un tema en formación y, por tanto, no se han definido con precisión sus rasgos definitorios.

²³⁷ Véase PELLISÉ: *Mercado relevante...*, cit. en nota 25.

preceptos se estructura un sistema que interrelaciona dos subsistemas destinados a proteger la libre competencia, según se trate de atentados de origen colusorio (artículo 81) o no (artículo 82).²³⁹ En términos generales puede afirmarse que, en el primer caso, se establece una regla general de prohibición absoluta de las conductas colusorias y su consiguiente nulidad, a menos que su licitud sea declarada por la autoridad; mientras que, en el segundo caso, se establece una regla de aceptación de una posición dominante y su legítima explotación, salvo que su ilegitimidad sea declarada por la autoridad en razón de un abuso. Con todo, ambos subsistemas son flexibles y podrían admitir una interpretación más acorde con el otro.

La construcción de este sistema de competencia, y fundamentalmente el del artículo 82, tuvo como base central cuatro legislaciones comparadas en materia de protección de la libre competencia. Primero, el derecho norteamericano, en especial la *Sherman Act*, de 1890; segundo, los principios rectores de lo que luego sería la Ley Alemana contra las restricciones a la competencia, de 27 de julio de 1957; las ordenanzas y leyes de defensa de la competencia en el derecho francés, en particular la Ordenanza de 30 de junio de 1945; y el artículo 66 del Tratado de París (CEJA), de 18 de abril de 1974.

El sistema de la competencia es aplicado por la Comisión Europea (o, propiamente, Comisión de las Comunidades Europeas), un organismo políticamente independiente de los Estados Miembros, que cumple funciones de órgano ejecutivo de la Unión Europea. En tal calidad está encargada, entre otras funciones, de hacer cumplir la legislación comunitaria y de lidiar con temas de competencia.²⁴⁰ Por su parte, la Corte de Primera Instancia (*cki*) es un tribunal con sede en Luxemburgo, encargada de las apelaciones a los fallos de la Comisión exclusivamente basados en materias de derecho, no de hecho.²⁴¹ Sus decisiones son susceptibles de ser revisadas

²³⁸ Este tratado es también conocido como Tratado de Roma. Sin embargo, esta última denominación puede dar lugar a equívocos, pues es el nombre que recibe tanto el Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea (CEE) -hoy, Comunidad Europea- como el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (Euratom). El Tratado fue suscrito el 25 de marzo de 1957 por Alemania, Francia, Italia, Bélgica, los Países Bajos y Luxemburgo y es, hoy en día, junto al Tratado de la Unión Europea (o Tratado de *Maastricht*), uno de los dos textos institucionales fundamentales en Europa. En adelante, todas las referencias hechas al “Tratado” deben entenderse referidas al Tratado Constitutivo de 1957.

²³⁹ La enumeración completa del Tratado Constitutivo fue cambiada por el Tratado de *Amsterdam*. El capítulo 1 de la parte III, sobre competencia, comprende hoy los artículos 81 a 89, los que, deben ser estudiados siempre a la luz de los principios generales contenidos fundamentalmente en los artículos 2° y 3° (véase *infra*, en este Capítulo, III.B).

²⁴⁰ Coloquialmente se señala que la Comisión es “el guardián de los tratados”. Respecto de sus funciones, véase el artículo 211 del Tratado y HILDEBRAND: *The Role...*, cit. en nota 61. La Comisión está organizada en Directorados Generales (DG), siendo el DG de Competencia (ex DG IV) el departamento encargado de las políticas de competencia y su cumplimiento, bajo la dirección de un Director sujeto a la autoridad de un Miembro de la Comisión responsable del área (*European Commissioner for Competition*).

²⁴¹ La *CFI* fue establecida en la *Single European Act (SEA)* de 1986, y entró en funciones en 1989. Si bien en principio tuvo un limitado ámbito de jurisdicción, éste ha sido ampliado atendido lo exitoso de sus operaciones. Véase CUTHBERT, Mike: *European Union Law, 2003-2004*. 5a ed. London: Cavendish Publishing Limited, 2003. A enero de 2007, la *CFI* tenía un total de 27 jueces, al menos uno por cada Estado Miembro, quienes duran 6 años renovables en su cargo. Su funcionamiento, desde el 2003 (Tratado de Niza), se basa en “paneles judiciales” en ciertas áreas específicas.

por la Corte Europea de Justicia, el máximo organismo judicial en Europa, también exclusivamente circunscritas a cuestiones de derecho.²⁴²

B. EL ARTÍCULO 82 DEL TRATADO.

La doctrina de las facilidades esenciales se ha ido desarrollando en Europa principalmente como un criterio de aplicación del artículo 82 del Tratado, para decidir en qué situaciones se está en presencia de una conducta constitutiva de abuso de posición dominante contraria a la libre competencia.²⁴³

El artículo 82 dispone:

“Será incompatible con el mercado común y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo. Tales prácticas abusivas podrán consistir, particularmente, en: a) imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas; b) limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores; c) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva; d) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.”²⁴⁴

Como se observa, la disposición requiere la combinación de tres elementos: (i) que una o varias empresas tengan una posición de dominio en mercado determinado; (ii) que abusen de esa posición privilegiada; y (iii) que esa conducta tenga trascendencia para el comercio entre los Estados Miembros.²⁴⁵ Según ha establecido la jurisprudencia, una compañía tiene una posición dominante en un mercado cuando tiene el poder de actuar en forma independiente, sin tomar en cuenta a sus competidores, proveedores o compradores, atendida su cuota de mercado o el estado de la tecnología existente.²⁴⁶ El abuso de posición dominante se da en la conducta de una

²⁴² La labor de la Corte es poyada por un Abogado General, cuya función consiste en presentar públicamente, con imparcialidad e independencia, conclusiones fundamentadas sobre los asuntos que requieran su intervención. Sus conclusiones no son vinculantes para la Corte de Justicia. Véase el Artículo III-354 del Tratado.

²⁴³ BERGMAN (“When should...”, cit. en nota 132, nota 2, y 2001) sostiene que el artículo 81 del Tratado eventualmente también podría servir como base legal para aplicar la doctrina de las instalaciones esenciales. En sentido similar, KORAH: “The interface...”, cit. en nota 98.

²⁴⁴ Lo anterior es sin perjuicio de la posibilidad de aplicación del artículo 81 del mismo Tratado. Ambos artículos son actualmente desarrollados por el Reglamento (CE) 1/2003, del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado.

²⁴⁵ La literatura explicativa del artículo 82 es amplia. Entre otros, véase VAN BAEL y BELLIS: *Competition...*, cit. en nota 34; JONES y SUFFRIN: *EC Competition...*, cit. en nota 45; VILLAR: *Las instalaciones*, cit. en nota 10; WHISH: *Competition...*, cit. en nota 34; PELLISÉ: *Mercado relevante...*, cit. en nota 25, y *La “explotación abusiva” de una posición dominante (arts. 82 TCE y 6 LEDC)*. Madrid: Civitas, 2002b; y OTTERVANGER, Tom R. y Sander VAN DER VOORDE: *Competition Law of the European Union and The Netherlands*. 2a ed. The Hague: Kluwer Law Internacional y Allen & Overy Legal Practice, 2002.

²⁴⁶ La visión de la Comisión Europea acerca del concepto de posición de dominio fue establecida en *Continental Can* (Caso 6/72, *Europemballage Corp. and Continental Can v. Commission*, [1972] ECR 215, 245, CMLR D11) y luego desarrollado en el caso *AKZO* (Caso 53/85, *AKZO Chemie BV v. Commission*, [1986] ECR 1965). La Corte Europea de Justicia, por su parte, definió la posición dominante en el caso *United Brands*, concepto que luego ha sido utilizado de manera estándar en otros fallos: *Hoffmann-La Roche v. Commission*, [1979] ECR 461 (para. 38); *Nederlandsche Banden-Industrie Michelin v. Commission*, [1983] ECR 3461 (para. 30); *CBEM* –

empresa con poder de mercado que, por métodos distintos de los que hacen posible la competencia comercial, dificulta el mantenimiento del grado de competencia existente o el desarrollo de la misma.

Por otra parte, la norma guarda relación, por cierto, con el artículo 2º de la *Sherman Act*. Sin embargo, existen varias diferencias entre ambas normas.²⁴⁷ Primero, el artículo 82 prohíbe la explotación de clientes y las prácticas exclusionarias, mientras que bajo la sección §2 de la *Sherman Act* sólo han sido enfatizadas las prácticas exclusionarias contra competidores por parte de quienes son demandados.²⁴⁸ Segundo, la política de “mercado común” de la Unión Europea, plasmada en el artículo 82, permite sancionar ciertos actos (por ejemplo, ciertas discriminaciones geográficas de precio) que pueden escapar del ámbito de la norma norteamericana. Finalmente, esta última previene los “intentos de monopolización” del mercado relevante; pero dada la incertidumbre respecto a la cuota de mercado requerida para configurar tal figura, pueden prosperar casos en los que las compañías demandadas detenten cuotas de mercado menores a las indicativas de dominancia bajo el artículo 82.

III. EL CONTENIDO DE LA DOCTRINA DE LAS FACILIDADES ESENCIALES EN EUROPA.

A. EL CARÁCTER AMBIVALENTE DE LA DOCTRINA.

El ámbito subjetivo y objetivo de la doctrina de las facilidades esenciales en Europa es en general amplio. Respecto del primero, ella se ha aplicado sin diferencias cuando el abuso por parte de la empresa dominante consistió en una negativa de pactar con un cliente previamente existente (*Commercial Solvents*, *Hugin*, los casos de puertos, etc.), como cuando esos clientes eran nuevos (*Magill* y *London-European/Sabena*). Esto demuestra que la jurisprudencia no protege a un cliente específico que depende de los suministros de un proveedor dominante, sino que se defiende la mantención de la competencia en el mercado relevante.²⁴⁹ En lo que respecta

Télémarketing SA v. Compagnie Luxembourgeoise de Teledifusión (CLT) and Information Publicité Benelux SA (IPB), [1985] ECR 3261 (para. 16); *Irish Sugar v. Commission*, [1999] ECR II-2969 (para. 70); *Aéroports de Paris v. Commission*, [2000] ECR II-3929 (para. 147).

²⁴⁷ BACHES: “The application...”, cit. en nota 78.

²⁴⁸ Como se verá, el caso *United Brands* muestra que el artículo 82 incluso prohíbe abusos que si bien no pueden incrementar la posición dominante de una firma, pueden causar un daño directo a un consumidor o tener un efecto anticompetitivo en un mercado en el cual esa firma no compete. Asimismo, en *Continental Can* (citado en nota 246), la Corte Europea de Justicia sostuvo que el artículo 82 no sólo se preocupa por las prácticas que puedan causar un daño a los consumidores directamente, sino también por aquellas que pueden ir en detrimento de ellos a través de su impacto en una efectiva estructura de competencia.

²⁴⁹ Nótese que, como se indicó en el capítulo primero, los principios fijados por la jurisprudencia a partir de *Commercial Solvents* podrían ser analizados simplemente desde el punto de vista de la negativa de pactar con un

al ámbito objetivo, la doctrina ha sido aplicada a una gran gama de bienes. Entre otros, se ha aplicado en casos relativos a materias primas, repuestos, derechos de propiedad intelectual e información; y también a infraestructuras físicas: aeropuertos, ductos de gas y petróleo, cableado de telecomunicaciones, decodificadores de televisión digital, etc. En algunos casos, la doctrina ha sido incluso aplicada a facilidades poco evidentes.²⁵⁰

Sin embargo, la calificación de tales bienes como esenciales ha sido realizada de una forma generalmente restrictiva por las cortes, las que han aclarado que no es suficiente que el acceso a una facilidad sea meramente conveniente o apropiado (caso *Ladbroke*), sino que debe ser indispensable (caso *Bronner*). Esto implica que no debe existir “un sustituto real o potencial” al bien, o que la facilidad no puede ser “replicada de ninguna manera razonable”.²⁵¹ De acuerdo a la jurisprudencia, ello ocurrirá cuando se presente una imposibilidad física, legal o económica de duplicar.²⁵² Por su parte, si bien la jurisprudencia europea ha reconocido que si el titular de una facilidad esencial tiene una justificación objetiva para negar el acceso no comete abuso (*Bronner, Magill, IMS*), no ha clarificado qué justificaciones cumplirían con el estándar de objetividad que se requiere en estos casos.

Lo anterior demuestra no sólo la menor sistematización y el análisis menos estructurado de la doctrina de las facilidades esenciales que se presenta en Europa en comparación con Estados Unidos. También demuestra la existencia de una jurisprudencia en cierto sentido ambivalente en lo que a la aplicación de la doctrina se refiere. Ello se debe a diversas causas. Primero, a la carencia de un reconocimiento expreso por parte de la Corte Europea de Justicia, ya sea para desechar o acoger su aplicabilidad en ciertos casos, y a la ausencia de un *test* formal determinado por las autoridades inferiores que sí la aplican, las cuales tienden a seguir el desarrollo norteamericano. Luego, la ambivalencia se debe en gran medida a la posición de la doctrina de las facilidades esenciales dentro del sistema económico europeo en relación con la libertad de contratar, y su vinculación con los amplios fines de la libre competencia en Europa. Tercero, la ambigua tendencia de los autores, que no parecen llegar a un acuerdo respecto del

nuevo cliente. De aquí que podría sostenerse la doctrina de las facilidades esenciales, de ser aplicable, debiera ser reservada para casos en que el bien en cuestión nunca ha sido suministrado a los competidores.

²⁵⁰ Por ejemplo, a la denegación de acceso a un sistema computacional de reserva de pasajes de una línea aérea; al sistema de “interlineado” (*Aer Lingus*); a un sistema internacional de transferencia de crédito; o a una red de correo.

²⁵¹ Así lo estableció la Comisión en su *Notice on the Application of the Competition Rules to Access Agreements in the Telecommunications Sector* (Diario Oficial de las Comunidades Europeas C 265, 22.08.1998, pp. 2-28). Allí mismo precisó que “no será suficiente que la posición de la compañía que está requiriendo el acceso sería más ventajosa si el acceso fuera otorgado, sino que una negativa al acceso debe llevar a que las actividades que se quieren llevar a cabo se vuelvan ya sea imposibles o sería e inevitablemente poco económicas”.

²⁵² La imposibilidad física es analizada, por ejemplo, por la Comisión en el caso *Sealink*, donde no existía otros puertos ubicados en aguas profundas para proveer servicios de ferry; y en el caso *Aer Lingus*, donde claramente no era posible construir un aeropuerto que compitiera en los alrededores de *Heathrow* (Londres). Una imposibilidad legal es la analizada en *Magill*, donde estaban envueltos derechos de propiedad intelectual (*copyright*). Finalmente, la imposibilidad económica, más controversial que las anteriores, fue analizada en *Bronner*.

espacio (si es que alguno) que debe tener la doctrina de las instalaciones esenciales en el derecho europeo, contribuye a la incertidumbre. Finalmente, ésta también se debe al hecho que la jurisprudencia europea (a diferencia de la norteamericana) no ha establecido un *test* específico y concreto para determinar cuando una negativa de pactar relativa a una facilidad esencial debe ser considerada contraria a derecho. Los tres últimos aspectos requieren de una explicación más detallada.

B. LA RELACIÓN ENTRE LA DOCTRINA Y LA LIBERTAD DE CONTRATAR: EL ANTES Y DESPUÉS DEL CASO *BRONNER*.

En materia de facilidades esenciales, la jurisprudencia europea tiene un antes y un después del caso *Bronner*, de 1997. Previo a ese caso, la doctrina no era más que una especificación de un deber general de pactar que recaía sobre las empresas dominantes; luego del “quiebre” de ese caso, la doctrina posterior ha identificado un acercamiento entre el derecho europeo y el norteamericano, considerando a la doctrina de las facilidades esenciales como una excepción a la libertad de contratar.

En efecto, la jurisprudencia europea tradicionalmente desarrolló y asentó un deber general que recae sobre las empresas que tienen una posición dominante, consistente en que, en principio, éstas deben dar acceso a sus bienes y servicios a competidores y clientes. Una negativa a este acceso sólo podía tener como fundamento una justificación objetiva y no generar un efecto significativo en la competencia. Se trataba de una visión compatible con el desarrollo económico europeo hasta entonces. Así, a diferencia de lo que ocurría en Estados Unidos, los casos de negativa de pactar y relativos a la doctrina de las facilidades esenciales se presentaron usualmente como una especificación de dicho deber de pactar.²⁵³

A partir de la sentencia del caso *Bronner*, la jurisprudencia europea parece haber dado un giro hacia una visión más compatible con lo establecido en el derecho norteamericano, donde la libertad de contratar (o de no hacerlo) con quien se quiera constituye la regla general. Desde entonces, “*se está prestando más atención a la protección de la inversión privada, a la protección de la propiedad privada y a los incentivos a la innovación*”²⁵⁴; y se ha privilegiado la certeza y predictabilidad jurídica (*legal predictability*).²⁵⁵

²⁵³ Esta fue la lógica subyacente a *Commercial Solvents* y *Magill*, entre otros.

²⁵⁴ CAPOBIANCO, Antonio (2001): “The Essential Facility Doctrine: Similarities and Differences between the American and European Approaches”. En: *European Law Review*, vol. 26 (6), 2001, p.560

²⁵⁵ BERGMAN, Mats: “The Bronner Case: A turning point for the Essential Facilities Doctrine”. En: *European Competition Law Review*, vol. 21(2), 2000, p.63.

Desde entonces, la Corte ha optado por una visión restringida de la eventual obligación de otorgar acceso a una facilidad. En *Bronner*, ella adoptó una visión más restrictiva que en fallos anteriores al exigir que, para que una facilidad sea considerada esencial o indispensable, es necesario establecer al menos que no es económicamente viable su duplicación por parte de una empresa de tamaño comparable al de la empresa dominante.²⁵⁶ A partir de entonces, es posible concluir que existen límites estrictos no sólo a la aplicación doctrina de las facilidades esenciales, sino a los casos generales de negativa de pactar.

Lo anterior no implica que el deber de pactar construido por la jurisprudencia europea sobre la base del Artículo 82 esté del todo acabado. Ciertamente, ese deber continúa vigente después de *Bronner*, pero severamente restringido. A partir de ese caso, obligar a una empresa dominante a otorgar acceso a sus instalaciones es una intromisión mayor por parte de las autoridades antimonopolios que debe ser debidamente balanceada con los altos costos envueltos en tal decisión y que, en todo caso, debe ser adoptada sólo como última medida.

Sin duda, buena parte de este desarrollo jurisprudencial encuentra su explicación en la multiplicidad de objetivos con que el derecho de la libre competencia europeo debe lidiar. Ejemplar en este sentido es el artículo 2º del Tratado, que señala que el objetivo principal de la Comunidad, por medio del establecimiento de un mercado común y una unión económica y monetaria, es promover, a través de ella, un desarrollo de las actividades económicas armonioso y balanceado, un alto nivel de empleo y protección social, la igualdad entre hombres y mujeres, el crecimiento sustentable y no-inflacionario, un alto nivel de competitividad y convergencia de la actuación (*performance*) económica, un alto nivel de protección y mejoría de la calidad del medioambiente, el levantamiento del estándar y la calidad de vida, y la cohesión económica y social y la solidaridad entre los Estados Miembros. Debido a ello las Cortes, al aplicar las normas y principios de la libre competencia, deben tener en cuenta los grandes *trade-off* existentes entre todos los objetivos y realizar un delicado balance entre ellos.

C. LA RECEPCIÓN DOCTRINAL.

En general, el debate del derecho norteamericano en torno al espacio que debe ocupar la doctrina de las facilidades esenciales en materia de libre competencia se reproduce, con los correspondientes matices, en el derecho europeo. Los argumentos a favor y los temores son

²⁵⁶ Como se verá, en ese caso la Corte falló que no era suficiente el que fuese económicamente imposible para una pequeña editorial de diarios crear un sistema de entrega a domicilio a nivel nacional, sino que al menos sería necesario demostrar que una empresa con una circulación de diarios “comparable a la dominante” en el mercado no estaría en condiciones de hacerlo. Una visión restrictiva similar dio la Corte de Primera Instancia en el caso *Ladbroke*.

ciertamente similares, pero con sustentos propios de la ciertamente menos desarrollada jurisprudencia local.

En este sentido, los partidarios de la doctrina sostienen que su aplicabilidad en el derecho europeo tiene cabida y, al menos en ciertos casos, es incluso necesaria. Para TEMPLE (1994), por ejemplo, ex-Director de Competencia de la Comisión y uno de los principales impulsores de la doctrina, ella es incluso más importante en Europa que en Estados Unidos, especialmente atendido tanto el carácter menos uniforme del mercado europeo, que requiere de herramientas de remoción de barreras, como el desarrollo histórico del sistema económico en Europa.²⁵⁷

Por lo demás, aun cuando la Corte Europea de Justicia nunca se ha referido explícitamente a ella, ni para acogerla ni para rechazarla, sus partidarios indican que ella deriva claramente de los precedentes judiciales, pues no existiría una distinción conceptual entre los conceptos de fondo que se derivan del caso *Commercial Solvents* y los provenientes de aquella.

En contra, como se vio en el Capítulo Primero, algunos autores niegan la existencia de la doctrina, por considerarla sólo como una parte de la negativa de pactar.²⁵⁸ Asimismo, otros reiteran los temores de que la imposición de un régimen de acceso a un bien cree incentivos perversos que atenten contra la inversión e innovación requeridas para desarrollar y promover tales facilidades. En este último sentido, KORAH indica que las cortes debieran realizar un análisis más sofisticado para medir los efectos económicos que acarrear tales obligaciones.²⁵⁹ Así, afirma, si la interrupción de un proceso industrial fuera ineficiente, la firma dominante no estará “usando” o “tomando ventaja” de su poder de mercado si se niega a pactar. Del mismo modo, sostiene, las cortes debieran abstenerse de intervenir cuando existiera el riesgo de generar continuos problemas regulatorios para determinar los términos del acceso a la instalación considerada esencial.

Por su parte, los autores reiteran el incentivo perverso que genera la doctrina a “sobrelitigar”, intentando su aplicación a más casos que los necesarios, con el fin de obtener una ventaja

²⁵⁷ En sentido similar, desde el punto de vista de las telecomunicaciones, WHITE sostiene que “una doctrina de las ‘facilidades esenciales’ es necesaria como piedra angular de un enfoque coherente en virtud del cual nuevos entrantes pueden buscar acceso a materias primas (representadas por la infraestructura de red), permitiéndoles competir en mercados secundarios”. Aun cuando reconoce que existen problemas concretos en la determinación de un régimen de acceso, afirma que “estos costos...deben ser balanceados con los vastos costos de no hacer nada para fomentar la liberalización y armonización del mercado” (WHITE, Steward: “Is There a Role for an ‘Essential Facilities’ Doctrine in Europe?”). En: *Computer and Telecommunications Law Review*, vol. 1[4], 1995, p.115).

²⁵⁸ VAN BAEL y BELLIS: *Competition...*, cit. en nota 34; WHISH: *Competition...*, cit. en nota 34.

²⁵⁹ KORAH: “Access...”, cit. en nota 25. En similar sentido BERGMAN (“The Bronner...”, cit. en nota 255, pp. 62-63): “idealmente un criterio para determinar cuándo la doctrina puede ser aplicada debiera ser capaz de distinguir entre situaciones en las cuales la inversión y otros comportamientos deseables pudieran ser puestos en peligro en su aplicación, y situaciones en las cuales no hay un riesgo significativo a la mano y donde la aplicación de la doctrina puede potencialmente resultar en sustanciales ganancias de eficiencia.”

ilegítima de negocios o negar una ventaja legítima al titular del bien. En otros términos, existe cierto escepticismo respecto a la potencial expansión excesiva de la doctrina y la aplicación de los principios jurisprudenciales a más casos que los necesarios.²⁶⁰ Por esto, BISHOP y OVERD afirman categóricamente que:

“En la mayoría de estas ocasiones el uso del lenguaje de las facilidades esenciales es inapropiado y carece de fundamento, y nosotros urgimos a las autoridades relevantes a ser cautelosas en sus respuestas a tales reclamaciones. Las verdaderas facilidades esenciales son raras y una aplicación muy liberal de la doctrina no va en el interés de los consumidores –y a esto se refiere el derecho de la libre competencia en último término”.²⁶¹

De lo anterior se desprende que, al menos, existe entre los autores cierta incertidumbre respecto a la posición que debiera tener la doctrina de las facilidades esenciales en el derecho europeo. Ello deriva particularmente de la falta de pronunciamientos judiciales concluyentes o cuando menos clarificadores en un sentido u otro. Hoy por hoy, la doctrina de las facilidades esenciales no parece aportar nada adicional a la negativa de pactar, pero existe un gran espacio abierto al debate.

D. LOS CRITERIOS DE APLICACIÓN.

A diferencia de la jurisprudencia norteamericana, en el derecho europeo ni las cortes ni la Comisión han desarrollado un *test* formal y concreto de aplicación de la doctrina de las facilidades esenciales. El carácter aún ambivalente de esta última se demuestra en que ni siquiera los criterios que deben satisfacerse para utilizarla a un caso determinado se encuentran bien definidos.

Como se verá, en el caso *Magill* la Corte Europea de Justicia indicó que tales criterios eran cuatro:

- (i) Que no exista “sustituto” alguno para el bien esencial, respecto de la cual hay una demanda potencial, específica y constante de los consumidores;
- (ii) La negativa de suministrar evita la entrada de un “nuevo producto respecto del cual existe una potencial demanda de parte de los consumidores;
- (iii) No había una justificación para dicha negativa; y,

²⁶⁰ Véase la opinión del Abogado General en el caso *Bronner*.

²⁶¹ BISHOP y OVERD: “Essential...”, cit. en nota 65, p.185.

- (iv) Al excluir toda competencia del mercado, quien detenta la facilidad se “reserva” para sí mismo el “mercado secundario”.

Sin embargo, ni los autores ni la jurisprudencia respaldan estos criterios de manera unánime. De un lado, como se verá, los primeros no han logrado acordar si los requisitos son copulativos o simplemente disyuntivos. De otro, la jurisprudencia no ha hecho una aplicación sistemática de los criterios e incluso, en el caso *IMS*, junto con clarificar que ellos no eran copulativos, los redujo a sólo tres, copulativos:

- (i) Se debe impedir la aparición de un “nuevo producto” en el mercado;
- (ii) La negativa debe ser “injustificada”, o sea, carecer de justificación objetiva; y
- (iii) El acceso al material protegido debe ser “indispensable”, de manera que la negativa excluirá cualquier o toda competencia en el mercado secundario.

Esta falta de delineamientos concretos produce una carencia de herramientas a utilizar en el análisis de un caso cuando en que la doctrina de las facilidades esenciales es invocada, lo que genera una consiguiente incertidumbre respecto de los resultados.

IV. LA JURISPRUDENCIA.

Enmarcada en el contexto del artículo 82 del Tratado, la doctrina de las facilidades esenciales se recibe en Europa a partir de la sentencia dictada por la Corte de Justicia en el caso denominado *Commercial Solvents*, de 1974. Desde entonces, la jurisprudencia aún gira en torno a los principios establecidos en ese asunto, configurándose los casos de instalaciones esenciales como ejemplos especializados de reglas generales sobre discriminación y ventajas creadas para sí mismas por las empresas dominantes.

Sin embargo, tal y como aconteció en el derecho norteamericano, el término no ha sido usado nunca por la más alta autoridad en materia de libre competencia: la Corte Europea de Justicia. En una jerarquía inferior, él sí ha sido usado por la Comisión y la Corte de Primera Instancia, quienes, en todo caso, acuñaron la expresión muchos años después del primer caso. En efecto, sólo en la decisión del caso *Sealink*, en el año 1992, la Comisión haría una referencia expresa a

la doctrina de las instalaciones esenciales. Sin embargo, los partidarios de la doctrina sostienen que ésta se manifiesta también en muchos otros casos, incluso fallados por la Corte, relativos a la negativa de venta o suministro de productos.

La exposición de los casos, al igual que se hizo en el derecho norteamericano, está dividida entre fallos dictados por la Corte, por una parte, y los pronunciamientos de la Comisión y la Corte de Primera Instancia, por otra. En ambos apartados se sigue un orden meramente cronológico. En cada caso son expuestos, primero, los antecedentes de hecho (que en el primer apartado incluyen lo decidido por la Comisión o la Corte de Primera Instancia); luego se explicita la decisión del caso; y finalmente se realizan algunos comentarios basados en la opinión generalizada de los autores.

Por materias, la distribución de los casos reseñados es la que se muestra en la siguiente tabla:²⁶²

Tabla 1: Casos reseñados ordenados por materia.

Materia	Caso y año	Organismo que adoptó la decisión
Negativa de venta	<i>Commercial Solvents</i> (1974)	Corte Europea de Justicia
	<i>United Brands</i> (1978)	Corte Europea de Justicia
Negativa de venta de repuestos	<i>Hugin</i> (1978)	Corte Europea de Justicia
	<i>Volvo y Renault</i> (1988)	Corte Europea de Justicia
Propiedad Intelectual (negativa de licenciar)	<i>Magill</i> (1995)	Corte Europea de Justicia
	<i>Ladbroke</i> (1997)	Corte de Primera Instancia
	<i>IMS</i> (2004)	Corte Europea de Justicia
	<i>Volvo y Renault</i> (1988)	Corte Europea de Justicia
	<i>Bronner</i> (1997)	Corte Europea de Justicia
Interoperabilidad	<i>Microsoft</i> (2004)	Comisión Europea
	<i>IBM</i> (1984)	Comisión Europea
Líneas aéreas	<i>Aer Lingus</i> (1993)	Comisión Europea
	<i>London-European/Sabena</i> (1988)	Comisión Europea
Servicios ferroviarios	<i>European Night Services</i> (1998)	Corte de Primera Instancia
Servicios Portuarios	<i>Sealink</i> (1992)	Comisión Europea
	<i>Port of Rodby</i> (1993)	Comisión Europea
	<i>Sea Containers</i> (1994)	Comisión Europea

A. CASOS FALLADOS POR LA CORTE EUROPEA DE JUSTICIA.

1. *Commercial Solvents* (1974).²⁶³

²⁶² Por la trascendencia de su jurisprudencia, sin duda los casos más relevantes son *Commercial Solvents*, *Magill*, *Bronner*, *IMS* y *Microsoft*.

(a) Antecedentes.

Commercial Solvents Corp. era una firma que tenía una posición dominante en la producción y venta de insumos para la producción de “ethambutol”, un compuesto base para la elaboración de drogas contra la tuberculosis. De hecho, era el único suministrador de este producto en la Comunidad Europea.

Desde el año 1966, su relacionada italiana, *Istituto Chemioterapico Italiano SpA*, revendía uno de tales insumos –un compuesto llamado “aminobutanol”- a la farmacéutica italiana *Zoja*, la cual lo utilizaba para derivar ethambutol. En la primavera de 1970, esta última canceló todas sus órdenes de compra del producto, pues distribuidores independientes podían proveerle de la sustancia a un menor precio. Sin embargo, al resultarle insatisfactorios estos suministros, en el invierno del mismo año solicitó a *Istituto* que reanudara las entregas.

En el tiempo intermedio, *Commercial Solvents* había decidido integrarse verticalmente y comenzar a producir ella misma ethambutol. Para facilitar su propia entrada a ese mercado, optó por negarle la reanudación de los suministros a *Zoja*, a quien le fue imposible obtener nuevos suministros de aminobutanol en el mercado mundial. De hecho, todas sus búsquedas la llevaban de regreso a *Commercial Solvents*, pues esta última había prohibido a sus distribuidores de ciertos países revender el insumo a productores de ethambutol o exportarlo.

Zoja decidió recurrir a la Comisión. Ésta estableció que *Commercial Solvents* era una empresa dominante en el mercado del aminobutanol y había abusado de dicha posición al negarse a vender insumos a *Zoja*, lo que traía como consecuencia la eliminación del mercado comunitario de uno de los principales productores de ethambutol. *Commercial Solvents* apeló de la decisión ante la Corte.

(b) La decisión del caso.

Primero, la Corte confirmó la existencia de un efecto en el comercio de los Estados Miembros, sobre la base de que a pesar que pocas cantidades de la droga producida por *Zoja* eran exportadas a otros Estados Miembros, la eliminación de esa compañía como competidor afectaría la estructura competitiva del mercado comunitario.

²⁶³ *Istituto Chemioterapico Italiano SpA and Commercial Solvents Corp. v. Commission*, casos conjuntos 6 y 7/73, [1974] ECR 223, [1974] 1 CMLR 309.

Luego de ello, la Corte confirmó la decisión de la Comisión en ambos aspectos, es decir, estableció la existencia de una posición dominante en el mercado de este insumo y la comisión de un abuso que infringía el artículo 82 del Tratado.

De este modo, la Corte estableció que la negativa de venta para excluir a competidores en mercados aguas abajo podía, bajo ciertas circunstancias, constituir un abuso de posición dominante contrario a las leyes de protección de la libre competencia. Es más: en ciertas ocasiones, una empresa tenía el deber de pactar (*duty to deal*) con otra empresa que opera en el mercado secundario.

La Corte sostuvo en su fallo que:

“25. Una empresa que detenta una posición dominante en la producción de materia prima y, por tanto, capaz de controlar el suministro a los fabricantes de [productos] derivados, no puede, sólo porque decide comenzar a desarrollar estas actividades (en competencia con sus antiguos clientes), actuar de tal modo que elimine su competencia, lo que en el presente caso importaría eliminar a uno de los principales productores de ethambutol en el mercado común. Dado que tal conducta es contraria a los objetivos expresados en el Artículo 3 (f) [3 (1) (g)] del Tratado y expuestos en gran detalle en los Artículos 85 [81] y 86 [82], se sigue que una empresa que detenta una posición dominante en el mercado de las materia primas y que, con el objeto de reservarse tales materias primas para producir sus propios derivados, se niega a suministrar a un cliente, que es fabricante de esos derivados, y arriesga así eliminar toda la competencia por parte de ese cliente, está abusando de su posición dominante en el sentido del Artículo 86 [82]”.

La Corte fundó su decisión en dos aspectos centrales. El primero dice relación con la prueba del abuso: se demostró que *Commercial Solvents* tenía capacidad suficiente para proveer de insumos a *Zoja* y, abusando de su posición dominante en el mercado mundial de los insumos para afectar la competencia en los mercados derivados, le negó el suministro con el fin de empezar a producir ella misma el ethambutol a través de una subsidiaria, aun cuando no necesitaba de toda su producción para su propio uso. En segundo término, la Corte consideró relevante que de aceptarse la negativa de suministro se corría el riesgo de eliminar al *único competidor* serio que existía en el mercado complementario.

La Corte no consideró atingente el hecho que *Zoja* hubiera cancelado las órdenes de compra previamente y que los envíos de producto hubieran cesado a causa de ello, pues las propias declaraciones de *Commercial Solvents* demostraron que cuando la provisión en los términos del contrato acordado con *Zoja* hubiera cesado, la venta de aminobutanol acabaría de todas formas; es decir, la negativa era independiente del hecho del término contractual. Asimismo, la Corte tampoco consideró relevantes las cuotas de mercado en el mercado aguas abajo. Si bien en los hechos *Commercial Solvents* había decidido integrarse verticalmente, su dominio en el mercado

aguas arriba hacía que su decisión de comercializar el producto en el mercado complementario no justificara la negativa de venta, menos si con ello eliminaba la competencia del mercado.

(c) Algunos comentarios.

Dos hechos son importantes de rescatar. El primero dice relación con la eliminación de competencia en el mercado. El potencial efecto de la negativa de venta en este caso era la eliminación de *toda* competencia en el mercado complementario. Pero se trataba en este caso de un mercado muy pequeño. Quizás la decisión de la Corte hubiera variado de haber sido diversa la estructura de éste. A este respecto, JONES y SUFFRIN (2004) comentan que *Commercial Solvents* parece tratarse de un caso en que las autoridades de competencia protegieron la situación del competidor más pequeño; y agregan, suspicazmente, que incluso pudo haber sido relevante el hecho que Zoja era un pequeño competidor *italiano* sufriendo en manos de una multinacional *norteamericana*.²⁶⁴

Respecto de este mismo punto, *Commercial Solvents* alegó haber sido condenada culpable de negativa de venta sin estar operando en el mercado de la droga contra la tuberculosis. Sin embargo, en términos del derecho de la libre competencia, lo anterior no significa que no pueda tener control de mercado: como se vio en el Capítulo Primero, podría incluso tenerlo en aquel mercado donde controla un insumo esencial para un competidor de un mercado vecino o en un mercado aguas abajo.²⁶⁵

En segundo término, nótese que la Corte no analiza los efectos económicos de la decisión del demandado. No consideró si la estrategia de *Commercial Solvents* de integrarse verticalmente en los hechos podía producir resultados eficientes, ni tampoco fueron analizados en el fallo los posibles beneficios en el consumidor final (JONES y SUFFRIN, 2004). De hecho, no había indicación alguna que demostrara que la cesación de suministro hubiera llevado a un alza de precios en el mercado aguas abajo. La decisión de *Commercial Solvents* de empezar a producir su propio ethambutol se podría haber justificado por consideraciones de eficiencia que bien podrían haber llevado a precios más bajos.

En igual sentido, no es claro si la decisión hubiera variado en caso que *Commercial Solvents* hubiese necesitado toda su capacidad para cubrir sus propias necesidades, ya sea porque su

²⁶⁴ En igual sentido, KORAH (“The interface...”, cit. en nota 98) indica que no es claro si la Corte estaba protegiendo a una firma pequeña o a aquellos que pagaban por el tratamiento contra la tuberculosis. A su parecer era a la primera, lo que es compatible con el contenido amplio dado al deber de pactar en Europa en ese entonces.

²⁶⁵ La sentencia en *Kodak*, en Estados Unidos, muestra que incluso una firma con un pequeño poder en el mercado aguas arriba puede cometer abuso en el mercado derivado.

producción era menos eficiente o simplemente porque iba a producir más ethambutol que *Zoja*. Tampoco es claro qué hubiera decidido la Corte si *Commercial Solvents* hubiera decidido destinar su producción a otros proveedores en el mercado aguas abajo o hacia otro mercado diferente aguas abajo.

Independiente de estas cuestiones, la doctrina del caso *Commercial Solvents* estableció con claridad que constituye una infracción a la libre competencia el hecho que una empresa que ostenta una posición de dominio se niegue a suministrar bienes o servicios a un competidor en el mercado aguas abajo, si con ello se arriesga la eliminación de toda competencia en dicho mercado. Más aún, se comienza a dar forma a un cierto deber de suministrar a un competidor por parte de la empresa dominante, la cual, cumpliéndose ciertas condiciones, no puede negarse a suministrar si el efecto es sacar al competidor del negocio, aun cuando esté entre sus planes utilizar el producto para sí misma. Con todo, el fallo no utiliza la doctrina de las facilidades esenciales, sino que se expresa en términos más amplios que ésta, más en la línea de una negativa de pactar.²⁶⁶

2. *United Brands* (1978).²⁶⁷

(a) Antecedentes.

United Brands Company era una empresa que detentaba una posición de dominio en el mercado de las bananas (no así en el de fruta en general), en una parte sustancial de la Comunidad Europea. Su cuota de mercado era de alrededor del 40 a 45 por ciento y tenía un poder de mercado significativo atendido su grado de integración vertical, pues poseía numerosas plantaciones de países tropicales, un buen número de frigoríficos, manejaba los procesos de maduración de las bananas en los países consumidores, y tenía a su cargo las campañas publicitarias y otras actividades promocionales y de venta de su filial *Chiquita*.

Intempestivamente, *United Brands* se negó a continuar vendiéndole las bananas “Chiquita” a uno de sus principales distribuidores en Dinamarca, la firma *Olesen*. Su negativa se fundó en que *Olesen* había participado activamente en el anuncio y campaña promocional de ventas de bananas “*Standard Fruits*” (“*Dole*”), uno de sus más grandes competidores y del cual *Olesen* era representante exclusivo en Dinamarca. Si bien esta última no tenía una obligación de compra exclusiva con *United Brands*, ésta sostuvo que *Olesen* estaba vendiendo cada vez

²⁶⁶ KORAH: “The interface...”, cit. en nota 98.

²⁶⁷ Caso 27/76, *United Brands Company and United Brands Continental BV v. Commission*, [1978] ECR 207, [1978] 1 CMLR 429.

menos bananas “Chiquita” en beneficio de *Dole*, y que les daba menos cuidado y las dejaba madurar.

Dada la negativa de venta, *Olesen* accionó ante la Comisión, quien le dio la razón, señalando que *United Brands* había abusado de su posición de dominio, violando seriamente el artículo 82. Su decisión se basó en varios puntos, incluyendo (i) que *United Brands* prohibía a sus distribuidores y “maduradores” de fruta vender bananas verdes, lo que implicaba la existencia de una fragmentación del mercado; (ii) que cobraba precios diferenciados a sus clientes de acuerdo al Estado Miembro donde estos estuvieran situados, diferencias que llegaban al 100% en algunos casos y que no se sustentaban en una razón objetiva; (iii) que cobraba precios injustos por ventas a sus consumidores en Alemania, Dinamarca y Benelux (Bélgica, Holanda y Luxemburgo); y finalmente, (iv) que sin mediar una razón objetiva válida, había rechazado por cerca de dos años vender a *Olesen*.

En razón de su conducta anticompetitiva, la Comisión impuso una fuerte multa a *United Brands* y le ordenó poner fin a las infracciones. Esta última llevó el caso ante la Corte.

(b) La decisión del caso.

En su fallo, la Corte desechó los descargos de *United Brands* y confirmó lo fallado por la Comisión, salvo en lo concerniente a los precios excesivos (porque estimó que la Comisión al menos debió haber indagado en los costos de *United Brands*).

Primero, la Corte definió el concepto de posición de dominio (parágrafo 65) como:

“[La] posición de fortaleza económica de una empresa, que le permite evitar que se mantenga una competencia efectiva en el mercado relevante al conferirle el poder de actuar en buena medida con independencia de sus competidores, clientes y, en último término, de los consumidores”.²⁶⁸

La Corte sostuvo que la empresa había abusado de su posición dominante en el mercado de las bananas, desechando así que el mercado relevante fuera el de las frutas frescas, como argumentaba la demandada. Esta posición se sustentó en la fortaleza económica de la compañía (parágrafo 190).

En definitiva, la Corte falló que no existía una razón objetiva que justificase la negativa de venta y que, por lo tanto, se infringía el Artículo 82 del Tratado. Al respecto señaló:

²⁶⁸ Esta definición de posición dominante es altamente relevante. Como se señaló anteriormente, ella ha sido aplicada de manera estándar por la jurisprudencia europea posterior.

“182. [...] es aconsejable declarar positivamente desde el comienzo que una empresa que se encuentra en una posición dominante para la distribución de un producto que se beneficia del prestigio de una marca conocida y valorada por los consumidores, no puede dejar de abastecer a un cliente antiguo que respeta las prácticas habituales del comercio, si los pedidos de dicho cliente no tienen carácter anormal”.

Además indicó que *United Brands* debió haber previsto los efectos de su conducta y las consecuencias que ésta tendría en cuenta al fortalecimiento de su posición de dominio en el mercado relevante y la disminución de la independencia comercial de sus distribuidores:

“192. De hecho, *UBC* no podía no estar conciente del hecho que actuando en esa forma desincentivaría a sus maduradores/distribuidores de apoyar la promoción del nombre de otras marcas y que el efecto disuasivo de la sanción impuesta sobre uno de aquellos haría que su posición de fuerza en el mercado relevante fuera mucho más efectiva”.

“193. Tal curso conductual importa, así, una seria interferencia con la independencia de firmas de tamaño pequeño y mediano en sus relaciones comerciales con la empresa en posición dominante y esta independencia implica el derecho a dar preferencia a los bienes de un competidor”.

Las acciones adoptadas por *United Brands* -estimó la Corte- fueron diseñadas para producir un “efecto grave y adverso en la competencia” en el mercado relevante de las bananas, permitiendo sólo a firmas dependientes de ella permanecer en el negocio (parágrafo 194).

(c) Algunos comentarios.

El primer aspecto a destacar dice relación con el mercado relevante. En un caso posterior, *Italian Republic*, la Corte concluyó que las bananas frescas estaban en competencia parcial con otras frutas frescas.²⁶⁹ Si en este caso la Corte hubiera adoptado esa misma posición, probablemente hubiera sostenido que *United Brands* no tenía una posición dominante y que, por tanto, la negativa no era abusiva.²⁷⁰ En este caso, sin embargo, la Comisión fue capaz de demostrar que las bananas eran consumidas particularmente por personas muy jóvenes, adultos mayores y enfermos, y que eran muy poco afectadas por el precio y el consumo de otras frutas. Por ello, el mercado de las bananas fue separado.²⁷¹

Al igual que *Commercial Solvents*, *United Brands* es un caso que concierne relaciones comerciales preexistentes entre dos firmas. Sin embargo, la relación desde el punto de vista de la competencia es distinta. A diferencia del primero, en *United Brands* existía competencia efectiva en el mercado aguas arriba (con *Standard Fruits*), pero *United Brands* no era un competidor activo en el mercado en el cual su cliente -*Olesen*- operaba; es decir, las partes en

²⁶⁹ Caso 184/185, *Commission v. Italian Republic*, [1987] ECR 2013.

²⁷⁰ Véase nota 283.

²⁷¹ Nótese que la cuota de *United Brands* incluso en este mercado restringido era pequeña, cercana a un 40 a 45%. Es claro que la Corte tomó en consideración además otros factores para concluir la existencia de posición dominante en este caso, como demuestran los párrafos 108-109 del fallo (no citados en este trabajo).

este caso no tenían una relación competitiva. Aunque no se hizo, podría haberse estimado que dado que *Olesen* era un distribuidor exclusivo de *Standard Fruits* (competidor de *United Brands*), ambas estaban integradas en los hechos. Este caso confirma, entonces, que una conducta puede ser tener un efecto anticompetitivo en términos del artículo 82 aun cuando ella sea realizada en un mercado en que la empresa infractora no participa.²⁷²

Lo que en definitiva sostiene la Corte es que una empresa dominante puede infringir el Artículo 82 al negarse a vender, aun cuando esta negativa sea una respuesta a una amenaza percibida a sus intereses comerciales.²⁷³ Precisamente, el párrafo 182 del fallo ha dado lugar a la interpretación de que casos que envuelven la interrupción de niveles previos de suministro merecen una consideración especial.²⁷⁴ Este es un muy buen ejemplo de cómo la Corte considera que opera una justificación objetiva en el contexto del artículo 82. Si bien afirmó que las actuaciones de las empresas dominantes tendientes a prevenir ataques a sus intereses comerciales son justificadas, en definitiva estimó que la respuesta de *United Brands* había sido “desproporcionada” (párrafo 190).²⁷⁵

La Corte ratifica así el deber de pactar que recae sobre una empresa dominante, el cual había sido establecido en *Commercial Solvents*.²⁷⁶ Aunque menos concluyente que en este último, el lenguaje utilizado en el fallo implica que dicha empresa podría tener, bajo ciertas circunstancias, el deber de contratar con otras firmas en muchos casos. Sin embargo, el fallo sugiere también que el deber de suministrar es menos estricto tratándose de un cliente o un distribuidor que en el acaso de un competidor. En el caso de este, una justificación “proporcionada a la amenaza” simplemente no es aplicable.²⁷⁷

²⁷² BACHES: “The application...”, cit. en nota 78.

²⁷³ CUTHBERT (*European...*, cit. en nota 217, p.133) señala que la importancia del caso radica en el hecho que la Comisión investigó toda la política de marketing de *United Brands* a la luz del artículo 82. No se atacó el dinamismo comercial de esta empresa, que no es contraria *per se* a dicha disposición, sino porque una firma dominante tiene una obligación de no incurrir en prácticas comerciales que no concuerdan con los fines de las políticas de competencia de la Comunidad. Tener una posición dominante no es contrario al artículo 82; lo es el abuso de tal posición.

²⁷⁴ VAN BAEL y BELLIS: *Competition...*, cit. en nota 34, p.947. Con todo, dada la conducta de *Olesen*, no es del todo claro qué quiso decir la Corte en dicho párrafo, en el sentido que una empresa dominante no podía dejar de vender a un cliente regular que se comportaba de conformidad con la práctica comercial regular. En este sentido ¿sería ‘regular’ que un distribuidor actuara en contra de los intereses de uno de sus proveedores? La respuesta parece estar en función de la proporcionalidad.

²⁷⁵ La Corte arriba a esta conclusión a pesar de reconocer expresamente que la compañía se encontraba en medio de una “guerra de las bananas”. Similar situación se dio en el caso *Boosey & Hawkes (BBI/ Boosey & Hawkes: Interim Measures*: OJ [1987] L 286/36, [1988] 4 CMLR 67), en el cual la Comisión reconoció el derecho de una empresa dominante a proteger sus intereses cuando estos fuesen atacados, pero no aceptó que la conducta de la dominante hubiese sido justificada o proporcionada.

²⁷⁶ De acuerdo a TEMPLE (“Defining...”, cit. en nota 68, p.445), luego de *Commercial Solvents* y *United Brands* quedó tan bien establecido el deber general de suministrar de una compañía dominante, que se volvió innecesario distinguir entre facilidades esenciales y otras prácticas exclusionarias. Con todo, su comentario, como se verá, es anterior al caso *Brommer*, que varió este panorama.

²⁷⁷ En este sentido, TEMPLE: “Defining...”, cit. en nota 68, p.447.

3. *Hugin* (1978).²⁷⁸

(a) Antecedentes.

Hugin Kassaregister AB era un fabricante sueco de cajas registradoras de dinero. Su cuota en el mercado de las cajas registradoras era solamente de un 12 a 14 por ciento. Por su parte, *Liptons* era una firma del Reino Unido que actuaba como distribuidor exclusivo de *Hugin* en dicho país y que, además, había fundado su propio negocio de arriendo y reparaciones de cajas registradoras marca *Hugin*, por lo que requería que ésta le suministrara repuestos de manera constante.

Hasta 1972, *Hugin* había vendido invariablemente repuestos a *Liptons*. Sin embargo, ese año decidió establecerse con su propia subsidiaria en el Reino Unido, dejando por tanto de venderle sus productos.²⁷⁹ Ante la negativa de suministro, *Liptons* acudió a la Comisión, alegando que como resultado de la negativa era probable que tuviera que salir del mercado.

La Comisión consideró la negativa de *Hugin* una conducta abusiva en el mercado de repuestos de sus propias máquinas, señalando al respecto:

“63. En casos en los cuales una empresa que detenta una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial de él, para el suministro de ciertos productos, y en particular donde la posición dominante es un monopolio:

(a) Niega sin justificación objetiva el suministro de esos productos a clientes existentes y usuarios de los mismos, y la negativa de suministrar daña seriamente a éstos en sus negocios al interferir en ellos y, en último término, evitando que continúen ofreciendo un servicio o que lleven a cabo una línea de negocio, eliminado de este modo toda independencia del competidor de la firma dominante del mercado de ese servicio o esa línea de negocio.

(b) prohíbe a sus subsidiarias y a comerciantes suministrar esos productos fuera de su propia red de distribución y, en particular, [suministrárselos] a compradores en otros Estados Miembros, haciendo así más efectiva la negativa de suministrar denegando esos productos a los clientes y usuarios en cuestión.

Tal conducta importa un abuso de posición dominante, si causa una sustancial restricción de la competencia y el comercio entre Estados Miembros se ve reconocidamente afectado”.

La Comisión rechazó la defensa de *Hugin*, quien sostuvo que actuaba en razón de una justificación objetiva (parágrafo 63 (a)). Señaló que la negativa de venta constituía un abuso, pues un cliente existente se vería incapacitado de continuar desarrollando su actividad comercial. *Hugin* apeló de la decisión ante la Corte.

(b) La decisión del caso.

²⁷⁸ *Hugin Kassaregister AB and others v. Commission*, [1979] ECR 1869, [1979] 3 CMLR 345.

²⁷⁹ Al igual que *Commercial Solvents*, *Hugin* deseaba integrarse verticalmente.

La Corte anuló la decisión de la Comisión, pero sólo en base a que esta última fracasó en demostrar una afectación al comercio entre los Estados Miembros (parágrafos 25 y 26). Por el contrario, la Corte confirmó la existencia de una posición de dominio, aunque sin pronunciarse respecto a la existencia de un abuso.²⁸⁰

Respecto de la posición de *Hugin* en el mercado, la Corte señaló –primero- que para determinar el mercado relevante, lo central es establecer si el suministro de partes constituye un mercado específico o si forma parte de un mercado más amplio; para esto se deben analizar las categorías de clientes que requieren tales partes. En este sentido, sostuvo que el mercado relevante estaba constituido por los repuestos de la propia *Hugin* requeridos por otros empresarios independientes:

“6. A este respecto se ha establecido, por una parte, que las máquinas registradoras son de tal naturaleza técnica que el usuario no puede utilizar piezas de repuestos en la máquina, sino que requiere el servicio de un técnico especializado y, por otra parte, que el valor de las piezas de repuestos tiene poca importancia en relación con los costos de mantención y reparación. Siendo así, los usuarios de máquinas registradoras no operan en el mercado como compradores de piezas de repuestos, pero tienen sus máquinas mantenidas y reparadas. Si ellos aprovechan el servicio postventa de *Hugin* o si confían en empresas independientes encargadas del trabajo de mantenimiento y reparación, sus requerimientos de repuestos no se manifiestan directa e independientemente en el mercado. Dado que ciertamente existe entre los usuarios un mercado de mantenimiento y reparación que es distinto del mercado de nuevas cajas registradoras, es esencialmente un mercado para la provisión de servicios y no para la venta de un producto como las piezas de repuestos en el que recae la negativa de suministrar objeto de la decisión de la Comisión”.

“7. Por otra parte, existe un mercado separado para las piezas de repuestos de *Hugin* a otro nivel, esto es, el de los empresarios independientes especializados en el mantenimiento y reparación de máquinas registradoras que reacondicionan las máquinas usadas y en la venta y arrendamiento de esas mismas máquinas [...]”.

Luego de ello, la Corte analizó si *Hugin* detentaba o no una posición de dominio en ese mercado relevante. Al respecto indicó que un productor se encontrará en tal posición cuando pueda determinar sus conductas sin tomar en cuenta las fuentes de suministro que están en competencia. Dado que *Hugin* admitió su monopolio en el mercado de sus repuestos nuevos, la Corte consideró que existía tal posición.

(c) Algunos comentarios.

A pesar de no pronunciarse respecto de la existencia de abuso, la Corte acoge el razonamiento de la Comisión en el sentido que la negativa de venta de repuestos era una conducta abusiva.

²⁸⁰ La Corte decide no pronunciarse sobre este punto hasta haber analizado el tema relativo al comercio entre Estado Miembros (parágrafo 14).

Por ello, analizado a la luz de desarrollos posteriores en otros casos de negativa de venta, los autores consideran que el razonamiento de la Comisión es significativo.²⁸¹

De *Hugin* se desprende que una firma que se niega a vender repuestos puede infringir el Artículo 82 aún no siendo dominante en el mercado primario (en este caso, de las máquinas registradoras de dinero), pero sí en el mercado secundario de sus propios repuestos.²⁸² Precisamente el tema más controvertido de este caso fue determinar si era correcto definir un mercado separado para los repuestos o si es que la Comisión debió haber ampliado el mercado incluyendo en éste la maquinaria original (las cajas registradoras). De haber optado por ampliar el mercado, es claro que debiera haber concluido que *Hugin* no era una empresa dominante, atendida su bajísima cuota de mercado; y, por tanto, no existía abuso que sancionar.²⁸³

Sin embargo, una vez acotado el mercado relevante, al igual que lo sucedido en *Commercial Solvents*, en *Hugin* no se consideraron aspectos relativos a la eficiencia de la integración vertical y las posibles ventajas que ella podría significar para los dueños de máquinas marca *Hugin*. La Comisión (y la Corte, al acoger sus planteamientos) únicamente analizó la situación desde la perspectiva de *Liptons*. Esto ha llevado a los autores a sostener que el objetivo de la Comisión era la protección de la continuidad de *Liptons* en el mercado; es decir, la protección de los competidores en lugar de defensa de la competencia.²⁸⁴

4. *Volvo y Renault* (1988).²⁸⁵

(a) Antecedentes.

Renault y *Volvo* son dos fabricantes de autos y piezas mundialmente reconocidos. Ambas compañías eran dueñas de los derechos de propiedad intelectual que protegían el diseño sobre los repuestos de los vehículos que fabricaban.

Las dos compañías se negaban a otorgar a los fabricantes independientes de repuestos (es decir, a sus competidores en el mercado de los repuestos) una licencia para fabricar, importar o vender reproducciones de sus piezas sin su consentimiento. Los fabricantes sostuvieron que esta

²⁸¹ Véase WHISH: *Competition...*, cit. en nota 34. La Corte trató también el tema de la negativa de venta de repuestos en los casos *Volvo y Renault*, pero de manera indirecta.

²⁸² De cierta forma, esto es similar a lo fallado en el derecho norteamericano en *Kodak*. La diferencia es la controvertida restricción del mercado relevante en este caso.

²⁸³ Al respecto, VAN BAELE y BELLIS (*Competition...*, cit. en nota 34, p.118) indican que una definición restringida del mercado relevante prácticamente puede asegurar que se encuentre dominancia.

²⁸⁴ En este sentido, JONES y SUFFRIN: *EC Competition...*, cit. en nota 45. Cabe recordar, una vez más, que esto es de todos modos concordante con los amplios fines de la protección de la libre competencia en Europa.

²⁸⁵ Caso 238/87, *AB Volvo v. Eric Veng*, [1988] ECR 6211, [1989] 4 CMLR 122, CMR 14498.; y caso *CICRA and Maxicar v. Renault* [1988] ECR 6039.

conducta implicaba un abuso de posición de dominio y reclamaron ante los tribunales nacionales.

La Corte conoció de la materia luego de que estos últimos le remitieran dos preguntas específicas.²⁸⁶ No obstante haber sido formuladas de manera diferente, ambas apuntaban a lo mismo: ¿es un abuso de parte de un fabricante de autos, el cual deseando fabricar y vender las partes de sus autos, se niega a licenciar a terceros los derechos de propiedad intelectual que protegen el diseño de dichas piezas?

(b) La decisión del caso.

La Corte sostuvo que una negativa de licenciar, incluso rechazando el pago de un royalty razonable, no era *per se* un abuso, pero podía derivar en ello en ciertas circunstancias.

En el caso *Volvo*, señaló:

“8. Se debe destacar también que el derecho del titular de un diseño protegido de impedir a terceros fabricar y vender o importar, sin su consentimiento, productos que incorporen dicho modelo constituye el contenido mismo de su derecho exclusivo.^[287] De esto se sigue que una obligación impuesta al titular del diseño protegido de conceder a terceros una licencia para suministrar productos que incorporen el modelo protegido, incluso a cambio de una compensación económica razonable, supondría privar a dicho titular del contenido de su derecho exclusivo, y que la negativa a conceder tal licencia no puede en sí misma constituir un abuso de posición dominante”.

“9. No obstante, se debe destacar que el ejercicio del derecho exclusivo por el titular de un diseño registrado relativo a piezas para carrocería de vehículos automóviles puede estar prohibido por el artículo 86 [82] si envuelve, por parte de una empresa que ocupa una posición dominante, determinados comportamientos abusivos tales como la negativa arbitraria a suministrar repuestos a talleres independientes, la fijación de los precios de los repuestos a un nivel no equitativo o una decisión de no seguir produciendo repuestos para un determinado modelo aun cuando todavía circulen muchos vehículos de ese tipo, siempre que dichos comportamientos puedan afectar al comercio entre Estados Miembros”.

Este último párrafo fue repetido en el párrafo 16 del caso *Renault* solo con algunos cambios menores.

Asimismo, en relación con la no imposición de precios injustos, sostuvo en el caso *Renault* que:

“17. En lo que se refiere más concretamente a la diferencia de precios entre los componentes vendidos por el fabricante de automóviles y aquellos vendidos por los productores independientes, cabe destacar que la Corte ha sostenido (caso 24/67, *Parke Davis*) [...] que el precio más alto para los primeros que para los segundos no constituye necesariamente un abuso, pues el titular de derechos que protegen un diseño ornamental puede pretender legítimamente una retribución por los gastos en que ha incurrido para el perfeccionamiento del diseño registrado”.

²⁸⁶ De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 234 del Tratado, las cortes nacionales pueden solicitar la aclaración de puntos de derecho a la Corte Europea de Justicia.

²⁸⁷ Similar es el párrafo 11 del caso *Renault*, [1988] E.C.R., en 6039

(c) Algunos comentarios.

En estos casos, la Corte revisa por primera vez diversas hipótesis en relación con el abuso de una posición de dominio y los derechos de propiedad intelectual. Por esto, ambos casos serán citados frecuentemente en la jurisprudencia posterior.

Primero, analiza el caso de una negativa arbitraria a proveer de piezas de repuestos a reparadores independientes. Bajo este supuesto, el dueño del derecho de propiedad intelectual lo usa para obtener una cuota del mercado aguas abajo de los servicios de reparaciones de autos.²⁸⁸ Al respecto, los autores han planteado dudas respecto a qué debe entenderse por arbitrariedad: ¿es lo mismo que no contar con una justificación objetiva?²⁸⁹ La preocupación de la Corte parece haber sido asegurar que no surgieran distorsiones de competencia en el mercado de los servicios de autos, pero el punto central para categorizar la negativa de proveer repuestos a reparadores independientes como un abuso es que esa conducta envuelve la carencia el suministro de productos a nuevos clientes más que a clientes existentes (disminución de la competencia potencial).

En segundo término, la Corte trata la relación entre fabricantes de vehículos y los reparadores de autos en relación con los precios. Al respecto, reconoce que quien detenta un derecho de propiedad intelectual tiene la facultad de cobrar precios de una manera que lo recompense por sus esfuerzos de desarrollo; los precios cobrados pueden ser incluso altos sin que necesariamente se configure un abuso.²⁹⁰

En tercer lugar, la Corte menciona el suministro de partes de modelos viejos. Esta es la situación en que un fabricante de autos se niega a otorgar licencia a un fabricante independiente de repuestos, aun cuando aquel ya no produce más repuestos y a pesar de que los vehículos que los requieren continúan en circulación. En este caso, parecen existir escasas motivaciones para

²⁸⁸ Esta situación es similar a *Commercial Solvents* y al caso *Télémarketing* (citado en nota 246).

²⁸⁹ Al respecto, KORAH, citada por JONES y SUFFRIN (*EC Competition...*, cit. en nota 45) formula las siguientes preguntas: *Is a refusal to supply body panels to an independent repairer arbitrary if it is costly to test his ability to fit the parts properly, and the car producer wants to maintain the reputation of his brand without incurring that cost by supplying only his franchised dealers whose skills and stocks of tools and parts he controls? Is it more arbitrary if the brand owner wants to ensure sufficient turnover for his network of appointed dealers in order to persuade them to make the necessary investment in personal, equipment and spares? He may even have promised his dealers to supply only them in an area.*

²⁹⁰ De acuerdo a WHISH (*Competition...*, cit. en nota 34), siempre resultará difícil determinar qué es un precio “injusto” por el producto protegido, atendido que la protección que se otorga a un diseño o patente tiene por fin principal resguardar la innovación y los incentivos. Sin embargo, es cuestionable la práctica de cobro de precios altos si con ella se extiende el poder monopólico para fijar precios excesivos en el mercado aguas abajo, afectando las ventas en el mercado relacionado aguas arriba.

no otorgar la licencia.²⁹¹ Puede pensarse, por ejemplo, que el fabricante podría tener un interés en la obsolescencia y no querer que modelos viejos sean reparados. Sin embargo, una compañía razonable probablemente no se negará a que otro fabricante produzca las piezas y maximizar así sus ganancias a través del otorgamiento del licenciamiento, incluso si ya no está interesada en seguir con la producción.

5. *Magill* (1995).²⁹²

(a) Antecedentes.

En el año 1985, *Radio Telefis Eireann Authority* -RTE- tenía un monopolio legal sobre la transmisión de señales de televisión en Irlanda; mientras que *British Broadcasting Corporation* -BBC- e *Independent Television* -ITV- detentaban un duopolio legal en el Reino Unido, incluyendo Irlanda del Norte. La mayor parte de los televidentes en Irlanda y un 30 a 40 por ciento de los de Irlanda del Norte podían recibir los canales de estas tres señales de televisión.

RTE y BBC eran dueñas de los derechos de autor que protegían las listas de programación de sus respectivos canales, mientras que *Independent Television Publications* -ITP- lo era respecto los programas que ITV transmitía. En uso de estos derechos, cada una de las tres compañías publicaba, de manera independiente, una guía semanal que contenía sólo sus propias listas de programación televisiva y radial. Además otorgaban, sin costo alguno, licencias sobre sus listas diarias de programación a diarios y periódicos a fin de que éstos las publicaran, pero siguiendo estrictas pautas y condiciones establecidas en el respectivo contrato de licencia. Mediante esta política de licenciamientos, las compañías evitaban la introducción de una guía comprensiva de toda la programación televisiva.

En mayo de 1985 un editor irlandés, *Magill TV Guide Ltd.* -*Magill*-, comenzó a publicar una guía que incluía la programación de todos los canales de televisión. Mediante un contrato de licencia, RTE, ITP y BBC habían autorizado a *Magill* a publicar los horarios de sus programas y resúmenes, pero sometido a estrictas restricciones. En efecto, a *Magill* sólo le estaba permitido publicar la programación de los tres canales correspondiente al día en que su revista salía a la venta; o la del viernes y sábado de la semana en que se publicaba; o bien, la del sábado y domingo de la semana en que se publicaba. Además, *Magill* fue autorizado para referirse a los

²⁹¹ En contra, JONES y SUFFRIN (*EC Competition...*, cit. en nota 45) consideran que la afirmación “todavía hay muchos autos en circulación” es una circunstancia muy vaga como para proveer un criterio aplicable que obligue al fabricante a licenciar.

²⁹² Casos C-241/91 P y C-242/91 P, *RTE & ITP v. Commission*, [1995] ECR I-743, [1995] 4 CMLR 718.

highlights de la programación (los programas más relevantes) de la semana siguiente a la publicación de su guía.

La guía de *Magill* continuó publicándose bajo estas severas condiciones durante varios meses, hasta que una disputa comercial produjo la suspensión de la publicación. La guía reapareció en mayo de 1986. Sin embargo, ahora se trataba de una guía comprensiva de programación semanal, es decir, contenía los detalles de *todos* los programas disponibles a los televidentes en Irlanda e Irlanda del Norte. Con ello, *Magill* violaba abiertamente la política de licencia de los tres canales.

Las compañías de televisión invocaron sus derechos de autor ante la Corte Suprema Irlandesa, quien acogió sus planteamientos, y obtuvieron una medida cautelar en contra de *Magill* que impidió que su guía saliera a la venta. *Magill* entonces recurrió ante la Comisión, señalando que las compañías de televisión estaban infringiendo el artículo 82 del Tratado al negarse, amparadas por el derecho de autor, a poner a disposición, por adelantado, las listas fidedignas de información que contenían la programación semanal.

En su decisión, la Comisión acogió los planteamientos de *Magill* y sostuvo que las compañías de televisión habían infringido el artículo 82 del Tratado al abusar de su posición de dominio.²⁹³ En efecto, afirmó que cada una de las compañías era dominante en el mercado de sus listas semanales de programación, y que su política de restringir la disponibilidad de la información estaba conducida por su deseo de proteger sus propias guías individuales semanales en el mercado aguas abajo. En razón de ello, les ordenó licenciar las listas de programación semanales a *Magill* y cualquier otro tercero que lo solicitara, sobre la base de condiciones no discriminatorias.

La decisión de la Comisión fue confirmada por la Corte de Primera Instancia (*CFI*), quien relacionó la discusión del artículo 82 con la jurisprudencia de la Corte sobre derechos de propiedad intelectual en el contexto del movimiento libre de bienes y servicios.²⁹⁴ La *CFI* definió el mercado relevante como el de las listas de programación semanal y las guías de televisión en las cuales las listas eran publicadas. Asimismo, reiteró lo dicho en el caso *Volvo* respecto a que “el ejercicio de un derecho exclusivo, que en principio corresponde a la sustancia del derecho de propiedad intelectual, podría sin embargo estar prohibido por el artículo 82 si envuelve, de parte de la empresa que ostenta una posición de dominio, cierta conducta abusiva”.

²⁹³ Decisión 89/205/CEE, de 21 de diciembre de 1989.

²⁹⁴ Sentencia de la *CFI*, de 10 de julio de 1991.

Luego, la *CFI* indicó que los recurrentes, gracias a sus derechos de autor sobre las listas de programas, ostentaban el derecho exclusivo de reproducirlas y de comercializarlas, de lo cual se deduce que ocupaban una posición dominante tanto en el mercado representado por sus revistas semanales, como en el de las revistas en los que las listas se publican. Sostuvo que al reservarse el derecho exclusivo de publicar sus listas de programación de televisión semanales, los medios de comunicación estaban evitando que surgiera un nuevo producto, esto es, de una revista general de televisión que compitiera con sus propias guías. Concluyó que los medios de comunicación estaban haciendo uso de sus derechos de autor para asegurarse un monopolio en el mercado complementario de las guías de programación semanal.

RTE e ITP apelaron ante la Corte. Acusaron a la *CFI* de no haber aplicado el criterio de posición dominante basado en un criterio estrictamente económico, sino de haber considerado (al igual que la Comisión) que disponían de un monopolio “de hecho” en una relación vertical que creaba una situación de dependencia económica que es característica de la posición dominante. En su opinión, la Comisión había vinculado artificialmente la dependencia económica a la intención de un tercero, que siempre tendrá la posibilidad de emprender otra actividad económica. El concepto de “monopolio de hecho” -afirmaron- es una construcción artificial para justificar la aplicación del Derecho de la competencia.

Continuando con su argumentación, indicaron que la *CFI* consideró que disponían de una posición dominante por el único motivo de que eran titulares de derechos de autor, sin haber efectuado el menor examen del poder económico en el mercado y sin tener en cuenta que no existe una presunción en el sentido de que el titular de un derecho de propiedad intelectual goza de una posición dominante a los efectos del artículo 82.

(b) La decisión del caso.

Con fecha 06 de abril de 1995 la Corte, en un fallo muy acotado que se concentró en el escenario específico en discusión y no en las relaciones generales entre los derechos de propiedad intelectual y la libre competencia, confirmó la decisión de la *CFI* en cuanto a la existencia de abuso de posición dominante (parágrafo 57). Trató el asunto como una negativa de pactar, por lo que aplicó directamente los principios establecidos en la jurisprudencia previa en esta materia en relación con el artículo 82, evitando así una discusión extensa sobre la naturaleza de los derechos de propiedad intelectual y su relación con las reglas de competencia (parágrafo 58):

“58. De ello se sigue que debe desestimarse por infundado el alegato basado en la violación por parte de la *CFI* del concepto de abuso de posición dominante. Es entonces innecesario examinar los motivos de las sentencias recurridas en la medida en que se basa en el artículo 36 [30] del Tratado”.

En primer término, la Corte basa la existencia de dominancia en el hecho que las compañías de televisión tenían un monopolio “de facto” sobre las listas; por ejemplo, eran responsables de producir los horarios y eran la única fuente de información adelantada sobre ellos.²⁹⁵ No hay, por el contrario, una mención al monopolio legal (esto es, a la existencia de un derecho de propiedad intelectual) en la discusión sobre la dominancia:²⁹⁶

“46 En cuanto a la posición dominante, es necesario recordar en primer lugar que la mera titularidad de un derecho de propiedad intelectual no puede conferir semejante posición”.

“47. Sin embargo, la información básica como el canal, el día, la hora y el título de los programas, son la consecuencia necesaria de la actividad de programación de las estaciones de televisión, las cuales son, entonces, la única fuente de estas informaciones para una empresa, como *Magill*, que desea publicarlas acompañándolas de comentarios o imágenes. Por la fuerza de los hechos, *RTE* e *ITP*, como agente de *ITV*, disfrutaban, junto con *BBC*, de un monopolio de hecho sobre la información usada para confeccionar las listas de programas de televisión captados por la mayoría de los hogares de Irlanda y el 30 al 40 % de los hogares de Irlanda del Norte. Las recurrentes tienen así el poder para obstaculizar la existencia de una competencia efectiva en el mercado de las revistas semanales de televisión. Entonces, la Corte de Primera Instancia estuvo en lo correcto al confirmar la apreciación de la Comisión respecto de que ellos tenían una posición dominante [...]”.

Luego, la Corte establece con claridad que no es cierto que el ejercicio de derechos de propiedad intelectual “nunca” puede ser revisado bajo el Artículo 82:

“(b) Existencia de abuso.

48. En lo que respecta al abuso, la argumentación de las recurrentes y de *IPO* presupone erróneamente que cuando la conducta de una empresa que tiene una posición dominante consiste en el ejercicio de un derecho calificado como “derecho de autor” por el derecho nacional, dicho comportamiento nunca podría ser revisado a la luz del artículo 86 [82] del Tratado”.

Más tarde indica que una negativa de otorgar una licencia para reproducir no constituye *en sí misma* un abuso de posición dominante; cita expresamente el caso *Volvo* en apoyo de esta afirmación (párrafo 49). Luego señala que esa conducta puede constituir abuso sólo en determinadas circunstancias excepcionales (párrafo 50):

“49. La verdad es que, a falta de una estandarización comunitaria o de una armonización de las legislaciones, la determinación de las condiciones y los procedimientos que garanticen la protección de un derecho de propiedad intelectual es un tema perteneciente a las leyes nacionales. Además, el derecho exclusivo de reproducción forma parte de las prerrogativas del autor, de modo que una negativa a conceder la licencia, aunque la haga una empresa en posición dominante, no puede constituir en sí misma un abuso (*Volvo v. Veng*, párrafos 7 y 8)”.

²⁹⁵ Acoge, de este modo, el planteamiento de la *CFI*.

²⁹⁶ La Comisión había basado su opinión de existencia de dominancia tanto en el monopolio de facto como en el monopolio legal; ambos evitaban la expansión del *copyright* (párrafo 22).

“50. No obstante, resulta también claro de esa sentencia (parágrafo 9) que el ejercicio del derecho exclusivo por el titular puede, en circunstancias excepcionales, dar lugar a una conducta abusiva”.

“51. En el presente caso, la conducta imputada consiste en que las recurrentes se ampararon en los derechos de autor que les confiere la legislación nacional para impedir a *Magill* –o a cualquier otra empresa que tuviera el mismo proyecto- publicar semanalmente informaciones (canal, día, hora y título de los programas), acompañadas de comentarios e imágenes obtenidos con independencia de ellas”.

A continuación, la Corte describe las circunstancias excepcionales:

“52. Entre las circunstancias apreciadas por la Corte de Primera Instancia para considerar que esa conducta era abusiva se encuentra, primero, que no existía, según las pruebas efectuadas por la Corte de Primera Instancia, ningún sustituto actual o potencial de una guía semanal de televisión que ofreciera información sobre los programas de la semana siguiente. A este respecto, la Corte de Primera Instancia confirmó la afirmación de la Comisión según la cual la lista completa de los programas correspondientes a un período de 24 horas -y de 48 horas los fines de semana o la víspera de los días festivos- publicada en algunos diarios periódicos de domingo, así como las secciones de televisión de determinadas revistas, que contienen, además, los “*highlights*” de los programas de la semana, eran sólo un sustituto limitado de la información previa para los telespectadores respecto de la totalidad de los programas semanales. Sólo una guía semanal de televisión que ofrezca una información completa sobre los programas de la semana siguiente permite a los usuarios decidir con antelación qué programas desean seguir y planificar sus actividades de tiempo libre de la semana acorde a ello. La Corte de Primera Instancia también estableció la existencia de una demanda potencial específica, constante y regular por parte de los consumidores (sentencia *RTE*, parágrafo 62, y sentencia *ITP*, parágrafo 48)”.

“53. Así, las recurrentes -que eran, por la fuerza de los hechos, las únicas fuentes de la información básica sobre la programación, la cual es un suministro indispensable para crear una guía semanal de televisión- no dejaban al telespectador que deseaba informarse acerca de las ofertas de programas para la semana próxima otra posibilidad que comprar las guías semanales de cada cadena y extraer de ellas la información que requerían para efectuar comparaciones”.

“54. La negativa de las recurrentes a proporcionar información fundada en las disposiciones nacionales sobre derechos de autor ha obstaculizado, pues, la aparición de un producto nuevo, una guía semanal de programas de televisión comprensiva, que las recurrentes no ofrecían y para la cual existía una demanda potencial por parte de los consumidores. Tal negativa constituye un abuso conforme a la letra b) del párrafo segundo del artículo 86 [82] del Tratado”.

“55 Segundo, no había justificación para tal negativa, ni en virtud de la actividad de radiodifusión televisiva ni por la de edición de revistas de televisión (sentencias *RTE*, parágrafo 73, e *ITP*, parágrafo 58)”.

En el párrafo 56 de su fallo, la Corte se refiere expresamente al caso *Commercial Solvents*, considerando así a *Magill* como un ejemplo del abuso cometido por una empresa dominante en un mercado al intentar excluir la competencia en el mercado aguas abajo, en el cual también participa:

“56 Tercero, y final, como ha sostenido también la Corte de Primera Instancia, las recurrentes, con su comportamiento, se reservaron para sí el mercado secundario de las guías semanales de televisión por medio de la exclusión de competencia en ese mercado (*Commercial Solvents*,

parágrafo 25), pues ellas denegaron el acceso a la información básica, insumo indispensable para la elaboración de dicha guía”.

(c) Algunos comentarios.

Magill fue un caso muy controversial y de importancia crucial en la jurisprudencia posterior. Por ello, se trata de un caso sobre el cual ha habido mucho debate y que ha generado numerosos comentarios (principalmente adversos). La razón es que se relaciona con muchos tópicos que van más allá de las circunstancias concretas del caso, tales como la relación entre derecho de propiedad intelectual y la libre competencia, y la doctrina de las facilidades esenciales.

En primer término, existe un hecho relevante que puede haber influido en la decisión que tanto la Corte como la Comisión adoptaron en el caso (aunque no fue explicitado). Las leyes de protección del derecho de autor en el Reino Unido y en Irlanda amparan no sólo los trabajos literarios resultantes del emprendimiento creativo o intelectual, sino que también las compilaciones de información resultante de “*skill, judgment and labour*”, lo que incluye a las listas que contienen la programación de los canales de televisión. Ese tipo de compilaciones no están protegidas por las leyes de propiedad intelectual en los otros Estados Miembros de la Comunidad Europea, en los cuales el derecho de autor sólo protege los frutos de esfuerzos intelectuales o creativos.²⁹⁷ Por ello, en el resto de Europa las guías de televisión comprensivas eran comunes.

En segundo lugar, ha sido destacado que la Corte opta por un análisis casuístico y no establece una regla absoluta respecto a cuándo una negativa de otorgar una licencia construiría un abuso. Se limita a afirmar, en el parágrafo 50, que el ejercicio de un derecho exclusivo por su dueño podría envolver un abuso bajo “circunstancias excepcionales”.²⁹⁸ Las circunstancias fueron cuatro:

- (i) No existía sustituto alguno para una guía de televisión comprensiva, respecto de la cual había una demanda potencial, específica y constante de los consumidores (parágrafo 52);
- (ii) La negativa de suministrar evitaba la entrada de un nuevo producto -una guía de televisión semanal comprensiva de toda la programación- respecto del cual había una

²⁹⁷ En este sentido, WHISH: *Competition...*, cit. en nota 34. Como se vio en el Capítulo Primero, la protección de los derechos de propiedad intelectual en Europa es nacional en cuanto a su ámbito y estatal en cuanto a su creación.

²⁹⁸ Para KORAH (“The interface...”, cit. en nota 98), el análisis es incompleto, pues la Corte, si bien se refiere a las circunstancias especiales del caso, no especifica con precisión los hechos que eran excepcionales.

potencial demanda (esto constituía un abuso bajo el artículo 82 “b”, en el sentido de que se limitaba la producción, los mercados o el desarrollo tecnológico en perjuicio de los consumidores) (parágrafo 54);

- (iii) No había una justificación para dicha negativa (parágrafo 55); y,
- (iv) Al excluir toda competencia del mercado, los canales se estaban reservando para sí mismos el mercado secundario de las guías semanales de televisión (parágrafo 56).

Respecto de la primera circunstancia, se debe considerar que los consumidores estaban siendo en el hecho obligados a adquirir tres guías publicadas por los propios canales. Esto era, en sí mismo, un abuso.²⁹⁹

Respecto de la segunda circunstancia, la Corte enfocó el caso desde la perspectiva de un nuevo entrante que deseaba introducir un nuevo producto (que los titulares del derecho de propiedad intelectual no ofrecían) a un nuevo mercado, argumentándose que este nuevo producto no competía económicamente con la actividad de los titulares.³⁰⁰ Sin embargo, no aclaró qué entendía por “nuevo producto”. En este caso, lo novedoso de la guía de *Magill* consistía en la inclusión de la programación de toda la semana, mientras que los viejos productos cubrían sólo dos días, con una referencia a los *highlights* de la semana siguiente; no era algo totalmente nuevo, sino un paso adelante en el desarrollo de un producto ya existente. La Corte tampoco esclareció si sería suficiente que el dueño de los derechos de propiedad intelectual lanzara él mismo un nuevo producto para evitar un licenciamiento obligatorio. Si las compañías de televisión ya hubieran producido sus propias guías comprensivas, otorgándose licencias unas a otras, la guía comprensiva de un tercero no habría sido un producto nuevo, pero las empresas igual todavía se habrían estado reservando para ellas mismas una posición dominante en el mercado secundario. El umbral para ser considerado “novedad” no quedó claro.³⁰¹

Pero más allá de esto, la sentencia no aclara si es que el impedimento a la entrada de un nuevo producto al mercado es una razón separada necesaria y/o suficiente para sostener que la negativa a proveer es un abuso en casos relativos a propiedad intelectual. Esta circunstancia, como se verá, a pasado a ser un tema fundamental en la jurisprudencia que siguió a este caso.³⁰²

²⁹⁹ DOHERTY: “Just what are...”, cit. en nota 68, p.408.

³⁰⁰ VAN BAEL y BELLIS: *Competition...*, cit. en nota 34, p.951.

³⁰¹ Por ejemplo, se pregunta: una guía que cubriera cuatro días de programación ¿podría ser considerada un producto nuevo?

³⁰² RIDYARD sostiene que las autoridades de competencia debieran intervenir sólo si hay beneficios para los consumidores que no se han materializado. Por ello, argumenta que la intervención en materia de propiedad intelectual ocasionará un daño económico, pues afecta la tensión entre incentivos estáticos y dinámicos para la

Respecto de la tercera circunstancia, la Corte, a diferencia de lo sucedido en *Volvo* y *Renault*, no otorga a las compañías de televisión una opción para evitar la comisión de un abuso. En este caso el fallo no menciona el licenciamiento forzado como una posible solución para terminar con el abuso, no obstante que esa era la única manera a través de la cual el abuso podía ser remediado. Con todo, una significativa diferencia entre *Magill* y los mencionados casos de partes de autos es que en éstos el competidor que deseaba ser licenciado pretendía competir con la empresa dominante en el área principal de sus negocios. Lo que sí ratifica la Corte de los casos *Volvo* y *Renault*, es la posibilidad de cobrar royalties razonables e incluir los términos que sean necesarios para proteger los derechos de los titulares de un derecho de propiedad intelectual.³⁰³

La cuarta circunstancia posee dos secciones, la exclusión de competencia y la referencia al mercado. Por una parte, la exclusión se logra porque la información por adelantado de la programación es esencial para la publicación de cualquier guía o revista de televisión. Por otra parte, el mercado de las revistas y guías de TV es diverso del mercado de transmisión de señales de radio y televisión; las compañías de televisión no fueron creadas para publicar revistas. Pero aquel sí es un mercado dependiente de éste. Por esto, como afirma TEMPLE, el caso puede ser enfocado de dos maneras análogas: o bien como una negativa de poner a disposición una facilidad esencial para la entrada al mercado de guías comprensivas de programación de TV, o como un esfuerzo de extender el derecho de propiedad intelectual y el poder monopólico sobre las listas de programación al mercado de publicaciones comprensivas.³⁰⁴

La “lista” de circunstancias excepcionales en *Magill* adquirió gran significado, además, porque no quedó claro si ellas debían ser copulativas.³⁰⁵ En sus fallos siguientes la Corte ha proporcionado poca ayuda para determinar las circunstancias en las cuales una negativa a licenciar derechos de propiedad intelectual sería considerada abusiva; pero como se señaló anteriormente, ha limitado el ámbito del precedente *Magill*.

eficiencia (RIDYARD, Derek: “Essential Facilities and the Obligation to Supply Competitors under the UK and EC Competition Law”. En: *European Competition Law Review*, vol. 17[8], 1996, pp. 438-452).

³⁰³ VAN BAELE y BELLIS (*Competition...*, cit. en nota 34, pp. 950-951) explican que mediante esta referencia la Corte pretendió compatibilizar su interpretación del artículo 82 con las normas de la Convención de Berna relativa a la protección de los trabajos artísticos y literarios (Convención ampliamente extendida en el mundo y de la cual Chile es parte desde 1970). En efecto, aunque la Corte desecha el argumento de los apelantes de que una licencia obligatoria era incompatible con los términos de la convención, indicando que esta no podía afectar las relaciones intracomunitarias (parágrafo 84), intenta hacer consistente las disposiciones de esta última con su interpretación mediante la referencia a “circunstancias excepcionales” al derecho de propiedad intelectual.

³⁰⁴ TEMPLE: “Defining...”, cit. en nota 68, p.451, nota 39. Reafirma la importancia de este punto para la doctrina de las facilidades esenciales DOHERTY: “Just what are...”, cit. en nota 68, p.408.

³⁰⁵ En sentido afirmativo, KORAH (“The interface...”, cit. en nota 98), pero reconociendo que casos posteriores podrían sugerir que ellas son alternativas. De igual modo, TEMPLE: “Compulsory...”, cit. en nota 49, especialmente cuando están involucrados derechos de propiedad intelectual.

En tercer término, es posible “leer” a *Magill* como una limitación al poder ejercido por los monopolistas legales, pues el poder de las compañías de televisión en relación con las guías de televisión se debía a la posición privilegiada que ellas tenían en el mercado de los medios de comunicación, un mercado pequeño donde no existían más canales. Si el mercado hubiera tenido un mayor número de competidores, es probable que muchos de ellos hubieran estado dispuestos a proveer detalles de sus programas a las guías comprensivas, pues las compañías de televisión necesitan publicitar su programación y resulta impensable que los consumidores estuvieran dispuestos a comprar más dos o tres guías.

Con todo, el análisis de mercado es bastante particular. *Magill* es, probablemente, el caso que mejor describe lo que se denomina “posición de dominio relativa”, que dice relación con la relación de dependencia que existe entre el mercado dominado y otro.³⁰⁶ Nótese que en su sentencia la Corte apenas define el mercado relevante: en vez de centrar la posición de dominio en un análisis estructural, la funda únicamente en la situación de dependencia establecida en la relación vertical.

Finalmente, el caso dio lugar a un gran debate porque existía el peligro de que el fallo generara una revisión del licenciamiento obligatorio de derechos de propiedad intelectual en términos generales. Esta materia es un aspecto claramente más ajustado al derecho de propiedad intelectual que al de libre competencia. Por ello, el caso fue percibido como una “batalla” por la protección de uno u otro bien jurídico. En este sentido, se reconoció que si la negativa de las compañías de televisión de tratar con *Magill* era efectivamente un abuso, el único remedio era ordenarles a las tres empresas que otorgaran al editor una licencia de sus derechos de autor, tal y como hicieron las Cortes. Pero se temió fundadamente que un licenciamiento obligatorio pudiera ser fácilmente otorgado, citando la doctrina de este caso, en casos muchos más “importantes” y complejos que una mera lista de programas de televisión. Con ello aumentaba el riesgo de remover incentivos para la innovación, tal y como había sido anunciado por varios autores.³⁰⁷

Como se vio en general en el Capítulo Primero, la idea básica que predomina entre los autores es que el mero ejercicio de derechos de propiedad intelectual no es en sí mismo abusivo, sino que un abuso sólo se configura bajo determinadas circunstancias calificadas. En este sentido, KORAH afirma que el caso *Magill* debería ser entendido como una manera de tratar con aquellos

³⁰⁶ Véase el Capítulo Primero, nota 50.

³⁰⁷ Véanse, por todos, los planteamientos de AREEDA (“Essential...”, cit. en nota 79) citados en el Capítulo Segundo, y RIDYARD: “Essential...”, cit. en nota 302. En contra, se ha argumentado que la cuestión relativa al derecho de propiedad intelectual en este caso era secundaria; la Corte sólo tenía que decidir, por primera vez, si una empresa dominante tenía un deber positivo de suministrar un producto.

tópicos que surgen cuando el otorgamiento de derechos de propiedad intelectual es cuestionable, ya sea por su extensión o por otras razones.³⁰⁸ Por su parte, RIDYARD sostiene que era justificable imponer un licenciamiento obligatorio en el caso de las listas de programación, porque ellas no son si no un producto derivado de otra actividad -medios de televisión-, más que tratarse de una actividad creativa. El problema en este caso -prosigue- no radica en la exclusividad inherente al ejercicio de un derecho de propiedad intelectual sobre las listas de programación, sino que predomina la posición dominante que ostentaban los medios de comunicación; esa posición va más allá del mercado aguas arriba: efectivamente bloquea el prospecto de competencia entre dueños de listas de televisión rivales en el mercado aguas abajo.³⁰⁹ DOHERTY, por su parte, agrega que tras este argumento se encuentra la noción de que el derecho de propiedad intelectual usualmente no obsta a la competencia entre rivales que detentan tales derechos: los editores pueden siempre competir proporcionando diarios, novelas, etc. más atractivos, incluso si esas publicaciones no pueden ser duplicadas. Esto sugeriría que *Magill* fue un caso atípico, atendida la posición de dominio que las compañías tenían tanto en el mercado aguas arriba como en el mercado aguas abajo.³¹⁰

Para los efectos de este trabajo, la mayor importancia de este caso radica en que constituye un nuevo ejemplo de la doctrina *Commercial Solvents*; esto es, que constituye abuso de una posición de dominio el negarse a suministrar un producto de un mercado aguas arriba necesario para que un competidor sea capaz de competir en el mercado aguas abajo. Más que tratarse de una condena relativa a derechos de propiedad intelectual, el fallo es un ataque al (mal) uso de la información recopilada en calidad de subproducto del negocio principal de la empresa. Por ello, *Magill* debe considerarse parte integrante de una sola gran pieza formada por todos los casos de interferencia en mercados complementarios.

6. *Bronner* (1997).³¹¹

(a) Antecedentes.

Oscar Bronner era la empresa redactora, editora y distribuidora del diario *Der Standard* de Austria. En 1994 en ese país, *Der Standard* detentaba el 3,6% del mercado en términos de circulación, y un 6% por ingresos por concepto de avisos y publicidad. *Mediaprint*, por su parte, editaba y distribuía dos diarios (*Neue Kronen Zeitung* y *Kurier*) que, en el mismo año, tenían

³⁰⁸ KORAH: "The interface...", cit. en nota 98.

³⁰⁹ RIDYARD: "Essential...", cit. en nota 302, pp. 438, 446.

³¹⁰ DOHERTY: "Just what are...", cit. en nota 68, p.409. Apoya la atipicidad de *Magill*, WHISH: *Competition...*, cit. en nota 34.

³¹¹ Caso C-7/97, *Oscar Bronner GMBH & Co KG v. Mediaprint*, [1998] ECR I-7791, [1999] 4 CMLR 112.

conjuntamente una cuota de mercado del 46,8% por concepto de circulación y de un 42% por ingresos de publicidad.

Mediaprint ideó un sistema de reparto de diarios a domicilio a nivel nacional distinto del correo, a primera hora de la mañana, con el objeto de mejorar la distribución de sus diarios. *Bronner* le solicitó que incluyera a su diario en el nuevo sistema a cambio del pago de una tarifa razonable, pero *Mediaprint* se negó. Sin embargo, sí incluyó a otro diario que no editaba, pero se encargaba de imprimir y distribuir.

Bronner, entonces, solicitó a los tribunales austriacos que ordenaran a *Mediaprint* el cese de lo que consideró un abuso de posición dominante por parte de esta en el mercado de entrega de periódicos a domicilio, conducta que infringía la normativa austriaca equivalente al artículo 82 del Tratado. Asimismo, requirió expresamente que *Der Standard* fuera incluido en el sistema de entrega a cambio de una remuneración razonable.

En apoyo a su solicitud, *Bronner* argumentó que otros métodos, como por ejemplo la entrega postal, eran menos ventajosos que el reparto a domicilio, pues se efectuaban al final de la mañana y no a primera hora; y que dada la pequeña circulación y número de suscriptores de *Der Standard*, le resultaría poco rentable organizar su propio servicio de este tipo.

De acuerdo a lo dispuesto por el artículo 234 del Tratado, la corte austriaca formuló dos preguntas a la Corte, a fin de determinar si es que la negativa de *Mediaprint* implicaba o no un abuso de posición dominante que infringía el artículo 82.³¹² A pesar que la situación decía relación únicamente con el comercio al interior de Austria, la corte austriaca solicitó la referencia porque deseaba evitar un conflicto entre la interpretación de la ley local y la de la Comunidad Europea.

En su presentación ante la Corte, el Abogado General aboga por el respecto a la libertad de contratación y la necesidad de justificar cuidadosamente las intervenciones en tal derecho:

“56. Primero, es evidente que el derecho a elegir a los socios comerciales y a disponer libremente de la propiedad son principios generalmente reconocidos en los sistemas jurídicos de los Estados Miembros, en algunas ocasiones a nivel constitucional. Las intromisiones en esos derechos requieren cuidadosas justificaciones”.

Enseguida señala que, en el largo plazo, permitirle a una empresa retener sus instalaciones para su propio uso tiene un efecto generalmente pro-competitivo, dado que si se le otorga acceso a un

³¹² Véase nota 286.

tercero se corre el riesgo de desincentivar la inversión en la construcción de instalaciones eficientes:

“57. En segundo lugar, la justificación, en términos de política de competencia, de una intromisión en la libertad de contratar de una empresa dominante, requiere a menudo efectuar un cuidadoso balance de consideraciones divergentes. En el largo plazo, es generalmente favorable para la competencia y de interés para los consumidores permitir que una compañía reserve para su propio uso aquellas instalaciones que ha desarrollado para las necesidades de su actividad. Por ejemplo, si se considera con demasiada facilidad el acceso a una instalación de producción, de compra o de producción, un competidor no se vería estimulado a crear unas instalaciones similares. De esta forma, aunque la competencia se incrementara en el corto plazo, se reduciría en el largo plazo. Además, el incentivo de una empresa dominante a invertir en instalaciones eficientes se reduciría si sus competidores pudieran, previa solicitud, compartir los beneficios. Así, el mero hecho de que una firma conserve una ventaja sobre un competidor al reservarse el uso de una instalación no puede justificar que se exija el acceso a ésta”.

Asimismo, insiste en la importancia del hecho que el propósito primario del artículo 82 sea prevenir distorsiones de la competencia y no proteger la posición particular de los competidores. Aceptando que la jurisprudencia, en determinadas circunstancias, a impuesto a un dominante el deber de proveer, señala que dicho deber debe ser limitado apropiadamente y que debe ser invocado sólo donde existe un caso claro de perjuicio a los consumidores como consecuencia de la negativa:

“58. En tercer lugar, al evaluar este problema es importante no perder de vista el hecho que la primera finalidad del artículo 86 [82] es prevenir las distorsiones de competencia -y, en particular, proteger los intereses de los consumidores- más que proteger la situación de competidores particulares. Puede no resultar satisfactorio, por ejemplo, en el supuesto de que un competidor demande acceso a un insumo con el fin de poder competir con la empresa dominante en el mercado aguas abajo del producto final, concentrarse exclusivamente en el poderío económico de esta última en el mercado aguas arriba y concluir que su conducta de reservarse para sí el mercado aguas abajo constituye automáticamente un abuso. Tal conducta no tendrá un efecto negativo sobre los consumidores, a menos que el producto final de la empresa dominante esté suficientemente asilado de la competencia para conferirle poder de mercado”.

Sin embargo, reconoce que la denegación de acceso puede, en ocasiones ser perjudicial para la competencia.

“61. Por otra parte, es claro que la denegación del acceso en determinados casos tiene como efecto una eliminación o una reducción sustancial de la competencia en perjuicio de los consumidores, tanto a largo como a corto plazo. Éste será el caso cuando el acceso a una facilidad sea una precondition de la competencia en un mercado relacionado de bienes o servicios que tengan un grado de intercambiabilidad”.

El Abogado General manifiesta luego su opinión respecto de la tensión entre los derechos de propiedad intelectual y la libre competencia. Junto con reiterar que el mero hecho de tener un derecho de propiedad intelectual no constituye abuso, aboga por una restricción del precedente *Magill*:

“62. Al apreciar tales intereses en conflicto se requiere un cuidado especial allí donde los bienes, servicios o instalaciones respecto de los cuales se solicita el acceso son el fruto de una inversión de gran volumen. Este puede ser el caso, en particular en relación con la negativa de licenciar derechos de propiedad intelectual. Conceder los citados derechos exclusivos durante un periodo limitado implica, en sí mismo, balancear el interés que presenta la libre competencia con el interés que existe en estimular la investigación y el desarrollo de la creatividad. Por consiguiente, la Corte declaró con razón que, a falta de otros factores, una negativa a conceder una licencia no constituía, en sí misma, un abuso”.

“63. Lo sentenciado en el caso *Magill* puede, en mi opinión, ser explicado por las especiales circunstancias de ese asunto, las cuales inclinaron la balanza a favor de la obligación de licenciar. Primero, los productos existentes, a saber, las guías semanales propias de cada canal, resultaban inadecuados en comparación, particularmente, con las guías disponibles para los telespectadores en otros países. Por consiguiente, el ejercicio de los derechos de autor impedía la aparición en el mercado de un nuevo producto muy requerido. En segundo lugar, la protección de los derechos de autor relativos a unas listas de programas difícilmente podía justificarse por el hecho de querer recompensar o estimular el esfuerzo creativo. En tercer lugar, y ya que la vida útil de las guías de televisión es relativamente corta, el ejercicio de los derechos de autor supone un obstáculo permanente a la salida del mercado del nuevo producto. Incidentalmente, debe señalarse que las propias normas nacionales en materia de propiedad intelectual imponen límites en algunas circunstancias por la vía de disposiciones que exigen la concesión de licencias”.

Subraya también las diferencias temporales entre el monopolio legal de los derechos de propiedad intelectual y el monopolio ejercido por un actor dominante. Asimismo, reitera que en caso que se otorgue un acceso obligatorio, se debe otorgar al dominante una justa compensación:

“64. Mientras que, por lo general, el ejercicio de los derechos de propiedad intelectual restringirá la competencia sólo durante un período limitado, el monopolio que ejerce una empresa dominante sobre un producto, servicio o instalación puede conducir, en determinadas circunstancias, a la eliminación permanente de la competencia en un mercado relacionado. En tales casos, sólo es posible garantizar la competencia requiriendo a la empresa dominante suministrar el producto o servicio, o permitir el acceso a la instalación. Sin embargo, de imponerse a la empresa esta obligación, estimo que debería resarcírsela enteramente, permitiéndole destinar una proporción adecuada de su inversión al suministro y obtener un apropiado retorno de su inversión en relación al riesgo en que ha incurrido. Dejo abierta la cuestión de si, en determinados casos, puede ser apropiado autorizar a la empresa para que conserve su monopolio durante un periodo limitado”.

Luego, indica que el acceso sólo debiera otorgarse en una situación de real poder de la firma dominante en el mercado secundario y sólo cuando sea “extremadamente difícil competir” o que se pueda disuadir a “cualquier empresa” de entrar al mercado. Reconoce que esto podría fundarse tanto en la doctrina de las facilidades esenciales como en la negativa de pactar, pero no se pronuncia a favor de ninguna de ellas:

“65. Me parece que una intervención de esta índole, tanto si es entendida como una aplicación de la doctrina de las facilidades esenciales o, más tradicionalmente, como una respuesta a la negativa a suministrar bienes o servicios, puede justificarse, en términos de política de competencia, sólo en aquellos casos en los que la empresa dominante tenga un verdadero poder sobre el mercado relacionado. Por citar un ejemplo, esto podría suceder cuando la duplicación de la facilidad sea imposible o en extremo difícil debido a restricciones físicas, geográficas o legales, o cuando ella no sea del todo deseable por razones de orden público. No es suficiente que el control que ejerce la empresa sobre la facilidad le confiera una ventaja competitiva”.

“66. No excluyo la posibilidad de que los costos ligados a la duplicación sean por sí solos una barrera de entrada insuperable. Esto sucederá particularmente en aquellos casos en los que la creación de la facilidad ha ocurrido bajo condiciones no competitivas, como por ejemplo, cuando ello ha sido en parte gracias a subvenciones públicas. Sin embargo, considero que el *test* debe ser objetivo: en otras palabras, para que la denegación del acceso constituya un abuso, debe ser extremadamente difícil competir, no sólo para la empresa que solicite el acceso, sino para cualquier otra empresa. Entonces, si el costo de duplicar la facilidad constituye por sí solo una barrera de entrada, éste debe ser tal que sea susceptible de disuadir a cualquier empresa prudente de entrar en el mercado. Sobre este punto, me parece necesario examinar todas las circunstancias, incluida la medida en que la empresa dominante, teniendo en cuenta el grado de amortización de su inversión y los gastos de mantenimiento, se halla obligada a trasladar los gastos de inversión o de mantenimiento sobre los precios facturados en el mercado relacionado (considerando que el competidor, quien al haber reproducido la facilidad, debe competir en el mercado relacionado, deberá hacer frente a importantes amortizaciones iniciales, aunque no debiendo soportar en su caso más que pequeños gastos de mantenimiento)”.

Finalmente, se refiere a las circunstancias de caso concreto y señala que considera innecesario garantizar el acceso de *Bronner* al sistema de reparto de *Mediaprint*:

“67. En mi opinión, es claro que, en el presente caso, *Mediaprint* no puede estar obligada a conceder a *Bronner* el acceso a su red nacional de reparto a domicilio. Aun cuando la propia *Bronner* fuera incapaz de reproducir la red e *Mediaprint*, ella dispone de numerosas soluciones alternativas –aunque menos cómodas– para llevar a cabo la distribución. Esta afirmación se ve corroborada por las propias declaraciones de *Der Standard*, según las cuales ‘el “*Standard*” ha experimentado un crecimiento espectacular, tanto desde el punto de vista de las nuevas suscripciones (incremento del 15%) como de las inserciones de anuncios publicitarios (aumento del 30% en relación al año anterior)’. Tales informaciones no parecen compatibles en modo alguno con el planteamiento según el cual el sistema de reparto a domicilio de *Mediaprint* es esencial para que el *Standard* pueda competir en el mercado de los periódicos”.

“68. Además, sería necesario acreditar que el nivel de inversiones exigido para constituir un sistema nacional de reparto a domicilio sería tal que podría disuadir a un editor emprendedor, convencido que existe un mercado para otro gran diario, de acceder al mercado. Como indica *Bronner*, puede no ser rentable organizar un sistema nacional para un diario de baja circulación. Pero el establecer una red nacional competitiva tendría como finalidad permitirle competir en condiciones de igualdad con los diarios de *Mediaprint*, así como incrementar sustancialmente tanto la cobertura geográfica como la circulación”.

“69. Admitir la pretensión de *Bronner* podría llevar a las autoridades y órganos jurisdiccionales comunitarios a efectuar una regulación detallada de los mercados comunitarios, lo que implica la fijación de precios y condiciones de entrega en amplios sectores de la economía. Intervenir en una escala semejante sería no sólo impracticable, sino también contrario a la competencia en el largo plazo, y, por cierto, sería muy poco compatible con una economía de libre mercado”.

“70. Me parece, por consiguiente, que el presente caso dista mucho de aquel tipo de situación en el cual podría ser adecuado imponer a una empresa dominante la obligación de conceder el acceso a una instalación que dicha empresa ha desarrollado para su propio uso”.

(b) La decisión del caso.

En su sentencia de 26 de noviembre de 1998, la Corte consideró que el comportamiento de *Mediaprint* no constituía un abuso de posición dominante:

“47. [...] la respuesta a la primera cuestión debe ser que la negativa de una empresa periódica que detenta una cuota muy considerable del mercado de diarios en un Estado Miembro y que opera el único sistema de reparto de periódicos a domicilio de ámbito nacional

que existe en dicho Estado Miembro, de conferir acceso al referido sistema, a cambio de una contraprestación adecuada, al editor de un diario competidor, el cual, por la reducida circulación de éste, no está en condiciones de crear y de gestionar, en condiciones económicamente rentables, por sí solo o en colaboración con otros editores, su propio sistema de reparto a domicilio, no constituye un abuso de posición dominante en el sentido del artículo 86 [82] del Tratado”.

En el fallo, la Corte reitera su jurisprudencia anterior. Primero, cita *Commercial Solvents* y otro caso (*Télémarketing*), recordando que el efecto de la negativa de proveer por parte de la firma dominante debe ser la eliminación de toda competencia en el mercado aguas abajo. Asimismo, recurre a *Magill* para sostener que en presencia ciertas circunstancias excepcionales, la negativa de pactar amparada en un derecho de propiedad intelectual puede constituir un abuso:

“38. Aunque en *Commercial Solvents v. Commission* y *CBEM*, antes citadas, la Corte Europea de Justicia consideró que constituye un abuso la negativa, dada por una empresa que ocupa una posición dominante en un mercado determinado, de suministrarle a otra con la que compete en un mercado afín, materia prima (*Commercial Solvents v. Commission*, párrafo 25) y servicios (*CBEM*, párrafo 26), respectivamente, indispensables para el ejercicio de las actividades de ésta, debe señalarse, primero, que lo hizo en la medida en que el citado comportamiento podía eliminar toda competencia por parte de esa empresa”.

“39. En segundo término, en *Magill*, párrafos 49 y 50, la Corte sostuvo que la negativa a conceder una licencia por parte del titular de un derecho de propiedad intelectual, aunque sea un acto de una empresa que detenta una posición dominante, no puede constituir en sí misma un abuso de ésta; pero el ejercicio del derecho excluyente por el titular puede dar lugar, en circunstancias excepcionales, a un abuso”.

Posteriormente, la Corte enlista los factores establecidos en *Magill* que debieran presentarse para que una negativa pueda ser considerada un abuso:

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

Fundamentando su fallo, la Corte señaló que lo primero que la corte nacional debía determinar era si existía un mercado separado para la entrega de diarios a domicilio en Austria, y si es que ahí había una posibilidad de encontrar substitutos suficientes entre el sistema nacional de *Mediaprint* y algún otro esquema regional.

“41. Por ello, aun suponiendo que esta jurisprudencia relativa al ejercicio de un derecho de propiedad intelectual sea aplicable al ejercicio de un derecho de propiedad de otro tipo, para que la sentencia de *Magill* pueda ser invocada con objeto de afirmar la existencia de un abuso en el sentido del artículo 86 [82] del Tratado en una situación como la que es objeto de la primera cuestión prejudicial, sería preciso además no sólo que la denegación del servicio que constituye el reparto a domicilio pudiera eliminar toda competencia en el mercado de los diarios por parte de quien solicita el servicio y no pudiera justificarse objetivamente, sino,

además, que el servicio, en sí mismo, fuera indispensable para el ejercicio de la actividad de éste, en el sentido de que no hubiera ninguna alternativa real o potencial al citado sistema de reparto a domicilio”.

“42. Ciertamente no es éste el caso si, como ocurre en el asunto principal, no existe, en el territorio de un Estado Miembro más que un único sistema de reparto a domicilio de ámbito nacional y si, además, su propietario ocupa una posición dominante en el mercado de servicios constituido por tal sistema o del que él forma parte”.

La Corte establece que uno de los criterios de *Magill* no se cumple en *Bronner*, pues existen sustitutos actuales o potenciales al sistema de entrega domiciliaria de periódicos de *Mediaprint*. Por tanto, éste no es indispensable para competir:

“43. En primer lugar, es indiscutido que existen otras modalidades de distribución de diarios y que son utilizados por los editores, como la distribución por correo y la venta en comercios y quioscos, aun cuando sean menos ventajosas para la distribución de algunos de ellos”.

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

La Corte descarta, por insuficientes, los argumentos económicos esgrimidos por *Bronner*. En los párrafos 45 y 46 (lo más relevantes del fallo en relación con la doctrina de las facilidades esenciales) sostiene que el acceso sólo habría sido indispensable si es que no era económicamente viable crear un sistema de entrega a domicilio de un diario con una circulación comparable a la de la firma dominante; es decir, no era suficiente mostrar que no era viable para un diario con poca circulación. En este sentido, el fallo sigue explícitamente el argumento expuesto por el Abogado General:

“45. Debe subrayarse que, para demostrar que la creación de tal sistema no constituye una alternativa potencial realista y que, en consecuencia, el acceso al sistema existente resulta indispensable, no basta con alegar que no resulta económicamente rentable en razón de lo reducido de la circulación del diario o los diarios que deben distribuirse”.

“46. Para que tal acceso pueda ser considerado indispensable, sería necesario acreditar al menos, como ha señalado el Abogado General en el punto 68 de su Opinión, que no es económicamente viable crear un segundo sistema de reparto a domicilio para la distribución de diarios que tengan una circulación comparable a la de los diarios distribuidos mediante el sistema existente”.

(c) Algunos comentarios.

Bronner es uno de los casos más significativos en materia de facilidades esenciales en Europa. Pero paradójicamente, en su fallo la Corte continúa evitando explicitar la doctrina, ya sea para adoptarla o rechazarla.³¹³ Sin embargo, se trata de un caso importante porque puso “paños fríos” a los intentos expansionistas de la misma intentados por algunos litigantes (sobretudo luego de

³¹³ DOHERTY (“Just what are...”, cit. en nota 68) indica que con *Bronner* se perdió una oportunidad de clarificar la doctrina en Europa. Aún después de ese fallo, no es clara su existencia; y de existir, ella es mucho “más modesta” que en Estados Unidos.

Magill), fijando unas muy limitadas circunstancias bajo las cuales el acceso a una facilidad esencial debiera ser otorgado. La Corte demuestra así estar conciente del daño al proceso competitivo que puede surgir como consecuencia de una aplicación demasiado entusiasta de un deber de pactar.

En relación con la negativa de aplicar explícitamente la doctrina, JONES y SUFFRIN explican que *Bronner* debe haber sido un caso fácil para la Corte. Se trataba de una facilidad construida por una empresa privada con sus propios recursos, y era un caso relativo a una situación en la cual la otra empresa estaba operando satisfactoriamente en el mercado aguas abajo sin tener acceso a dicha facilidad. Si la Corte hubiera aplicado la doctrina de las facilidades esenciales, hubiera generado una preocupación en todas las firmas dominantes dueñas o controladoras de una facilidad que pudiera ser útil para otra empresa; los incentivos a la innovación habrían sido seriamente dañados. Por ello, la Corte optó por no mencionarla y poner freno a su uso desmedido.³¹⁴

Lo que sí hace la Corte es clarificar que un deber de pactar sólo surge en circunstancias excepcionales y, por tanto, es necesario adoptar un punto de vista bastante restrictivo de tal deber. Por esto, *Bronner* marca un antes y un después en la jurisprudencia europea. Su visión la construye remarcando el hecho que una negativa debe conllevar a una eliminación de *toda* la competencia en el mercado relevante para poder conferir un derecho de acceso. Es decir, no es suficiente que la negativa sólo tenga por efecto hacer más difícil competir.

Por ello, la Corte afirma que para otorgar el acceso a una instalación debe ser económicamente inviable la duplicación “para una empresa de tamaño comparable” al de *Mediaprint*, no sólo para una firma pequeña como *Bronner*. Puesto en términos económicos, el criterio de la Corte parece exigir que el mercado debe tener un tamaño tal que sólo una firma puede operar de una manera económicamente viable en él, siendo imposible que dos empresas operen de manera simultánea en el mercado (salvo, por cierto, que una de ellas no sea rentable). Esta es la explicación que en ocasiones se utiliza para hacer referencia al monopolio natural.³¹⁵

De acuerdo a BERGMAN, la formula usada por la Corte puede ser interpretada de dos maneras. Por una parte, que un editor competidor debe carecer de la habilidad de duplicar el sistema de

³¹⁴ JONES y SUFFRIN: *EC Competition...*, cit. en nota 45.

³¹⁵ Esta explicación es meramente “coloquial”. El concepto económico de monopolio natural en la literatura actual es algo diferente: sobre un rango relevante de producción, un nivel de costos más bajo podrá ser alcanzado si solamente una firma produce, comparado con la situación en que la producción es dividida entre dos o más firmas. Ello en razón de que, generalmente, se presentan fuertes economías de escala y/o de ámbito (subaditividad de costos). En este sentido: VISCUSI *et al.*: *Economics...*, cit. en nota 30; SAMUELSON y NORDHAUS: *Economía...*, cit. en nota 171; PARKIN, Michael: *Microeconomía*, 5a ed., Addison Wesley, 2001; PAREDES y TARZIJÁN: *Organización...*, cit. en nota 40.

reparto a domicilio incluso si alcanza una cuota de mercado comparable a la del operador dominante; en el caso de *Mediaprint*, aproximadamente la mitad del mercado. Alternativamente, puede ser interpretada como que un editor competidor debe carecer de la habilidad de duplicar ese sistema de reparto incluso si alcanza la misma circulación del operador dominante, lo que en el caso de *Mediaprint* implica, primero, que el mercado debe crecer al doble de su tamaño normal y, segundo, el competidor debe lograr la mitad de este mercado redoblado.³¹⁶

La Corte, afirma el mismo autor, parece haber pensado principalmente en la primera interpretación. De este modo, su criterio no toma explícitamente en consideración que podría ser imposible para el competidor lograr una cuota de mercado del 50%, incluso si en principio fuera posible crear y operar la facilidad requerida una vez que esa cuota sea alcanzada. Sostiene que si este nuevo criterio es aplicado de manera general, se restringirá severamente la aplicabilidad de la doctrina de las facilidades esenciales, reduciéndola a los mercados donde una sola firma tiene la posibilidad de ser viable en el largo plazo (a menos que la doctrina sea aplicada) y, por el contrario, haciéndola inaplicable a los mercados donde la competencia es limitada. Esta situación no se condice con casos anteriores en los que se ha aplicado la doctrina, como por ejemplo *Commercial Solvents* o *London European/Sabena*.³¹⁷

Nótese que desde el punto de vista del mercado relevante, se estableció que el del producto era el reparto de periódicos a domicilio, el cual difiere del mercado de distribución de periódicos, y el mercado geográfico era el territorio austriaco. A partir de esto, la Corte sostiene que incluso si *Mediaprint* hubiese sido dominante en el mercado de la entrega de diarios a nivel nacional, no era un abuso que negara el acceso al mercado de existir otras formas de venta de diarios. De este modo, recalca indirectamente que es posible para una empresa tener posición de dominio en el mercado aguas arriba y no tener una obligación de otorgar acceso a una facilidad considerada esencial.

La Corte reafirma también (en otro aspecto del carácter restrictivo de la sentencia frente a las negativas de pactar) que el derecho que se solicita debe ser “indispensable”, no tan sólo deseable o conveniente; es decir, no debe existir un sustituto potencial o actual que pueda ser utilizado por la empresa que está efectuando el requerimiento. La visión de la Corte fue que el uso del servicio de reparto a domicilio de *Mediaprint* no era indispensable, pues existían otras maneras de distribuir los diarios, por ejemplo: locales, kioscos o por correo. Aún más, la Corte

³¹⁶ BERGMAN: “The Bronner...”, cit. en nota 255.

³¹⁷ En el mismo sentido, DOHERTY (“Just what are...”, cit. en nota 68) y JONES y SUFFRIN (*EC Competition...*, cit. en nota 45), quienes sostienen que estos casos no habrían pasado el estricto *test* del caso *Bronner*. BERGMAN (“The Bronner...”, cit. en nota 255) indica que si el criterio de este caso hubiera sido aplicado en otros sin considerar sus circunstancias particulares, el resultado sería una situación del tipo “el huevo o la gallina” (*Catch-22*).

indica que no existían obstáculos técnicos, legales o económicos que hicieran imposible que otras editoriales de diarios establecieran sus propios sistemas de reparto a domicilio.

Desde la perspectiva estricta de la doctrina de las *essential facilities*, aun cuando hay una falta de reconocimiento expreso de ella, el caso es importante, especialmente si se considera que la opinión del Abogado General, que sí menciona la doctrina, fue seguida de cerca por la Corte. Él sí discute la necesidad de limitar estrictamente el concepto de facilidad esencial, con el fin de eliminar la especulación acerca de su alcance en los precedentes (específicamente, en *Magill*) y proteger los derechos de propiedad intelectual. En su opinión, los precedentes europeos en materia de negativa de pactar son suficientes para lograr una protección adecuada.

Finalmente, la sentencia deja muchas preguntas abiertas. No responde si la jurisprudencia de derechos de propiedad intelectual anterior (como *Magill*, por ejemplo) es aplicable a otros derechos de propiedad; no se hace cargo de los problemas sobre precios; o cómo el dueño del insumo o servicio requerido debe tratar con solicitudes de acceso; o el rol de las autoridades de competencia en este tipo de casos. Como se verá a continuación, el caso *IMS* ayudó posteriormente a zanjar algunas de estas cuestiones.

7. *IMS* (2004).³¹⁸

(a) Antecedentes.

IMS Health Incorporated es una compañía norteamericana que presta servicios de investigación de mercado, márketing y gestión de ventas a la industria farmacéutica.³¹⁹ Para desarrollar su actividad, esta industria requiere de datos sobre las ventas de los distintos medicamentos, quién los fabrica y quiénes son los competidores. Dado el hecho que los medicamentos recetados son usualmente dispensados en las farmacias situadas en las proximidades de las oficinas de los médicos que los recetan, los datos de venta de los distribuidores, almacenes y mayoristas a las farmacias representan una buena aproximación a las preferencias de los médicos, lo cual permite a la industria preparar la actividad de sus representantes. La tendencia en la mayor parte de los países es agrupar los datos por áreas geográficas más o menos uniformes, con el fin de conocer las tendencias de prescripción en cada una de ellas.³²⁰ *IMS* prestaba este servicio a la industria farmacéutica.

³¹⁸ Caso *NDC Health/IMS: Interim Measures*, [2002] OJ L59_18, [2002] 4 CMLR 111.

³¹⁹ *IMS* es líder mundial en este negocio. Mayores datos sobre ella pueden encontrarse en su sitio web: www.imshealth.com.

³²⁰ En Europa, la división en áreas geográficas permite, además, cumplir de mejor manera con la legislación de protección de datos en materia de salud, que obliga a que estos sean anónimos.

En Alemania, *IMS* está presente a través de una filial que ofrecía a la industria información sobre prescripciones médicas mediante un sistema denominado *Brick 1860*, el cual estaba protegido por derechos de propiedad intelectual. *Brick 1860* empleaba una red sobrepuesta en el mapa de Alemania, dividiendo al país en 1860 pequeñas áreas geográficas o “bloques” (*bricks*). Esta división era hecha sobre la base de factores tales como el código postal, las divisiones político-administrativas y, por cierto, la ubicación de doctores y farmacias.³²¹ Posteriormente, *IMS* recopilaba información relativa a las ventas farmacéuticas de todos los vendedores y la formateaba de acuerdo con la estructura *Brick 1860*, permitiendo así su análisis de diversas maneras. Con ello, *IMS* elaboraba informes de ventas para compañías farmacéuticas.

En el mercado alemán, *IMS* competía con otras dos empresas dedicadas a suministrar a los laboratorios farmacéuticos datos de venta de medicamentos: *Pharma Intranet Information AG*, más tarde adquirida por *Nacional Data Corp. (NDC)* -también americana-, y *AzyX Deutschland GmbH Geopharma Information Services*. Estos competidores intentaron desarrollar una estructura “*brick*” similar a la de *IMS*, pero aquella reclamó ante las cortes civiles alemanas que esto infringía su derecho de autor, obteniendo medidas cautelares que restringieron el uso de aquélla y frenaron los intentos de sus competidores.

NDC acudió a la Comisión. Sostuvieron que la negativa de *IMS* de otorgarles una licencia para la utilización de *Brick 1860* a cambio de una tarifa les imposibilitaba proveer servicios de datos farmacéuticos a sus clientes, pues les era imposible presentar estos de una manera que fuera aceptable por los consumidores sin infringir el derecho de autor de *IMS*. Ello debido a que no existía ninguna posibilidad que los clientes se cambiaran a una estructura radicalmente diferente, pues el sistema *Brick 1860* había pasado a ser el estándar industrial *de facto*.

La Comisión, citando jurisprudencia anterior de sí misma y de la Corte, acogió el reclamo el 03.07.01:

“179. La Comisión considera que este caso reúne los requisitos para establecer que existe abuso bajo el artículo 82, tal como se ha desarrollado en la jurisprudencia de la [Corte Europea] y de [la Corte de Primera Instancia], primero en las sentencias *Commercial Solvents* y *Volvo* y posteriormente en las sentencias *Magill*, *Ladbroke* y *Brommer*”.

En efecto, estimó *prima facie* que el uso de la estructura *Brick 1860* era indispensable para seguir adelante con la actividad económica en el mercado relevante; entonces, la negativa de dar acceso a dicha estructura podía calificarse de abusiva:

³²¹ El sistema fue creado en 1969 y comenzó con sólo 329 bloques. En el año 2000 alcanzó los 1860 existentes al tiempo del caso.

“185. La conclusión es que existen indicios razonables de que el uso de la estructura *Brick 1860* es indispensable para competir en el mercado relevante. El aporte que las empresas farmacéuticas han hecho a la estructura ha contribuido en gran medida a su estatus como estándar de facto en la industria y a su actual dependencia de esa estructura como formato para la recepción de servicios de datos de ventas regionales. Por consiguiente, denegar el acceso a esta estructura a los competidores en el mercado relevante excluiría toda competencia de este mercado y, por tanto, la negativa de *IMS* a conceder la licencia de la estructura *Brick 1860* constituye una conducta abusiva”.

En su argumentación, citando *Bronner*, la Comisión reitera las circunstancias que deben presentarse en caso relativos a propiedad intelectual: ausencia de un actual o potencial sustituto del producto (en este caso, de la estructura *Brick 1860*); la falta de una justificación objetiva para negarse a licenciar; y que la conducta tenga por resultado la eliminación de toda competencia en el mercado relevante:

“70. Por consiguiente, los criterios para establecer la existencia de abuso en virtud del artículo 82 en casos relacionados con el ejercicio de un derecho de propiedad intelectual, como aclaró antes el Tribunal en *Bronner*, son que:

- la negativa de acceso a una instalación pueda eliminar toda competencia en el mercado relevante;
- dicha negativa no pueda ser objetivamente justificada, y
- la instalación, en sí misma, sea indispensable para llevar a cabo un negocio, en la medida que no exista un sustituto real o potencial a dicha instalación”.

Luego, a juicio de la Comisión, se presentan en este caso las “circunstancias excepcionales” establecidas en *Magill* (conjuntamente con *Ladbroke* y *Bronner*) bajo las cuales una negativa puede ser considerada un abuso, entre ellas, la eliminación de toda competencia en el mercado relevante. Asimismo, la Comisión sostiene categóricamente que en el caso *Ladbroke*, de 1997, había “clarificado” suficientemente que una negativa de pactar no requiere evitar la entrada de un nuevo producto al mercado para ella sea considerada abusiva:

“180. La Comisión considera que existen “circunstancias excepcionales” en este caso en el sentido de la frase utilizada por [la Corte] en *Magill* (parágrafo 50) en relación con los casos *Ladbroke* y *Bronner*. *IMS* ha creado, en colaboración con la industria farmacéutica a lo largo de un prolongado espacio de tiempo, una estructura de bloques que se ha convertido en el estándar de la industria para la presentación de servicios de datos regionales, estructura que la Corte de Frankfurt consideró propiedad intelectual de *IMS*. *IMS* está ahora excluyendo toda competencia del mercado de servicios de datos regionales al denegar a los competidores, sin justificación objetiva, la licencia de esta estructura. Como se aclaró en la sentencia de *Ladbroke*, para que la negativa de suministro constituya abuso no es necesario que impida la introducción de un nuevo producto”.

“181. Es claro que la negativa de acceso a la estructura *Brick 1860* probablemente elimine toda competencia en el mercado relevante, ya que sin ella no es posible competir en dicho mercado. Las razones de *IMS* para denegar la licencia no pueden ser justificadas objetivamente. Además, el uso de la estructura *1860* es indispensable para llevar a cabo actividades en el mercado relevante; no existe un sustituto real o potencial para ella. Estas circunstancias excepcionales cumplen los requisitos expuestos en *Bronner* para que una negativa de suministro sea considerada abuso de posición dominante”.

La Comisión desecha dos argumentos de *IMS*. Por una parte, respecto al que señala que la negativa sólo sería abusiva si está acompañada de una conducta abusiva adicional, la que no

existiría a su respecto, la Comisión indica que desde el caso *Volvo* es claro que una negativa a licenciar puede ser por sí sola constitutiva de abuso en ciertos casos, lo que ocurre en éste. Por otra parte, respecto a que *Brick 1860* no sería una facilidad esencial, pues no existiría un segundo mercado en el cual la competencia se vea afectada, la Comisión estimó que dicha estructura debía ser separada de la provisión de reportes de datos, y que aquella era un activo indispensable para el desarrollo de la segunda actividad, pues los competidores en el mercado de los datos necesitaban acceso a la estructura. Aquí hace una analogía con el caso *Magill*, en el cual las listas de programación de la televisión fueron descritas como un activo indispensable en relación con el mercado de las revistas de listas de televisión:

“182. *IMS* aduce una serie de argumentos en contra del análisis jurídico expuesto en la formación de cargos. Dice que no hay indicios de que *IMS* haya tenido un comportamiento abusivo o haya intentado utilizar su control de la propiedad intelectual para monopolizar mercados aguas abajo o relacionados. *IMS* tiene derecho a denegar licencias de sus derechos de autor a competidores en el mercado al que se aplican los derechos de autor (véase el caso *Volvo*). Una negativa sólo constituye abuso si va acompañada de otras conductas abusivas, las que no se producen en este caso”.

“183. Por otra parte, *IMS* no considera que la estructura *Brick 1860* sea una facilidad esencial, ya que no existe un segundo mercado relacionado en el que se restrinja la competencia”.

“184. Por lo que se refiere al primero de estos dos argumentos, la jurisprudencia de [la Corte] y de [la Corte de Primera Instancia] posterior al caso *Volvo* aclara que en circunstancias excepcionales puede considerarse que una negativa de licenciar un derecho de propiedad intelectual puede constituir en sí misma un abuso de conformidad con el Artículo 82. Como se ha expuesto en los párrafos 75-174, esas circunstancias se dan en este caso. Una empresa que goza de posición dominante ha negociado durante un largo período con sus clientes para elaborar una estructura de la que ahora el sector es muy dependiente, hasta el punto de considerarla el estándar de facto del sector, y que un tribunal nacional ha considerado recientemente que es propiedad intelectual de la empresa en posición dominante. Esta empresa dominante se niega ahora a conceder una licencia sobre esta estructura a los competidores, por lo que ningún producto competidor basado en la misma puede ser producido. Sobre el segundo argumento, el hecho de que los asuntos considerados por [la Corte] y [la Corte de Primera Instancia] citados por *IMS* impliquen dos mercados no excluye la posibilidad de que una negativa de licenciar un derecho de propiedad intelectual pueda ser contraria al Artículo 82. En el caso *Magill* antes citado, la información básica sobre programas de televisión se consideró indispensable para permitir a una empresa competir en un mercado aguas abajo (el de revistas de programación televisiva). Las circunstancias son similares en este caso, en la medida en que el uso de la estructura *Brick 1860* es un insumo indispensable para permitir a las empresas competir en el mercado de servicios de datos de ventas regionales en Alemania. Como se ha expuesto en los párrafos 15-16, hay una distinción importante entre el producto, que son los servicios de datos de ventas regionales, y la estructura de bloques en la que están organizados los datos utilizados para crear estos servicios. En este caso, dadas las circunstancias excepcionales y específicas en las que se desarrolló la “estructura *Brick 1860*”, se reconoció y confirmó su titularidad, el trabajo en cuestión, por los obstáculos técnicos, jurídicos y económicos antes mencionados no puede ser reproducido mediante una creación paralela que no suponga una infracción”.

Junto con calificar la conducta de *IMS* como contraria al artículo 82 del Tratado, la Comisión, bajo la forma de medidas provisionales, le ordenó otorgar sin demora licencias en forma no discriminatoria a todas las empresas que se lo solicitasen y que se encontraran actualmente en el mercado regional de venta de datos farmacéuticos en Alemania.

IMS apeló ante la Corte de Primera Instancia (*CFI*), solicitando una orden de no innovar. En su presentación argumentó que el fallo contradecía la jurisprudencia comunitaria y las decisiones previas de la propia Comisión, pues la privaba de la esencia de su derecho de propiedad intelectual (*copyright*) e iba más allá de la noción de “circunstancias excepcionales” del caso *Magill*. El Presidente de la *CFI* decretó la orden de no innovar solicitada (26.10.01), suspendiendo los efectos de las medidas provisionales adoptadas por la Comisión.

Sin embargo, en el tiempo intermedio un juicio entre *IMS* y *NDC* ante las cortes alemanas había continuado su curso. En el mes de julio del año 2001, nueve días después de la decisión de la Comisión, el *Oberlandgericht Frankfurt am Main* dictó un fallo relativo al derecho de autor de *IMS* sobre la estructura *Brick 1860*. En dicho fallo sostuvo que a pesar que la estructura estaba protegida por el derecho de autor, ello no debía impedir a terceros desarrollar una estructura similar. Asimismo, hizo una presentación a la Corte en virtud del artículo 234 del Tratado, formulándole preguntas sobre la interpretación del Artículo 82 en el contexto de la negativa de *IMS* de otorgar la licencia.

Tras el fallo de la corte alemana, *NDC* logró cerrar con éxito contratos con algunas empresas farmacéuticas de gran tamaño y empezó a competir con *IMS* de una manera más exitosa, despejando así la amenaza de ser eliminada del mercado. En vista de este cambio de circunstancias, en agosto del año 2003 la Comisión resolvió no proceder a tomar una decisión final y alzó las medidas provisionales que había decretado.

Sin embargo, las preguntas aun estaban siendo conocidas por la Corte, que emitió su fallo el 29 de abril de 2004.

(b) La decisión del caso.

Tres fueron las preguntas que le fueron formuladas a la Corte. Primero, si era un abuso el no otorgar una licencia en una situación en la cual un competidor estaba buscando acceso al mismo mercado geográfico y del producto, y los clientes sólo aceptarían un producto basado en material protegido por derechos de propiedad intelectual (*copyright*).³²² Segundo, si era relevante la participación de los clientes en el desarrollo del material de *copyright*. Y tercero, si estaban protegidos por otro banco de datos relevante aquellos costos en que incurrirían los clientes al cambiarse de producto.

³²² Estrictamente hablando, el fallo sólo se refiere a *copyright*, esto es, derechos de autor, sin hacer referencia a otros derechos de propiedad intelectual.

La Corte señaló que tanto la segunda como la tercera pregunta implicaban factores que tenían que ser tomados en consideración en la determinación de si la estructura protegida era indispensable para los estudios relevantes de marketing por parte de otras empresas. Es decir, señaló que eran, en cierto modo, “parte” de la primera interrogante.

Respecto de ésta, comienza reiterando sus precedentes anteriores que establecen que la negativa de licenciar no es una conducta abusiva *per se*, aun cuando ella sea adoptada por una empresa dominante; pero que bajo circunstancias excepcionales sí puede serlo:

“34. De acuerdo con asentada jurisprudencia, el derecho exclusivo de reproducción forma parte de las prerrogativas del titular, por lo que la negativa a conceder una licencia, aunque sea por parte de una empresa en posición dominante, no puede constituir en sí misma un abuso de ésta (sentencias del Caso 238/87 *Volvo*, [...] parágrafo 8, y *Magill*, antes citada, parágrafo 49)”.

“35. No obstante, como resulta de esta misma jurisprudencia, el ejercicio del derecho exclusivo por el titular puede dar lugar, en circunstancias excepcionales, a un comportamiento abusivo (*Volvo*, parágrafo 9, y *Magill*, parágrafo 50)”.

Enseguida, la Corte recuerda *Magill* (de acuerdo al resumen hecho de ese caso en *Bronner*) e invoca cuáles son las circunstancias excepcionales:

“37. De acuerdo al resumen de la sentencia *Magill* que hizo la Corte en el parágrafo 40 de la sentencia en *Bronner*, dichas circunstancias excepcionales estaban constituidas por el hecho de que la negativa controvertida afectaba a un producto (información acerca de la programación semanal de algunas cadenas de televisión) cuya entrega resultaba indispensable para el ejercicio de la actividad en cuestión (edición de una guía general de televisión), ya que, sin la información, la persona que deseara ofrecer tal guía se hallaba en la imposibilidad de editarla y de ofrecerla para la venta (parágrafo 53), que la citada negativa obstaculizaba la aparición de un producto nuevo para el cual había una demanda potencial por parte de los consumidores (parágrafo 54), que no estaba justificada por consideraciones objetivas (parágrafo 55) y que podía excluir cualquier competencia en el mercado secundario (parágrafo 56)”.

Entre estas condiciones, en los párrafos 38 y 52, la Corte fijó tres como aquellas que “copulativamente” deben ser cumplidas para considerar que una negativa de licenciar es abusiva. Primero, se debe impedir la aparición de un “nuevo producto” en el mercado; segundo, la negativa debe ser “injustificada”, o sea, carecer de justificación objetiva; y tercero, el acceso al material protegido debe ser “indispensable”, de manera que la negativa excluirá “toda” competencia en el mercado secundario:

“38. De dicha jurisprudencia se desprende que, para que la negativa de una empresa titular de un derecho de autor a permitir el acceso a un producto o a un servicio indispensable para desarrollar una actividad determinada pueda calificarse de abusiva, basta que se cumplan tres requisitos copulativos, a saber, que esa negativa obstaculice la aparición de un producto nuevo para el que existe una demanda potencial de los consumidores, que carezca de justificación y que pueda excluir toda competencia en un mercado secundario”.

[...]

“52. Por consiguiente, la respuesta a la primera cuestión debe ser que la negativa de una empresa, que detenta una posición dominante y que es titular de un derecho de propiedad intelectual sobre una estructura de bloques indispensable para la presentación de datos sobre las ventas regionales de productos farmacéuticos en un Estado Miembro, a otorgar una licencia para la utilización de esta estructura a otra empresa, que también desea suministrar tales datos en el mismo Estado Miembro, constituye un abuso de posición dominante en el sentido del Artículo 82 EC siempre que concurren las siguientes condiciones:

- la empresa que ha solicitado la licencia pretenda ofrecer, en el mercado del suministro de datos de que se trata, productos o servicios nuevos que el titular del derecho de propiedad intelectual no ofrece y para los cuales existe una demanda potencial por parte de los consumidores;
- la negativa no esté justificada por consideraciones objetivas;
- la negativa le permita al titular del derecho de propiedad intelectual reservarse el mercado de suministro de datos de ventas de productos farmacéuticos en el Estado Miembro de que se trate, excluyendo toda competencia en el mercado”.

La Corte comienza por analizar la tercera de las condiciones -la más conflictiva-: la indispensabilidad o posibilidad de excluir toda competencia del mercado secundario. En primer término, recuerda los hechos del caso *Bronner* para destacar que lo relevante en ese caso era distinguir entre dos mercados separados, uno primario (el del producto o servicio) y otro secundario (donde el producto o servicio es usado para la producción de otro producto o la provisión de otro servicio). En el primero de ellos existía una firma con posición de dominio titular de un insumo calificado como esencial para desarrollar una actividad económica en el mercado secundario.

La Corte sostiene que no es relevante que ambos mercados estén separados. De hecho, sostiene, es suficiente que exista la posibilidad de identificar un mercado potencial o incluso uno “hipotético” aguas arriba. Lo importante es que ambos estén interconectados, siendo lo producido en el primero imprescindible para la oferta del producto en el segundo. En este sentido, se debe determinar, entonces, si la estructura *Brick 1860* es indispensable para el mercado de la producción de datos de venta de productos farmacéuticos. Sin embargo, remite a los tribunales nacionales el determinar en los hechos si ello es así y, en tal caso, examinar si la negativa de licenciar el uso de esa estructura es capaz de excluir toda la competencia en el mercado de datos:

“43. No se consideró que el hecho que el servicio de reparto a domicilio no hubiera sido comercializado de manera separada excluyera, desde el comienzo, la posibilidad de distinguir un mercado separado”.

“44. Resulta así, como ha expuesto el Abogado General en los puntos 56 a 59 de su Opinión, que, para la aplicación de la jurisprudencia anterior, es suficiente que pueda identificarse un mercado potencial o incluso uno hipotético. Sucede así cuando los productos o servicios son indispensables para desarrollar una actividad determinada y existe una demanda efectiva de ellos por parte de las empresas que pretenden desempeñar la actividad para la que son indispensables”.

“45. Por consiguiente, es decisivo que puedan identificarse dos fases de producción distintas, y que ellas estén interconectadas, de modo que el producto aguas arriba sea un elemento indispensable para el suministro del producto aguas abajo”.

“46. Trasladado a los hechos del asunto principal, dicho planteamiento obliga a considerar si la estructura Brick 1860 constituye, aguas arriba, un elemento indispensable en el suministro aguas abajo de datos sobre las ventas de productos farmacéuticos en Alemania”.

“47. Corresponde a la corte nacional establecer si se cumple esta hipótesis y, en su caso, examinar si la negativa de *IMS* a conceder una licencia para usar la estructura de que se trata puede excluir toda competencia en el mercado del suministro de datos sobre las ventas regionales de productos farmacéuticos en Alemania”.

Luego, la Corte prosigue con el análisis de la primera condición, esto es, que se impida el surgimiento de un producto nuevo. Al respecto, afirma que el derecho de la libre competencia sólo puede prevalecer frente a un derecho de propiedad intelectual cuando una negativa de licenciar impide el desarrollo de un mercado secundario en detrimento de los consumidores. En consecuencia, tal negativa no será abusiva si busca impedir una mera duplicación de los bienes ofrecidos en el mercado secundario por el titular del derecho de propiedad intelectual, pero sí lo será en caso que aquella tenga por finalidad limitar el surgimiento de un producto nuevo para el cual existe una potencial demanda. Esta es una cuestión de hecho que debe ser determinada por los tribunales nacionales:

“48. Como señaló el Abogado General en el punto 62 de su Opinión, este requisito responde a la consideración de que, en el balance entre el interés relativo a la protección del derecho de propiedad intelectual y a la libre iniciativa económica de su titular, por una parte, y el interés en la protección de la libre competencia, por otra, este último sólo puede prevalecer si la negativa a otorgar una licencia impide el desarrollo del mercado derivado en perjuicio de los consumidores”.

“49. Por consiguiente, la negativa de una empresa que ocupa una posición dominante a permitir el acceso a un producto protegido por un derecho de propiedad intelectual, siendo que ese producto es indispensable para operar en un mercado derivado, sólo puede considerarse abusiva en el caso de que la empresa que ha solicitado la licencia no pretenda limitarse, esencialmente, a reproducir productos o servicios que ya ofrece en el mercado derivado el titular del derecho de propiedad intelectual, sino que tenga la intención de ofrecer productos o servicios nuevos que el titular no ofrece y respecto a los cuales existe una demanda potencial por parte de los consumidores”.

“50. Corresponde a la corte nacional determinar si es éste el caso en el asunto principal”.

Finalmente, la Corte analiza la condición segunda, relativa a la justificación de la negativa, limitándose a indicar que es un aspecto que debe ser examinado por los tribunales nacionales:

“51. En cuanto a esta condición, cuya interpretación no ha sido objeto de observaciones específicas, corresponde a la corte nacional examinar, en su caso, teniendo en cuenta los elementos que se han presentado ante él, si la negativa dada a la solicitud de licencia de utilización está justificada o no por consideraciones objetivas”.

(c) Algunos comentarios.

El caso *IMS*, tal como *Magill* y *Bronner*, es muy relevante, y posee varios aspectos destacables. Al igual que esos casos, trata de manera especial (aunque más directa) la relación entre derechos de propiedad intelectual y la libre competencia, en especial respecto de la negativa de pactar y la

doctrina de las facilidades esenciales. Por ello, el caso generó gran controversia desde sus inicios, tanto en Europa como en Estados Unidos.³²³

Nótese, en primer término, que el fallo de *IMS* se sostiene poco en sí mismo. Por una parte, la Corte “devuelve” la mayor parte de las decisiones a la corte nacional, sin dar ninguna indicación sobre si los requerimientos se satisfacían o no en este caso; en *Bronner*, por el contrario, quedó absolutamente claro que las condiciones allí fijadas no eran satisfechas. Por otra parte, la sentencia da pocas luces sobre la situación de hecho subyacente. Es necesario leer la decisión de la Comisión para apreciar que el problema era realmente que *IMS* poseía un derecho de autor “débil” (al igual que las empresas televisivas en el caso *Magill*). En tal sentido, el fallo responde a más la necesidad de prevenir la explotación de derechos de propiedad intelectual “inmeritorios”.³²⁴

En segundo término, las “circunstancias excepcionales” son ciertamente el aspecto más discutido del fallo.³²⁵ Si bien se desprende de lo señalado por la Comisión que las condiciones establecidas en el caso *Magill* no son copulativas (especialmente por lo señalado en el párrafo 180 de su fallo), la Corte establece con claridad tres circunstancias copulativas que deben darse para calificar una negativa de licenciar como abuso (de hecho establece que esto es “claro en la jurisprudencia”, lo cual es al menos discutible a la luz de los planteamientos de la doctrina). Al valorarlas, señala en sus párrafos 29 y 30, se debe tener en consideración que la posición dominante puede haber dependido de la participación de los usuarios, quienes están “cautivos” de una estructura que resulta de difícil ruptura para un nuevo operador.

Especialmente discutidas han sido las circunstancias relativas al impedimento de introducir un nuevo producto en el mercado y la indispensabilidad. Respecto de la primera, se ha criticado el hecho que las demás empresas no pretendían desarrollar un nuevo producto, sino utilizar la estructura *Brick 1860* o una similar. La Comisión estableció en su decisión que los reportes de ventas de las firmas “difieren en gran medida”, lo cual no parece suficiente para satisfacer la condición de novedad. Por esto, a muchos les pareció que la Comisión estaba yendo en ayuda de un competidor horizontal en el mercado primario y obligando a *IMS* a compartir una ventaja

³²³ Recuérdese que *IMS* es una gran compañía norteamericana.

³²⁴ TURNER: “Defining...”, cit. en nota 92.

³²⁵ Henrik MEINBERG (“From Magill to IMS Health: The New Product requirement and the diversity of Intellectual Property Rights”. En: *European Competition Law Review*, vol. 28[7], 2006, pp. 398) indica que cuando el pronunciamiento de la Corte fue conocido, la decepción se extendió en la comunidad jurídica, la cual había esperado un pronunciamiento más claro que contribuyera a la seguridad jurídica. En lugar de ello, la Corte dictó una sentencia que prácticamente llevó de vuelta la discusión legal a los niveles de 1995, el año en que el famoso caso *Magill* fue sentenciado. La pregunta sobre cómo las circunstancias excepcionales son definidas y podrían servir como un mecanismo para balancear los derechos de propiedad intelectual y el derecho a la libre competencia no está aún respondida.

competitiva.³²⁶ Quizás por ello la Corte menciona expresamente que el derecho de la libre competencia sólo estará sobre el derecho de autor en aquellos casos en que el uso de éste implique un detrimento a los consumidores (parágrafo 48).

Respecto a la “indispensabilidad”, recuérdese que el caso *Bronner* fue muy estricto al exigir que para requerir una licencia se deben ofrecer nuevos bienes o servicios para los cuales existe una demanda potencial de los consumidores. Esta es una cuestión de hecho que debe ser dilucidada en cada caso concreto. A este respecto, debe mencionarse que la Comisión, al levantar sus medidas provisionales en agosto del año 2003, señaló que su decisión era sin perjuicio de si este avance tenía como causa el fallo de la *Oberlandesgericht* sobre el derecho de autor. Si esto es así, surgen dudas sobre qué tan indispensable era la estructura *Brick 1860*. Aplicando los principios fijados tanto en el caso *IMS* como en *Bronner*, todo se traduce en determinar de la indispensabilidad.

Fuera de esas condiciones, la Corte se abocó más a indagar si el desarrollo de un mercado secundario era o no afectado. La Comisión había estimado que existían efectivamente dos mercados, pero a la Corte le bastó con afirmar -sin entrar al punto- que es suficiente identificar un mercado aguas arriba “potencial o hipotético” (parágrafo 44). Por cierto, la pregunta que surge de inmediato es qué tan hipotético puede ser un mercado. Ello sólo requeriría identificar, por ejemplo, dos etapas diferentes de producción. De hecho, existen pocos procesos de producción que no puedan ser divididos como en *IMS*, y así cualquier aspecto protegido por un derecho de propiedad intelectual podría sobre esta base formar un mercado separado aguas arriba.³²⁷

En *IMS*, el mercado aguas arriba era muy “artificial”: *IMS* desarrollaba la estructura *Brick 1860* para producir sus propios reportes de ventas.³²⁸ Diferente era la situación en *Magill*, donde las listas de televisión existían como un producto derivado de las actividades de los medios de comunicación y habrían conformado un mercado independiente de si los medios publicaban o no sus propias revistas.

³²⁶ KORAH (“The interface...”, cit. en nota 98) indica que la decisión de la Comisión extendió la ley más allá de lo que permitían los precedentes.

³²⁷ Al respecto, CAPOBIANCO (“The essential...”, cit. en nota 254: 555) critica que ya la Comisión, al adoptar su medida cautelar, había impuesto un deber de pactar no para actuar en el mercado aguas abajo, sino para hacerlo en el mismo mercado que el titular del recurso.

³²⁸ JONES y SUFFRIN (*EC Competition...*, cit. en nota 45) indican que, en este punto, *IMS* puede ser comparado con el fallo de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos en el caso *Trinko*, en el cual el hecho que “los servicios que supuestamente no son concedidos no son de otra manera comerciables o disponibles para el público” y que ellos existían “sólo en los *deep bowels* de *Verizon*” fue un factor para sostener que la negativa de pactar era contraria a derecho.

En definitiva, la Corte dictó un fallo que fijó los principios que gobiernan el licenciamiento obligatorio en términos generales, lo cual tiene -según muchos- el potencial de reducir el valor de los derechos de propiedad intelectual y, con ello, desincentivar la innovación. No obstante, este fallo puede también enfocarse desde otro punto de vista; después de todo, el vaso siempre puede estar medio lleno o medio vacío. En efecto, podría afirmarse que la Corte “se cuadró” firmemente al lado de quien detenta un derecho de propiedad intelectual, ratificando que hay una presunción en el sentido que la denegación de licencia no constituye abuso, salvo en “circunstancias excepcionales”.³²⁹

B. DECISIONES DE LA COMISIÓN Y DE LA CORTE DE PRIMERA INSTANCIA.

1. *IBM* (1984).³³⁰

(a) Antecedentes.

En 1984, IBM era el fabricante de computadores más grande del mundo. En ese entonces, otros fabricantes de menor tamaño dedujeron un reclamo en su contra ante la Comisión, sosteniendo que IBM abusaba de su posición dominante en el mercado de la fabricación de computadores al no proveerlos, en tiempo oportuno, de la información relativa a la interfase requerida para permitir que sus productos -que competían con los del dominante- pudieran operar con el Sistema/370 de IBM.

(b) La decisión del caso.

La Comisión consideró que IBM ostentaba una posición dominante en el suministro de dos productos claves para computadores que operaban con el Sistema/370: la CPU y el sistema operativo. Sin embargo, IBM llegó a un acuerdo con la Comisión en virtud del cual aquella, sin admitir que era dominante ni que había actuado abusivamente, se comprometía a revelar oportunamente la información sobre la interfase necesaria para permitir que las compañías que competían con ella en la Comunidad Europea pudieran lograr que sus diseños de productos, tanto de hardware como de software, fuesen compatibles con el Sistema/370.

(c) Algunos comentarios.

³²⁹ En este último sentido, TURNER: “Defining...”, cit. en nota 92.

³³⁰ *IBM Personal Computers*, OJ [1984] L 118/24, [1984] 2 CMLR 342.

Este caso es algo diferente de los demás fallados por los tribunales europeos. La doctrina derivada del caso *Commercial Solvents* es normalmente aplicada en aquellos casos en que la empresa dominante está integrada verticalmente y provee de un insumo esencial al mercado aguas abajo. Aquí, en cambio, la relación entre IMB y sus competidores era “horizontal”. En efecto, los fabricantes de computadores que competían con ella necesitaban que ésta les proporcionara la información necesaria para confeccionar productos compatibles con el Sistema/370.

Fuera de esto, el precedente es importante por otro aspecto. Se trata de uno de los primeros casos relativos al derecho de propiedad intelectual sobre la interfase y la consideración de éste como un insumo esencial. Este tema adquirirá una enorme relevancia poco más de una década después, a raíz del caso *Microsoft*.

2. *London-European/Sabena* (1988).³³¹

(a) Antecedentes.

La línea aérea belga *Sabena* era la operadora dominante en el mercado de servicios de reservas computacionales de pasajes en Bélgica. A pesar de contar con capacidad de sobra, se negó a darle acceso a su sistema computacional a una línea aérea competidora, *London-European*. Esta última presentó el caso ante la Comisión.

(b) La decisión del caso.

En primer término, la Comisión consideró el mercado relevante en dos facetas: por una parte, la provisión computarizada de servicios de reservas por parte de un operador de estos sistemas a uno o más empresas de transporte aéreo y, por otra, el suministro de tales sistemas por ese operador a las agencias de viaje (parágrafos 13-15). Para determinar una posible infracción al artículo 82, la Comisión estimó que era necesario establecer si *Sabena* tenía una posición dominante en ambos segmentos, los que en conjunto constituían un solo mercado relevante.

Mediante el análisis de las cuotas de mercado en los dos segmentos, concluyó que efectivamente *Sabena* detentaba una posición de dominio en el mercado relevante. A continuación dio por probado que el acceso al sistema computarizado de reservas era

³³¹ *London-European/Sabena*, OJ [1988] L 317/47, [1989] 4 CMLR 662.

“[...] de importancia capital para todas las compañías que buscaban operar competitivamente en el mercado belga” (párrafo 26).

Dado esto, concluyó que la negativa de pactar constituía un abuso de la posición de dominio detenida por la demandada, ya que a través de esa conducta ella presionaba a *London-European* a retirarse de la ruta Londres-Bruselas, o bien, a subir los precios del mercado. La Comisión sostuvo que la conducta de *Sabena* podía ser vista como un deseo de limitar producción, los mercados o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores, contrariando en artículo 82 (b) del Tratado; y como una aplicación de una atadura que infringiría el artículo 82 (d), pues se castigaba a *London-European* por no usar los servicios terrestres del aeropuerto de *Sabena*. Por esto último, la Comisión requirió a la empresa dominante compartir sus facilidades con su competidor.

(c) Algunos comentarios.

Este caso es especialmente importante respecto de dos temas. Primero, en relación con el mercado relevante: cuando éste se compone de diversos segmentos, la dominancia debe ser establecida en todos y cada uno de ellos. Segundo, en relación con los clientes: lo fallado demuestra que no debiera existir diferencia entre un cliente existente y uno nuevo.

Con todo, debe tenerse presente que lo relevante no es la protección de un cliente que depende de los suministros de un proveedor que detenta una posición de dominio, sino la protección de la competencia en el mercado relevante. Por esto, VENIT y KALLAUGHER sostienen que la decisión en este caso fue errada, pues la Comisión no atendió a la posición de *Sabena* en el mercado de las aerolíneas para determinar si la potencial exclusión de *London-European* del mercado hubiese tenido un impacto significativo o hubiera producido un daño a la competencia en el mercado relevante. Como en otros casos, podría considerarse que en éste la Comisión buscó proteger a un competidor.³³²

En lo que respecta al deber de pactar de una compañía dominante, éste es visto por la Comisión en forma amplia, lo que concuerda con la jurisprudencia de la época. Esta es una posición que, como se ha reiterado, sería posteriormente revisada y acotada por la Corte de Justicia en casos como *Bronner* y que, de acuerdo a BACHES, la futura jurisprudencia europea deberá clarificar de mejor manera.³³³

³³² VENIT y KALLAUGHER: “Essential...”, cit. en nota 141, p.333.

³³³ BACHES: “The application...”, cit. en nota 78, p.435.

3. *Sealink* (1992).³³⁴

(a) Antecedentes.

La compañía inglesa *Sealink Harbours Ltd.* era la dueña y operadora del puerto *Holyhead*, ubicado en el norte de Gales. Asimismo, prestaba servicios de ferry en la ruta del “corredor central” entre Gales e Irlanda.

Un operador de ferries competidor, la irlandesa *B&I*, quien utilizaba el puerto de *Holyhead*, pero hacía uso un muelle particular (el *Admiralty Pier*), denunció ante la Comisión que *Sealink* había organizado sus horarios de salida de tal manera que le ocasionaba graves interrupciones en sus servicios de carga y descarga, además de provocarle molestias a sus pasajeros.

En efecto, según explicó *B&I* a la Comisión, cada vez que los ferries de *Sealink* pasaban por su muelle cerca de sus barcos, el movimiento y turbulencia de agua le significaba tener que cesar sus actividades de carga y descarga tanto de pasajeros como de mercancías por motivos de seguridad. Hasta 1991 esta situación se producía por el paso de un solo buque, pero en octubre de ese año *Sealink* le comunicó que a contar de 1992 dos buques coincidirían con el proceso de carga y descarga del ferry de *B&I*, lo que reduciría ostensiblemente su tiempo para esas actividades.

(b) La decisión del caso.

La Comisión estimó que existía *prima facie* una situación de abuso por parte de *Sealink*, quien gozaba de una posición de dominio en el mercado del lado británico de las “facilidades esenciales” de puerto para los servicios de ferry en la ruta del “corredor central” entre Gales e Irlanda. Una empresa titular de tales facilidades, sostuvo, no podía otorgar a un competidor condiciones más desfavorables que para sí misma. Por ello, adoptó como medida provisional que *Sealink* debía volver a su horario programado anterior, con el fin de evitar interrupciones durante las operaciones de carga y descarga de *B&I*. Asimismo, definió lo que entendía por tales facilidades:

“41. Una empresa dominante que es dueña o controla y usa para sí misma una facilidad esencial (esto es, instalaciones o infraestructuras sin acceso a las cuales los competidores no

³³⁴ *Sealink/B&I Holyhead: Interim Measures*, [1992] 5 CMLR 255. La decisión de la Comisión no fue publicada en un principio, sino comunicada a las partes. Sólo se da cuenta de ella en una nota de prensa de la Comisión (IP/92/478, de 11 de junio de 1992) y se le menciona en el documento “*EC Competition Policy Newsletter*”, 1/1, de 1994, página 14. A diferencia de los otros casos, los hechos aquí presentados han sido tomados de diversas fuentes doctrinales.

pueden prestar servicios a sus clientes), y que niega a otras empresas el acceso a la misma sin razón válida o se lo concede únicamente en condiciones menos favorables que aquellas de que disfrutaban sus propios servicios, poniendo así a sus competidores en una desventaja competitiva, infringe el artículo 86 [82] si se cumplen las otras condiciones de dicho artículo...[aquí la Comisión cita los casos *Commercial Solvents*, *Télémarketing*, *Volvo*, *Elliniki*, *Magill* y *RIT*; y sus propias decisiones en *National Carbonising*, *Sabena* y *British Midland*.]

Una compañía en posición dominante no puede discriminar en favor de sus propias actividades en un mercado relacionado (Caso C-26/89 *Ellinik Radiophonia*, párrafos 37-38)... El propietario de una facilidad esencial que utiliza su poder en un mercado reforzar su posición en otro mercado relacionado, en particular, concediéndole el acceso a un competidor en condiciones menos favorables que aquellas de que disfrutaban sus propios servicios, infringe el Artículo 86 [82] cuando impone una desventaja competitiva sobre sus competidores sin una justificación objetiva”.

(c) Algunos comentarios.

Como se señaló, en este caso se hace la primera referencia expresa y clara a la doctrina de las facilidades esenciales en el derecho comunitario. En la primera frase del párrafo 41 la Comisión sienta las bases de cuándo el dueño de una facilidad esencial debiera proveerle a su competidor acceso a ella en términos no discriminatorios.

En efecto, la Comisión argumenta que, reuniéndose las condiciones previstas en el artículo 82 del Tratado, si una empresa ostenta una posición dominante en la provisión de una “instalación esencial” y le niega a otras empresas el acceso a esta instalación sin ninguna razón objetiva o razonable, o bien sólo permite el acceso en condiciones menos favorables que las que ella se reserva para sus propios servicios, comete una infracción a la libre competencia, de acuerdo a lo dispuesto por el señalado artículo. La Comisión define una facilidad esencial como una instalación o infraestructura sin cuyo acceso los competidores no pueden proveer servicios a sus clientes.

De este modo, a pesar que la decisión del caso se adoptó sólo con carácter de medida provisional, que no fue apelada ante la Corte de Primera Instancia y que, por tanto, nunca hubo una decisión final al quedar la disputa zanjada, el caso fue de una importancia considerable: demostró que la Comisión estaba preparada para aplicar la doctrina derivada del caso *Commercial Solvents* a las llamadas facilidades esenciales.³³⁵ De hecho, durante los años siguientes a este fallo ha sido invocado para determinar la extensión de la doctrina y sus limitaciones. La propia Comisión desarrollaría posteriormente ese tema en tres decisiones más relativas a puertos.³³⁶

³³⁵ WHISH: *Competition...*, cit. en nota 34, pp. 616-617.

³³⁶ Se trata de los casos *Sea Containers* (citado en nota 346), *Port of Rodby* (citado *supra*, nota 337) y *Morlaix (Port of Roscoff. Irish Continental Group v. CCI Morlaix*, [1995] 5 CMLR 177. Los hechos que se presentan a continuación en esta nota han sido tomados de VILLAR (*Las instalaciones...*, cit. en nota 10, p.56, nota 26). En este último, el *Irish Continental Group* (ICG) quería operar un servicio de *ferries* desde Irlanda a Bretaña, en Francia,

En lo que respecta a la decisión, nótese que ella depende en gran medida del mercado relevante. La Comisión notó que existían tres corredores para rutas más cortas por mar entre Gran Bretaña e Irlanda; cada una de ellas servidas por distintas empresas. La Comisión definió el mercado aguas arriba como la provisión de facilidades de puerto para pasajeros y servicios de ferry en la ruta del “corredor central”. Sin embargo, como había considerado que el mercado aguas abajo eran todos los cruces cortos entre Gran Bretaña e Irlanda, no debiera haber definido el mercado aguas arriba de manera tan restringida. De no haberlo hecho, la facilidad en ese caso no hubiera sido calificada de esencial.

4. *Port of Rodby* (1993).³³⁷

(a) Antecedentes.

Euro-Port A/S, filial del grupo sueco *Stena*, solicitó al ministerio de transporte de Dinamarca un permiso para construir un puerto comercial privado adyacente al Puerto de *Rodby*. Posteriormente pidió también autorización para operar dentro del citado puerto público. Sus dos peticiones fueron rechazadas.

La línea marítima entre *Rodby*, en Dinamarca, y *Puttergarden*, en Alemania, era la ruta que poseía mayores ventajas comparativas a objeto de comunicar por mar el sur a Dinamarca con Alemania y Europa Oriental. Si bien existían rutas alternativas de transporte, esa ruta era mejor porque ambos puertos eran accesibles por autopistas y la duración de la travesía era de sólo una hora (frente a las dos horas que demoraba el trayecto entre *Gedser-Warnemünde*, y las tres horas y media que tomaba el viaje entre *Gedser* y *Rostock*). Por su parte, el transporte aéreo era sustituto sólo en pequeña medida, pues era limitado al transporte de pasajeros y carga en pocas cantidades.

La ruta *Rodby-Puttergarden* era explotada en común exclusivamente por dos empresas, *Deutsche Bahn (DB)* y *DBS*, siendo esta última la empresa pública titular y gestora del puerto de *Rodby*, y en tal calidad detentaba derechos exclusivos sobre el mismo.

Euro-Port accionó ante la Comisión en contra de ambas empresas.

para lo cual necesitaba acceso al puerto de *Roscoff*. Dicho puerto era manejado por la Cámara de Comercio *CCI Morlaix*, un órgano administrativo francés al que se le había otorgado una concesión por parte del Estado francés para tal propósito. A diferencia de *Sealink* (y, como se verá, de *Port of Rodby*), *CCI Morlaix* no operaba ferries por sí misma, pero detentaba una participación de 5% en la compañía *Britanny Ferries*, quienes en ese tiempo operaban el único ferry que corría desde Irlanda hacia Bretaña. La Comisión sostuvo que el comportamiento de *CCI Morlaix* en las negociaciones para el acceso conllevaba a una negativa de otorgar acceso y que dicha conducta habría sido un abuso incluso si la autoridad no hubiera tenido interés alguno en *Britanny Ferries*.

³³⁷ OJ [1994] L 55/52. Decisión de la Comisión 94/119/CE, de 21 de diciembre de 1993.

(b) La decisión del caso.

En primer lugar, en su decisión la Comisión hace referencia al mercado relevante. Al respecto, separó la organización por parte del gobierno danés de las operaciones portuarias para los servicios de transbordadores en la ruta *Rodby-Puttergarden* de los servicios de transporte marítimo entre esos dos puertos. Señaló luego que este último es un mercado próximo, pero claramente diferente del primero.³³⁸

Enseguida la Comisión interrelaciona estos mercados, señalando en su párrafo 7 que:

“[...] si un operador desea ofrecer un servicio de transporte en una ruta marítima determinada, el acceso a las instalaciones portuarias de ambos lados es para él una condición indispensable para la realización de aquél”.

Aplicando expresamente la doctrina de las facilidades esenciales, la Comisión concluye que la negativa dada a *Euro-Port* para operar en el puerto de *Rodby* tiene por efecto eliminar a un posible competidor de la línea marítima con *Puttergarden* y, por tanto, reforzar la posición dominante que detentan *DBS* y *DB* (párrafo 12). La Comisión señala:

“[...] una empresa que posee o gestiona y a la vez utiliza una instalación esencial, es decir, una instalación o infraestructura sin la cual las empresas de la competencia no podrían ofrecer sus servicios al público, y que les niega el acceso a dicha instalación, está abusando de su posición dominante”.

“[...] Una empresa que posee o gestiona una instalación portuaria esencial desde la cual ofrece sus servicios de transporte marítimo no puede, sin infringir el artículo 86 [82] del Tratado, negar sin justificación objetiva el acceso de un armador que desee operar en la misma ruta marítima dicha instalación”.

La Comisión comprobó que las instalaciones del Puerto de *Rodby* no estaban saturadas, y añadió que incluso si éste fuera el caso, la introducción de competencia se traduciría en una mejora de la calidad de los servicios y/o en una disminución de precios, beneficiando a los consumidores. Fuera de ello, la Comisión descartó la existencia de otros intereses públicos dignos de protección, los cuales, por lo demás, no habían sido explicitados por ninguna de las partes.

En virtud de estas consideraciones, la Comisión ordenó al gobierno danés permitir la construcción de un nuevo puerto o autorizar a *Euro-Port* a operar en el puerto de *Rodby*.

³³⁸ Aquí la Comisión se remitió a una sentencia previa de la Corte en el caso *Puerto de Génova* (C-179/90, sentencia de fecha 10 de diciembre de 1991; *Merci convenzionali porto di Genova SpA v. Siderurgica Gabrielli*, [1991] ECR I 5889, [1994] 4 CMLR 422) donde la organización de servicios portuarios fue establecida por primera vez como un mercado de servicios diferenciados.

(c) Algunos comentarios.

Nótese que el criterio utilizado por la Comisión para definir las instalaciones esenciales es distinto del utilizado en *SeaContainers*. En este caso, aunque se acoge la misma idea, el criterio parece basarse en una sentencia previa de la Corte recaída en el caso *Télémarketing*.³³⁹ Para alguno, esto demuestra en parte que la doctrina de las facilidades esenciales carece de entidad separada del abuso de posición dominante, pues este caso se refiere estrictamente a esa materia.

Además, se debe tener en cuenta que, también en virtud de lo sostenido en *Télémarketing*, la posición de dominancia de *DBS* era en este caso indiscutible. Allí la Corte declaró que una firma que detenta un monopolio legal en un determinado servicio puede de todos modos estar sometida al escrutinio del artículo 82 del Tratado. En este caso *DBS* no sólo prestaba servicios marítimos, sino que era la autoridad portuaria operadora del Puerto de *Rodby*, por lo que la Comisión consideró que la negativa de acceso al puerto era una extensión ilegítima de su monopolio.

5. *Aer Lingus* (1993).³⁴⁰

(a) Antecedentes.

Aer Lingus era la aerolínea dominante en la ruta Londres (aeropuerto de Heathrow)- Dublín.

Ella se negó a celebrar un “acuerdo de interlínea” (*interlining*) con un nuevo competidor recientemente interesado en dicha ruta, *British Midland*. Estos acuerdos son una práctica estándar en la industria del transporte aéreo, cuyo objeto es la venta de servicios entre las aerolíneas autorizadas.³⁴¹ Las razones de la negativa se ven claramente reflejadas en una nota de prensa de la época, en la que *Aer Lingus* dijo: “Nos hemos establecido como la vía dominante en la ruta entre las dos capitales y queremos permanecer así [...]. *British Midland* no tiene los

³³⁹ En ese caso la Corte señaló que: “el hecho de que una empresa que ocupa una posición dominante en un determinado mercado se reserve, sin justificación objetiva, una actividad auxiliar que podría ser ejercida por una tercera empresa en un mercado próximo, pero diferente, con el riesgo de eliminar la competencia de dicha empresa, constituye un abuso de posición dominante” (caso citado *supra*, nota 246, sentencia de fecha 3 de octubre de 1985, parágrafo 27).

³⁴⁰ Caso *British Midland/Aer Lingus*, [1992] OJ L 96/34, [1993] 4 CMLR 596.

³⁴¹ El sistema de acuerdos de interlínea es operado por IATA (*Internacional Air Transport Association*) a través de un acuerdo multilateral en el que las líneas aéreas interesadas pueden hacerse parte. Como resultado, se puede emitir un ticket que comprenda segmentos que deben ejecutarse por diferentes aerolíneas. La aerolínea que emitió el billete cobra el precio por todos los segmentos al pasajero y paga la tarifa correspondiente a la línea que efectuó el transporte. Así, el sistema le permite a un pasajero usar un ticket emitido por una determinada aerolínea y retornar en otra.

recursos para ofrecer la misma frecuencia o servicio, por lo que quieren que nosotros les proveamos de producto a través de un acuerdo de interlineado” (parágrafo 7).

De acuerdo a *British Midland*, la negativa de *Air Lingus* le impedía competir efectivamente en el mercado, por lo que accionó ante la Comisión.

(b) La decisión de la Comisión.

La Comisión sostuvo que *Aer Lingus* efectivamente tenía una posición dominante en la ruta Londres (Heathrow)-Dublín, y que su negativa a suscribir un acuerdo de interlínea constituía un abuso de esa posición. En sustento de su fallo, afirmó que la empresa no había dado razones comerciales objetivas para justificar la negativa e incluso que era improbable que estas existieran:

“26. Tanto la negativa a participar en nuevos acuerdos de combinación de pasajes, como la retirada de un acuerdo ya existente pueden, dependiendo de las circunstancias, obstaculizar el mantenimiento de la competencia. El surgimiento de un deber de participar en un acuerdo de interlínea dependerá de los efectos que la negativa a interlinear tenga sobre la competencia; este deber existiría especialmente cuando la negativa o la retirada del acuerdo por una línea aérea dominante pueda objetivamente tener un impacto significativo en la capacidad de otras aerolíneas de iniciar un nuevo servicio o mantener uno existente, teniendo en cuenta el efecto sobre sus costos e ingresos en relación con el servicio en cuestión; y cuando la empresa dominante no puede ofrecer una justificación objetiva de índole comercial para su negativa (tales como su preocupación por la solvencia), más que su deseo de no ayudar a este posible competidor. No es probable la existencia de tal justificación cuando la compañía en cuestión niega la combinación [de pasajes] a una empresa, con la que previamente mantenía un acuerdo, tras la entrada de esta última en una ruta importante, ruta en la que la dominante sigue aceptando la combinación con otras competidoras”.

Como medidas, la Comisión impuso a *Air Lingus* una multa, además de ordenarle interlinear con *British Midland* en la ruta Heathrow-Dublín por dos años.

(c) Algunos comentarios.

En primer término, en cuanto al mercado relevante respecta, nótese que este caso la negativa de venta afectaba la competencia en el mercado donde existía la posición dominante y no en el mercado aguas abajo. Es decir, a diferencia de la mayor parte de los casos analizados, tanto la posición de dominio como el abuso y el beneficio para el dominante se manifiestan en este caso en un mercado único.

Luego, en cuanto al fondo, la Comisión dejó en claro que no deben condenarse las negativas de interlinear *per se*, sino sólo cuando éstas causan efectos significativos en la competencia y no

cuentan con una justificación objetiva. En este caso, el ánimo de excluir a un competidor no fue considerado dentro de estas justificaciones.

Sin embargo, la decisión es al menos discutible. En los hechos, la negativa de *Aer Lingus* no hubiera tenido como efecto una salida de la ruta por parte de *British Midland*, por lo que el efecto competitivo es difuso.³⁴² De este modo, el caso *Aer Lingus* ilustra bien que no importa si el nuevo competidor es un jugador poderoso en otro mercado.³⁴³ Por lo demás, *Aer Lingus* resultó ser dominante únicamente en razón de la estrecha definición del mercado relevante; de hecho, su participación era insignificante en el extenso mercado europeo de las líneas aéreas. En consecuencia, el razonamiento de la Comisión en este caso demuestra que su decisión estuvo guiada más por el deseo de ordenar la cesación de una conducta tras la cual había una clara intención de excluir a un competidor.

Pero más allá de estas consideraciones, JONES y SUFFRIN explican que es necesario contextualizar este caso como parte de la política de la Comisión para liberalizar el sector del transporte aéreo europeo, tal como ella explicitó en su “Reporte de Políticas de Competencia 1992” (*1992 Report on Competition Policy*).³⁴⁴

“218. This decision is evidence of the Commission’s determination to act against airlines holding dominant positions, if they attempt to prevent the development or maintenance of competition. At a time where when the European air transport industry is being liberalized, airlines making use of the new opportunities for competition should be given a fair chance to develop and sustain their challenge to established carriers. Airlines holding dominant positions should not penalize this competition. They should not withhold facilities which the industry traditionally provides to all other airlines, and they should take care to compete strictly on the merits of their own services”.

Finalmente, en términos de la doctrina materia de este estudio, sería difícil calificar a un acuerdo de interlínea como una facilidad esencial, pues precisamente no era “esencial” para las operaciones del competidor.³⁴⁵ Sin embargo, el caso tiene relevancia para efectos de negativa de pactar y muestra como el ámbito de aplicación de ésta es mayor al de la doctrina de las facilidades esenciales.

6. *Sea Containers* (1994).³⁴⁶

(a) Antecedentes.

³⁴² Véase en WHISH (*Competition...*, cit. en nota 34) un análisis de este caso desde el punto de vista de los costos de cambio.

³⁴³ Una situación similar se presentó en el caso *Irish Sugar plc v. EC Commission* (C-497/99P), en el cual la empresa dominante en Irlanda trató de excluir del mercado irlandés al proveedor dominante francés.

³⁴⁴ JONES y SUFFRIN: *EC Competition...*, cit. en nota 45.

³⁴⁵ En este sentido, véase lo afirmado por la Corte en el caso *Bronner*.

³⁴⁶ Caso *Sea Containers Ltd/Stena Sealink*, [1994] OJ L 15/8, [1995] 4 CMLR 84.

Stena Sealink Ports era dueña y operadora del puerto de *Holyhead* en Gales.³⁴⁷ Una de sus subsidiarias operaba servicios de ferry desde el mismo puerto hacia Irlanda, en la ruta llamada “corredor central” entre ese país y Gran Bretaña (*Dublín* y *Dun Laoghaire* en Irlanda y *Holyhead* en Gales).

Sea Containers Ferries Ltd. era una compañía de transporte marítimo de pasajeros y mercancías que pretendía instalarse en el puerto y empezar a operar en la misma ruta que la subsidiaria de *Sealink*, pero a mayor velocidad, a través de un catamarán liviano llamado “*SeaCat*” que transportaría pasajeros y vehículos. Para ello, en 1992 inició tratativas con *Sealink*, quien luego de afirmar que no estaba de acuerdo con los términos de acceso que *Sea Containers* le proponía, lo que le otorgó a ésta, con carácter provisional, horarios disponibles muy distintos a los solicitados.

Ante el retardo de las negociaciones, en abril de 1993 *Sea Containers* presentó un reclamo ante la Comisión. En mayo *Sealink* anunció un nuevo servicio de transbordador en el corredor central. Sin embargo, a finales de ese año ambas compañías llegaron a un acuerdo antes que la Comisión se pronunciara sobre el reclamo. En virtud del mismo, *Sealink* se comprometía a otorgar acceso al puerto en términos razonables y no discriminatorios.

No obstante, la Comisión siguió adelante con la investigación por petición de la propia *Sealink* y del Reino Unido, adoptando una decisión formal “en orden de clarificar la posición legal en beneficio de las compañías y otras partes interesadas” en casos futuros y situaciones similares.³⁴⁸

(b) La decisión del caso.

Concordante con el caso *Sealink* de 1992, la Comisión sostuvo que esta empresa detentaba una posición de dominio como autoridad portuaria del lado británico del “corredor central”, al cual identificó como el mercado geográfico relevante. El mercado del producto (de servicio) fue establecido como el suministro de instalaciones portuarias para la prestación de servicios de transporte marítimo de pasajeros y automóviles. Al ser *Holyhead* el único puerto en condiciones de ofrecer tales servicios, ser *Sealink* su exclusivo operador, y no ser ni económica ni

³⁴⁷ La compañía es la misma del caso *Sealink*, de 1992: hasta antes del 16 de noviembre se llamaba *Sealink Harbours Ltd.*

³⁴⁸ Decisión 94/19/EC, de 21 de diciembre de 1993.

materialmente viable la construcción de un puerto nuevo, quedó configurada la posición de dominio (parágrafos 63 y 64).³⁴⁹

En su calidad de dominante, -prosiguió la Comisión- su patrón de comportamiento era *prima facie* constitutivo de un abuso, sancionable bajo el artículo 82 del Tratado con medidas provisionales. Sin embargo, no dictó tales medidas en razón de los desarrollos que habían ocurrido en el tiempo intermedio (el acuerdo de ambas compañías).

Asimismo, en la declaración más relevante del fallo para los efectos de este estudio, agregó que el titular de una infraestructura calificada como esencial no puede impedir el acceso de un competidor que precisa de esa instalación para desarrollar su actividad, y tampoco le es permitido conceder el acceso en condiciones discriminatorias:

“66. Una empresa que detenta una posición dominante en la provisión de una facilidad esencial y hace uso de esa facilidad (esto es, una facilidad o infraestructura sin acceso a la cual los competidores no pueden proveer servicios a sus clientes), y que niega el acceso a otras compañías sin una justificación objetiva o da acceso a competidores sólo en términos menos favorables que los que mantiene para sus propios servicios, infringe el Artículo 82 si se cumplen las demás condiciones de ese artículo. Una empresa que tiene una posición dominante no puede discriminar en favor de sus propias actividades en un mercado relacionado. El dueño de una facilidad esencial que utiliza su poder en un mercado para proteger o fortalecer su posición en otro mercado relacionado, en particular, denegando otorgar acceso a un competidor, u otorgándoselo en condiciones menos favorables que aquellas dadas a sus propios servicios, imponiendo así una desventaja competitiva en sus competidores, infringe el Artículo 82”.

“67. Este principio tiene aplicación cuando el competidor que busca acceso a la facilidad esencial es un nuevo entrante al mercado relevante”.

Más tarde, la Comisión también definió el comportamiento que debiera tener una autoridad portuaria, señalando que al tomar sus decisiones ella debiera considerar los intereses de todos los afectados:

“75. La posición de la Comisión es que, en las circunstancias del presente caso, una autoridad portuaria independiente, que hubiera tenido, por cierto, un interés en incrementar las ganancias del puerto, hubiera al menos considerado si los intereses de los usuarios de los puertos existentes y propuestos podrían ser mejor reconciliados con una solución que implicara cambios modestos en la distribución de los tiempos de [uso del] espacio o en cualquier plan para el desarrollo del puerto. En situaciones como la presente, a menos que una solución sea considerada completamente y discutida con todos los intereses involucrados, es probable que una autoridad portuaria que no es independiente preferirá un acuerdo que minimice las inconveniencias para sí misma (especialmente en relación con sus propias operaciones como usuaria), pero que no necesariamente provee un acceso a nuevos entrantes en condiciones no discriminatorias. Si *Sealink*, al diseñar las varias versiones de su plan de desarrollo para el lado este, hubiera siempre consultado debidamente a SC [...], podría haber sido posible evitar la dificultad de conciliar el plan con los deseos de SC para las facilidades temporales allí [ubicadas]”.

³⁴⁹ El puerto de Liverpool fue descartado como sustituto por la Comisión, atendida la gran distancia que lo separa de *Holyhead*.

(c) Algunos comentarios.

Sin embargo, tal como señaló en su Reporte de Políticas de Competencia de 1993, respecto a este caso, cuando una compañía está en una posición como la de *Sealink*, no puede esperarse que cumpla satisfactoriamente con su deber de otorgar acceso sobre una base no discriminatoria para resolver su conflicto de interés de propietario y usuario. Esto a menos que adopte medidas para separar el manejo de la facilidad esencial del uso que hace de ella. Así, por ejemplo, podría tener diferentes empleados responsables de cada actividad; establecer códigos de prácticas no discriminatorias; instituir procedimientos de consulta que involucren otros usuarios de puertos; o pactar cláusulas de arbitraje independiente para la resolución de las controversias que se presenten.

Se debe notar que en este caso existía previamente competencia en el mercado aguas abajo, dada la presencia de dos operadores. La Comisión no responde aquí si la obligación de otorgar acceso debiera ser aplicada también cuando un nuevo entrante quiere utilizar la facilidad para actividades que no compiten con el dueño en el mercado aguas abajo, como hubiera sucedido si *Sea Containers* hubiese querido explotar una ruta en que *Sealink* no estaba presente; esta respuesta sólo la dará en otros casos.

Por otra parte, como se explicó en el Capítulo Primero, es indiferente la titularidad del bien a efectos de aplicar la doctrina de las facilidades esenciales: ella puede ser pública o privada. Del mismo modo, no es relevante el régimen jurídico que se aplique a la infraestructura esencial, sea dominio público o derecho de propiedad privada.

Finalmente, en lo que aquí más importa, este caso dice relación con el otorgamiento de acceso a un puerto que es considerado una facilidad esencial. Se puede concluir de esta decisión que un dueño de tal instalación debe explotarla independiente de su propio interés como usuario.

7. *Ladbroke* (1997).³⁵⁰

(a) Antecedentes.

Parí Mutuel Urbain Français (PMU) era una agrupación de interés económico formada por las principales sociedades francesas de carreras de caballos. Ella estaba exclusivamente encargada de organizar las apuestas fuera de los hipódromos, de acuerdo al sistema de apuestas mutuas,

³⁵⁰ Caso T-504/93, *Tiercé Ladbroke SA v. Commission* [1997] ECR II-923, [1997] 5 CMLR 309.

relativas a las carreras organizadas por las sociedades pertenecientes a la agrupación. En tal calidad, *PMU* era la titular de los derechos exclusivos para admitir apuestas en el extranjero relacionadas con las carreras efectuadas en Francia y para recibir las apuestas en ese país relacionadas con las carreras efectuadas en el extranjero. Por su parte, *Parí Mutuel International (PMI)* era una sociedad controlada por la anterior, que tenía la responsabilidad exclusiva de comercializar fuera de Francia las imágenes y las informaciones televisadas relativas a las carreras de caballos francesas.

Mediante un acuerdo, *PMU* cedió a *PMI* el derecho a comercializar las imágenes e informaciones en Alemania y Austria. En este contexto, *PMI* acordó otorgar los derechos exclusivos a la compañía alemana *DSV* para la transmisión de televisión de las carreras de caballos francesas en Alemania, pero con la prohibición de que comercializara las imágenes fuera de ese país.

Tiercé Ladbroke S.A. era una empresa que operaba locales de apuestas en Bélgica, donde detentaba la cuota más grande del mercado. En el marco de su negocio, sus locales tomaban apuestas de carreras de caballos corridas en el extranjero, incluyendo Francia. *Ladbroke* tenía la intención de transmitir en sus locales de apuestas en Bélgica tanto las imágenes como la información de las carreras de caballos que se corrían en Francia, por lo que entre 1989 y 1990 intentó adquirir una licencia para ello, primero de parte de *DSV* y luego de parte de *PMI*, quienes se negaron a otorgársela.

Dado lo anterior, *Ladbroke* reclamó ante la Comisión, señalando que las tres sociedades de carreras (*sociétés de courses*) –*PMU*, *PMI* y *DSV*– estaban abusando de su posición dominante colectiva en el mercado de la transmisión de imágenes e información de las carreras de caballo francesas, lo que vulneraba los términos del artículo 82 del Tratado. Además, señaló que el acuerdo existente entre las tres era un acuerdo restrictivo de la competencia contrario al artículo 81.

El reclamo de *Ladbroke* estaba basado, primero, en que el mercado geográfico estaba formado por toda la Comunidad Europea, o al menos por Francia, Alemania y Bélgica. Además, sostuvo que era técnicamente posible proveerle de imágenes a cambio del pago de un precio razonable; que, de hecho, *PMU* y *PMI* estaban a punto de licenciar estas imágenes a uno de los competidores de *Ladbroke* en el mercado belga; que la retransmisión de estas imágenes ya había sido autorizada en Francia y en Alemania; que la negativa de proveerle evitaba la introducción de un nuevo producto en el mercado relevante; y, que aun cuando las sociedades de carreras tenían derechos sobre estas imágenes, no estaban autorizadas para abusar de ellos.

La Comisión (en decisión de 24.06.93) rechazó el reclamo de *Ladbroke*, afirmando que el mercado geográfico relevante se limitaba únicamente al mercado de imágenes y sonido belga y no a un área más extensa. *Ladbroke* llevó entonces el caso ante la Corte de Primera Instancia (*CFI*).

(b) La decisión del caso.

La *CFI* confirmó la decisión de la Comisión en sentencia de fecha 12 de junio de 1997. Principalmente sostuvo que las *sociétés de courses*, titulares de los derechos de propiedad intelectual, no habían otorgado a nadie licencia alguna en el territorio belga (el cual confirmó como mercado geográfico relevante en este caso) y, por tanto, no existía discriminación entre operadores en el mercado relevante. Al respecto la *CFI* falló:

“126. [...] en lo que respecta al carácter supuestamente arbitrario de la negativa de las sociedades de carreras a proporcionar a la demandante el sonido e imágenes francesas, esta Corte considera que, dado que se trata de mercados de dimensión nacional, el carácter arbitrario o no de la negativa de las sociedades de carreras a explotar sus derechos de propiedad intelectual en Bélgica no puede apreciarse a la luz de la política practicada por las sociedades de carreras en otros mercados geográficos distintos. El hecho de que la demandante esté dispuesta, como afirma, a pagar una compensación económica razonable por una licencia de transmisión de las carreras francesas no es evidencia suficiente de un abuso, a falta de una discriminación en su contra por parte de las sociedades de carreras en el mercado geográfico relevante”.

“127. La demandante sostiene que, incluso asumiendo que el mercado geográfico relevante fuese Bélgica, la negativa de las sociedades de carreras a concederle una licencia de transmisión es arbitraria, debido a que éstas han concedido licencias a operadores económicos establecidos en países vecinos”.

“128. No obstante, debe señalarse que, aunque la negativa a suministrar a la demandante el sonido e imágenes franceses en Bélgica no es abusiva en la medida en que, como la Corte ha sostenido, no implica ninguna discriminación entre los operadores en el mercado belga, tampoco puede considerarse que dicha negativa sea abusiva por el único motivo de que las agencias que operan en el mercado alemán disponen del sonido e imágenes franceses. En efecto, no existe competencia entre las agencias hípcas que operan en Bélgica y las que operan en Alemania”.

“129. Por lo demás, ni la existencia de obstáculos técnicos para la transmisión de sonido e imágenes franceses en Bélgica, ni el hecho de que la demandante pueda ser considerada, desde una perspectiva global, un competidor potencial de las sociedades de carreras puede bastar para que se considere la negativa de suministro de sonido e imágenes como un abuso de posición dominante, debido a que las propias sociedades de carreras no están presentes en el mercado geográfico distinto en el que opera la demandante y que, enseguida, no han concedido una licencia a otros operadores en ese mercado”.

La *CFI* señaló además que *Ladbroke* no podía invocar el precedente del caso *Magill*, pues allí los supuestos (recordados en el párrafo 121 del fallo) eran diferentes. En efecto, mientras en este último la negativa de otorgar una licencia evitaba que una empresa entrara como competidor al mercado aguas abajo, en el presente caso *Ladbroke* ya tenía presencia en el mercado aguas abajo (el mercado de las apuestas en Bélgica) y, además, detentaba la cuota más

grande del mismo. Por esta razón, la negativa de otorgar licencia no tendría como consecuencia la eliminación de la competencia en ese mercado:

“130. La demandante no puede invocar la sentencia *Magill* para probar la existencia del abuso alegado, al no ser pertinente dicha jurisprudencia [en el presente caso]. Contrariamente a la posición en *Magill*, donde la negativa a conceder una licencia al demandante le impedía entrar al mercado de las guías generales de televisión, en este caso la demandante no sólo está presente, sino que tiene la mayor cuota del mercado principal de apuestas en el que se propone a los consumidores el producto controvertido, es decir, el sonido e imágenes, mientras que las sociedades de carreras, titulares de los derechos de propiedad intelectual, no están presentes en él. Por lo tanto, a falta de una explotación directa o indirecta por parte de las sociedades de carreras de sus derechos de propiedad intelectual en el mercado belga, no puede considerarse que su negativa de lugar a restricción alguna de la competencia en el mercado belga”.

A continuación, la *CFI* reafirma que una negativa de pactar no estaría en principio comprendida en la prohibición del artículo 82, pero podría constituir un abuso de posición dominante si el producto o servicio es esencial para la actividad en cuestión, o (disyuntivamente) si la introducción de un nuevo producto demandado por los consumidores es obstaculizada mediante esa conducta. Al respecto, sostiene expresamente que en este caso la presencia de los demandados en el mercado aguas abajo no era un factor decisivo, pues las condiciones de *Magill* no se cumplían al no ser las imágenes esenciales para el ejercicio de la actividad de tomar apuestas y no evitarse con la negativa la entrada de ningún nuevo producto:

“131. Aun suponiendo que la presencia de las sociedades de carreras en el mercado belga de sonido e imágenes no era, en este caso, un elemento determinante a efectos de la aplicación del Artículo 86 [82] del Tratado, dicha disposición no es aplicable al presente asunto. La negativa opuesta a la demandante no puede estar sujeta a la prohibición del artículo 86 [82] a menos que se refiera a un producto o servicio que es esencial para el ejercicio de la actividad de que se trata, en el sentido de que no existe ningún sustituto real o potencial, o es un producto nuevo cuya aparición sería obstaculizada, a pesar de una demanda potencial específica, constante y regular, por parte de los consumidores [...]”.

El fallo se apoya en el hecho que la actividad central de *Ladbroke* eran las apuestas de caballos, un mercado relacionado, pero distinto de la transmisión de sonido e imágenes de las carreras hípcas. La *CFI* sostiene que la transmisión de las carreras por televisión es un servicio meramente adicional y complementario que no podía ser visto como indispensable para el ejercicio de la actividad principal del que anota las apuestas; ésta es, tomar las apuestas de los apostadores. Ello queda en evidencia con la posición dominante que *Ladbroke* detentaba en el mercado aguas abajo. Además, no obstante que la *CFI* reconoce que la transmisión podría ser de utilidad para los apostadores, destaca al mismo tiempo que no es en absoluto algo esencial, pues éstos realizan sus apuestas antes de la transmisión, de modo que la ausencia de ésta no afecta sus decisiones:³⁵¹

³⁵¹ Fuera de esto, la *CFI* constató que la difusión en directo de las carreras británicas no impidió que los apostadores belgas siguieran apostando más en las carreras francesas: en un 60% de los casos frente al 40% en las primeras. Esto comprobó que la incidencia de la transmisión no era tan relevante sobre la conducta de los apostadores (párrafos 81 y 87).

“132. En este caso, como han destacado la Comisión y las partes coadyuvantes, la transmisión televisada de las carreras hípcas, aunque constituye un servicio complementario, e incluso conveniente, ofrecido a los apostadores, no es en sí misma indispensable para el ejercicio de la actividad principal de los “bookmakers”, constituida por la aceptación de apuestas, como prueba el hecho de que la demandante está presente en el mercado belga de la aceptación de apuestas, como prueba el hecho de que la demandante está presente en el mercado belga de la aceptación de apuestas y ocupa una posición importante en el sector de las apuestas sobre las carreras francesas. Además, la transmisión no es indispensable, en la medida en que se efectúa después de que tengan lugar las apuestas, de modo que su falta no afecta en sí misma a la elección de los apostadores y que, por ellos, no puede impedir a los “bookmakers” desarrollar sus actividades comerciales”.

La CFI descarta también la aplicación de otros fallos dictados por la Corte de Justicia (como por ejemplo, en los casos *Commercial Solvents* o *Télémarketing*³⁵²) y decisiones de la Comisión (*London-European/Sabena*), pues en ellos el dominante tenía presencia en el mercado aguas abajo, mientras que en este caso la *société de courses* no tenía presencia alguna en el mercado belga:

“133. Por las mismas razones, la demandante tampoco puede invocar la decisión *London European v. Sabena* y las sentencias *ICI* y *Commercial Solvents v. Commission* y *CBEM*... En la decisión *London European v. Sabena*, la acción tomada para excluir a un competidor se refería a un mercado en el que estaban presentes tanto Sabena como su competidor, *London European*, mientras que en el presente caso las sociedades de carreras no están presentes en el mercado belga. Lo mismo sucede en las dos sentencias invocadas. En el asunto *ICI* y *Commercial Solvents v. Commission*, el abuso consistía en la negativa de una sociedad en posición dominante en el mercado de las materias primas a proporcionar dichas materias a un cliente que fabricaba productos derivados, con objeto de reservar estas materias primas a su propia producción de derivados, por lo que tanto la sociedad en posición dominante como sus clientes estaban presentes en el mercado aguas abajo, esto es, el mercado de los derivados. Por el contrario, en el presente caso, las sociedades de carreras no están presentes en el mercado belga de sonido e imágenes franceses. En la sentencia *CBEM*, la Corte de Justicia sostuvo que una empresa abusa de su posición dominante si, sin ninguna necesidad objetiva, se reserva para sí o para una empresa perteneciente al mismo grupo que ella, una actividad auxiliar que podría ser ejercida por otra empresa en un mercado vecino pero separado. Ahora bien, en el presente caso, las sociedades de carreras no se han reservado para sí el mercado de sonido e imágenes franceses en Bélgica y tampoco han permitido el acceso a dicho mercado a una tercera empresa o a una empresa que les pertenezca”.

(c) Algunos comentarios.

El caso *Ladbroke* constituyó una nueva oportunidad para que los tribunales delimitaran el deber de contratar que recae sobre una empresa dominante, específicamente en los casos en que el acceso que se solicita entra en conflicto con un derecho propiedad intelectual. De esta forma, *Ladbroke* es la continuación de lo iniciado por *Magill*. A este respecto, debe notarse que aunque en este caso se trataba de una posición de dominio colectiva, ésta, como cualquier otra, por sí sola no es contraria a las normas de la libre competencia.³⁵³ Lo importante era verificar si la negativa de licenciar debía ser calificada como abusiva.

³⁵² Citados *supra*, notas 263 y 246, respectivamente.

³⁵³ Por todos, véase VAN BAEL y BELLIS: *Competition*..., cit. en nota 34.

Este caso limita el ámbito de los principios esbozados en *Magill*, en el sentido de que no existe un deber de licenciar cuando el dueño del insumo no está presente en el mercado aguas abajo o cuando la empresa que solicita la licencia ya es dominante en dicho mercado.³⁵⁴ Asimismo, la *CFI* parece sostener que la negativa de otorgar acceso sí sería abusiva, aun si el dueño de la facilidad no está presente en el mercado aguas abajo, de haberse otorgado una licencia a otro operador en ese mercado.

Pero la *CFI* fue más allá. Fundándose en *Magill*, sostuvo que una negativa a proveer que evitaba la introducción de un nuevo producto podía constituir un abuso por esa sola razón, incluso si el acceso solicitado no era “esencial” (es decir, indispensable).³⁵⁵ Al mismo tiempo, aclaró que si la negativa para proveer es respecto de un producto o servicio que fuese esencial, eso también podría ser suficiente para otorgar tal calificativo, sin necesidad de la introducción de un nuevo producto al mercado. En otras palabras, la *CFI* consideró las “circunstancias excepcionales” de *Magill* como una suma de elementos, no como requisitos copulativos.

Con todo, fuera de limitar *Magill*, la *CFI* pareció querer acotar limitando la aplicación de la doctrina de las facilidades esenciales, pues el fallo está redactado en terminología de esa doctrina, aunque sin mencionarla expresamente. En efecto, al establecer el carácter esencial de un recurso necesario para el ejercicio de una actividad, la *CFI* utiliza la siguiente expresión muy propia de la doctrina: “en el sentido de que no existe ningún sustituto real o potencial, o era un producto nuevo cuya aparición sería obstaculizada a pesar de una demanda específica, constante y regular, por parte de los consumidores” (parágrafo 131). Esta preocupación, como se vio, fue expresamente conducida por el caso *Bronner*, fallado por la Corte de Justicia.

8. *European Night Services* (1998).³⁵⁶

(a) Antecedentes.

British Rail, *Deutsche Bundesbahn*, *Nederlandse Spoorwegen*, y *Société Nationales des Chemins de fer Français*, las cuatro principales compañías ferroviarias del Reino Unido, Alemania, Holanda y Francia, respectivamente, suscribieron una serie de acuerdos de cooperación. El primero de ellos fue un *joint venture* que dio origen a la sociedad *European*

³⁵⁴ KORAH: “The interface...”, cit. en nota 98.

³⁵⁵ De acuerdo a JONES y SUFFRIN (*EC Competition...*, cit. en nota 45), esto sugiere que el artículo 82 estaría siendo usado para permitir que la demanda de los consumidores sea satisfecha: la negativa a proveer es caracterizada como un abuso explotador capaz de dañarlos directamente, por medio de privarlos de cosas que desean (en las palabras del artículo 82 “b”, se limita la producción en perjuicio de los consumidores).

³⁵⁶ Casos T-374/94, 375/94, 384/94 y 388/94, *European Night Services Ltd. (ENS), Eurostar (UK) Ltd., UIC, NV Nederlandse Spoorwagen and SNCF v. Commission*, [1998] ECR II-3141, [1998] 5 CMLR 718.

Night Services (ENS). El objetivo del acuerdo era proveer y operar el servicio nocturno de transporte ferroviario a pasajeros que viajaran entre el Reino Unido y el continente a través del túnel existente bajo el Canal de La Mancha (*Channel Tunnel*), en diversos trayectos (Londres-Amsterdam, Londres-Frankfurt/Dortmund, Glasgow-Paris, Glasgow-Bruselas). Se calculó que la cuota de mercado de *ENS* en las rutas en que prestaría servicios bordearía entre el 5 y el 8 por ciento del mercado.

Un segundo acuerdo tuvo relación con los convenios de explotación entre *ENS* y cada una de las empresas matrices. Estas se comprometieron a proveer a *ENS* con pasos a través del túnel, con servicios de tracción ferroviaria (personal, locomotoras, turnos de horarios), y con otros servicios tales como limpieza a bordo, mantenimiento de equipos y servicio a pasajeros. Con el fin de hacer viable el proyecto, las compañías matrices, a través de *ENS*, adquirieron material móvil especializado para circular por las distintas redes ferroviarias y en el túnel, por un valor de £158 millones.

ENS solicitó a la Comisión que los acuerdos fueran excluidos del ámbito de aplicación del artículo 2º del Reglamento 1017/68, de 19 de julio, del Consejo, sobre normas de libre competencia en los transportes. Esta disposición fue dictada precisamente para regular los supuestos bajos los cuales es posible hacer excepción al artículo 81 del Tratado.

La Comisión (en su Decisión 94/663/CE, de 21.09.94) declaró a los acuerdos exentos de la aplicación del artículo 81 (1) del Tratado, pero sobre la base de lo dispuesto en el artículo 81 (3) del mismo, limitó esta declaración a un período de ocho años.³⁵⁷ Además, declaró que durante este tiempo, las compañías matrices tenían la obligación de ofrecer y proveer a cualquier otra agrupación internacional de empresas ferroviarias u operador de transporte que deseara competir con *ENS* mediante un servicio similar (trenes nocturnos a través del Canal de la Mancha), en los mismos términos, servicios equivalentes a los indispensables que se habían comprometido a prestar a ésta; concretamente, suministrar locomotoras, personal, turnos horarios en cada red nacional e iguales condiciones técnicas y económicas.

El caso fue llevado en apelación ante la Corte de Primera Instancia (*CFI*).

(b) La decisión del caso.

³⁵⁷ De acuerdo al Artículo 81 (3), lo previsto en el Artículo 81 (1) puede ser declarado inaplicable respecto de acuerdos, decisiones o prácticas concertadas, o bien respecto de categorías de acuerdos, decisiones o prácticas concertadas, si se satisfacen cuatro condiciones allí establecidas.

La *CFI* anuló la decisión sobre la base de diversos argumentos y dos premisas. La primera es la existencia de la Directiva 91/440/CEE, del Consejo, de 29 de julio de 1991, sobre el desarrollo de los ferrocarriles comunitarios, que tiene por objeto promover la adaptación de los ferrocarriles comunitarios al mercado interior, donde se reconoce el derecho de acceso, en condiciones equitativas, a la infraestructura ferroviaria de los demás Estados a las empresas que constituyan “agrupaciones internacionales” (parágrafos 1 a 6). La segunda, de acuerdo con el tenor de la misma Directiva, es la existencia de dos mercados: el de acceso a la infraestructura, a favor de las agrupaciones ferroviarias internacionales, y el de prestación de transporte ferroviario de pasajeros (parágrafo 220). Esta regulación comunitaria específica se impone a la normativa general de la libre competencia.

En cuanto a la argumentación, la *CFI* sostuvo primero que la Comisión había fallado en demostrar que el acuerdo restringía la competencia. Y agregó que incluso en caso que hubiera existido infracción, la condición de que los servicios de tren debieran ser suministrados a terceros debía ser anulada.

Refiriéndose expresamente a la condición impuesta a las empresas matrices relativa a la entrega de servicios indispensables (locomotoras, turnos horarios y personal especializado), la *CFI* estimó que la Comisión no había analizado apropiadamente por qué el requerimiento de proveer era necesario, y no había aportado un razonamiento adecuado para imponer esta condición. A este respecto, sostuvo que el suministro no podía ser considerado

“[...] como necesario o una facilidad esencial, a menos que sean indispensables para los competidores de *ENS*, en el sentido que sin ellas serían incapaces de penetrar en el mercado relevante o continuar operando en éste”.

En el párrafo 209 de su fallo, la *CFI* sostuvo que ni las empresas matrices ni *ENS* podían ser vistas poseedoras de una infraestructura, producto o servicio necesario o esencial para la entrada al mercado relevante, a menos que dicha infraestructura, producto o servicio no fueran intercambiables en razón de sus características especiales (su costo prohibitivo y/o el tiempo requerido para reproducirlo) y, por tanto, no existieran alternativas disponibles para potenciales competidores, quienes quedarían excluidos del mercado.

Específicamente respecto de los turnos horarios, la *CFI* estimó que la Comisión vulneró la Directiva 91/440/CEE al imponer la obligación de proveer en favor de cualquier “operador ferroviario”, concepto inexistente y no incluido en el ámbito subjetivo de aplicación de la Directiva. En ella, el derecho está regulado únicamente a favor de un tipo especial de empresa ferroviaria: la “agrupaciones ferroviarias internacionales” (parágrafo 211).

Luego, en cuanto al suministro de locomotoras y personal especializado, la *CFI* afirma que los competidores podrían obtener sustitutos fácilmente en el mercado, ya sea por compra o arrendamiento, especialmente porque no existía un acuerdo de exclusividad entre los proveedores y *ENS*:

“215. Tal como han alegado los demandantes, la decisión impugnada no contiene ningún análisis que demuestre que las locomotoras en cuestión son necesarias o esenciales. Más concretamente, no es posible concluir de la lectura de la decisión impugnada que terceros no pueden obtener dichas locomotoras ni directamente de sus fabricantes ni indirectamente arrendándolas a otras empresas. Tampoco ha sido presentada ante la Corte una correspondencia de la Comisión con terceros que demuestre que las locomotoras en cuestión no pueden ser adquiridas en el mercado. Tal como han destacado las partes demandantes, toda empresa que desee explotar los mismos servicios ferroviarios que *ENS* utilizando el túnel bajo el Canal de la Mancha puede comprar o arrendar libremente dichas locomotoras en el mercado. Además, se deduce claramente de los autos que los contratos de suministro de locomotoras celebrados entre las empresas notificantes y *ENS* no contienen ninguna cláusula de exclusividad en favor de *ENS*, y que por consiguiente todas las empresas notificantes son libres de suministrar las mismas locomotoras a terceros y no solamente a *ENS*”.

Aún más, la *CFI* desestimó lo argumentado por la Comisión, en orden a que la posibilidad de compra era puramente teórica y que, en la práctica, sólo las empresas del *joint venture* poseían las locomotoras especialmente diseñadas para el túnel. La *CFI* indica que el hecho que ellas hayan sido las primeras en adquirir no implica que sean las únicas con posibilidad de hacerlo:

“216. Procede añadir a este respecto que la Comisión no ha denegado el hecho de que terceros interesados puedan comprar o arrendar libremente las locomotoras en cuestión en el mercado; simplemente ha señalado que se trata de una posibilidad meramente teórica y que únicamente las empresas notificantes disponen efectivamente de dichas locomotoras. Sin embargo, no es posible aceptar el argumento. El hecho de que las empresas notificantes sean las primeras en haber adquirido en el mercado las mencionadas locomotoras no significa que ellas sean las únicas que pueden adquirirlas”.

“217. En consecuencia, la calificación de necesarias o esenciales de las locomotoras especializadas para la travesía del túnel bajo el Canal de la Mancha hecha por la Comisión y, consecuentemente, la obligación impuesta a las compañías matrices de suministrar dichas locomotoras a terceros, adolece de falta de motivación, al menos, de motivación suficiente”.

La conclusión de la *CFI* fue que ninguno de los servicios (ni las locomotoras, ni los turnos horarios, ni el personal especializado) merecían ser considerados como servicios esenciales o indispensables. Por esto, denegó la aplicación de la doctrina de las facilidades esenciales:

“221. [...] En cuanto al suministro a *ENS* de locomotoras especializadas para el túnel bajo el Canal de la Mancha y de personal, el solo hecho que se beneficie de tales servicios sólo podría obstaculizar el acceso de terceros al mercado aguas abajo si dichas locomotoras y el personal de las mismas fueran consideradas facilidades esenciales. Dado que, por las razones que se han expuesto más arriba (parágrafos 210 a 215), ellos no pueden ser categorizados como tales, el hecho que ellos sean suministrados a *ENS* bajo los contratos de operación de servicios ferroviarios nocturnos no puede ser visto como una restricción de la competencia frente a terceros. Por tanto, es también infundado ese aspecto del análisis de las restricciones de la competencia frente a terceros efectuado por la Comisión”.

Además, la *CFI* estableció que en este caso la negativa no había tenido el efecto de excluir la competencia, pues no estaba demostrado que la pequeña cuota de mercado de *ENS* pudiera

permitirle influenciar el funcionamiento o la estructura del mercado aguas abajo; es decir, aquella no era suficiente para demostrar dominancia.

Finalmente, la *CFI* precisó que el plazo de ocho años impuesto por la Comisión carecía de toda motivación y no guardaba relación alguna con el periodo de amortización de 20 años. Sin embargo, con carácter general, aceptó que en ocasiones se puede limitar o restringir la competencia con el fin de hacer frente a una inversión elevada y arriesgada, siempre que quede suficientemente acreditada la relación entre ese esfuerzo y el efecto limitativo sobre la competencia potencial (parágrafo 222).

(c) Algunos comentarios.

European Night Services presenta ciertas particularidades que lo distinguen de otros casos. Primero, la decisión de la Comisión fue tomada en razón del Artículo 81 del Tratado, no del 82.³⁵⁸ A pesar que la Comisión no utilizó la expresión “facilidades esenciales”, la *CFI* sí se refirió expresamente a esa doctrina para restringirla y evitar su aplicación de manera demasiado amplia.

Luego, se trata de uno de los pocos casos en que los organismos de defensa de la competencia europeos han aplicado la doctrina de las facilidades esenciales a una actividad que cuenta con una regulación sectorial específica que determina el derecho de acceso y el uso de la infraestructura ferroviaria (la Directiva 91/440/CEE, del Consejo, de 29 de julio de 1991, sobre el desarrollo de los ferrocarriles comunitarios).³⁵⁹

Si bien la regulación no limita la competencia de los tribunales, sí condiciona su intervención y decisión (como efectivamente lo hizo en este caso). Específicamente refiriéndose a los turnos horarios, la *CFI* aclara que el derecho de acceso a la infraestructura (turnos horarios de uso de la misma) tiene un régimen propio en la Directiva 91/440/CEE, de modo que los acuerdos difícilmente podían obstaculizar el acceso a ese mercado, dado el carácter de imperativa de la

³⁵⁸ KORAH (“The interface...”, cit. en nota 98) explica que el tema de las facilidades esenciales es similar bajo el artículo 81 o bajo el artículo 82 del Tratado. En similar sentido, BERGMAN: “When should...”, cit. en nota 132.

³⁵⁹ Otro caso importante en relación con la actividad ferroviaria, la doctrina de las facilidades esenciales y la citada Directiva, es *GVG/FS*, llevado ante la Comisión. Véanse los antecedentes en CASTALDO y NICITA: “Essential Facility...”, cit. en nota 23; y en STEHMANN, Oliver: “Applying ‘Essential Facility’ Reasoning to Passenger Rail Services in the EU – The Commission Decision in the Case GVG”. En: *European Competition Law Review*, vol. 25(7), 2004, pp. 390-394.

norma establecida en ella. De este modo, la *CFI* otorga preeminencia a la regulación específica por sobre la legislación de libre competencia.³⁶⁰

Respecto de la esencialidad de la facilidad, en aplicación de los precedentes de *Magill* y *Ladbroke*, la *CFI* hace descansar la condición de indispensabilidad en dos supuestos: (i) la imposibilidad de sustitución real o potencial y (ii) la inexistencia de alternativas viables, ya sea por sus costos desmesurados o por el tiempo que se requiere para la duplicación. Con todo, en caso de cumplirse ambos, se requeriría además que el competidor quedara fuera del mercado. Esto implica que, como se ha indicado anteriormente, una mera ventaja comercial o económica para el competidor no es suficiente sustento para invocar la doctrina.

9. *Microsoft* (2004).³⁶¹

(a) Antecedentes.

En 1998, *Sun Microsystems* presentó ante la Comisión Europea una denuncia en contra de *Microsoft Corp.* por abuso de posición dominante en el mercado de sistemas operativos de ordenadores personales. Según *Sun*, dicho abuso se traducía, en la práctica, en una política discriminatoria en la concesión de licencias por parte de *Microsoft*, quien además se negaba a revelar, tanto a ella como a otras compañías que proveían sistemas operativos para computadores personales, información suficiente acerca de interfase de los programas *Windows*.³⁶²

En su reclamo, *Sun Microsystems* señaló que *Microsoft* detentaba aproximadamente el 95 por ciento del mercado de los sistemas operativos de computadores personales. A su juicio, esta situación de cuasi monopolio imponía a esta última la obligación de dar acceso a sus interfaces, con el fin de asegurar la interoperabilidad con servidores de programas informáticos de otros fabricantes. Ello por cuanto era obvio que los consumidores naturalmente querrían adquirir productos compatibles con las aplicaciones de *Windows* y *Microsoft*.

Paralelamente, durante el mes de febrero de 2000, la Comisión Europea puso en marcha un procedimiento administrativo contra *Microsoft*, por abuso de posición dominante luego del lanzamiento de su producto *Windows 2000*. El procedimiento tenía por fin investigar si

³⁶⁰ Como se estableció en el Capítulo Segundo, estos es compatible con lo fallado por la jurisprudencia norteamericana.

³⁶¹ Caso *Microsoft*, *Commission Decision*, 24 de marzo de 2004, COMP/C-3/37.792.

³⁶² De acuerdo a *Sun Microsystems*, *Microsoft* se había negado a dar informaciones sobre su interfaz de *Windows 95*, *98*, *NT 4.0* y todas sus actualizaciones.

Microsoft habría bloqueado la competencia al introducir ciertas características en su nuevo producto en perjuicio de sus competidores en el mercado de los servidores.

El 3 de agosto de 2000, en su primer pliego de objeciones (análogo a una formulación de cargos), la Comisión señaló que *Microsoft* habría utilizado su política de licencias para impedir la competencia al no proporcionar información fundamental a *Sun Microsystems*. *Microsoft* respondió que cumplía totalmente las leyes comunitarias de competencia y aseguró que distribuía de forma amplia las interfaces de sus programas de aplicación (APIs), y que incluso alentaba su masiva distribución y uso en la industria. Asimismo, señaló que las quejas de *Sun Microsystems* se basaban en su deseo de obtener acceso a secretos comerciales técnicos respecto de los cuales estimaba que ni ella ni ninguna otra compañía debía compartirlos con sus competidores. Finalmente, aparándose en la libertad de contratación, señaló que cada compañía debería estar facultada para elegir con qué empresas quiere trabajar y con cuáles no desea hacerlo.

El 30 de agosto de 2001, la Comisión envió un segundo comunicado de objeciones en el cual acusó a *Microsoft* de perjudicar a sus rivales al introducir su software *Media Player* en su sistema operativo *Windows*, y también al no revelarles información relevante para sus programas. Posteriormente, el 6 de agosto de 2003, la Comisión envió a *Microsoft* un tercer comunicado de objeciones en el que nuevamente hizo referencia al bloqueo de *Microsoft* a la competencia. La Comisión anunció que podría adoptar medidas en su contra, tales como multarla, requerirle que *Media Player* no formara parte de *Windows* o que éste incorporara también el software de sus rivales, así como demandar la entrega de mayor información a sus competidores.

Finalmente, durante el 16 y 17 de marzo de 2004, *Microsoft* intentó llegar a un acuerdo final con el Director de Competencia, quien al día siguiente informó que ello no había sido posible y que, por tanto, la Comisión anunciaría su decisión respecto del supuesto abuso de posición dominante el día 24 de marzo.

(b) La decisión del caso.

Luego de 5 años de litigio, la Comisión emitió una decisión en la que sostuvo que *Microsoft* había abusado de su posición dominante en el mercado de los sistemas operativos para PC y violado con ello el artículo 82 del Tratado. Ello en base a los principios relativos a la negativa de pactar:

“784. En conclusión, la negativa de *Microsoft* de suministrar información sobre la interoperabilidad vulnera el Artículo 82 del Tratado”.

En primer término, la Comisión estableció que *Microsoft* había gozado por muchos años de una posición dominante en el mercado de los sistemas operativos (posición que aún detenta), lo que le permitió establecer por sí misma (esto es, con independencia de sus competidores) una serie de reglas que rigen *de facto* la interoperabilidad y hacen que el mercado de servidores para trabajo grupal dependa de la compatibilidad con *Windows*:

“779. *Microsoft* ha estado disfrutando por muchos años de una posición dominante (cuasi-monopolio) en el mercado de los sistemas operativos para PC de clientes. Esta posición de fortaleza de mercado le permite determinar en gran medida y de manera independiente de sus competidores una serie de reglas de comunicación coherentes que gobernarán el estándar de facto para la interoperabilidad en redes grupales. De este modo, la interoperabilidad con el domino arquitectónico [*‘domain architecture’*] de *Windows* es necesario para la viabilidad de la permanencia en el mercado de un vendedor de sistemas operativos para trabajo en grupo”.

Enseguida la Comisión estimó que *Microsoft* había disminuido la información requerida por el mercado, lo que se demuestra en la denegación hecha a *Sun Microsystems*. Esto acarrea un riesgo cierto de eliminación de la competencia en el mercado de los sistemas operativos de servidores para trabajo en grupo, sobre todo considerando que *Microsoft* había ido ampliando progresivamente su cuota de mercado, lo cual está estrechamente vinculado a su ventaja relativa a la información en materia de interoperabilidad (la que, además, carece de sustitutos):

“780. *Microsoft* ha disminuido sus niveles de publicidad de la información necesaria para realizar la interoperabilidad. *Microsoft* ha rechazado una petición formal de *Sun* concerniente a tal información sobre interoperabilidad”.

“781. Los datos recopilados por la Comisión muestran que existe un riesgo de eliminación de la competencia en el mercado de los sistemas operativos para servidores de trabajo en grupo. La cuota de mercado de *Microsoft* se ha incrementado rápidamente. La compañía ha alcanzado una posición dominante en el mercado relevante. Esta posición continúa siendo reforzada. Tecnologías que llevarán a un mayor encierro en los productos de *Microsoft* para servidores de trabajo en grupo y a nivel de PC de clientes están avanzando rápidamente en el mercado. La investigación de la Comisión ha producido también evidencia que establece un nexo causal entre la evolución del mercado y la ventaja de interoperabilidad disfrutada por *Microsoft*. Incluso más, no existen sustitutos actuales o potenciales a la publicación [*‘disclosure’*] de la información de interoperabilidad por parte de *Microsoft*”.

Vinculado al bienestar del consumidor, la Comisión concluyó que el comportamiento de *Microsoft* restringe las opciones de estos, lo cual es contrario al artículo 82 (b) del Tratado:

“782. La negativa de suministrar de *Microsoft* tiene como consecuencia el ahogo de la innovación en el mercado impactado y una disminución de las alternativas de los consumidores, al encerrarlos en una solución-*Microsoft* homogénea. Esto es particularmente inconsistente con lo dispuesto en el Artículo 82 (b) del Tratado”.

Finalmente, la Comisión descartó el argumento vinculado a la propiedad intelectual que detenta *Microsoft* sobre *Windows*. A este respecto señaló que los posibles efectos negativos en la

innovación que el fallo adverso podría implicar para esa empresa se ven compensados por los mayores incentivos a innovar que tendrá toda la industria al liberarse la información. Por esto, la Comisión descarta que la protección de la propiedad intelectual pueda ser invocada como una justificación objetiva:

“783. La mayor justificación objetiva planteada por *Microsoft* se relaciona con su derecho de propiedad intelectual sobre *Windows*. Sin embargo, un examen detallado del ámbito de publicidad en juego llevan a la conclusión que, en un balance, el posible impacto negativo de una orden de suministrar en los incentivos de *Microsoft* a innovar es sobrepasado por el impacto positivo en el nivel de innovación de la industria entera (incluyendo *Microsoft*). Así, la necesidad de proteger los incentivos de *Microsoft* a innovar no puede constituir una justificación objetiva que compensara las excepcionales circunstancias identificadas. La otra justificación de *Microsoft*, que dice relación con que no tiene incentivos en realizar conductas anticompetitivas respecto a la interoperabilidad, no se sostiene [...] y, de hecho, es ampliamente controvertida [...] por la evidencia en este caso”.

Como corolario de su decisión, la Comisión impuso a *Microsoft* una multa -la mayor sanción que ha impuesto hasta la fecha - ascendiente a €497.196.304, y le ordenó que, dentro de 120 días, debía proporcionar a los fabricantes de computadores el sistema *Windows* desprovisto del reproductor multimedia *Media Player*, y que debía compartir la información relativa a la interfase con sus competidores en el mercado de los servidores, a fin de que éstos pudieran producir aparatos que funcionen con *Windows* como lo hacen los propios productos de *Microsoft*. Además, le ordenó asegurar que esa información fuese mantenida al día en una base de datos y que arribara a tiempo a quienes la solicitaban.

(c) Situaciones posteriores y algunos comentarios.

A pesar que los hechos del caso *Microsoft* eran altamente complejos, la Comisión determinó aplicar los “viejos” principios establecidos en los casos sobre negativa de pactar.³⁶³

Así, al igual que en *Bronner y Magill*, estableció que era necesario demostrar que el suministro de información era “indispensable” para llevar adelante el negocio dentro del mercado, lo que quiere decir que no debe existir en el mercado un sustituto real o potencial. Precisamente la información acerca de la interfase tendría, a juicio de la Comisión, tal característica en este caso.

Por otra parte, la Comisión sostuvo que la negativa de suministro debía tener como consecuencia la eliminación de la competencia del mercado. En este caso, estimó que efectivamente ésta era una situación plausible de suceder, lo que en definitiva impactaría en el

³⁶³ Además de los casos que se han mencionado a lo largo de este Capítulo, las cortes europeas han fallado otros casos similares a *Microsoft*. Entre otros: *Tetra Pack II* (OJ [1992] L 72/1, [1992] 4 CMLR 551), *Decca Navigator System* (OJ [1989] L 43/27, [1990] 4 CMLR 627), y *ITT Promedia v. Commission* ([1998] ECR II-2937, [1998] 5 CMLR 491).

desarrollo tecnológico en perjuicio de los consumidores. En este sentido, la Comisión se esforzó en demostrar que estaba protegiendo la competencia en interés de los consumidores y no únicamente a los competidores.

Finalmente, la Comisión hizo hincapié nuevamente en la necesidad de que una negativa debe estar objetivamente justificada. En este caso, rechazó el argumento de *Microsoft* de que su negativa de suministro estaría justificada en razón de su necesidad de incentivos para innovar.

Microsoft ha recurrido en contra de la decisión de la Comisión en dos oportunidades. En un primer recurso, solicitó su anulación ante la Corte de Justicia, la que podría dar a conocer su fallo a mediados del año 2007. Sin embargo, acorde con los precedentes, la Corte debiera ceñirse a lo establecido en el caso *IMS*, atendidas las reglas dictadas en ese caso relativas a los estándares de facto, y teniendo en cuenta que la información sobre la interfase está cubierta por los principios sobre derechos de propiedad intelectual fueron allí fijados (incluyendo lo relativo un “nuevo producto”).

En su segundo recurso, *Microsoft* solicitó la suspensión de las modificaciones ordenadas por la Comisión en su decisión hasta que el asunto fuera debatido a fondo, petición que fue rechazada por la Corte de Primera Instancia.

Cabe señalar que *Microsoft* ha cumplido con el pago de la multa que le fue impuesta y ha instaurado una versión de *Windows* que no contiene el programa *Media Player*. Sin embargo, hasta la fecha de este trabajo, la obligación de proporcionar información a sus competidores aún se encuentra incumplida a juicio de la Comisión, la que incluso ha declarado en diversas oportunidades que el material aportado por *Microsoft* es incompleto.³⁶⁴

³⁶⁴ En efecto, durante el año 2005 *Microsoft* proporcionó información sobre el funcionamiento de *Windows*, pero la Comisión consideró que la documentación era incompleta, por lo que le advirtió, en dos oportunidades, que podría imponerle una elevada multa diaria. Durante el 2006, *Microsoft* insistió haber cumplido a cabalidad con las sanciones de la Comisión al proporcionar miles de documentos con información sobre sus protocolos de comunicaciones. Sin embargo, los expertos de la Comisión insistieron en que la compañía no estaba cumpliendo las obligaciones establecidas en la decisión de 2004 y que el material proporcionado por *Microsoft* seguía siendo “incompleto, impreciso e inutilizable”. Finalmente, el 12 de julio de 2006, la Comisión multó a *Microsoft* con €280,5 millones por incumplir las sanciones que le fueron impuestas en marzo de 2004. Las advertencias y multas han seguido siendo la tónica durante el 2007. En marzo de este año, la Comisión advirtió a *Microsoft* que le impondría una nueva multa (3 millones de euros diarios) si en un plazo de un mes no respondía en forma satisfactoria a las exigencias de la condena que le impuso en marzo de 2004. La multa se basaría en el cobro de un precio excesivo por la información que suministra a sus rivales para que puedan fabricar productos compatibles con su sistema operativo *Windows*. La Comisión estima que la mayor parte de los datos sobre interoperabilidad no contiene innovación, y que por ello el precio de la licencia debería ser muy inferior al que exige *Microsoft*.

CAPÍTULO CUARTO

LA DOCTRINA DE LAS FACILIDADES ESENCIALES EN EL DERECHO CHILENO

“Las actividades económicas, particularmente las que se dan en las empresas y entre ellas son, de suyo, riesgosas y aleatorias, por lo que los sujetos que realizan esas actividades esperan que los criterios con que actúen las personas que resuelven problemas y deciden conflictos no sean, en sí mismos, inciertos o de difícil previsión”.³⁶⁵

I. PLANTEAMIENTO.

El derecho de la libre competencia chileno es de reciente data y, por ello, de corta tradición. Si bien sus antecedentes se remontan a 1959, su aplicación general y efectiva comenzó sólo en 1973, con la dictación del actual Decreto Ley N° 211 sobre protección de la libre competencia.³⁶⁶ La aparición de este cuerpo normativo coincidió con la variación que tuvo la orientación económica chilena, imbuida de una fuerte filosofía liberal, donde el Estado pasó a tener un rol básicamente subsidiario.

La legislación de protección de la libre competencia funcionó, sin modificaciones sustanciales, durante treinta años, hasta la reforma modernizadora culminada en 1993. Durante este tiempo, los avances económicos prosiguieron, en términos generales, con gran velocidad, especialmente a partir de los años 90.³⁶⁷ La consolidación de un modelo exportador y de una economía abierta y definitivamente asociada al sistema de mercado, produjo una multiplicación de los casos que fueron conocidos por los organismos encargados de la protección de la libre competencia. Sin embargo, el tiempo hizo evidente la necesidad de una modernización. Una serie de aspectos relacionados fundamentalmente con una mejor definición del bien jurídico protegido, una mejor protección de la seguridad jurídica y la predictabilidad, y la falta de especialización y dedicación exclusiva de quienes estaban encargados de aplicar las normas, así como otras materias relevantes, evidenciaron lo urgente de una reforma. Haciendo eco de esta inquietud generalizada, en 1993 la legislación nacional fue adecuada a conceptos y criterios, tanto legales

³⁶⁵ STREETER Prieto, Jorge: “Documento de Trabajo sobre la Enmienda al Decreto Ley N°211 (1973)”. En: *Modificación de la Ley de Defensa de la Competencia*, documento de trabajo. Santiago: Philippi, Yrarrázabal, Pulido & Brunner Ltda., abogados, 2002, p.20.

³⁶⁶ VALDÉS: *Libre Competencia...*, cit. en nota 21; PAREDES: “Integración...”, cit. en nota 31.

³⁶⁷ El desarrollo económico nacional puede verse en FRENCH-DAVIS, Ricardo: *Entre el neoliberalismo y el crecimiento con equidad*. 3a ed. Santiago: J.C. Sáez Editor, 2003.

como económicos, que habían tenido un gran avance en el tiempo intermedio en el derecho comparado, al tiempo que se creó una institucionalidad *ad-hoc* a esta modernización.

La reforma modernizadora no se realizó a la par del desarrollo económico, sino a la zaga de él. En contraste, los pilares legales del derecho *antitrust* en Estados Unidos provienen de finales del siglo XIX y, por tanto, sus principios y criterios, tanto jurisprudenciales como doctrinarios, se han ido forjando junto al desarrollo del sistema económico. En Europa, por su parte, la legislación principal fue recogida en el mismo Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, por lo que los principios de protección de la libre competencia no sólo han avanzado mancomunadamente con el sistema económico integrado de la Comunidad, sino que, su aplicación misma ha permitido reafirmar los objetivos comunitarios generales consagrados en el Tratado. En Chile, en cambio, coincidente con la falta de tradición a que se hizo alusión y con los problemas que se pretendió atacar con la reciente reforma, sólo han sido esbozados tímidos principios (no por ello menos trascendentales) en algunas materias, pero se está lejos aún de alcanzar un mayor grado de madurez.

Esta situación de relativa carencia de criterios y principios puede crear incentivos a adoptar teorías creadas en ordenamientos comparados de protección de la libre competencia más avanzados. Sin embargo, no debe soslayarse la circunstancia que ellos se hayan desarrollado a la par de sus respectivos sistemas económicos. La adopción de doctrinas foráneas debe, ante todo, ser restringida a aquellas adecuadas al avance económico y las características institucionales. En este sentido, el estado primario de la modernización de la protección de la libre competencia en Chile no debe enfocarse sólo como una oportunidad para incorporar nuevos planteamientos del derecho comparado, sino también para descartar otros por inadecuados. Para ello, es necesario hacer un delicado balance entre la configuración de una determinada teoría, la escasa pero importante tradición chilena en la materia, y las posibilidades de desarrollo futuro en la misma.

La doctrina de las facilidades esenciales es un buen ejemplo de esto. Dilucidar si su aplicación, en cuanto doctrina jurídico-económica, es pertinente y adecuada a nuestro derecho, implica cotejar su configuración en el derecho comparado con el desarrollo y potencial en el derecho nacional. A este respecto, entonces, es importante comenzar recordando dos “enseñanzas” de los capítulos precedentes. Por una parte, que de la sola calificación de un insumo como esencial no se sigue necesariamente la aplicación de las consecuencias jurídicas de la doctrina. El uso de ese término en su acepción “común” es diverso de la doctrina. Para aplicar esta última, se requiere cumplir con estrictos requisitos que deben ser considerados en el análisis de un caso concreto, sólo uno de los cuales es la consideración de un insumo como esencial. Por otra parte, se debe recordar también que las consecuencias jurídicas de la doctrina de las facilidades

esenciales no son la aplicación automática de un régimen de acceso compulsorio, sino la imposición de un régimen de neutralidad. Si bien el primero en muchas ocasiones será el mejor remedio para alcanzar esta última, en otras ello dependerá de la viabilidad de alcanzar soluciones alternativas.³⁶⁸

Como se verá en este Capítulo, ni la jurisprudencia chilena ni los autores han abogado por la aplicación de la doctrina de las facilidades esenciales; no existiendo hasta hoy un desarrollo teórico de la misma. Ello, sin embargo, es positivo; en especial atendido el riesgoso potencial aparejado a su utilización. La conclusión del análisis en este capítulo es que, al igual que en el derecho comparado, la figura de ilícito monopólico consagrada en la legislación nacional es suficientemente amplia como para que los efectos de la doctrina puedan ser alcanzados por otras vías menos riesgosas. Su aplicación debiera entonces ser evitada, con el fin de impedir una exposición innecesaria a las perniciosas consecuencias derivadas de una aplicación irracional a la cual, lamentablemente, aquella fácilmente puede conllevar.

Para probar el argumento, a continuación (II) se analiza brevemente el marco legal bajo el cual podría intentarse una eventual aplicación de la doctrina de las facilidades esenciales: el artículo 3° del DL N° 211, de 1973. Previamente, en el mismo acápite, se sintetizan los principales aspectos del sistema nacional. A continuación (III) se analiza la recepción de la doctrina entre los autores y la jurisprudencia, con especial referencia a un caso reciente fallado por el tribunal de Defensa de la Libre Competencia: el caso *Transbank*. Finalmente (IV), se destacan algunas conclusiones relevantes respecto a la aplicación de la doctrina de las facilidades esenciales en Chile.

II. EL MARCO LEGAL: LAS DISPOSICIONES DEL DECRETO LEY N° 211.

A. ANTECEDENTES BÁSICOS DEL SISTEMA CHILENO DE PROTECCIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA.

El sistema chileno de defensa de la libre competencia fue creado por medio del Decreto Ley N° 211, de 22 de diciembre de 1973, Ley de Defensa de la Libre Competencia. Este Decreto Ley, que rige hasta la fecha, fue recientemente objeto de una profunda reforma, materializada por medio de la Ley N°19.911 de 14 de noviembre de 2003. En virtud de esta última, se modificaron los tipos de conductas sancionables en Chile en sede de libre competencia, se

³⁶⁸ Véase lo señalado en el Capítulo Primero a propósito de las consecuencias jurídicas de la doctrina.

reemplazaron los organismos de defensa de la libre competencia antes existentes, se reformularon los procedimientos a seguir, se agravaron las sanciones aplicables, y se eliminó el carácter penal que antes tenían los ilícitos de competencia en Chile.³⁶⁹

En lo sustancial, la reforma delimitó de manera más clara tanto el bien jurídico protegido como el ilícito. Con todo, la protección de la libre competencia sigue siendo una materia entregada esencialmente al ámbito jurisdiccional, al igual que como acontece en el derecho comparado. En efecto, atendida la amplitud general de la normativa, la jurisprudencia ha adoptado un papel preponderante en el delineamiento del derecho de la libre competencia chileno, lo que ha permitido su desarrollo de modo “razonable, respetuoso de los derechos innatos y adquiridos y [...] concordante con los requerimientos de justicia”.³⁷⁰

En lo formal, la gran innovación introducida por la Ley N° 19.911 al Decreto Ley N° 211 fue la creación del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC), que vino a reemplazar el sistema bipartito antes existente, que separaba funciones entre un organismo jurisdiccional (Comisión Resolutiva) y organismos administrativos (Comisiones Preventivas).³⁷¹

La misión del TDLC es la de conocer de los conflictos contenciosos que puedan darse entre privados en materias de libre competencia; conocer de consultas no contenciosas que puedan someterse voluntariamente a su conocimiento; y desempeñar otras funciones no contenciosas tales como proponer la modificación o derogación de normas atentatorias contra la libre competencia, dictar instrucciones de carácter general, calificar el nivel de competencia de ciertos mercados regulados para efectos de determinar si deben estar sujetos a fijación de tarifas, entre otras.

La función contenciosa se desarrolla a través de un procedimiento que materializa las reglas constitucionales del debido proceso legal, al cual se aplican en forma supletoria las normas generales chilenas propias del procedimiento civil. Este procedimiento se compone de las etapas de discusión, conciliación, prueba, alegatos, y sentencia. Él sólo puede iniciarse por medio de una demanda de persona interesada, o requerimiento del Fiscal Nacional Económico, no pudiendo el TDLC actuar de oficio. Por su parte, las funciones no contenciosas se materializan a

³⁶⁹ En sus aspectos procedimentales, la Ley N° 19.911 entró en vigencia el 12 de mayo de 2004.

³⁷⁰ VALDÉS: *Libre Competencia...*, cit. en nota 21, p.13.

³⁷¹ El TDLC está conformado por cinco miembros: un abogado designado por la Corte Suprema (que ejerce el cargo de Presidente); un abogado y un economista de prestigio nombrados por el Banco Central (institución de reconocida independencia en Chile); y un abogado y un economista de prestigio nombrados por el Presidente de la República a partir de una terna elaborada por el Banco Central.

través de un proceso que consta de notificación del decreto que da inicio al procedimiento, audiencia pública, y dictación de resoluciones, informes e instrucciones.

El Fiscal Nacional Económico (“FNE”) es un funcionario estatal, nombrado por el Presidente de la República, que tiene por misión velar por la tutela del orden público en materia económica. No siendo un tribunal judicial, es un órgano administrativo con facultades investigativas especializadas en materias de libre competencia, y con potestades de llevar las materias de su interés ante el TDLC. El FNE tiene la facultad de desarrollar de oficio investigaciones administrativas en materias de libre competencia; exigir de los privados la entrega de antecedentes; si lo estima del caso, pedir al TDLC (vía “requerimiento”) que conozca de ciertas materias que estime atentatorias contra la libre competencia; actuar en los procedimientos desarrollados ante el TDLC en calidad de parte -representando el interés general de la colectividad en el orden económico-; emitir informes para el TDLC; entre otras funciones.³⁷²

B. EL ARTÍCULO 3º DEL DL Nº 211.

Las actuaciones contrarias a la libre competencia se encuentran tipificadas en el artículo 3º del DL Nº 211, y son de tres tipos: acuerdos colusorios, explotación abusiva de posición dominante y competencia desleal. De ellas puede conocer el TDLC en sede contenciosa para resolver conflictos surgidos entre privados a su respecto, o en sede no contenciosa con motivo de una consulta voluntaria formulada por un particular. Asimismo, el precepto contempla una figura más genérica, que permite englobar conductas no específicamente enmarcadas dentro de las tres.

En efecto, el artículo 3º del DL Nº 211 señala:

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

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

a) Los acuerdos expresos o tácitos entre agentes económicos, o las prácticas concertadas entre ellos, que tengan por objeto fijar precios de venta o de compra, limitar la producción o asignarse zonas o cuotas de mercado, abusando del poder que dichos acuerdos o prácticas les confieran.

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

³⁷² Sobre las potestades del TDLC y de la FNE, véase VALDÉS (*Libre Competencia...*, cit. en nota 21, pp. 585 y ss.).

venta, imponiendo a una venta la de otro producto, asignando zonas o cuotas de mercado o imponiendo a otros abusos semejantes.

c) Las prácticas predatorias, o de competencia desleal, realizadas con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante.”.

Como es posible observar, la conceptualización de los tipos de acuerdos colusorios y explotación abusiva de posición dominante encuentra su inspiración en los artículos 81 y 82 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea. En lo que aquí importa, es particularmente relevante lo establecido en la letra “b”, relativo al abuso de posición dominante. Según se desprende de la deposición, su aplicación requiere de la existencia de una posición dominante, sea individual o colectiva; del ejercicio efectivo del poder de mercado que deriva de esa posición; y de la constatación de un abuso en ese ejercicio. Concurriendo estos requisitos, existirá un hecho, acto o convención que impide, restringe o entorpece la libre competencia.

En relación con esta figura, la señalada similitud entre el DL N° 211 y el Tratado Constitutivo se expresa también en el hecho que ninguno de ellos explica qué debe entenderse por posición dominante, dejando a la jurisprudencia las labores de definición. Al igual que en Europa, los organismos de defensa de la libre competencia chilenos han establecido algunos elementos indiciarios de la existencia de una posición dominante, aunque ninguno de ellos es concluyente para determinarla.³⁷³

En lo que respecta al abuso, la jurisprudencia de las antiguas comisiones, en línea con lo establecido en el derecho comparado, afirmó reiteradamente que el abuso de una posición dominante no es reprochable *per se*, sino que el reproche recae en la explotación de la misma.³⁷⁴

En este sentido, la modificación de la disposición y la consiguiente incorporación expresa como

³⁷³ Entre otros, la jurisprudencia se ha referido como criterios al número de empresas que operan en el mercado relevante (por ejemplo, Resolución N° 131, de 30 de septiembre de 1982); a la cuota de mercado de una la firma en el mercado relevante, medida en ocasiones a través del índice HHI (por ejemplo, Resolución N°512, de 8 de abril de 1998; y Dictamen N°946/539, de 20 de septiembre de 1995); a las relaciones con clientes, proveedores y/o canales de distribución (por ejemplo, Dictamen N°503/1223, de 7 de noviembre de 1985); a la elasticidad de la demanda del producto (por ejemplo, Dictámenes N°260/826, de 13 de noviembre de 1980, y N°744/571, de 21 de septiembre de 1990); a la capacidad de fijación de precios en el mercado relevante (por ejemplo, Resolución N°513, de 8 de abril de 1998); a la existencia de ventajas comerciales, técnicas o financieras (por ejemplo, Resolución N°483, de 15 de abril de 1997; y Dictámenes N°1270, de 28 de agosto de 2003, y N°1004, de 25 de abril de 1997); a la desafiability del mercado (por ejemplo, Resoluciones N°611, de 11 de julio de 2001, y N°686, de 20 de mayo de 2003), etc.

³⁷⁴ En efecto, en el Dictamen de N° 562/788, de 7 de agosto de 1986, emitido con motivo de la consulta formulada por un particular respecto a las consecuencias de la eventual adjudicación de las acciones de la empresa Telex-Chile Comunicaciones Telegráficas S.A., la Comisión Preventiva Central señaló que: “[...] La legislación vigente en materia de libre competencia no sanciona la mera existencia de monopolios ni a las empresas que detenten un porcentaje significativo del mercado, sino que sanciona las prácticas monopólicas o el abuso de la posición dominante que se tenga en el mercado [...]”. En el mismo sentido, en su Dictamen N°1154, de 20 de abril de 2001, en el marco de una denuncia en contra de la *Empresa de Transportes de Pasajeros Metro S.A.*, indicó que: “[...] la existencia de posición dominante o de poder de mercado por parte de un determinado agente no es en sí mismo un hecho contrario a las normas sobre libre competencia. En efecto, lo que nuestra legislación económica condena es el abuso de tal posición o poder [...]”.

ilícito de la “explotación abusiva de una posición dominante” permitió reafirmar esta jurisprudencia.

III. LA RECEPCIÓN DE LA DOCTRINA DE LAS FACILIDADES ESENCIALES EN EL DERECHO CHILENO.

En este contexto, más que hablar de la recepción de la doctrina de las facilidades esenciales por parte de la jurisprudencia y la doctrina antimonopolios chilena, debieran discutirse las razones de la falta de acogida de la misma en el derecho nacional. A pesar de su larga data, su relativamente extendida aplicación en el derecho comparado y la riqueza del debate acerca de su existencia y alcances, en Chile no se ha hecho uso de la doctrina en los casos llevados ante las autoridades de defensa de la libre competencia, ni se le ha sometido a análisis por parte de los autores.³⁷⁵ Sí se ha hecho un uso, relativamente extendido, del concepto “común” de las instalaciones esenciales.

A. LA RECEPCIÓN DE LA DOCTRINA ENTRE LOS AUTORES.

La falta de recepción de la doctrina de las facilidades esenciales se manifiesta en los escasos aportes directos de la doctrina en la materia, los que fundamentalmente se limitan a SERRA y ROJAS.³⁷⁶ El primero, enfocado en los servicios de infraestructura, es sin lugar a dudas el más completo y el que mayor trascendencia ha logrado.³⁷⁷ Con todo, debe notarse que el trabajo de SERRA no pretende referirse a las facilidades esenciales como una doctrina jurídico-económica en materia de protección de la libre competencia: no da cuenta de sus características o de los requisitos para su aplicación, no analiza los casos a la luz de los exámenes elaborados por la jurisprudencia, y no menciona siquiera si ella se ha aplicado o no en el derecho nacional. Por el contrario, utiliza el término en su sentido común de instalaciones consideradas básicas para las interrelaciones económicas en sociedad, según se desprende de la explicación dada al inicio de su trabajo:

³⁷⁵ En contra, BORDOLI, Carla y Daniela GORAB: “Las instalaciones esenciales desde la perspectiva del derecho de la competencia”. En: *Competencia y Regulación*, año 12(3). Disponible en www.competenciayregulacion.cl/destacado.php?edicion=53 (última visita: 18.03.07), 2006, p.2: “Los organismos de defensa de la competencia se han pronunciado en diversas ocasiones, asumiendo como base de sus decisiones el principio de las instalaciones esenciales”.

³⁷⁶ SERRA, Pablo: “Las Facilidades Esenciales en la Doctrina de los Organismos de Competencia Chilenos”. Banco Interamericano del Desarrollo, 2001; ROJAS, Ximena: “Reflexiones sobre el Tratamiento de las Facilidades Esenciales en los Sistemas Chilenos de Protección de la Libre Competencia”. En: *Sociedad & Conocimiento*, año 3, número 5. Santiago: Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas de la Universidad Central, 2005.

³⁷⁷ Una versión similar a SERRA: “Las facilidades...” (cit. en nota 376), en inglés, se encuentra en *Ibid.*: “Chile’s Antitrust Legislation: Effects on Essential Facilities”. En: *Competition Policy in Regulated Industries*, cap. 2 (Beato y Laffont, eds.). Washington, D.C.: Inter-American Development Bank, 2002.

“Una característica común a los sectores de infraestructura, pero no exclusiva de estos, es la coexistencia de segmentos donde la competencia es posible con otros que aún son monopolios naturales. Las firmas que participan en los segmentos competitivos normalmente requieren para llegar a sus clientes tener acceso a los segmentos monopólicos, los que se denominan facilidades esenciales o cuellos de botella”.³⁷⁸

Esto es concordante con el objetivo de su estudio: analizar el trato jurisprudencial que se ha dado en Chile a estos segmentos monopólicos, sobre todo en un contexto de integración vertical, atendido el riesgo de discriminación arbitraria que se presenta en estos casos.³⁷⁹ Sin embargo este análisis, como se ha visto, bien puede darse fuera del contexto de la doctrina de las facilidades esenciales, como precisamente ha sucedido en el caso chileno.

El mismo sentido “común” se reitera en otros trabajos, ninguno de ellos destinados específicamente a tratar los insumos esenciales. Así sucede, por ejemplo, en PAREDES, relativo a la integración vertical, y en AGÜERO, relativo a las tarifas de empresas de utilidad pública.³⁸⁰ Por su parte, ENGEL *et al.*, en su trabajo sobre puertos, hacen referencia al concepto análogo de “portador común”.³⁸¹

La falta de recepción de la doctrina es, con todo, positiva atendido el estado actual de avance de la protección de la libre competencia en el derecho nacional. Ante todo, porque una posición respecto de la doctrina debiera comenzar por compatibilizar ésta con la finalidad de la ley y, por tanto, esta última debiera estar relativamente clarificada. Sin embargo, aun cuando con la reforma se avanzó bastante en esta materia, hoy puede todavía existir algún grado de discusión respecto a cuál es el bien jurídico protegido en la legislación nacional.³⁸²

Así por ejemplo, VALDÉS, previo a la reforma, indica que el objetivo de la legislación debiera ser mantener la libertad de emprender o libertad en materias económicas.³⁸³ Si la libertad de contratar es parte de esta última, la doctrina de las facilidades esenciales exigiría una definición respecto de si ella debe constituir una limitación a tal libertad (como en el derecho norteamericano) o si es posible configurar, como regla general, un cierto deber de pactar que debe recaer sobre las firmas dominantes. Sin embargo, otros autores, concordando con las

³⁷⁸ SERRA: “Las facilidades...”, cit. en nota 376, p.3. En nota 2 prosigue con ejemplos: “para las empresas de comunicaciones de red local es una facilidad esencial, así como para las empresas de generación lo es el sistema de transmisión”. Además menciona los derechos de autor y los sistemas operativos. No ahonda, sin embargo, en las razones de esta esencialidad.

³⁷⁹ En SERRA (“Chile’s Antitrust...”, cit. en nota 377, p.57) indica: “*Looking closer at the rulings of these antitrust commissions, one can see that they have been particularly concerned about the risks vertically integrated monopolies may pose in discriminating against downstream competitors. This concern is perhaps most evident in the commissions’ request that the government regulate rates of any essential facilities that remained unregulated.*”.

³⁸⁰ Respectivamente, PAREDES: “Integración...”, cit. en nota 31; y AGÜERO: *Tarifas...*, cit. en nota 115.

³⁸¹ ENGEL *et al.*, “El programa...”, cit. en nota 84.

³⁸² Esto por cuanto el ilícito genérico quedó redactado de manera amplia, similar a su estado previo a la reforma.

³⁸³ VALDÉS, Salvador: “Regulación: ¿Una barrera o una garantía?”. En: *Chile hacia el año 2000: ideas para el desarrollo* (Larraín, ed.). Santiago: Centro de Estudios Públicos, 1994.

posiciones surgidas a partir de los análisis de la Escuela de Chicago, consideran que la eficiencia económica es el bien protegido por excelencia.³⁸⁴ En este caso, sería necesario compatibilizar la doctrina con esta última y determinar si su aplicación sacrifica o no dicho bien. Lo mismo sucede con otras concepciones relativas al bien jurídico que pueden asociarse a la ley.³⁸⁵

En definitiva, existen una serie de ámbitos que deben ser mejor definidos de manera previa a intentar una aplicación de la doctrina de las facilidades esenciales. Los esfuerzos debieran ser puestos en ello y en el desarrollo de otras teorías de aplicación más general, antes que en la construcción de una doctrina que, por lo demás, la jurisprudencia nunca ha acogido.

B. LA RECEPCIÓN JURISPRUDENCIAL.

1. La acertada regla general.

Correctamente, los organismos de defensa de la competencia nacionales han seguido una política de no cuestionar *per se* la existencia de instalaciones esenciales pertenecientes a empresas con posición de dominio.³⁸⁶ Esto es concordante con la jurisprudencia en materia de posición de dominio, que -como se vio- ha establecido que no es sancionable la mera tenencia de dicha posición.

Sin embargo, a través de un razonamiento ajeno al de la doctrina de las facilidades esenciales, las antiguas comisiones optaron en varias ocasiones por exigir un acceso compulsorio a instalaciones consideradas básicas para la competencia. La mayor parte de estos fallos se encuentran en los sectores de infraestructura, tales como la red de telefonía local, las redes de transmisión y subtransmisión de energía eléctrica, las instalaciones portuarias, etc. Todos ellos, si bien siguen la regla general de no aplicación de la doctrina de las facilidades esenciales, hacen referencia al concepto de un modo que, en ciertos casos, podría llevar a equívoco y a considerar que los tribunales han hecho aplicación de la lógica de la doctrina (como acontece con ciertos fallos en el derecho comparado).³⁸⁷ Lo que en realidad hacen la mayoría de estos casos es aplicar un régimen de acceso abierto, el cual no debe ser confundido con la doctrina.

³⁸⁴ Paredes: “Regulación...”, cit. en nota 108.

³⁸⁵ Un completo panorama de la discusión en torno al bien jurídico puede verse en VALDÉS: *Libre Competencia...*, cit. en nota 21.

³⁸⁶ En este sentido, PAREDES (“Integración...”, cit. en nota 31, p.202) indica que la mera existencia de un insumo esencial no es suficiente para impedir o limitar la integración vertical.

³⁸⁷ Fuera de los casos que se mencionarán, esto ocurrió, por ejemplo, en el caso de los puertos (frentes de atraque), cuyas características permitirían calificarlos como instalaciones básicas para la competencia (en este sentido, ENGEL *et al.*, “El programa...”, cit. en nota 84). Véase el Dictamen de la Comisión Preventiva Central N°

Así por ejemplo, en el caso *PLC* la Comisión Resolutiva califica expresamente a la red eléctrica como una facilidad esencial, y se garantiza el derecho de acceso a esa red, en condiciones no discriminatorias, con el fin de implementar la tecnología *PLC*.³⁸⁸

“Que dados los argumentos, para la implementación del sistema *PLC*, es necesario que unas empresas presten los servicios a los usuarios finales y otras, jurídicamente distintas, entre las cuales pueden contarse filiales de Enersis, sean proveedoras de la facilidad esencial constituida por la red a través de la cual se accede a dichos usuarios” (considerando noveno).³⁸⁹

Algunos de los hechos de este caso podrían haber descansado en la doctrina: se trataba de una facilidad esencial (la red de distribución eléctrica, que presenta los caracteres de exclusividad y potencialidad de exclusión expuestos en el Capítulo Primero); controlada por un monopolista (en este caso, una empresa eléctrica verticalmente integrada); cuya duplicación no era posible (atendido el carácter de monopolio natural de la red de distribución); la cual era factible de ser utilizada por los competidores (pues para proveer servicios de voz y datos, la red eléctrica podría ser utilizada por diversos actores a través de un sistema operado por una filial del monopolista); y era indispensable para competir (bajo el sistema *PLC*).

Sin embargo, no existieron dos requisitos fundamentales, cuya sola ausencia impediría concluir la aplicación de la lógica de la doctrina a este caso. En primer término, no existió una negativa de pactar, fundamental para la aplicación de la doctrina de las facilidades esenciales. Con todo, esto es un aspecto discutible, pues el caso surgió precisamente por una denuncia tendiente a impedir tal negativa en el futuro. Sin embargo he aquí lo relevante, no se precisa de la aplicación de la doctrina para resolver el caso; basta aplicar la lógica de una negativa de pactar: constatado el poder de mercado, se analiza la racionalidad de la negativa y las posibles justificaciones objetivas, y se estudia el posible daño anticompetitivo. Así, no era necesario calificar la esencialidad del insumo. En segundo término, pero menos relevante, la negativa no impedía en este caso la entrada de un nuevo producto al mercado. Mal podría haberlo hecho, pues era el propio monopolista quien deseaba lanzar el producto; su negativa a lo más hubiese importado que un intento de reservarse el mercado para sí, sancionable –nuevamente- sin necesidad de atender a la esencialidad de la red.

1.045, de fecha 21 de agosto de 1998; y las Resoluciones N^{os} 529 y 530 de la Comisión Resolutiva, de fechas 9 de septiembre de 1998 y 30 de septiembre de 1998, respectivamente.

³⁸⁸ La tecnología *PLC* supone implementar, en base a medios propios o de terceros, una red de telecomunicaciones cuyo tramo final utiliza la red eléctrica de baja tensión (cables eléctricos) como medio de transmisión de voz y datos, agregando así funciones que hasta entonces habían sido realizadas exclusivamente por las redes especializadas de telecomunicaciones. Esta tecnología, a pesar de lo favorable de la Resolución y de la disposición de las autoridades, aún no ha sido implementado.

³⁸⁹ Resolución N^o 683, de fecha 08 de abril de 2003.

Un caso similar se presentó en materia de telecomunicaciones a propósito de la apertura de los servicios de larga distancia. A principios de los años 90, la telefonía de larga distancia era un monopolio legal, y a su vez, una de las actividades más rentables del mercado de la telefonía. Esto último motivó a que varias empresas, entre ellas CTC, el operador dominante en telefonía fija y prácticamente monopolístico en ese entonces, solicitaran licencias al regulador para operar en ese segmento del mercado. En esa época ya existía cierto consenso en cuanto a que se debía terminar con el monopolio existente en los servicios de larga distancia, pero persistían las dudas de la autoridad respecto de la conveniencia de la participación de empresas de telefonía local en la prestación de servicios de larga distancia nacional e internacional. Básicamente, se temía que de autorizarse la integración vertical, CTC pudiera favorecer su posición en el mercado de larga distancia discriminando a las demás compañías competidoras.³⁹⁰ Por el contrario, si se permitía la integración vertical, sería posible aprovechar mejor las economías de escala y de ámbito derivadas de ella, a la vez que los usuarios se beneficiarían al poder contratar todos los servicios con una sola empresa.

En ese contexto, la Subtel presentó una consulta ante los organismos antimonopolios respecto de si, desde el punto de vista de la libre competencia, era posible que las empresas de telefonía local pudieran participar en la prestación de servicios de larga distancia nacional e internacional, y viceversa. La antigua Comisión Preventiva Central (CPC), estimó que dicha participación afectaba la libre competencia y que, por lo tanto, las empresas telefónicas locales no podían participar, directa ni indirectamente, en la prestación de servicios de larga distancia nacional o internacional, hacia o desde su zona de concesión; al mismo tiempo, las empresas que prestan servicios de larga distancia no podían proporcionar servicios de telefonía local.³⁹¹ Básicamente, su decisión se fundamentó en que las empresas de telefonía local detentaban una posición dominante que les daba la propiedad de sus redes de distribución. Dado que dichas redes eran prácticamente imposibles de duplicar, las empresas de telefonía local no podrían participar con objetividad en el mercado de larga distancia por la cantidad de aspectos técnicos y operativos involucrados.

El Dictamen fue recurrido ante la Comisión Resolutiva, quien revirtió la decisión y, previa adopción de ciertas medidas que se indicaron en ese fallo, señaló que las empresas de telefonía

³⁹⁰ Según explica SERRA (“Las facilidades...”, cit. en nota 376, p.13), “se estimaba difícil tener una regulación que previniese totalmente la discriminación debido a: a) la dificultad de fiscalizar las normas técnicas; b) la carencia de un sistema de regulación sofisticado, y c) un sistema legal que no facilita la solución de conflicto [...]”. Que la integración vertical incrementa el poder de mercado, queda claro del análisis de la jurisprudencia europea. A modo de ejemplo, en *United Brands* (citado *supra*, nota 267), la Corte de Justicia concedió gran importancia al elevado grado de integración vertical que caracterizaba a las actividades de esta empresa. Se decidió entonces que en la medida en que la integración vertical reducía la posibilidad de los terceros de acceder a las actividades en los mercados integrados verticalmente, se debía estimar que dicha integración reforzaba la posición de dominio de la empresa controladora.

³⁹¹ Dictamen N° 718/763 de 16 de octubre de 1989.

local, entre ellas CTC, podían participar en la prestación de servicios de larga distancia nacional e internacional, mediante una sistema de multicarrier discado que permitiera al usuario elegir en cada llamada al portador del servicio marcando el mismo número de dígitos. Asimismo, se resolvió que las empresas que operaban en la larga distancia podían hacerlo en la prestación de servicios locales.³⁹²

La Corte Suprema, sin embargo, sin pronunciarse sobre el fondo, dejó sin efecto lo resuelto.³⁹³ La Comisión Resolutiva se avocó entonces nuevamente el conocimiento de la consulta en cuestión. En una nueva resolución, estimó que no era conveniente segmentar el mercado de las telecomunicaciones, por lo que decidió autorizar la integración vertical entre la telefonía local y la de larga distancia, poniendo especial preocupación en los requisitos técnicos que garantizaran condiciones de mercado equitativas, incluida el control de la calidad de la interconexión.³⁹⁴ En este sentido, señaló que si bien las compañías de telefonía local pueden prestar servicios de larga distancia nacional e internacional mediante los sistemas de multicarrier discado y contratado, y a su vez las compañías que ofrecen servicios de larga distancia pueden participar en la prestación de servicios de telecomunicaciones locales, ambos servicios deben llevarse a cabo bajo una serie de condiciones, entre la que se encuentra, aquella que dice relación con la obligación de dar acceso en condiciones no discriminatorias.³⁹⁵

Así, la decisión primera de la resolución establece:

“a) Las empresas que prestan telefonía local deben dar la misma clase de accesos o conexiones a todos los portadores de servicios de telecomunicaciones de larga distancia, para suministrarles un servicio de idéntica calidad en cuanto a aspectos tales como el grado de servicio, ruido respuesta de frecuencia, tiempo de conexión, etc. [...] g) Las empresas que actualmente prestan servicios de telefonía local, deben introducir, a su costa, modificaciones en sus centrales locales para dar acceso a todos los portadores de larga distancia, sin perjuicio de recuperar esas inversiones en tarifas, no discriminatorias, que cobrarán a los portadores de larga distancia por el usos de sus instalaciones, las que también deberán ser aprobadas por la autoridad. [...] h) El cargo de acceso a la empresa local correspondiente, que no será discriminatorio, deberá ser aprobado por la autoridad y soportado por cada empresa de larga

³⁹² Resolución N°332, de 1989.

³⁹³ Al respecto, la Corte Suprema señaló que se habían omitido las “informaciones técnicas y periciales que fueran atinentes para establecer, de manera absolutamente objetiva si en las circunstancias tecnológicas actuales es posible asegurar, técnica y administrativamente, el cumplimiento riguroso de las condiciones y medidas que resulten indispensables para que las empresas de telefonía puedan operar a través del sistema de multicarrier discado.”

³⁹⁴ Resolución N° 389, de 16 de abril de 1993. Con motivo del cumplimiento de esta resolución, se suscitaron varios conflictos de carácter más bien técnico. Al respecto véanse las Resoluciones N° 419, de 26 de agosto de 1994, y N° 420, de 30 de agosto de 1994.

³⁹⁵ De acuerdo a la Resolución N° 389, puede existir integración vertical entre servicio local y de larga distancia si se cumplen las siguientes condiciones, según procedan: Existencia de multiportador discado o contratado; integración vertical recíproca; sociedades filiales anónimas abiertas; cargo de acceso no discriminatorio fijado por la autoridad, sobre la base de costo directo; comunicación periódica de bases de datos de tráfico por abonado, monto facturado, portador utilizado, etc.; y presencia de directores comunes entre empresas de telecomunicaciones que deban competir entre sí. Según SERRA (“Las facilidades...”, cit. en nota 376), la Comisión se habría limitado a reiterar las medidas de la Resolución N° 332, siendo quizás la única diferencia el hecho que la Resolución N° 389 permite que el servicio contratado coexista con el servicio multidiscado.

distancia. Dicho cargo deberá reflejar el costo directo de este servicio, de modo que esté desprovisto de toda forma de subsidio de la larga distancia a las telecomunicaciones locales”.

Luego en su decisión segunda indica:

“Que todas las centrales locales automáticas digitales y analógicas de las concesionarias, que se integren verticalmente, estén en condiciones de dar igual acceso a todos los portadores y que se hallen establecidos los sistemas de medición y otros indicados en la decisión primera”.

Nótese que si bien en la decisión de la Comisión Resolutiva se establecen condiciones destinadas a favorecer la entrada a un mercado integrado verticalmente, ello se hace en la consideración de que los concesionarios de servicios de larga distancia se encuentran en una situación de desventaja respecto del operador dominante. Si éstos no contaran con el acceso a las redes de la telefonía local, no tendrían posibilidad de alcanzar al usuario de los servicios de larga distancia; o si bien podrían hacerlo, ello sería en condiciones económicamente insostenibles atendido lo oneroso de duplicar la infraestructura necesaria para ello. Pero de lo anterior no se sigue forzosamente la calificación de esencialidad de un bien. Lo que se pretendió resguardar en este caso, como pone de manifiesto la sentencia, era el acceso a un mercado, para lo cual no se requirió calificar a una red como facilidad esencial. Lo que en verdad estaba en discusión eran aspectos relativos a la integración vertical y el alcance que debía tener la regulación sobre la empresa dominante.³⁹⁶

Esta lógica de conferir acceso y asegurar condiciones no discriminatorias se reitera también en otros casos de telecomunicaciones, pues la red de telefonía fija ha sido tradicionalmente considerada una facilidad esencial para la prestación de los demás servicios, atendidas sus características de monopolio natural.³⁹⁷ Ésta es la lógica que subyace, por ejemplo, a los casos

³⁹⁶ El fallo culminó con la entrada en vigencia del Sistema Multiportador Discado y Contratado (“Sistema Multiportador”), introducido a la Ley General de Telecomunicaciones por la Ley N° 19.302, de 10 de marzo de 1994. En virtud de la modificación, se dispuso que todo concesionario de servicio público telefónico debía establecer un Sistema Multiportador Discado que permitiera al suscriptor o usuario del servicio público telefónico seleccionar los servicios de larga distancia, nacional e internacional, del concesionario de servicios intermedios de su preferencia. Este sistema debía permitir a dicho suscriptor o usuario la selección del servicio intermedio en cada llamada de larga distancia, tanto automática como por vía de operadora, marcando el mismo número de dígitos para identificar a cualquier concesionario de servicios intermedios o portador (Artículo 24 bis inciso primero de la LGT). El sistema multiportador comenzó a operar a partir del mes de octubre de 1994 en varias etapas. Los resultados, ciertamente positivos, pueden verse en Paredes (“Regulación...”, cit. en nota 108). Asimismo, fue aprobado un régimen de integración vertical regulada de los mercados de telefonía local y de larga distancia -nacional e internacional- que quedó expresado en el artículo 26 de la LGT.

³⁹⁷ Esta es una situación que ha ido variando. No obstante la dominancia del principal operador, la expansión de otros servicios de telecomunicaciones, como la telefonía móvil; el ingreso de operadores a ese segmento de servicios distintos a esa compañía tradicional; y el dinamismo mostrado por estos operadores, constituyen hoy hechos indiscutibles. Si a ello se suma el rápido y constante cambio tecnológico que caracteriza a esta industria, existen buenas expectativas respecto la introducción de mayor competencia en este mercado.

de fijaciones tarifarias, en los que constantemente se ha abogado por la desagregación y la introducción de un modelo de “*open access*”, y al caso del “superteléfono”, entre otros.³⁹⁸

Algo similar a lo acontecido con la jurisprudencia de las antiguas comisiones se ha reiterado en algunos pronunciamientos del TDLC. En ellos es utilizado el concepto de instalaciones esenciales, pero de un modo ajeno a la doctrina y sin hacer uso de su lógica. Por ejemplo, en la Resolución N° 8/2005, relativo a infraestructura eléctrica, el tribunal expresó:

“[...] lo que debe cautelarse en el sector eléctrico es el acceso abierto a los operadores que compiten en este mercado, en condiciones razonables y no ilícitamente discriminatorias, a determinadas redes sobre las que descansa el servicio que prestan y que constituyen segmentos monopólicos o instalaciones esenciales que coexisten con segmentos donde la competencia es posible [...]” (considerando quinto).³⁹⁹

El mismo sentido se encuentra en la Resolución N° 2/2005, que hace referencia a los llamados Operadores Móviles Virtuales (OMV) y la forma en que éstos pueden incorporarse al mercado nacional. La idea del TDLC fue que la incorporación de los OMV permitiría el ingreso de nuevos competidores al mercado de la telefonía móvil, sorteando así las barreras naturales asociadas a la limitación y escasez del espectro radioeléctrico. Por ello indicó:

“El OMV puede acordar con un Operado Móvil Establecido (“OME”), o con varios de ellos, el arriendo de espectro radioeléctrico e instalar todas las facilidades necesarias para la prestación de servicios de telefonía móvil [...] el OMV puede, a través de un acuerdo con un OME, utilizar todas la facilidades instaladas de este último siendo necesario efectuar sólo inversiones asociadas a mercadeo, facturación y registro de clientes.”

Este tipo de razonamiento, expuesto en los fallos reseñados, que busca cautelar el acceso no discriminatorio a ciertos insumos, puede llevar a equívocos respecto a su vinculación con las facilidades esenciales. Al respecto, hay que recordar que ambos conceptos no deben ser identificados. Primero, porque de la declaración de esencialidad de un insumo no se sigue automáticamente la imposición de un régimen de acceso obligatorio. Segundo, porque el acceso a un insumo esencial puede ser garantizado sin acudir a la doctrina de las facilidades esenciales, como ocurre por ejemplo con el derecho de acceso garantizado por vía regulatoria (denominado “acceso abierto”).⁴⁰⁰ Y tercero, porque este último puede perseguir otras finalidades distintas de

³⁹⁸ Los casos sobre fijación tarifaria están derivaron en las Resoluciones Nos 394, de 19 de junio de 1993; 515, de 22 de abril de 1998; 611, de 11 de julio de 2001; 686, de 20 de mayo de 2003; y 709, de 13 de octubre de 2003) de la Comisión Resolutiva; el “superteléfono” en la Resolución N° 483, de 15 de abril de 1997.

³⁹⁹ Con anterioridad, la antigua Comisión Resolutiva se negó a ordenar la desconcentración compulsiva de la mayor empresa eléctrica nacional, con intereses en los segmentos generación, transmisión (el segmento cuello de botella) y distribución. Argumentó que la estructura de propiedad no era un factor relevante que afectara *per se* la competencia. Véase Resolución N° 488/1997.

⁴⁰⁰ Los ejemplos son variados. El artículo 71-5 del DFL N° 1 del 1982, Ley General de Servicios Eléctricos señala que “Las instalaciones de los sistemas de transmisión troncal y de los sistemas de subtransmisión de cada sistema eléctrico están sometidas a un régimen de acceso abierto, pudiendo ser utilizadas por terceros bajo condiciones técnicas y económicas no discriminatorias entre todos los usuarios, a través del pago de la remuneración del sistema de transmisión que corresponda de acuerdo con las normas de este Título. // Los propietarios de

la protección de la libre competencia, como por ejemplo el servicio universal. En el ámbito estricto del derecho de la libre competencia, el acceso debiera ser el resultado de la aplicación de otras doctrinas y no de una innecesaria aplicación de las *essential facilities*.

2. Un fallo riesgoso: el caso *Transbank*.⁴⁰¹

A pesar de la falta de recepción de la doctrina de las facilidades esenciales en la jurisprudencia chilena, en un caso reciente el TDLC realiza una tímida aproximación a ella. Este caso demuestra cómo los peligros puestos de manifiesto por varios autores pueden hacerse realidad en el derecho nacional a causa de una eventual aplicación errónea de aquella o bien una extensión excesiva de su ámbito de aplicación, sobre todo en materias que exceden los tradicionales servicios de infraestructura.

Expuestos brevemente, los antecedentes del caso son los siguientes. *Transbank S.A.* era una sociedad de apoyo al giro bancario, cuyo objeto era la operación de tarjetas de crédito y débito, así como la prestación de servicios destinados a facilitar el cumplimiento de los fines de las entidades bancarias, tales como el procesamiento de transacciones, la instalación de terminales de venta, la recaudación de pagos por cuenta de terceros y la transferencia electrónica de información y fondos, entre otros. En el año 2003, ella interpuso un recurso de reclamación en contra del Dictamen N° 1.270 de la Comisión Preventiva Central, de fecha 28 de agosto de ese mismo año. Entre otras materias, el dictamen había ordenado a *Transbank* que modificase su estructura de precios para que ella fuese pública, objetiva y ajustada a costos; y, a la vez, le ordenaba que debía considerar una desagregación de sus servicios. Paralelamente, el FNE había deducido ante la antigua Comisión Resolutiva un requerimiento en contra de *Transbank*, en el cual la acusó de abuso de posición dominante y de incumplir en varios aspectos la Ley General de Bancos.

En su sentencia, el TDLC acogió en parte el requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de *Transbank*, sancionando a ésta con una multa.⁴⁰² Asimismo, también acogió en

instalaciones de los sistemas de transmisión troncal y de los sistemas de subtransmisión no podrán negar el acceso al servicio de transporte o transmisión a ningún interesado por motivos de capacidad técnica, sin perjuicio de que, en virtud de las facultades que la ley o el reglamento le otorguen al centro de despacho económico de carga, en adelante CDEC, para la operación coordinada del sistema eléctrico, se limiten las inyecciones o retiros sin discriminar a los usuarios". Por su parte, el artículo 11 del "Reglamento sobre Concesiones Provisionales y Definitivas para la Distribución y Transporte de Gas", contenido en el Decreto Supremo N° 263, de fecha 5 de mayo de 1995, del Ministerio de Economía, indica que "Los concesionarios de transporte deberá operar bajo el sistema de "acceso abierto". // Se entenderá por "acceso abierto" el ofrecimiento que las empresas concesionarias de transporte de gas realicen de sus servicios de transporte en igualdad de condiciones económicas, comerciales, técnicas y de información, respecto de su capacidad de transporte disponible". El mismo principio rige en materia de desagregación de redes de telecomunicaciones, materia aún no regulada en Chile.

⁴⁰¹ Sentencia N° 29, de fecha 12 de septiembre de 2005.

parte el recurso de reclamación presentado por la firma, al dejar sin efecto el Dictamen de la CPC. La Comisión estimó que la actuación conjunta de los emisores a través de *Transbank* no era necesariamente contraria a la libre competencia, y que no se acreditó que la recurrida había usado dicha actuación conjunta para obtener rentas monopólicas. Al mismo tiempo, el TDLC rechazó el plan de autorregulación tarifaria presentado por la imputada en cumplimiento de un avenimiento parcial que alcanzaron las partes.⁴⁰³

En lo que aquí respecta, la sentencia es significativa en razón de que el TDLC califica expresamente a una instalación como esencial; en este caso, a la plataforma en que operaban los servicios de *Transbank*. En efecto, analizando la competencia entre distintos sistemas de tarjetas de crédito, y luego de descartar la desafiabilidad del mercado relevante, señala:

“Que la plataforma en que operan los servicios de tarjetas de crédito bancarias pareciera tener la característica de instalación esencial para adquirentes y emisores. [...]” (Considerando 32°)

La calificación carece de total precisión y está erróneamente fundada. Respecto de lo primero, es revelador que al TDLC sólo le “parezca” que la facilidad posee un carácter esencial, tanto para los adquirentes como para los emisores de tarjetas. Por su parte, en el mismo considerando se señala que la “prueba” de la esencialidad es el “paulatino y sostenido aumento de la concentración del sector”, como si el grado de concentración de un mercado fuera un criterio que sirviera para determinar la esencialidad de una instalación.

Con todo, pudiera parecer de tal declaración que el TDLC utilizó la expresión en el sentido común de instalación básica. Esta mera declaración de esencialidad no hubiera sido diferente a otras que han hecho las autoridades de la libre competencia chilenas, si no fuera porque en este caso -a diferencia de otros- el TDLC se hace cargo expresamente de uno de los requisitos de aplicabilidad de la doctrina de las instalaciones esenciales reconocido en el derecho comparado; éste es, que se trate de servicios que, desde la perspectiva económica, no sean razonablemente duplicables por los competidores. En efecto, prosigue el considerando 32°:

“[...] Si *Transbank* fuese una instalación esencial [sic], tal como indicarían los antecedentes anteriores, y siendo a la vez propiedad de las principales instituciones financieras, las que a su vez actúan como emisores de tarjetas bancarias de crédito y/o débito, la creación de un sistema

⁴⁰² El Tribunal declaró que con ocasión de la devolución de una suma de dinero por transacción efectuada a sus socios -realizada en los años 2001 y 2002-, *Transbank* se incurrió en una conducta contraria a la libre competencia, toda vez que no existió justificación económica o jurídica para excluir de esta devolución al único emisor de tarjetas que no era socio (el cual era la cooperativa de ahorro y crédito más importante del país).

⁴⁰³ El requerimiento del FNE fue resuelto en gran medida mediante un avenimiento parcial acordado entre las partes, presentado ante el Tribunal con fecha 5 de abril de 2005. En él se acordó una rebaja en las comisiones máximas que *Transbank* cobraba al comercio por recibir pagos con tarjetas de crédito y débito. Además, la empresa se comprometió a presentar ante el TDLC un plan de autorregulación tarifaria, lo que se cumplió con fecha 30 de mayo de 2005.

paralelo de tarjetas de crédito sería, bajo toda razonabilidad, impracticable o difícilmente practicable.”

De aquí que el TDLC concluya:

“Que, por otra parte, la circunstancia de que las casas comerciales hayan emitido tarjetas de crédito, no refutaría el hecho que la plataforma de servicios de *Transbank* sea, en la práctica, una facilidad esencial. A este respecto, el Tribunal ya ha señalado que las tarjetas de casa comerciales no son sustitutos perfectos de las tarjetas de crédito emitidas por las instituciones financieras” (Considerando 33°).

Este análisis es en principio correcto.⁴⁰⁴ Sin embargo, como se vio, la exclusividad o imposibilidad de duplicación del bien, que implica que éste carece de sustitutos reales o potenciales, es sólo uno de los dos elementos que se requieren para configurar la esencialidad. El otro es que el bien sea potencialmente excluyente; esto es, que sea indispensable para poder llevar a cabo una actividad en el mercado relevante. No obstante, el TDLC funda su declaración de esencialidad únicamente en el primero y no analiza, al menos en esta parte, la posibilidad que tenía *Transbank* de excluir competidores a través del uso de su sistema.

Luego, el TDLC concluye:

“Que, como consecuencia de los argumentos precedentes, no existen por tanto antecedentes suficientes para demostrar que pueda existir efectiva competencia entre distintos sistemas de tarjetas de crédito bancarias; por el contrario, los indicios existentes apuntan en la dirección opuesta [...]” (considerando 34°).

En definitiva, lo peligroso del caso *Transbank* no es la identificación de una facilidad esencial, o si tal calificación es o no correcta; tampoco si lo sentenciado se ajustó a derecho o no. Lo riesgoso es que el fallo, o al menos importantes conclusiones de él, *se funda* precisamente en la declaración de esencialidad de un insumo, pero sin hacer un análisis acabado de la doctrina.⁴⁰⁵ Por cierto, mal podría el TDLC haberlo hecho, pues -ante todo- no existía una denegación de acceso a la instalación por parte del operador dominante o monopolista, sino un problema de explotación abusiva en relación con ciertos cobros (los cuales, por su naturaleza, no podían ser asimilados a una denegación de acceso). Menos concurrían otros requisitos, como impedir la introducción de un producto nuevo al mercado (*IMS, Magill, Ladbroke*).

⁴⁰⁴ Aunque resulta lógicamente erróneo: de la esencialidad el tribunal concluye que otro sistema sería impracticable. Lo razonable es la inversa: por ser inviable otro sistema, el insumo se puede calificar de esencial. El punto no es menor. En el extremo, podría sostenerse que el tribunal simplemente “creó” la esencialidad y luego estableció consecuencias.

⁴⁰⁵ Como BORDOLI y GORAB han expresado en un estudio reciente (“Las instalaciones...”, cit. en nota 375, p.2), “La importancia de la sentencia radica en que el TDLC califica expresamente una instalación como esencial (la plataforma en la que operan los servicios de *Transbank*). Ello, en concreto, derivó en que el TDLC exigió a *Transbank* de [sic] otorgar libre acceso a sus servicios de operación de tarjetas a los emisores autorizados por el Banco Central y fiscalizados por la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras”.

En definitiva, ante la ausencia de una conducta exclusiva, el TDLC debió haberse limitado a fundamentar correctamente el abuso de posición dominante, utilizando la sustituibilidad como parte de su argumentación. La consideración del sistema de operaciones de *Transbank* como una facilidad esencial fue, en este caso, nada más que una consecuencia del restrictivo mercado relevante definido (correcta o incorrectamente) por el TDLC, por lo que bien pudo -y debió- haber prescindido de ella.⁴⁰⁶

IV. CONCLUSIÓN: LA INCONVENIENCIA DE APLICAR LA DOCTRINA DE LAS FACILIDADES ESENCIALES.

La evolución de la protección de la libre competencia, tanto en el derecho norteamericano como en el europeo, ha ido a la par del desarrollo económico. En éste se encuentran, precisamente, las bases que explican los variados aspectos de esa protección. En lo que respecta a la doctrina de las facilidades esenciales, esto queda claro tanto al contrastar su desarrollo en uno y otro ordenamiento, como al observar su posición relativa en relación con las políticas generales y finalidades de la defensa de la competencia en cada uno de ellos. Como se ha reiterado, en el derecho norteamericano la doctrina siempre ha tenido un alcance restrictivo, el cual se explica en la visión que de ella se tiene como una excepción a la regla general de la libertad económica y de contratar. Asimismo, esto concuerda con el fin de protección de la eficiencia que, aunque con grandes matices, subyace aún al resguardo de la competencia en ese derecho. En el derecho de la Comunidad Europea, por su parte, la multiplicidad de finalidades establecidas en el Tratado y el desenvolvimiento de la economía, permitió el nacimiento de un deber de pactar que recaía sobre las firmas dominantes, el cual sería posteriormente acotado por la jurisprudencia de una forma tal que implicó un acercamiento de posiciones con el más liberal derecho norteamericano. En ambos casos, es evidente la estrecha relación entre el contexto económico general y las instituciones de protección de la libre competencia.

En contraste con esta situación, la modernización del derecho de la competencia en Chile no fue llevada a cabo a la par de los profundos cambios que sufrió la economía nacional a partir de mediados de la década del 70. Su evolución, por el contrario, fue posterior. A raíz de esto, puede afirmarse que no se ha asentado del todo una sólida base de análisis de las normas de protección de la libre competencia particulares del derecho chileno, formada por criterios y teorías interpretativas. En este sentido, a los relativamente escasos pero consistentes estudios

⁴⁰⁶ En efecto, el TDLC definió el mercado relevante como el de las transacciones efectuadas utilizando como medio de pago las tarjetas de crédito y/o débito bancarias. Descartó incluir en el mismo mercado, por ser sustitutos imperfectos, a las tarjetas de casas comerciales y a otros medios de pago.

económicos, se suma una evidente carencia de aportes jurídicos.⁴⁰⁷ A su vez, por el lado de la jurisprudencia, si bien las antiguas comisiones establecieron tímidamente algunos criterios de aplicación general en ciertas materias (como las negativas de venta, por ejemplo), no existía, al menos en forma previa a la modernización, un análisis riguroso que permitiera sostener esos criterios sobre sólidas bases. El TDLC sí ha mostrado avances en este sentido; pero falta algo de tiempo para alcanzar la madurez y la complementariedad necesaria entre la protección de la libre competencia y el contexto económico general.

Sin embargo, es posible dar una mirada positiva a las carencias que se manifiestan hasta hoy y aprender ciertas lecciones. La ausencia de un derecho de la libre competencia maduro hace que aún haya tiempo de incorporar adecuadamente las enseñanzas tomadas de las instituciones jurídico-económicas comparadas más avanzadas, en especial para evitar la reiteración de errores cometidos en ellas. En este sentido, la doctrina de las facilidades esenciales constituye un buen ejemplo. Como se ha visto a lo largo de este estudio, ella parece ser más una forma de describir una situación problemática con la cual los organismos antimonopolios deben lidiar en circunstancias específicas, que una teoría jurídico-económica rigurosa. Por esto, en el derecho nacional, su aplicación, si es que merece alguna, debiera quedar relegada restrictivamente a esa función meramente descriptiva de apoyo a la argumentación. Debiera impedirse, por el contrario, una aplicación amplia de la misma, que sirva de base única y exclusiva para la resolución de conflictos en materia de libre competencia, y ser sobre todo evitada su confusión con el derecho de acceso. La enseñanza fundamental que se desprende de este estudio es que una doctrina ambivalente y con contornos poco definidos puede provocar más daños que beneficios a la libre competencia.

En efecto, la doctrina de las facilidades esenciales acarrea el riesgo real y cierto de desvirtuar los fines de la protección de tal bien jurídico. Lo central es impedir una exposición innecesaria a las perniciosas consecuencias derivadas de una aplicación irracional a la cual, lamentablemente, esa doctrina fácilmente puede conllevar. En este sentido, debe recordarse, como lo hacen KEZSBOM y GOLDMAN, que la función de las normas de defensa de la competencia es proteger y asegurar la competencia en interés de los consumidores; su misión no es mejorar la posición de los competidores.⁴⁰⁸ La doctrina de las facilidades esenciales acarrea el riesgo cierto de abrir la puerta a esto último. Ésto, por la vía de amplificar artificialmente el número de facilidades consideradas esenciales para competir. Asimismo, los riesgos de aplicar en Chile una doctrina con límites poco claros incluso en ordenamientos más avanzados, se ven amplificados por el ya

⁴⁰⁷ Notables y casi “estoicas” excepciones son VALDÉS (*Libre Competencia...*, cit. en nota 21; y *La discriminación Arbitraria en el Derecho Económico: especialmente en la legislación antimonopólica*. Santiago: LexisNexis Chile, 1992), STREETER (“Documento...”, cit. en nota 365).

⁴⁰⁸ KEZSBOM y GOLDMAN (“No shortcut...”, cit. en nota 67).

mencionado estado casi embrionario de desarrollo de un derecho de la libre competencia moderno.

Los resultados que se pueden perseguir a través de la aplicación de la doctrina de las facilidades esenciales, especialmente un derecho de acceso compulsorio a una instalación calificada como esencial, bien pueden ser alcanzados utilizando teorías más tradicionales, mejor asentadas en materia de libre competencia y menos peligrosas, como lo es, por ejemplo, la negativa de pactar. Al igual como acontece en el derecho comparado, la figura de ilícito monopólico consagrada en el Decreto Ley N° 211 es lo suficientemente amplia como para que los efectos de la doctrina puedan ser alcanzados a través de estas vías menos riesgosas. De hecho en Chile, las bases de la negativa de pactar pueden encontrarse en los casos de negativa de venta, por lo que bastaría únicamente un poco de “sintonía fina” para producir un desarrollo más acabado. De este modo se evitará, en una materia muy importante como lo es la definición de una explotación abusiva de una posición dominante, la adopción de criterios en sí mismos, y no a causa de una inadecuada aplicación, riesgosos y aleatorios.-

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AGÜERO Vargas, Francisco (2003): *Tarifas de Empresas de Utilidad Pública*. Santiago: LexisNexis Chile.
- AREEDA, Phillip (1989): "Essential Facilities: An Epithet in Need of Limiting Principles". En: *Antitrust Law Journal*, vol. 58, pp. 841-853.
- ARIÑO Ortiz, Gaspar (2001): *Principios de Derecho Público Económico (Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica)*. 2a ed. Granada: Fundación de Estudios de Regulación, Comares Editorial.
- _____ (1993): *Economía y Estado*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- BACHES Opi, Sergio (2001): "The application of the Essential Facilities Doctrine to Intellectual Property Licensing in the European Union and the United States: Are Intellectual Property Rights sacrosanct?". En: *Fordham Intellectual Property Media & Ent. Law Journal*, vol. 11, pp. 409-507.
- BALDWIN, Robert y Martin CAVE (1999): *Understanding Regulation*. Oxford: Oxford University Press.
- BAUMOL, William J., John C. PANZAR y Robert D. WILLIG (1982): *Contestable Markets and the Theory of Industry Structure*. San Diego: Harcourt Brace Jovanovich.
- BERGMAN, Mats A. (2005): "When Should an Incumbent be Obligated to Share its Infrastructure with an Entrant Under the General Competition Rules?". En: *Journal of Industry, Competition and Trade*, vol. 5(1), pp. 5-26.
- _____ (2001): "The role of the Essential Facilities Doctrine". En: *Antitrust Bulletin*, vol. 46, pp. 403-434.
- _____ (2000): "The Bronner Case: A turning point for the Essential Facilities Doctrine". En: *European Competition Law Review*, vol. 21(2), pp. 59-63.
- BEUTEL, Phillip (2004): "The intersection of Antitrust and Intellectual Property Economics: a Schumpeterian View". En: *Economics of Antitrust*, cap. 12 (Wu ed.), Nera Economic Consulting, pp. 132-140.
- BISHOP, Bill y Alan OVERD (1998): "Essential Facilities: The Rising Tide". En: *European Competition Law Review*, vol. 19(4), pp. 183-185.
- BORDOLI, Carla y Daniela GORAB (2006): "Las instalaciones esenciales desde la perspectiva del derecho de la competencia". En: *Competencia y Regulación*, año 12(3). Disponible en www.competenciayregulacion.cl/destacado.php?edicion=53 (última visita: 18.03.07).
- BORK, Robert (1978): *The Antitrust Paradox*. New York: The Free Press.
- CALLEJÓN, María (coord.) (2001): *Economía Industrial*. Madrid: Edicions de la Universitat Oberta de Catalunya y Civitas.
- CAPOBIANCO, Antonio (2001): "The Essential Facility Doctrine: Similarities and Differences between the American and European Approaches". En: *European Law Review*, vol. 26 (6), pp. 548-564.
- CARLTON, Dennis W. y Jeffrey M. PERLOFF (2000): *Modern Industrial Organization*. 3a ed. Addison Wesley Longman, Inc.
- CASTALDO, Angelo y Antonio NICITA (2005): "Essential Facility and Efficiency in European Antitrust. Some lessons from GVG/FS in the Railway Sector". En: *Siena memos and papers on law and economics*, 38/05. University of Siena, Faculty of Economics.
- COASE, Ronald (1988): *The Firm, the Market and the Law*. Chicago y London: The University Chicago Press.
- _____ (1937): "The Nature of the Firm". En: *Económica*, vol. 4 (nov.), pp. 386-405. [reproducido también en Coase, 1988].

- _____ (1960): "The Problem of Social Cost". En: *The Journal of Law and Economics*, vol. 3 (octubre), pp. 1-44. [reproducido también en Coase, 1988].
- COOTER, Thomas F. (1999): "Intellectual Property and the Essential Facilities Doctrine". En: *Antitrust Bulletin*, vol. 44(1), pp. 211 y ss.
- CUTHBERT, Mike (2003): *European Union Law, 2003-2004*. 5a ed. London: Cavendish Publishing Limited.
- DOHERTY, Barry (2001): "Just What Are Essential Facilities?" En: *Common Market Law Review*, vol. 38, pp. 397-436.
- ENGEL, Eduardo, Ronald FISHER y Alexander GALETOVIC (2000): "El programa chileno de concesiones de infraestructura: evaluación, experiencias y perspectivas". En: *La transformación económica de Chile*, cap. 6 (Larraín y Vergara, eds.). Santiago: Centro de Estudios Públicos.
- FINE, Frank (2002a): "NDC/IMS: In response to professor Korah". En: *Antitrust Law Journal*, vol. 70, pp. 247-256.
- _____ (2002b): "NDS [sic] /IMS: a logical application of Essential Facilities Doctrine". En: *European Competition Law Review*, vol. 23(9), pp. 457-468.
- FOX, Eleanor M. (2002): "What is Harm to Competition? Exclusionary Practices and Anticompetitive Effect". En: *Antitrust Law Journal*, vol. 70, pp. 371-411.
- FFRENCH-DAVIS, Ricardo (2003): *Entre el neoliberalismo y el crecimiento con equidad*. 3a ed. Santiago: J.C. Sáez Editor.
- HART, Oliver y Jean TIROLE (1990): "Vertical Integration and Market Foreclosure". En: *Brookings Papers on Economic Activity: Microeconomics*, pp. 205-276.
- HAYEK, Friedrich (1973): *Legislation and Liberty*. Londres: Routledge and Kegan Paul.
- HILDEBRAND, Doris (2002): *The Role of Economic Analysis in the EC Competition Rules. The European School*. 2ª ed. The Hague, London, New York: Kluwer Law International.
- HIRSH, Merril y Gabriela A. RICHEIMER (2003): "The Essential Facilities Doctrine: Keeping the Word 'Epithet' from Becoming One". Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=389200> (última visita 10.03.07).
- HOVENKAMP, Herbert J. (2001): "Post-Chicago Antitrust: A review and critique". En: *Columbia Business Law Review*, pp. 257 y ss.
- _____ (1999): *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and its Practice*. 2a ed. St. Paul. MN.: West Publishing Co.
- JONES, Alison, y SUFFRIN, BRENDA (2004): *EC Competition Law*. 2a ed., Oxford, England: Oxford University Press.
- KEZSBOM, Allen y Alan GOLDMAN (1996): "No shortcut to Antitrust Analysis: The Twisted Journey of the 'Essential Facilities' Doctrine". En: *Columbia Business Law Review*, vol. 1(1).
- KLEIN, Benjamin, Robert CRAWFORD y Armen ALCHIAN (1978): "Vertical Integration, Appropriable Rights, and the Competitive Contracting Process". En: *Journal of Law and Economics*, vol. 21, pp. 297-326.
- KORAH, Valentine (2001): "The Interface between Intellectual Property and Antitrust: The European Experience". En: *Antitrust Law Journal*, vol. 69, pp. 801-839.
- _____ (2000): "Access to Essential Facilities under the Commerce Act in the Light of Experience in Australia, the European Union and the United States". En: *Victoria University of Wellington Law Review*, vol. 31, pp. 231 y ss.
- KWOKA, John E. y Lawrence J. WHITE (1999): *The Antitrust Revolution*. Oxford University Press.
- LAJUGIE, Joseph (1970): *Los sistemas económicos*. 8a ed. Buenos Aires: Editorial Universitaria.
- LIPSKY JR., Abbott B. y J. Gregory SIDAK (1999): "Essential Facilities". En: *Stanford Law Review*, vol. 51, pp. 1187-1248.

- MACKIE-MASON, Jeffrey K. y John METZLER (1999): "Links between vertically related markets: Kodak". En: *The Antitrust Revolution*, caso 16 (Kwoka y White eds.). Oxford University Press.
- MANKIW, Gregory (2003): *Principios de economía*. Madrid: McGraw-Hill.
- MEINBERG, Henrik (2006): "From Magill to IMS Health: The New Product requirement and the diversity of Intellectual Property Rights". En: *European Competition Law Review*, vol. 28(7), pp. 398-403.
- MILGROM Paul y John ROBERTS (1992): *Economics, Organizations and Management*, Englewood Cliffs, N.J.: Prentice Hall, Inc.
- NEHME, Nicole (2005): "Sujeción de los órganos del Estado a las disposiciones del Decreto Ley N° 211 sobre Defensa de la Libre Competencia". En: *Competencia y Regulación*, año 2(2), disponible en www.fn.cl/core/a2n2/d1.html (última visita: 12.03.07).
- NORTH, Douglas (1993): *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*. México: Fondo de Cultura Económica.
- OGUS, Anthony (2004): *Regulation: Legal Form and Economic Theory*. Oxford: Hard Publishing.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE COMERCIO (OMC) (2004): *Examen de las Políticas Comerciales - Estados Unidos*. Ginebra: OMC. [hay versión actualizada a 2006].
- OTTERVANGER, Tom R. y Sander VAN DER VOORDE (2002): *Competition Law of the European Union and The Netherlands*. 2a ed. The Hague: Kluwer Law Internacional y Allen & Overy Legal Practice.
- PAREDES, Ricardo (2000): "Regulación económica en Chile: la opción por un enfoque no estructural". En: *La transformación económica de Chile*, cap. 5 (Larraín y Vergara, eds.). Santiago: Centro de Estudios Públicos.
- _____ (1997): "Integración vertical: teoría e implicancias de política pública". En: *Estudios Públicos*, vol. 66 (otoño), pp. 189-214.
- _____ y Jorge TARZIJÁN (2001): *Organización Industrial para la Estrategia Empresarial*. Pearson Prentice Hall.
- PARKIN, Michael (2001): *Microeconomía*, 5a ed., Addison Wesley.
- PELLISÉ Capell, Jaume (2002a): *Mercado relevante, posición de dominio y otras cuestiones que plantean los artículos 82 TCE y 6 LEDC*. Navarra: Editorial Aranzadi, S.A.
- _____ (2002b): *La "explotación abusiva" de una posición dominante (arts. 82 TCE y 6 LEDC)*. Madrid: Civitas.
- PITOFKY, Robert, Donna PATTERSON y Jonathan HOOKS (2002): "The Essential Facilities Doctrine under U.S. Antitrust Law". En *Antitrust Law Journal*, vol. 70, pp. 443-462.
- _____ (s/a): "The Essential Facilities Doctrine under United States Antitrust Law". Disponible en: <http://www.ftc.gov/os/comments/intelpropertycomments/pitofskyrobert.pdf> (última visita: 14.02.07).
- POSNER, Richard (2001): *Antitrust Law*. 2a ed. Chicago: The University of Chicago Press.
- RIDYARD, Derek (1996): "Essential Facilities and the Obligation to Supply Competitors under the UK and EC Competition Law". En: *European Competition Law Review*, vol. 17 (8), pp. 438-452.
- ROBINSON, Glen O. (2002): "On Refusal to Deal with Rivals". En: *Cornell Law Review*, vol. 87, pp. 1177-1204.
- ROJAS, Ximena (2005): "Reflexiones sobre el Tratamiento de las Facilidades Esenciales en los Sistemas Chilenos de Protección de la Libre Competencia". En: *Sociedad & Conocimiento*, año 3, numero 5. Santiago: Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas de la Universidad Central.
- RUBIN, Janice (2005): "CRS Report for Congress: Verizon Communications, Inc. v. Trinko: Telecommunications Consumers cannot use Antitrust Laws to remedy access violations of

- Telecommunications Act”. Disponible en: http://digital.library.unt.edu/govdocs/crs//data/2005/upl-meta-crs-8333/RS21723_2005Aug01.pdf?PHPSESSID=2b1de667f69cf76097367b17adbf4ce4 (última visita: 10.03.07).
- SAMUELSON, Paul A. y William D. NORDHAUS (2002): *Economía*, 17a ed., McGraw-Hill.
- SCHERER, Frederic M. (1983): “The Economics of Vertical Restraints”. En: *Antitrust Law Journal*, vol. 52, pp. 687-707 y 731-740.
- SCHMALENSEE, Richard (1973): “A Note on the Theory of Vertical Integration”. En: *Journal of Political Economy*, vol. 81 (marzo-abril), pp. 442-449.
- SCHUMPETER, Joseph A. (1942): *Capitalism, Socialism, and Democracy*. New York: Harper Brothers.
- SERRA, Pablo (2002): “Chile’s Antitrust Legislation: Effects on Essential Facilities”. En: *Competition Policy in Regulated Industries*, cap. 2 (Beato y Laffont, eds.). Washington, D.C.: Inter-American Development Bank.
- _____ (2001): “Las Facilidades Esenciales en la Doctrina de los Organismos de Competencia Chilenos”. Banco Interamericano del Desarrollo.
- SHAPIRO, Carl (1995): “Aftermarkets and Consumer Welfare: making sense of Kodak”. En: *Antitrust Law Journal*, vol. 63, pp. 483-512.
- STEHMANN, Oliver (2004): “Applying ‘Essential Facility’ Reasoning to Passenger Rail Services in the EU – The Commission Decision in the Case GVG”. En: *European Competition Law Review*, vol. 25(7), pp. 390-394.
- STIGLER George (1951): “The Division of Labor is Limited by the Extent of the Market”. En: *Journal of Political Economy*, vol. 59, pp. 185-193.
- STOTHERS, Christopher (2001): “Refusal to Supply as Abuse of a Dominant Position: Essential Facilities in the EU”. En: *European Competition Law Review*, vol. 22(7), 256-262.
- STRATAKIS, Alexandros (2006): “Comparative Analysis of the US and the EU approach and Enforcement of the Essential Facilities Doctrine”. En: *European Competition Law Review*, vol. 27(8), pp. 434-442.
- STREETER Prieto, Jorge (2002): “Documento de Trabajo sobre la Enmienda al Decreto Ley N°211 (1973)”. En: *Modificación de la Ley de Defensa de la Competencia*, documento de trabajo. Santiago: Philippi, Yrarrázabal, Pulido & Brunner Ltda., abogados.
- SULLIVAN, Lawrence A. (1977): *Handbook of the Law of Antitrust*. West Group.
- TEMPLE Lang, John (2003): “Anti-competitive non-pricing Abuses under European and National Antitrust Law”. En: *International Antitrust Law & Policy: Fordham Corporate Law 2003*, cap. 14 (Hawk ed.). New York: Fordham University School of Law.
- _____ (2002): “Compulsory Licensing of Intellectual Property in European Community Antitrust Law”. Disponible en: <http://www.ftc.gov/opp/intellect/020522langdoc.pdf> (última visita: 12.03.07).
- _____ (1994): “Defining Legitimate Competition: Companies’ Duties to Supply Competitors and Access to Essential Facilities”. En: *Fordham International Law Journal*, vol. 18, pp. 437-524.
- TELSER, Lester G. (1960): “Why Should Manufacturers Want Free Trade?”. En: *Journal of Law and Economics*, vol. 3, pp. 86-105.
- TIOLE, Jean (2004): “Economics of Compulsory Licensing”. Disponible en: <http://www.aei.brookings.org/admin/authorpdfs/page.php?id=938> (última visita: 15.03.07).
- _____ (1988): *The Theory of Industrial Organization*. Cambridge, Massachusetts: The MIT Press.
- _____ y Patrick REY (2007): “A primer on foreclosure”. Por publicarse en: *Handbook of Industrial Organization III*, cap. 7 (Armstrong y Porter, eds.). North-Holland. Disponible en: <http://www.idei.fr/doc/by/tiole/primer.pdf> (última visita: 15.03.07).

- TURNEY, James (2005): “Defining the Limits of the EU Essential Facilities Doctrine on the Intellectual Property Rights: The Primacy of Securing Optimal Innovation”. En: *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property*, vol. 3(2), pp. 179-202.
- VALDÉS Prieto, Domingo (2006): *Libre Competencia y Monopolio*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- _____ (1992): *La discriminación Arbitraria en el Derecho Económico: especialmente en la legislación antimonopólica*. Santiago: LexisNexis Chile.
- VALDÉS, Salvador (1994): “Regulación: ¿Una barrera o una garantía?”. En: *Chile hacia el año 2000: ideas para el desarrollo* (Larraín, ed.). Santiago: Centro de Estudios Públicos.
- VAN BAEL, Ivo y Jean-François BELLIS (2005): *Competition Law of the European Community*. 4a ed. The Hague: Kluwer Law Internacional.
- VENIT, James S. y John J. KALLAUGHER (1995): “Essential Facilities: A comparative approach”. En: *21st Annual Fordham Corporate Law Institute 1994*, cap. 13 (Hawk, ed.). New York: Fordham University School of Law.
- VILLAR Rojas, Francisco (2004): *Las instalaciones esenciales para la competencia*. Granada: Editorial Comares.
- VISCUSI, W. Kip, John VERNON y Joseph E. HARRINGTON JR. (2005): *Economics of Regulation and Antitrust*. 4^a ed. Cambridge, Massachusetts & London, England: The MIT Press.
- WERDEN, Gregory (1987): “The Law and Economics of the Essential Facilities Doctrine”. En: *St. Louis University Law Journal*, vol. 32, pp. 433-480.
- WERNER, Carolina y Nicole NEHME (2005): “El rol de los conceptos de Orden Público, Buenas Costumbres y Buena Fe en la contratación entre partes desiguales”. En: *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello: pasado, presente y futuro de la codificación* (Tapia M., ed.). Santiago: LexisNexis.
- WHISH, Richard (2003): *Competition Law*. 5a ed. Oxford: LexisNexis – Butterworths.
- WHITE, Steward (1995): “Is There a Role for an ‘Essential Facilities’ Doctrine in Europe?”. En: *Computer and Telecommunications Law Review*, vol. 1(4), pp. 110-116.
- WILLIAMSON, Oliver (1975): *Markets and Hierarchies: Analysis and Antitrust Implications*. New York: The Free Press.
- _____ (1985): *The Economics Institutions of Capitalism*. New York: The Free Press.
- WU, Lawrence (2004): *Economics of Antitrust: New issues, questions, and insights*. Nera Economic Consulting.