



**UNIVERSIDAD DE CHILE  
FACULTAD DE DERECHO  
DEPARTAMENTO DE DERECHO ECONÓMICO**

**DE LA LICITUD O ILICITUD DE LA NEGATIVA INJUSTIFICADA A  
CONTRATAR EN EL DERECHO ECONÓMICO CHILENO**

**Tesis para optar al Título de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales**

**DANIELA VERÓNICA PONS LETELIER**

Profesor Guía: Juan Francisco Reyes Taha

Santiago de Chile

2014

## ÍNDICE

|                                                                                                                        |    |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| <b>INTRODUCCIÓN</b> .....                                                                                              | 1  |
| <b>CAPÍTULO 1</b>                                                                                                      |    |
| <b>CONDUCTAS ATENTATORIAS CONTRA LA LIBRE COMPETENCIA EN GENERAL</b> .....                                             | 8  |
| 1.1. Antecedentes.....                                                                                                 | 9  |
| 1.2. Regulación.....                                                                                                   | 12 |
| 1.3. Doctrina del abuso.....                                                                                           | 14 |
| 1.3.1. Escuela Neoclásica.....                                                                                         | 16 |
| 1.3.2. La doctrina de la Escuela de Harvard.....                                                                       | 19 |
| 1.3.3. La Escuela Post-Chicago.....                                                                                    | 19 |
| 1.3.4. Postura de la Libertad económica.....                                                                           | 21 |
| 1.4. Conductas antimonopólicas.....                                                                                    | 22 |
| 1.5. La posición dominante en el mercado.....                                                                          | 28 |
| 1.6. Otras conductas que atentan contra la libre competencia.....                                                      | 32 |
| 1.6.1. Prácticas relacionadas con el precio (acuerdos de exclusividad, ventas atadas, negativas de pactar, otras)..... | 32 |
| 1.6.2. Acuerdos de exclusividad.....                                                                                   | 33 |
| 1.6.3. Contratos o ventas atadas.....                                                                                  | 34 |
| 1.6.4. Precios predatorios (dumping).....                                                                              | 35 |
| 1.6.5. Discriminación de precios.....                                                                                  | 36 |
| 1.6.6. Prácticas no relacionadas con el precio.....                                                                    | 37 |

## **CAPÍTULO 2**

### **DE LA NEGATIVA A CONTRATAR EN EL DERECHO ECONÓMICO CHILENO..... 39**

2.1. Principio general de libre contratación..... 39

2.2. De la negativa a contratar o negativa de venta ..... 44

2.2.1. Modalidades de la negativa de contratar en el derecho chileno ..... 47

2.3. Casos excepcionales donde una parte se encuentra obligada a contratar con otra..... 66

## **CAPÍTULO 3**

### **ILICITUD DE LA NEGATIVA DE CONTRATAR EN EL DERECHO COMPARADO ..... 74**

3.1. Antecedentes: El Tratado de Roma..... 74

3.2. La regulación de la negativa injustificada a contratar en E.E.U.U.: La Sherman Act..... 79

3.3. Otras Legislaciones ..... 83

## **CAPÍTULO 4**

### **JURISPRUDENCIA RESPECTO DE LA NEGATIVA INJUSTIFICADA A CONTRATAR..... 89**

4.1. La negativa injustificada a contratar frente al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia..... 90

4.1.1. Distribuidora Molino con Distribuidora Alfa, Rol C-17-2004 (14 de julio de 2005) ..... 90

4.1.2. MICOM S.A. con ENAP, Rol C-96-2006 (18 de abril de 2008)..... 95

4.1.3. Sociedad Comercial y Agrícola Verde Sur Ltda. con Sociedad Petróleos Transandinos S.A., Rol C-185-2009 (07 de diciembre de 2010).  
..... 103

4.2. Reflexiones en torno a la aplicación de las normas que sancionan la negativa injustificada para contratar ..... 113

**CONCLUSIONES** ..... 115

**BIBLIOGRAFÍA**..... 121

## RESUMEN

El presente trabajo tiene por objeto analizar la licitud o ilicitud de la negativa a contratar, también denominada negativa de venta. Dicha figura ha sido considerada por la doctrina y jurisprudencia administrativa, como una de las conductas lesivas contrarias a la libre competencia contempladas dentro de la enumeración no taxativa del Artículo 3° del Decreto Ley Número 211. El trabajo describe el marco normativo de la libre competencia en Chile, luego analiza la negativa de venta, o negativa a contratar, a la luz de la normativa y jurisprudencia pertinente, realiza luego un análisis comparado teniendo en cuenta los antecedentes norteamericano y europeo, y finaliza con una sección de resumen de casos pertinentes en la jurisprudencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

## INTRODUCCIÓN

A finales del año 2012, Multicaja S.A. y su filial de tarjetas, Multitarjetas S.A., demandaron ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia al Banco del Estado de Chile por abuso de posición dominante, ante la negativa del demandado de contratar con Multitarjeta S.A.<sup>1</sup>. La demanda está basada en que dicha acción atentaría contra la libre competencia, al ser el demandado el único oferente en Chile de un producto de características como las de 'cuenta rut'; por tanto, al negarse a contratar con Multitarjeta S.A., el demandado la imposibilitaría para actuar en este mercado<sup>2</sup>. Esta situación, nos lleva a cuestionarnos si un agente de mercado es efectivamente libre de decidir no contratar con otro. La postura de Multitarjeta es que, dada su posición en el mercado, la decisión del Banco del Estado de Chile a no contratar con ellos los excluye del mercado y constituye una negativa injustificada a contratar. Es precisamente dicha institución el objeto de este trabajo.

La negativa injustificada a contratar fue incorporada tempranamente al derecho chileno, mediante la dictación del Decreto Ley Número 520 del año

---

<sup>1</sup> Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, causa rol 246-2012.

<sup>2</sup> "Demandan a Banco Estado ante el TDLC por abuso de posición dominante en CuentaRut" El Mercurio, Ed. 13 enero 2013. (Cuerpo C)

1932, el cual, en sus artículos 4º, 5º y 6º<sup>3</sup>, establecía la facultad del Presidente de la República para exigir determinadas cuotas de producción y distribución de bienes y servicios cuando existan necesidades imperiosas. No obstante, en su forma actual, sería recién en el año 1979, con la promulgación del Decreto Ley Número 2.760 de 1979 (que modifica el Decreto Ley Número 211 de 1973), que se consagra la ‘posición de abuso de poder’ como conducta atentatoria contra la libre competencia, lo que constituiría un primer acercamiento a la regulación de la negativa injustificada a contratar, por constituir ésta una expresión de la primera.

En su forma actual, la negativa injustificada a contratar se manifiesta, usualmente, a través de la negativa de venta, lo cual se ha traducido en que muchos autores se refieran a casos de negativa injustificada a contratar como casos de negativa de venta, llevando a la errónea percepción de limitarse el ilícito monopólico sólo a ventas, cuando en realidad lo que se sanciona es la

---

<sup>3</sup> “**Art. 4º.-** Para el solo efecto de atender a las necesidades imperiosas de la subsistencia del pueblo, se declaran de utilidad pública los predios agrícolas, las empresas industriales y de comercio y los establecimientos dedicados a la producción y distribución de artículos de primera necesidad; y se autoriza al Presidente de la Republica para expropiarlos en los casos taxativamente enumerados en los artículos 5º y 6º y de conformidad a las normas de procedimiento que señala la presente ley.

**Art. 5º.-** Todo establecimiento industrial o comercial, y toda explotación agrícola que se mantenga en receso, podrá ser expropiada por el Presidente de la República, a solicitud del Comisario General de Subsistencias y Precios, previo informe favorable del Consejo de Defensa Fiscal y del Consejo Técnico respectivo.

**Art. 6º.-** El Presidente de la República, a propuesta del Comisario General, podrá imponer a los productores la obligación de producir o elaborar artículos declarados de primera necesidad, en las cantidades, calidades y condiciones que determine.

El incumplimiento de dicha obligación lo autorizará para expropiar, con los requisitos señalados en el artículo anterior, el establecimiento, empresa o explotación del productor rebelde, todo sin perjuicio de las demás sanciones que establece esta ley”

negativa injustificada a celebrar cualquier tipo de convención. Cabe apuntar, no obstante, que se trata de una figura que contempla una serie de hipótesis que no son fáciles de comprender pues, en la base de la institución está la tensión que se genera entre este ilícito y el principio de autonomía de la voluntad (y la libertad contractual) que se encuentra presente en toda la actividad económica en nuestro país. Con ello, surge la siguiente pregunta: ¿Es lícita la negativa injustificada a contratar en el derecho chileno?

En doctrina nacional y comparada existen posiciones a favor y en contra de la institución. Así, por ejemplo, el tratado que regula el derecho económico peruano la respalda, indicando que: “la negativa legítima a contratar es en principio, una decisión legítima de cualquier empresa, inherente de su autonomía de voluntad, en especial de su libertad de contratar, sin embargo, cuando la empresa en cuestión tiene una posición privilegiada en el mercado, queda obligada a ciertas obligaciones, como la obligación de no negarse a contratar, sin razón justificada, con algún proveedor o cliente”.<sup>4</sup>

Como veremos más adelante, subyace a la legitimidad de las distintas posiciones la determinación fáctica en cuanto a si la negativa a contratar es manifestada por una empresa que detenta posición dominante en el mercado o no. Según el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, la posición dominante en el mercado, de connotación en teoría económica, no tiene una

---

<sup>4</sup> FLINT, Pinkas. Tratado de Defensa de la Libre Competencia Perú, Ed. PUC, 2001, p. 1447.



definición normativa clara o inambigua y, por lo mismo, podría asociársele con distintos significados, no obstante que, en rigor, es equivalente a lo que en economía se denomina poder de mercado; es decir: “la capacidad de imponer las condiciones del intercambio con prescindencia, en un grado apreciable, de competidores y consumidores”<sup>5</sup>.

Este trabajo se desarrolla sobre la base del supuesto que, por razones de igualdad y eficiencia, si bien el principio general regulador en materia contractual es la autonomía de la voluntad, en ocasiones, existe un deber de contratar que la negativa injustificada a contratar pudiera infringir.

No obstante lo anterior, siendo el deber de contratar una excepción en nuestro ordenamiento jurídico, la imposición de una sanción en caso de no hacerlo, sólo puede ser determinada bajo ciertas circunstancias de excepción, siendo necesaria la concurrencia de requisitos copulativos en la negativa para que esta sea efectivamente sancionable

El presente trabajo se estructura en cuatro capítulos. El primero contiene una introducción general a aquellas conductas que lesionan la libre competencia, señalando los antecedentes y su regulación, para posteriormente llevar a cabo una enumeración de las conductas antimonopólicas más sancionadas.

---

<sup>5</sup> PEÑA TORRES J. Posición dominante en el mercado y precios abusivos [en línea] <<http://fen.uahurtado.cl/2011/04/>> [consulta: 29 de mayo de 2013]

En el capítulo segundo, se analiza la regulación particular aplicable a la negativa injustificada a contratar, discutiéndose precisamente acerca de la licitud o ilicitud de la misma, tomando en consideración que, como principio general en nuestro ordenamiento jurídico, en las relaciones entre partes independientes rige la autonomía de la voluntad y, como corolario a ello, toda persona es libre para decidir si contrata o no, no siendo sancionable en principio la decisión de no hacerlo o, en otras palabras, no existiendo *a priori* la obligación de hacerlo; para luego concluir que, por diversas razones, atribuibles principalmente a la necesidad de que concurren las partes en igualdad de condiciones para que el mercado se desarrolle de manera eficiente, la negativa injustificada a contratar, bajo ciertas circunstancias y cumpliéndose una serie de requisitos específicos, debe ser sancionada en pos de un bien jurídico superior, constituido precisamente por la libertad contractual.

Dentro del análisis de las circunstancias en virtud de las cuales la negativa injustificada a contratar constituye un acto sancionable, se analizará si la misma no sólo es reprochable en nuestro ordenamiento como una conducta atentatoria contra la libre competencia, sino que también respecto de otros cuerpos normativos.

Asimismo, se buscará resolver si, desde el punto de vista de la eficiencia, la doctrina de la negativa injustificada a contratar cumple con el objetivo deseado, sobre todo en contraposición con la denominada doctrina de las

“*Essential Facilities*” originada en el derecho comparado, para concluir que ambas se vinculan bajo una relación de género a especie, estando contenida esta última en la primera.

En el capítulo tercero, se lleva a cabo un análisis de la legislación comparada respecto a esta conducta antijurídica específica, tomando como referentes principales el Tratado de Roma<sup>6</sup> y la Sherman Act<sup>7</sup>, siendo en estos (o más propiamente a partir de estos) dos cuerpos normativos, que se estructura una mayor y más completa regulación de esta materia y en los cuales se basa gran parte de nuestra jurisprudencia al intentar aplicar la normativa pertinente.

Finalmente, en el capítulo cuarto, se llevará a cabo un análisis de diversa jurisprudencia existente en nuestro país sobre el ilícito en comento.

La metodología de investigación será de tipo socio- jurídico, es decir, aquella que considera los antecedentes y contexto de la norma. Este método considera el derecho como un producto social y, por lo tanto, el hecho que se somete a consideración en un juicio debe considerar el contexto positivo en el cual el fenómeno tiene lugar. Es aquel tipo de investigación que considera el antecedente jurídico como perteneciente a una realidad social concreta.<sup>8</sup>

---

<sup>6</sup> Comunidad Europea (1957): Tratado de Roma.

<sup>7</sup> Estados Unidos (1890): Sherman Act.

<sup>8</sup> BRIONES Guillermo. Metodología de la Investigación en las Ciencias Sociales y en el Derecho. Universidad Libre- Chile. Octubre - 2002. p. 14.

Además, cabe indicar que el método de investigación es de tipo exegético, sociológico. Por tanto, se centrará en este punto en la utilización de fuentes secundarias y terciarias de información.

Por último, con este trabajo se espera aportar a la bibliografía sobre uno de los temas de mayor interés en la literatura actual: la libre competencia. Por estos motivos, el objetivo de esta tesis es sistematizar la información existente hoy en día en nuestra legislación, doctrina y jurisprudencia, con el fin de facilitar al lector el estudio de este ilícito en particular.

## CAPÍTULO 1

### CONDUCTAS ATENTATORIAS CONTRA LA LIBRE COMPETENCIA EN GENERAL

La libre competencia tiene lugar en mercados perfectamente competitivos, esto es, aquellos en que la oferta y la demanda revisten características de atomicidad y fluidez. Sin embargo, existen ciertas circunstancias como la existencia de una posición dominante en el mercado,<sup>9</sup> que restringen el funcionamiento correcto de las fuerzas que determinan la competencia perfecta.

Lo anterior ocurre con más fuerza en un orden económico donde, a la luz del análisis actual, es dable reconocer que se generan altas cuotas de concentración económica<sup>10</sup>, y, con ello, conductas abusivas de ciertos actores, las cuáles trata el artículo 3° del Decreto Ley Número 211 y la doctrina del abuso y que son analizadas especialmente desde la jurisprudencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y los pronunciamientos de la Fiscalía Nacional Económica, algunos de los cuales son reseñados en el último capítulo de este trabajo.

---

<sup>9</sup>ALVEAR, Carlos “Fin del Laissez Faire Farmacéutico”. [en línea] [http://www.vidaempresarial.cl/opinion.php?id\\_opi=138](http://www.vidaempresarial.cl/opinion.php?id_opi=138) [consulta: 04 de mayo de 2013]

<sup>10</sup> Morales López, D. y Kreft Carreño, T. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia : sentencias no. 1-98. [en línea] <http://tesis.uchile.cl/handle/2250/114520> [consulta: 04 de mayo de 2013]

## 1.1. Antecedentes

El cambio de las orientaciones económicas a partir de 1973 y el posterior advenimiento del modelo neoliberal, importaron una serie de cambios, apertura y desregulación de los mercados. Junto con ello, se implementaron una serie de reformas institucionales,<sup>11</sup> entre ellas, una política comercial que contenía la eliminación de las restricciones arancelarias; el desmantelamiento del sistema de precios administrados; y el fortalecimiento de los mecanismos de defensa de la competencia.<sup>12</sup> En el contexto del nuevo escenario económico, se aprobó una ley de defensa de la competencia, el Decreto Ley Número 211 de 1973, que modifica el marco regulatorio de la Ley número 13.305 de 1959 y, que se resguardó en su contenido en la conocida normativa *antitrust* estadounidense, pero únicamente de forma genérica, por cuanto, tal como se extrae de la historia fidedigna del establecimiento de la norma, ésta, en su construcción, debía ser resuelta por la doctrina y la jurisprudencia, dado el carácter dinámico del mercado.<sup>13</sup>

---

<sup>11</sup> MUÑOZ, O.: “Estrategias de desarrollo en economías emergentes”, texto inédito realizado para el Magíster en Gestión y Políticas Públicas de la Universidad de Chile. Santiago. 1999. p. 12 y ss.

<sup>12</sup> Ibid.

<sup>13</sup> En la Comisión de Economía del Senado y en Sala, el Ministro de Economía, Jorge Rodríguez, señaló que, “como el derecho de la competencia es una materia casuística, es la jurisprudencia la que determina las conductas atentatorias contra la libre competencia, por lo que explicitar el bien jurídico sirve como guía para resolver los conflictos, siendo la idea central de esta nueva normativa que cada caso sea decidido en su mérito, de acuerdo con sus peculiaridades y complejidades, sin que existan reglas per se” Senado de la República. Informe de la Comisión de Economía, recaído en el proyecto de ley, en primer trámite constitucional, que crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Valparaíso, 13 de agosto de 2002, p.

De la finalidad enunciada en el Decreto Ley Número 211, se distinguen tres elementos: dos verbos rectores (promover y defender), ambos en relación con la libre competencia; y su ámbito de aplicación, los mercados. De esta manera, se manifiesta que la reforma legal buscó dar certeza y enunciar cuál es el bien jurídico protegido. Para algunos, la definición de libre competencia de la ley es clara, toda vez que permite diferenciarla del objetivo de proteger a los competidores.<sup>14</sup> Sin embargo, al contrario de sus objetivos, la ley, tal cual como quedó, es de suyo oscura, ambigua y tautológica, pues define como objetivo de la ley la “defensa de la competencia, su promoción y defensa”.

Así, si bien la iniciativa primitiva del Ejecutivo y algunas de las indicaciones de parlamentarios pretendían acotar un concepto indeterminado, lo cierto es que, en definitiva, éste mantuvo un cierto grado de indeterminación. En este sentido, puede advertirse que el debate sostenido en el Congreso es mucho más rico en contenido que la declaración del artículo 1° del Decreto Ley Número 211.

Luego, a pesar de que en el curso del debate legislativo surgieron otras propuestas para acotar el objeto de la ley, en definitiva prevaleció la idea de

---

5. También Diario de Sesiones del Senado, Legislatura 347, Sesión 25ª, Ordinaria, Valparaíso, 3 de septiembre de 2002, p. 33

<sup>14</sup> Instituto Libertad y Desarrollo, “Tribunal de la Libre Competencia: Avances y Retrocesos”, Temas Públicos, N° 654, Santiago, 28 de noviembre de 2003, p. 2. La libre competencia se daría, conforme Libertad y Desarrollo, en mercados donde no existen barreras de entrada. En el mismo sentido, Buchheister, Alex y María de la Luz Domper. “Tribunal de la Competencia: Modificaciones a la Institucionalidad Antimonopolio”, Serie Informe Económico, N° 133, Instituto Libertad y Desarrollo, Santiago, Octubre de 2002, p. 33.

dejar en manos del órgano decisor (actualmente el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia) la interpretación de lo que debe entenderse por “libre competencia” por medio de su jurisprudencia, tarea que inicialmente se materializaba a través de los dictámenes provenientes de las Comisiones Preventivas y de las resoluciones provenientes de la H. Comisión Resolutiva. Para José Tomás Morel este camino no reviste gran peligro, pues la jurisprudencia en Chile muestra una preocupación por la eficiencia y/o el bienestar de los consumidores, aunque son precisamente las excepciones a esa regla general las que darían espacio para la incertidumbre.<sup>15</sup>

Ya en 1980 se aprobó el Decreto Ley Número 511 que modifica y coordina el anterior. Y aunque hubo muchos antecedentes normativos a estos decretos, así como también modificaciones posteriores, no fue sino con la reforma de la Ley Número 19.911 de 2003, que se produjo un cambio sustancial en el sistema de defensa de la libre competencia en Chile, pues se creó el Tribunal para la Defensa de la Libre Competencia (en adelante indistintamente el “Tribunal”).

Esta reforma, trajo cambios en la reglamentación, puesto que reemplazó el antiguo sistema de Comisiones establecido por el Decreto Ley Número 211, y sólo dejó dos autoridades competentes para la defensa de la competencia: el

---

<sup>15</sup> MOREL, José Tomás. Desafíos para el Tribunal de Defensa de la Competencia. En: Encuentro de la Sociedad de Economía de Chile: 26 de septiembre de 2003. Punta de Tralca. p. 3.



Tribunal; y la Fiscalía Nacional Económica, siendo la posición dominante en el mercado, una de las temáticas a tratar.

## **1.2.Regulación**

La defensa de la libre competencia forma parte importante de las reglas del juego económico, toda vez que establece las bases para que los agentes que intervienen en el mercado tengan claridad en cuanto a los límites de su actuar, sancionando las conductas que constituyen un atentado al correcto desarrollo de este bien jurídico de contenido indeterminado que llamamos libre competencia.

En este plano, las conductas reguladas por la legislación de libre competencia se encuentran definidas de forma no taxativa, es decir, no existe un catálogo predefinido de conductas prohibidas o cuestionables. A estos efectos, el legislador utiliza conceptos normativos amplios para definir aquellas conductas que atentan contra el marco regulatorio, tomando a modo ejemplar situaciones perniciosas o atentatorias a la competencia a nivel de mercado. De este modo, el Decreto Ley Número 211 sanciona en forma genérica la ejecución de “cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia”.<sup>16</sup>

---

<sup>16</sup> En artículo 3 del DL 211.

Probablemente, al momento de definir el ilícito monopólico, el legislador ha tenido en consideración la constante movilidad y transformación que tienen los mercados. Si se hubiese optado por establecer tipos sancionatorios taxativos se habría cometido un error, ya que se habría permitido implícitamente la aceptación de conductas que hoy en día podríamos considerar cuestionables en materia de libre competencia y sin dar espacio a la *regla de la razón* respecto de situaciones que no son *per se* ilegales. Sin embargo, al establecer una sanción genérica, deja en manos de la jurisprudencia y de la doctrina el desarrollo académico y la definición de las actuaciones atentatorias contra la libre competencia y le confiere al jurisdicente un marco mayor de apreciación al momento de sancionar aquellos hechos o conductas y determinar lo que puede ser considerado como un acto que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia.

Ahora bien, más allá de las consideraciones precedentes, el propio Decreto Ley Número 211, con el objeto de simplificar su comprensión, señala, a título meramente ejemplar, en los literales a), b) y c) de su artículo 3°, qué debiese entenderse como un actuar atentatorio a la libre competencia.

Para efectos de este trabajo hemos dividido el análisis dichas conductas del siguiente modo:<sup>17</sup>

---

<sup>17</sup> Manual sobre Libre competencia Cámara Chilena de la Construcción A.G. Documento elaborado por su Fiscalía, 2011, p. 8

- Acuerdos anticompetitivos: esto es, pactos entre distintos agentes destinados a limitar la competencia existente en el mercado (ejemplos de estas conductas son: los carteles, la fijación de precios de reventa, los acuerdos de exclusividad y las ventas atadas);
- El abuso de posición dominante: a saber, acciones desplegadas por una sola compañía -poseedora de poder de mercado<sup>18</sup>- destinadas a erosionar el proceso competitivo (ejemplos de esta conducta son: la fijación de precios predatorios, la discriminación abusiva de precios y la negativa a contratar); y,
- Competencia desleal: es decir conductas destinadas a desviar la clientela de un agente de mercado por medios ilegítimos y contrarios a la buena fe, a fin de alcanzar, mantener o incrementar una posición de dominio<sup>19</sup> (ejemplos de estas conductas son: el abuso de reputación ajena, la difusión de hechos incorrectos y el ejercicio abusivo de acciones judiciales).

### **1.3. Doctrina del abuso.**

La negativa injustificada de contratar, forma parte de la doctrina del abuso la cual, de forma genérica, describe las lesiones a la libre competencia como

---

<sup>18</sup> Poder de mercado, para estos efectos, lo definiremos como la capacidad que tiene una compañía para influir en los precios sin perder participación de mercado.

<sup>19</sup> Cabe destacar que -según nuestro ordenamiento jurídico- si la conducta de competencia desleal no es ejecutada con miras a alcanzar, mantener o incrementar una posición de dominio ella es sólo sancionable ante los tribunales ordinarios de justicia y no ante el TDLC.

principio operativo del mercado. En este sentido, la Fiscalía Nacional Económica sostiene que dicha doctrina puede apreciarse de dos formas:

a) Al explotar una renta monopólica, la cual se evidencia con las siguientes conductas: precios monopólicos, discriminaciones arbitrarias, imposición de contratos atados; asignación de zonas y cuotas de mercado; y explotación de una instalación esencial.

b) Al preservar una renta monopólica, la cual se evidencia con la negativa de venta y las prácticas predatorias.<sup>20</sup>

Tales conductas están tratadas en la normativa nacional en el artículo 3º del Decreto Ley Número 211, el cual señala que: “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...” Ahora, ¿cuáles serían estos hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia? Los literales a, b y c del citado artículo 3º, explicitan los siguientes ejemplos:

a) Los acuerdos expresos o tácitos entre agentes económicos, o las prácticas concertadas entre ellos, que tengan por objeto fijar precios de venta o

---

<sup>20</sup> RODRÍGUEZ F., H. Abuso de Poder Dominante en Chile: Casos Relevantes [diapositivas] Fiscalía Nacional Económica Gobierno de Chile, abril 2007.

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 venta, imponiendo a una venta la de otro producto, asignando zonas o cuotas de mercado o imponiendo a otros abusos semejantes; y

c) Las prácticas predatorias, o de competencia desleal, realizadas con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante.

A su vez, la doctrina clásica se ha organizado en torno a cuatro escuelas que interpretan la posición dominante en el mercado: la escuela neoclásica (también conocida como escuela de Chicago), la escuela post-Chicago, la escuela de Harvard y la escuela de la libertad económica.

### **1.3.1. Escuela Neoclásica.**

Los promotores de esta escuela construyeron su modelo de competencia perfecta de acuerdo a los lineamientos de Adam Smith quien, en su tesis, logra demostrar que la “mano invisible” del mercado permite alcanzar:

1. La eficiencia asignativa,
2. La eficiencia productiva; y
3. La eficiencia dinámica.

Esta corriente de la doctrina económica, tiene su origen en los trabajos de Bork, Posner y Demsetz, y alcanza su desarrollo en la Universidad de Chicago.

En lo que nos convoca, esta escuela es reconocida en el rubro de la competencia por propender a la laxitud regulatoria frente a hechos o conductas que otros consideran anticompetitivos y, por ende, su profundo rechazo al control o intervención del Estado. Esta corriente de pensamiento tiene, según Budzinski<sup>21</sup>, dos características fundamentales:

1. La eficiencia se erige como único objetivo y bandera de la política de defensa de la competencia; y

2. Se consideran compatibles una multitud de estructuras y conductas empresariales con la competencia eficiente en los mercados.

En este sentido, el modelo de referencia será el de competencia perfecta, ya que “cuando el mecanismo de mercado funciona, sin verse condicionado por la intervención pública, sus resultados son tan deseables como el modelo de competencia perfecta predica, independientemente de si cumplen los supuestos de partida del mismo”.<sup>22</sup>

Bajo este prisma, el objetivo único es la eficiencia. Para esta escuela, los conceptos de bienestar y eficiencia son sinónimos. De tal suerte que, el bienestar de una sociedad puede ser medido a través de la suma de los

---

<sup>21</sup> BUDZINSKI, O. “Cognitive Rules, Institutions, and Competition”. *Constitutional Political Economy*, Springer, vol. 14, September, 2003, p. 213-233.

<sup>22</sup> SMITH, A. (1987): “La Riqueza de las Naciones”. Fondo de Cultura Económica/ Serie Económica. México DF., p. 107

excedentes del consumidor y del productor. Las cuestiones distributivas, en tanto, escaparían del ámbito de la política de defensa de la competencia.<sup>23</sup>

En esta corriente se propende a la “ley del más fuerte” en el mercado, lo que también fue entendido como “darwinismo económico”. Esto quiere decir que, la misma, considera que el juego de la competencia selecciona las estructuras de mercado más adecuadas y eficientes para las condiciones particulares. A largo plazo, sólo los productores más eficientes sobrevivirán en un mercado no intervenido.<sup>24</sup>

De este modo, la escuela neoclásica no considera como cuestiones contrarias a la libre competencia el establecimiento de cuotas de mercado ni las concentraciones, las cuales, por el contrario, son vistas como la desembocadura natural de aquellas empresas más eficientes. Aquí los monopolios son vistos como fenómenos transitorios, que el mismo mercado se encarga de corregir, a través del incentivo a la competencia.

Así las cosas, la propuesta fundamental de esta escuela será el rol de gendarme del Estado, también conocido como “no intervención”, quedando su actuación limitada en términos residuales a los casos de colusión.

---

<sup>23</sup> BORRA Marcos. “La Defensa de la Competencia desde los Paradigmas de la Economía Industrial”, en Palma Martos, L. (Dir.) (2006), en “Modernización Económica, Defensa de la Competencia y Estado de Bienestar en España”. MIMEO, Dpto. Economía e Historia Económica. FCEYE. US., p. 15

<sup>24</sup> GARCÍA HIDALGO, José Luis “La internacionalización de la Política de Competencia. Una perspectiva europea”. Universidad de Sevilla, Departamento de economía e historia económica, Sevilla, España, Septiembre 2011, p. 51

En síntesis, el mayor aporte de esta escuela es la liberalización de los mercados, lo que se vio reflejado en nuestro país en la gran ola privatizadora y de desregulación, que tuvo lugar desde principios de los años ochenta.

### **1.3.2. La doctrina de la Escuela de Harvard**

Mediante la Teoría de la Organización Industrial, se postula la existencia del paradigma estructura-conducta-resultado, desarrollado por Bain y Mason, el cual se centra en cómo las variables que definen la estructura de los mercados condicionan la conducta (las decisiones) de los agentes económicos y éstas determinan los resultados (beneficios, eficiencia) obtenidos en dichos mercados. La estructura del mercado viene definida exógenamente al modelo<sup>25</sup>.

Siguiendo los postulados de esta escuela, la concentración del mercado, así como cualquier medida que la facilite, debe ser castigada *per se*, bastando probar su existencia con índices cuantitativos para castigar a la empresa infractora<sup>26</sup>.

### **1.3.3. La Escuela Post-Chicago**

Esta escuela, que discrepa claramente del paradigma anterior, abandona la metodología propia de la Organización Industrial (el paradigma estructura-conducta-resultado), el análisis de la existencia de barreras a la entrada, etc. y

---

<sup>25</sup> GARCÍA SÁNCHEZ Antonio. Algunos Elementos Para El Análisis De Los Mercados Desde Una Perspectiva Estratégica TEMA 8. En: Microeconomía III Tema 8. 2002. Chile. p.2.

<sup>26</sup> MATURANA VASQUEZ Pía. "Apuntes Derecho a la Competencia" Escuela de Derecho. PUCV. Chile. 2003. p.35.



se adopta la teoría macroeconómica de los precios, lo cual se traduce en una mayor permisividad hacia el poder de mercado, el cual a su vez, deja de ser considerado como intrínsecamente pernicioso para convertirse en un presupuesto de aplicación de las normas *antitrust*<sup>27</sup>.

Por tanto, para el análisis de una determinada conducta, en primer lugar, es necesario valorar la existencia de poder de mercado, es decir, la existencia de las condiciones que permiten la afectación de la eficiencia. Cuando no existe poder de mercado, el procedimiento termina; cuando existe poder de mercado, hay que valorar si esa afectación se ha producido. En este orden de cosas, el bienestar económico del consumidor está determinado por la máxima eficiencia.

Para Robles Martín la competencia ya no se considera restringida cuando se altera la estructura del mercado, sino cuando, impidiendo la maximización de la eficiencia en perjuicio de los consumidores, se reduce la producción con la consecuente elevación de precios<sup>28</sup>. De este modo, el objeto de protección del derecho sería la máxima eficiencia del mercado. Siguiendo con Robles Martín: "El Derecho tiene un fin muy preciso: la consecución de la eficiencia económica; tanto el legislador al aprobar una norma, como el juez al aplicarla, deben adoptar la solución que maximice la eficiencia, con exclusión de cualquier otro fin<sup>29</sup>".

---

<sup>27</sup> ROBLES MARTÍN-LABORDA, Antonio "Libre competencia y competencia desleal". Ed. La Ley, 2001, p. 89.

<sup>28</sup> ROBLES MARTÍN-LABORDA, Antonio ob. cit., p. 89.

<sup>29</sup> Id, p. 91.

#### **1.3.4. Postura de la Libertad económica**

En la actualidad se habla más de la nueva economía industrial o nueva organización industrial que de las diferentes escuelas y sus posiciones respecto a la política de defensa de la competencia.

Su *corpus* lo conforma la propia corriente principal de la economía industrial, originada en Harvard, junto con algunas ideas generadas por los economistas liberales de Chicago y la concepción dinámica del proceso competitivo característico de la llamada “Nueva Escuela Austriaca de Economía”. Sin embargo, la nueva economía industrial ha supuesto principalmente un cambio metodológico.

Los avances de la teoría de juegos en el campo de la interacción entre los agentes, y el desarrollo -y posterior aplicación- de sofisticadas técnicas econométricas al estudio de la competencia en los mercados individuales, permiten nuevos y rigurosos estudios de un gran potencial.

Esta nueva organización industrial empírica permite la simulación de los efectos de las fusiones y la detección de comportamientos colusorios sobre los mercados, lo que da una idea de lo útil que puede llegar a ser esta nueva metodología en la aplicación de la política de competencia.

#### **1.4. Conductas antimonopólicas**

Algunos de los casos más tratados de restricción a la libre competencia

son:

- 1) El abuso de posición de dominio
- 2) El monopolio
- 3) Las prácticas restrictivas de la libre competencia.
- 4) La competencia desleal.
- 5) El dumping.
- 6) El uso ilícito de marcas y/o de propiedad intelectual ajenas.
- 7) La falta de información al consumidor, entre otras.

Todas ellas determinan que se quiebre el mecanismo por el cual las preferencias de los consumidores, expresadas libremente en el mercado, orientan a los productores a hacer el uso más eficiente posible de los recursos productivos de los que dispone una economía.

Por su parte, Ricardo D. Paredes Molina, al analizar las conductas antimonopólicas en su obra “Análisis de la ley antimonopolios en Chile”, las divide en los siguientes grupos:

1. Conductas de carácter horizontal.

2. Conductas de carácter vertical.
3. Conductas no relacionadas.

### **1. Conductas de carácter horizontal**

Existen variadas maneras “horizontales” de atentar a la libre competencia por medio de estas prácticas, según se indica a continuación:

a. Acuerdo de precios: Las colusiones “son aquellas prácticas que se producen cuando existiendo varias entidades competidoras en un mismo mercado, éstas deciden -en lugar de competir- ponerse de acuerdo respecto de algunas de las variables de competencia”<sup>30</sup>, Así, el acuerdo de precios se produce cuando los oferentes acuerdan un precio para el determinado bien. Es por esto que es importante que la cantidad de oferentes no sea demasiado pequeña ya que el gran peligro que esto significa es que los oferentes actúan como un monopolio sin serlo, y excluyen la fuerza de competencia del mercado.

b. Reparto de zonas de mercado: se caracteriza por el acuerdo entre los agentes económicos para hacerse cargo cada uno de ellos de un territorio o segmento determinado, excluyendo de dicho ámbito a los demás potenciales competidores.

---

<sup>30</sup> Manual sobre Libre competencia Cámara Chilena de la Construcción A.G. Documento elaborado por su Fiscalía, 2011, p. 15

c. Fijaciones de cuotas: Los agentes económicos se comprometen o acuerdan vender o comprar solo una cantidad determinada del bien o servicio respecto del cual, en teoría, compiten.

d. Fusiones: Para estudiar las fusiones, es necesario previamente distinguirlas:

d.1. Verticales: Unión de empresas vinculadas a través de un proceso productivo de un bien y servicio, pero que se encuentra en diferentes etapas de producción.

d.2. Horizontales: Uniones entre empresas o agentes económicos que producen o generan un mismo bien o servicio en una misma zona geográfica.

e. Boicots: Acuerdos expresos o tácitos entre oferentes o demandantes en que excluyen a un agente económico de las transacciones.

## **2. Conductas Verticales**

Las principales manifestaciones de conductas “verticales” identificadas por Paredes son las siguientes:

1. Distribución exclusiva: Es definida por el autor como “la concesión o requerimiento, por parte de un productor, de la distribución exclusiva de su

producto a un vendedor”.<sup>31</sup> En otras palabras, es el resultado de la solicitud que hace un productor de un bien a un vendedor del mismo, para que sólo éste distribuya ese bien.

2. Fijación de precios de reventa: Es definida por el autor como “fijar, delimitar o sugerir el precio al cual los distribuidores de un producto pueden venderlo a los consumidores.”<sup>32</sup> En otras palabras, el productor indica al vendedor el precio al cual se debe vender el producto al público en general, por lo que el precio no es determinado por el mercado.

3. Integración vertical: Es definida por el autor como: “la unión de dos firmas que se encuentran tecnológicamente relacionadas a través de etapas sucesivas en el proceso insumo-producto.”<sup>33</sup> En otras palabras, se refiere a la fusión entre empresas que se encuentran directamente relacionadas en la cadena productiva de un bien o servicio, lo que elimina las transacciones que deben realizarse entre agentes participantes en diferentes niveles de la escala productiva.

4. Discriminación: Es definida por el autor como: “aquellas diferencias en las condiciones de venta (especialmente de precios) en que son tratados los

---

<sup>31</sup> PAREDES Molina, Ricardo. Análisis de la Ley Antimonopolios en Chile. Revista de Análisis Económico. 3 (2): 135-158, noviembre 1988.

<sup>32</sup> Ibid

<sup>33</sup> Ibid

diferentes agentes de la cadena productiva.”<sup>34</sup> En otras palabras, se refiere a cualquier diferenciación en el trato hacia agentes económicos que tenga lugar en la cadena productiva cuyo resultado sea un precio diferente o la imposibilidad o limitación para adquirir un bien.

### **3. Conductas no relacionadas**

Cualquier práctica atentatoria contra la libre competencia que no tenga origen en acuerdos o conductas horizontales o verticales, constituye una práctica anticompetitiva “no relacionada” por parte de quien desarrolla la práctica en cuestión. Algunas de dichas prácticas anticompetitivas no relacionadas son:

a. Monopolio. Ha sido definido como “situación en que una empresa está en condiciones de controlar el mercado pertinente de un bien o servicio o de un determinado grupo de bienes o servicios”<sup>35</sup> En cuanto estructura de mercado, no puede entenderse que el ejercicio del poder de mercado que detenta un productor monopólico obedezca a una práctica horizontal o una vertical.

---

<sup>34</sup> PAREDES Molina, Ricardo. ob cit.

<sup>35</sup> SALAMANCA MARALLA, MÓNICA 2002. Restricciones Verticales y Abuso de Posición Dominante: Jurisprudencia de las Comisiones Antimonopolio. En: Conferencia para la Región de América Latina y el Caribe, “Leyes y Política de Competencia: Agencia Post-Doha”: del 21 al 23 de marzo 2002. Ciudad de Panamá.

b. Patentes: “Se entiende por patente el derecho exclusivo que concede el Estado para la protección de una invención.”<sup>36</sup> Al constituirse permiten erigir barreras artificiales a la entrada las que en casos de mercados sin sustitutos cercanos, genera durante la vigencia de la patente, una estructura de mercado monopólica.

c. Ventas atadas: “es la situación en que la venta de un producto se encuentra subordinada a la compra de otro producto.”<sup>37</sup> En otras palabras, se refiere a la venta de uno o más bienes, solo en la medida que el comprador acceda a comprar otros bienes que le exija al vendedor.

d. Monopsonio: “Forma concreta de mercado caracterizada por la existencia de un único comprador y numerosos vendedores”<sup>38</sup> En cuanto estructura de mercado, no puede entenderse que el ejercicio del poder de mercado que detenta un comprador monopsónico obedezca a una práctica horizontal o una vertical.

e. Dumping: “Práctica comercial discriminatoria consistente en vender un mismo producto a precios diferentes en distintos mercados.”<sup>39</sup> En su acepción

---

<sup>36</sup> MANUAL DEL INVENTOR [en línea] <[http://www.inapi.cl/portal/publicaciones/608/articulos-964\\_recurso\\_1.pdf](http://www.inapi.cl/portal/publicaciones/608/articulos-964_recurso_1.pdf)> [consulta: 27 de marzo de 2014]

<sup>37</sup> SALAMANCA MARALLA, MÓNICA ob cit.

<sup>38</sup> LA GRAN ENCICLOPEDIA DE ECONOMIA [en línea] <<http://www.economia48.com/spa/d/monopolio-de-demanda/monopolio-de-demanda.htm>> [consulta: 27 de marzo de 2014]

<sup>39</sup> LA GRAN ENCICLOPEDIA DE ECONOMIA [en línea] <<http://www.economia48.com/spa/d/monopolio-de-demanda/monopolio-de-demanda.htm>> [consulta: 27 de marzo de 2014]



más corriente, los oferentes cobran a los demandantes un precio inferior al costo total medio de producción de un bien, con miras a obligar a salir del mercado a aquellos competidores que no sean capaces de ofrecer el bien al precio definido por las empresas generadoras del dumping.

### **1.5. La posición dominante en el mercado**

Para poder ilustrar lo que es la posición dominante en el mercado, es dable primero señalar qué se entiende con dicho término.

Se podría indicar que es el sometimiento por parte de un actor relevante del mercado a otro más débil, para que este último realice determinados actos o se vea obligado a suscribir determinados contratos o convenciones, en condiciones que impone la parte más fuerte.

Si lo anterior lo aplicáramos en sede contractual, se puede afirmar con toda certeza que dicho acto o contrato adolecería del vicio de fuerza.<sup>40</sup> En este sentido el profesor Streeeter ha señalado: “El vicio de fuerza ha sido recogido en derecho de la competencia como abuso de posición dominante, por la buena razón de que el monopolista tiene real poder y que, si lo usa para imponer la

---

<sup>40</sup> A este respecto, el artículo 1456 del Código Civil dispone expresamente: “La fuerza no vicia el consentimiento, sino cuando es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición. Se mira como una fuerza de este género todo acto que infunde a una persona un justo temor de verse expuesta ella, su consorte o alguno de sus ascendientes o descendientes a un mal irreparable y grave. El temor reverencial, esto es, el solo temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto, no basta para viciar el consentimiento.”

A su vez, el artículo 1457 del mismo texto legal dispone: “Para que la fuerza vicie el consentimiento no es necesario que la ejerza aquel que es beneficiado por ella; basta que se haya empleado la fuerza por cualquiera persona con el objeto de obtener el consentimiento”

contratación o algunos de sus términos a aquéllos que están necesitados de obtener de él alguna cosa, ese abuso intimidatorio es tan vicio de la estipulación como si procediere de uno cuyo poder derivare de la fuerza física.”<sup>41</sup>

De la definición anterior, y conforme la opinión de Gagliuffi, “cuando se analizan temas de posición de dominio el análisis que siempre aplican los órganos de competencia es primero determinar el mercado relevante; segundo ver si en este se ha realizado una posición de dominio y tercero ver si ha realizado un abuso de posición de dominio”.<sup>42</sup> De ahí, la necesidad de revisar una serie de conceptos que permiten comprender el tema que trata el presente capítulo.

A nivel comparado, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, (TJCE) ha señalado que consiste en: “el poder de obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva en una parte importante del mercado a tomar en consideración, teniendo en cuenta especialmente la existencia eventual y la posición de los productores o distribuidores que venden mercancías similares o sustituibles”<sup>43</sup>.

---

<sup>41</sup> STREETER, Jorge. “Potestad Normativa de Entes Públicos Autónomos”, Materiales de Clase, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 1986, p. 5

<sup>42</sup> HARO, José Juan. Límites a la aplicación de las políticas de libre competencia, p. 5. Disponible en [www.revistaderechosociedad.org/docs/mesaredonda/mesaredonda2.doc](http://www.revistaderechosociedad.org/docs/mesaredonda/mesaredonda2.doc). Consultado 5 de Mayo de 2013.

<sup>43</sup> Sentencia Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (STJCE) del 18 de febrero de 1971, en el asunto *Société Sirena SRL/Société EDA SRL, Mme Florenza Ferrari, Mme Formaggia, M. Peitro Grugni, M. Mario Biraghi, M. Natalie Mappi, M. Sergio Pappo, Société Novimpex SRI*, 40/70, Rec., p.69.

El mismo TJCE, a propósito a otra controversia sometida a su conocimiento, señaló que: “conciene a una posición de poder económico mantenida o detentada por una empresa, que le proporciona el poder de obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado de que trate, suministrándole la posibilidad de comportamientos independientes, en una medida apreciable, frente a sus competidores, sus clientes y, finalmente, a los consumidores.”<sup>44</sup> Como también “cuando ellas tienen una posibilidad de determinar sus comportamientos con independencia, que las ponen en medida de obrar sin tener notablemente en cuenta a los competidores, a los compradores o a los mismos proveedores”.<sup>45</sup>

De tal suerte que la empresa que goza de posición dominante en el mercado posee las siguientes características:

- Su participación le permite obstruir el libre juego de la competencia, en un determinado mercado.
- Sus decisiones en el mercado influyen determinadamente en las condiciones o reglas de competencia.

---

<sup>44</sup> En iguales términos de esta noción de posición dominante, la STJCE del 13 de febrero de 1979, en el asunto *Hoffmann-La Roche/Commission*, 85/76, Rec., p. 461. De esta manera, este concepto ha sido frecuentemente reiterado en las decisiones de la Comisión Europea.

<sup>45</sup> Decisión de la Comisión del 9 de diciembre de 1971, en el asunto *Continental Can Company*, 72/21/CEE, publicado en el DOCE L7 del 8 de enero de 1972.

- Posee una esa aptitud para, de manera unilateral, influir en los precios<sup>46</sup> u otras condiciones de mercado o cualquier otra característica del producto.
- Su actuar es determinado sin temor a la reacción del resto del mercado, entendiendo por este: su competencia, los proveedores o los mismos consumidores.

Es decir, la posición dominante en el mercado se produce a falta de competitividad, lo que a su vez se traduce en que una empresa puede unilateralmente aumentar o disminuir el precio de equilibrio del mercado. Pero esta demostración no se verifica por la simple baja de costos o aumento de utilidades, o la combinación de ambas, sino de la forma por medio de la cual ejerce dicha posición dominante.

En definitiva, para comprender cuándo estamos frente a un agente que tiene una posición dominante en el mercado, se ha dicho que esto se produce cuando queda “por definición fuera de una verdadera presión de la competencia”.<sup>47</sup>

Con todo, una empresa que posee una participación significativa del mercado, pero no puede incidir en la determinación del precio de equilibrio del producto que oferta u otras características de éste, no obstante dicha

---

<sup>46</sup> “El poder de mercado en el sentido económico significa el poder de mantener los precios por encima de los niveles competitivos sin perder suficientes ventas para que deje de ser benéfico.” Citado por GUERRERO SERREAU, Renato Roberto; PEREZNIETO CASTRO, Leonel. Derecho de la competencia económica. México: Oxford University Press México, 2002. p. 235.

<sup>47</sup> LAURENT, Philippe. El abuso de posición dominante mediante los precios. En. Noticias/C.E.E. Noviembre 1987, Año III, Nº 34, p. 67.

participación, no cuenta con una posición de dominio y por tanto no puede abusar de la misma.

## **1.6. Otras conductas que atentan contra la libre competencia<sup>48</sup>**

### **1.6.1. Prácticas relacionadas con el precio (acuerdos de exclusividad, ventas atadas, negativas de pactar, otras)**

Las prácticas relacionadas con los precios, son aquellas señaladas en el literal b del Decreto con Fuerza de Ley Número 1 del año 2005 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley Número 211 de 1973 y que fuera publicado en el Diario Oficial de 7 de Marzo de 2005.

Este artículo señala que se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia o que tienden a producir dichos efectos, los siguientes: “La explotación abusiva por parte de un agente económico, o un conjunto de ellos, de una posición dominante en el mercado, fijando precios de compra o de venta, imponiendo a una venta la de otro producto, asignando zonas o cuotas de mercado o imponiendo a otros abusos semejantes”.

Respecto del citado artículo, el año 2011 el Jefe de la división de estudios y promoción de la Fiscalía Nacional Económica, don Javier Tapia, indicaba que

---

<sup>48</sup> Manual sobre Libre competencia Cámara Chilena de la Construcción A.G. Documento elaborado por su Fiscalía, 2011, p. 18-19

la práctica jurídica permitía determinar que, pese a las incertidumbres generales relacionadas con las conductas que agrupan el conjunto de prácticas contra la libre competencia, podía señalarse que aquellas relacionadas con el precio eran atentatorias.<sup>49</sup>

### **1.6.2. Acuerdos de exclusividad**

Según Mónica Salamanca, Jefe del Departamento de Estudios y Relaciones Internacionales de la Fiscalía Nacional Económica, estamos frente a un acuerdo de exclusividad cuando “el fabricante autoriza a un único distribuidor para comercializar el producto.”<sup>50</sup> El fin de esta práctica es garantizar a este distribuidor una especie de monopolio respecto de ese producto en ese mercado.

Esta práctica es bastante habitual y se utiliza normalmente, por ejemplo, para asegurarse un adecuado servicio post venta, por lo que muchas veces de hecho tiene consecuencias positivas.

Ahora, si quien otorga la exclusividad es una empresa monopolista en el mercado y, por medio de estos acuerdos, dificulta la entrada de nuevos competidores, estamos frente a un acuerdo de exclusividad pernicioso para la libre competencia.

---

<sup>49</sup> TAPIA C., J. Buscando Certeza en Materia de Abusos de Posición Dominante en Chile [diapositivas] Fiscalía Nacional Económica Gobierno de Chile, octubre 2011.

<sup>50</sup> SALAMANCA MARALLA, MÓNICA ob. cit.

De esta forma, al igual que en la mayor parte de las prácticas referidas a estas materias, debe efectuarse un análisis caso a caso para determinar si los acuerdos de exclusividad restringen o no la competencia en los mercados.

### **1.6.3. Contratos o ventas atadas**

“Es la situación en que la venta de un producto se encuentra subordinada a la compra de otro producto”<sup>51</sup>. Así, mediante esta práctica un determinado agente de mercado condiciona la celebración de un contrato a la aceptación de prestaciones adicionales, que no guardan relación con la celebración del contrato mismo.

Esta práctica se da, por ejemplo, cuando una determinada compañía telefónica condiciona el funcionamiento de una tarjeta SIM a un equipo telefónico en particular, el cual debe ser necesariamente adquirido en la misma compañía.

Este es el caso por ejemplo de la sentencia número 25 de fecha 3 de agosto del año 2005<sup>52</sup>, donde si bien el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia rechaza la demanda interpuesta por don Héctor Sotomayor Inostroza contra Entel PCS, falla de esta manera únicamente por existir en la compañía la posibilidad de adquirir estos mismos productos de manera separada, no configurándose por tanto una hipótesis de contratos atados.

---

<sup>51</sup> SALAMANCA MARALLA, MÓNICA ob cit.

<sup>52</sup> TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. Sentencia número 25 de fecha 3 de agosto del año 2005 [en línea] Santiago, Chile p.9 < <http://www.tdlc.cl> > [consulta: 21 de enero de 2014]

La determinación de si una conducta específica constituye o no una venta atada también debe efectuarse caso a caso.

#### **1.6.4. Precios predatorios (dumping)**

“Son predatorios los precios inferiores a un determinado nivel de costos establecidos por una empresa dominante con la intención de expulsar del mercado o perjudicar seriamente a uno o varios competidores.”<sup>53</sup> Esta conducta atentatoria contra la libre competencia, se produce cuando un oferente comienza la comercialización de sus productos o servicios a un precio por debajo de sus costos totales medios, impidiendo de esta manera la entrada de nuevos competidores o de forzar a uno ya existente a salir de él.

Una vez que logra su fin de eliminar a la competencia, este oferente queda en condiciones de aplicar precios monopólicos y recuperando así las pérdidas en que debió incurrir para este fin.

A diferencia de otro tipo de conductas, en este tipo de prácticas no se exige ningún tipo de coordinación con competidores u otros agentes de mercado. Es una conducta por la cual un agente, actuando en forma unilateral, elimina o restringe la competencia.

---

<sup>53</sup> HERNÁNDEZ Rodríguez, Francisco. Precios Predatorios y Derecho Antitrust, Madrid, Marcial Pons, Jurídicas y Sociales, 1997. p. 252.



### 1.6.5. Discriminación de precios

“La discriminación de precios es considerada como una práctica bastante generalizada que consiste en vender un mismo bien o servicio a diferentes precios”<sup>54</sup>. En otras palabras, la discriminación de precios corresponde a aquella práctica en virtud de la cual, un vendedor cobra precios diferentes a distintos consumidores, sin que existan razones de costos u otras que justifiquen la aplicación de un precio de un precio distinto entre los mismos.

Con esta práctica lo que se busca en general, es obtener de cada consumidor el mayor precio posible que éste esté dispuesto a pagar, aumentando así las utilidades percibidas. También puede ser utilizada para eliminar competidores, en especial, cuando el vendedor se encuentre vinculado con uno de los compradores.

Es relevante destacar que no toda discriminación de precios es ilegítima. Este ha sido por ejemplo el razonamiento del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en sentencia número 107 de fecha 7 de diciembre de 2010, donde el mismo considera que no existe discriminación arbitraria de precios por parte de la sociedad Petróleos Trasandinos S.A. contra la sociedad Comercial y

---

<sup>54</sup> DISCRIMINACIÓN DE PRECIOS [en línea]  
<<http://web.ua.es/es/giecryal/documentos/precios.pdf>> [consulta: 27 de marzo de 2014]

Agrícola Verde Sur S.A. en su calidad de distribuidos minorista, por encontrarse los distintos distribuidores en condiciones legales y de mercado distintas<sup>55</sup>.

Así, al igual que en los casos anteriores, el examen debe hacerse caso a caso. No obstante lo anterior, para ser sancionada, la discriminación requiere ciertos requisitos específicos, esto es, debe ser arbitraria, quien la ejerce debe tener posición dominante en el mercado y, además, debe ser capaz de impedir que los compradores comercialicen entre sí los productos vendidos a distintos precios.

#### **1.6.6. Prácticas no relacionadas con el precio.**

La profesora Nicole Nehme<sup>56</sup> señala que existen ciertas conductas de abuso de posición dominante que la doctrina internacional agrupa como:

a) Explotativas: Cuando persiguen explotar las oportunidades entregadas por la posición de dominio para afectar directamente a consumidores.

Para el profesor Haro, las prácticas explotativas no tienen mayor asidero en una economía de libre mercado como la nuestra, e indica: “Si uno cree en el libre mercado, la sanción de prácticas explotativas a través del sistema de libre competencia es absolutamente inconsistente [...] En un marco tan genérico como ese, efectivamente la Sala de Defensa de la Competencia ha dicho que

---

<sup>55</sup> TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. Sentencia número 107 de fecha 7 de diciembre del año 2010 [en línea] Santiago, Chile p.10 <<http://www.tdlc.cl>> [consulta: 21 de enero de 2014]

<sup>56</sup> MONTT, P y NEHME, N. Conductas Exclutorias y Libre Competencia: El caso de la negativa de venta en presencia de instalaciones esenciales. Revista Anales Derecho UC (3): 11-35, noviembre 2009.

es posible sancionar prácticas explotativas. En ese mismo marco, los organismos reguladores están recurriendo cada vez con mayor asiduidad a una suerte de *affirmative action*, supuestamente destinada a tutelar el proceso competitivo, pero que en realidad está perjudicando a competidores concretos y favoreciendo a pequeños operadores<sup>57</sup>.

b) Exclusorias: Conductas que, no respondiendo a prácticas comerciales habituales, buscan afectar directamente la posición competitiva de otros competidores, su capacidad de entrar o expandirse. En el largo plazo obviamente afectan igualmente a consumidores. Se oponen a conductas naturales “de mérito” por las que se excluye a competidores por competencia eficaz. Ejemplos: negativas de contratación, pactos de exclusividad, contratos atados, precios predatorios, abuso de acciones jurídicas, entre otros.

Las prácticas exclusorias se dan en gran medida en relaciones verticales.

---

<sup>57</sup> HARO, José Juan. Límites a la aplicación de las políticas de libre competencia, [en línea] <[www.revistaderechoysociedad.org/docs/mesaredonda/mesaredonda2.doc](http://www.revistaderechoysociedad.org/docs/mesaredonda/mesaredonda2.doc)> [consulta: 05 de Mayo de 2013].

## **CAPÍTULO 2**

### **DE LA NEGATIVA A CONTRATAR EN EL DERECHO ECONÓMICO CHILENO**

Como se mencionara en la parte introductoria del presente trabajo, la negativa a contratar es una expresión de imperfecciones en el mercado que pueden resultar contrarias a la libre competencia. Sin embargo, como todas aquellas actuaciones que de alguna u otra forma restringen la dinámica de los actores del mercado, están acompañadas de un lato debate en cuanto a su licitud o ilicitud.

De ahí que, para hacerse una idea sobre las distintas figuras que plantea la legislación vigente, contenidas en el artículo 3° del Decreto Ley Número 211, habrá que analizarlas dentro del contexto del mercado nacional actual para así, poder alcanzar conclusiones sobre los límites y sentido que le ha dado la jurisprudencia a la negativa a contratar.

#### **2.1. Principio general de libre contratación**

Para entender la negativa a contratar, primero es menester entender el principio general de contratación que rige una economía de libre mercado como la chilena.

En términos amplios, la autonomía contractual es la facultad que tienen las personas de determinarse por sí para establecer relaciones de carácter jurídico-económicas con otras personas, sean estas naturales o jurídicas.

Si se quisiera entender a partir de las instituciones del derecho, el profesor Barcía Lehmann, lo ubica en la autonomía privada a propósito del negocio jurídico, entendiendo por ésta: "el poder o facultad de los individuos para crear actos jurídicos o someterse a un estatuto legal particular, si lo desean de otra forma, y regular los efectos del acto jurídico o, someterse a un estatuto preexistente".<sup>58</sup>

En similar sentido, la profesora María Victoria Bambach Salvatore, dice al respecto: "autonomía implica el poder de dictarse uno a sí mismo la ley o el precepto, el poder de gobernarse uno mismo". Asimismo, ha expuesto que: "este concepto genérico adquiere gran importancia cuando se refiere a las personas y entonces se llama autonomía privada, y se define como el poder

---

<sup>58</sup> BARCÍA LEHMANN "La autonomía privada como principio sustentador en la teoría del contrato y su aplicación en Chile, Cuadernos de análisis jurídicos. colección de Derecho Privado III. Ediciones Universidad Diego Portales. Santiago. 2006 p. 179.

que el ordenamiento jurídico confiere al individuo para gobernar su propia esfera jurídica”<sup>59</sup>

A mayor abundamiento, cabe señalar que “la autonomía privada en sentido amplio, está conformada por dos partes: primeramente por el poder atribuido a la voluntad respecto de la creación, modificación y extinción de las relaciones jurídicas, y en segundo lugar por el poder de esa voluntad referido al uso, goce, y disposición de poderes, facultades y derechos subjetivos. Los que se concretan en torno de las figuras más típicas”.<sup>60</sup>

En consecuencia, mientras la primera, considerada también como autonomía privada en sentido estricto, se refiere únicamente a la esfera del negocio jurídico, la segunda se concreta en el ámbito del ejercicio de los derechos subjetivos. Así, desde esa perspectiva, la autonomía de la voluntad se analiza en dos sentidos, como fuente creadora de obligaciones personales con contenido normativo y como creadora de relaciones jurídicas concretas y reconocidas por el Derecho.

Las profesoras Susana Jiménez y Paulina Concha han señalado sobre este punto que, una de las expresiones de la autonomía privada es la autonomía de la voluntad y la libertad contractual, pues “al fin y al cabo, el

---

<sup>59</sup> BAMBACH SALVATORE, María Victoria. III Cláusulas Abusivas, Contratos, Jornadas de Derecho Privado, Universidad de Chile, 1.993, pág. 49,

<sup>60</sup> HERNÁNDEZ FRAGA Katiuska. El principio de autonomía de la voluntad contractual civil. sus límites y limitaciones. Extraído 10 de mayo de 2013 de Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa Núm.6, junio 2012, pp. 27-46 [En línea] <http://www.eumed.net/rev/rejie>

mercado, eje sobre el cual discurre la libre competencia, supone la libertad de celebrar contratos de intercambio de bienes o servicios, de manera que por medio de contratos libres e informados cada agente económico pueda mejorar su satisfacción en el consumo y la eficiencia productiva en su actividad económica”<sup>61</sup>.

Dentro de esta última, y a propósito de las normas locales, el profesor Barcía Lehmann, distingue dos nociones similares pero que, aunque apuntan a cuestiones distintas, describen la composición de esta idea:

- a) Libertad de contratar o para contratar y,
- b) Libertad contractual.<sup>62</sup>

El primer concepto se entiende como la libertad de las partes que celebran un contrato, para determinar cuándo hacerlo. Mientras que por libertad contractual se entiende la autonomía de las partes para decidir el contenido y efectos del contrato.<sup>63</sup>

A su vez, ambos conceptos tienen límites. Así, el citado profesor Barcía Lehmann señala, como ejemplo de límite a la libertad de contratar o para

---

<sup>61</sup> JIMÉNEZ, P. y CONCHA, S. “Facilidades Esenciales y su Análisis a la luz de la Jurisprudencia Chilena. Revista Anales de Derecho UC: Temas de Libre Competencia 2010. Chile, p.6

<sup>62</sup> BARCÍA LEHMANN “ob cit p. 172-173

<sup>63</sup>. BARCÍA LEHMANN ob cit p. 172-173.

contratar, los contratos forzosos,<sup>64</sup> mientras que, en el segundo caso, deberán considerarse de forma genérica, algunas limitaciones que contienen las normativas especiales de ramas especializadas, como [el] derecho comercial, tributario, de consumo, entre otras.<sup>65</sup>

Lo anterior se encuentra explicado en rangos generales por el profesor López Santa María, cuando dice: "Dado el principio general de la autonomía de la voluntad, la fuerza obligatoria cae por su propio peso como subprincipio o corolario necesario de la misma".<sup>66</sup>

Ahora bien, la concurrencia de la libertad contractual sólo puede manifestarse en un contexto de pleno respeto a la autonomía privada y a sus expresiones jurídicas, tales como la libertad de trabajo, el libre ejercicio de actividades económicas, el libre acceso al dominio de toda clase de bienes, la inviolabilidad de la propiedad y la libertad de asociación para la producción de bienes y servicios. Todo cuanto permitirá entender que existe un marco certero para asegurar que existe un mercado donde se respeta la libre competencia.

En consecuencia, uno de los problemas a determinar por la autoridad en la materia, será delimitar cuándo considerar que una empresa es legítimamente

---

<sup>64</sup> Como ejemplo puede mencionarse el seguro de responsabilidad de terceros.

<sup>65</sup> JIMÉNEZ, P. y CONCHA, S. "Facilidades Esenciales y su Análisis a la luz de la Jurisprudencia Chilena. Revista Anales de Derecho UC: Temas de Libre Competencia 2010. Chile, p. 6.

<sup>66</sup> LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge. Los Contratos, Parte General, Santiago de Chile, Cap. IV, p. 191.



libre para contratar y cuándo dicho acuerdo es contrario a la libre competencia.<sup>67</sup> Precisamente en esta última idea es que aquel principio general de libertad de contratación en sede civil, entra en conflicto, institucionalizándose la figura de la “negativa injustificada a contratar”. Ahora, ¿qué es esa figura? ¿en qué consiste? Y aún más relevante: ¿es lícita o ilícita? Para poder responder esta última pregunta, en lo sucesivo se revisan una serie de elementos que en su conjunto permitirán formar una opinión para decidir sobre su licitud o no.

## **2.2. De la negativa a contratar o negativa de venta**

La negativa injustificada a contratar no está expresamente indicada en ninguna norma nacional. No obstante, la doctrina chilena la señala como una de las conductas antimonopólicas no relacionadas con el precio, junto con las ventas atadas y los acuerdos de exclusividad entre otros.

De ahí que la construcción del concepto, ha sido fijada por los Tribunales de Justicia y la doctrina. En este sentido, según el Manual de la Libre competencia del año 2011, se entiende que nos encontramos frente a esta situación cuando “quien posee un activo indispensable o esencial del proceso de producción, niega su uso a sus competidores, para así impedir o eliminar la competencia. Al igual que en otras prácticas, la determinación de si la conducta

---

<sup>67</sup> MONTT, P y NEHME, N. Conductas Excluserias y Libre Competencia: El caso de la negativa de venta en presencia de instalaciones esenciales. Revista Anales Derecho UC (3): 11-35, noviembre 2009.

en cuestión constituye o no una negativa injustificada a contratar, debe analizarse en función del caso específico”.<sup>68</sup>

En el mercado nacional, ha sido citada como una de las expresiones contrarias a la libre competencia descritas en el artículo 3° Del Decreto Ley Número 211, si bien, su antecedente exacto se ubica en el Decreto Ley Número 520, del año 1932, el cual establece en sus artículos pertinentes lo siguiente:

“Art. 4º.- Para el solo efecto de atender a las necesidades imperiosas de la subsistencia del pueblo, se declaran de utilidad pública los predios agrícolas, las empresas industriales y de comercio y los establecimientos dedicados a la producción y distribución de artículos de primera necesidad; y se autoriza al Presidente de la Republica para expropiarlos en los casos taxativamente enumerados en los artículos 5º y 6º y de conformidad a las normas de procedimiento que señala la presente ley.

Art. 5º.- Todo establecimiento industrial o comercial, y toda explotación agrícola que se mantenga en receso, podrá ser expropiada por el Presidente de la República, a solicitud del Comisario General de Subsistencias y Precios, previo informe favorable del Consejo de Defensa Fiscal y del Consejo Técnico respectivo.

Art. 6º.- El Presidente de la República, a propuesta del Comisario General, podrá imponer a los productores la obligación de producir o elaborar artículos

---

<sup>68</sup> CCHC Manual de la libre competencia: Santiago, Chile: Ed: CCHC 2011, p. 7.

declarados de primera necesidad, en las cantidades, calidades y condiciones que determine.

El incumplimiento de dicha obligación lo autorizará para expropiar, con los requisitos señalados en el artículo anterior, el establecimiento, empresa o explotación del productor rebelde, todo sin perjuicio de las demás sanciones que establece esta ley”

Esta ley de intervención económica aguda, recogida después en reglas sobre delitos económicos, tuvo mucha influencia en el actuar de la Fiscalía Nacional Económica a partir de la dictación del Decreto Ley Número 211, de 1973, por mucho que la *ratio legis* de las disposiciones de intervención mal pudiera conciliarse con la libertad económica que promovía la legislación de defensa de la competencia.

No obstante lo anterior, en Chile recién se contempla explícitamente el ilícito de abuso en el Decreto Ley Número 2.760 de 1979, que viene a modificar el Decreto Ley Número 211 de 1973 hasta entonces vigente en el país. Esta modificación y, por ende el injusto en cuestión, fue incorporado a nuestra legislación bajo la influencia del Tratado de Roma de 1957 el que, en sus apartados, establece la prohibición del monopolio.<sup>69</sup>

---

<sup>69</sup> En este sentido, el artículo 82 del Tratado de Roma dispone:  
“Artículo 82:

Será incompatible con el mercado común y quedará prohibida, en la medida que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más

Antes de esta modificación, si bien no se contemplaba explícitamente el ilícito de abuso, éste se consideraba subsumido dentro del tipo universal antimonopólico. Más aun, a pesar de la reforma del Decreto Ley Número 211 y al mantenerse el ilícito universal intacto, esta consideración se mantiene igualmente.

Finalmente, y no obstante la incorporación tardía de la negativa injustificada a contratar en la legislación chilena a través del ilícito de abuso de poder de mercado, es importante señalar que este injusto monopólico corresponde a una de las conductas antijurídicas atentatorias contra la libre competencia que más tiempo ha sido reprochada y, por ende sancionada por la sociedad.

### **2.2.1. Modalidades de la negativa de contratar en el derecho chileno**

El Artículo 3º del Decreto con Fuerza de Ley Número 1 de 2005, indica de forma genérica que, “el que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre

---

empresas, de una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo.

Tales prácticas abusivas podrán consistir, particularmente, en:

imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas;

limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores;

aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a estos una desventaja competitiva; 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.”

competencia, o que tienda a producir dichos efectos, será sancionado con las medidas señaladas en el artículo 26 de [dicha] ley, sin perjuicio de las medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan disponerse en cada caso”. Luego, enumera algunas conductas que deberán considerarse contrarias a la libre competencia. El literal b) indica como supuestos: “La explotación abusiva por parte de un agente económico, o un conjunto de ellos, de una posición dominante en el mercado, fijando precios de compra o de venta, imponiendo a una venta la de otro producto, asignando zonas o cuotas de mercado o imponiendo a otros abusos semejantes”. Mientras que el literal c) se refiere a “Las prácticas predatorias, o de competencia desleal, realizadas con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante”.

De la lectura del artículo, se colige que no se contempla de manera expresa la negativa a contratar, por lo que no existe en el cuerpo legal pertinente una definición de su contenido y alcance, no obstante lo cual, la jurisprudencia ha determinado que la misma constituye una expresión contraria a la libre competencia, que puede ser clasificada en el citado artículo y, especialmente en las letras indicadas.<sup>70</sup>

---

<sup>70</sup> TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. Resolución número 19 de fecha 7 de diciembre del año 2006 [en línea] Santiago, Chile p.8 < <http://www.tdlc.cl> > [consulta: 21 de enero de 2014]

Clarificando aún más esta materia, la Resolución Número 19 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de 7 de diciembre de 2010,<sup>71</sup> en que Comercial y Agrícola Verde Sur Ltda., demandó a Petróleos Transandinos (hoy Terpel) por actos contrarios a la libre competencia relacionados con el precio, señalaba que para que se configure una conducta de negativa de venta, o en términos más generales, una negativa a contratar, contraria a la libre competencia, deben concurrir copulativamente las siguientes circunstancias:

1. Que un agente económico vea sustancialmente afectada su capacidad de actuar o de seguir actuando en el mercado, por encontrarse imposibilitado para obtener en condiciones comerciales normales los insumos necesarios para desarrollar su actividad económica.

2. Que la causa que impida a ese agente económico acceder a tales insumos consista en un grado insuficiente de competencia entre los

---

<sup>71</sup> El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia acordó rechazar la demanda planteada por Comercial y Agrícola Verde Sur en contra de Petróleos Transandinos S.A., (hoy Terpel) considerando que (i) la diferencia del precio al que la demandada vendía combustible a otros distribuidores de petróleo diesel tiene una explicación razonable en la diferencia de costos y riesgos que implicaban las distintas modalidades de distribución minorista (estaciones de servicio y camiones estanque); (ii) la imputación de competencia desleal alegada no puede ser acogida, puesto que la demandada no es competidora de la demandante; (iii) no se logró acreditar la concurrencia del conjunto de circunstancias requeridas para configurar una negativa a contratar contraria a la libre competencia; y, (iv) en cuanto a la discriminación de precios respecto de distribuidores minoristas por medio de estaciones de servicio en otras comunas de la IX<sup>a</sup> Región, no existen elementos probatorios que acrediten que se trata de un único mercado y, siendo mercados relevantes distintos, la discriminación de precios alegada no puede tener aptitud para afectar la competencia en el segmento de distribución minorista de combustibles. Adicionalmente, no se ha podido llegar a la convicción de que las diferencias de precios no estén justificadas en diferencias de costos relevantes o en otras razones de eficiencia asignativa.

proveedores de los mismos, de tal manera que uno de esos proveedores, o varios de los coludidos, niegue o nieguen a tal persona el suministro; y

3. Que el referido agente económico esté dispuesto a aceptar las condiciones comerciales usualmente establecidas por el proveedor respecto de sus clientes, pues tal aceptación impone necesariamente a este la obligación de vender o suministrar lo que se le solicita.<sup>72</sup>

En cuanto al primero de los requisitos, es dable deducir que es el de mayor relevancia en cuanto al objetivo del legislador al sancionar esta conducta. Lo anterior, ya que precisamente el que a un nuevo actor se le prohíba la entrada a un mercado determinado o que se le impida mantenerse en él, es lo que en definitiva constituye un acto atentatorio a la libre competencia.

Ahora, el hecho de que un demandante de insumos no pueda acceder a aquellos, no importa por si solo necesariamente una violación a la libre competencia.

Asimismo, del simple hecho que el actor de la conducta tenga poder de mercado, no podemos inferir tampoco una violación al bien jurídico que el Decreto Ley Número 211 intenta proteger. De hecho, doctrinariamente, tal

---

<sup>72</sup> TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. Sentencia número 107 de fecha 7 de diciembre del año 2010 [en línea] Santiago, Chile p.14 < <http://www.tdlc.cl> > [consulta: 21 de enero de 2014]

como ya se ha expuesto, se ha considerado que el poder de mercado en sí mismo no puede resultar reprochable, dado que este puede obtenerse lícitamente mediante una buena estrategia de negocios.

De esta manera, aunque un agente de mercado sea el único poseedor de ciertos insumos necesarios para entrar a cualquier otro mercado, no puede lícitamente obligarse a este último a contratar con cualquier interesado en adquirirlo, sin importar las condiciones que éste esté dispuesto a cumplir en pos de la adquisición de estos insumos.

Este ha sido precisamente el razonamiento del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en el caso denominado MICOM S.A. contra ENAP del 10 de abril de 2008, en el que, pese a resolver que el primero de los requisitos para estar frente a una negativa injustificada a contratar efectivamente se configuraba, dado que MICOM se ve impedida de actuar como distribuidor mayorista de combustibles (ya que ENAP no accede a inscribirla en su registro de clientes), la conducta en cuestión no se considera sancionable por tener ENAP justificaciones suficientes para su decisión.

Cabe tener en cuenta que lo que se exige es que el proveedor del insumo o varios de ellos actuando de manera concertada, cuenten con poder de mercado.



Ahora, ¿cuál sería la justificación de este requisito? En el fondo, si el proveedor del insumo no cuenta con un poder de mercado considerable, es decir, si la oferta de productos es tal que al agente interesado no le signifique ningún sacrificio adicional recurrir a otro proveedor para abastecerse de éstos a efectos de entrar o permanecer en un mercado determinado, la negativa de venta no tendría ninguna relevancia desde el punto de vista de la libre competencia.

Este es precisamente el caso en el Dictamen Número 59 de la Comisión Preventiva Central del 3 de junio de 1993, donde, no obstante existir una negativa por parte de la denunciada de conceder al denunciante un importante descuento en un servicio de reparación, se considera que la negativa injustificada de venta no se configura, ya que este tipo de servicios no afecta la libre competencia dada la gran cantidad de oferentes del mismo.

Así las cosas, aunque esta negativa de venta resultara en los hechos injustificada, esto es, que existiera una discriminación arbitraria entre los distintos demandantes del insumo dispuestos a cumplir con las mismas condiciones, esta conducta resultaría sancionable desde un punto de vista completamente ajeno a lo que, en la práctica, se intenta proteger mediante el artículo 3 letra b) del Decreto Ley Número 211.

Es precisamente en este último punto donde se ha generado una confusión entre dos sedes completamente distintas, que ha llevado a variadas discusiones doctrinarias. Concretamente nos referimos a la conducta antijurídica sancionada en relación con los derechos del consumidor, en contraposición a aquella que busca proteger la libre competencia. Debido a la importancia de esta confusión, el punto será analizado en detalle más adelante.

Otro punto a considerar respecto a la exigencia de poder de mercado es que, como ya se dijo, éste por sí mismo no constituye una conducta antijurídica. Lo que realmente se exige es que el agente de mercado poseedor del mismo lo utilice de tal manera que termine lesionando la libre competencia, como ocurre, por ejemplo, en el caso de la negativa injustificada a contratar en aquellos casos en que se restringe de este modo el acceso de un agente al mercado.

En cuanto al tercer requisito, lo que en definitiva se exige es que no exista por parte del proveedor una discriminación arbitraria entre los distintos interesados en celebrar una convención con este. Lo anterior dado que, si todos los interesados están dispuestos a cumplir con las condiciones comerciales usualmente establecidas por el proveedor, la negativa a contratar con alguno de ellos no puede resultar sino de consideraciones ajenas al negocio y que, en la medida que carezcan de justificación económica, terminarán calificándose de arbitrarias.

Lo recientemente expuesto dice relación con que, jurisprudencialmente, se ha exigido también que las condiciones que exija el proveedor para llevar a cabo una transacción, igualmente deben contar con una justificación justa y razonable. De esta manera, estaremos frente al tercer requisito tanto en el caso en que el proveedor discrimine injustificadamente entre los distintos agentes interesados en cumplir las mismas condiciones o que estas últimas sean consideradas excesivas o injustificadas desde un punto de vista de eficiencia.

En este sentido, el Dictamen Número 1128 de la Comisión Preventiva Central señalaba que: “El fabricante o proveedor que vende a un comerciante debe hacerlo a todos aquellos que se interesen por adquirir sus productos y a todos en las mismas condiciones, fijando para un mismo producto un precio base al contado, al que puede aplicar descuentos, siempre de acuerdo con pautas objetivas, razonables y de aplicación general, las que deben referirse a elementos o características objetivas de la venta (volumen y modalidad de pago) no relativas a la persona del comprador. De otra manera, se incurre en discriminación arbitraria e ilegítima.”<sup>73</sup>

Luego, podemos deducir que ante cualquier condición establecida en base a cualidades subjetivas de la persona del comprador o el hecho de que éstas sean distintas para compradores de iguales condiciones, se considerará que la conducta cumple con las características necesarias para encuadrarse

---

<sup>73</sup> Dictamen N° 1128 de la Comisión Preventiva Central de fecha 28 de julio de 2000

dentro del tercer requisito necesario para configurar una negativa injustificada a contratar.

Ahora, quedando ya establecido que una condición nunca podrá considerarse justa o razonable cuando sea establecida en miras de la persona del comprador, ¿cuándo podemos decir que una condición establecida por el proveedor resulta justa y razonable?

Diversas son las razones por las que la jurisprudencia chilena ha considerado que una condición impuesta se encuentra plenamente justificada. Al respecto, el Dictamen Número 1016 de la Comisión Preventiva Central del 22 de agosto de 1997 ha establecido que para que ésta sea considerada como tal debe ser general, objetiva y razonable.

Para que una condición sea considerada como “general”, ésta debe aplicarse a todo agente de mercado interesado en adquirir un producto, sin establecerse privilegios respecto de alguno de ellos, en desmedro de los demás; mientras que para que una condición sea considerada “objetiva”, ésta no puede establecerse en consideración a la persona del agente de mercado interesado en contratar. En otras palabras, no puede existir una discriminación arbitraria entre los distintos demandantes que se presentan en iguales condiciones.

Al respecto, es dable deducir que estas dos primeras características contendrían en sí mismas el primero de los hechos estudiados a considerar, al momento de evaluar si, en determinada conducta, se cumple o no el tercer requisito de configuración de la negativa injustificada a contratar. Lo anterior dado que, en el hecho de establecer privilegios respecto de un actor en desmedro de otros o de fijar condiciones en consideración a características personales de alguno de ellos, lo que se produce es básicamente una discriminación arbitraria entre los distintos interesados a celebrar cualquier tipo de convención.

Finalmente, para que una condición sea considerada “razonable”, ésta debe:

1. Emanar de un mandato legal o reglamentario; o,
2. Ser necesaria en razón de la propia eficiencia del mercado; o
3. Ser determinada en relación al producto ofrecido, ya sea a su calidad o imagen, y cuyo fin sea asegurar la comercialización del mismo de acuerdo a lo exigido por el mercado específico.<sup>74</sup>

En cuanto al primero de estos supuestos, se considera que ciertas condiciones están permitidas por ser acordes a un régimen legal que norma la actividad específica en la que se desarrolla el mercado. Este es el caso, por ejemplo, en el Dictamen Número 592 de la Comisión Preventiva Central del 20

---

<sup>74</sup> En el mismo sentido, Dictamen N° 1016 de la Comisión Preventiva Central de fecha 22 de agosto de 1997

de marzo de 1987, en el cual la denegación a contratar por parte de la denunciada se ve justificada por tratarse del mercado de seguros, sujeto por cierto, a una normativa especial.

Respecto de la segunda hipótesis, se parte de la base de que no se puede obligar a un agente de mercado a obviar ciertas condiciones específicas de algún posible interesado que necesariamente derivarán en que su negocio pierda cierta eficiencia. Así, al momento de contratar, el proveedor debe velar porque la celebración de determinada convención con un actor específico, no le produzca perjuicios tales que se demuestre que acceder a esta transacción resulta económicamente poco eficiente para el mismo.

Posiblemente, la materialización más clara de este segundo supuesto se ha dado en el caso en que el agente de mercado interesado en contratar presenta una situación de insolvencia tal que, para que el proveedor acceda a contratar mediante un crédito, resulta manifiestamente necesaria la imposición de ciertas condiciones adicionales plenamente justificadas en la eficiencia del mercado. Lo relevante de esta situación es que, como el bien a proteger es la eficiencia del mercado, la cual se verá perjudicada por la insolvencia del agente, esta condición adicional es aceptada, si y sólo si, la transacción a realizar es llevada a cabo mediante la modalidad de otorgamiento de un crédito. Lo anterior, queda claramente establecido, por ejemplo, en el Dictamen N° 518 de la Comisión Preventiva Central del 9 de enero de 1986, en el cual se

establece que, si la compra de insumos se hace al contado, la denunciada está obligada a celebrar el respectivo contrato.

Otro claro ejemplo de lo anterior se da en el ya citado caso MICOM contra ENAP, donde la segunda impone a la primera, como condición adicional al contrato, que ésta cuente con la infraestructura necesaria propia ya que, en razón de su insolvencia, la denunciada no puede acceder a la prestación de la misma si el pago es realizado a crédito.

Continuando con el análisis de este segundo supuesto, existen casos en que, no obstante la negativa a contratar se encuentre justificada en razones de eficiencia, se ha resuelto que, dado que la consecución de esta eficiencia en el mercado no corresponde al agente que incurre en la negativa de venta, se considera que esta no es razonable.

Tal es el caso, por ejemplo, en el Dictamen N° 669 de la Comisión Preventiva Central del 29 de agosto de 1988, en el cual la consultante justifica su negativa de venta a ciertos agentes con características especiales en razón de que éstos realizaban una reventa a precios mayores en el mercado informal. Al respecto, la Comisión considera que, aunque exista un argumento de eficiencia, no corresponde a esta empresa velar porque no se cometan estas irregularidades cambiarias, sino que esto corresponde a las autoridades respectivas.

Finalmente, en cuanto al tercer supuesto, se considera que existen ciertos productos que, dadas sus características especiales, justifican la imposición de determinadas condiciones para su comercialización en el mercado. Tales serían los casos, por ejemplo, de insumos que en razón de una distribución de manera segura, necesiten imponer como condición al agente de mercado interesado en contratar, la posesión de cierta infraestructura necesaria. Un claro ejemplo de lo anterior, se da en el ya citado caso de MICOM contra ENAP, ya que esta última requiere justificadamente de la primera ciertas exigencias técnicas y de infraestructura para que la distribución de combustibles líquidos sea realizada de manera segura.

Así las cosas, jurisprudencialmente, se ha considerado que las condiciones económicas distintas usualmente establecidas por el proveedor, se considerarán razonables mientras se encuentren dentro de uno de los tres supuestos recientemente expuestos.

Tal como se enunció precedentemente, no obstante los requisitos recién expuestos, la negativa injustificada de contratar, se ha hecho extensiva en recientes años, a los consumidores finales.

Así, se concluyó el año 2008, a raíz de un bullado caso, la empresa DELL, se negó a concretar la venta a clientes que habían comprado en su página web ordenadores, aduciendo la entidad reclamada que se trataba de



precios mal publicados que no guardaban relación con la realidad del mercado, aún tratándose de una oferta. Frente a ello, la autoridad del Servicio Nacional del Consumidor de aquel entonces, alegó la obligatoriedad de vender, basados en los que mandatan los artículos 12 y 13 de la Ley de Protección al Consumidor,<sup>75</sup> señalando públicamente: “...las empresas están obligadas a cumplir con lo que ofrecen, a respetar las condiciones relevantes informadas, entre ellas el precio (que debe ser el precio final), y a no negar injustificadamente la venta de un producto en las condiciones ofrecidas y dentro del giro del negocio.” Asimismo, en otro comunicado formulado por dicha institución publicado días después, el Servicio Nacional del Consumidor añadió lo siguiente: “En información de precios la Ley juzga hechos, no intenciones, por lo que corresponde a este Servicio velar por el cumplimiento de la normativa en resguardo de la credibilidad en el precio y para cuidar la confianza que requieren los consumidores en el comercio electrónico [...]. Por su parte, esta institución considera que el error cometido por la empresa constituye una infracción a la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores y que

---

<sup>75</sup> Artículo 12. Ley 19.946 “Todo proveedor de bienes o servicios estará obligado a respetar los términos, condiciones y modalidades conforme a las cuales se hubiere ofrecido o convenido con el consumidor la entrega del bien o la prestación del servicio”. Artículo 13. Ley 19946 Los proveedores no podrán negar injustificadamente la venta de bienes o la prestación de servicios comprendidos en sus respectivos giros en las condiciones ofrecidas.

en atención a esto pondrá los hechos en conocimiento de los tribunales para que se apliquen las multas que correspondan.”<sup>76</sup>

A su turno, la empresa alegó que no se trataba de normas especiales de formación del consentimiento en materia del consumo, sino infraccionales, citando algunos casos en que la jurisprudencia judicial, había concordado con ese criterio y de otra parte que, cuando mucho, se podría estar frente a una infracción al artículo 12 de la Ley N° 19.496. Tal como en alguna ocasión señaló Alessandri Rodríguez a propósito del precio como elemento del contrato de compraventa: “Un precio que corresponda en parte, siquiera, al valor de la cosa, un precio que se pacte con intención de exigirse. El precio no es serio cuando es simulado o ficticio y cuando es irrisorio [...]. Cuando la desproporción es muy considerable, cuando la equivalencia del precio y de la cosa vendida no existe ni en la intención de las partes, siquiera, el precio es irrisorio.... Es indiscutible que aquí no hay venta porque el precio no existe, ya que no es presumible que las partes hayan mirado como equivalentes dos cosas que ni se aproximan lejanamente.”<sup>77</sup> Lo cual, había establecido por ejemplo, la Corte de

---

<sup>76</sup>BLOG LEGAL BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Protección al consumidor en el comercio electrónico. El caso de los errores de precio. [en línea] <<http://bloglegal.bcn.cl/content/view/898903/Proteccion-al-consumidor-en-el-comercio-electronico-el-caso-de-los-errores-de-precio.html>> [consulta:19 de mayo de 2013]

<sup>77</sup> BLOG LEGAL BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Protección al consumidor en el comercio electrónico. El caso de los errores de precio. [en línea] <<http://bloglegal.bcn.cl/content/view/898903/Proteccion-al-consumidor-en-el-comercio-electronico-el-caso-de-los-errores-de-precio.html>> [consulta:19 de mayo de 2013]

Apelaciones de La Serena como consecuencia de un error, ofrecido a un precio irrisorio.<sup>78</sup>

Así, la negativa injustificada a contratar no constituye únicamente un ilícito monopólico atentatorio contra la libre competencia, sino que también es considerado un injusto que puede atentar contra los derechos del consumidor. Esta situación ha llevado a considerar que una negativa injustificada de venta puede ser sancionada en ambas sedes.

Lo anterior parece a lo menos discutible ya que existen marcadas diferencias entre la configuración de aquella conducta antijurídica que vulnera a la libre competencia y aquella que lo hace respecto de los derechos del consumidor, diferencias que se dan tanto respecto del autor del ilícito como de los requisitos para la configuración del mismo. Además de esto, el objetivo del legislador al sancionar esta conducta en una sede y en otra, parece ser también completamente distinto.

En cuanto a la negativa de venta que se sanciona para proteger los derechos del consumidor, la disposición a considerar el momento de evaluarla corresponde al artículo 13 de la Ley 19.496.<sup>79</sup> Se considera que el ilícito en cuestión debe sancionarse ya que esta conducta implica una discriminación en

---

<sup>78</sup> Recurso Nº147-2009 Corte de Apelaciones de Santiago.

<sup>79</sup> Artículo 13, Ley 19.496: “ Los proveedores no podrán negar injustificadamente la venta de bienes o la prestación de servicios comprendidos en sus respectivos giros en las condiciones ofrecidas”

cuanto a los demandantes de ciertos bienes y servicios que, en condiciones iguales, no podrán acceder a los mismos, generándose así un trato desigual a iguales y, por ende, falta de sinceridad en el tráfico de estos productos.<sup>80</sup>

Por su parte, el Decreto Ley 211, en su artículo 3<sup>o</sup><sup>81</sup>, sanciona la negativa injustificada a contratar con objetivos completamente distintos.

Así las cosas, lo que el legislador busca proteger mediante esta disposición es la libre competencia y no al agente perjudicado en sí. Lo anterior se demuestra en que se considera requisito indispensable para la configuración de esta conducta el hecho de que la negativa de venta de ciertos productos impida o dificulte la entrada de un nuevo actor al mercado.

En cuanto al actor del ilícito, se considera que para que la negativa de venta pueda ser sancionada por atentar contra la libre competencia, es

---

<sup>80</sup> VALDÉS P., Domingo. La explotación del monopolio y el abuso de posición dominante. Una aproximación al injusto monopólico de abuso. En su: Libre competencia y monopolio. Santiago de Chile, Jurídica de Chile, 2006. pp.545-582

<sup>81</sup> Artículo 3, Decreto Ley 211: “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 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.”

menester que éste sea cometido por una persona que ostente poder de mercado. *A contrario sensu*, para que sea sancionado por atentar contra los derechos del consumidor, el autor puede ser un proveedor carente de poder de mercado y de hecho en muchos casos, como el precedentemente citado, así es.

Luego, para que se considere que el injusto en comento atenta contra los derechos del consumidor, es necesario que la transacción llevada a cabo tenga el carácter de mercantil para el proveedor y de civil para el consumidor final. Lo anterior, dado que lo que se busca en la protección al consumidor es la honestidad y transparencia en las operaciones comerciales onerosas que éste lleve a cabo con el proveedor que habitualmente lo abastecerá de los bienes y servicios necesarios.

Finalmente, la conducta antijurídica que atente contra los derechos del consumidor, sólo puede ser cometida por un proveedor que tenga el carácter de habitual, esto es, que posea un giro y que, en virtud de este giro, se niegue arbitrariamente a prestar el servicio o llevar a cabo la venta al consumidor final. *A contrario sensu*, cuando hablamos del ilícito monopólico que atenta contra la libre competencia, la ley no exige que el autor lo lleve a cabo únicamente en las transacciones que realice en virtud de su giro, es decir, puede que esto sea así en la mayoría de los casos, pero no se considera un requisito para la configuración del injusto. Tal es el caso, por ejemplo, en la Resolución Número

152 de la H. Comisión Resolutiva del 3 de agosto de 1983, en la cual se rechaza el argumento presentado por la denunciada correspondiente a que se le exigía una conducta ajena a su giro comercial.

Una vez planteadas estas diferencias parece bastante difícil encontrar una situación en que una negativa injustificada de venta pueda ser sancionada en ambas sedes. Lo anterior dado que, si bien un proveedor que afecte los derechos del consumidor con su conducta ilícita puede tener poder de mercado y que el autor de la negativa de venta atentatoria contra la libre competencia puede llevar a cabo esta conducta en un ámbito dentro de su giro, como se da en la práctica en la gran mayoría de los casos, resulta difícil imaginarnos un escenario de libre competencia donde la transacción tenga un carácter mixto. Esto es así, ya que la idea detrás del reproche de este ilícito es que este agente no podrá (o difícilmente podrá) acceder a aquellos bienes o servicios necesarios para acceder al mercado. Por lo tanto, lo normal es que tanto para el autor como para el agente perjudicado, la transacción tenga un carácter mercantil.

Finalmente, las imprecisiones sobre el ámbito de aplicación y límites de la negativa de contratar, surgen de una regulación genérica. De ahí que para formarse una opinión precisa sobre cuándo puede considerarse lícita o ilícita, resulta necesario conocer lo que indica la jurisprudencia en este sentido.

### **2.3. Casos excepcionales donde una parte se encuentra obligada a contratar con otra.**

Respecto del deber de contratar como límite a la libertad, nos encontramos en este punto con la denominada “doctrina de las instalaciones esenciales”, conforme a la cual es posible alcanzar una mejoría en la asignación de los recursos si se impone al propietario de la instalación la obligación de contratar, doctrina en la cual encuentra su mayor aplicación práctica la negativa injustificada de venta como un ilícito contrario a la libre competencia y merecedor, por tanto, de una sanción.

La doctrina de las instalaciones esenciales (*essential facilities*) surgió en la jurisprudencia americana hace más de un siglo, pero fue en el caso *MCI Communication Corp. v. AT&T* (1983) donde se explicitaron cuatro factores que se consideran necesarios para establecer la obligación de contratar. Actualmente tales condiciones son las siguientes:

- (i) El monopolista controla el acceso a la facilidad esencial;
- (ii) La facilidad no tiene un sustituto y no es posible duplicarla en términos económicamente eficientes;
- (iii) El monopolista niega al interesado el acceso a la facilidad esencial, pudiendo el interesado ser un competidor o un actor de un mercado adyacente en que tal facilidad es también un insumo;

(iv) La facilidad o instalación tiene capacidad ociosa; y

(v) Es factible, técnica y comercialmente, proporcionar el acceso a la facilidad al competidor sin detrimento de la actividad productiva del monopolista.

A mayor abundamiento, cabe señalar que, en el caso chileno, tal como señalan los autores Jiménez y Concha: “la doctrina de las instalaciones esenciales no se encuentra desarrollada en ninguna norma expresa de la legislación; pero se le ha hecho lugar en la norma general de que incurre en infracción a la libre competencia quien ejecuta una conducta (en este caso, la negativa a contratar) que tienda a impedir o restringir la libre competencia y en la norma que sanciona el abuso de posición dominante”.<sup>82</sup>

Pese a no existir una definición explícita, los requisitos implícitos para la aplicación de la doctrina de instalaciones esenciales en la legislación chilena son claros: debe existir una instalación esencial, no replicable a un costo razonable y en poder exclusivo de un operador que compite con otros competidores en mercados colindantes o conexos.

Luego, para garantizar el acceso a tal instalación esencial, se impone una obligación de proporcionar acceso en condiciones razonables y no discriminatorias, lo cual sólo es evitable en la medida que exista una justificación objetiva y razonable para oponerse al uso de la instalación.

---

<sup>82</sup> JIMÉNEZ y CONCHA “Facilidades Esenciales y su Análisis a la Luz de la Jurisprudencia Chilena”: Santiago, Chile, revista Anales de Derecho UC: Temas de Libre Competencia (2010).



La diversa doctrina existente en esta materia, ha nacido a partir de un trabajo inductivo basado en el análisis de casos jurisprudenciales. La premisa es que: “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 y que no pueda duplicarla de una manera económicamente razonable”<sup>83</sup>. En este sentido, la Jurisprudencia ha hecho aplicable lo anteriormente señalado e incluso las antiguas comisiones que no identificaban habitualmente el concepto, en los hechos, aplicaron sus premisas. A modo de ejemplo pueden citarse los siguientes casos:

a) Resolución Número 389 del año 1993. Las empresas que prestan telefonía local deben dar la misma clase de acceso a todos los portadores de servicios de telecomunicaciones de larga distancia; debiendo introducir, a su costa, modificaciones en sus centrales locales para dar acceso a todos los portadores.

b) Resolución Número 515 del año 1998. La tarificación de los servicios de conmutación y/o transmisión de señales provistas como circuitos privados, deberían facilitar el suministro desagregado de las facilidades de la red local para permitir la introducción de mayor competencia en el servicio telefónico local.

---

<sup>83</sup> MONTT, P y NEHME, N. Conductas Excluserias y Libre Competencia: El caso de la negativa de venta en presencia de instalaciones esenciales. Revista Anales Derecho UC (3): 11-35, noviembre 2009.

c) Resolución Número 611 del año 2001. Las redes de telefonía de CTC constituyen un insumo para todos los operadores chilenos de telecomunicaciones. Se debe procurar la remoción oportuna de cualquier obstáculo artificial para la libre competencia en el acceso de los operadores de telecomunicaciones a las innovaciones tecnológicas que se incorporen a la red pública telefónica.

Existe asimismo un interesante desarrollo de esta doctrina por parte de casos no contenciosos que nace a partir de corrección de negativas de acceso concretas en casos particulares. En este sentido, vale destacar los siguientes casos:

a) Sentencia Número 45 del año 2006: en la cual se “acoge parcialmente la demanda de Voissnet S.A. y el requerimiento del Fiscal Nacional Económico, declarando que Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A. incurrió en una práctica restrictiva de la libre competencia, con el objeto de restringir la entrada de la demandante Voissnet S.A. y otros potenciales competidores al mercado de la prestación de servicios de telefonía”<sup>84</sup>. Al respecto, aunque en este caso no se menciona la doctrina de las Instalaciones Esenciales, es aplicación típica de esta doctrina.

---

<sup>84</sup> TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. Demanda de Voissnet S.A. y requerimiento de la FNE en contra de CTC [en línea] Santiago, Chile <<http://www.tdlc.cl/Portal.Base/Web/VerContenido.aspx?ID=303&IDI=1272>> [consulta: 26 de marzo de 2014]

b) Sentencia Número 47 del año 2006: en la cual se “acoge parcialmente el requerimiento del Fiscal Nacional Económico, declarando que Sociedad Sal Punta Lobos S.A. ha infringido la libre competencia mediante la imposición de barreras artificiales a la entrada de nuevos competidores, con el objeto de mantener su posición de dominio en el mercado interno de la sal”<sup>85</sup>. En este caso existe aplicación explícita del concepto de Instalaciones Esenciales.

Existen asimismo, casos en que se ha aplicado como exigencia a partir de operaciones de concentración, tomando el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia un rol más bien regulador. En este sentido, se destaca:

a) Resolución Número 01 del año 2004: “El Tribunal consideró que la competencia que se daría en servicios tan esenciales para el desarrollo del país entregaría, a su juicio, beneficios que superarían los costos de tener, por un tiempo, una empresa con clara posición dominante en el mercado de la TV pagada, donde es esperable que se produzcan entradas de nuevas empresas que utilicen diversas tecnologías”<sup>86</sup>

---

<sup>85</sup> TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra Sociedad Punta de Lobos S.A. [en línea] Santiago, Chile <<http://www.tdlc.cl/Portal.Base/Web/VerContenido.aspx?ID=417>> [consulta: 26 de marzo de 2014]

<sup>86</sup> TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. Consulta de Liberty Comunicaciones de Chile Uno Ltda., y Cristal Chile Comunicaciones S.A., sobre eventual fusión de Metrópolis Intercom y VTR S.A. [en línea] Santiago, Chile <<http://www.tdlc.cl/Portal.Base/Web/VerContenido.aspx?ID=576>> [consulta: 26 de marzo de 2014]

Existen también casos en que se ha atribuido al ente regulador la generación –directa o indirectamente- de facilidades esenciales y se le ha instado a modificarlas y/ o frente a inadecuada regulación se le ha instado por modificar la regulación. Ejemplos de estos casos son:

a) Resolución Número 06 del año 2005: “El Tribunal señaló que la decisión de la DGAC tendió a afectar las condiciones de competencia en este mercado al darle el carácter de facilidad esencial a las redes hidrantes. Por ello, si existían razones técnicas o de seguridad, la DGAC debió adoptar su decisión de manera tal de asegurar que el precio cobrado a terceros y las condiciones de acceso a las redes hidrantes no fueran discriminatorias y, asimismo, que su precio no se constituyera en una barrera de acceso al mercado de abastecimiento de combustibles a aeronaves para quienes no son propietarios de dichas redes.”<sup>87</sup>

b) Sentencia Número 44 del año 2006: Se “acoge parcialmente la demanda interpuesta por Sky Service S.A. en contra del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones y la Junta de Aeronáutica Civil, y en contra de Lan Airlines S.A. y Lan Cargo S.A. con motivo de la licitación de frecuencias internacionales restringidas a Brasil de 20 de junio de 2005, sólo en cuanto declara que el D.S. N° 102, que “Reglamenta Licitación Pública para Asignar Frecuencias

---

<sup>87</sup> TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. Consulta de Shell Chile, sobre Oficio N° 2725 de la Dirección General de Aeronáutica Civil [en línea] Santiago, Chile <<http://www.tdlc.cl/Portal.Base/Web/VerContenido.aspx?ID=612>> [consulta: 26 de marzo de 2014]

Internacionales a Empresas Aéreas Nacionales”, presenta características que restringen la libre competencia en la asignación de frecuencias internacionales restringidas; y, en consecuencia, propone su modificación.”<sup>88</sup>

c) Resolución Número 25 del año 2008: El Tribunal determinó que, “dadas las características de los servicios prestados por las "Empresas de Transporte Comercial de Aeronaves Pequeñas" (en los términos definidos por la DGAC), no se aprecian riesgos significativos de incentivos contrarios a la libre competencia cuando estas empresas no usan una proporción relevante del aeropuerto concesionado o de las instalaciones destinadas en éstos a la operación de los servicios de este tipo de empresas”.<sup>89</sup>

Existen también casos en que se ha hecho una calificación como parte de la argumentación, sin consecuencias directas en la decisión, entre los que vale la pena mencionar:

a) Resolución Número 27 del año 2008: “El Tribunal resolvió la consulta de la Subsecretaría de Telecomunicaciones respecto de la procedencia de excluir, limitar o condicionar la participación de los actuales concesionarios de telefonía

---

<sup>88</sup> TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. Demanda de Sky Service S.A. en contra del MTT y otros [en línea] Santiago, Chile <<http://www.tdlc.cl/Portal.Base/Web/VerContenido.aspx?ID=480>> [consulta: 26 de marzo de 2014]

<sup>89</sup> TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. Consulta de la Sociedad de Rentas Inmobiliarias Ltda., sobre participación en futuras concesiones de aeropuertos fiscales [en línea] Santiago, Chile <<http://www.tdlc.cl/Portal.Base/Web/VerContenido.aspx?ID=913>> [consulta: 26 de marzo de 2014]

móvil en el concurso de telefonía móvil digital avanzada que tiene proyectado realizar”.<sup>90</sup>

Finalmente, existen casos en que se ha negado calificación de Instalaciones Esenciales, entre los que vale la pena mencionar:

a) Sentencia Número 43 del año 2006: En este caso el Tribunal considera que, “la única barrera a la entrada alegada en la acusación de la FNE dice relación con la propiedad de los estanques que deben instalarse en los centros hospitalarios. En opinión de este Tribunal, el hecho que dichos estanques sean de propiedad de las empresas no se puede considerar una barrera de entrada o de salida, si no que, más bien, constituye un costo de ingreso o de cambio que no supone un obstáculo insuperable para un potencial entrante al mercado”.<sup>91</sup>

---

<sup>90</sup> TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. Consulta de Subtel sobre participación de concesionarios de telefonía móvil en concurso público de telefonía móvil digital avanzada [en línea] Santiago, Chile <<http://www.tdlc.cl/Portal.Base/Web/VerContenido.aspx?ID=629>> [consulta: 26 de marzo de 2014]

<sup>91</sup> TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. Sentencia N° 43/2006 [en línea] Santiago, Chile < [http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Sentencia\\_43\\_2006.pdf](http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Sentencia_43_2006.pdf)> [consulta: 26 de marzo de 2014]

### **CAPÍTULO 3**

## **ILICITUD DE LA NEGATIVA DE CONTRATAR EN EL DERECHO COMPARADO**

Tal como se expuso anteriormente, la negativa a contratar es una de las figuras más complejas que ha debido regular nuestra legislación en materia de derecho económico.

Como se dijo en la introducción, en el derecho comparado dos son los cuerpos legales más relevantes dado la importancia que han tenido para la configuración del ilícito en nuestra legislación: el Tratado de Roma, que regula este ilícito en la Comunidad Europea y la *Sherman Act* que lo hace en Estados Unidos.

#### **3.1. Antecedentes: El Tratado de Roma**

El Tratado instituido por la comunidad económica europea afirmaba en su preámbulo que los estados signatarios estaban "determinados a establecer los fundamentos de una unión sin fisuras más estrecha entre los países europeos".<sup>92</sup>

---

<sup>92</sup> Comunidad Europea (1957): Tratado de Roma.

De esta manera, quedaba claramente establecido el objetivo político de integración progresiva entre los diversos países miembros, creándose en la práctica, básicamente una unión aduanera.

Así, se acordó un proceso transitorio de 12 años para el total desarme arancelario entre los países miembros pero, ante el éxito económico que trajo la mayor fluidez de los intercambios comerciales, el plazo transitorio se acortó y el 1 de julio de 1968 se suprimieron todos los aranceles internos entre los estados comunitarios. Al mismo tiempo se adoptó un Arancel Aduanero Común para todos los productos procedentes de terceros países.

Este mercado común afectaba en realidad exclusivamente a la libre circulación de bienes., no así a las personas, capitales y servicios, para lo cual habría que esperar el Acta Única de 1987 para que diera el impulso definitivo que llevó a que en 1992 se estableciera un mercado unificado.

Ante la imposibilidad de acceder de manera inmediata a una unión política, imposibilidad demostrada en el fracaso de la comisión económica europea, la nueva estrategia busca un proceso de integración que vaya afectando poco a poco a diversos sectores económicos, de forma gradual, y que vaya creando instituciones supranacionales en las que los Estados paulatinamente vayan cediendo competencias económicas, administrativas y, en último caso, políticas.



En este sentido, la comisión económica europea va a tener una serie de instituciones: la Comisión, el Consejo, la Asamblea Europea (posteriormente el Parlamento Europeo), el Tribunal de Justicia y el Comité Económico Social, cuyas competencias se irán ampliando y matizando en los diversos acuerdos y tratados que fueron modificando en los años posteriores al Tratado de Roma.

Se trataba, en definitiva, de iniciar un proceso en el que la progresiva integración económica fuera allanando el camino al objetivo final de la unión política, unión que quedaba planteada como un objetivo a largo plazo.<sup>93</sup>

En este contexto, el Tratado de Roma, en su artículo 82, trata la negativa injustificada a contratar, al igual que la legislación chilena, como una modalidad del abuso de poder dominante.<sup>94</sup>

Considerando que la incorporación de este ilícito en el Decreto Ley 2.760 de 1979 tuvo como influencia a este Tratado, el tratamiento del mismo en ambas legislaciones es bastante similar.

---

<sup>93</sup> HISTORIA DEL SIGLO XX. El Tratado de Roma. [en línea] <<http://www.historiasiglo20.org/europa/traroma.htm>>. [consulta: 24 de mayo de 2013].

<sup>94</sup> Artículo 82, Tratado de Roma: “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.”

Por su parte, el Tratado de Roma parte de la base de que toda negativa a contratar es lícita, ya que cada persona es libre o no de celebrar una convención, mientras esto no vulnere los intereses de la sociedad. De esta manera, para que el injusto en cuestión pueda ser sancionado por el artículo 82 es menester la concurrencia de las siguientes condiciones: debe existir una conducta (negativa a contratar), ésta debe provocar determinados efectos (requisitos de configuración) y finalmente, no debe existir una justificación objetiva para la misma (eficiencia).

Respecto a la conducta, el artículo 82 no se limita exclusivamente a una negativa de venta, sino que doctrinariamente se considera que este ilícito puede manifestarse de variadas formas, tales como, por ejemplo: negativa a suministrar información, negativa a garantizar acceso a instalaciones esenciales e, incluso, acceder a contratar, pero bajo condiciones excesivas, por lo que podríamos considerar que, en el derecho europeo, la negativa de venta también es vista como una variante de la discriminación arbitraria.

Lo anterior, también ha sido contemplado por la legislación chilena donde, como ya se ha expuesto, lo sancionado no es únicamente la negativa injustificada a vender si no que, la negativa a celebrar cualquier convención.

En cuanto a los efectos, el principal de ellos y sin el cual el injusto en cuestión no puede configurarse, es que se produzca un perjuicio a la competencia. Para lo anterior, se considera que lo primero a examinar es el verdadero daño que se causa al agente de mercado interesado en contratar.

Así, si este agente dañado se ve imposibilitado de obtener los insumos necesarios en condiciones comerciales normales, estaríamos frente a la conducta antijurídica en comento.

Esto último también estaría considerado en el derecho chileno, donde, como ya se expuso, es requisito necesario para la configuración del ilícito, el hecho de que esta conducta impida o entorpezca la entrada de un actor al mercado.

No obstante lo anterior, esta sola condición no basta para sancionar una negativa de venta en el derecho europeo, sino que es menester además que provoque un impacto importante en los precios o en la producción del mercado, por lo cual es necesario que el actor de esta misma posea poder de mercado en este.

En cuanto a la legislación chilena, el hecho de que el actor de la conducta antijurídica posea poder de mercado, se considera un requisito indispensable para la configuración de la misma.

Por último, en cuanto a la ausencia de una justificación objetiva, la doctrina europea ha manifestado que una negativa de venta no puede ser sancionada bajo el alero del artículo 82 si esta se encuentra justificada objetivamente.<sup>95</sup> Ahora, ¿cuándo se considera que esta conducta está justificada objetivamente? Básicamente, nos encontramos frente a esta

---

<sup>95</sup> COMUNICACIÓN de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia. Diario Oficial N° 372, Santiago, Chile, 09 diciembre, 1997.pp.0005-0013

situación cuando exista cualquier otra intención por parte del actor distinta a eliminar al agente de mercado interesado en contratar del mismo, esto es, que en términos de eficiencia no le convenga a éste llevar a cabo la transacción.

Sin perjuicio de lo anterior y al igual que en el caso chileno, muchas veces no obstante existir por parte del agente un argumento de eficiencia, la Corte igualmente ha condenado este tipo de conducta, como por ejemplo sucede en el caso *Commercial Solvents v EC Commission*, en el cual la denunciada fue condenada no obstante poseer argumentos suficientes para su actuación.<sup>96</sup>

### **3.2. La regulación de la negativa injustificada a contratar en E.E.U.U.: La Sherman Act.**

La *Sherman Act* contiene dos disposiciones principales. La primera exige que exista una especie de acuerdo entre varios actores para restringir el comercio. La segunda exige que el actor monoplice o intente monopolizar cualquier parte del comercio.

La negativa injustificada a contratar o *refusal to deal* ha sido jurisprudencialmente sancionada en base a ambas partes. Así, la ley

---

<sup>96</sup> FAULL, Jonathan y NIKPAY, Ali. *The EC law of competition*. 2° ed. *United States of America*, Oxford University Press Inc., 2007, p. 1184.

estadounidense antimonopólica distingue entre *concerted refusals to deal* (sección 1)<sup>97</sup> e *individual refusals to deal* (sección dos).<sup>98</sup>

En el primer caso, se sanciona toda táctica concertada por competidores horizontales para forzar a otro agente de mercado a desistir de cualquier intento de competencia que los autores del ilícito desaprueben. En otras palabras, existe una acción convenida entre varios actores para excluir a otro actor a nivel horizontal, sin que esto produzca socialmente ningún tipo de eficiencia.

Este tipo de conducta ha sido repetidamente condenada por la Corte Suprema sin necesidad de que los autores posean poder de mercado o ningún otro requisito. De hecho, se establece una especie de presunción en estos casos en virtud de la cual esta conducta es condenada *per se*, no requiriendo de mayor análisis.

Ahora, ¿qué debemos entender por una conducta prohibida *per se*? Una regla de prohibición *per se* implica necesariamente que la conducta específica siempre será antijurídica, independientemente de las circunstancias especiales

---

<sup>97</sup> Section 1. 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."

<sup>98</sup> Section 2. 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."

de cada caso. Es decir, se refiere a ciertas prácticas, como la denominada *concerted refusal to deal*, que se consideran siempre ilegales.

Así, no interesa en este asunto si la conducta es injustificada o no, sin perjuicio de que los autores por si mismos presenten una justificación que prueben que existió eficiencia en su conducta. Tal es la situación, por ejemplo, en el caso norteamericano *Fashion Originators Guild*<sup>99</sup>, en el cual, no obstante justificar la denunciada su negativa de venta en que los productos no pertenecían a la marca original, la Corte no acepta este argumento de eficiencia y la condena igualmente.

Esta forma de análisis ha sido desarrollada por el Derecho de la Competencia Norteamericano, pero no ha sido acogida por nuestra legislación, por lo menos, en lo que a negativa injustificada a contratar se refiere.

En el segundo caso, si bien la legislación norteamericana permite a todo empresario negarse a contratar con otros, establece una limitación que se da en el caso que esta negativa constituye un intento de monopolizar un mercado.<sup>100</sup>

En tal caso, para ser sancionada, la negativa de venta debe tener como efecto una monopolización o intento de monopolización de cualquier mercado, además de requerir la existencia de poder de mercado y de una efectiva

---

<sup>99</sup> SULLIVAN, Lawrence A. y GRIMES, Warren S. *The law of antitrust: an integrated handbook. United States of America, West Group*, 2000. 1259p.

<sup>100</sup> BORK, Robert H. *The Antitrust Paradox. A policy at War with Itself. New York, The Free Press*, 1993, p. 479.

violación a la libre competencia como bien jurídico a proteger, por lo que no podemos hablar en este caso de una conducta sancionada *per se*, sino que debe ser analizada caso a caso.

Lo anterior, corresponde a una segunda forma de análisis desarrollada también por el Derecho de la Competencia Norteamericano y aplicada igualmente en el Tratado de Roma y en nuestra legislación, conocida con el nombre de “regla de la razón”.

En virtud de esta última se considera que, para determinar si la conducta es antijurídica, ésta debe ser analizada caso a caso, evaluando las características especiales de cada uno de ellos, la historia de la práctica restrictiva analizada y la razón de la aplicación de esta práctica. En otras palabras, y tal como lo ha expuesto la jurisprudencia norteamericana en el caso *Standard Oil Co. v. U.S.*: debe tenerse en vista “la naturaleza, el propósito y el efecto de la restricción a la libre competencia”<sup>101</sup>

Como podrá apreciarse, esta segunda forma de negativa de venta se asemeja bastante a la contenida en nuestra legislación ya que ambas requieren de un análisis caso a caso para efectivamente configurarse bajo el tipo en cuestión y así, sancionarse.

Respecto a la primera forma de negativa de venta considerada por el derecho norteamericano, si bien en el derecho chileno no se contempla una

---

<sup>101</sup> MIRANDA LONDOÑO, Alfonso. ¿Existe la regla de ilegalidad *per se* en el derecho de la competencia colombiano? [en línea] < [www.centrocedec.org](http://www.centrocedec.org) > [consulta: 09 de mayo de 2013]

división entre dos tipos de negativa de venta ni tampoco existe en esta materia el análisis *per se* de la conducta, esto no quiere decir que no se den casos donde la conducta antijurídica se haya llevado a cabo de manera concertada entre dos agentes poseedores de poder de mercado. La diferencia es que esta situación no es requerida para la configuración de la misma ni menos constituye razón suficiente para que esta sea sancionada.

### **3.3. Otras Legislaciones**

En la legislación comparada latinoamericana, la negativa injustificada a contratar tiene un tratamiento más estricto que el que se le da en Chile. Así, puede identificarse el caso peruano que, en el artículo quinto del Decreto Legislativo 701 en su literal a), establece que una de las prácticas prohibidas en la regulación peruana de competencia, es la negativa injustificada de trato por parte de empresas que ostentan una posición de dominio en el mercado. Dicho inciso señala que: “la negativa injustificada de satisfacer demandas de compra o adquisición, o las ofertas de venta o prestación de productos o servicios, constituye una práctica de abuso de posición de dominio y es sancionable con las multas”.

No obstante la referencia explícita, no se conceptualiza en términos estrictos.<sup>102</sup> En este sentido, si bien la norma peruana avanza reconociendo esta conducta como una expresión de la posición dominante de un actor en un

---

<sup>102</sup> FLINT, Pinkas. Tratado de Defensa de la Libre Competencia Perú, Ed. PUC, 2001 p. 1147.



mercado específico, se reconoce igualmente que se trata de un campo impreciso en su definición, en cuanto señala: “en principio, la ley deja libertad a las empresas individuales a negarse a contratar con otras, salvo que la negativa tenga por intención apoyar alguna otra restricción considerada ilegal o constituya un intento para monopolizar el mercado”. Sin embargo, existen casos en los que la práctica es comprensible y refleja condiciones de mercado.

A mayor abundamiento, se señala como directriz de la identificación que: “La negativa no necesariamente tiene que ser abierta y clara. Formas de negativa más sofisticadas son simplemente no dar respuesta a los pedidos que se formulen, o dar excusas sobre la posibilidad de atenderlos en los términos solicitados sin que tales excusas tengan fundamento, o pedir nuevas aclaraciones o dar información errónea para bloquear o retrasar la atención de las solicitudes”.<sup>103</sup>

Precisando el campo de conocimiento, el tratadista peruano Alejandro Falla, reconoce tres elementos que llevarían a la decisión que se está ante la conducta tipificada por el artículo 5° del Decreto Ley Número 701:

- a) Que la negativa sea desarrollada por quien tiene poder de mercado.
- b) Que no exista justificación para la negativa.
- c) Que exista alteración de las condiciones de competencia, esto es, la negativa tiene que afectar negativamente la competencia. Aquí no estamos

---

<sup>103</sup> WEB DEL PROYECTO OPEN DATA PERÚ. Normas legales oficiales relacionadas a empresas u organismos en el año 2000. [en línea] <<http://www.datosperu.org/tb-normas-legales-oficiales-2000-Febrero-08-02-2000-pagina-19.php>> [consulta 09 de mayo de 2013].

frente a una práctica que es sancionable bajo un estándar de ilegalidad *per se*. Aquí se aplica un estándar de regla de razón en el cual habrá que probar, como condición a la configuración de la infracción, que la negativa genera un problema de competencia.<sup>104</sup>

En consecuencia, toda conducta que tenga por efecto la no satisfacción plena de un pedido efectuado o la demora sistemática de su atención, podría quedar tipificada bajo este rubro.

Por su parte, en el caso argentino, Flint, señala que la negativa injustificada de contratar, denominada, como “negativa injustificada de satisfacer pedidos” no constituye en sí misma una conducta anticompetitiva,<sup>105</sup> si bien puede considerarse como una alteración de la independencia entre empresas.

Esta delimitación tan genérica, fue fijada por la comisión nacional económica de ese país, quien ha señalado en su boletín del año 1999, a propósito de las orientaciones del país con competidores extranjeros que: “Las empresas que gozan de posición dominante no pueden negarse a contratar injustificadamente, ya que de esa manera limitan la libertad de contratar, que es un principio básico del derecho contractual”.<sup>106</sup>

---

<sup>104</sup> FALLA ALEJANDRO (s/f) Facilidades Esenciales Y Negativa Injustificada A Negociar. [en línea] <<http://www.bullardabogados.pe/publications/wpnt/uploads/2011/12/2004>> [consulta: 09 de mayo de 2013]

<sup>105</sup> FLINT, Pinkas. Tratado de Defensa de la Libre Competencia Perú, Ed. PUC, 2001, p. 536.

<sup>106</sup> COMISIÓN NACIONAL DE COMERCIO EXTERIOR. Año 4 N° 18 Ed. Julio/Agosto, 1999.

Contextualizando, este boletín indicaba que la negativa de venta puede ser “una herramienta muy útil para aprovechar los esfuerzos hechos por una empresa para consolidar una posición de dominio en el mercado y, en consecuencia, puede tener efectos negativos en la competencia”.

En este sentido el ejemplo se explica en los siguientes términos: “Si una empresa en situación de posición dominante goza de una facilidad esencial, por ejemplo, la titularidad de un bien o servicio necesario para que su competidor produzca bienes o preste servicios, entonces podría obligarlo a contratar”<sup>107</sup>.

Finalmente, en el caso español, el artículo 2º de la Ley 15/ 2007 del 3 de julio de 2007, sobre defensa de la libre competencia, prohíbe la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición dominante.

A su vez, la misma entiende por posición dominante la situación en la que una empresa tiene la posibilidad de desarrollar un comportamiento relativamente independiente que le permite actuar en el mercado sin tener en cuenta a los proveedores, clientes o competidores.

Para esta normativa, algunos ejemplos de explotación abusiva de una posición dominante son: la imposición de precios u otras condiciones comerciales no equitativas, la negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios o la subordinación de la

---

<sup>107</sup> COMISIÓN NACIONAL DE COMERCIO EXTERIOR Año 4 N° 18 Ed. Julio/Agosto, 1999.

celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que no guarden relación con el objeto de los mismos



## **CAPÍTULO 4**

### **JURISPRUDENCIA RESPECTO DE LA NEGATIVA**

#### **INJUSTIFICADA A CONTRATAR**

En el presente capítulo hemos hecho una selección de jurisprudencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia respecto de casos que involucran elementos calificables bajo la figura de la negativa injustificada a contratar. El número de casos encontrado no es significativo y, es más, en ninguno de ellos se ha condenado la conducta denunciada como constitutiva del ilícito en estudio. No obstante, creemos interesante el análisis de los referidos casos en cuanto permite establecer claramente cuáles son los requisitos para estar frente a este ilícito.

En el resumen de casos hemos incluido un resumen de los hechos objeto de la denuncia, de los argumentos del denunciante, de los de la contestación y de los razonamientos empleados por el Tribunal en la decisión de cada uno de ellos, en particular en lo que dice relación con la negativa injustificada a contratar.

Finalmente concluimos el capítulo con un comentario general de los antecedentes relevantes para una acertada comprensión de los requisitos del ilícito de negativa injustificada a contratar.

#### **4.1. La negativa injustificada a contratar frente al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.**

##### **4.1.1. Distribuidora Molino con Distribuidora Alfa, Rol C-17-2004 (14 de julio de 2005)**

###### **4.1.1.1. Resumen:**

Distribuidora Molino S.A. presentó una denuncia en contra de Distribuidora de Publicaciones Alfa S.A., por negativa de venta, ante la entonces existente Honorable Comisión Preventiva Central. Indica que distribuye todas las publicaciones existentes en el país excepto las editadas por Distribuidora de Publicaciones Alfa S.A. (a saber, las revistas Caras, Condorito, Cosmopolitan, Tú, Muy Interesante, Vanidades, etc.), toda vez que dicha empresa les niega la venta. Lo anterior con el objeto de limitar, además de la oferta, las opciones de compra para innumerables comerciantes del rubro.

**4.1.1.2. En cuanto a los fundamentos de la demandante:**

La acción del actor realiza una síntesis de cómo opera el mercado de las revistas, señalando que en él participan diferentes actores, a saber, editores, distribuidores, agencias, suplementeros y otros puntos de ventas.

En lo sustancial, la demandante indica que Distribuidora Alfa S.A. ha rechazado la oferta de compra argumentando “que sólo le puede ofrecer vender en las mismas condiciones que al público en general”.

En este escenario se ha visto en la necesidad de comprar como una persona más los productos de la demandada en los kioscos y, de esta forma, satisfacer sus necesidades y la de sus clientes.

A juicio de la demandante los hechos relatados constituyen a todas luces una práctica que tiende a impedir la libre competencia en los términos de los artículos 1° y 2° del Decreto Ley Número 211 y corresponde que la Comisión Preventiva Central adopte las medidas y decisiones que en derecho correspondan, además de que aplique las sanciones que procedan.

**4.1.1.3. En cuanto al informe de la Fiscalía Nacional:**

Se solicitó un informe a la Fiscalía Nacional Económica para que ilustrara el estado actual del mercado editorial y así aportar un elemento más en el análisis y comprensión de este litigio. Por un lado señala que este mercado



tiene una legislación particular, convenios entre asociaciones gremiales y reglamentos internos de la Asociación Nacional de Prensa.

Adicionalmente, posee un régimen previsional particular regulado por la Ley Número 17.393, en dicha norma inclusive existe una definición respecto de quienes son los suplementeros definiéndolos como: “personas que obtienen sus medios de subsistencia de la venta habitual al público de diarios, revistas y otros impresos periódicos”.<sup>108</sup>

El Convenio de 28 de junio de 1972, vigente a la fecha, regula las relaciones para la venta de publicaciones entre las empresas periodísticas, representada por la Federación Nacional de Suplementeros de Chile y ratifica el 30% de descuento de los precios cobrados a público a los suplementeros para todos los diarios y revistas nacionales que se impriman en el país, en todas las localidades donde exista gremio, y se refiere además, a condiciones especiales de descuentos, entre un 35% a un 50% en el caso de publicaciones extranjeras, revistas esporádicas y otros casos específicos.

---

<sup>108</sup> Además de la normativa previsional que incluye un Registro Permanente de Suplementeros y Comisiones Clasificadoras Provinciales, encargadas de acreditar la condición de tales, el artículo 13° señala “La Asociación Nacional de la Prensa suscribirá con la Federación Nacional de Suplementeros de Chile un convenio nacional o convenios regionales para establecer modalidades de distribución, porcentajes y horarios y garantías suscritas en convenios anteriores”.

**4.1.1.4. En cuanto al mercado afectado en la especie:**

Las empresas editoriales que producen e imprimen las revistas y las entregan a un distribuidor para su comercialización en el mercado en las siguientes condiciones:<sup>109</sup>

a) Consignación o venta con derechos a un 100% de devolución de los excedentes al final del período de circulación a todos los integrantes de la red de distribución;

b) Los descuentos se otorgan de la siguiente manera: suplementero: 30% de descuento sobre el precio a público neto; agente: 5% de descuento sobre el precio a público neto; distribuidor: 10% de descuento sobre el precio público neto.

c) Añade que como casi todos los descuentos son sobre el precio a público, el distribuidor en realidad recibe un 45%, el agente un 35% y el suplementero un 30%.

La participación de mercado de estas empresas, en materia de revistas, es la siguiente:

- Distribuidora Alfa S.A. 56%
- Distribuidora Molino 15%
- Distribuidora Vía Directa 21%
- Copesa 8%

---

<sup>109</sup> Parte expositiva numeral tercero fallo en análisis.

Debe señalarse que Distribuidora Molino S.A. controla el 25% de la propiedad de Vía Directa, por lo tanto, su participación en el mercado de las revistas se elevaría por sobre el 20%.

En lo referente a las agencias, son aproximadamente 180 en el país, de las cuales algunas son de propiedad de distribuidoras y otras de terceros, que distribuyen revistas de todas aquellas. Distribuidora Molino, a través de su participación en Vía Directa, cuenta con una red de sesenta y dos agencias propias y Distribuidora Alfa dispone de una red de veintiuna agencias propias.

#### **4.1.1.5. En cuanto los fundamentos del Tribunal:**

Que, para estos efectos, el Tribunal fijó como hecho sustancial, pertinente y controvertido la efectividad de haber existido por parte de Distribuidora Alfa S.A. negativa de venta de sus productos a Distribuidora Molino S.A.

A este respecto, llama la atención que la actora no hubiere rendido prueba para acreditar las aseveraciones que formuló la denunciante. Tampoco se rindió prueba que sirviese para acreditar la negativa de venta.

Que además de lo anterior, el Tribunal considera que “no resulta conducente para la resolución de esta causa, entrar a analizar el mercado relevante en que se verificaron los hechos, ni los requisitos ni condiciones

necesarios para que se entienda configurada una conducta de negativa de venta”.<sup>110</sup>

Finalmente, el Tribunal hace la prevención que el proceso había sido iniciado ante la H. Comisión Preventiva Central y, que dicho “organismo que, de conformidad con la normativa a esa fecha aplicable, no tenía facultades para imponer sanciones, sin embargo, las que fueron solicitadas por la parte denunciante”.<sup>111</sup>

A lo anterior debe sumarse lo dispuesto en el artículo quinto transitorio de la Ley Número 19.911, mediante la cual no se encuentra investido, en esta causa, de atribuciones para sancionar, por lo que también se deberá rechazar la denuncia en esta parte por ser improcedente su aplicación.

#### **4.1.2. MICOM S.A. con ENAP, Rol C-96-2006 (18 de abril de 2008)**

##### **4.1.2.1. Resumen:**

Esta causa es iniciada por MICOM S.A. por demanda interpuesta contra ENAP, por considerar que la demandada ha incurrido en abuso de posición dominante, particularmente en lo que se denomina negativa injustificada de contratar, toda vez que al intentar convertirse en un distribuidor mayorista, producto de inconvenientes con otros actores del mercado, debía adquirir el combustible directamente de ENAP, para lo cual debía inscribirse como

---

<sup>110</sup> Considerando cuarto del fallo en análisis.

<sup>111</sup> Considerando quinto del fallo en análisis.

Distribuidor Mayorista en el Registro de Compradores de ENAP. En concreto, debía cumplir una serie de exigencias para inscribirse en el citado registro. A la época de interposición de la demanda, conforme a los dichos de la actora, habiendo cumplido los requisitos impuestos por ENAP, ha visto dilatada la firma del acuerdo marco que le permita funcionar en el mercado, configurándose a su juicio, la negativa injustificada de contratar.

#### **4.1.2.2. En cuanto a los fundamentos de la demandante:**

Que resulta de sumo interés para los efectos de comprender en forma cabal, la convicción de la demandante, la multiplicidad de actos y circunstancias fácticas que rodearon la negociación con la demandada y que, de no mediar a su entender esta negativa injustificada de contratar, no habrían tenido siquiera que dar inicio a la ejecución de ellos.

Al efecto, señala que uno de los requisitos solicitados habría sido la instalación de una nueva planta de carguío en la Región Metropolitana. En este escenario procedió a negociar y luego a realizar la compra de unas instalaciones que eran de propiedad de otra empresa del rubro, la que cumplía con los estándares requeridos por ENAP, todo según su versión, por “recomendación del Gerente comercial de ENAP Refinerías S.A.” Lo anterior, además de haber cumplido con la normativa reglamentaria y legal respectiva.

Sin perjuicio de lo ya indicado señala el actor, que estando en la “convicción que habría dado cumplimiento a todas las exigencias de ENAP,

MICOM habría solicitado una reunión a dicha empresa, con el objeto de formalizar la relación comercial entre ambas, reunión que tuvo lugar el día 17 de febrero de 2006 y en la que se habría informado a MICOM que se procedería a confeccionar el acuerdo marco para dar inicio formal a las operaciones entre ambas”.<sup>112</sup>

Aun habiéndose cumplido con todos los requerimientos y estando ad portas de cerrar el mentado contrato marco entre las partes en litigio, MICOM señala que hubo un retraso o tardanza por parte de la ENAP en la preparación del mencionado contrato, con lo cual según sostiene en su acción: “se vio en la necesidad de insistir en su intención de inscribirse en el Registro de Compradores de ENAP”.

Luego, se habría recepcionado por parte de MICOM como respuesta por parte de la demandada durante el mes de marzo de 2006, lo siguiente: “que uno de los documentos que se habría solicitado para explicar los indicadores financieros de los Estados Financieros de MICOM no habría sido emitido por la empresa (...)”. Añadiendo que “mantiene una deuda pendiente y que los documentos entregados no corresponden al formato utilizado por dicha empresa, por lo que solicita aclarar la situación y le informa la suspensión del proceso de inscripción en el Registro de Compradores de ENAP”.<sup>113</sup>

---

<sup>112</sup> Ver parte expositiva numeral 1.5. del fallo en comento. p. 2

<sup>113</sup> En adición a lo anterior, en abril de 2006 y por medio de carta, ENAP habría hecho referencia a una deuda que MICOM mantiene con ESSO, formulándole interrogantes y solicitando documentos al efecto, con el objeto de condicionar el inicio de las relaciones

Todo lo hecho referencia constituye, en opinión de la actora, “un abuso por parte de ENAP de su posición dominante en el mercado, puesto que ha dilatado injustificadamente la firma del acuerdo marco y el inicio de operaciones comerciales con MICOM, imponiéndole ilegítimamente barreras a la entrada y en definitiva negándole arbitrariamente la venta de combustibles, lo que además daría cuenta de una eventual colusión entre ENAP y ESSO, producto de la presión que esta última empresa podría haber ejercido sobre ENAP, dada su condición de cliente de la misma y de su participación como accionista de la empresa propietaria de oleoductos SONACOL S.A.”.<sup>114</sup>

#### **4.1.2.3. En cuanto al Mercado afectado en la especie:**

Se explica que en el caso del mercado de los combustible y, en particular, en cuanto a las opciones que entrega este, la demandante señala que: “si bien existe libertad de importación, en los hechos las empresas distribuidoras de combustible tienen limitaciones para ejercer tal libertad, toda vez que la posición dominante de ENAP, como refinador único, opera como un disuasivo efectivo, por cuanto la importación de combustible requiere de tiempo y logística, lo que permite a ENAP reaccionar anticipadamente ante cualquier

---

comerciales con MICOM al pago de la referida obligación que a su juicio se encontraría pendiente.

<sup>114</sup> Ver parte expositiva numeral 1.6. del fallo en comento. p. 3

acción de este tipo y aplicar estrategias de precios que hagan ilusoria esa opción”.<sup>115</sup>

Con todo, se deben considerar a lo menos 3 barreras o cortapisas de entrada al mercado, en todas sus etapas, impidiendo en los hechos:

A.- La entrada de nuevos competidores en la distribución de combustibles líquidos, debido al control que las empresas distribuidoras tienen en el poliducto San Fernando - Maipú,

B.- La exclusividad otorgada a ENAP para la instalación de nuevos oleoductos y al control que sobre EMALCO, hoy ENAP, tienen las diferentes distribuidoras que son sus grandes clientes.

C.- Las limitaciones urbanas establecidas en el Plano Regulador Metropolitano, que sólo autoriza su existencia en la zona de Maipú el establecimiento de plantas de esa naturaleza, donde ya no es posible su incremento por falta de capacidad disponible de almacenamiento.

#### **4.1.2.4. En cuanto a la contestación de la demanda:**

En el considerando noveno del fallo en análisis, indica que en la contestación de la demanda, se reseña que la *litis* tiene su origen en un proceso de negociación y que a través de ella se buscaría resolver una disputa

---

<sup>115</sup> A lo anterior, se suma el hecho que el mercado afectado es uno sumamente concentrado, particularmente en la etapa de distribución mayorista, por cuanto existiría un predominio absoluto de cuatro empresas, tres de las cuales concentran más del 90% del mercado de las gasolinas y un 81% del mercado del diesel.



estrictamente comercial que no afectaría ni tendría incidencia alguna en la libre competencia en el mercado de distribución de combustibles.

Añade ENAP que jamás ha negado a MICOM la posibilidad de ser su cliente, sino que, luego de analizar los antecedentes, logró establecer que no califica como sujeto de crédito de ENAP. Por ello, para efectos de registrarla como cliente y proceder a la venta de combustibles, ENAP habría exigido a MICOM cumplir con las siguientes condiciones:

a) Que la venta de combustibles líquidos se efectuase bajo modalidades que no impliquen otorgamiento de crédito por parte de ENAP, es decir, al contado; y

b) Que MICOM contase con la infraestructura adecuada para la recepción de productos vía oleoducto siendo ésta de propiedad de MICOM o de terceros distintos de ENAP.

#### **4.1.2.5. En cuanto los fundamentos del Tribunal:**

El Tribunal estableció como puntos sustanciales pertinentes y controvertidos los que siguen:<sup>116</sup>

1. Acreditar los hechos y circunstancias que configurarían la posición de dominio imputada a ENAP por la demandante en el o los mercados afectados; y

2. Los hechos y circunstancias que configurarían la negativa injustificada de venta, discriminación y prácticas exclusorias imputadas por ella a ENAP, dado

---

<sup>116</sup> Parte expositiva numeral 5 del fallo motivo de análisis.

que esos fueron precisamente los hechos substanciales pertinentes y controvertidos en autos;

En cuanto al estándar que exige el Tribunal para configurar una conducta de negativa injustificada de venta, éste señalo tres requisitos copulativos:<sup>117</sup>

(i) Que un agente económico vea sustancialmente afectada su capacidad de actuar o de seguir actuando en el mercado, por encontrarse imposibilitada para obtener en condiciones comerciales normales los insumos necesarios para desarrollar su actividad económica;

(ii) Que la causa que impida a ese agente económico acceder a tales insumos consista en un grado insuficiente de competencia entre los proveedores de los mismos, de tal manera que uno de esos proveedores, o varios de ellos coludidos, niegue o nieguen a tal persona el suministro; y

(iii) Que el referido agente económico esté dispuesto a aceptar las condiciones comerciales usualmente establecidas por el proveedor respecto de sus clientes, pues tal aceptación impone necesariamente a éste la obligación de vender o suministrar lo que se le solicita;

En este escenario, quedó asentado como un hecho no discutido entra las partes “que MICOM se ha visto impedida de actuar como distribuidor mayorista

---

<sup>117</sup> Undécimo. Que, tal como se estableció en la Resolución N° 19 de 7 de diciembre de 2006, este Tribunal considera que para que se configure una conducta de negativa de venta, o en términos más generales, una negativa a contratar, contrarias a la libre competencia, deben concurrir copulativamente las siguientes circunstancias:

de combustibles, por cuanto hasta la fecha ENAP no la ha inscrito en su Registro de Clientes”.<sup>118</sup> De tal suerte que se da por establecido el primer requisito exigido por el Tribunal.

Respecto del segundo canon impuesto, cual es que “ENAP es actualmente el único refinador de combustibles líquidos en nuestro país, por lo que podría detentar una posición dominante en el mercado de la provisión de combustibles líquidos refinados para distribución mayorista”<sup>119</sup>, en opinión del Tribunal, se desprende que no cumple con los parámetros procesales-probatorios para afirmar que existan impedimentos legales para el ingreso de nuevos actores al mercado en cuestión, como tampoco, la existencia de “obstáculos que imposibiliten o dificulten significativamente la importación directa de combustibles desde el exterior”.

Que el Tribunal considera que tampoco fue suficientemente acreditado, básicamente por falta de prueba, que ENAP haya hecho abuso de posición dominante en el mercado de los combustibles, en el sentido de establecer prácticas atentatorias a la competencia que afecten al actor.

Con el objeto de cerrar el análisis del caso *sub-lite*, el Jurisdicente pone en debate si los requisitos que pide ENAP a MICOM “para efectos de inscribirla en su Registro de Clientes tenían una causa justificada, o si por el contrario, tenían por objeto excluir a MICOM del mercado de provisión de combustibles

---

<sup>118</sup> En considerando duodécimo del fallo en comento.

<sup>119</sup> En considerando decimotercero del fallo en comento.

líquidos refinados para distribución mayorista”; en este punto para el Tribunal “la negativa de ENAP a aceptar a MICOM como cliente tiene una justificación desde un punto de vista comercial, por lo que dicha conducta no puede ser considerada como anticompetitiva;<sup>120</sup> es más asevera que, “parecen justificarse en la necesidad de realizar la distribución de combustibles líquidos de manera segura”.<sup>121</sup>

En lo resolutivo, el Tribunal considera que no se ha configurado de manera suficiente la negativa injustificada a contratar ni mucho menos una práctica exclusoria de parte de la empresa demandada.

#### **4.1.3. Sociedad Comercial y Agrícola Verde Sur Ltda. con Sociedad Petróleos Transandinos S.A., Rol C-185-2009 (07 de diciembre de 2010).**

##### **4.1.3.1. Resumen:**

Que en esta causa, la empresa Verde Sur demanda a Petróleos Transandinos fundando su acción en que esta última ha abusado de su posición de dominio obtenida en razón de los contratos celebrados entre ellas,

---

<sup>120</sup> Decimonoveno. Con respecto a lo anterior, cabe destacar que la demandante no sólo mantiene deudas con ESSO, sino que también con otras entidades públicas y privadas por operaciones relativas a la adquisición de combustibles y al acceso a infraestructura para su almacenamiento, lo que evidencia un elevado nivel de endeudamiento por parte de MICOM, que a juicio de este Tribunal permite razonablemente suponer un riesgo que justifica la decisión de ENAP de no aceptar a dicha empresa como sujeto de crédito;

Así, por ejemplo, es preciso mencionar la solicitud de quiebra que presentó ESSO en contra de MICOM que rola fojas 677 de autos, que se fundamenta en el incumplimiento de lo acordado en la escritura de reconocimiento de deuda de ambas de fecha 15 de noviembre de 2005, y distintas acciones judiciales iniciadas en contra de MICOM y sus relacionadas y accionistas, que constan en autos y que dan cuenta de su precaria situación financiera;

<sup>121</sup> 20

incurriendo en prácticas tales como la discriminación de precios con respecto a otros distribuidores minoristas de la misma plaza, hechos que además constituyen, a su entender, competencia desleal. En segundo lugar, en una negativa de venta a los precios que se daba en la planta de la comuna de Lautaro a otros distribuidores que retiraban combustible para su distribución por camiones, o “exclusión arbitraria de la actividad de distribución de combustibles mediante camiones estanques”. Finalmente, también producto de los mismos hechos, la demanda indica que incurrió en una discriminación de precios en contra de sus distribuidores de Temuco, respecto de sus distribuidores de otras comunas de la IX<sup>a</sup> Región. Hace presente que ha interpuesto la demanda una vez que han cesado sus vínculos contractuales con la demandada, reflexionado a ese respecto que sólo una persona sin vínculos contractuales con Petróleos Transandinos puede demandarla, toda vez que, de estar vigentes los contratos, podría verse expuesto a eventuales represalias, tales como la no renovación de sus contratos de distribución.

#### **4.1.3.2. En cuanto a los fundamentos de la demandante:**

Tal como se señaló precedentemente, la demandante fundó su acción en que los hechos que sirven de sustento, configuran 3 conductas sancionables:

1.- Discriminación de precios con respecto a otros distribuidores minoristas de la misma plaza, hecho que además constituye a su entender, competencia desleal.

2.- Negativa de venta a los precios que se daba en la planta de la comuna de Lautaro a otros distribuidores que retiraban combustible para su distribución por camiones, o “exclusión arbitraria de la actividad de distribución de combustibles mediante camiones estanques”.

3.- Discriminación de precios en contra de sus distribuidores de Temuco, respecto de sus distribuidores de otras comunas de la IXª Región.

En cuanto a los fundamentos de la demandante, estos se circunscriben a los siguientes hechos:

En primer lugar, respecto de la discriminación de precios con respecto a otros distribuidores minoristas a través de camiones estanques que se encontraban en la misma situación fáctica que la demandante, a quienes se hacía descuentos no objetivos.<sup>122</sup>

Respecto de la negativa de venta a los precios que se daba en la planta de la comuna de Lautaro a otros distribuidores que retiraban combustible para su distribución por camiones, o “exclusión arbitraria de la actividad de distribución de combustibles mediante camiones estanques” (fojas 97), ya que, por las especiales características del referido mercado, era imposible para ella adquirir combustible de otras compañías para distribuirlo mediante camiones estanques.

---

<sup>122</sup> Verde Sur afirma que los otros distribuidores en cuestión compraban el mismo combustible en un promedio de \$20 o \$18 más barato que ella, por lo que su margen de comercialización era de \$17,5 en contra de \$38 de los otros distribuidores, vendiendo ambos un idéntico producto y compartiendo la calidad de distribuidores finales de petróleo a público.

En tercer lugar, señala que la demandada incurrió en una discriminación de precios en contra de sus distribuidores de Temuco, respecto de sus distribuidores de otras comunas de la IX<sup>a</sup> Región, (pero que están dentro del mismo sector geográfico de influencia), aún cuando el costo del flete del combustible a las estaciones de servicios (en adelante EDS) de otras comunas era más elevado, subsidiándose de manera anticompetitiva a dichas EDS, al aumentar sus márgenes de ganancia para compensar su menor venta de combustible.

Al caso en particular y en lo que concierne al estudio sobre la materia, las peticiones concretas fueron:

(i) Que se ordene a Petróleos Transandinos dejar sin efecto toda práctica y conducta discriminatoria en la venta de combustibles y aplicar los mismos precios a todos los distribuidores que se encuentran en las mismas condiciones.

(ii) Que se aplique el máximo de la multa establecida en la Ley y en subsidio, la que el Tribunal estime pertinente.

#### **4.1.3.3. En cuanto a la contestación de la demanda:**

Según consta en el proceso a fojas 147, con fecha 17 de abril de 2009, Petróleos Transandinos S.A. contestó la demanda, y solicitó su rechazo con expresa condena en costas, señalando que la supuesta actora le adeuda dineros a la demandada y para estos efectos existían procesos judiciales pendientes en sede civil.

Conjuntamente con lo anterior, señala que no tendría una posición dominante en el mercado ya que según sus dichos tendría una participación nacional de 10% y local (esto es, en la ciudad de Temuco), que no supera el 18%, por lo que no tendría posición dominante.<sup>123</sup>

Asimismo, indica que los contratos son conmutativos y razonables, y que Petróleos Transandinos no competía con Verde Sur y que, a su vez, el representante y socio de la demandante fue Subgerente Comercial de la Zona Sur de Petróleos Transandinos, por lo que conocía el negocio que adquirió a través de los contratos.

Del mismo modo ilustra que en la zona existen dos segmentos de mercado:<sup>124</sup>

(i) Negocio de *retail* o canal de distribución al detalle, esto es, atención a automovilistas y personas que utilizan las estaciones de servicio para proveerse de combustible (mayoritariamente gasolinas y minoritariamente diesel) y

(ii) Canal de distribución industrial o negocio de abastecimiento de petróleo diesel a nivel industrial (exclusivamente diesel, este segmento no vende ni participa en el negocio de las bencinas).

Luego rechaza cada una de las acusaciones formuladas, indicando en ese sentido:

---

<sup>123</sup> Parte expositiva numeral 2.2. del fallo comentado

<sup>124</sup> Parte expositiva numeral 2.5 del fallo analizado



En cuanto a la discriminación de precios, afirma que ésta no existe ya que, según lo señalado precedentemente, se trata de negocios diferentes.

Sobre la negativa de venta, señala que no hubo tal, ya que la actora jamás pidió cambiarse a la modalidad de distribución a través de *peddlers*. Que, en efecto, lo que no hizo Petróleos Transandinos fue vender combustible a la demandante al mismo precio que cobra a los *peddlers*, pero ello es porque se trata de negocios distintos.

En cuanto a la discriminación de precios en contra de distribuidores de Temuco, respecto de distribuidores de otras comunas de la IX<sup>a</sup> Región, señala “que las EDS de Petróleos Transandinos de Temuco sólo compiten con las EDS de Temuco asociadas a otras distribuidoras y no con EDS ubicadas en otras comunas de la IX<sup>a</sup> Región”.<sup>125</sup> De esta forma justifica su política de precios diferenciados.

Finalmente, opone la excepción de prescripción de la acción deducida, indicando que en este sentido que, los supuestos contratos atentatorios “se habrían producido en octubre de 2004, fecha de celebración de los contratos, encontrándose en consecuencia transcurrido el plazo de dos años y prescrita la acción deducida” y solicita el rechazo de la acción intentada.

---

<sup>125</sup> Parte expositiva numeral 2.10 fallo en análisis.

#### 4.1.3.4. En cuanto a los fundamentos del Tribunal:

Que los puntos de prueba, que se fijaron en virtud de los hechos substanciales, pertinentes y controvertidos, son los que siguen:

1. Estructura y características del o los mercados en los que participan las partes y de los distintos tipos de clientes de Petróleos Trasandinos S.A.

2. Diferencias en los precios de los combustibles que Petróleos Trasandinos S.A. cobra a las distintas estaciones de servicio en la IXª Región, y a cada tipo de distribuidor. Efectos en el mercado, hechos, oportunidad y circunstancias que las justificarían.

3. Efectividad de que Petróleos Trasandinos S.A. haya negado a la demandante la venta de combustible para su distribución por medio de camiones estanque.

4. Efectos en el mercado, hechos, oportunidad y circunstancias que la justificarían.

En cuanto a la discriminación de precios, en opinión el tribunal colegiado “la diferencia del precio al que la demandada vendía combustible para su distribución minorista mediante EDS y camiones *peddlers*<sup>126</sup>, sea que estos lo retirasen en la EDS que explotaba la demandante o lo hiciesen directamente de la planta de acopio de Petróleos Trasandinos en la comuna de Lautaro, encuentra una explicación razonable en la diferencia de costos que implicaba para esta compañía una y otra modalidad de distribución minorista”.

---

<sup>126</sup> Camiones estanque, ideados para el transporte de combustible.

Al efecto indica que hay prueba suficiente de la demandada en orden a reseñar que “debió incurrir la demandada para entregar los servicios asociados a la provisión de combustible a los distintos tipos de distribuidores minoristas”.<sup>127</sup>

Que el Tribunal reflexiona que las discriminaciones imputadas a Petróleos Trasandinos no tienen la aptitud objetiva para otorgar ventajas competitivas a determinados agentes sobre otros, lo que pudiese constituir una transgresión a las disposiciones del Decreto Ley Número 211;

Añade en este sentido que “es razonable presumir, desde el punto de vista económico, que a la demandada le conviene tener el mejor sistema de distribución posible y que, en ausencia de coerción, ésta actuará de forma coherente con dicho incentivo, el cual, dadas las circunstancias, no resulta contrario a la libre competencia”<sup>128</sup>. Por lo cual se desestima la acusación formulada en referencia a la conducta de discriminación de precios.

Sobre la competencia desleal alegada, en relación con la supuesta discriminación en contra de la demandante, el Tribunal arriba a la conclusión de que no es posible darle lugar “puesto que la demandada no es competidora de la demandante, como se desprende de la relación jurídica determinada por los

---

<sup>127</sup> El considerando decimocuarto señala: Que en suma, los antecedentes expuestos en los razonamientos anteriores permiten a este Tribunal establecer, conforme lo dispone el artículo 22º, inciso segundo, del Decreto Ley N° 211, que son mayores los costos y riesgos involucrados en la distribución minorista por medio de EDS que los que implica la realizada por medio de camiones *peddlers*;

<sup>128</sup> Considerando 18 fallo en análisis.

contratos”.<sup>129</sup> Producto de lo anterior, no cabría en la figura que describe el artículo 3º, letra c, del Decreto Ley Número 211;

En cuanto a la imputación de negativa de venta por parte de Petróleos Trasandinos, el Tribunal exige los requisitos copulativos, ya indicados en fallos precedentemente analizados, y a los que se hace alusión en el considerando 26:

(i) Que un agente económico vea sustancialmente afectada su capacidad de actuar o de seguir actuando en el mercado, por encontrarse imposibilitado para obtener, en condiciones comerciales normales, los insumos necesarios para desarrollar su actividad económica;

(ii) Que la causa que impida a ese agente económico acceder a tales insumos consista en un grado insuficiente de competencia entre los proveedores de los mismos, de tal manera que uno de esos proveedores, o varios de ellos coordinadamente, niegue o nieguen a tal persona el suministro; y

(iii) Que el referido agente económico esté dispuesto a aceptar las condiciones comerciales usualmente establecidas por el proveedor respecto de sus clientes, pues tal aceptación impone necesariamente a éste la obligación de vender o suministrar lo que se le solicita;

En este estadio, el Tribunal señala que “si bien es cierto, los indicios respecto de que la demandante solicitó a la demandada la provisión de combustible en condiciones comerciales similares a las ofrecidas a los llamados

---

<sup>129</sup> En Considerando 20 fallo en análisis.

*peddlers* no son concluyentes (...), no está acreditada en autos la concurrencia del conjunto de circunstancias requeridas para la configuración de negativa a contratar.”

En síntesis, no se acredita ante el Tribunal, “la existencia de limitaciones a la posibilidad de la demandante para actuar en el mercado de la distribución minorista de combustibles bajo la modalidad de *peddler*, atribuibles a la intención de la demandada de excluir del mercado respectivo a la demandante”.<sup>130</sup>

En cuanto a la última acusación, respecto a la alteración artificialmente a la baja el precio de venta de combustibles a distribuidores minoristas en comunas distintas de Temuco, en la IX<sup>a</sup> Región, la opinión del Tribunal es que “cada localidad podría considerarse como un mercado geográfico relevante distinto, y no existe antecedente probatorio alguno en autos de que se trate de un único mercado”. A lo que añade en el considerando trigésimo segundo que “no puede implicar una distorsión en el proceso competitivo entre rivales que participan en un mismo mercado de distribución minorista de combustibles, y por lo tanto, ser contraria al Decreto Ley N° 211”. A su vez, señala que “se desprende la existencia de diferencias de precios entre localidades distintas, no se ha podido llegar a la convicción de que éstas no estén justificadas (...) no existiendo en autos antecedentes que permitan a este Tribunal arribar a una conclusión en sentido contrario.

---

<sup>130</sup> Ver Considerando 28 fallo en análisis.

#### **4.2. Reflexiones en torno a la aplicación de las normas que sancionan la negativa injustificada para contratar**

Ha quedado demostrado en la exposición y análisis de las sentencias precedentemente reseñadas, que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia tiene un estándar para determinar la existencia de una negativa injustificada, cual es:

(i) Que un agente económico vea sustancialmente afectada su capacidad de actuar o de seguir actuando en el mercado, por encontrarse imposibilitado para obtener, en condiciones comerciales normales, los insumos necesarios para desarrollar su actividad económica;

(ii) Que la causa que impida a ese agente económico acceder a tales insumos consista en un grado insuficiente de competencia entre los proveedores de los mismos, de tal manera que uno de esos proveedores, o varios de ellos coordinadamente, niegue o nieguen a tal persona el suministro; y

(iii) Que el referido agente económico esté dispuesto a aceptar las condiciones comerciales usualmente establecidas por el proveedor respecto de sus clientes, pues tal aceptación impone necesariamente a éste la obligación de vender o suministrar lo que se le solicita;

En los casos analizados, ha sido difícil alcanzar este umbral de exigencia fundamentalmente en razón de dos situaciones: primero, por la necesidad de un concurso copulativo de los requisitos expuestos, lo que hace que esto sea

tremendamente dificultoso, ya que a su concurrencia se debe sumar la armonía y conexión entre los hechos y el derecho alegado, y; segundo, que en todas las sentencias analizadas los medios probatorios no han sido lo suficientemente convincentes e idóneos para que el Tribunal se incline en la convicción de aceptar que efectivamente se ha incurrido en una negativa injustificada a contratar.

Sumado a lo anterior, ha de tenerse en consideración las particulares características de cada uno de los mercados, los que merecen un análisis aparte de cada uno de los elementos facticos y jurídicos que lo componen, y que hace aún más complejo el establecimiento de una teoría de caso para probar la efectividad de la infracción al mercado.

Con todo, si bien ya se ha analizado la conveniencia y efectos perniciosos de tener tipos infraccionales genéricos en materia de mercados, principalmente por la actividad dinámica de estos, no es menos cierto que resulte una tarea poco pacífica la determinación de la ocurrencia de una infracción a las normas del mercado y particularmente respecto de la materia en estudio porque, entre otras cosas, priman criterios económicos que según el prisma y subjetividad con que se analicen, podrán dar cuenta o no de un impedimento al buen funcionamiento del mercado.

## CONCLUSIONES

Con el advenimiento del modelo neoliberal y la consolidación del libre mercado la premisa de que el 'mercado se regula por sí mismo' cobró fuerza hasta erigirse como un principio que se atiende con suma obediencia por los actores del mismo.

Pese a ello, la mayor parte de la literatura que trata el concepto de economía de mercado, reconoce como uno de sus fundamentos principales la libre competencia, la cual resulta de la concurrencia libre en el mercado de oferentes que producen bienes o servicios similares y, a su vez, consumidores que toman decisiones libres sobre sus compras en el mercado, con información suficiente sobre las características de precio y calidad de los productos, sin que en estas decisiones intervengan fuerzas distintas a las del mercado mismo<sup>131</sup>.

Como resultado, se instaló con fuerza la idea de condicionar el actuar del mercado únicamente a los designios de sus actores. Sin embargo, en recientes años, se han evidenciado falencias en el funcionamiento de aquel, dando

---

<sup>131</sup> TRIVELLI D, Rafael. Objetivos de La Política De Libre Competencia en Chile. Universidad de Chile, Departamento de Derecho Económico. Chile. 2005. p.13.



cuenta de la imperiosa necesidad de normas que regulen con mayor severidad el desempeño de los actores dentro del mismo.

En efecto, hemos visto que cuando varias empresas acuerdan no competir entre sí, sino arreglar precios, fijar cuotas de producción o de ventas o asignarse mercados, los consumidores pierden el beneficio de la competencia. Los precios resultantes son artificialmente altos, no reflejan el costo y producen una asignación ineficiente de los recursos de la sociedad.

Las prácticas abusivas tales como la discriminación de precios, las operaciones de exclusividad, las ventas atadas, las negativas injustificadas de venta y la fijación arbitraria de precios por encima de los costos, perjudican a una sociedad, al reducir la cantidad total de bienes y servicios disponibles para la población así como la variedad y diversidad de tales bienes y servicios. Además, provocan una pérdida de la inversión y estancamiento de la investigación y desarrollo, generando precios mayores que los que existirían en un mercado de competencia.

La sociedad también se perjudica en la medida en que las empresas monopólicas y oligopólicas lesionan otros valores sociales, generan potencial corrupción y atentan contra la igualdad de derechos, la democracia y la libertad de decisión.

No obstante todo lo dicho, intentar mayor severidad en la observación del correcto funcionamiento del mercado, no es tarea fácil. Si se observa la evolución histórica de la legislación sobre competencia, se constata que ha sido el propio Estado, la autoridad, la que en su origen ha renunciado a gran parte de las atribuciones rectoras de la economía que antes tenía; y lo ha hecho para que el mercado, esto es, la multitud de interesados en vender bienes, prestar servicios, adquirirlos y recibirlos, actúe y se desarrolle con la mayor libertad, en condiciones de igualdad de oportunidades y de equidad comercial.

Además, la situación se torna aún más compleja si consideramos que la institucionalidad chilena establece ordenamientos jurídicos distintos para la protección de la competencia que para la protección del consumidor, creando sistemas que si bien pueden relacionarse, entendiéndose como complementarios en cierto sentido, a su turno se diferencian, tanto en lo que respecta a los organismos encargados de la defensa de cada uno de estos intereses, como los procedimientos que se utilizan para el efecto.

En virtud de todo lo anteriormente expuesto, más allá de toda discusión doctrinaria sobre el contexto en el cual se desenvuelven las conductas antimonopólicas, se pueden efectuar las siguientes conclusiones respecto al tema en análisis:

a) La negativa injustificada a contratar es una compleja conducta que no ha gozado de suficiente tratamiento en el caso chileno y que resulta de la profunda concentración de capitales del comercio de hoy. Frente a ello, el legislador ha dejado la misión de construir una conducta muy técnica, sin ninguna directriz más que los principios generales que orientan el libre mercado y lo señalado en el Art. 3° del Decreto Ley Número 211 y sus posteriores modificaciones.

b) Las conductas antimonopólicas no tienen repercusión exclusiva y excluyente en sede comercial, siquiera a nivel de los operadores principales del sector. Sus efectos, se expanden hacia otras esferas como el mercado del trabajo, el derecho del consumo afectando finalmente, la certeza respecto del mercado.

c) No está de más recordar que en el diseño económico actual, el mercado asume la oferta en necesidades básicas tales como la salud, la educación, entre otras, por tanto, su correcto funcionamiento involucra a todos quienes recurrimos a éste para la satisfacción de necesidades básicas o secundarias.

d) La inespecífica consolidación de dicha conducta como ilícito en materia de libre competencia, hacen difícil convocarla por parte de quienes se sienten perjudicados por su posible ocurrencia.

e) Finalmente, la falta de acogida en la jurisprudencia administrativa, da cuenta de una posible negativa de construir un concepto que no puede

defenderse por sí mismo, en tanto, no se consagre de manera específica en la norma positiva.

De lo expuesto, se desprende que la única forma de perfeccionar el mercado es la promoción y consagración de la libre competencia como principio básico. Ello claramente se cumplirá mediante la dictación y perfeccionamiento de la normativa. Sin embargo, el camino requerido para positivizar conductas como la negativa injustificada a contratar encuentra resistencia, ya que tanto la ciencia económica como la evidencia empírica sugieren que para alcanzar la mejor asignación de los recursos se debe promover la libre competencia.

Por otra parte, se entiende que encontrar el límite entre una correcta regulación y la intención de no intervenir el funcionamiento del mercado con normas, se entienden en un contexto donde, la institucionalidad regulatoria y las políticas pro-competencia no son estáticas, lo cual explica este margen genérico de cuestiones.

Sin embargo, debe avanzarse en la idea que los defectos de los mercados son menores que los de la legislación y regulación, por lo que se considera esta alternativa como la más conveniente.

Así las cosas, aunando criterios entre lo señalado por la jurisprudencia y la doctrina nacional e internacional si se quiere, la negativa injustificada a contratar es una conducta sancionable, por cuánto, ajusta el actuar de aquellos que ocupan una mayor posición en el mercado, a normas de equidad y justicia para con aquellos que ocupan una menor posición. Así, muy por el contrario del criterio clásico de la economía de mercado, se genera mayor competencia, pues contribuye, aunque sea manera ínfima, a quitar la cuota de poder que un operador del mercado ha alcanzado gracias a un marco normativo que deja su actuar rozando en el límite de la ilegalidad.

En consecuencia, la negativa injustificada a contratar, es definitivamente una conducta con una dimensión ilícita, aunque la descripción de los hechos mismos, parecieran del todo lícitos.

Se espera finalmente, que esta brevísima reflexión contribuya a futuros estudios que profundicen en otros que a su vez, generen literatura en orden a evidenciar la imprecisión general y falta de límites que queda en nuestro medio local, materias tan trascendentes como es del caso del funcionamiento del mercado.

## BIBLIOGRAFÍA

1. AGÜERO VARGAS, FRANCISCO. Nuevos elementos para el debate sobre el bien jurídico Libre Competencia. Publicado en Boletín Latinoamericano de Competencia, N° 19. Noviembre de 2004.
2. ALVEAR, CARLOS. Fin del Laissez Faire Farmacéutico. Versión virtual: [http://www.vidaempresarial.cl/opinion.php?id\\_opi=138](http://www.vidaempresarial.cl/opinion.php?id_opi=138).
3. BAMBACH SALVATORE, MARÍA VICTORIA. III Cláusulas Abusivas, Contratos, Jornadas de Derecho Privado, Universidad de Chile, 1993.
4. BARCÍA LEHMANN. La autonomía privada como principio sustentador en la teoría del contrato y su aplicación en Chile, Cuadernos de análisis jurídicos. Colección de Derecho Privado III. Ediciones Universidad Diego Portales. Santiago, 2006

5. BARRÉ, RAYMIND. Economía Política. Tomo I. España, 1964.
  
6. BERCOVITZ, ALBERTO. Apuntes de derecho mercantil: derecho mercantil, derecho de la competencia y propiedad industrial. Navarra. Aranzadi, 2008.
  
7. BORK, ROBERT H. The Antitrust Paradox. A policy at War with Itself. New York, The Free Press, 1993.
  
8. BRIONES, GUILLERMO. Metodología de la Investigación en las Ciencias Sociales y en el Derecho. Universidad Libre- Chile. Octubre, 2002.
  
9. BUDZINSKI, O. Cognitive Rules, Institutions, and Competition. Constitutional Political Economy, Springer, vol. 14. Septiembre, 2003.
  
10. CÁMARA CHILENA DE LA CONSTRUCCIÓN A.G. Manual sobre Libre competencia. Documento elaborado por su Fiscalía. Chile, 2011.

11. COLOMA, G. Defensa de la Competencia, Análisis Económico Comparado. Editorial Ciudad Argentina. Buenos Aires, Argentina, 2003.

12. DOMPER, MARÍA DE LA LUZ Y BUCHHEISTER, AXEL. Tribunal de la Competencia: Modificaciones a la Institucionalidad Antimonopólica en Chile. Chile, 2002.

13. ESPINOSA, RODRIGO M. Ley antimonopolios, análisis y estudio crítico. Editorial Jurídica de Chile. Chile, 1980.

14. FALLA, ALEJANDRO (s/f). Facilidades Esenciales Y Negativa Injustificada A Negociar. Versión virtual. <http://www.bullardabogados.pe/publications/wpnt/uploads/2011/12/2004>

15. FAULL, JONATHAN Y NIKPAY, ALI. The EC law of competition. 2° ed. United States of America. Oxford University Press Inc., 2007



16. FERRADA BÓRQUEZ, JUAN CARLOS. La Constitución Económica de 1980: Algunas reflexiones críticas. Revista de Derecho (Valdivia) Vol. 11, 2000

17. FLINT, PINKAS. Tratado de la libre competencia. Estudio exegético del DL 701. Legislación, jurisprudencia y doctrina regulatoria de la libre competencia. Perú, Fondo Editorial PUC. 2002.

18. GARCÍA HIDALGO, JOSÉ LUIS. La internacionalización de la Política de Competencia. Una perspectiva europea. Universidad de Sevilla, Departamento de economía e historia económica. Sevilla, España, 2011.

19. GARCÍA SÁNCHEZ ANTONIO. Algunos Elementos Para El Análisis De Los Mercados Desde Una Perspectiva Estratégica. Microeconomía III Tema 8. Chile, 2002.

20. HARO, JOSÉ JUAN. Límites a la aplicación de las políticas de libre competencia. Versión virtual. [www.revistaderechoysociedad.org/docs/mesaredonda/mesaredonda2.doc](http://www.revistaderechoysociedad.org/docs/mesaredonda/mesaredonda2.doc)

21. HERNÁNDEZ FRAGA, KATIUSKA. El principio de autonomía de la voluntad contractual civil, sus límites y limitaciones. Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa Núm.6. Cuba, junio 2012.

22. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, FRANCISCO. Precios Predatorios y Derecho Antitrust, Marcial Pons, Jurídicas y Sociales. Madrid, 1997.

23. JIMÉNEZ, P. y CONCHA, S. Facilidades Esenciales y su Análisis a la luz de la Jurisprudencia Chilena. Revista Anales de Derecho UC: Temas de Libre Competencia. Chile, 2010.

24. LA GRAN ENCICLOPEDIA DE ECONOMÍA. Versión virtual. <http://www.economia48.com/spa/d/monopolio-de-demanda/monopolio-de-demanda.htm>.

25. LAURENT, PHILIPPE. El abuso de posición dominante mediante los precios. Unión Europea, 1987.

26. LÓPEZ SANTAMARÍA, JORGE. Los Contratos, Parte General, 5ª Edición. Santiago de Chile, 2010.

27. MANUAL DEL INVENTOR. Versión virtual.  
[http://www.inapi.cl/portal/publicaciones/608/articulos-964\\_recurso\\_1.pdf](http://www.inapi.cl/portal/publicaciones/608/articulos-964_recurso_1.pdf)

28. MATURANA VASQUEZ, PÍA. Apuntes Derecho a la Competencia. Escuela de Derecho. PUCV. Chile, 2003.

29. MIRANDA LONDOÑO, ALFONSO. ¿Existe la regla de ilegalidad *per se* en el derecho de la competencia colombiano? Versión virtual.  
[www.centrocedec.org](http://www.centrocedec.org)

30. MONTT, P y NEHME, N. Conductas Exclutorias y Libre Competencia: El caso de la negativa de venta en presencia de instalaciones esenciales. Revista Anales Derecho UC (3): 11-35. Noviembre 2009.

31. MORALES LÓPEZ, D. Y KREFT CARREÑO, T. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia: sentencias no. 1-98. Versión virtual. <http://tesis.uchile.cl/handle/2250/114520>

32. MOREL, JOSÉ TOMÁS. Desafíos para el Tribunal de Defensa de la Competencia. Encuentro de la Sociedad de Economía de Chile. Punta de Tralca, 2003.

33. MUÑOZ, O. Estrategias de desarrollo en economías emergentes. Texto inédito realizado para el Magíster en Gestión y Políticas Públicas de la Universidad de Chile. Santiago, 1999.

34. PAREDES MOLINA, RICARDO. Análisis de la Ley Antimonopolios en Chile. Revista de Análisis Económico. 3 (2). Chile, noviembre 1988.

35. PEÑA TORRES, J. Posición dominante en el mercado y precios abusivos. Versión virtual. <http://fen.uahurtado.cl/2011/04/>

36. ROBLES MARTÍN-LABORDA, ANTONIO. Libre competencia y competencia desleal. Ed. La Ley. España, 2001.

37. RODRÍGUEZ F., H. Abuso de Poder Dominante en Chile: Casos Relevantes [diapositivas] Fiscalía Nacional Económica Gobierno de Chile, 2007.

38. SALAMANCA MARALLA, MÓNICA. Restricciones Verticales y Abuso de Posición Dominante: Jurisprudencia de las Comisiones Antimonopolio. Conferencia para la Región de América Latina y el Caribe, "Leyes y Política de Competencia: Agencia Post-Doha". 21 al 23 de marzo 2002. Ciudad de Panamá.

39. STREETER PRIETO, JORGE. "Modificación de la Ley de Defensa de la Competencia". Documento de Trabajo, Estudio Philippi, Yrarrazaval, Pulido & Brunner. Santiago. 2001.

40. SULLIVAN, LAWRENCE A. Y GRIMES, WARREN S. The law of antitrust: an integrated handbook. United States of America, West Group, 2000..

41. TAPIA C., J. Buscando Certeza en Materia de Abusos de Posición Dominante en Chile [diapositivas] Fiscalía Nacional Económica Gobierno de Chile, octubre 2011.

42. TRIVELLI D RAFAEL. Objetivos de La Política De Libre Competencia en Chile. Universidad de Chile, Departamento de Derecho Económico. Chile, 2005.

43. VALDÉS, DOMINGO. La Discriminación Arbitraria en el Derecho Económico, Ed. Jurídica Conosur. Santiago, 1992.

44. VALDÉS P., DOMINGO. La explotación del monopolio y el abuso de posición dominante. Una aproximación al injusto monopólico de abuso. Libre competencia y monopolio. Santiago de Chile, Jurídica de Chile. 2006.

45. ZULLITA FELLINI GANDULFO Y PEREZ MIRANDA RAFAEL. El derecho frente a los monopolios. Editorial Universidad Nacional Autónoma de México, 1983.

#### **LEYES.**

1. Ley 19.911. Crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Santiago, 2003.

2. Ley Antimonopolios. D.S. N° 511 de Hacienda. Fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley 211, de 1973, que estableció normas para la defensa de la libre competencia. Santiago, 1980.

3. Sherman Act. 1890. Estados Unidos.

4. Tratado de la Comunidad Europea. Tratado de Roma. 1957.

**JURISPRUDENCIA TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE  
COMPETENCIA.**

1. Resolución Número 389 del año 1983. Versión virtual disponible en [www.tdlc.cl](http://www.tdlc.cl)

2. Resolución Número 515 del año 1998. Versión virtual disponible en [www.tdlc.cl](http://www.tdlc.cl)

3. Resolución Número 611 del año 2001. Versión virtual disponible en [www.tdlc.cl](http://www.tdlc.cl)

4. Resolución Número 01 del año 2004. Versión virtual disponible en [www.tdlc.cl](http://www.tdlc.cl)



5. Resolución Número 06 del año 2005. Versión virtual disponible en [www.tdlc.cl](http://www.tdlc.cl)

6. Resolución Número 25 del año 2008. Versión virtual disponible en [www.tdlc.cl](http://www.tdlc.cl)

7. Resolución Número 27 del año 2008. Versión virtual disponible en [www.tdlc.cl](http://www.tdlc.cl)

8. Sentencia Número 43 del año 2006. Versión virtual disponible en [www.tdlc.cl](http://www.tdlc.cl)

9. Sentencia Número 44 del año 2006. Versión virtual disponible en [www.tdlc.cl](http://www.tdlc.cl)

10. Sentencia Número 45 del año 2006. Versión virtual disponible en [www.tdlc.cl](http://www.tdlc.cl)

11. Sentencia Número 47 del año 2006. Versión virtual disponible en [www.tdlc.cl](http://www.tdlc.cl)

#### **DICTAMENES COMISIÓN PREVENTIVA CENTRAL.**

1. Dictamen Número 518 del año 1986. Versión virtual disponible en [www.fne.cl](http://www.fne.cl)

2. Dictamen Número 592 del año 1987. Versión virtual disponible en [www.fne.cl](http://www.fne.cl)

3. Dictamen Número 669 del año 1988. Versión virtual disponible en [www.fne.cl](http://www.fne.cl)

4. Dictamen Número 59 del año 1993. Versión virtual disponible en [www.fne.cl](http://www.fne.cl)

5. Dictamen Número 1016 del año 1997. Versión virtual disponible en [www.fne.cl](http://www.fne.cl)

6. Dictamen Número 1128 del año 2000. Versión virtual disponible en [www.fne.cl](http://www.fne.cl)

## **PÁGINAS WEB**

1. Biblioteca Del Congreso Nacional, Chile: [www.bcn.cl](http://www.bcn.cl)

2. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Chile: [www.tdlc.cl](http://www.tdlc.cl)

3. Fiscalía Nacional Económica, Chile: [www.fne.cl](http://www.fne.cl)