



**UNIVERSIDAD DE CHILE**  
Facultad de Derecho  
Escuela de Derecho  
Departamento de Derecho Económico

ANÁLISIS DE LAS REVOCACIONES DE LA CORTE SUPREMA AL TRIBUNAL DE

DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA: AÑOS 2004-2015

Memoria para Optar al Título de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

ESTEBAN ANDRÉS QUIROZ GONZÁLEZ

Profesor Guía: Simón Accorsi Opazo

Santiago de Chile

2016

En memoria de Manuel Domingo González Flores, mi abuelo.

En lo que refiere al proceso de titulación, agradezco a Dios, mis padres Elia y Miguel, mis hermanos Elia, Zacarías e Isidora, a mi novia Alexandra, y a todos los que me han apoyado. Agradezco también a Fundación Cristiana la Puerta por su fundamental apoyo en el proceso académico.

Respecto a la elaboración de este trabajo, agradezco a mis profesores de Taller de Memoria: Omar Vásquez Duque, Andrés Fuchs Nissim y Diego Hernández De Lamotte por motivarme a hacer este trabajo, en especial a este último por sus valiosos comentarios. También al profesor Francisco Agüero Vargas por sus comentarios y sugerencias, y a mi profesor guía Simón Accorsi Opazo, por todo su apoyo y ayuda para terminar, mejorar y perfeccionar este trabajo.

## TABLA DE CONTENIDO

<b>RESUMEN .....</b>	<b>viii</b>
<b>INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>9</b>
<b>CAPÍTULO I. EL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN CHILE.....</b>	<b>14</b>
1.1 Qué es el Derecho de la Competencia .....	14
1.1.1 <i>El bien jurídico protegido del derecho de la competencia .....</i>	<i>17</i>
1.2 Institucionalidad en Chile.....	18
1.2.1 <i>La Potestad Constituyente .....</i>	<i>19</i>
1.2.2 <i>La Potestad Legislativa .....</i>	<i>21</i>
1.2.3 <i>La Potestad Administrativa .....</i>	<i>22</i>
1.2.4 <i>La Potestad Jurisdiccional.....</i>	<i>24</i>
<b>CAPÍTULO II. ESTADÍSTICAS DE FUNCIONAMIENTO DEL SISTEMA .....</b>	<b>27</b>
2.1 Los casos que ha conocido el TDLC y los que son reclamados ante la Corte Suprema	27
2.2 Resultado de las reclamaciones: confirmaciones y revocaciones.....	30
2.2.1. <i>Confirmaciones con modificación en las multas .....</i>	<i>31</i>
2.2.2 <i>Revocaciones.....</i>	<i>33</i>
2.3. Conclusiones sobre los resultados estadísticos .....	34
<b>CAPÍTULO III. DIFERENCIAS JURISPRUDENCIALES ENTRE EL TDLC Y LA CORTE SUPREMA .....</b>	<b>36</b>
3.1 Consideraciones previas .....	36
3.2 Colusiones .....	37
A) <i>Estándar probatorio de la colusión: Asoex y FNE c/ Ultramar Agencia Marítima y otros.</i>	<i>37</i>

B) Estándar probatorio de la colusión: FNE c/ Air Liquide S.A. y otros .....	38
C) Probar efectos de la colusión: FNE c/ Abercrombie & Kent S.A.....	40
D) Prescripción de la colusión: FNE c/ Air Liquide S.A. y otros .....	43
3.3 Conclusiones y jurisprudencia actual sobre colusión.....	44
3.4 Ilícitos abusivos.....	48
-Ilícitos abusivos exclusorios.....	48
A) Requisitos de las prácticas predatorias: Quimel S.A c/ James Hardie Ltda. ....	48
3.5 Conclusiones y jurisprudencia actual sobre precios predatorios.....	52
B) Requisitos de los abusos exclusorios: Naviera Valdivia y otros c/ Ministerio de Obras Públicas .....	53
3.6 Conclusiones y jurisprudencia actual sobre abusos exclusorios.....	55
C) Requisitos de la negativa injustificada de contratar: FNE c/ Telefónicas Móviles Chile S.A. y otros .....	56
3.7 Conclusiones y jurisprudencia actual sobre negativa injustificada de contratar .....	59
-Ilícitos abusivos explotativos.....	61
A) Requisitos de los precios abusivos: Nutripro S.A. y otros c/ PTLA y Fisco.....	61
3.8 Conclusiones y jurisprudencia actual sobre precios abusivos .....	64
3.9 Cuestiones Sistémicas y Procesales.....	64
A) Legitimidad pasiva de la Administración: Enasa con I. Municipalidad de Cauquenes .....	65
3.10 Conclusiones y jurisprudencia actual sobre actos de autoridad.....	66
B) Competencia del TDLC en materia de aplicación de bases de licitaciones: Enasa con I. Municipalidad de Cauquenes.....	68
C) Competencia del TDLC en materia de aplicación de bases de licitaciones: Sonda con SRCEI.....	69

3.11 Conclusiones y jurisprudencia actual sobre Competencia del TDLC en materia de aplicación de bases de licitaciones .....	70
<i>D) Actuación de oficio: Enasa con I. Municipalidad de Cauquenes .....</i>	<i>71</i>
<i>E) Actuación de oficio: Labbé Haupt Ltda., c/ Shell Chile S.A. ....</i>	<i>72</i>
3.12 Conclusiones y jurisprudencia actual sobre actuación de oficio.....	72
<i>F) Declaración de la aplicación de normas reglamentarias como contrarias al derecho de competencia: FNE con Junta de Aeronáutica Civil.....</i>	<i>74</i>
3.13 Conclusión sobre declaración de aplicación de normas reglamentarias como contrarias al derecho de competencia .....	75
<b>CONCLUSIONES .....</b>	<b>76</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>83</b>
<b>TABLA DE JURISPRUDENCIA .....</b>	<b>88</b>
<b>TABLA DE LEGISLACIÓN.....</b>	<b>93</b>
<b>ANEXO .....</b>	<b>96</b>
Sentencia N° 34 del TDLC .....	96
Sentencia N° 38 del TDLC .....	100
Sentencia N° 39 del TDLC .....	102
Sentencia N° 43 del TDLC .....	105
Sentencia N° 53 del TDLC .....	109
Sentencia N° 81 del TDLC .....	111
Sentencia N° 100 del TDLC .....	115
Sentencia N° 104 del TDLC .....	118
Sentencia N° 113 del TDLC .....	121

Sentencia N° 121 del TDLC .....	124
Sentencia N° 132 del TDLC .....	127

## RESUMEN\*

La presente investigación tiene como objetivo analizar las diferencias doctrinarias existentes entre el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia -en adelante TDLC- y la Corte Suprema, comparando dichas diferencias con lo propuesto por las doctrinas extranjeras de mayor tradición jurídica en la materia -como el derecho *antitrust* norteamericano y el derecho comunitario de la Unión Europea-, y revisando la evolución jurisprudencial posterior de ambos entes jurisdiccionales. Todo ello abarcando el periodo desde la entrada en funcionamiento del TDLC el año 2004, hasta finales del año 2015.

La metodología de este trabajo será primero estadística, revisando los porcentajes de la actividad jurisdiccional del TDLC y de la Corte Suprema. Luego haremos un análisis de las diferencias jurisprudenciales entre ambos tribunales, y por último utilizaremos un método dialéctico (derecho comparado) con la doctrina extranjera y la jurisprudencia actualizada de ambos organismos.

Veremos que en general la Corte Suprema tiende a confirmar la mayoría de los fallos del TDLC, sin embargo, cuando modifica o revoca suele ser más benevolente, en el sentido de disminuir multas o declarar la legalidad de los actos de los que conoce. También advertiremos que las diferencias que existieron en materia de colusión ya han sido superadas por los entes jurisdiccionales, mientras que en materia de abusos de posición dominante existen discusiones que muestran al TDLC en sintonía con el derecho comparado en relación a la Corte Suprema. Por último, hallaremos que la Corte tiene la mayor parte de su actividad revocatoria en lo que refiere al aspecto procesal del sistema, tanto a nivel orgánico como funcional, ordenando el sistema en general.

---

\*NOTA ACLARATORIA: La presente memoria fue presentada al profesor guía con anterioridad a la reforma recientemente aprobada por el Congreso Nacional (Boletín N° 9950-03) y que se encuentra bajo el trámite de control de constitucionalidad ante el Excelentísimo Tribunal Constitucional, por lo que podría ser promulgada y publicada en las próximas semanas. Sin embargo, con el debido permiso, y previniendo siempre acerca de que nos encontramos a la espera de dichos trámites, se han introducido algunas modificaciones que actualizan su contenido en función de dicha reforma legal.

## INTRODUCCIÓN

La ley es un concepto interpretativo. Los jueces deben decidir qué es la ley mediante la interpretación de la práctica de otros jueces que deciden cuál es la ley. Las teorías generales de la ley son, para nosotros, interpretaciones generales de nuestra propia práctica judicial. Hemos rechazado el convencionalismo -que encuentra la mejor interpretación en la idea de que los jueces descubren y hacen cumplir las convenciones legales especiales-, y el pragmatismo, -que lo encuentra en la historia distinta de los jueces como arquitectos independientes del mejor futuro, libre de la demanda inhibitoria en la que deben actuar, consistente con el principio de "el uno con el otro"-. Insté a una tercera concepción, el derecho como integridad, que une la jurisprudencia y la adjudicación. Esto hace que el contenido de la ley no dependa de convenciones especiales o cruzadas independientes, sino que en interpretaciones más precisas y concretas de la misma práctica legal que se ha comenzado a interpretar.

Ronald Dworkin.<sup>2</sup>

El derecho de la competencia es una disciplina jurídica bastante nueva y moderna, centrada en el problema de los monopolios en el marco de la teoría económica liberal. Por esa razón, sin perjuicio de disposiciones pre-modernas, tiene su origen en la tradición jurídica del *Common Law*, especialmente en Estados Unidos, donde comenzó a desarrollarse lo que se llama derecho *antitrust* o derecho contra los grandes conglomerados,

---

<sup>2</sup> (Dworkin, 1986, pág. 410) Traducción libre.

siendo la primera ley que se redactó en la materia la *Sherman Act* de 1890, esto es, finales del siglo XIX.<sup>3</sup> Desde esa época, el derecho estadounidense viene avanzando en sus instituciones, demostrando niveles de análisis que requieren de gran conocimiento económico y jurídico, y manifestando así un trabajo avanzado, creativo y creciente. Por su parte, la tradición europea comunitaria también posee un mayor desarrollo doctrinal, y en relación con Chile tiene la ventaja de tener elementos comunes con nuestro derecho, pues ambas tienen un origen jurídico común –el derecho continental-, de manera que su desarrollo también es valioso para nuestra comprensión de sus instituciones.<sup>4</sup>

En nuestro país el desarrollo de esta disciplina es más escaso, siendo el primer antecedente legal una norma que llegaría 69 años después de la norma estadounidense, que nació con motivo de una asesoría legislativa de un grupo de especialistas de ese país, llamada misión “Klein-Saks” y que desembocaría en la ley 13.305 de 1959. Sin embargo dicha norma tuvo una aplicación muy precaria durante su vigencia.<sup>5</sup>

Con el advenimiento de la dictadura cívico-militar liderada por el general Augusto Pinochet, y el ideario liberal que impuso y su visión económica monetarista o neoliberal, el derecho de competencia, como política económica, tomó un lugar protagónico, y su institucionalidad jurídica tuvo un poco más de atención. En este contexto se dictó el Decreto Ley 211 de 1973 que fija normas para la defensa de la libre competencia (en adelante DL 211), y que estableció una nueva institucionalidad en la materia.

Sin embargo, y pese a que la ideología neoliberal encabezada por los economistas de Chicago -conocidos como “*Chicago Boys*”- dominó absolutamente las políticas fiscales y normas institucionales de la dictadura, la muy liberal institucionalidad de competencia, a nuestro juicio, no fue establecida en Chile con una fuerza que fuera proporcional a ese movimiento ideológico, político y económico.

Con la llegada de la democracia y los gobiernos de la Concertación, el modelo neoliberal permaneció intacto y fue incluso profundizado con gran fuerza hasta nuestros días, manteniendo la interpretación de una estructura subsidiaria en la Constitución, la liberalización de los bienes y servicios y la desregulación. En ese contexto, la

---

<sup>3</sup> (Bernedo, 2013, pág. 25)

<sup>4</sup> (Barón Alsina, 2007, págs. 2-3)

<sup>5</sup> (Bernedo, 2013, pág. 46)

institucionalidad de competencia fue reformada, recibiendo un importante cambio el año 2003, a través de la ley 19.911 que creó el TDLC, iniciando así una nueva institucionalidad en la materia, y fue reforzada aún más con la ley 20.361 de 2009, que dio atribuciones a la Fiscalía Nacional Económica (en adelante, FNE).<sup>6</sup>

Dicha institucionalidad es bastante novedosa en relación con el derecho comparado, ya que establece un tribunal especializado en la materia, colegiado, de derecho, formado por jueces letrados y legos, esto es, tres abogados y dos licenciados o con postrados en ciencias económicas (art. 6° letra b) del DL 211).<sup>7</sup> Que no sólo conoce en causas de carácter contencioso, sino que también tiene potestades administrativas especiales que veremos muy brevemente en este trabajo.

Se suma a lo anterior que el TDLC se encuentra bajo la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema, por lo cual, dicho ente puede conocer de las reclamaciones que se dicten a los fallos del TDLC. Aquel conocimiento es realizado por la Tercera Sala de nuestro máximo tribunal, es decir, la Sala de Asuntos Constitucionales y Contencioso Administrativo, por lo cual -a diferencia del TDLC- se trata de jueces no especializados en la materia, conformada por abogados que no necesariamente han desarrollado su trabajo profesional en torno a esta disciplina jurídica. No sólo eso, además implica un sistema institucional en el que un tribunal especializado, esto es, con una visión minuciosa y técnica de una parte del sistema jurídico, se encuentra sujeto a la revisión de un tribunal general, esto es, un ente jurisdiccional que -si bien carece de conocimientos técnicos avanzados del sistema en cuestión- tiene una visión mucho más amplia del sistema jurídico en su conjunto.

En ese contexto, nos proponemos como problema a investigar el descubrir cuáles son concretamente las diferencias doctrinarias existentes entre los fallos del TDLC como tribunal especializado y la Corte Suprema como tribunal general en el periodo 2004-2015, y analizar las diferencias de fondo a la luz de la doctrina comparada. Con ello, también podremos ver el resultado práctico de la estructura institucional descrita, y tendremos como objetivos

---

<sup>6</sup> Actualmente el Congreso Nacional ha aprobado una nueva reforma a nuestro sistema de competencia, la cual se encuentra en el trámite de control preventivo de constitucionalidad que ejerce el Tribunal Constitucional, para luego ser promulgada por la presidenta Bachelet y publicada en el Diario Oficial. Nos referiremos a ella durante este trabajo.

<sup>7</sup> Eventualmente, el TDLC podría estar constituido de 5 ministros letrados, si los cupos de jueces legos fueran ocupados por abogados con postgrados en ciencias económicas.

específicos lograr una comprensión sucinta sobre qué es el derecho de la competencia, además de determinar relaciones estadísticas del funcionamiento del sistema, especialmente sobre las sentencias del TDLC que son reclamadas ante la Corte Suprema.

La estructura de este trabajo de investigación se divide en tres capítulos: En el capítulo I, realizamos una aproximación sucinta al sistema de competencia de nuestro país a fin de contextualizar la actividad jurisdiccional que trabajaremos, comprendiendo sus normas e instituciones más básicas; en el capítulo II, realizamos una aproximación estadística a la actividad jurisdiccional del TDLC y la Corte Suprema desde la entrada en funcionamiento del primero, a fin de conocer el universo de sentencias dictadas, reclamadas, confirmadas, modificadas y revocadas; y en el capítulo III, revisamos el contenido jurídico de las revocaciones de la Corte al TDLC, comparando las consideraciones emitidas por ambos entes jurisdiccionales tanto en temas de fondo como procedimentales, verificando además la evolución doctrinal de dichas magistraturas en el tiempo, y contrastando las diferencias de fondo con el derecho estadounidense y de la Unión Europea.

El aporte de este trabajo permitirá evaluar los resultados de nuestro sistema, caracterizado por dos entes jurisdiccionales de diversa naturaleza, a fin de evaluar el rol del TDLC y la Corte Suprema en nuestro sistema de competencia. Además, nos permitirá desarrollar un conocimiento detallado sobre las conductas ilegales más controversiales e importantes, dado que nos informará sobre discusiones relevantes en materia de requisitos, características, efectos, y diversas cualidades de las prácticas anticompetitivas, que han sido críticas a tal punto que han significado revocaciones de sentencias. Con ello, también veremos si nuestra institucionalidad se encuentra trabajando en las problemáticas más avanzadas del derecho de la competencia. Esto último es de gran importancia, pues Chile tiene uno de los sistemas económicos más liberales del mundo, y mucho más allá de la legitimidad del mismo, lo mínimo que debe hacer es asegurarse que la disciplina jurídica que se encarga del buen funcionamiento de una parte fundamental del liberalismo económico funcione al más alto nivel.

Así, conocer y evaluar lo anterior puede ser determinante para la sociedad toda, y nos permitirá responder adecuadamente a los desafíos del desarrollo económico, a las exigencias que la OCDE le impone a nuestro país, y al buen funcionamiento del sistema, sobre el cual la opinión pública no es indiferente. Por último, este trabajo podría ser de gran

utilidad para los litigantes en la materia, a fin de conocer con facilidad los asuntos más controversiales de nuestro sistema jurídico de competencia.

## CAPÍTULO I. EL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN CHILE

A continuación, a modo de marco teórico, veremos de forma muy sucinta algunos de los conceptos más básicos del derecho de la competencia, a fin de comprender de qué se trata esta rama del derecho, y de contextualizarla en el sistema jurídico nacional, esto es, conocer en términos generales las instituciones fundamentales en las que se desarrolla la actividad jurisdiccional del TDLC y la Corte Suprema.

### 1.1 Qué es el Derecho de la Competencia

El profesor Jorge Witker ha indicado, a modo conceptual, que el derecho de la competencia es “aquella rama del derecho económico que tiene por objeto la ordenación de los mercados, tutelando la competencia como sistema en el que se protegen los intereses de los competidores, consumidores y los del interés público”<sup>8</sup>.

Así, podemos observar que el derecho de la competencia es una disciplina jurídica que se encarga de velar por el buen funcionamiento de una parte fundamental de la economía de libre mercado, que se relaciona con un orden que busca desarrollar una dinámica de competencia en el mercado, esto es, un proceso en el que agentes económicos ofrecen bienes y servicios disputándose la preferencia de quienes los demandan.

En ese orden de ideas, entendemos que la economía de libre mercado es aquella en la cual todas las personas -sean éstas naturales o jurídicas-, pueden, autónomamente y a su propio riesgo, ofrecer y comprar bienes y servicios en forma independiente, esto es, acordando entre ellas las condiciones de contratación. De acuerdo con la teoría, cuando los agentes del mercado actúan racionalmente y pensando en su propio beneficio, ofreciendo y comprando bienes en el mercado, logran un uso eficiente de los recursos escasos de una economía, asignándolos a aquellos demandantes que les dan mayor valor, por lo que son premiados aquellos competidores que presentan mejores ofertas.

---

<sup>8</sup> (Witker, 2000, pág. 21)

Este modelo económico implica una serie de supuestos que permiten la existencia teórica de una competencia perfecta, como son la racionalidad de los agentes del mercado; la atomicidad del mercado; la homogeneidad del producto; la divisibilidad del producto; la información perfecta; que los agentes sean tomadores de precios; la inexistencia de barreras de entrada o salida; la inexistencia de costos de transacción; la elasticidad de la demanda y la oferta, entre otros.<sup>9</sup> En la práctica, ningún mercado tiene las características del mercado perfecto, sin embargo, dichos supuestos son útiles para comprender las fallas de un mercado, siendo el monopolio, por definición, lo contrario a la competencia perfecta, pues allí no existe competencia.<sup>10</sup>

Sin embargo, en la economía de libre mercado el monopolio no es necesariamente motivo de rechazo absoluto o de ilegalidad pues en algunos casos se tolera su existencia, limitando su poder a través de la regulación. En efecto, la teoría asume la existencia de mercados donde caben los monopolios naturales, esto es, aquellos mercados donde, por sus particulares características, sólo es admisible que exista un oferente en el mercado.<sup>11 12</sup> También es posible que existan los llamados “monopolios de eficiencia”, esto es, aquellos monopolios que se forman producto de un competidor que tiene las características de ser innovador, o de producir a menores costos, o con mayor calidad, u ofreciendo a mejores precios, u otras características como una buena estrategia de *marketing*, etc., por lo cual terminan acaparando el mercado sin transgredir las reglas del libre mercado, es decir, adquieren una posición dominante por su competitividad, y por lo tanto no se reprocha dicha condición, si bien tienen el deber jurídico de no abusar de ella.<sup>13</sup>

No obstante, en aquellos casos en los que se forman posiciones dominantes por vías diferentes a la eficiencia del competidor, o a las características naturales del mercado, es esta disciplina jurídica la que reacciona a través de la sanción de las conductas que permiten su acaecimiento. En este sentido, la práctica monopólica por excelencia es la colusión, esto es, el acuerdo entre competidores que les permite un comportamiento monopólico eliminando la competencia entre ellos. O en otros casos mucho más explícitos aún, reacciona sancionando o previniendo las fusiones y operaciones de concentración que

---

<sup>9</sup> Ver más en (Mankiw, 2002)

<sup>10</sup> (Valdés Prieto, 2006, pág. 39)

<sup>11</sup> Dichas características pueden cambiar en el tiempo, un caso notable al respecto es la telefonía, pues dado el cambio tecnológico y el advenimiento de sustitutos como el teléfono celular, permite la competencia.

<sup>12</sup> (Valdés Prieto, 2006, pág. 398)

<sup>13</sup> (Valdés Prieto, 2006, págs. 508-511)

permiten que dos o más competidores se fundan en uno solo, eliminando también la competencia para formar un monopolio.<sup>14</sup>

Por otra parte -y como adelantábamos anteriormente- aquellos competidores que, por su eficiencia, innovación, competitividad u otras razones, poseen una posición dominante en un mercado, tienen el deber jurídico de no usar dicha posición de manera de impedir, restringir o entorpecer la competencia en el mercado. Aquello se conoce como abuso de posición dominante.<sup>15</sup>

El abuso de posición dominante es una conducta que toma las más diversas y variadas formas, y en la doctrina puede ser clasificado como abuso de posición dominante exclusorio o explotativo. Los abusos exclusorios son aquellas conductas realizadas por algún agente del mercado que le permiten impedir la entrada o eliminar a un competidor de un determinado mercado por vías que no son competitivas ni eficientes, ejemplos de estos son la creación de barreras artificiales de entrada, los precios predatorios, la negativa injustificada de contratar, entre otros. Los abusos de posición dominante explotativos son aquellos que permiten a un competidor usar su poder de mercado para fijar condiciones de contratación injustas, por ejemplo, mediante ventas atadas, discriminaciones arbitrarias, o derechamente precios abusivos que carecen de toda justificación económica.

De esta manera, diremos que existen al menos dos tipos generales de ilícitos anticompetitivos: “las colusiones en sentido amplio” -también llamadas por el profesor Domingo Valdés Prieto como injusto monopolístico de fuente-, donde caben las colusiones, *bid rigging* o manipulación de licitaciones, practicas concertadas, fusiones, etc., y por otra parte los abusos de posición dominante, en los que podemos observar dos tipos generales abiertos: los explotativos y los exclusorios. Es este marco doctrinal el que utilizaremos para revisar las diferencias de los entes jurisdiccionales.

---

<sup>14</sup> En ese sentido, las sanciones impuestas por el TDLC y/o la Corte Suprema mediante los procedimientos contenciosos se enmarcan en una reacción *ex post* del sistema jurídico a las conductas dañinas a la competencia. Por otra parte, existen reacciones *ex ante* del sistema jurídico de cara a los ilícitos anticompetitivos, que tienen su propia estructura a través de los procedimientos administrativos como la notificación obligatoria de operaciones de concentración (recientemente aprobada y a espera de promulgación), la absolución de consultas del TDLC, las proposiciones normativas (tanto del TDLC como la recientemente creada de FNE) y la dictación de instrucciones de carácter general del TDLC, además de las actividades de promoción de la propia FNE. En el presente trabajo nos dedicamos a los mecanismos *ex ante*.

<sup>15</sup> En efecto, la Corte Suprema ha reconocido que lo que se sanciona en el abuso de posición dominante no es alcanzar dicha posición, sino abusar de ella. Ver sentencia rol N° 6.100-2010 de 28 de enero de 2012, considerando noveno.

Por supuesto, también existen otras normas jurídicas relevantes para el derecho de la competencia, como las normas procesales orgánicas y funcionales. Estas son las que determinan la competencia de los tribunales, la valoración de la prueba, la prescripción, el debido proceso, entre otros, a las cuales nos referiremos en el presente trabajo, pues han implicado importantes revocaciones por parte de la Corte al TDLC.

### 1.1.1 El bien jurídico protegido del derecho de la competencia

Es preciso agregar brevemente que, no obstante la somera descripción que hemos hecho acerca de qué es el derecho de la competencia, en la doctrina y jurisprudencia existe un gran debate acerca de cuál es exactamente el bien jurídico protegido de ésta. De manera tal que se discute si sería, entre otros: la eficiencia económica, el bienestar de los consumidores, la autonomía privada, el derecho a desarrollar cualquier actividad económica, la protección de los competidores, o la propia libre competencia, aquel bien jurídico que guía la defensa de la competencia.<sup>16</sup>

En efecto, nuestra legislación no ha sido muy certera en determinar cuál sería la finalidad del derecho de la competencia, generando incerteza a los agentes económicos y entregando aquella determinación a la doctrina y jurisprudencia,<sup>17</sup> que también han sido erráticas en la materia. Dicho debate es de gran importancia, debido a que al determinar el bien jurídico protegido se determina el objetivo de la ley, lo que significa una verdadera guía para el TDLC y la Corte Suprema a la hora de conocer las causas, sobre todo cuando el tipo del artículo 3° del DL 211 es universal, donde caben todas las conductas capaces de afectar la competencia en el mercado.

Sin perjuicio de ello, seguiremos al profesor Francisco Agüero Vargas, quien, analizando las disposiciones del Tratado de Libre Comercio (TLC) entre Chile y USA, ha señalado que según lo establecido en el artículo 16.1 de dicho acuerdo internacional, el bien jurídico protegido del derecho de la competencia es “promover la eficiencia económica y el bienestar de los consumidores”,<sup>18</sup> conclusión a la que también apuntan algunos fallos del TDLC.<sup>19</sup> Dicha comprensión nos parece la más acertada, pues no sólo se trata de una definición

---

<sup>16</sup> Para un interesante desarrollo de esta discusión ver: (Valdés Prieto, 2006, págs. 98-207)

<sup>17</sup> (Agüero Vargas, 2004, pág. 8)

<sup>18</sup> (Agüero Vargas, 2004, pág. 9)

<sup>19</sup> En los siguientes fallos el TDLC habla de “bienestar social y eficiencia económica”: rol 137-07 de 4 de noviembre de 2008, considerando décimo; rol 140-07 de 22 de enero de 2009, considerando segundo; rol 172-08 de 29 de diciembre de 2009, considerando noveno; rol 242-12 de 25 de octubre de 2013, considerando noveno.

normativa plenamente vigente en Chile, sino que además supone el reconocimiento de dos objetivos que se observan en la regulación de la economía, como por ejemplo la regulación de los servicios públicos.

Adicionalmente, la calificación del bien jurídico protegido como la promoción de la eficiencia económica y el bienestar de los consumidores, parece justificar no pocas instituciones del derecho de la competencia y del derecho económico en sí. Así, por ejemplo, en el caso de la eficiencia, los monopolios naturales son tolerados y regulados por cuanto su existencia es más eficiente que la competencia, o las fusiones entre competidores suelen admitirse por cuanto éstas generan ciertas eficiencias que los hacen valorables a pesar de reducir la competencia (economías de escala, de ámbito, densidad, entre otros), y por otro lado, el bienestar de los consumidores da relevancia a quienes son, la mayor parte del tiempo, los principales afectados por los ilícitos monopólicos. En efecto, de acuerdo con la teoría microeconómica, el actuar monopólico viene a hacer suyo aquello que se llama “excedente del consumidor”, generando pérdidas en éste y en el bienestar social.<sup>20</sup>

En todo caso, es preciso resaltar que la explicación anteriormente dada se enmarca en una definición breve y sucinta de lo que es el derecho de la competencia, a fin de dar un marco teórico a esta investigación, por lo cual debe considerarse que una explicación acabada de este trascendental y amplio tema excede los propósitos de este trabajo. Justamente, este debate no sólo no se encuentra zanjado en nuestro sistema, sino que además veremos que el TDLC y la Corte Suprema siguen discutiendo esta problemática y ha sido motivo de una revocación que veremos más adelante.

## 1.2 Institucionalidad en Chile

El derecho de la competencia constituye, sin lugar a dudas, una parte trascendental del orden público económico chileno,<sup>21</sup> y toma forma a través de diversas potestades normativas públicas de nuestro sistema legal, como son la potestad constituyente que se encuentra en las normas atinentes de la Constitución Política de la República; la potestad legislativa dada por las leyes en sentido amplio;<sup>22</sup> la potestad administrativa dada por las especiales

---

<sup>20</sup> (Fischer, Dombusch, & Schmalensee, 2005, pág. 258)

<sup>21</sup> (Nehme Zalaquett, 2011, pág. 317)

<sup>22</sup> Leyes en sentido amplio significa que cabe aquí todo tipo de leyes, como las interpretativas de la Constitución, orgánicas constitucionales, de quorum calificado, leyes simples, decretos con fuerza de ley y decretos leyes

facultades del TDLC y la Fiscalía; y la potestad jurisdiccional que es la que nos interesa en este caso, radicada en el TDLC y la Corte Suprema.<sup>23 24</sup>

### 1.2.1 La Potestad Constituyente

En lo que respecta a la potestad constituyente, existen normas de nuestra Carta Fundamental que guardan una estrecha relación con la institucionalidad del derecho de la competencia. Aunque ninguna de éstas se refiere al mercado en forma expresa, ni establece la “competencia” o su “bien jurídico protegido” como un derecho fundamental.<sup>25</sup>

Así, podemos observar que buena parte de la doctrina sostiene que en los artículos 1 inciso tercero y 19 N° 21 de la Constitución se establecería el principio de subsidiaridad,<sup>26</sup> pues dichas normas reconocerían la autonomía de los cuerpos intermedios, y circunscribirían al Estado a actuar sólo cuando éstos no lo hicieren o fueren insuficientes, es decir, en forma eminentemente subsidiaria. Por lo cual, dicho principio sería fundamento de un régimen económico pro mercado –y por ende en favor de la libre competencia- en contraposición a la regulación y participación del Estado en la economía, y por tanto sería parte fundamental del orden público económico o constitución económica. Adicionalmente, por una interpretación originalista de la Constitución, se considera la Declaración de Principios de la dictadura cívico-militar que inspiró la Constitución actual, y que establece a la subsidiaridad como principio fundante de la sociedad, como fuente de dicha norma y de la constitución económica en general.<sup>27</sup>

Sin embargo, hay autores que señalan que la existencia de aquel principio no tiene asidero en la Carta Fundamental ni en la tradición constitucional chilena, sin que por ello se afecte un régimen de competencia en el marco del orden público económico, pues dicho principio no se relacionaría con el derecho de la competencia en sí –que tendría aplicación

---

(leyes dictadas por gobiernos de facto). Veremos que algunas de éstas constituyen parte de la institucionalidad del derecho de la competencia chileno.

<sup>23</sup> La distinción entre potestades proviene de: (Bascañan Rodríguez, 1998)

<sup>24</sup> De acuerdo con el artículo 30 del actual DL 211, los tribunales civiles conocen de causas de indemnización de perjuicios producto de infracciones a la ley. Sin embargo, en la reciente modificación legal (aprobada y en espera de ser promulgada) se reemplazó el artículo 30 y se estableció que será el TDLC quien conocerá de la acción de indemnización de perjuicios, a través de las reglas del procedimiento sumario, sin recurso alguno más que el de reposición y el de reclamación ante la Corte Suprema para el caso de la sentencia definitiva, apreciando la prueba con las reglas de la sana crítica.

<sup>25</sup> (Bofill Gensch & Guerrero Becar, 1995, pág. 196)

<sup>26</sup> (Pardow Lorenzo & Vallejo Garretón, 2008, pág. 144)

<sup>27</sup> (Gobierno de Chile, 1974).

por otras consideraciones e interpretaciones constitucionales relativas especialmente al artículo 19 N° 21 de la Constitución-, sino que sería un intento ideológico en aras de limitar la actividad empresarial del Estado, que es y debe ser ejercida en un marco de competencia de mercado.<sup>28</sup>

Ahora bien, con toda claridad, y según señalábamos anteriormente, la Constitución posee normas que dan sentido a la existencia de una institucionalidad como la que nos ocupa. Así, los últimos numerales del artículo 19 de la Constitución de 1980 establecen derechos que guardan una estrecha relación con el derecho de la competencia, y que son coherentes con lo prescrito por el DL 211 y su sistema institucional, los que veremos de forma muy breve a continuación:

El ya mencionado artículo 19 n° 21 garantiza “el derecho a desarrollar cualquier actividad económica... respetando las normas que la regulen”. Esta disposición constitucional no solamente legitima que las actividades económicas puedan ser reguladas -haciendo plenamente válida la existencia del DL 211 y otras normas regulatorias- sino que además establece una de las funciones fundamentales de la institucionalidad de competencia como es el derecho a desarrollar actividades económicas, para las cuales es imprescindible la inexistencia de prácticas monopólicas que excluyan a las personas del mercado, y por ende del ejercicio de ese derecho. Adicionalmente, permite que el Estado participe de la actividad económica, siempre y cuando lo haga en un régimen de igualdad con los privados, es decir, sin que el Estado tenga ventajas arbitrarias, lo que debe ser entendido como ventajas monopólicas contrarias al bien jurídico de esta rama del derecho, motivo por el que se ha dicho que este artículo supone una libertad económica en régimen de competencia.<sup>29</sup>

---

<sup>28</sup> En (Pardow Lorenzo & Vallejo Garretón, 2008, págs. 141-144) los autores afirman que la Constitución, en vez de mantener un principio de subsidiaridad, mantiene un principio de compatibilidad, en el cual el Estado puede tener empresas siempre y cuando participe del mercado (y por tanto de la libre competencia) en igualdad de condiciones con los privados, tal y como lo hace a través de diversas empresas estatales, como Codelco, Televisión Nacional, Correos de Chile, y BancoEstado. Por lo cual, éste no estaría llamado a participar solamente de empresas que los privados consideren ineficientes o innecesarias, sino que puede participar de la economía de mercado en un marco de igualdad. Así, los resguardos constitucionales, como la exigencia de previa aprobación por ley de quorum calificado, se relacionaría con (i) ejercer un control de razonabilidad económica que incorpore mecanismos para fomentar la autonomía en la gestión y justifique a largo plazo el proyecto empresarial asumido por el Estado; (ii) ponderar los intereses concurrentes de los particulares, típicamente representados por coaliciones o partidos políticos opuestos; y (iii) adoptar esquemas de gobierno corporativo que enfrenten adecuadamente los problemas de agencia asociados con la gestión de empresas públicas.

<sup>29</sup> (Nehme Zalaquett, 2011, pág. 320)

Por otro lado aparece el artículo 19 n° 22, que establece el derecho a un trato igualitario en materia económica. Así, el Estado no puede beneficiar a determinados agentes del mercado (tanto estatales como privados) en perjuicio de otros, cuestión que nuevamente es desarrollada por el derecho de la competencia, al resguardar el establecimiento de monopolios de privilegio y mantener una política de igualdad tarifaria.<sup>30</sup>

Por último, estimamos que la libertad para adquirir el dominio establecida en el numeral 23 del artículo 19 de la Carta Fundamental, también se relaciona con el derecho de la competencia, pues dicha libertad -en parte- se ve garantizada gracias a la existencia de esta institucionalidad, considerando que a través de ella se permite que la mayor cantidad de agentes económicos puedan participar del mercado, ofreciendo y comprando toda clase de bienes. En efecto, un régimen de competencia desarrolla un aspecto importante de la libertad de ofrecer y comprar productos, es decir, una forma de garantizar el derecho constitucional a adquirir el dominio.<sup>31</sup>

### 1.2.2 La Potestad Legislativa

Desde la potestad legislativa, la primera norma chilena que se encargó de regular materias antimonopólicas fue la Ley 13.305 de 1959, caracterizada por ser una ley miscelánea, esto es, que regulaba varios temas a la vez, fijándose en la temática monopólica en su título V. En ella se penalizaban los ilícitos contra la libre competencia, y se establecía una Comisión Antimonopolios que, entre otras facultades, conocía de los ilícitos a aquella normativa. Durante su vigencia se dictó la Ley 15.142 que introdujo un fiscal para dicha Comisión, y que da origen a la actual FNE, y rigió la institucionalidad hasta la dictación de la normativa que determina el funcionamiento institucional chileno hasta el día de hoy: el Decreto Ley 211 de 1973.

El DL 211 de 1973, dictado en tiempos de quiebre constitucional, creó la Comisión Resolutiva como tribunal administrativo encargado de resolver y sancionar en la materia, y las Comisiones Preventivas Central y Provinciales, cuya función era atender consultas y

---

<sup>30</sup> (Bofill Gensch & Guerrero Becar, 1995, pág. 200)

<sup>31</sup> El derecho de la competencia no sólo permite adquirir bienes, sino también acceder a servicios, de manera tal que su funcionalidad es mucho más amplia que adquirir el dominio mediante la tradición de ciertos bienes en virtud de títulos traslaticios de dominio como la compraventa que se realiza en el mercado. Ahora bien, con la cosificación de los derechos, también se puede hablar de dominio sobre los derechos personales que contienen el derecho a dichos servicios, de manera de hacerlo aplicable.

prevenir ilícitos antimonopólicos.<sup>32</sup> En aquel sistema, la Corte Suprema también conocía de las reclamaciones a las resoluciones de dichos entes, de manera que nuestro máximo tribunal tiene fallos en materia de derecho de la competencia que son anteriores al TDLC, y de los cuales prescindiremos en este trabajo, pues nos enfocamos en la actividad jurisdiccional desde la entrada en vigencia de este último.

Ahora bien, el DL 211 ha sido reformado de forma importante al menos en tres ocasiones.<sup>33</sup> Así, durante el gobierno de Ricardo Lagos, en el año 2003, se modificó mediante la Ley 19.911 que creó la institucionalidad actual, dando origen al TDLC entre otras modificaciones. Dicha reforma es la más trascendental que se ha realizado, pues estableció un nuevo sistema institucional, eliminando las Comisiones Resolutiva y Preventivas. Luego, en el año 2009, durante la primera administración de Michelle Bachelet, se volvió a reformar con la Ley 20.361 que fortaleció al TDLC, dio mayores potestades a la FNE, aumentó las multas e introdujo la delación compensada, entre otros<sup>34</sup>. Recientemente, el segundo gobierno de Michelle Bachelet ha presentado una reforma (Boletín N° 9950-03) que ya ha sido aprobada por el Congreso Nacional y está en espera a ser promulgada (en adelante “nueva reforma”). En ella se criminaliza la colusión, se fortalece la delación compensada, se crean nuevas sanciones y se aumentan las multas, se instituye la regla *per se* para carteles duros, se agrega el ilícito de *interlocking* horizontal, se fortalece a FNE, se otorga competencia al TDLC para conocer de la indemnización de perjuicios, se establecen nuevas reglas para operaciones de concentración, entre otros.

### 1.2.3 La Potestad Administrativa

Desde la potestad administrativa nos encontramos con la FNE, y algunas de las especiales y particulares funciones del TDLC, que revisaremos concisamente a continuación:

De acuerdo con el artículo 33° del actual DL 211, la FNE es “un servicio público descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propio, independiente de todo organismo o servicio, sometido a la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción”. Su misión es defender y promover

---

<sup>32</sup> (Bernedo, 2013, págs. 70-71)

<sup>33</sup> Ha tenido otras modificaciones, como las del DL N°1.386; DL N°2.760; y la Ley N° 19.610 de 1999 que otorga atribuciones a la FNE, que también fue importante para el funcionamiento institucional.

la libre competencia actuando en representación del interés público como organismo especializado, para evitar que agentes con poder de mercado atenten individual o conjuntamente contra la libertad económica, procurando así el mayor bienestar general de la sociedad.<sup>35</sup> Mediante la nueva reforma al DL 211, se ha aumentado este rol, pues la FNE es el único ente que puede presentar la querrela en sede penal por el delito de colusión, excluyendo al Ministerio Público, quien cumplirá el rol de investigar una vez que FNE presente la querrela, luego de que el TDLC haya determinado la existencia del acuerdo por sentencia definitiva ejecutoriada.

Así, de acuerdo con las potestades del artículo 39° del DL 211, debe instruir las investigaciones que estime procedentes para comprobar las infracciones a la ley, actuar como parte, representando el interés general de la colectividad en el orden económico ante el TDLC y la Corte Suprema, requerir del TDLC el ejercicio de cualquiera de sus atribuciones y la adopción de medidas preventivas con ocasión de las investigaciones que la Fiscalía se encuentre ejecutando, velar por el cumplimiento de los fallos, decisiones, dictámenes e instrucciones que dicten el TDLC o los tribunales de justicia en las materias a que se refiere la ley, emitir los informes que solicite el TDLC, en los casos en que el Fiscal Nacional Económico no tenga la calidad de parte, entre otras facultades señaladas en dicho artículo.

Como ente administrativo de rango legal había carecido de potestades administrativas diferentes a las expresadas. Sin embargo, la nueva reforma al DL 211 le otorgó una potestad propositoria, que consiste en realizar al Presidente la República, a través del Ministro respectivo, propuestas o sugerencias para modificar, derogar o dictar normas legales y reglamentarias que promuevan la libre competencia. Dicha facultad es muy similar a la contemplada por el TDLC. Adicionalmente, la nueva reforma le entrega a la FNE un procedimiento administrativo de control de concentraciones de carácter obligatorio que da derecho a un recurso de revisión especial por parte del TDLC, entre otras modificaciones.

Según señalábamos antes, el TDLC es más que un tribunal, pues posee funciones administrativas inusuales para un ente jurisdiccional. Así, el TDLC absuelve consultas,<sup>36</sup> emite informes administrativos, dicta instrucciones de carácter general y realiza

---

<sup>35</sup> (Fiscalía Nacional Económica, 2016)

<sup>36</sup> Con la nueva reforma se ha eliminado de esta facultad el consultar por operaciones de concentración, pues existe un sistema obligatorio de notificación de éstas a FNE.

proposiciones normativas,<sup>37</sup> las cuales podrían ser calificadas como reacciones *ex ante* por parte del sistema jurídico en sede de competencia, a fin de prevenir los ilícitos y promover las practicas competitivas.<sup>38</sup>

De éstas, son consideradas como “no contenciosas”, la facultad de absolver consultas y realizar informes administrativos.<sup>39</sup> Por otra parte, al dictar instrucciones de carácter general ejerce la potestad reglamentaria autónoma propia de la administración,<sup>40</sup> y al hacer proposiciones normativas ejercita una potestad llamada propositoria.<sup>41</sup>

#### 1.2.4 La Potestad Jurisdiccional

Por su parte, la potestad jurisdiccional -en términos sencillos- es aquella que permite decir el Derecho, o lo justo de un caso particular que causa un conflicto intersubjetivo.<sup>42 43</sup> En nuestra institucionalidad de competencia, como hemos dicho, pertenece al TDLC y a la Corte Suprema.

EL TDLC, de acuerdo con el artículo 5° del DL 211 es un órgano jurisdiccional especial, independiente y colegiado, cuya función es prevenir, corregir y sancionar los atentados a la libre competencia. La acción que FNE puede presentar ante el TDLC en asuntos contenciosos para la persecución de actos anticompetitivos toma el nombre de requerimiento, pero no sólo FNE está facultada para deducir acciones contenciosas, sino que también los privados lo hacen presentando demandas (art. 20° DL 211).<sup>44</sup>

---

<sup>37</sup> Con las modificaciones introducidas por la nueva reforma al DL 211, el TDLC también podrá dictar autos acordados que sean necesarios para una adecuada administración de justicia. Aquella facultad es extraña a un tribunal como el TDLC, pues es más bien propia de los tribunales superiores de justicia.

<sup>38</sup> Para un mayor desarrollo acerca del rol regulador del TDLC, ver: (Montt Oyarzún, 2010)

<sup>39</sup> (Valdés Prieto, 2006, pág. 595)

<sup>40</sup> (Valdés Prieto, 2006, pág. 694)

<sup>41</sup> (Jungmann Davies & Peña Burgos, 2010, pág. 5)

<sup>42</sup> (Valdés Prieto, 2006, pág. 569)

<sup>43</sup> Una definición más moderna de jurisdicción sería la señalada por Juan Colombo Campbell como “el poder deber que tienen los tribunales para conocer y resolver, por medio del proceso y con efecto de cosa juzgada, los conflictos de intereses de relevancia jurídica que se promuevan en el orden temporal, dentro del territorio de la República y en cuya solución les corresponde intervenir”. (Colombo Campbell, 1991, pág. 41)

<sup>44</sup> Con la nueva reforma, para efectos de la indemnización de perjuicios, puede presentarse la acción indemnizatoria ante el TDLC con arreglo al procedimiento sumario. Y cuando se vea afectado el interés colectivo o difuso de los consumidores, el SERNAC, las asociaciones de consumidores constituidas por ley y un grupo de consumidores afectados en un mismo interés que no sea inferior a 50 personas, serán legitimados activos para presentar ese tipo de acciones contenciosas aun cuando no hayan formado parte del requerimiento o demanda que declaró el actuar anticompetitivo, el cual se substanciará con arreglo al procedimiento especial del Título IV Párrafo 2° de la ley 19.496 que establece normas para la protección de los consumidores. En ambos casos, la

La Corte Suprema de Justicia de nuestro país, es el máximo órgano jurisdiccional y tiene la superintendencia directiva, correccional y económica sobre la mayoría de los tribunales de la nación, incluido el TDLC. De acuerdo con el artículo 27° del referido decreto ley, la Corte Suprema conoce a petición de parte (FNE y los privados) del recurso de reclamación en contra de las sentencias definitivas emanadas del TDLC.

Veamos a continuación de qué trata este último:

#### 1.2.4.1 El Recurso de Reclamación

A efectos de comprender el contexto procesal en el que desenvuelve el recurso de reclamación, es preciso que tengamos algunas aproximaciones doctrinarias y jurisprudenciales sobre su naturaleza. En efecto, el recurso de reclamación no está definido en la ley, de modo que no sabemos exactamente cuál es su naturaleza; de hecho la misma Corte Suprema ha señalado que su denominación como “reclamación” es ajena a nuestro sistema recursivo y reservado más bien al derecho administrativo,<sup>45</sup> por lo cual y ante ese vacío lo ha tratado en la práctica como un verdadero “recurso de apelación”,<sup>46</sup> pues actúa en ella como si fuese una segunda instancia jurisdiccional en la que se valoran nuevamente tanto los hechos como el derecho de los casos presentados.

Sin embargo, a nivel doctrinal, un reciente trabajo ha señalado que su definición podría ser “Un recurso extraordinario interpuesto ante el TDLC y conocido por la Corte Suprema, cuya finalidad es dar unidad y uniformidad a los criterios y principios que deben regir en el sistema de la libre competencia”,<sup>47</sup> separándolo así de la noción de segunda instancia jurisdiccional y también de un rol de carácter casacional.

Dicha definición viene a resaltar con mayor fuerza la necesidad de conocer las diferencias jurisprudenciales acerca de los ilícitos anticompetitivos entre ambos tribunales,

---

sentencia definitiva o interlocutoria que ponga término al procedimiento es susceptible del recurso de reclamación ante la Corte Suprema.

También, el TDLC conoce del recurso de revisión especial que puede presentar el notificante de una operación de concentración cuando el Fiscal Nacional Económico hubiere prohibido dicha operación. La sentencia que el TDLC pronuncie a este respecto, será reclamable por las partes y por FNE ante la Corte Suprema sólo si hubiere condicionado la aprobación de la operación al cumplimiento de medidas distintas de las contempladas en la última propuesta realizada por las partes.

<sup>45</sup> (Hudson Herranz, 2014, pág. 129)

<sup>46</sup> (Hudson Herranz, 2014, pág. 223)

<sup>47</sup> (Hudson Herranz, 2014, págs. 119-120)

pues -después de todo- el derecho de la competencia de nuestro sistema será finalmente el derecho que nuestro máximo tribunal diga que es.

## CAPÍTULO II. ESTADÍSTICAS DE FUNCIONAMIENTO DEL SISTEMA

A continuación realizamos una aproximación estadística a la actividad jurisdiccional del TDLC y la Corte Suprema desde la entrada en funcionamiento del primero, hasta el 31 de diciembre de 2015. Tendremos así una evaluación general del funcionamiento del sistema, conoceremos los resultados del universo de las causas conocidas por el TDLC, el porcentaje de ellas que son reclamadas ante la Corte Suprema y el resultado de dichas reclamaciones en confirmaciones, modificaciones de multas, conciliaciones y revocaciones.

Veremos en general que la Corte Suprema confirma un gran número de sentencias del TDLC ascendientes al 78%, revocando sólo en un 12% de casos.<sup>48</sup> Pero las contadas veces en que revoca o confirma modificando las multas de las sentencias, en su mayoría termina absolviendo a los agentes económicos o disminuyendo el monto de las multas, siendo más conservadora que el TDLC para condenar.

### 2.1 Los casos que ha conocido el TDLC y los que son reclamados ante la Corte Suprema

El TDLC ha conocido, desde su creación y hasta la fecha anteriormente comentada, un total de 299 casos.<sup>49</sup> <sup>50</sup> De ellos, en 144<sup>51</sup>, equivalentes al 48%, llegó a dictar una sentencia definitiva, que pudo terminar tanto en condenatoria como absolutoria. El gráfico 1 de a continuación lo detalla:

---

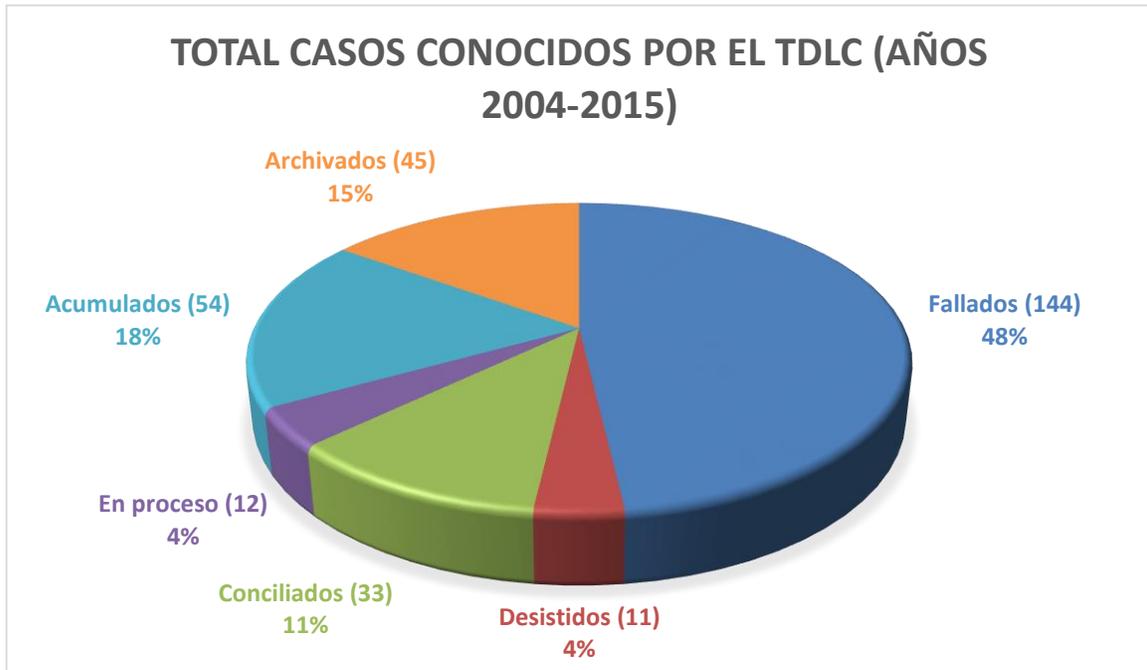
<sup>48</sup> El resto está siendo conocido por la Corte o se resolvió por conciliación.

<sup>49</sup> En el sistema de la página web del tribunal aparecen 306, sin embargo 7 de ellos son en realidad casos “no contenciosos”, por lo cual fueron excluidos. Sus roles son, a saber: C 03-04; C 04-04; C 18-04; C 30-04; C 32-04; C 33-04 y 236-04 de la Comisión Preventiva Central.

<sup>50</sup> Para enriquecer el análisis dejamos constancia de que 67 de ellos, equivalentes al 46,5%, fueron presentados por la FNE. 46 de ellos fueron fallados, 12 fueron conciliados, 5 se acumularon, 2 se archivaron, 2 se encuentran en proceso.

<sup>51</sup> En el sistema aparecen 148, sin embargo, la razón es que enumera como sentencias algunas de las resoluciones no contenciosas que hemos mencionado anteriormente: C 03-04; C 04-04; C 32-04 y 236-04 de la Comisión Preventiva Central

Gráfico 1:



Fuente: Elaboración propia con base en los datos de jurisprudencia del TDLC disponibles en su página web.<sup>52</sup>

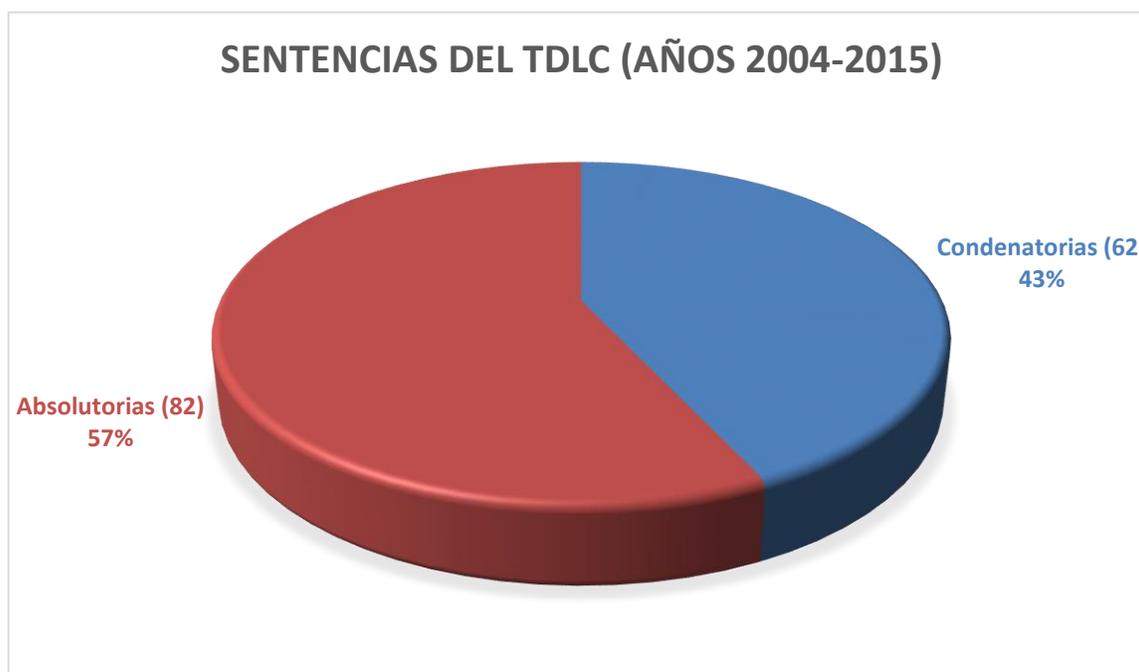
De esas 144 sentencias definitivas dictadas por el Tribunal, 82 son absolutorias y 62 son condenatorias,<sup>53</sup> de manera que -según el gráfico 2- el TDLC llega a condenar el 43% de las veces que dicta sentencia definitiva.

---

<sup>52</sup> Disponible en: TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. Sentencias. [en línea] <<http://www.tdlc.cl/tdlc/sentencias/>> [consulta:1 enero 2016]

<sup>53</sup> De las 46 sentencias del TDLC por requerimiento de FNE, 14 tienen un resultado absolutorio y 31 de ellas condenatorio. De manera tal que FNE logra condenas ante el TDLC el 67,3% de los casos.

Gráfico 2



Fuente: Elaboración propia con base en los datos de jurisprudencia del TDLC disponibles en su página web.

De los 144 casos fallados por el TDLC, 93 fueron reclamados ante la Corte Suprema tanto por los agentes económicos como por la FNE.<sup>54</sup> Lo que significa que en el 35% de las sentencias dictadas por el TDLC, los sujetos activos y pasivos en materia de derecho de la competencia, no perseveraron en sus pretensiones jurídicas ante la Corte Suprema<sup>55</sup> (Ver gráfico 3).

---

<sup>54</sup> De las 46 sentencias del TDLC por requerimiento de FNE, 37 fueron reclamadas tanto por FNE como por los agentes económicos, lo que se desglosa a continuación:

-De los 14 casos en que el requerido fue absuelto por el TDLC, FNE no reclamó ante la Corte en 5 casos (ni nadie más lo hizo), pero en los restantes 9 sí lo hizo.

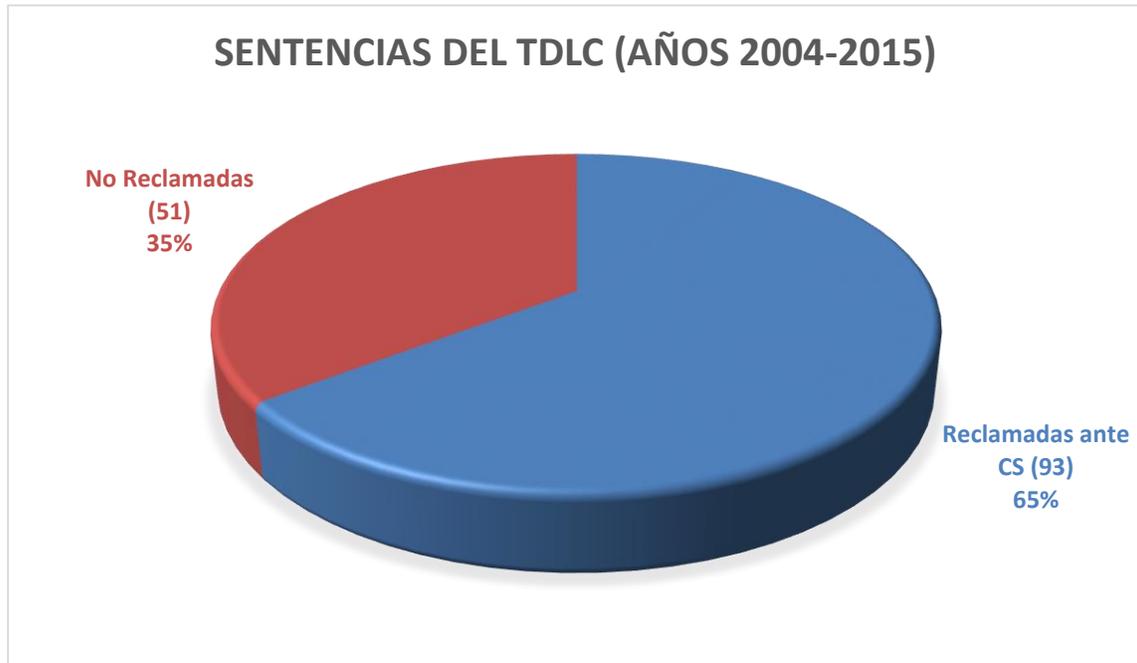
-FNE también reclamó en 16 de los 31 casos en que obtuvo una condena, solicitando se acoja el requerimiento en su totalidad o se aumenten las multas.

-Los agentes económicos, por su parte, de las 31 sentencias condenatorias iniciadas por requerimiento de la FNE ante el TDLC, no reclamaron en 3 de ellas (ni nadie más lo hizo), reclamando las 27 restantes.

-Existe además 1 caso de carácter condenatorio, en el que, a la fecha de tope de este estudio, aún le restaba plazo para presentar la reclamación por parte de FNE o los privados.

<sup>55</sup> Las razones por las cuales un agente económico presenta o no un recurso de reclamación pueden ser muy variadas. Así (Wigodski Sirebrenik, 2011) nos señala que podrían ser factores de tiempo, el costo de litigar, la necesidad de agotar instancias o recursos antes de aceptar una sentencia adversa, o la existencia o no de empresas con participación de accionistas minoritarios que eventualmente podrían reclamar la falta de deber de cuidado en la administración al no hacer uso de un recurso ante una sentencia desfavorable, etc. De manera de que de esta información no puede colegirse una evaluación positiva o negativa por parte de los agentes económicos al criterio del TDLC o la Corte Suprema.

Gráfico 3



Fuente: Elaboración propia con base en los datos de jurisprudencia del TDLC disponibles en su página web.

De lo anterior también es posible sostener que tenemos al menos 93 sentencias en las cuales podemos encontrar eventualmente diferencias entre la Corte Suprema y el TDLC, que merecen nuestro análisis para verificar los debates y los consensos existentes en el área.<sup>56</sup>

## 2.2 Resultado de las reclamaciones: confirmaciones y revocaciones

En general, de las 93 reclamaciones realizadas, tenemos que 72 son confirmadas, sólo 11 son revocadas, 5 son conciliaciones, y 5 están en proceso, lo que arroja un 78% de

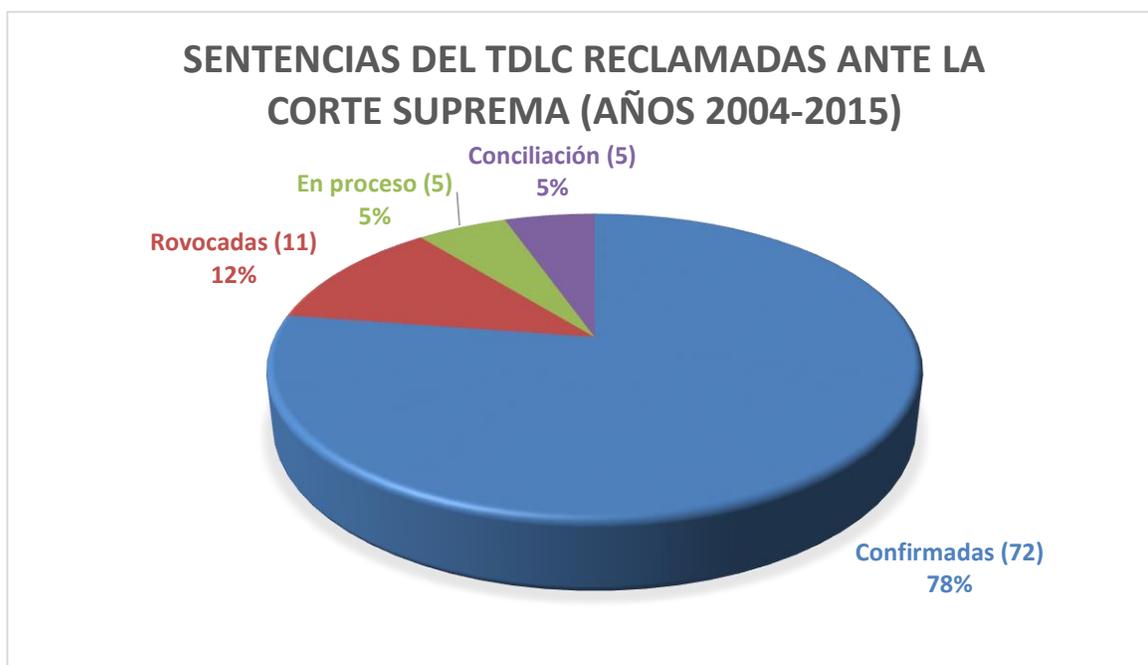
---

<sup>56</sup> Para los efectos de este trabajo, entendemos por confirmadas o revocadas aquellas sentencias en las que la Corte Suprema reafirma o niega la existencia de ilícitos en sede de competencia, sin considerar como una revocación los casos en los que se modifica el monto de las multas por medio de la reclamación, sin perjuicio de que aquello puede ser la única o una de las razones para ejercer la referida acción, tanto por FNE y/o los demandantes como por los requeridos y/o demandados. En efecto, excede los propósitos de este trabajo determinar los criterios para aumentar o disminuir el monto de las multas por parte de ambos entes jurisdiccionales, limitándonos exclusivamente a la determinación de la existencia o no de ilícitos de fondo o forma, sin perjuicio de que dejaremos constancia estadística de dichos casos en su oportunidad.

confirmaciones de parte de la Corte Suprema al TDLC y apenas un 12% de rechazo (ver gráfico 4).<sup>57</sup>

Lo último, como primera aproximación a las revocaciones de la Corte, es revelador acerca de las pocas diferencias de razonamiento legal existentes entre ambos tribunales a la hora de condenar o absolver, y del peso que tiene el TDLC como tribunal especializado de cara a las facultades de superintendencia de la Corte Suprema.

Gráfico 4



Fuente: Elaboración propia con base en los datos de jurisprudencia del TDLC disponibles en su página web.

#### 2.2.1. Confirmaciones con modificación en las multas

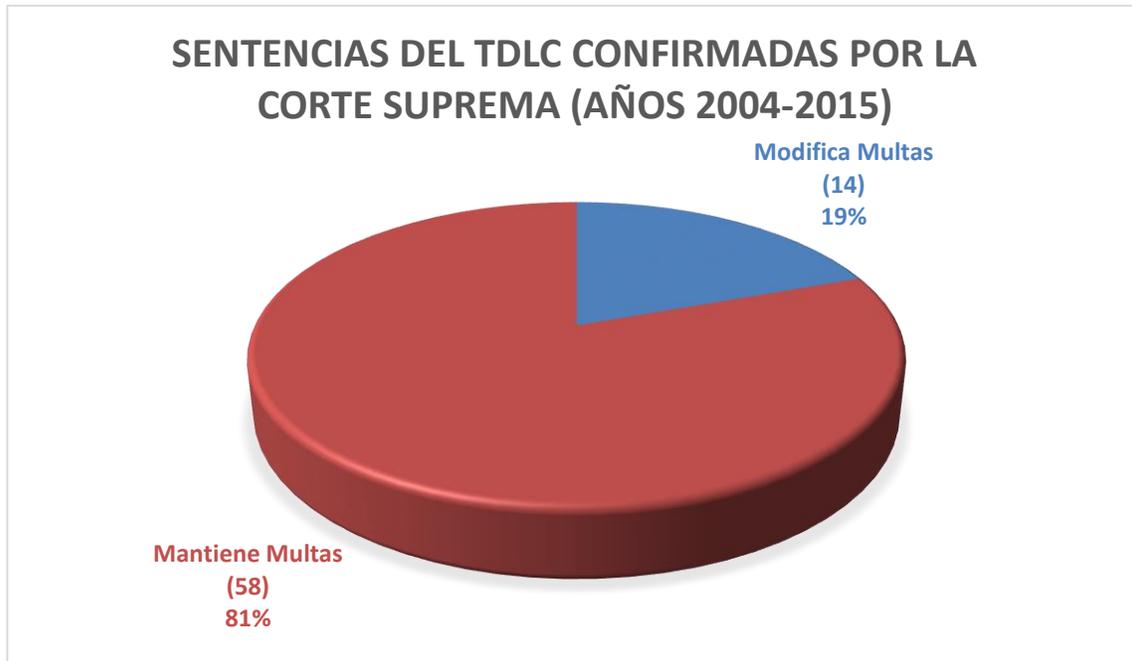
Sin embargo, también se ha notado que a pesar de que la Corte Suprema confirmó lo dispuesto por el Tribunal en 72 ocasiones de las 93 reclamaciones, en 14 casos equivalentes al 19% de las confirmaciones, las multas son modificadas (ver gráfico 5), lo que

---

<sup>57</sup> En cuanto a FNE, de las 37 sentencias provenientes de requerimientos y que son reclamadas -tanto por FNE como por los agentes económicos- 27 fueron confirmadas, 4 fueron revocadas, 3 fueron conciliadas y 3 se encontraban en conocimiento de la Corte a la fecha tope establecida.

otorga antecedentes sobre diferencias jurisprudenciales más tenues que podrían ser relevantes en el futuro, y de las cuales dejamos constancia para un posterior desarrollo.<sup>58</sup>

Gráfico 5



Fuente: Elaboración propia con base en los datos de jurisprudencia del TDLC disponibles en su página web.

También dejamos constancia para un desarrollo posterior (gráfico 6), que cuando existen confirmaciones con modificaciones de multas por parte de la Corte, en un 64% de las ocasiones éstas tienen el propósito de disminuir su monto, de manera que la Corte tiene a ser más benevolente con los agentes económicos infractores en sede de competencia que el TDLC.<sup>59</sup>

---

<sup>58</sup> De los 14 casos en los que la Corte confirma pero modifica las multas, 10 son en el marco de reclamaciones de requerimientos condenatorios de FNE.

<sup>59</sup> De las 9 reclamaciones en que la Corte Suprema disminuye las multas, 6 son a propósito de requerimientos exitosos ante el TDLC de FNE; y de las 5 en las que la Corte aumenta las multas, 3 provienen de reclamaciones de FNE para aquel efecto.

Gráfico 6



Fuente: Elaboración propia con base en los datos de jurisprudencia del TDLC disponibles en su página web.

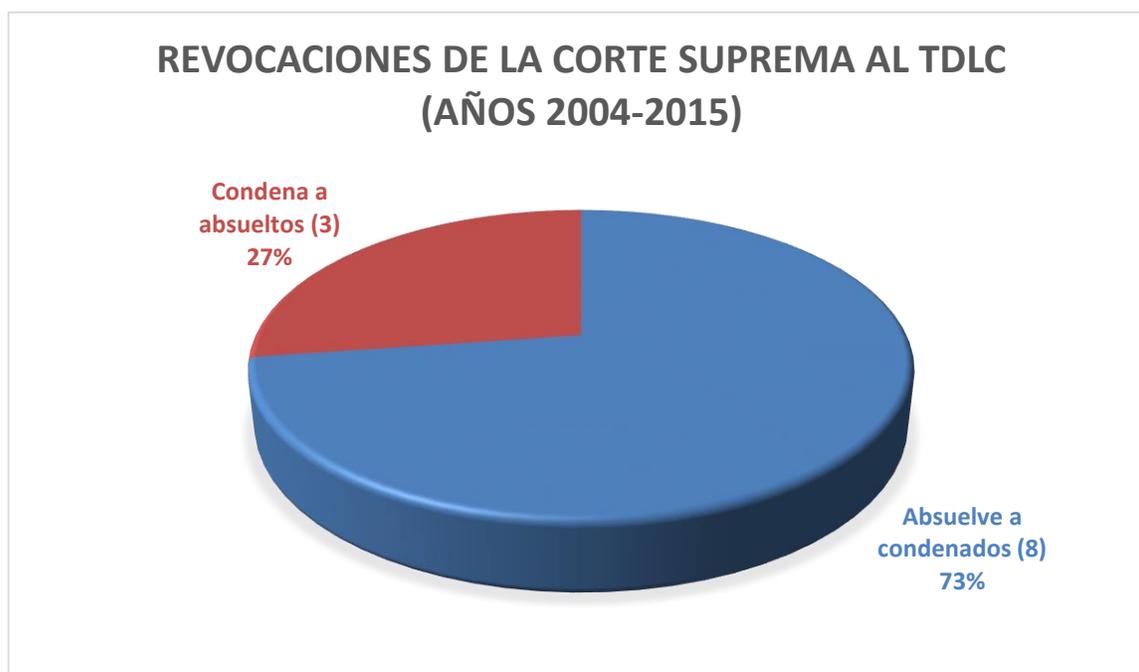
### 2.2.2 Revocaciones

Adicionalmente, y a efectos de tener un conocimiento general de las diferencias jurisprudenciales de ambos tribunales, observamos que de las 11 revocaciones que realiza la Corte Suprema, sólo 3 (equivalentes al 27%) implican que el máximo tribunal ha condenado a quienes el TDLC absolvió (gráfico 7). En tanto que en 8 casos, equivalentes al 73% de las revocaciones, la Corte absolvió a quienes el TDLC condenó, de manera que queda confirmada la mayor benevolencia de la Corte en relación con el TDLC, o si se quiere, la mayor exigencia de la Corte para determinar la existencia de ilícitos en sede de competencia.<sup>60</sup>

---

<sup>60</sup> La Corte revocó 4 sentencias que provenían de requerimientos de FNE, 2 de ellas eran absolutorias y 2 eran condenatorias. Es decir, en 2 de éstas FNE logró exitosamente revocar una absolución del TDLC, y en 2 de éstas los agentes económicos requeridos lograron ser absueltos por la Corte Suprema.

Gráfico 7



Fuente: Elaboración propia con base en los datos de jurisprudencia del TDLC disponibles en su página web.

### 2.3. Conclusiones sobre los resultados estadísticos

En estos 11 años de institucionalidad, observamos que el TDLC llegó a fallar el 48% de los casos que conoció. De ellos, el 57% son absolutorios y el 43% restante condenatorios. De manera que, en términos meramente numéricos, el TDLC es conservador para condenar a los agentes del mercado.

La Corte Suprema llega a conocer por vía de reclamación el 65% de los fallos del TDLC, confirmando la gran mayoría de ellos, ascendientes a un 78%, y revocando apenas en un 12% de éstos. De lo anterior se puede concluir que -en esta perspectiva estadística- las diferencias de criterio entre ambos tribunales no se dan con frecuencia, de manera que la Corte suele ceder ante la especialidad del TDLC. Lo que no es óbice de que dichas diferencias puedan ser radicales o de mayor o menor calidad técnica, que es lo que averiguaremos en el siguiente capítulo.

Observábamos también que la Corte Suprema suele confirmar las sentencias del TDLC haciendo modificaciones en el monto de las multas sólo en el 19% de los casos, pero al

hacerlo, en el 64% de las veces, lo hace para disminuirlas, por lo cual, debemos considerar que tiene un criterio más conservador que el TDLC en este asunto.

Vemos también, que las pocas veces en las que la Corte Suprema revoca (11), en el 73% de los casos lo hace para absolver a los que fueron condenados, mientras que en el 27% restante para condenar a los absueltos. Así, si el recurso de reclamación no existiera, habría en los mercados chilenos al menos 5 agentes económicos más con condenas por haber vulnerado nuestro régimen de competencia que los que hay actualmente. Dicho dato, y sin considerar las diferencias de fondo que investigaremos a lo largo de este trabajo, nos permite anticipar que la Corte Suprema es más conservadora o exigente a efectos de condenar a los diversos agentes económicos que el TDLC.

## **CAPÍTULO III. DIFERENCIAS JURISPRUDENCIALES ENTRE EL TDLC Y LA CORTE SUPREMA**

### 3.1 Consideraciones previas

En este capítulo veremos las diferencias de fondo entre el TDLC y la Corte Suprema, revisando las sentencias en las que difieren doctrinariamente ambos entes, a fin de conocer las discusiones más importantes del sistema. Vistas las diferencias jurisprudenciales en concreto, procederemos a su comparación con el derecho norteamericano y/o europeo a efectos de evaluar críticamente su desarrollo técnico. Hecho esto, señalaremos, si es que hubiere, sentencias posteriores sobre casos similares, para revisar si ambos entes jurisdiccionales han realizado algún giro interpretativo que nos permita determinar si se ha superado el problema o sigue siendo controvertido.

Para efectos de hacer lo más certera y sucinta posible la revisión de jurisprudencia en cuestión, se presentan las revocaciones de la Corte Suprema al TDLC preguntándonos acerca de cuál es la pregunta legal que responden diversamente ambos entes jurisdiccionales en cada caso, sin entrar a mencionar mayores detalles sobre la identificación de la sentencia, los hechos, y todos esos elementos que para su debida consulta y apreciación se encontrarán como fichas en el Anexo al final de este trabajo.<sup>61</sup>

Adicionalmente, tal y como adelantamos en el capítulo I, dividiremos las controversias en tres tipos: “Colusiones”, “Ilícitos Abusivos” y “Cuestiones Sistémicas y Procesales”. En esta última, por ser de carácter formal, no realizaremos una comparación con el derecho extranjero, por cuanto consideramos que los sistemas procesales son muy diversos entre Chile y el derecho norteamericano y/o europeo, por lo cual –en dicha materia- dejaremos constancia de las diferencias jurisprudenciales que hallemos y revisaremos si se han dado correcciones o confirmaciones a la doctrina disputada en sentencias posteriores.

---

<sup>61</sup> En aquel anexo también se analizarán las sentencias en función del debate entre los entes jurisdiccionales, pero con mayor desarrollo contextual, omitiendo otro tipo de preguntas y asuntos legales que no sean relevantes para los efectos de este trabajo.

### 3.2 Colusiones<sup>62</sup>

En esta sección damos énfasis a los casos de colusión revocados por la Corte y que están contemplados en el artículo 3° inciso segundo, letra a) del DL 211. Según la doctrina, las colusiones tienen por objetivo alcanzar por un medio injusto la explotación de un monopolio estructural, lo que Domingo Valdés Prieto califica como “monopolio por unificación de competencia”.<sup>63</sup>

El TDLC ha fallado al menos 32 casos de colusión; de ellos, 21 han sido reclamados ante la Corte Suprema. De esos 21, a la fecha tope estimada, 2 se encuentran aún en proceso ante la Corte Suprema, por lo cual el máximo sentenciador ha fallado 19 casos de colusión provenientes del TDLC,<sup>64</sup> de los cuales 16 ha confirmado, y 3 ha revocado. A continuación veremos cuáles han sido las diferencias jurisprudenciales que han inclinado la balanza hacia la revocación:

A) Estándar probatorio de la colusión: Asoex y FNE c/ Ultramar Agencia Marítima y otros<sup>65</sup>

El primer caso a analizar trató sobre abusos de posición dominante que se ejercieron a través de una colusión, entre los cuales hay una fijación de precios en la que se obliga a los competidores a pagar por ciertos servicios que con anterioridad no se realizaban, además de discriminación y otras prácticas (ver Anexo Sentencia N° 38). Sin embargo, la discusión relevante que se da entre los entes jurisdiccionales con competencia en esta sede fue más bien fue de carácter probatorio.

Este caso fue fallado a mediados del año 2006 por el TDLC, en tanto que la Corte Suprema hizo lo suyo a finales del mismo año. Este último detalle sobre la fecha es relevante, porque se relaciona con el estándar de prueba de la colusión que tantos problemas dio antes de la reforma que introdujo la Ley 20.361 de 2009, que vino a dar a la FNE facultades duras para responder a los altos estándares probatorios que se exigían en

---

<sup>62</sup> Muchos casos de colusión que se verán serán eminentemente procesales. Sin embargo, no se tratan en el acápite de “Cuestiones Sistémicas y Procesales” por cuanto las preguntas tratadas, como prueba de la colusión, y prescripción, responden a particularidades que emanan del hecho de ser respecto al ilícito anticompetitivo por definición: el acuerdo colusorio.

<sup>63</sup> (Valdés Prieto, 2006, pág. 511)

<sup>64</sup> Recordemos que con anterioridad la Corte conocía estos casos provenientes de la extinta Comisión Resolutiva.

<sup>65</sup> Rol TDLC: 12-04 y Corte Suprema: 3.395-2006

sus requerimientos.<sup>66</sup> De esta manera, esta revocación nos deja el testimonio de las discusiones y dificultades que dejaba la prueba de un ilícito que casi por naturaleza se realiza en forma secreta u oculta.

Como señalábamos anteriormente, la pregunta legal está enmarcada en una discusión de carácter probatoria y es: ¿Cómo se prueba la colusión?

El TDLC respondió que es posible probar la existencia de colusión a través de indicios que sean suficientes para ello sin necesidad de prueba directa, siempre y cuando no exista una explicación alternativa que sea capaz de desvirtuar dichos indicios. De acuerdo con la particularidad del caso, da a entender que son indicios suficientes de colusión la simultaneidad del comienzo de una nueva práctica, y la similitud de los montos cobrados y su concepto.

Por otra parte, el fallo revocatorio de la Corte Suprema -a pesar de que no señala si los indicios son o no medios de prueba suficiente-, sostiene que se requiere que la prueba se haga cargo de los elementos subjetivos del tipo, esto es, la voluntad de los requeridos para coludirse en función de determinar si ésta existió, y si hubo culpa o dolo.

Lo anterior redundante en que si bien los indicios no se descartan como prueba, al exigirle que se hagan cargo de los elementos subjetivos relativos a la voluntad de los participantes del cartel, los deja prácticamente inhabilitados como tales. Esto, toda vez que la idea o el sentido de este tipo de prueba es que finalmente los indicios dan a conocer que existió un acuerdo, porque no hay explicación alternativa que sea razonable, sin entrar a probar directamente el acuerdo con su contenido subjetivo.

Esta discusión vuelve a darse un par de meses después en ambos tribunales. Sin embargo, la decisión de la Corte Suprema tiene ahora motivaciones diferentes que veremos a continuación.

B) Estándar probatorio de la colusión: FNE c/ Air Liquide S.A. y otros<sup>67</sup>

---

<sup>66</sup> (Bernedo, 2013, pág. 187)

<sup>67</sup> Rol TDLC: 74-05 y Corte Suprema: 5.057-2006

A pesar de que este caso (conocido como “oxígenos líquidos”) está situado dentro de la conducta específica del “*bid rigging*”, al igual que el anterior, la discusión gira en torno al estándar probatorio que era suficiente para dar por acreditada una colusión. El TDLC lo falló apenas 3 meses después del caso que revisábamos anteriormente, y la Corte Suprema lo hizo un mes después (ver Anexo Sentencia N° 43). Por lo cual también se dio antes de la introducción de la Ley 20.361 de 2009 y constituye otro testimonio de la necesidad de facultades duras que posteriormente ayudaron a la Fiscalía a entregar mejores medios de prueba, a fin de satisfacer los altos estándares impuestos por la Corte Suprema.

Este caso tiene dos preguntas legales relevantes que revisaremos cuando corresponda. Por ahora continuaremos con la pregunta: ¿Cómo se prueba la colusión?

Al respecto, el TDLC señaló nuevamente que es posible utilizar indicios para probar un acuerdo colusorio, todo ello en la medida que lleven -mediante razonamientos lógicos propios de la sana crítica- a formar convicción sobre él, es decir, en tanto el actuar de los agentes económicos en cuestión sólo puede ser razonablemente explicado por la existencia de un acuerdo colusorio. En el caso, una manera de hacerlo sería una interpretación de las estrategias empleadas en una licitación, cuando las empresas tienen incentivos para actuar coordinadamente entre ellas.

Sin embargo, la Corte Suprema revocó el fallo. En efecto, el máximo tribunal consideró que una colusión debe ser probada en forma inequívoca y fehaciente, siendo totalmente insuficiente a este respecto que se suponga su existencia por ser la conducta colusoria la “única explicación razonable”.

En otras palabras, el TDLC nuevamente y en coherencia con su jurisprudencia anterior, señaló que los indicios permiten concluir la existencia de una colusión, si es que la única explicación razonable para el actuar de competidores es la existencia de ésta. Por otro lado la Corte Suprema modifica su posición, ya no señalando que se debía probar los elementos subjetivos del pacto colusorio, sino que esta vez sosteniendo que se debe acreditar en forma fehaciente e inequívoca la existencia del ilícito.

Es decir, ahora, y con un mes de diferencia respecto al fallo anterior, la Corte sostiene que los indicios o la hipótesis de la colusión como “única explicación razonable” no son suficientes, sino que se necesitaría de una prueba que pueda ser descrita con calificativos

como “inequívoca”, o “fehaciente”, lo cual dejaba a la Fiscalía prácticamente desprovista de la posibilidad de perseguirlos. En otras palabras, la Corte Suprema sostuvo que la prueba por indicios no basta, siendo necesaria la prueba directa del cartel.

A continuación, veremos sintéticamente el estándar probatorio de los acuerdos exigidos en el sistema estadounidense y en el europeo.

a. En Estados Unidos

En Estados Unidos se siguen muchos casos de derecho de la competencia por la vía civil, pues dicho país tiene un sistema que incentiva poderosamente el *enforcement* privado.<sup>68</sup> Por lo cual, la regla probatoria queda sometida a la regla general que se denomina “*preponderance of the evidence*” y que se define como “el peso comparativo más grande de la evidencia”.<sup>69</sup> Este tipo de exigencia probatoria se alinea con lo señalado por el TDLC en orden a solicitar indicios que nos permitan concluir que la colusión es razonable con relación a la alternativa de acción independiente, es decir, que los indicios considerados en su totalidad “tiendan a excluir la posibilidad de actuación independiente”.<sup>70</sup>

b. En la Unión Europea

El estándar de prueba respecto de la colusión en la Unión Europea permite la prueba indiciaria de la colusión cuando la misma es la única explicación razonablemente posible. Así, por ejemplo, podría probarse la colusión si es que además de haber paralelismo de conducta, se agregan otros factores que permitan excluir otras explicaciones plausibles para su existencia, salvo la concertación entre las empresas que han sido demandadas.<sup>71</sup> Esto último se acerca nuevamente a la posición del TDLC y se aleja de lo exigido por la Corte Suprema.

C) Probar efectos de la colusión: FNE c/ Abercrombie & Kent S.A.<sup>72</sup>

---

<sup>68</sup> (Allende Salazar, 2008, pág. 18)

<sup>69</sup> (Grunberg Pilowsky & Montt Oyarzún, 2010, pág. 36)

<sup>70</sup> (Grunberg Pilowsky & Montt Oyarzún, 2010, pág. 36)

<sup>71</sup> (Quinteros Jaramis, 2012, pág. 61)

<sup>72</sup> Rol TDLC: 197-09 y Corte Suprema: 10.954-2011

El caso que se presenta a continuación, como señalamos antes, también se trata sobre diferencias entre ambos tribunales por cuestiones relativas a la prueba, pero no sobre el estándar de prueba del acuerdo, sino que de si es necesario probar los efectos anticompetitivos de la colusión, por lo que se acerca más a una pregunta por los requisitos de la misma. Fue fallado por el TDLC durante el año 2011, en tanto que la Corte Suprema lo hizo en 2012, si bien se hizo en aplicación de la legislación anterior a la modificación del año 2009, pues los hechos son anteriores a dicho cambio legal (ver Anexo Sentencia N° 118).

La pregunta legal que fue debatida por los entes jurisdiccionales fue: ¿Es necesario que el acuerdo colusorio produzca efectos anticompetitivos para ser contrario a la ley?

El TDLC señaló en este caso que los requisitos en general para que exista colusión son los siguientes: i. Que exista un acuerdo entre competidores para impedir, restringir o entorpecer la libre competencia; ii. Que mediante dicho acuerdo se alcance efectivamente poder de mercado; y iii. Que se abuse de este poder de mercado provocando efectos anticompetitivos. Es decir, el TDLC estima que los efectos anticompetitivos son parte de los requisitos para su sanción de acuerdo con el DL 211, y por tanto deben ser probados.

En tanto que la Corte Suprema, en lo que refiere a los requisitos de la colusión señala que son i. La existencia de un acuerdo; ii. Su objeto de impedir, restringir o entorpecer la libre competencia; iii. La aptitud objetiva de dicho acuerdo para producir algún efecto contrario a la libre competencia, pudiendo ser éste concreto o sólo potencial; y iv. La voluntad y decisión conjunta de llevar a cabo el acuerdo. Es decir, repite lo señalado por el TDLC en cuanto al resto de los requisitos, pero establece que los efectos pueden ser solamente “potenciales” entendiendo que la “potencialidad” del requisito “iii” dice relación con que se ejecuten actos que tiendan a producir el objeto, pero no es necesaria su ocurrencia; no son necesarios sus efectos.<sup>73</sup>

Al respecto podríamos concluir que, a diferencia de lo señalado por el TDLC, para la Corte Suprema el hecho de que un acuerdo colusorio no produzca “efectos” (o estos no hayan sido demostrados) contrarios a la libre competencia como es el poder de mercado y su posterior abuso, no es óbice para su sanción en materia de colusión. Por el contrario:

---

<sup>73</sup> De hecho, en la sentencia confirmatoria rol 1.746-2010 de 29 de diciembre de 2010, la Corte planteó por primera vez dicha doctrina, recogiendo lo señalado por los ministros Oyarzún y Pierry en la consideración séptima del voto de minoría de la sentencia rol 4.052-07 de 28 de enero de 2008.

basta con que tenga potencialidad o tendencia. Esto en definitiva significa que acreditado el acuerdo y su intención de dañar la libre competencia se producirá el ilícito si además se estima que pudo ser dañino a la competencia, pues la causal de “aptitud objetiva” se satisface con la pretensión, voluntad y decisión de llevar a cabo un acuerdo potencialmente dañino a la libre competencia. En otras palabras, la diferencia establecida entre ambos tribunales radica, no en la existencia de éste, sino en los efectos del pacto colusorio, donde la Corte Suprema señala que es necesario que tenga “aptitud objetiva” para producir daño, lo que debe ser entendido como una cuestión potencial o latente, sin necesidad de que se produzca en la realidad, mientras que el TDLC exige que el acuerdo haya producido realmente dichos efectos en el mercado.

Como hemos señalado, a pesar de que la discusión que se da en este caso pareciera ser probatoria, finalmente es una cuestión de requisitos: básicamente, sobre si es necesario concluir que los que se coludieron obtuvieron poder de mercado, es decir, lograron efectos restrictivos a la competencia. Y a diferencia de los casos anteriores o lo que podría esperarse de un tribunal generalista, esta vez la Corte Suprema se pone a la vanguardia de la persecución de carteles, señalando que no es necesario dicho poder o dichos efectos, sino una capacidad teórica de alcanzarlos, a la que llama “aptitud objetiva”.

Este avance de la Corte Suprema nos acerca indudablemente a la regla *per se* que se aplica en el derecho extranjero. Cuestión que revisaremos sucintamente a continuación.

#### a. En Estados Unidos

Como es conocido, en Estados Unidos existe la llamada regla *per se* para la persecución de carteles. En un informe elaborado por el Centro de Regulación y Competencia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, se ha dicho que “El significado de la regla *per se* es relativamente simple: tratándose de conductas que a priori se sabe son manifiestamente anticompetitivas —como lo es la colusión, el mal supremo de la libre competencia—, los tribunales están autorizados a condenar a quienes incurran en las mismas sin necesidad que el demandante realice un completo análisis de mercado relevante y efecto anticompetitivo, y restringiendo la facultad del demandado de invocar defensas de eficiencia”.<sup>74</sup> Es decir, la posición norteamericana al respecto es similar (aunque no idéntica)

---

<sup>74</sup> (Grunberg Pilowsky & Montt Oyarzún, 2010, pág. 21)

a la señalada por la Corte Suprema, en orden a que no es necesario probar los efectos anticompetitivos sino que solamente el acuerdo, pues la colusión sería tan dañina e injustificada desde un punto de vista económico, que sería irrelevante probar si generó los efectos deseados por los participantes.

#### b. En Europa

Una distinción bastante similar existe en el derecho europeo a través de las llamadas restricciones por objeto y las restricciones por efecto. En las que las primeras, operan conforme a la regla *per se* o *cuasi per se*, pues existe una norma excepcional del Derecho Europeo que puede morigerar en ciertos casos la estrictez de la regla *per se*.<sup>75</sup> Es decir, la regla general es que para los acuerdos horizontales de precio se aplique la regla *per se*, lo que significa que no se requiere probar ni el mercado relevante ni los efectos anticompetitivos, ni se admite una defensa de eficiencia, pues el ilícito en cuestión es considerado siempre perjudicial para la competencia.<sup>76</sup>

#### D) Prescripción de la colusión: FNE c/ Air Liquide S.A. y otros<sup>77</sup>

A continuación veremos una segunda pregunta sobre este caso (ver Anexo Sentencia N° 43), esta vez acerca de la prescripción: ¿Desde cuándo comienza a correr la prescripción de la colusión?

El TDLC responde que la colusión es un delito de ejecución continuada, pues implica necesariamente una sucesión de actos en el tiempo destinados a mantener vigente el acuerdo y prolongar sus beneficios esperados. De esta manera, el plazo comienza a correr desde que ésta deja de ejecutarse y no desde el momento en que la práctica comenzó. La Corte Suprema difirió señalando que el plazo comienza a correr desde que se realizó el acuerdo, sin importar si éste se sigue ejecutando en el tiempo.

Veamos a continuación lo dicho por la doctrina extranjera:

#### a. En Estados Unidos

---

<sup>75</sup> (Grunberg Pilowsky & Montt Oyarzún, 2010, pág. 25)

<sup>76</sup> (Grunberg Pilowsky & Montt Oyarzún, 2010, pág. 26)

<sup>77</sup> Rol TDLC 74-05 y Corte Suprema: 5.057-2006

Respecto a esta discusión, la doctrina norteamericana sostiene la posición del TDLC. En efecto, para los propósitos del plazo de prescripción (*statute of limitations*), la doctrina y jurisprudencia norteamericana han dicho que una colusión continúa hasta el momento en que los objetivos de ésta tienen éxito o son abandonados, siendo el propio acuerdo el que determina su objetivo. Así, el plazo comienza a contarse desde que el acuerdo ha cesado.<sup>78</sup>

#### b. En Europa

En el caso del derecho europeo de la competencia, el reglamento N° 1/2003 del Consejo relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado de Roma, establece en su artículo 25 número 2 que “El plazo de prescripción comenzará a contar a partir del día en que se haya cometido la infracción. No obstante, respecto de las infracciones continuas o continuadas, la prescripción sólo empezará a contar a partir del día en que haya finalizado la infracción”. La jurisprudencia por su parte, ha señalado en forma expresa que la colusión es un ilícito que puede ejecutarse en forma continuada si se entregan indicios suficientes para inferir que ha sido así y no se presenta prueba en contrario que lo desmienta.<sup>79</sup>

De esta manera, quedó demostrado que el derecho comparado sigue el concepto del TDLC y no el de la Corte Suprema en esta materia.

### 3.3 Conclusiones y jurisprudencia actual sobre colusión

En general, las revocaciones por parte de la Corte Suprema al TDLC en materia de colusión son bastante pocas, sin embargo éstas dejan un importante registro acerca de la evolución que ha tenido el sistema de persecución de dicha práctica. Sin perjuicio de ello, todo parece indicar que las razones que motivaron las tres diferencias analizadas ya han sido superadas por los cambios legislativos, o las variaciones jurisprudenciales de ambos entes jurisdiccionales.

---

<sup>78</sup> (Brown & Nikhil, 1998)

<sup>79</sup> Sentencia del Tribunal General (Sala Primera) de 17 de mayo de 2013, asuntos acumulados T-147/09 y T-148/09, considerandos 57 al 59.

En efecto, en la jurisprudencia actual del TDLC y la Corte Suprema, existe pleno acuerdo entre ambos entes jurisdiccionales en cuanto a la respuesta a los problemas jurídicos que motivaron las revocaciones analizadas.

Así, en la sentencia del TDLC caratulada “FNE con Servicios Pullman Bus Costa Central S.A. y otros”<sup>80</sup> confirmada por la Corte Suprema,<sup>81</sup> se establece con claridad que se admite la prueba indirecta para acreditar la existencia de un acuerdo monopólico (considerando 152 del TDLC), mientras que la Corte Suprema confirmó aquello en el considerando cuarto de dicho caso: “...en doctrina se habla de dos formas de probar la existencia de la colusión: la denominada evidencia dura y la evidencia circunstancial. La evidencia del primer tipo corresponde a pruebas materiales, como documentos, minutas, grabaciones, correos electrónicos, que muestran claramente que ha existido comunicación directa entre empresas para acordar precios o repartirse el mercado. Puede resultar que una sola evidencia si es grave y precisa puede ser suficiente para lograr convicción del establecimiento de los hechos; por ejemplo, un solo correo.

La evidencia circunstancial, en cambio, emplea el comportamiento comercial de las firmas en el mercado, el cual se presume. A su vez, existen dos tipos de evidencia circunstancial: la evidencia económica, como los movimientos en precios que no se encuentran vinculados a la variación de factores de costo y demanda; y la evidencia de comunicación, como las conversaciones telefónicas o reuniones.

En conclusión, el acuerdo colusorio entre agentes económicos puede ser acreditado tanto por prueba directa como indirecta”.<sup>82</sup>

De manera que, finalmente, la respuesta sistémica que nos ocupaba ha sido respondida con la posición inicial del TDLC, corrigiendo el máximo tribunal los fallos que tratamos anteriormente.<sup>83</sup>

---

<sup>80</sup> Rol TDLC 224-11 de 15 de enero de 2014.

<sup>81</sup> Rol 6.249-2014 de 20 de abril de 2015

<sup>82</sup> Para un análisis sobre esta arista ver: (Araya Jasma, 2015)

<sup>83</sup> En la última sentencia en la que se trató este asunto por parte de la Corte Suprema, rol 21.536-2014 de 20 de enero de 2015, se sostuvo que los indicios, como prueba indirecta, incluyen en sí la prueba del elemento volitivo, que era la exigencia que dicha Corte hacía en la primera revocación (ver considerando séptimo). Respecto al elemento subjetivo en los ilícitos en sede de competencia, Enrique Barros ha señalado que éste es un elemento de la responsabilidad infraccional que no puede ignorarse a pesar del problema probatorio general existente en el que el juzgador sólo puede probarlo por medio de inferencias (Barros Bourie, 2006, págs. 1045-1046)

De la misma forma, las mismas sentencias citadas responden a la pregunta por la prueba de los efectos anticompetitivos, señalando el TDLC en su considerando centésimo quincuagésimo primero que "...lo que ha de mirarse es la aptitud de un acuerdo determinado para generar efectos anticompetitivos, con independencia de si, en los hechos, tales efectos llegan a producirse ya que, como se ha resuelto en la jurisprudencia comparada, 'no es necesario tener en cuenta los efectos concretos de un acuerdo cuando es evidente que su objeto es impedir, restringir o falsear la competencia' (Corte Europea de Justicia, *Commission v. Anic Participazioni SpA*, Caso 49/92). Así, una vez acreditado el acuerdo y su aptitud para generar efectos lesivos de la libre competencia, éste debe ser declarado ilícito, debiendo considerarse la materialización (o no) de sus efectos y su importancia sólo como algunos de los elementos a considerar para graduar la sanción a aplicarse, conforme al requisito de gravedad de la conducta a que alude el artículo 26 del D.L. N° 211".<sup>84</sup>

Por su parte, la Corte Suprema confirma el fallo, reafirmando lo que ya había sostenido antes,<sup>85</sup> y es que no es necesario que la colusión produzca efectos anticompetitivos, sino que basta con que tienda a producirlos. Señala la Corte en su considerando tercero que "...la conducta colusiva para que se verifique no necesita desencadenar un resultado gravoso para el sujeto pasivo de la actividad desplegada, de manera que por el solo hecho de existir la concertación y que ésta busque modificar la conducta de un agente del mercado con el fin de obtener por parte de quienes deciden coludirse un beneficio de índole patrimonial, no puede ser sino tomado como un atentado contra los principios básicos que sustentan las normas que por medio del Decreto Ley N° 211 se buscan salvaguardar...".

Vemos entonces que el TDLC y la Corte están contestes en este asunto, siendo la prueba de los efectos anticompetitivos una discusión superada, donde finalmente se impuso lo expuesto por nuestro máximo tribunal, quien contrariamente a lo esperado, se acercó más que el TDLC a la doctrina comparada, generando un cambio radical y de gran importancia en el sistema.

Ahora bien, la nueva reforma realizada al DL 211 -que está a la espera de ser promulgada- modificó el artículo 3° inciso segundo, letra a) de dicho cuerpo legal,

---

<sup>84</sup> Rol TDLC 224-11 de 15 de enero de 2014.

<sup>85</sup> No sólo en el fallo revocatorio analizado la Corte sostuvo esto, sino también en casos como el rol 5.937-2008, de 29 de diciembre de 2008, además de la sentencia rol 1.746-2010 de 29 de diciembre de 2010.

eliminando el requisito de que los acuerdos o prácticas concertadas que consistan en fijar precios de venta o de compra, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado, o afectar el resultado de procesos de licitación, (carteles duros) tengan que conferir poder de mercado para ser sancionados.

Esto implica que nuestra institucionalidad ha introducido la regla *per se*, por lo cual bastará con probar la existencia del acuerdo para sancionar el acto cuando se trate de carteles duros. En lo que concierne al resto de acuerdos o prácticas concertadas, que consistan en determinar condiciones de comercialización o excluir a actuales o potenciales competidores, y a nuestro entender, también los carteles que no aparecen enumerados en dicha letra, se seguirá aplicando el requisito de que “confieran poder de mercado”, de manera tal que esta distinción realizada por la Corte Suprema y seguida por el TDLC, en virtud de la cual no es necesario probar los efectos anticompetitivos sino la aptitud objetiva de generarlos, debería continuar teniendo aplicación en nuestro derecho de competencia.

Algo similar sucedió con el caso de prescripción analizado, pues la diferencia doctrinal entre los entes jurisdiccionales fue solucionada por medio de una modificación legislativa al DL 211. En efecto, la sentencia revocada sobre prescripción es previa a la reforma que introdujo la Ley 20.361 del año 2009, que en su artículo 1 n° 10 letra c) modificó el artículo 20 del DL 211. Gracias a ella, la prescripción de la colusión no sólo obtiene un plazo más largo (cinco años, en tanto que en el resto de las conductas es de tres años), sino que la ley en forma expresa resuelve la pregunta legal planteada, diciendo que el cómputo de la prescripción de la colusión no iniciará mientras se mantengan en el mercado los efectos imputables a la conducta objeto de la acción.

Así lo ha reconocido también la Corte Suprema en su última sentencia al respecto, caratulada “FNE con Agrícola Agrosuper S.A y otros”<sup>86</sup> diciendo, en su consideración octogésima cuarta que “...corresponde entender que subsiste tal conducta infraccional (la colusión), esto es, que está siendo ejecutada mientras se mantenga la determinación y aplicación de dicha asignación entre los competidores, lo cual importa concluir que sólo ha cesado el ilícito de colusión una vez que ha terminado la voluntad, expresa o tácita de sus partícipes, de permanecer en él y, por ende, no ha comenzado a correr término de prescripción alguno en tanto las requeridas han continuado asignándose cuotas de

---

<sup>86</sup> Rol Corte Suprema 27.181-2014, de 29 de octubre de 2015

producción, por cuanto la conducta abusiva ha seguido verificándose (paréntesis agregados)".<sup>87</sup> De esta manera, esta desprolijidad en la visión de la Corte, ha sido corregida en forma expresa por una modificación legal.

### 3.4 Ilícitos abusivos

En esta sección damos énfasis a los casos contemplados en el artículo 3° inciso segundo letra b) y c), que son aquellos que, según el profesor Domingo Valdés, consisten en la explotación injusta del poder de mercado que tiene un monopolio estructural.<sup>88</sup>

En sentido lato, las colusiones que veíamos anteriormente se caracterizan por ser actos en los que un conjunto de competidores adquieren una posición dominante de forma injusta o contraria al derecho de competencia. En cambio, los ilícitos que veremos a continuación tratan sobre competidores que, teniendo poder de mercado, lo utilizan de manera tal que contravienen el derecho de la competencia, según hemos visto.

Los ilícitos abusivos pueden ser divididos en prácticas exclusorias y explotativas. En las primeras, los agentes económicos se prevalen de su posición dominante para mantener a distancia competidores actuales o potenciales que podrían impedir, menoscabar o disputar la renta monopólica, en tanto que en las segundas se persigue explotar una renta monopólica concretamente.<sup>89</sup> Evidentemente, las prácticas que pueden cometerse dentro de esas clasificaciones son prácticamente innumerables, si bien la doctrina ha distinguido y nombrado algunas subclasificaciones, de las cuales nos prevalearemos para su análisis.<sup>90</sup>

#### -Ilícitos abusivos exclusorios

##### A) Requisitos de las prácticas predatorias: Quimel S.A c/ James Hardie Ltda.<sup>91</sup>

---

<sup>87</sup> Cuestión que también ha reconocido anteriormente en sus sentencias rol 5.308-2012 de 24 de septiembre de 2013 (considerando vigésimo); y 6.249-2014 de 20 de abril de 2015 (considerando vigésimo).

<sup>88</sup> (Valdés Prieto, 2006, pág. 545)

<sup>89</sup> (Valdés Prieto, 2006, pág. 562)

<sup>90</sup> Las subclasificaciones aquí utilizadas fueron obtenidas de: (Fiscalía Nacional Económica, 2013)

<sup>91</sup> Rol TDLC: 42-04 y Corte Suprema: 3.449-2006

En lo que refiere a las prácticas predatorias, el TDLC ha fallado al menos 5 casos, en los que ha condenado sólo 1.<sup>92</sup> De esos 5 casos, han sido reclamados 4, y de esos 4, la Corte Suprema ha revocado sólo 1, el cual pasó de ser absolutorio a condenatorio y lo veremos a continuación:

Este caso además tiene la particularidad de que fue el primero que el TDLC falló en esta materia, lo que ocurrió el año 2004, en tanto que la Corte Suprema lo hizo el año 2006 (ver Anexo Sentencia N° 39).

Las preguntas legales que se dieron entre ambos tribunales, eran si la posición dominante en el mercado es o no un requisito necesario para incurrir en la práctica predatoria establecida en el art 3° inciso segundo letra c) del DL 211, y bajo qué nivel de costos se produce efectivamente dicha práctica.<sup>93</sup>

Respecto a lo primero, el TDLC determinó que la posición dominante es un requisito esencial para este ilícito, pues debe poder generar una expectativa razonable de recuperar a futuro las pérdidas de corto plazo asociadas a ella. Sin embargo, la Corte Suprema -en una interpretación literalista del art. 3° inciso segundo, letra c) del DL 211-<sup>94</sup> revocó, señalando que no aparece en la ley como requisito el que exista una posición dominante de quien ejecuta dicho acto, por lo cual sentenció que el actuar de James Hardie era contrario a lo dispuesto a nuestra ley de competencia.

Respecto a la segunda pregunta, el TDLC estableció que para que exista una práctica predatoria, sería necesaria una venta bajo el nivel de costos evitables relevantes, cuestión que no se dio en el caso, por lo cual reforzó aún más su convicción de que no estaba demostrado que dicha conducta realmente haya acaecido. Aquella determinación fue

---

<sup>92</sup> Rol TDLC 50-04 de 7 de septiembre de 2005, caratulado "FNE con TV Cable Loncomilla y otros". Este caso tiene muchas particularidades, pues además de ser el único caso condenatorio del TDLC en la materia, la Corte lo aprobó (rol 5.005-05 de 23 de noviembre de 2005) y lo hizo antes que el fallo revocatorio que tenemos en comento, si bien inició con posterioridad al primero. No sólo eso, en la sentencia de reclamación, la Corte Suprema había seguido el mismo criterio que el TDLC, y que luego, extrañamente, discute en la reclamación que tenemos en revisión ahora.

<sup>93</sup> Por cuestiones de economía hemos tratado las dos preguntas legales en un mismo análisis, por ser el único caso revocatorio de esta práctica anticompetitiva, además de tratarse de preguntas legales compatibles.

<sup>94</sup> Dicho artículo versaba así: "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: "c) Las prácticas predatorias, o de competencia desleal, realizadas con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante"

totalmente ignorada por la Corte Suprema, quien señaló sencillamente, y sin hacerse cargo de esto último, que se requería que la venta fuera bajo niveles artificialmente bajos, lo cual entiende como una venta bajo el costo sin mediar eficiencia.

La doctrina extranjera también nos deja algunos antecedentes, revisaremos a continuación un poco de lo señalado en Estados Unidos y Europa.

a. En Estados Unidos

En cuanto a los precios predatorios, la doctrina norteamericana ha distinguido definiciones y requisitos que se desprenden de las primeras. De acuerdo con lo señalado por Elhauge y Geradin, la preocupación por los precios predatorios sería que las empresas pueden estratégicamente reducir los precios a niveles no rentables en el corto plazo con el fin de eliminar o disciplinar a los rivales, y luego subir los precios de largo plazo a niveles supracompetitivos, infligiendo un daño neto a largo plazo para los consumidores. De esta manera, el problema es que tales precios perjudiciales son a menudo difíciles de distinguir de la deseable y competitiva reducción de precios, por lo que los intentos para condenar a los primeros pueden llevar erróneamente a condenar y disuadir a esta última. Entonces, concluyen que la preocupación generalizada de la doctrina de precios predatorios es, pues, una regla que adecuadamente los disuade sin disminuir demasiado la competitiva reducción de precios.<sup>95</sup>

Según Elhauge y Geradin tal *overdeterrence* (disuasión) plantea un grave problema, porque la reducción de precios competitiva es una de las actividades comerciales más deseables, y porque los rivales tienen un gran incentivo anticompetitivo para detenerla, cuestión que, a nuestro juicio, sucedió con la decisión de nuestra Corte Suprema. Los autores señalan que lo último que uno querría sería que las empresas puedan usar la ley antimonopolio para disciplinar los recortes de precios de su rival. Esta preocupación por tal *overdeterrence* (disuasión) juega en muchos aspectos doctrinales, y conduce a algunos tribunales a establecer criterios altos para demostrar que existen precios predatorios, como los que, a nuestro parecer, bien estableció el TDLC.

Según los autores, los tribunales de Estados Unidos lo han hecho al concluir que la mera intención de tener tal efecto depredador no es suficiente y por tanto requiere una prueba de

---

<sup>95</sup> (Elhauge & Geradin, 2011, pág. 353)

dos factores: la fijación de precios por debajo del costo, y la probable recuperación supracompetitiva. También lleva a algunos tribunales a imponer mayores estándares de prueba para demostrar los elementos, o a estar menos dispuestos a inferir la existencia de alguna conspiración de precios predatorios, lo que parece diferente a lo señalado por la Corte Suprema chilena.

Por supuesto, y de acuerdo con Elhauge y Geradin, el problema recíproco es que todos esos esfuerzos para reducir la disuasión (*overdeterrence*) de precios competitivos deseables, haciendo más difícil la prueba de los precios predatorios, también aumentará necesariamente la *underdeterrence* (disuasión) de precios predatorios indeseables.<sup>96</sup>

#### b. En Europa

En Europa, la práctica predatoria se puede definir como aquella en que una empresa dominante baja su precio y por lo tanto deliberadamente incurre en pérdidas o renuncia a ganancias en el corto plazo, a fin de que pueda eliminar o disciplinar a uno o más rivales, o para prevenir la entrada de uno o más rivales potenciales. De acuerdo con esto, la exclusión del rival puede permitir que el dominante aumente aún más los precios, por encima de los niveles superiores a los competitivos, por un período significativo. En tales circunstancias, aunque los consumidores pueden beneficiarse a corto plazo de los precios bajos, en el largo plazo pueden estar peor.<sup>97</sup>

Al igual que la discusión que se da en nuestro sistema y en la discusión norteamericana, es problemático el hecho de que los precios predatorios son, en la práctica, difíciles de distinguir de la competencia de precios normal. El descenso de los precios, como la parte directamente visible de la depredación, es también un elemento esencial de la competencia y el bienestar del consumidor, pues los consumidores se benefician cuando las empresas compiten agresivamente a precios tan bajos como sea posible. Además, en Europa se entiende que la baja de precios temporal puede ser necesaria para llevar un nuevo producto al mercado o entrar en un nuevo mercado, que es justamente la situación que se daba en el caso chileno en comento.<sup>98</sup> Como resultado, en el Derecho Europeo de la competencia existe un consenso general de que los precios no son predadores meramente porque una

---

<sup>96</sup> (Elhauge & Geradin, 2011)

<sup>97</sup> (Faull & Nikpay, 2014, pág. 397)

<sup>98</sup> En efecto, la demandada en el caso que analizábamos era una empresa extranjera que estaba entrando al mercado.

empresa dominante está bajando su precio. En otras palabras, las empresas dominantes no tienen la responsabilidad especial de mantener los precios por encima de un cierto nivel para asegurar que los rivales siguen siendo rentables y activos en el mercado.<sup>99</sup>

### 3.5 Conclusiones y jurisprudencia actual sobre precios predatorios

La determinación de la Corte Suprema respecto a que no es necesaria la posición dominante para cometer el ilícito de precios predatorios, si bien se ampara en la literalidad del artículo 3° del DL 211, parece ser contraria a los sostenido por las concepciones modernas de origen extranjero, y de hecho ha sido impopular entre los especialistas nacionales, pues resulta evidente que si no se requiere posición dominante para dicha práctica, ¿cómo distinguimos la práctica predatoria de la competencia misma que es ejercida por un competidor eficiente? ¿Sólo si vende bajo pérdidas? Aquello sería absurdo, por cuanto para entrar al mercado muchas inversiones involucran trabajar durante cierta cantidad de tiempo con pérdidas, además de otras razones justificativas como *loss leading*, liquidación de *stocks* remanentes, entre otros.<sup>100</sup>

Sin embargo, y a pesar de su impopularidad y de que es una sentencia “antigua” para nuestro sistema actual, la Corte Suprema ha repetido esta jurisprudencia. En efecto, en la sentencia del caso caratulado “GPS Chile S.A. con Entel PCS S.A. ”.<sup>101</sup> y que fue fallado en abril de 2009, la Corte reafirmó lo dicho. Así en el considerando tercero de esta última señaló: “De esta disposición resulta claro, tal como ha sostenido esta Corte con anterioridad, que no es necesario para estar frente a una práctica predatoria que quien la ejerza tenga una posición dominante en el mercado, desde que uno de sus objetivos es justamente alcanzar ésta precisamente por no tenerla”.

Por lo tanto es un tema de resolución pendiente en nuestro sistema, pues el TDLC sigue afirmando que se requiere poder de mercado, mientras la Corte ha mantenido su interpretación literalista del DL 211, la cual puede reaparecer en cualquier momento en el

---

<sup>99</sup> (Faull & Nikpay, 2014, pág. 397)

<sup>100</sup> (Ybar Abad, 2014, pág. 28)

<sup>101</sup> Rol Corte Suprema 97-09, de 8 de abril de 2009. Esta sentencia no aparece en este análisis, porque no obstante establecer una diferencia entre el TDLC y la Corte Suprema, la Corte confirmó el fallo por otras consideraciones, en torno a que no se acreditó la conducta en sí.

futuro. Ante esto, la FNE y los privados deberán considerarlo al presentar casos como éste en sus reclamaciones.<sup>102</sup>

Respecto al requisito sobre los “costos”, el TDLC en el referido caso entre GPS y Entel<sup>103</sup> sigue insistiendo que el predador debe vender bajo los costos evitables relevantes, mientras que la Corte Suprema, si bien no se hizo cargo de dicho requisito en esa sentencia, sí ha aceptado lo dicho por el tribunal en otro fallo anterior a ese, y posterior a la revocación que tenemos en comento. Así, en la sentencia caratulada CMET S.A.C.I. con Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A., la Corte confirmó el criterio jurisprudencial sobre costos evitables levantado por el TDLC,<sup>104</sup> utilizándolo como requisito a probar en un caso de precios predatorios, lo cual es coherente con un correcto análisis económico, y que se encuentra presente en la mayoría de las jurisdicciones extranjeras.<sup>105</sup>

B) Requisitos de los abusos exclusorios: Naviera Valdivia y otros c/ Ministerio de Obras Públicas<sup>106</sup>

El caso que se presenta a continuación fue fallado por el TDLC el año 2012, y por la Corte Suprema el año 2013. Trata sobre una empresa naviera que compite con las demandantes y que por la vía de una licitación se integró verticalmente, de manera tal que obtuvo el control de un puerto que es necesario a sus competidores para prestar servicios de transporte. Acto seguido comenzó a realizar altos cobros a éstos por su uso (ver Anexo Sentencia N° 121).

Ni el TDLC, ni la Corte Suprema dan un nombre específico o particular a esta práctica anticompetitiva, tratándola simplemente como un abuso exclusorio.<sup>107</sup> La pregunta legal que

---

<sup>102</sup> Una forma de argumentar ante la Corte sobre este error de interpretación literal, sería convencerla de que no es aplicable al derecho de competencia las normas de interpretación del artículo 19 y siguientes del Código Civil y la RAE, sino que hacerlo de acuerdo con los dictados de la economía en general y de la organización industrial en particular, ver (Montt Oyarzún, 2010).

<sup>103</sup> Rol TDLC 111-06, de 4 de diciembre de 2008.

<sup>104</sup> Rol Corte Suprema 5123-2008 de 10 de noviembre de 2008, considerando segundo.

<sup>105</sup> (Ybar Abad, 2014)

<sup>106</sup> Rol TDLC: 219-11 y Corte Suprema: 4.470-2012.

<sup>107</sup> Tiene elementos similares a lo que María de la Luz Domper ha llamado “estrangulamiento de márgenes discriminatorio” (Domper Rodríguez, 2009). Sin embargo, como hemos señalado, los entes jurisdiccionales no los llaman de esa forma, y doctrinariamente este tipo de casos no se considera como estrangulamiento de márgenes por tratarse de servicios y no de bienes.

diferencia a ambos sentenciadores es: ¿Qué efectos debe producir un acto para que éste sea considerado exclusorio?

El TDLC determinó que para que un acto sea exclusorio es necesario que genere una ventaja competitiva en favor de un competidor por sobre el resto, sin que dicha ventaja tenga justificación económica alguna. Sin embargo, la Corte Suprema, con un criterio a nuestro juicio muy difícil de explicar, señaló que sería necesario que dicho acto genere la salida del mercado por parte del resto de los competidores, pues mientras éstos se mantengan en el mercado, o realicen actos que demuestren que aún ejercen su autonomía de la voluntad con respecto al competidor que supuestamente tiene dicha ventaja, no puede considerarse que exista acto exclusorio alguno, ni que se infrinja lo dispuesto en el art. 3° del DL 211.

Es decir, para la Corte Suprema la conducta exclusoria en cuestión sólo puede ser sancionada una vez que logre efectivamente sacar del mercado a un competidor, en tanto que para el TDLC sí es sancionable en la medida que dicho acto no tenga justificación económica alguna.

En efecto, la Corte Suprema requeriría que se verificara la exclusión para que se diera este abuso, por ejemplo, con que los competidores llegaran a la insolvencia o que se retiraran del mercado. Dicha idea no parece ser razonable en el entendido que las empresas podrían salir pronto del mercado y la jurisdicción debería poder intervenir antes de que se produzcan efectos aún más indeseados como la salida de un competidor y la consecuente disminución o eliminación de la competencia en el mercado en cuestión, además de, por supuesto, los serios daños que sufren los consumidores, salgan o no los competidores del mercado.

Estudiaremos a continuación cómo se ha entendido esto en la doctrina comparada:

a. En Estados Unidos

El artículo 2 de la ley Sherman prohíbe las conductas que signifiquen “monopolizar, o intentar monopolizar el comercio”. A partir de ahí, la jurisprudencia y doctrina construye sus argumentos para sancionar las prácticas exclusorias. De acuerdo con una parte de la doctrina, la mayoría de las prácticas exclusorias pueden comprenderse como un intento de un competidor para aumentar el costo de los otros competidores, y los casos más citados

son maniobras para subir el precio de los insumos utilizados por éstos.<sup>108</sup> Entre ellas se cuentan la de adquirir insumos esenciales y luego negar su uso o fijar precios excesivos por su uso a fin de incrementar el costo de las otras empresas, como el caso en comento. En aquel sistema se considera que este tipo de abusos son contrarios al derecho de la competencia aun cuando no se genere la exclusión de los competidores, pero se aumenten los beneficios y participación en el mercado de quien la ejecuta.<sup>109</sup>

#### b. En Europa

El artículo 82 del Tratado de Roma es el que sanciona los abusos de posición dominante. En aquel sistema existen una serie de casos emblemáticos sobre abusos exclusorios similares al que tenemos en comento, uno de ellos es B&I c/Sealink de 1992, en el que una empresa que ofrecía servicios de transporte se integró verticalmente siendo el concesionario de un puerto (insumo esencial), para luego negar la venta a sus competidores e imponerles condiciones discriminatorias, razón por la cual fue condenada. Sin embargo, la jurisprudencia europea también absolvió en un caso similar a la misma empresa, cuando las condiciones de contratación fueron halladas justificadas y no implicaban un tratamiento discriminatorio (Sea Containers c/Sealink, 1994).<sup>110</sup> De esta manera podemos observar que el TDLC ha seguido lo señalado por la jurisprudencia europea al sancionar al competidor que, integrándose verticalmente en el mercado, luego impone condiciones de contratación respecto de su competidor que carecen de justificación económica.

### 3.6 Conclusiones y jurisprudencia actual sobre abusos exclusorios

La posición de la Corte Suprema parece no estar en sintonía con el derecho comparado, ni tener una justificación jurídica y económica suficiente, pues un acto exclusorio produce efectos contrarios a la competencia aun cuando todavía no se ha verificado la salida de los competidores del mercado. Esto toda vez que, dados los mayores costos que enfrentan los competidores, éstos tendrán que elevar sus precios pese a que en el proceso productivo puedan ser igual o más eficientes que el competidor que ejerce el acto, lo que podría

---

<sup>108</sup> (Salop & Scheffman, 1983)

<sup>109</sup> (Coloma, 2002, pág. 3)

<sup>110</sup> (Coloma, 2002, pág. 14)

significar su salida inminente del mercado, incluso si al tiempo en el que se realiza la demanda, éstos están absorbiendo dichos costos. De hecho, si los competidores afectados logran mantenerse en el mercado, claramente la competencia se enfriará, lo que significará alzas en los precios y claros menoscabos en el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica. Por lo tanto, creemos que la Corte Suprema yerra en su planteamiento, siendo necesario que pueda rectificar su posición al respecto.

Respecto a la evolución jurisprudencial, debemos consignar que no se ha presentado nuevamente un caso similar a este. Ahora bien, si nos alejamos de las consideraciones de hecho de este abuso exclusorio, y nos enfocamos en los requisitos que la Corte Suprema exige para otros abusos tendientes a expulsar a un competidor del mercado, es decir, para los abusos exclusorios en general, veremos que dicho ente jurisdiccional, en su último fallo en la materia y que es anterior al caso en comento, no exigió que el competidor salga del mercado para sancionar la conducta. En efecto, en la sentencia caratulada "Fiscalía Nacional Económica y otro con Chiletabacos"<sup>111</sup> la Corte Suprema no necesitó como requisito la verificación de dicho resultado.

Así, este caso queda pendiente en cuanto a su resolución por el hecho de ser un tanto aislado, si bien es el último en la materia. De manera que será la litigación futura que se realice en la Corte la que determine si estamos ante un giro doctrinario importante sobre esta conducta o se trata de un traspié aislado en el análisis de nuestro máximo tribunal.

C) Requisitos de la negativa injustificada de contratar:<sup>112</sup> FNE c/ Telefónicas Móviles Chile S.A. y otros<sup>113</sup>

Este caso fue fallado por el TDLC a mediados del año 2013, en tanto que por la Corte Suprema fue sentenciado a finales del mismo año (ver Anexo Sentencia N° 104).

La pregunta legal gravitante que determinó la revocación por parte de la Corte Suprema fue: ¿Cuáles son los requisitos de la negativa injustificada de venta?

---

<sup>111</sup> Rol Corte Suprema 11.968-2011 de 4 de diciembre de 2012.

<sup>112</sup> También puede ser considerado como una especie de discriminación arbitraria.

<sup>113</sup> Rol TDLC: 139-07 y Corte Suprema: 7.781-2010

Antes de conocer las respuestas otorgadas por los entes jurisdiccionales, es necesario consignar un asunto que aparece con mayor claridad en el Anexo, sobre las razones de hecho de la causa. Amén de lo anterior, es preciso decir que las requeridas eran concesionarias de la totalidad del espectro radioeléctrico para servicios de telefonía, y que unas empresas que no tenían dicha concesión, querían operar como Operadores Móviles Virtuales (OMV<sup>114</sup>), para lo cual necesitaban –como insumo esencial para entrar al mercado– que les vendieran el uso de dicho espectro. Sin embargo, las requeridas señalaban que para ello necesitaban de la autorización legal, que era la concesión misma.

En este contexto, el TDLC respondió a la pregunta legal señalado que la negativa injustificada de venta está constituida por tres requisitos que le dan consistencia: 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 coludidos, niegue o nieguen a tal persona el suministro; iii) Que el referido agente económico esté dispuesto y habilitado para 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 tanto que para la Corte Suprema los requisitos son mucho más sencillos, pues la negativa injustificada de venta sería toda conducta que tenga por efecto la no satisfacción plena a un pedido efectuado o la demora sistemática e injustificada a su atención.

A decir verdad, las definiciones de ambos entes jurisdiccionales son tan diversas que parecieran ser inconmensurables; sin embargo, podemos sostener que lo discutido acá, más allá de la definición, dice relación con el requisito iii) del TDLC. En efecto, para la Corte Suprema, a diferencia de lo señalado por el TDLC, no es requisito que el demandante del bien en cuestión esté “habilitado para aceptar las condiciones comerciales usualmente establecidas por el proveedor a otros agentes económicos”. Es decir, mientras el TDLC

---

<sup>114</sup> Un OMV es un operador del servicio público de telecomunicaciones que no cuenta con redes propias y, en consecuencia, presta servicios a través de la red de un tercero. Es una especie de subcontratación o reventa de servicios de telefonía móvil.

pone un énfasis adicional en las condiciones que tiene el afectado por la discriminación, la Corte Suprema lo descarta y pone su énfasis en la actitud que tiene el que ejecuta la discriminación, para así determinar si aquella es o no justificada. En otras palabras, no se trata de si el afectado por la negativa de venta tiene o no la habilidad (en este caso legal, que era tener previamente una concesión), sino que se trata de si el proveedor no satisface adecuadamente la solicitud a un pedido realizado por el afectado, por ejemplo, realizando al menos una oferta con independencia de los permisos legales pertinentes.

La jurisprudencia comparada, particularmente el derecho norteamericano también nos entrega algunas aproximaciones sobre la negativa de venta:

a. En Estados Unidos

La negativa injustificada de venta o de contratar, o según sus términos en inglés *refusal to supply o refuse to deal*, en Estados Unidos tiene como requisito esencial el que exista poder monopólico, pues el agente económico que lo carece puede elegir unilateralmente con quién contratar, sin miedo a la responsabilidad antimonopolio. Es decir, las cosas se complican cuando la empresa tiene poder dominante en el mercado, donde la idea es que si bien no tiene obligación general de cooperar con sus rivales, tampoco tiene un privilegio para no tratar.<sup>115</sup>

Las normas legales norteamericanas de carácter general aplicables al abuso de posición dominante indican que las exclusiones por un monopolista o empresa dominante que obstaculizan la competencia rival son excluyentes si no son “competencia de méritos” o “competencia normal”. Sin embargo, se ha indicado que el problema de ese test y de otros similares es que no explicarían cuál de las exclusiones que dificultan la competencia rival se deben permitir y cuales condenar.<sup>116</sup>

Según Elhauge y Geradin, al menos un caso de la Corte Suprema de Estados Unidos indicó que la norma fundamental al respecto sería la eficiencia económica, la equiparación de "exclusión indebida" con "la exclusión que no viene del resultado de una eficiencia superior" y afirmando que "Si una empresa ha estado tratando de excluir a sus rivales en alguna base que no sea eficiencia, es justo caracterizar su comportamiento como

---

<sup>115</sup> (Elhauge & Geradin, 2011, pág. 415)

<sup>116</sup> (Elhauge & Geradin, 2011, pág. 415)

depredador".<sup>117</sup> Sin embargo, indican Elhauge y Geradin que esta aparente identificación de la eficiencia como la norma en cuestión no se ha repetido en otros casos de monopolización ante la Corte Suprema norteamericana, e incluso esta decisión no deja claro que la eficiencia sea el único estándar normativo, en lugar de que sea sólo uno de los factores para determinar si una justificación es "válida" o no.<sup>118</sup>

#### b. En Europa

En este contexto, el Tratado de Roma, en su artículo 82, trata la negativa injustificada a contratar como una modalidad de abuso de poder dominante, por lo cual, como requisito exige tener poder de mercado. De esta manera, en principio, negarse a contratar con un tercero es plenamente válido. Así, los requisitos son: i) que exista una conducta (negativa a contratar); ii) que ésta provoque efectos sobre la competencia, lo que se determina examinando el verdadero daño que se causa al agente de mercado interesado en contratar (requisitos de configuración) y finalmente; iii) que no debe existir una justificación objetiva para la misma, entendiendo dicha justificación como que haya cualquier otra razón por parte del demandado diferente a la de eliminar al agente de mercado interesado en contratar del mismo, o en otras palabras, que en términos de eficiencia no le convenga a éste llevar a cabo la transacción.<sup>119</sup>

### 3.7 Conclusiones y jurisprudencia actual sobre negativa injustificada de contratar

A pesar de que puede depender del contexto específico del caso en cuestión, pareciera ser que los requisitos que cada tribunal estima para la configuración de la negativa injustificada de contratar, se diferencian en que nuestro tribunal antimonopólico pone un requisito adicional en las características del sujeto pasivo, pidiéndole que esté habilitado para hacer uso del bien que le es negado en venta. Por otra parte, la Corte Suprema suprime consideraciones sobre las condiciones del sujeto pasivo, y pone su mirada sólo en el sujeto activo, para caracterizar a la negativa de venta, simplemente, como una demora o no satisfacción plena a la demanda de un bien o servicio, que carece de justificación.

---

<sup>117</sup> (Elhauge & Geradin, 2011, pág. 415)

<sup>118</sup> (Elhauge & Geradin, 2011, pág. 415)

<sup>119</sup> (Pons Letelier, 2014, págs. 77-78)

Sin embargo, en ambas aproximaciones jurídicas pareciera no ser relevante lo que sí lo es en la doctrina norteamericana y europea: la necesidad de que exista posición dominante. Si bien en la posición del TDLC se puede ver que dicho requisito se encuentra implícito en los requisitos i y ii, en la posición de la Corte Suprema no se observa aquello con claridad, lo que da a entender que podrían ser condenados como infractores de abuso de posición dominante, empresas que ni siquiera tienen una posición dominante de la cual abusar.

No obstante, es preciso descartar aquella conclusión por dos razones: la primera es que el contexto del caso concreto se da en un ambiente en el cual la “posición dominante” no es un asunto a discutir, pues es evidente que las empresas telefónicas requeridas en su conjunto, tienen posición dominante al poseer la totalidad del bien esencial en cuestión, esto es, el espectro radioeléctrico. La segunda es porque en la doctrina posterior de ambos tribunales se exige aquel requisito, así, en un reciente fallo del TDLC, confirmado por la Corte Suprema, entre Multicaja S.A. y Multitarjeta S.A. con Banco del Estado de Chile,<sup>120</sup> ambos sostienen como elemento para sancionar, la existencia de dicho poder.<sup>121</sup>

De hecho, creemos que es posible sostener que esta diferencia doctrinal tenga más bien relación con una particularidad del caso, a saber, que existía un vacío regulatorio en Chile respecto a la posibilidad de tener empresas telefónicas bajo el sistema OMV, y que esto llevó al TDLC a considerar en forma equívoca el requisito “(iii)”, que había establecido en su jurisprudencia anterior para que se configure la negativa de venta, agregando esta vez que el agente económico “esté habilitado para aceptar las condiciones de contratación”.<sup>122</sup> En efecto, en sus fallos anteriores, el TDLC no había agregado la palabra “habilitado”, sino que sólo había requerido “que el agente económico esté dispuesto a aceptar las condiciones que el proveedor impone respecto de sus clientes”,<sup>123</sup> mientras que la Corte Suprema había

---

<sup>120</sup> Rol TDLC 246-12 de 15 enero de 2015, y rol Corte Suprema 1.646-15 de 30 de noviembre de 2015.

<sup>121</sup> De hecho, su ausencia en aquel caso motivó el rechazo de la demanda en ambas sentencias, sin pronunciarse acerca del resto de los requisitos.

<sup>122</sup> Es preciso consignar que los vacíos regulatorios que nacen producto de la convergencia tecnológica en materia de telecomunicaciones son bastante importantes para la institucionalidad de competencia. En efecto, y como hemos dicho anteriormente en este trabajo, las telecomunicaciones son un caso paradigmático de monopolios naturales que por su desarrollo técnico luego permiten la competencia. A tal punto es esto, que existen al menos dos casos más en los que la jurisdicción antimonopolios ha sido llamada a resolver los problemas de competitividad generados por vacíos legales de dicho mercado. Así ver “Voissnet S.A. y FNE contra CTC”, rol TDLC 60-05 de 26 de octubre de 2006 y Corte Suprema 6236-06 de 4 de julio de 2007; y el caso “OPS y otros con Telefónica Móviles de Chile S.A.” rol TDLC 126-07 de 15 de octubre de 2009 y rol Corte Suprema 8077-2009 de 7 de julio de 2010.

<sup>123</sup> Sentencia TDLC rol 185-09 de 7 de diciembre de 2010, considerando vigésimo sexto.

confirmado en forma expresa dichos requisitos.<sup>124</sup> Así, podemos concluir que este caso es excepcional por tratarse de un vacío regulatorio que llevó al TDLC a fallar en forma errática, y en el que la Corte actuó de manera favorable a la competencia, facilitando la entrada de nuevos competidores al mercado, beneficiando a los consumidores y al bienestar social.

-Ilícitos abusivos explotativos

#### A) Requisitos de los precios abusivos: Nutripro S.A. y otros c/ PTLA y Fisco<sup>125</sup>

Este caso fue fallado por el TDLC el año 2010 y por la Corte el año 2011 (ver Anexo Sentencia N° 100). Trata acerca de una empresa concesionaria que, en virtud de una licitación y como monopolio natural, presta servicios de inspección en pasos fronterizos. Dicha empresa, de acuerdo con la naturaleza de sus clientes, debe realizar una serie de prestaciones de menor o mayor trabajo, pudiendo cobrar un monto mínimo y máximo por ellas; sin embargo, siempre cobra el máximo permitido por la licitación, aun cuando realice sólo algunas prestaciones, sin distinguir entre las más básicas y las más complejas. En ese contexto, se presentan demandas por cobro de precios abusivos.

La pregunta legal existente entre ambos entes jurisdiccionales era: ¿Cuáles son los requisitos del cobro de precios excesivos?

El TDLC respondió que el sujeto activo en cuestión, en su calidad de monopolista y en ejercicio de su posición dominante realice un cobro que carece de justificación económica. En este caso, se trató del cobro de un servicio que efectivamente no presta.

Sin embargo, la Corte Suprema señala que no basta con que exista una posición dominante y que las tarifas sean abusivas, sino que además se requiere que la conducta impida, restrinja o entorpezca la libre competencia. Es decir, para el máximo tribunal es necesario acreditar la vulneración a la competencia en el mercado del sujeto pasivo del ilícito, por ejemplo, que los demandantes que sufrieron el cobro de precios excesivos acrediten que perdieron competitividad, o que el precio final de los productos que

---

<sup>124</sup> Sentencia Corte Suprema rol 1.174-2011 de 14 de julio de 2011, considerando octavo.

<sup>125</sup> Rol TDLC: 127-07 y 6.100-2010.

comercializan hayan sido alterados a resultas del actuar abusivo de quien se prevale de su posición dominante.

La visión de la Corte Suprema se sustenta no sólo en el tenor literal del artículo 3° del DL 211, sino que además tiene su sustento en la noción que ésta tiene sobre el bien jurídico protegido, pues en el fallo señala en el considerando séptimo que “el D.L. N° 211 tiene como bien jurídico protegido la libre competencia, la que puede entenderse como la posibilidad que tienen las personas para participar en cualquiera actividad económica, como oferente o demandante, pudiendo decidir libremente cuándo entrar o salir de un mercado, sin que exista ninguna persona o entidad que le pueda imponer condiciones en las relaciones de intercambio que interfieran en el flujo natural de los bienes y servicios”. Dicho aquello, procede a hacer el razonamiento por el cual determina como requisito que el cobro de precios excesivos genere efectos en la libertad para competir, pues, si el bien jurídico es la libre competencia, ¿qué importancia tiene que se realicen cobros excesivos si la libertad de competir no ha sido dañada verdaderamente, sino que sólo hay ciertos actores que están pagando precios injustificados? Al parecer, para la Corte, ninguna importancia.

De lo señalado se observa una conclusión importante: para la Corte Suprema sería necesario probar que aquel agente económico que paga el precio excesivo sufrió un impedimento, restricción o entorpecimiento en el mercado que participa, por lo cual el ilícito de precios excesivos sólo podría ser sancionado cuando dicho sujeto pasivo es un “competidor” en algún mercado. En otras palabras, es posible concluir que para la Corte no podría haber precios excesivos cuando quien paga excesivamente es un consumidor o usuario final del bien o servicio cuyo precio se sube en ejercicio de un poder monopólico.

Lo anterior nos lleva de golpe a observar, tal como adelantábamos en el capítulo I, cómo la definición del bien jurídico protegido puede tener un efecto que impacta en el razonamiento que se hace a la hora de aplicar lo dispuesto en la ley, y nos deja el desafío, por supuesto, de establecer con claridad cuál sería en nuestro sistema dicha noción.

A continuación veremos lo que ha señalado la doctrina europea al respecto, ya que en la doctrina estadounidense no es considerado ilícito el que un monopolio maximice su utilidad en virtud de su posición dominante.<sup>126</sup>

#### a. En Europa

En el derecho europeo, a pesar de que no se da con frecuencia su persecución por parte de las autoridades de competencia<sup>127</sup> y de que su aplicación ha sido un tanto ambigua y difícil de comprender, sí se sancionan los precios excesivos. Allí el concepto que se utiliza dice que un precio puede ser considerado como excesivo o injusto si no guarda una razonable relación con su valor económico.<sup>128</sup> Ahora bien, el concepto de valor económico es algo distinto al costo en sí del bien, es decir, no se trata de si existe una desproporción entre el costo de producir el bien y el valor al que éste se vende, sino que es una cuestión relativa a factores no vinculados necesariamente a costos, como por ejemplo, la demanda del producto/servicio y las características particulares del caso.<sup>129</sup> Por lo cual, pareciera ser que el argumento utilizado por el TDLC al señalar que el cobro que se realiza no tiene justificación económica, podría ser una aproximación casuística interesante desde el punto de vista de la aplicación de los precios excesivos en el derecho comunitario europeo.

Los tribunales ingleses por su parte han recogido una noción similar, señalando que el análisis sobre costo y precio es sólo una parte del análisis del concepto de valor económico, y han señalado además que los precios excesivos tienen como bien jurídico protegido el bienestar de los consumidores, por lo cual, si existe competencia aguas abajo, no debería ser ilícito que aguas arriba, algún competidor obtenga rentas monopolíticas.<sup>130</sup> Es decir, para los tribunales ingleses no hay ilícito si es que la víctima o sujeto pasivo del cobro de los precios excesivos es una empresa que compite en otro mercado. Dicha posición es inversa a la señalada por nuestra Corte Suprema, pues según vimos, su concepto es que dado que el bien jurídico protegido es la libre competencia (y por ende no los consumidores), no importa si quien paga excesivamente es el consumidor, sino que importa cuando el que paga sufre un menoscabo competitivo en el mercado en que participa.

---

<sup>126</sup> (Elhaug & Geradin, 2011, pág. 444).

<sup>127</sup> (Agüero Vargas & Montt Oyarzún, 2010, pág. 4)

<sup>128</sup> (Agüero Vargas & Montt Oyarzún, 2010, pág. 4)

<sup>129</sup> (Agüero Vargas & Montt Oyarzún, 2010, pág. 5)

<sup>130</sup> (Agüero Vargas & Montt Oyarzún, 2010, pág. 6)

### 3.8 Conclusiones y jurisprudencia actual sobre precios abusivos

El ilícito de “precios abusivos” no es un concepto pacífico en Chile, ni en la doctrina y jurisprudencia modernas encabezada por Estados Unidos y Europa.<sup>131</sup> Sin embargo, nuestro TDLC ha planteado en el caso en cuestión una doctrina que tiene coherencia con las concepciones europeas, que no se basa en un problema de costos, sino que en un cobro injustificado económicamente. Por su lado, la Corte Suprema mantiene una posición bastante particular en la que requiere que el cobro excesivo afecte o menoscabe la libre competencia en el mercado en que participa quien es sujeto pasivo del ilícito, el cual evidentemente tendría que ser otro competidor y nunca un consumidor o usuario final del bien o servicio en cuestión. Dicho concepto se relaciona estrictamente con lo que dicha Corte entiende como “bien jurídico protegido” de nuestro derecho antimonopólico, por lo cual es importante señalar que se requiere de un cierto acuerdo legislativo sobre cuál es el contenido de dicho bien jurídico, cuestión que hemos tratado brevemente en el capítulo I de este trabajo.

Tendremos que estar a la expectativa de nuevos fallos que traten el tema, pues, desde aquella sentencia, el tema no se ha vuelto a tratar, si bien se trató en casos anteriores, fallando el TDLC en el mismo sentido, y la Corte había confirmado su criterio hasta esta revocación.<sup>132</sup> De modo que nos encontramos con un importante giro doctrinal de la Corte y que es regresivo a la doctrina comparada europea.

### 3.9 Cuestiones Sistémicas y Procesales

En esta sección analizaremos motivos revocatorios relacionados con el sistema de competencia chileno, y asuntos de carácter procesal. Por ser de esa naturaleza no los compararemos con el derecho estadounidense y europeo, sino que nos limitaremos a analizar y revisar si han existido modificaciones jurisprudenciales posteriores entre los entes

---

<sup>131</sup> Para un completo análisis sobre este asunto en el derecho chileno, europeo y norteamericano, (Menchaca Olivares, 2011)

<sup>132</sup> Efectivamente, en la sentencia rol TDLC 79-05, de 2 de julio de 2009, el tribunal antimonopólico declaró como ilícito un cobro realizado por un agente económico en ejercicio de posición dominante, que consideró carente de justificación económica (Considerando nonagésimo séptimo). La Corte Suprema, en sentencia rol 5.443-09 de 18 de mayo de 2010, confirmó lo dicho por el TDLC sin considerar lo planteado en el caso que analizábamos, que fue fallado sólo dos meses después. De hecho, en la sentencia rol 1022-2010 de 18 de agosto de 2010, es decir, 6 meses antes, la Corte Suprema también había reconocido que el cobro de precios excesivos supone demostrar la ausencia de justificación económica (considerando tercero), entre otros casos relativos a esta conducta.

jurisdiccionales, que nos permitan conocer si estamos en presencia de un tema polémico o resuelto en el desarrollo judicial.<sup>133</sup>

A) Legitimidad pasiva de la Administración: Enasa con I. Municipalidad de Cauquenes<sup>134</sup>

135

Este caso fue la primera revocación de la Corte Suprema al TDLC, y tiene tres preguntas legales distintas, por lo tanto, lo veremos en tres ocasiones.<sup>136</sup> Sus preguntas legales son eminentemente discusiones sobre el sistema, y se van a repetir varias veces en el tiempo. A continuación, veremos la pregunta por los actos de autoridad:

Estas sentencias datan del año 2005 en el TDLC, y 2006 en la Corte Suprema, por lo cual, se utilizaba el DL 211 previo a las modificaciones del año 2009 (ver Anexo Sentencia N° 34). Básicamente, trata sobre una licitación municipal para obtener servicios de retiro de residuos domiciliarios, que es impugnada ante el TDLC por infringir la libre competencia. La pregunta legal entre los entes jurisdiccionales que veremos en esta ocasión es: ¿Son los órganos de la administración legitimados pasivos en demandas o requerimientos en sede de competencia?<sup>137</sup>

En la sentencia analizada el TDLC no emite consideraciones al respecto; sólo menciona que la Comisión Resolutiva (antecesora legal del TDLC) ya había conocido de este tipo de causas.<sup>138</sup> Así, sin hacer mayores distinciones al respecto, luego procede a conocer la causa y a condenar al órgano administrativo. De esta manera, podríamos sostener que la respuesta a esta pregunta para el tribunal antimonopólico es afirmativa.

---

<sup>133</sup> En todo caso, para una introducción al sistema procesal norteamericano y europeo, (Barón Alsina, 2007)

<sup>134</sup> Rol TDLC: 72-05 y Corte Suprema: 383-06

<sup>135</sup> Previo a entrar en detalles sobre este debate legal en particular, es preciso señalar un dato interesante de esta investigación, y es que de los 21 casos en los que el TDLC ha fallado causas presentadas contra las autoridades administrativas del Estado, 14 casos son absolutorios, y de los 7 casos restantes en los que condenó, 6 fueron reclamados ante la Corte Suprema, y 5 de ellos fueron revocados por ésta. De manera que, en once años de funcionamiento de la institucionalidad que nos rige, sólo existen dos fallos condenatorios en contra de una autoridad administrativa del Estado (rol TDLC 70-05 de 26 de septiembre de 2006 y 137-07 de 4 de noviembre de 2008), del cual 1 (el primero) no fue revisado por la Corte Suprema, y en el cual el TDLC además no condenó al pago de multas. Mucho más allá del mérito de las decisiones, esto pudiera ser interesante a la hora de evaluar el nivel de condenas que el poder judicial puede ejercer sobre el poder administrativo del Estado, al menos, en materia de derecho de la competencia.

<sup>136</sup> Sin perjuicio de ello, en el anexo el análisis se hace en forma conjunta.

<sup>137</sup> O desde el punto de vista de la infracción, y como hemos señalado anteriormente, la pregunta puede ser planteada como: ¿son los órganos de la administración sujetos activos de los ilícitos monopólicos?

<sup>138</sup> Vistos 1.14 y considerando sexto de la sentencia del TDLC en comento.

Sin embargo, la Corte Suprema revoca lo dicho por el TDLC, señalando que la municipalidad participante del proceso no es un “agente económico” en los términos establecidos en el DL 211, sino que, como persona jurídica de derecho público se encontraría en una situación de superioridad respecto a los privados por la aplicación de un principio de autoridad, por lo cual no podría ser un legitimado pasivo de la demanda, o en otras palabras, no podría cometer actos contrarios a la libre competencia.

### 3.10 Conclusiones y jurisprudencia actual sobre actos de autoridad

Esta doctrina señalada por la Corte Suprema no ha sido seguida por la jurisprudencia posterior del TDLC. En efecto, el TDLC ha sido bastante uniforme en señalar que los actos de autoridad de la administración también pueden ser declarados contrarios a nuestro derecho de competencia, ya que el artículo 3° del DL 211 no hace distinción entre personalidades jurídicas de derecho público o derecho privado,<sup>139</sup> sino que le da un sentido amplio a la norma que describe las conductas contrarias a la competencia, esto es, al artículo 3° del DL 211 cuando reza “El que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención...”, entendiendo que dentro de dicha frase caben tanto agentes privados como las autoridades públicas.<sup>140</sup>

Ahora bien, la Corte Suprema también ha modificado esta jurisprudencia, pues en un fallo posterior al que tenemos en comento, entre FNE y la I. Municipalidad de Curicó,<sup>141 142</sup> sustituyó esta doctrina en forma expresa,<sup>143</sup> condenando a dicha municipalidad por el incumplimiento de lo señalado por la Instrucción de Carácter General N°1/2006 sobre licitaciones de rellenos sanitarios, sosteniendo en el considerando sexto: “Que en lo relativo a la incompetencia del Tribunal de la Libre Competencia alegada por la Municipalidad de Curicó, aun cuando el municipio es un organismo autónomo, es evidente que interviene en

---

<sup>139</sup> Al respecto ver sentencias del TDCL rol 171-08 de 12 de noviembre de 2009, considerando 10; rol 172-08 de 29 de diciembre de 2009, considerando 7; rol 206-10 de 17 de noviembre de 2011, considerando 8; rol 219-11 de 10 de mayo de 2012, considerando 5; y rol 242-12 de 25 de octubre de 2013 considerando 7.

<sup>140</sup> Dentro de “agentes privados”, también caben las empresas del Estado o en las que éste tiene participación, según lo establecido por el artículo 19 número 21 de la Constitución Política de la República. De manera que éstos operan con plena igualdad sin perjuicio de que una ley de quorum calificado establezca reglas especiales.

<sup>141</sup> Rol TDLC 137-07 de 4 de noviembre de 2008, y rol Corte Suprema 7.796-2008 de 27 de mayo de 2009.

<sup>142</sup> En efecto, este es el único caso en el que la Corte Suprema ha confirmado un fallo condenatorio del TDLC en contra de la administración del Estado, al que nos referíamos líneas atrás.

<sup>143</sup> En el caso “FNE contra Junta de Aeronáutica Civil”, rol 1.855-2009 de 15 de junio de 2009, la Corte Suprema conoció de un caso contra la autoridad administrativa, pero no se pronunció sobre este asunto, desestimando de todas formas el requerimiento por consideraciones de competencia diferentes que veremos más adelante en este trabajo.

el mercado y que por ello debe respetar las normas de libre competencia... Las normas de protección de la libre competencia son de orden público y por ende aplicables a todas las personas, naturales o jurídicas, públicas o privadas, en cuanto éstas concurren al mercado". De hecho, la Corte volvió a sostener dicha idea en el caso Nutripro y otros con Puerto Terrestre los Andes,<sup>144</sup> donde dijo que "Las normas de protección de la libre competencia son de orden público y por ende aplicables a todas las personas, naturales o jurídicas, públicas o privadas, en cuanto éstas concurren al mercado".<sup>145</sup>

En el último caso que conoció el máximo sentenciador en contra de actos de autoridad (al 31 de diciembre de 2015), caratulado Sonda con Registro Civil,<sup>146</sup> también se perseguían conductas consideradas contrarias al derecho de la competencia por un acto de la administración. Sin embargo, la Corte Suprema la desestimó por considerar que el TDLC era incompetente para conocer dicha causa, no por ir dirigida en contra de una autoridad pública, sino que por cuanto el demandante solicitó que se declarada contraria a la libre competencia la aplicación de las Bases Técnicas y Administrativas de la licitación en cuestión, lo que el máximo sentenciador consideró insostenible, pues la aplicación de dichas bases consistían en la aplicación de las reglas dictadas por el propio servicio para adjudicar la licitación, de esa manera, por su naturaleza y sus condiciones, no podría considerarse contraria a la ley la aplicación de dicha prerrogativa reglamentaria (Considerando décimo noveno), sino que debía solicitarse la ilegalidad competitiva de las propias bases, y aquello no fue solicitado. Además, señaló que conocer arbitrariedades y errores en la aplicación de las bases de una licitación es de competencia del Tribunal de Contratación Pública (considerando décimo quinto). En ese sentido, si bien la Corte no se pronunció en forma expresa sobre la pregunta legal que nos convoca, dejó establecido que es posible solicitar la ilegalidad, de acuerdo con el DL 211, de los actos de la administración, solamente que no para declarar ilegal la aplicación de las bases de una concesión, sino a las bases mismas (ver Anexo Sentencia N° 132).

---

<sup>144</sup> Rol Corte Suprema 6.100-2010, de 21 de julio de 2010.

<sup>145</sup> En: (Agüero Vargas, 2013, págs. 28-29) se señala la existencia de un caso en el que la Corte Suprema se refirió en forma negativa a la capacidad que tienen los actos de autoridad de ser lesivos a la libre competencia (rol 354-2010 de 31 de mayo de 2010, caratulado Hotelera Rent a Home Ltda. c. Municipalidad de Providencia). Señala el autor que este es un caso al límite en este tipo de discusiones, pues no se debatía acerca de un ente de la administración que participa como agente económico, sino que ejerciendo sus facultades fiscalizadoras.

<sup>146</sup> Sentencia Corte Suprema rol 13.972-2013 de 6 de agosto de 2014.

Así, vemos que esta diferencia jurisprudencial está resuelta en el sentido que el TDLC planteó originalmente,<sup>147</sup> y que es plenamente consistente con la doctrina.<sup>148</sup> Aquello es importante, pues nos parece evidente que esta revocación no sólo era contraria al espíritu del DL 211, sino que también -según vimos en el capítulo primero- se encuentra reñida con la Constitución, toda vez que establece una discriminación arbitraria en materia económica en favor de la Administración del Estado.<sup>149</sup> En este sentido, el TDLC ha tenido mayor entendimiento orgánico que la Corte Suprema en esta materia.

B) Competencia del TDLC en materia de aplicación de bases de licitaciones: Enasa con I. Municipalidad de Cauquenes<sup>150</sup>

Este caso, que también comentábamos anteriormente a propósito de la legitimidad pasiva de las autoridades administrativas en sede de competencia, como señalamos, tiene otra pregunta legal de carácter procesal de interés (ver Anexo Sentencia N° 34) y es la siguiente:

¿Es competente el TDLC para conocer de causas en las que se discute la legalidad de la aplicación de las bases de licitaciones de contratación pública?

El TDLC falla este caso sin realizar mayores consideraciones sobre su competencia, solamente declara que está en conocimiento de que existen acciones constitucionales (protección y nulidad de derecho público), además de acciones administrativas y ante la Contraloría General de la República que son aplicables. Sin perjuicio de ello, conoce de la causa señalando que la actividad económica en cuestión es un servicio público inspirado en los principios de libertad de entrada, libre acceso al mercado, libertad de contratación, libertad de formación competitiva de precios y otros dirigidos a permitir el ejercicio de la libertad económica. Por ello, podemos concluir que se estima plenamente competente para conocer de eventuales restricciones a la competencia en casos de contratación pública.

---

<sup>147</sup> Es preciso señalar también que en el fallo rol 9.265-2010 de 15 de julio de 2011, la Corte Suprema señaló que, de la sola redacción del artículo 3° inciso segundo letra c) del DL 211, se colige que una autoridad pública no puede ser sujeto activo de la conducta de precios predatorios (Considerando 18). Consideramos que eso es evidente, porque una autoridad pública, que no es una empresa pública del Estado, malamente puede ser un competidor que ejerza dicha conducta.

<sup>148</sup> Ver (Valdés Prieto, 2006, págs. 250-254) y (Nehme Zalaquett, 2011, págs. 328-329)

<sup>149</sup> Para una revisión crítica de los órganos de la administración del Estado como sujetos de multas por el TDLC ver (García Machmar, 2014)

<sup>150</sup> Rol TDLC: 72-05 y Corte Suprema: 383-06.

Por su parte, la Corte Suprema sostiene que el TDLC no es competente para conocer de ilegalidades o arbitrariedades en la aplicación de las bases de una licitación, porque existen vías de reclamación administrativas reguladas en las leyes que reglamentan dicha práctica además de las facultades de la Contraría General de la República, por lo cual quedarían excluidas las facultades del TDLC.

Así, la Corte Suprema da a entender que de existir normas legales que permitan impugnar una actividad de la administración como la aplicación de las licitaciones o concesiones, éstas, por su especialidad, excluirían la competencia del TDLC para conocer de las eventuales infracciones contra la competencia. Ahora bien, según vimos anteriormente, la Corte Suprema también estimaba que el TDLC era incompetente por otra razón: que una autoridad de la administración no es un agente económico, y por lo tanto, no puede atentar contra la libre competencia.<sup>151</sup>

En todo caso, esta discusión volvió a darse en un caso revocatorio mucho más reciente, el último que lo ha tratado,<sup>152</sup> y es el de Sonda con Servicio de Registro Civil e Identificación (en adelante SRCEI), que veremos a continuación.

C) Competencia del TDLC en materia de aplicación de bases de licitaciones: Sonda con SRCEI<sup>153</sup>

Este caso fue fallado a finales del año 2013, mientras que la Corte Suprema lo hizo a mediados del 2014 (ver Anexo Sentencia N° 132).

Acá la pregunta legal es la misma que la que analizábamos en el caso anterior, esto es: ¿Es competente el TDLC para conocer de causas en las que se discute la legalidad de la aplicación de las bases de licitaciones de contratación pública? La diferencia de este caso con el anterior, radica en que en esta fecha no solo existe un procedimiento legal aplicable

---

<sup>151</sup> Para efectos de aquella pregunta legal, esto es: ¿Es competente el TDLC para conocer de causas contra la administración?, remitirse a lo señalado en la letra A) de esta sección.

<sup>152</sup> Al 31 de diciembre de 2015.

<sup>153</sup> Rol TDLC: 242-12 y Corte Suprema: 13.972-2013.

diferente, sino que además hay un nuevo ente jurisdiccional competente para conocer de este tipo de infracciones, que es el Tribunal de Contratación Pública.<sup>154</sup>

En efecto, el TDLC, consistentemente con lo dicho en el caso que comentábamos anteriormente, responde que es competente para conocer de la legalidad de las aplicaciones de las bases administrativas, toda vez que en el ejercicio de éstas se puede conculcar el bien jurídico protegido de la libre competencia, con independencia de otras responsabilidades que puedan surgir de dichos actos, y de las que son competentes otros tribunales, como el Tribunal de Contratación Pública.

Por su parte, la Corte Suprema revoca diciendo que la competencia para conocer de las irregularidades que se dan en la aplicación de las bases de una licitación pública son del Tribunal de Contratación Pública. En segundo lugar, y como señalamos en un comentario anterior, sostiene que independientemente de dicha competencia, no es posible sostener que la aplicación de las bases de una licitación sea contraria a la libre competencia, pues consistían en la aplicación de las reglas dictadas por el propio servicio para adjudicar la licitación, de esa manera, por su naturaleza y sus condiciones, no podría considerarse contraria a la ley la aplicación de dicha prerrogativa reglamentaria (Considerando décimo noveno), sino que debía solicitarse la ilegalidad competitiva de las propias bases, y aquello no fue solicitado.

### 3.11 Conclusiones y jurisprudencia actual sobre Competencia del TDLC en materia de aplicación de bases de licitaciones

La Corte Suprema excluye de la competencia del TDLC el conocer de la aplicación de las bases de una licitación pública, pues la aplicación de dichas normas, mientras se ciña a su tenor, siempre será en derecho a menos que se cuestione su dictación misma.<sup>155</sup> Por lo

---

<sup>154</sup> Ley 19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, publicada el 11 de julio de 2003, Capítulo V.

<sup>155</sup> En el caso Naviera Valdivia Ltda. y Otros c. Ministerio de Obras Públicas y otro, rol TDLC 219-11 de 10 de mayo de 2012, (anterior al caso en comento) dicho tribunal declaró como un acto exclusorio la aplicación de una licitación. El Fisco, al presentar su reclamación ante la Corte Suprema (rol 4.470-2012 de 30 de enero de 2013), argumentó sobre este asunto, diciendo que al ordenar alterar la tarifa de la licitación, sin ordenar la modificación de las bases, se afecta el principio de sujeción estricta a las bases de la licitación, conforme al cual una vez aprobadas éstas ellas son obligatorias tanto para el organismo licitante como para los participantes, tal como se reconoce, por ejemplo, en el artículo 8 bis de la Ley N°18.575. Sin embargo, según vimos, la Corte acogió la reclamación del Fisco por otras consideraciones, sin sostener ni negar este argumento.

demás, sostiene que la facultad de conocer de las irregularidades de aplicación se encuentra, hoy por hoy, radicada por ley en el Tribunal de Contratación Pública.<sup>156</sup>

Así, no queda más que concluir que si bien la FNE y los agentes económicos pueden considerar a los órganos de la administración como legitimados pasivos en sede de competencia para efectos de presentar requerimientos o demandas (según hemos visto), sólo pueden cuestionar la dictación de sus actos, mas no su aplicación. Esto parece ser una corrección importante a la jurisprudencia del TDLC, por lo cual podemos afirmar que si se quiere ejercer acciones en casos como éstos, se deberá ser cuidadoso en alegar como contrarios a nuestro derecho de la competencia sólo aquellos actos que dictan las bases de una licitación y no su aplicación, pues de hacerlo así la sentencia será revocada por la Corte Suprema. Debemos concluir además que el Tribunal de Contratación Pública tiene competencia exclusiva para conocer de las controversias que se den en todo aquello que refiere a la aplicación de las bases de una licitación.<sup>157</sup>

#### D) Actuación de oficio: Enasa con I. Municipalidad de Cauquenes<sup>158</sup>

Ya hemos visto al menos dos aspectos legales tratados a propósito de este caso, sin embargo éste responde a una tercera pregunta legal (ver Anexo Sentencia N° 34), y es: ¿Puede el TDLC declarar de oficio una infracción al derecho de la competencia sin que ésta sea parte del litigio?

El TDLC señala que sí puede hacerlo, pero no para condenar al demandado, pues sólo puede condenar por aquellos hechos que sean parte de la demanda, sino para efectos de que el demandado lo tenga presente en actos posteriores.

La Corte Suprema, por su parte, estima que no puede declarar actos contrarios a la libre competencia que no hayan solicitado los demandantes, pues aquello se aleja del mérito del proceso.

---

<sup>156</sup> Para un completo análisis de este caso ver (Zúñiga Urbina, 2014).

<sup>157</sup> Sin perjuicio de ello, debe considerarse que de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Suprema, un concesionario podría realizar actos contrarios a la competencia -de los que el TDLC es competente para conocer- cuando, en ejercicio de la posición dominante que le entrega el hecho de tener la concesión, realiza un cobro injustificado al que las bases de la licitación no le autorizan. Ver sentencia rol 6.545-2008 de 28 de enero de 2009 considerandos primero, segundo y sexto.

<sup>158</sup> Rol TDLC: 72-05 y Rol Corte Suprema: 383-06.

Ahora bien, veremos a continuación otra revocación en la que se discuten asuntos sobre la facultad que tiene el TDLC para actuar de oficio:

E) Actuación de oficio: Labbé Haupt Ltda., c/ Shell Chile S.A.<sup>159</sup>

Este caso, fue fallado por ambos entes jurisdiccionales durante el 2007 (ver Anexo Sentencia N° 53). Si bien los demandantes imputan diversas conductas que afectarían lo dispuesto por el DL 211, la discusión importante para estos efectos entre el tribunal antimonopólico y el máximo sentenciador es: ¿Puede el TDLC condenar de oficio una infracción al derecho de la competencia sin que ésta sea parte del litigio?

El TDLC estableció que sí, pues en este caso rechaza las peticiones del demandante, pero condena al demandado a pagar una multa por cuanto estimó que de todas formas había incumplido con algunas normas dictadas por la Comisión Resolutiva Central y que se encontraban vigentes, es decir, actuó de oficio, condenando por razones diversas a las solicitadas por el demandante. Por su parte, la Corte Suprema estableció que no, pues acoge la reclamación del demandado, que señalaba que se había vulnerado el principio de bilateralidad de la audiencia, pues el TDLC se habría comportado como ente persecutor, de manera que vulneró el derecho a defensa y el debido proceso. La Corte señala que, de acuerdo con lo prescrito por el artículo 18 letra a) del DL 211, el TDLC no puede actuar de oficio, sino que sólo puede actuar a petición de parte o por solicitud del ente persecutor, que por mandato legal es la FNE. Dicho en otras palabras, el TDLC habría fallado con vicio de *ultra petita*.

### 3.12 Conclusiones y jurisprudencia actual sobre actuación de oficio

La Corte Suprema parece corregir con bastante fuerza el hecho de que el TDLC no tiene facultades para obrar de oficio declarando como ilegal un actuar que no fue solicitado en la demanda o requerimiento, y mucho menos para imponer sanciones.

Ahora bien, se debe considerar que en el caso “Sonda con SRCEI”,<sup>160</sup> el TDLC cuestiona la aplicación del principio dispositivo en nuestro derecho de la competencia, recordando las

---

<sup>159</sup> Rol TDLC: 87-06 y Corte Suprema: 3.506-07.

facultades en las que puede actuar de oficio. En efecto, en dicho caso nuestro tribunal antimonopólico señala que, si bien en forma supletoria se aplican las disposiciones del Código de Procedimiento Civil, estima que el principio dispositivo -que impide fallar en *ultra petita*- no es aplicable en sede de competencia. Esto por cuanto el DL 211 es parte del orden público y de él derivan responsabilidades de carácter infraccional.

Así, los artículos 19° y siguientes del referido marco legal establecen facultades que le permiten actuar de oficio y que no se explicarían en aplicación del principio dispositivo, señalando a modo de ejemplo que (i) debe impulsar de oficio el procedimiento hasta su resolución definitiva; (ii) puede decretar en cualquier estado de la causa las diligencias probatorias que estime convenientes; o (iii) puede decretar de oficio todas las medidas cautelares que sean necesarias para impedir los efectos negativos de las conductas sometidas a su conocimiento y para resguardar el bien común.

De manera que el TDLC considera que los límites dentro de los cuales deben enmarcarse sus sentencias en procedimientos contenciosos, están dados, por un lado, por los hechos o circunstancias contenidos en el requerimiento o demanda y no por las peticiones concretas que el requirente o demandante formula y, por otro, por la debida individualización de los requeridos o demandados, a fin de que puedan ejercer debidamente su derecho a defensa.

Así, el TDLC sostiene que -aun cuando no se haya pedido en forma expresa o se haya hecho en forma genérica-, bien puede actuar de oficio, si estimara que procede una multa distinta a la solicitada por el actor. También argumenta que puede aplicar medidas preventivas, correctivas o prohibitivas aun cuando éstas no se hayan solicitado o se hayan solicitado en forma abierta.

En la reclamación de dicha sentencia, si bien la Corte revocó el fallo del TDLC, lo hizo sin pronunciarse sobre este asunto. De manera que el tema quedó abierto, en la medida que el TDLC sigue sosteniendo que no le es aplicable el principio dispositivo.

---

<sup>160</sup> Sentencia rol TDLC: 242-12 de 25 de octubre de 2013, considerando trigésimo al trigésimo quinto.

F) Declaración de la aplicación de normas reglamentarias como contrarias al derecho de competencia: FNE con Junta de Aeronáutica Civil<sup>161</sup>

Este requerimiento fue fallado el año 2009 por ambos entes jurisdiccionales. El caso es el siguiente: la Junta de Aeronáutica Civil debe realizar, por orden de la ley, licitaciones para asignar frecuencias aéreas internacionales dirigidas a empresas nacionales. De acuerdo con la ley, un reglamento debe regular dichas licitaciones. Una vez dictado éste, se realizó una licitación con arreglo a lo dispuesto en el reglamento. En ella se utilizó como único criterio el asignar las frecuencias aéreas a aquellas empresas nacionales que presenten la oferta de mayor dinero. FNE consideró que aquello generaba barreras de entrada contrarias a lo dispuesto en el DL 211 por lo que presentó requerimiento ante el TDLC (ver Anexo Sentencia N° 81).

En ese contexto, la pregunta legal que motivó diferencias entre los entes jurisdiccionales fue: ¿Puede el TDLC ordenar la modificación de la aplicación de una normativa reglamentaria por parte de la Administración, por considerarla contraria al derecho de la competencia?

El TDLC estima que sí, por cuanto el actuar de la Administración debe aplicar también la ley, y en ella se encuentra el propio DL 211 y, en el caso concreto, la ley de la cual emana la norma reglamentaria en cuestión, que también ordena en forma expresa el establecimiento de competencia. De esta manera, es la ley la que debe sobreponerse al reglamento e inspirarlo, y ser aplicada directamente por la Administración al ejercer sus facultades que son de carácter infralegal. Por su parte, la Corte Suprema difiere, por cuanto el TDLC no podría dejar de aplicar las normas dispuestas por el reglamento al cual la ley se remite. Así, si el tribunal antimonopólico considera que el reglamento y/o la ley son contrarios a la libre competencia, sólo puede realizar procedimientos de proposición normativa que es la facultad legal que posee para dichos efectos.<sup>162</sup>

---

<sup>161</sup> Rol TDLC: 148-07 y Corte Suprema: 1.855-2009.

<sup>162</sup> De hecho, el TDLC ejerció en la propia sentencia esa facultad, proponiendo a la Presidenta de la República la modificación de la ley y del reglamento aplicado al caso. Sin embargo, la Corte Suprema lo dejó sin efecto, estimando que no podía hacerlo en el marco de un procedimiento contencioso, pues el artículo 26 del DL 211 no lo facultaba para tomar dicha medida en una sentencia, sino a través del propio procedimiento de propuesta indicado en el artículo 18 N°4. Dicha diferencia de opinión no aparece en el desarrollo de esta investigación, por cuanto estimamos que no responde a un problema contencioso, ni de fondo, ni de forma. Sin perjuicio de lo

### 3.13 Conclusión sobre declaración de aplicación de normas reglamentarias como contrarias al derecho de competencia

La Corte Suprema, siguiendo un principio de legalidad en la actuación de los órganos de la administración, ordena que el servicio público en cuestión debe actuar ciñéndose a las normas jurídicas expresas, como sería el reglamento o la propia ley.<sup>163</sup> Así, señala que si el TDLC estima que un reglamento se encuentra reñido con la libre competencia, no puede desconocer su aplicación en una sentencia, sino que sólo puede solicitar la modificación de éste en un procedimiento de proposición normativa. Al respecto, no se han dado discusiones de este tipo nuevamente. Sin embargo, en la sentencia caratulada Sonda S.A con Servicio de SRCEI<sup>164</sup> y que revisamos anteriormente, el TDLC recuerda y reafirma dicha doctrina dictada por el máximo sentenciador. De esta manera, en el considerando diecisiete afirma: “En el caso que este Tribunal estime que una actuación de un órgano público -que no hace más que dar fiel cumplimiento a la legislación vigente-, vulnera la libre competencia, lo que cabe es ejercer la facultad propositiva del artículo 18° N° 4 del D.L. 211”.

De esta manera, podemos sostener que actualmente ambos tribunales están contestes en torno a la respuesta negativa a la pregunta legal planteada.

---

anterior dejamos constancia secundaria acá sobre esta diferencia, que se repitió en un caso. En efecto, en la sentencia rol TDLC 79-05, de 2 de julio de 2009 el tribunal volvió a ejercer su facultad de realizar proposiciones normativas (ver Resolución 9 de la sentencia), sin embargo, la Corte Suprema, en sentencia rol 5.443-09 de 18 de mayo de 2010, sin perjuicio de confirmar lo dispositivo de la sentencia, volvió a dejar sin efecto el ejercicio de dicha facultad por considerar que no podía usar su facultad propositiva en una sentencia contenciosa. Ahora bien, el TDLC parece haber comprendido este asunto, pues en la sentencia rol 179-08 de 15 de julio de 2011 llegó a la conclusión de que debía ejercer su facultad propositiva, sin embargo, sólo se limitó a declararlo.

Para un completo análisis acerca de esta diferencia ver (Cruz Tanhnuz & Peña Burgos, 2009)

<sup>163</sup> Un caso ilustrativo acerca de la posición de la Corte Suprema sobre que no se puede considerar la aplicación de la ley y/o reglamento como contrario a la libre competencia es la sentencia rol 9.265-2010 de 15 de julio de 2011. En dicha sentencia el tribunal sostiene nuevamente que la libre competencia no es absoluta, sino que encuentra límites en la ley y en la Constitución.

<sup>164</sup> Rol 242-12 de 25 de octubre de 2013

## CONCLUSIONES

Hemos visto que, en estos 11 años de institucionalidad, la Corte Suprema llega a conocer por vía de reclamación el 65% de los fallos del TDLC, confirmando la gran mayoría de ellos, y revocando sólo un 12%. De lo anterior se puede concluir que las diferencias de criterio entre ambos tribunales no se dan con frecuencia, de manera tal que en general la Corte cede ante la especialidad del TDLC<sup>165</sup>.

Vimos a su vez, que las pocas veces en las que la Corte Suprema revoca (11 casos), en el 73% de ellos lo hace para absolver a los que fueron condenados, mientras que en el 27% restante para condenar a los absueltos. Dicho dato nos permitió anticipar que la Corte Suprema es más conservadora para condenar a los diversos agentes económicos que el TDLC.

Luego entramos en las discusiones jurídicas propiamente tales, dividiéndolas en casos de Colusión, Abusos de Posición Dominante y Cuestiones Sistémicas y Procesales.

Al entrar en colusión –el más importante ilícito en materia de derecho de la competencia– vimos grandes diferencias doctrinarias entre ambos entes jurisdiccionales. Estas se materializaron en la prueba del acuerdo colusorio, los requisitos del acuerdo colusorio, y el inicio del tiempo de prescripción.

Pudimos observar que en materia probatoria la Corte Suprema se negó inicialmente a aceptar la prueba indirecta o indiciaria, para luego aceptar la doctrina del TDLC que estaba en sintonía con el derecho comparado, diciendo: “La evidencia circunstancial, en cambio,

---

<sup>165</sup> Respecto a esto, cabe preguntarse el sentido económico que tiene para la Corte Suprema, tanto desde su propio presupuesto como el del tiempo de litigación, el tratar el recurso de reclamación como si tratase de una apelación, esto es, una segunda instancia jurisdiccional en la que se conocen los hechos y el derecho, y no como un recurso extraordinario de revisión cuya finalidad sea dar unidad y uniformidad a los criterios y principios que deben regir en el sistema de competencia. En efecto, un estudio estadístico realizado el 2010 indica que el conocimiento de la Corte amplía el tiempo de litigación en un 22% (Wigodski Sirebrenik, 2011, pág. 158), lo que eventualmente podría reducirse si conociera del asunto de una forma más restringida, atendida las pocas ocasiones en las que llega a revocar.

emplea el comportamiento comercial de las firmas en el mercado, el cual se presume. A su vez, existen dos tipos de evidencia circunstancial: la evidencia económica, como los movimientos en precios que no se encuentran vinculados a la variación de factores de costo y demanda; y la evidencia de comunicación, como las conversaciones telefónicas o reuniones... En conclusión, el acuerdo colusorio entre agentes económicos puede ser acreditado tanto por prueba directa como indirecta”.<sup>166</sup>

Observamos luego que, en materia de efectos del acuerdo colusorio, la Corte Suprema fue la que dio un giro, comenzando a utilizar criterios más cercanos al derecho comparado para negar el requisito de probar efectos anticompetitivos, exigiendo la sola existencia del acuerdo con la aptitud objetiva de dañar la competencia en el mercado. Así, un requisito que primero fue exigido en materia colusoria, pasó a ser negado por un voto minoritario de los ministros Oyarzún y Pierry de la Corte Suprema en la sentencia rol 4.052-2007 de 28 de enero de 2008, hasta ser eliminado en la revocación de la Corte, rol: 10.957-2011, caratulada “FNE c/ Abercrombie & Kent S.A.” de 20 de septiembre de 2012.

De esta manera, el TDLC adoptó también dicho criterio en su jurisprudencia posterior, señalando, según vimos que “...lo que ha de mirarse es la aptitud de un acuerdo determinado para generar efectos anticompetitivos, con independencia de si, en los hechos, tales efectos llegan a producirse ya que, como se ha resuelto en la jurisprudencia comparada, ‘no es necesario tener en cuenta los efectos concretos de un acuerdo cuando es evidente que su objeto es impedir, restringir o falsear la competencia’ (Corte Europea de Justicia, *Comision v. Anic Partecipazioni SpA*, Caso 49/92)...”.<sup>167</sup>

Así, en esta materia, ha sido la Corte y no el TDLC la que ha avanzado doctrinariamente en la persecución de carteles, introduciendo un análisis jurídico más coherente con las concepciones más avanzadas del derecho comparado, que hace posible condenar con rigor la práctica monopólica más dañina e injustificable económicamente, que es la colusión. Ahora bien, como es sabido, la nueva reforma al DL 211 que está en espera de promulgación, será la que terminará de zanjar esta cuestión al menos en lo que respecta a carteles duros, mediante la instauración de la regla *per se*.

---

<sup>166</sup> Corte Suprema, Rol 6.249-2014 de 20 de abril de 2015, considerando cuarto.

<sup>167</sup> Rol TDLC 224-11 de 15 de enero de 2014.

En materia de prescripción, vimos que la discusión acerca de cuándo comienza a correr el plazo de ésta, quedó resuelto por medio de una expresa modificación legislativa, proveniente de la Ley 20.361 del año 2009, que en su artículo 1 n° 10 letra c) modificó el artículo 20 del DL 211, que ahora dice en su inciso cuarto "...las acciones para perseguir las conductas previstas en la letra a) del artículo 3° prescribirán en el plazo de cinco años, y el cómputo de la prescripción no se iniciará mientras se mantengan en el mercado los efectos imputables a la conducta objeto de la acción".

En síntesis, en materia colusoria, luego de existir grandes diferencias jurisprudenciales, observamos un interesante fenómeno entre el TDLC y la Corte Suprema: ya sea porque esta última cede ante la doctrina del TDLC, o porque el TDLC se pone en orden con la jurisprudencia del máximo tribunal, o por modificaciones legislativas expresas, pareciera ser que no quedan temas de gran controversia doctrinal entre ambos entes jurisdiccionales, tomando ambos una ruta común, conteste con la doctrina extranjera.

Por otra parte, en materia de abuso de posición dominante, resulta llamativo que a pesar de confirmar la mayor parte del tiempo las sentencias del TDLC, la Corte Suprema muestra señales de tener un análisis regresivo en relación a las categorías jurídicas y económicas del derecho comparado cuando ha realizado revocaciones, vale decir, hay casos en los que la Corte, habiendo sostenido criterios utilizados en la doctrina comparada, luego los modifica alejándose de ésta.

Así observamos que, en prácticas predatorias, y debido a una interpretación literal del DL 211, la Corte Suprema considera que éstas pueden ser ejercidas por competidores que carecen de poder de mercado, por lo cual, a nuestro juicio, termina declarando ilícita a la propia competencia de mercado. Dicho error no ha sido corregido por el máximo sentenciador, y de hecho ha sido reafirmado en otra ocasión por la Corte.

Vimos que en materia de abusos exclusorios, la Corte llega a plantear una doctrina que se contradice con su jurisprudencia anterior, exigiendo que el acto exclusorio llegue efectivamente a expulsar al competidor del mercado, pareciéndole suficiente para rechazar la acción el hecho de que el competidor excluido aún se encuentre en el mercado y pueda ejercer su autonomía de la voluntad negociando con el que realiza la práctica exclusoria. Sin embargo, aquella desconcertante resolución no ha sido utilizada en otros casos de abusos exclusorios que ha conocido posteriormente.

Luego en materia de precios abusivos, la Corte Suprema nuevamente contradice su jurisprudencia anterior, y a través de una aplicación literalista del artículo 3° del DL 211, exige que se produzca un menoscabo en la competencia de aquellos que son objeto del ilícito, lo que tampoco parece tener sustento en la doctrina comparada, si bien el tema de los precios abusivos es controvertido en sí mismo en el derecho de la competencia extranjero.

Observamos así, que -salvo el caso de negativa injustificada de venta- la Corte Suprema realiza análisis alejados de la doctrina comparada en sus revocaciones de ilícitos de abuso, de carácter literalista y utilizando criterios que tienen poca recepción en la doctrina extranjera más avanzada. Al respecto, creemos que es evidente que la ausencia de especialización es un factor determinante en este resultado.

En efecto, la tendencia observada en lo que refiere a ilícitos de abuso pueda ser explicada por cuanto la Corte es un tribunal que carece de especialización, por lo que tiende a realizar un análisis económico menor, y más bien jurídico (apegado al tenor de la ley), cuestión que también se da en sistemas comparados con tribunales generalistas.<sup>168</sup>

Sin duda este trabajo deja constancia del desafío que tiene el máximo sentenciador en torno a su comprensión de los ilícitos abusivos, el cual también puede ser resuelto a través de reformas legales que den mayor contenido a los ilícitos de abuso de posición dominante, pues su amplia redacción, que otorga muy poca información sobre estos ilícitos<sup>169</sup>, deja espacio para que un tribunal general aplique en forma errónea sus disposiciones al apegarse al tenor literal de ellas.<sup>170</sup>

Respecto a cuestiones sistémicas y procesales: hemos notado que, tal como podría esperarse de un tribunal generalista, es aquí donde la Corte Suprema ha mostrado mayor actividad revocatoria, siendo llamativo que -en casi todas ellas- los legitimados pasivos de las demandas o requerimientos han sido autoridades de la administración. Así, las revocaciones aquí anotadas muestran la enorme preponderancia que tiene la Corte en nuestro sistema de competencia, pues el máximo tribunal no ha dudado en revocar lo dicho

---

<sup>168</sup> (Ginsburg & Wright , 2012, pág. 792)

<sup>169</sup> (Montt Oyarzún, 2010, pág. 1)

<sup>170</sup> La nueva reforma al DL 211 recientemente aprobada y en espera de promulgación y publicación, no introdujo modificaciones en materia de abusos de posición dominante, siendo, a nuestro juicio, relevante mejorar la redacción de dichas conductas, a efectos de evitar interpretaciones confusas como las realizadas por la Corte Suprema, especialmente en lo que refiere a las prácticas predatorias.

por el TDLC, a efectos de ordenar el sistema en cuestiones de procedimiento y de interacción con el resto de los poderes del Estado.

En primer lugar, vimos que en una revocación la Corte estimó que los órganos de la administración del Estado no eran legitimados pasivos en sede de competencia, lo que en casos posteriores corrigió replanteando su doctrina en el sentido señalado originalmente por el TDLC, lo que nos parece relevante pues dicha revocación era contraria al espíritu del DL 211 e incluso a la propia Constitución.

Luego conocimos una diferencia persistente entre el TDLC y la Corte Suprema, que trata sobre la competencia del TDLC para declarar la ilicitud de la aplicación de las bases de una licitación por parte de la Administración. Observamos que la Corte sostiene invariablemente que el TDLC carece de dicha competencia, pues para dichos efectos existen procedimientos especiales radicados hoy por hoy en la competencia del Tribunal de Contratación Pública, excluyendo de dicha competencia al TDLC. Señala la Corte en todo caso, que el TDLC sí es competente para declarar ilícita la dictación de las bases mismas, pero no su aplicación, pues la aplicación se hace con sujeción a las bases, y mientras dicha aplicación se haga conforme a ellas, siempre se hará en derecho. Aquella revocación da cuenta de la importancia de la Corte para ordenar orgánicamente el sistema, fijando la competencia de los diversos tribunales especiales, cuya introducción en nuestro país es un fenómeno en alza.

Descubrimos después otra diferencia importante entre el TDLC y la Corte Suprema, que es de gran importancia sistémica, pues trata sobre la facultad que tiene el tribunal antimonopólico para declarar de oficio ilícitos en materia de competencia. En un primer momento el TDLC sostuvo que podía declarar de oficio un ilícito pero sin imponer sanciones, a lo que la Corte respondió en forma negativa; luego el TDLC fue más allá, señalando que podía imponer sanciones de oficio, pero la Corte volvió a negárselo.

Hoy por hoy el TDLC parece haber abandonado dichas posiciones, pero mantiene una mirada diferente a la Corte Suprema en cuanto a sus facultades, en la que sostiene que si bien el Código de Procedimiento Civil se aplica en forma supletoria, el principio dispositivo que de éste emana no le sería aplicable, pues la regulación procesal del DL 211 deja claro que el TDLC puede y debe dar impulso al procedimiento, e incluso -sostiene- le faculta para imponer multas o medidas preventivas, correctivas o prohibitivas diferentes a las solicitadas

por el requirente o demandante aunque éste las haya solicitado en forma genérica o abierta. Esto por cuanto el derecho de la competencia es parte del orden público y se trata de responsabilidad infraccional. Al respecto, creemos que aquel alegato del TDLC se encuentra aún en desarrollo y que la Corte todavía debe responder a dicha visión en forma positiva o negativa, a fin de desarrollar una visión más íntegra de nuestra institucionalidad de competencia.

Finalmente vimos otra importante corrección sistémica por parte de la Corte, y que el TDLC ya ha agregado a su forma de ver la institucionalidad del derecho de la competencia, que establece que el TDLC no puede declarar como anticompetitivo el reglamento de una ley, pues aquel constituye una norma jurídica que no puede ser desconocida por la jurisdicción, de manera que su convicción acerca de su lesividad con el derecho de la competencia sólo puede ser manifestada a través de la facultad propositoria que el tribunal antimonopólico posee para recomendar la modificación de leyes y reglamentos. Creemos que dicha corrección es un importante acierto de la Corte, y viene a dar buenas razones para justificar su labor como tribunal generalista y superintendente del TDLC.

Considerado todo lo anterior, creemos que se debe ser cuidadoso a la hora de juzgar nuestro derecho de competencia y el rol que la Corte Suprema pudiera asumir en él. Esto, sin considerar a priori que los tribunales especializados son mejores que los tribunales generalistas que miran el sistema en su conjunto,<sup>171</sup> pues la Corte Suprema ha cumplido un rol importante en él: si bien tiene el desafío de mejorar su análisis jurídico y económico en materia de ilícitos de abuso, se debe reconocer que ha ordenado el sistema en materia procesal, y ha mejorado la calidad de su análisis en materia de colusión, incluso, agregando elementos cercanos a la doctrina comparada, que el propio TDLC -como tribunal especializado- se había negado a tratar.

Adicionalmente, queda de manifiesto que las discusiones de fondo que se dan en nuestro sistema también se dan en los países o jurisdicciones líderes en la materia. Sin embargo, es evidente que aún quedan importantes discusiones por zanjar, tanto por la vía legislativa como especialmente por la judicial, para alcanzar un entendimiento de los ilícitos anticompetitivos que esté a la altura de los países desarrollados; más si consideramos que

---

<sup>171</sup> Para un análisis entre las ventajas y desventajas de los tribunales generalistas y los especializados, ver: (Ginsburg & Wright , 2012, pág. 792)

en el contexto de un mundo globalizado Chile tiene una economía muy abierta y desregulada, la que lo hace vulnerable a ilícitos monopólicos que requieren de análisis más profundos y acabados.

## BIBLIOGRAFÍA

- Agüero Vargas, F. (2004). Nuevos Elementos para el Debate sobre el Bien Jurídico Libre Competencia. *Boletín Latinoamericano de Libre Competencia*(107-123), 11.
- Agüero Vargas, F. (2013). *Derecho de la Competencia y Concesiones de Derecho Público. El Caso de las Plantas de Revisión Técnica*. Informe en Derecho, Universidad de Chile, Centro de Regulación y Competencia, Facultad de Derecho, Santiago.
- Agüero Vargas, F. (2013). *Derecho de la Competencia y Concesiones de Servicio Público. El Caso de las Plantas de Revisión Técnica*. Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Centro de Regulación y Competencia, Santiago.
- Agüero Vargas, F., & Montt Oyarzún, S. (2010). *Derecho de Paso y Libre Competencia*. Informe en Derecho, Centro de Regulación y Competencia. Recuperado el 7 de enero de 2016, de <http://regcom.cl/documentos-papers-e-informes>
- Allende Salazar, R. (2008). Posibles Reacciones Frente a Eventuales Restricciones de la Competencia. En *Remedios y Sanciones en el Derecho de la Competencia*. (págs. 17-36). Madrid: Fundación Rafael del Pino.
- Álvarez Undurraga, G. (2009). *Curso de Investigación Jurídica* (3° ed.). Santiago, Chile: Legal Publishing.
- Araya Jasma, F. (2015). La existencia de colusión explícita puede acreditarse por evidencia indirecta en ausencia de prueba directa. Una reflexión sobre colusión tácita, “acuerdos tácitos” y “prácticas concertadas”. Corte Suprema, 29 de enero de 2015, rol 19806-2014. *Revista Chilena de Derecho Privado*(24), 233-250.
- Barón Alsina, I. (2007). *Referencia al Derecho Comparado de la Libre Competencia: Derecho Antitrust Norteamericano y Derecho de la Competencia de la Unión Europea*. Documento de Trabajo, Pontificia Universidad Católica de Chile, Centro de Libre Competencia UC, Santiago.

- Barros Bourie, E. (2006). *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Bascuñan Rodríguez, A. (1998). *Modo de Creación de Normas en el Derecho Chileno*. Escuela de Derecho, Universidad de Chile: Separata de Clases.
- Bernedo, P. (2013). *Historia de la Libre Competencia en Chile 1959-2010*. Santiago, Chile: Fiscalía Nacional Económica.
- Bofill Gensch, Á., & Guerrero Becar, J. L. (1995). Acerca del Concepto Legal y Constitucional de Competencia. *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, XVI, 193-206.
- Brown, C., & Nikhil, S. (1998). Antitrust Violations. *American Criminal Law Review*, 35.
- Coloma, G. (2002). Prácticas horizontales exclusorias y defensa de la competencia. *Serie de Documentos de Trabajo*(228). Buenos Aires: Universidad CEMA.
- Colombo Campbell, J. (1991). *La Jurisdicción en el Derecho Chileno*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Cruz Tanhnuz, M., & Peña Burgos, R. (2009). Comentario a la jurisprudencia de la Excelentísima Corte Suprema en relación a la sentencia N° 81/2009 del TDLC y la facultad del artículo 18 n°4 del D.L. 211 el caso de la Junta de Aeronáutica Civil. *Revista Anales de Derecho UC*(5), 175-192.
- Domper Rodríguez, M. d. (2009). Estrangulamiento de Márgenes "Margin Squeeze". *Revista Anales de Derecho UC*(5), 99-128.
- Dworkin, R. (1986). *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press.
- Elhauge, E., & Geradin, D. (2011). *Global Competition Law and Economics*. Oxford: Hart Publishing.
- Ezrachi, A. (2012). *EU Competition Law. An Analytical Guide to the Leading Cases*. Oxford: Hart Publishing.
- Faull, J., & Nikpay, A. (2014). *The EU Law of Competition*. Oxford: Oxford University Press.
- Fiscalía Nacional Económica. (2013). *Informes de Cierre y Admisibilidad* (Vol. I). Santiago: Fiscalía Nacional Económica.

- Fiscalía Nacional Económica. (4 de Mayo de 2016). *Misión Institucional. Fiscalía Nacional Económica*. Obtenido de Sitio Web de la Fiscalía Nacional Económica: <http://www.fne.gob.cl>
- Fischer, S., Dornbusch, R., & Schmalensee, R. (2005). *Economía*. Cambridge: McGraw-Will.
- García Machmar, W. (2014). Los órganos de la Administración del Estado como sujetos de multas por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. *Revista de Derecho Económico*(76), 127-154. Recuperado el 9 de Enero de 2016, de <http://www.revistaderechoeconomico.uchile.cl/index.php/RDE/article/viewPDFInterstitial/39414/41020>
- Ginsburg, D., & Wright, J. (2012). Antitrust Courts: Specialists Versus Generalist. En H. Barry E (Ed.), *International Antitrust Law & Policy*. Nueva York: Fordham Competition Law.
- Gobierno de Chile. (1974). *Declaración de Principios del Gobierno de Chile*. Santiago.
- Grunberg Pilowsky, J., & Montt Oyarzún, S. (2010). *La Prueba de la Colusión*. Informe en Derecho, Centro de Regulación y Competencia, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago. Recuperado el 7 de Enero de 2016, de <http://regcom.cl/documentos-papers-e-informes/>
- Hudson Herranz, L. (2014). *Naturaleza del Recurso de Reclamación en Materia de Libre Competencia: Análisis Jurisprudencial de Acuerdo a la Corte Suprema*. Tesis licenciatura, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Departamento de Derecho Procesal, Santiago.
- Jungmann Davies, R., & Peña Burgos, R. (2010). *Informe Final sobre la Facultad Proponentora del TDLC*. Pontificia Universidad Católica de Chile, Centro de Regulación y Competencia UC, Santiago. Recuperado el 15 de Enero de 2016, de [http://www.lcuc.cl/documentos\\_down/Informe\\_facultadpropositoriadelart.18n4,DL211.pdf](http://www.lcuc.cl/documentos_down/Informe_facultadpropositoriadelart.18n4,DL211.pdf)
- Kreft Carreño, T., & Morales López, D. (2013). *Análisis de la Jurisprudencia del TDLC: Sentencia N° 1-98*. Tesis licenciatura, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Departamento de Derecho Económico, Santiago.

- Mankiw, N. G. (2002). *Principios de Economía*. Madrid: McGra-Hill Interamericana de España.
- Menchaca Olivares, T. (2011). ¿Se Debe Sancionar la Fijación Unilateral de Precios Excesivos? En *La Libre Competencia en el Chile del Bicentenario* (págs. 250-266). Santiago: Thomson Reuters.
- Montt Oyarzún, S. (2010). *El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia como ente regulador de comercio: Una mirada desde políticas públicas*. Santiago: Centro de Regulación y Competencia. Recuperado el 5 de junio de 2015, de <https://regcom.cl/>
- Nehme Zalaquett, N. (2011). Aplicación de las Normas de Defensa de la Libre Competencia a los Organismos de la Administración del Estado. En *La Libre Competencia en el Chile del Bicentenario* (págs. 317-373). Santiago: Thomson Reuters.
- Pardow Lorenzo, D., & Vallejo Garretón, R. (2008). Derribando Mitos sobre el Estado Empresario. *Revista Chilena de Derecho*, 35(1), 135-156.
- Pons Letelier, D. V. (2014). *De la Licitud o Ilícitud de la Negativa Injustificada a Contratar en el Derecho Económico Chileno*. Tesis Licenciatura, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Derecho Económico, Santiago.
- Quinteros Jaramis, P. (2012). *Prueba de Acuerdos Colusorios Tácitos. Análisis Crítico desde la Perspectiva del Derecho Chileno y Comparado*. Tesis mágister, Universidad Adolfo Ibañez, Santiago.
- Salop, S., & Scheffman, D. (1983). Raising Rivals' Costs. *American Economic Review*, 73, 267-271.
- TDLC. (7 de Enero de 2016). Recuperado el 2016, de <http://www.tdlc.cl/tdlc/sentencias>
- Valdés Prieto, D. (2006). *Libre Competencia y Monopolio*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Wigodski Sirebrenik, T. (2011). Regularidades en los fallos de la Corte Suprema sobre libre competencia. *Revista Anales de Derecho UC*(6), 149-167.
- Witker, J. (2000). *Derecho de la competencia en América: Canadá, Chile, Estados Unidos y México*. Santiago, Chile: Fondo de Cultura Económica.

Ybar Abad, M. (2014). Comprendiendo el abuso de posición de dominio: revisión de la doctrina y jurisprudencia nacional y comparada sobre las principales conductas exclusorias. *Revista de Derecho Económico*, 76, 13-60. Recuperado el 8 de Enero de 2016, de <http://www.revistaderechoeconomico.uchile.cl/index.php/RDE/article/view/39410/41016>

Zúñiga Urbina, F. (2014). Contratación Pública y Libre Competencia. *Revista de Derecho Público*, 81, 181-200.

## TABLA DE JURISPRUDENCIA

Tribunal	Jurisdicción	Rol	Fecha	Páginas
Tribunal General de la Unión Europea	Unión Europea	T-147/09 y T-148/09	17 de mayo de 2013	44
Corte Suprema	Chile	383-06	29 marzo de 2006	65, 68, 71
Corte Suprema	Chile	3.395-2006	28 de diciembre de 2006	37
Corte Suprema	Chile	3.449-2006	29 de noviembre de 2006	48
Corte Suprema	Chile	5.057-2006	22 de enero de 2007	38, 43
Corte Suprema	Chile	3.506-07	25 de septiembre de 2007	72
Corte Suprema	Chile	4.052-2007	28 de enero 2008	41, 77
Corte Suprema	Chile	7.796-2008	27 de mayo de 2008	66

Corte Suprema	Chile	97-09	8 de abril de 2009	52
Corte Suprema	Chile	1.855-2009	15 de junio de 2009	66, 74
Corte Suprema	Chile	6.100-2010	28 de enero de 2010	16, 61, 67
Corte Suprema	Chile	5.443-09	18 de mayo de 2010	64, 75
Corte Suprema	Chile	354-2010	31 de mayo de 2010	67
Corte Suprema	Chile	1.746-2010	29 de diciembre de 2010	41, 46
Corte Suprema	Chile	9.265-2010	15 de julio de 2011	68, 75
Corte Suprema	Chile	179-08	15 de julio de 2011	75
Corte Suprema	Chile	10.954-2011	20 de septiembre de 2012	40
Corte Suprema	Chile	4.470-2012	30 de enero de 2013	53, 70
Corte Suprema	Chile	5.308-2012	24 de septiembre de 2013	48
Corte Suprema	Chile	7.781-2010	22 de diciembre de 2013	56
Corte Suprema	Chile	13.972-	6 de agosto de	67, 69

		2013	2014	
Corte Suprema	Chile	6.249-2014	20 de abril de 2015	45, 48, 77
Corte Suprema	Chile	1.646-15	30 de noviembre de 2015	60
Tribunal de Defensa de la Libre Competencia	Chile	42-04	30 de junio de 2004	48
Tribunal de Defensa de la Libre Competencia	Chile	50-04	7 de septiembre de 2005	49
Tribunal de Defensa de la Libre Competencia	Chile	72-05	7 de diciembre de 2005	65, 68, 71
Tribunal de Defensa de la Libre Competencia	Chile	12-04	7 de junio de 2006	28
Tribunal de Defensa de la Libre Competencia	Chile	74-05	7 de septiembre de 2006	29, 38
Tribunal de Defensa de la Libre Competencia	Chile	70-05	26 de septiembre de 2006	65
Tribunal de Defensa de la Libre Competencia	Chile	87-06	6 de junio de 2007	72
Tribunal de Defensa de la Libre	Chile	137-07	4 de noviembre	17, 65, 66

Competencia			de 2008	
Tribunal de Defensa de la Libre Competencia	Chile	171-08	12 de noviembre de 2008	66
Tribunal de Defensa de la Libre Competencia	Chile	148-07	16 de enero de 2009	74
Tribunal de Defensa de la Libre Competencia	Chile	140-07	22 de enero de 2009	17
Tribunal de Defensa de la Libre Competencia	Chile	79-05	2 de julio de 2009	64, 75
Tribunal de Defensa de la Libre Competencia	Chile	172-08	29 de diciembre de 2009	17, 66
Tribunal de Defensa de la Libre Competencia	Chile	127-07	21 de julio de 2010	61
Tribunal de Defensa de la Libre Competencia	Chile	206-10	17 de noviembre de 2011	66
Tribunal de Defensa de la Libre Competencia	Chile	219-11	10 de mayo de 2012	53, 66, 70
Tribunal de Defensa de la Libre Competencia	Chile	139-07	13 de septiembre de 2013	56

Tribunal de Defensa de la Libre Competencia	Chile	242-12	25 de octubre de 2013	17, 66, 69, 73, 75
Tribunal de Defensa de la Libre Competencia	Chile	224-11	15 de enero de 2014	45, 46
Tribunal de Defensa de la Libre Competencia	Chile	246-12	15 de enero de 2015	60

## TABLA DE LEGISLACIÓN

Norma	País	Fecha	Página
Tratado de Roma	Unión Europea	1957	44, 55, 59
Tratado de Libre Comercio Chile-Estados Unidos	Chile-USA	6 de junio de 2003	17
Constitución Política de la República	Chile		18, 19, 20, 66, 68
Código de Procedimiento Civil	Chile		73, 80
Ley 13.305 Reajusta las Remuneraciones de Todos los Empleados que Prestan Servicios en Chile, Suplementa el Presupuesto de la Nación, Establece Nueva Unidad Monetaria, Concede Facultades Extraordinarias al Presidente de la Republica y Modifica las Leyes que Señala	Chile	4 de abril 1959	10, 21
Ley 15.142 Consulta Normas para Favorecer la Distribución, Comercialización y Transporte de Productos y Reprimir los Monopolios a Excepción de Los Artículos que Indica	Chile	18 de enero de 1963	21

Decreto Ley 211 Fija Normas para La Defensa de la Libre Competencia	Chile	18 de octubre de 2004	11, 17, 19, 22, 23, 24, 37, 46, 47, 49, 52, 54, 63, 66, 68, 72, 74, 78, 79
Decreto Ley 1.386 Fija Alcance del Artículo 4° Transitorio Del Decreto Ley N° 211, De 1973	Chile	22 de marzo de 1976	22
Decreto Ley 2.760 que Modifica Decreto Ley N° 211, de 1973, que Fija Normas para la Defensa de la Libre Competencia	Chile	3 de Julio de 1979	22
Ley 18.575 de Bases de la Administración del Estado	Chile	12 de noviembre de 1986	70
Ley 19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios	Chile	11 de julio de 2003	70
Ley 19.496 que Establece Normas sobre Protección de los Derechos de los Consumidores	Chile	07 de marzo de 1997	24
Ley 19.911 Crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia	Chile	20 de octubre de 2003	11, 22
Ley 20.361 Modifica el Decreto con Fuerza de Ley N°1 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, de 2005, sobre Tribunal De Defensa De La Libre	Chile	7 julio de 2009	11, 22, 37, 39, 47, 78

Competencia			
-------------	--	--	--

## ANEXO

En esta sección, dejamos para consulta las fichas de jurisprudencia que, para no alargar demasiado la exposición, contienen información que ha sido omitida del análisis realizado durante este trabajo. Aparecen así algunos detalles que nos informan de forma más clara sobre la identificación de las sentencias, y las razones por la cual llegaron a la instancia jurisdiccional de la reclamación.<sup>172</sup> Éstas se encuentran ordenadas de acuerdo con el número que les asignó el TDLC y no por conductas y discusiones, porque como vimos, de un mismo caso se obtienen diversas conclusiones.

### Sentencia N° 34 del TDLC

#### 1. Identificación de la Sentencia:

##### a. Identificación TDLC:

-Partes: Empresa Nacional de Servicios de Aseo S.A., ENASA con I. Municipalidad de Cauquenes.

-Rol: 72-05

-Resultado: Acogido

-Fecha: 07-12-2005

-Ministros: Eduardo Jara Miranda, Andrea Butelmann Peisajoff, Radoslav Depolo Razmilic, Tomás Menchaca Olivares y José Tomás Morel Lara.

#### 1. Identificación Corte Suprema:

---

<sup>172</sup> En efecto, se han omitido de éstas detalles que los tribunales no discuten o que no otorgan información sobre las diferencias de opinión entre los entes jurisdiccionales en cuestión.

-Rol: 383-06

-Resultado: Acoge reclamación, rechaza la demanda.

-Fecha: 29-03-2006

-Ministros: Ricardo Gálvez Blanco, Domingo Yurac Soto, Milton Juica Arancibia, María Antonia Morales Villagrán, Adalis Oyarzún Miranda.

## 2. Hechos:

La demandada llamó a una licitación para los servicios de recolección de residuos domiciliarios de Cauquenes, que se adjudicó la empresa Himce Ltda. La demandante estimó que dicha licitación atenta contra la libre competencia y presentó demanda ante el TDLC.

## 3. Preguntas legales debatidas por los Tribunales:

- ¿Son los órganos de la administración legitimados pasivos en demandas o requerimientos en sede de competencia?

- ¿Es competente el TDLC para conocer de causas en las que se discute la legalidad de la aplicación de las bases de licitaciones de contratación pública?;

- ¿Puede el TDLC declarar de oficio como contrarios a la competencia asuntos que no fueron solicitados por el demandante?

## 4. El Derecho:

### a. TDLC:

El Tribunal acoge la demanda, señalando que la cláusula de inadmisibilidad de reclamos posteriores establecidas en las bases administrativas generales de la licitación son contrarias a la libre competencia; que la cláusula que otorga a la Municipalidad el derecho a poner término al contrato de disposición final, en forma unilateral, anticipada, sin necesidad de justificación y sin que dé origen a reclamos, indemnizaciones u otras acciones legales de parte del operador, abre un espacio excesivo de discrecionalidad que podría dar pie a restricciones a la libre competencia, y que la cláusula octava de las bases de licitación corresponde a una atribución discrecional y anticompetitiva del municipio. Además, señala

una serie de deficiencias en la licitación que considera contrarias a la libre competencia, si bien no las sanciona por no ser parte de la demanda. (Considerandos 23-30). No hace mención a si las autoridades públicas son legitimados activos, sino que solamente señala que la Comisión Resolutiva ya ha fallado casos contra autoridades administrativas (Vistos 1.14 y Considerando 6).

b. Corte Suprema:

La Corte acoge la reclamación y rechaza la demanda señalando que no le compete al TDLC conocer asuntos propios de la contratación pública, como sería la aplicación de las bases de la licitación, que tiene sus propios mecanismos de impugnación de carácter administrativo, en este caso reglamentada en la Ley 18.695, Orgánica de Municipalidades, que provee mecanismos de impugnación para los particulares, además de las facultades de la Contraloría General de la República (Considerando 8). Agrega además, que el TDLC no es competente porque la I. Municipalidad de Cauquenes, en tanto autoridad pública, no puede ser considerada como un agente económico en los términos del DL 211, sino que, en virtud de su régimen jurídico de derecho público, y en aplicación de un principio de autoridad, se encuentra en una situación de superioridad respecto a los privados (Considerando 9 y 14). Por último, sostiene que el TDLC declara contrarias a la libre competencia las bases de la licitación, sin que ello sea parte de la demanda, lo que considera alejado del mérito del proceso (Considerandos 5 y 16).

5. Respuesta que otorga el Sistema:

a. TDLC:

-Sí, pero no se pronuncia al respecto, salvo en cuanto señala que la Comisión Resolutiva ya ha fallado casos contra autoridades administrativas. De manera que esta respuesta viene dada por el hecho de que, en efecto, condena a la autoridad pública como infractora.

-Sí, el TDLC es competente de acuerdo con lo dispuesto en el DL 211 para conocer de irregularidades en la aplicación de las bases de licitaciones, sin perjuicio de las acciones constitucionales (protección y nulidad de derecho público) y las acciones administrativas y ante la Contraloría General de la República, pues se trata de un servicio público inspirado en los principios de libertad de entrada, libre acceso al mercado, libertad de contratación,

libertad de formación competitiva de precios y otros dirigidos a permitir el ejercicio de la libertad económica.

-Sí, pero no condenar a la demandada por ello, sino a efectos de que se tomen en consideración para actos futuros.

b. Corte Suprema:

-No, pues señala que la municipalidad no es un agente económico en los términos del DL 211, estando ésta en una situación de superioridad respecto de los privados, y cuya regulación se somete al derecho público (Considerando 9 y 14)

-No, esta materia se encuentra reglamentada en la Ley 18.695, Orgánica de Municipalidades, que provee mecanismos de impugnación para los particulares para la aplicación ilegal de las bases técnicas y administrativas, además de las facultades de la Contraloría, y que éstas excluyen al TDLC (Considerando 8). Además, el TDLC sería incompetente por el hecho de que la municipalidad no es un agente económico (Considerando 9)

-No, por cuanto aquello es contrario al mérito del proceso. (Considerando 5 y 16)

6. Conclusiones:

Con claridad, el TDLC y la Corte Suprema ven de maneras diferentes el sistema antimonopólico en este caso, difiriendo de asuntos sobre su competencia, sobre la posibilidad de perseguir actos de la autoridad, y sobre las facultades que el TDLC puede tomar de oficio. Así, el TDLC se haya competente para revisar la aplicación de las bases de una licitación, mientras que la Corte Suprema lo excluye señalando la aplicación de procedimientos especiales. Luego el TDLC considera que las autoridades administrativas son agentes económicos, condenables por sus actos contrarios a la libre competencia, mientras que la Corte Suprema eleva su categoría jurídica, implicando que no obstante demandar bienes en un mercado, el hecho de ser autoridad los excluye del juicio anticompetitivo. Por último, mientras el TDLC sigue la posibilidad de actuar de oficio para señalar actos ilegales sin por ello condenar, la Corte Suprema lo considera alejado del mérito del proceso y de las facultades que tiene como tribunal.

## Sentencia N° 38 del TDLC

### Identificación de la Sentencia:

#### a. Identificación TDLC:

-Partes: Asociación de Exportadores de Chile A.G "Asoex" y FNE contra Ultramar Agencia Marítima S.A., Agencias Universales S.A., Sudamericana Agencias Aéreas y Marítima S.A., Ian Taylor y Compañía S.A., AJ Broom y Cía., y S.A.C. y Marítima Valparaíso - Chile S.A.

-Rol: 12-04

-Resultado: Acogido

-Fecha: 07-06-2006

-Ministros: Eduardo Jara Miranda, Andrea Butelmann Peisajoff, Tomás Menchaca Olivares, Blanca Palumbo Ossa y Javier Velozo Alcaide.

#### b. Identificación Corte Suprema:

-Rol: 3.395-2006

-Resultado: Acoge reclamación, rechaza la demanda y requerimiento.

-Fecha: 28-12-2006

-Ministros: Ricardo Gálvez Blanco, Milton Juica Arancibia, Patricio Valdés Aldunate, José Fernández Richard y Arnaldo Gorziglia Balbi.

### 2. Hechos:

Entre los meses de marzo y abril del año 2002 las empresas requeridas iniciaron el cobro de lo que se denomina "Servicios Documentales Integrales" (SDI), pues con anterioridad, para embarcar mercaderías era necesario tener una orden de embarque, documento que era preparado por el Agente de Aduanas del exportador, numerado por el Servicio de Aduanas y sometido al visto bueno del Agente Naviero, trámite obligatorio y sin costo alguno para los exportadores, y sólo una vez cumplidos estos pasos se podía llevar la mercadería

al puerto para el embarque respectivo. Sin embargo, a partir de la fecha ya señalada, las denunciadas en forma simultánea y con precios similares comenzaron a efectuar el mencionado cobro, que se refiere a la obtención del visto bueno en el Documento Único de Salida, pero, adicionalmente, incluyeron otros servicios al exportador, tales como recepción y revisión de la matriz del conocimiento de embarque provisorio con respecto al "*booking*" de carga y Documentos Únicos de Salida, servicios éstos que deben pagarse al contado, en efectivo o con cheque nominativo al día, sin lo cual la mercadería no puede ser embarcada.

Ante ello, en el mes de enero de 2003, la Asociación de Exportadores de Chile AG., interpuso una denuncia en contra de las requeridas, imputándoles el haber incurrido en una serie de conductas ilícitas, a saber, acuerdo horizontal de precios, y abuso de posición dominante, lo que motivó que la FNE presentara un requerimiento en su contra.

### 3. Pregunta legal debatida por los Tribunales:

- ¿Cómo se prueba la colusión?

### 4. El Derecho:

#### a. TDLC:

Determina que existió colusión por cuanto las navieras requeridas realizaron en forma simultánea y prevaleciéndose de su posición dominante un cobro que con anterioridad no se realizaba o que se realizaba bajo ciertos requisitos. Por lo cual, no habiendo una explicación ni justificación alternativa, y en base a las reglas de la sana crítica, determinó que existió una colusión, en la que se realizó un cobro por un servicio no solicitado a un cliente cautivo. (Considerandos 32, 34 y 35)

#### b. Corte Suprema:

La Corte Suprema señala que de acuerdo con lo establecido en el art. 3 del DL 211, para que exista colusión es necesario que exista voluntad, es decir, que se haga culposa o dolosamente. Además, que de la prueba rendida sólo podría formular meras hipótesis de colusiones tácitas, pero en ningún caso conclusiones definitivas que probaran aquellos elementos que requiere el art. 3 del DL 211 (Considerando 9). Señala la Corte que los indicios que muestran una supuesta simultaneidad en los cobros y su similitud no prueba la voluntad de los partícipes y la decisión conjunta de adoptar la práctica viciosa

(Considerando 10). Adiciona además que no puede olvidarse que de los elementos esenciales que explican lo anterior, la similitud de precios encuentra su justificación en el hecho de tratarse de actividades y servicios de naturaleza similar y en algunos casos idéntica, que demandan por ende un compromiso similar de recursos, no constituyendo ello algo sospechoso o novedoso y que, en lo que dice relación con la simultaneidad en el inicio de los cobros objetados, tampoco puede obviarse que la relación entre las agencias requeridas es altamente competitiva por lo que las modalidades del mercado y naturaleza de los servicios son rápidamente imitadas e internalizadas por sus competidores (Considerandos 11-12)

5. Respuesta que otorga el Sistema:

a. TDLC: Es posible probar la existencia de colusión a través de indicios que sean suficientes para ello sin necesidad de prueba directa, siempre y cuando no exista una explicación alternativa que se capaz de desvirtuar dichos indicios. Son indicios suficientes de colusión la simultaneidad del comienzo de una nueva práctica, y la similitud de los montos cobrados y su concepto.

b. Corte Suprema: A pesar de que existan indicios que muestren una supuesta actividad colusoria, se requiere que la prueba se haga cargo de los elementos subjetivos del tipo, esto es, la voluntad de los requeridos para coludirse en función de determinar si esta existió, y si hubo culpa o dolo.

6. Conclusiones:

Es posible determinar la existencia de una colusión por la vía de indicios, sin embargo, para la Corte Suprema sería necesario que dichos indicios fueran concluyentes respecto a todos los requisitos de la colusión, entre ellos el elemento subjetivo respecto a la voluntad de los sujetos activos en orden a realizar el ilícito.

Sentencia N° 39 del TDLC

1. Identificación de la Sentencia:

a. Identificación TDLC:

-Partes: Producción Química y Electrónica Quimel S.A. y Cementa S.A con James Hardie Fibrocementos Limitada

-Rol: 42-04

-Resultado: Rechazado.

-Fecha: 30-06-2004.

-Ministros: Eduardo Jara Miranda, Radoslav Depolo Razmilic, Tomás Menchaca Olivares, y Julio Peña Torres.

b. Identificación Corte Suprema:

-Rol: 3.449-2006

-Resultado: Acoge reclamación, acoge la demanda.

-Fecha: 29-11-2006

-Ministros: Ricardo Gálvez Blanco, Milton Juica Arancibia, Adalis Oyarzún Miranda, Oscar Herrera Valdivia, y Hernán Álvarez García.

2. Hechos:

Durante el periodo entre 2001 y el 2004, la empresa demandada estableció un precio de venta de las planchas lisas de fibrocemento por debajo de sus costos unitarios totales, pero sobre los costos unitarios variables para las planchas de 4 mm. Dicha empresa obtuvo utilidades operacionales durante los años 2003 y 2004, y alcanzó el 40% del mercado relevante en cuestión. Ante ello fue demandado por precios predatorios por sus competidores. El mercado relevante en cuestión era el de producción y comercialización de planchas lisas de fibrocemento, un material de revestimiento utilizado para fines de construcción.

3. Preguntas legales debatidas por los Tribunales:

- ¿Es la posición dominante en el mercado un requisito necesario para incurrir en la práctica predatoria establecida en el art. 3° inciso segundo letra c) del DL 211?

- ¿Bajo qué nivel de costos se produce venta predatoria?

#### 4. El Derecho:

##### a. TDLC:

La conducta de James Hardie no ha infringido las normas de libre competencia, por cuanto: (a) no se puede inferir que la parte demandada haya detentado, al inicio y durante el periodo de presunta fijación de precios predatorios, de suficiente poder de mercado como para formarse una expectativa razonable de poder recuperar a futuro las pérdidas de corto plazo asociadas a la práctica materia de esta causa, ni (b) tampoco se ha demostrado que la parte demandada haya comercializado su producción de planchas lisas de fibrocemento bajo los costos evitables relevantes (Considerando 33).

##### b. Corte Suprema:

Que James Hardie infringió el art. 3 letra c) del DL 211 toda vez que vendiendo bajo el costo y sin mediar eficiencia, alcanzó una posición dominante en el mercado. Allí, dado el tenor literal de la norma anteriormente citada, no es necesario tener posición relevante, sino que incluso, la intención debe ser, entre otros, alcanzar dicha posición. (Considerando 6 y 7)

#### 5. Respuesta que otorga el Sistema:

##### a. TDLC:

-Se requiere de posición dominante a efectos de poder generar una expectativa razonable de recuperar, a futuro, las pérdidas de corto plazo asociadas a dicha práctica.

-Se requiere que la venta sea bajo el nivel de los costos evitables relevantes.

##### b. Corte Suprema:

-Del tenor literal de lo dispuesto en la letra c) del inciso segundo del artículo 3° del DL 211, se infiere que no es necesario, para estar frente a una práctica predatoria, que quien la ejerza tenga una posición dominante en el mercado, desde que uno de sus objetivos es justamente alcanzar ésta, precisamente por no tenerla.

-Se requiere venta bajo niveles artificialmente bajos, esto es, que se venda bajo el costo sin mediar eficiencia.

## 6. Conclusiones:

A diferencia del TDLC, la Corte Suprema sigue una interpretación literal de lo indicado en el DL 211, según el cual no es necesario tener poder de mercado para ejercer prácticas predatorias, sino que dicha práctica puede usarse para obtener dicho poder.

## Sentencia N° 43 del TDLC

### Identificación de la Sentencia:

#### a. Identificación TDLC:

-Partes: FNE contra Air Liquide Chile S.A., Indura S.A., AGA S.A. y Praxair Chile Ltda.

-Rol: 74-05

-Resultado: Acogida

-Fecha: 07.09.2006

-Ministros: Eduardo Jara Miranda, Andrea Butelmann Peisajoff, Radoslav Depolo Razmilic y José Tomás Morel Lara.

#### b. Identificación Corte Suprema:

-Rol: 5.057-2006

-Resultado: Acoge reclamación de las requeridas, rechaza el requerimiento.

-Fecha: 22-01-2007

-Ministros: Milton Juica Arancibia, Adalís Oyarzún Miranda, Patricio Valdés Aldunate, José Fernández Richard, Juan Carlos Cárcamo Olmos.

## 2. Hechos:

Durante el mes de julio de 2004, la Central Nacional de Abastecimiento (en adelante CENABAST) publicó un llamado a licitación para contratar suministros de oxígeno líquido a los hospitales públicos. Sin embargo, los precios ofrecidos por dichas empresas requeridas eran muy superiores a los precios que eran cobrados a dichos hospitales en los periodos anteriores a la licitación de CENABAST, y eran bastante cercanos a los precios de referencia que CENABAST había predeterminado para la licitación en cuestión. El mercado relevante de este caso es el del oxígeno líquido medicinal demandado por hospitales públicos en el área de influencia de los proveedores.<sup>173</sup>

#### 4. Preguntas legales debatidas por los Tribunales:

- ¿Desde cuándo comienza a correr la prescripción de la colusión?

- ¿Cómo se prueba la colusión?

#### 5. El Derecho:

##### a. TDLC:

El TDLC sostiene que considera prescritas todas aquellas conductas anteriores a dos años desde presentado el requerimiento,<sup>174</sup> salvo las que, habiendo iniciado con anterioridad a dicha fecha, aún se estuvieran ejecutando, esto porque considera que la colusión implica, necesariamente, una sucesión de actos en el tiempo destinados a mantener vigente el acuerdo y a prolongar sus beneficios esperados. Así, entiende que se la conducta se ejecuta mientras mantenga el sistema de determinación y aplicación de precios pactado (Considerando 27 y 38).

El TDLC determinó además que existían indicios o antecedentes que son aptos para establecer que todas las requeridas incurrieron en una práctica concertada con el objeto o efecto de hacer fracasar la licitación de CENABAST. Los indicios en cuestión, llevan naturalmente y mediante el razonamiento lógico propio de la sana crítica a formar convicción

---

<sup>173</sup> KREFT Carreño, Tomas., y Morales López, Diego. Análisis de La Jurisprudencia Del Tribunal de Defensa de La Libre Competencia: Sentencias No. 1-98. Tesis (Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales) Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 2013. 262 h.

<sup>174</sup> En aquella fecha, previa a la reforma del 2009, la prescripción era de dos años y no de cinco, como lo es actualmente gracias al artículo 1 n° 10 letra c) de la ley 20.361 que modificó el artículo 20 del DL 211.

y constituyen plena prueba según lo establecido en el art. 22° del DL 211 (Considerando 96).

Dichos indicios son, que en caso de que no hubiese habido colusión, habrían existido incentivos para ofrecer menores precios a los observados en las primeras etapas de la licitación en cuestión (Considerando 94), esto porque los precios mínimos cobrados a los hospitales públicos en el periodo previo a la licitación eran sustancialmente inferiores a los ofrecidos por las empresas en las primeras rondas de la misma, lo que constituyó un indicio relevante (Considerando 70). Sin embargo, no existe justificación económica alguna que explique por qué no ha habido una competencia más fuerte en las primeras fases de la licitación (Considerando 75-76). Además, el TDLC determinó que la opacidad del mercado se encontraba fuertemente amenazada por la existencia de la licitación de CENABAST, pues algunas de las requeridas estarían obligadas a transparentar sus costos y a reducir sus precios, lo cual también es un antecedente o indicio para sostener que existió una práctica concertada para hacerlo fracasar (Considerando 84). Para cada empresa era tan inconveniente que el proceso de sinceramiento de costos se diera por una oferta propia como que se produjera por una oferta de un competidor, por lo que los incentivos reales de Indura, AGA y Air Liquide, eran que la licitación fallara. Para ello, resultaba necesario que nadie aceptara la oferta de precio de referencia y, para lograrlo, se requería algún grado de concertación (Considerando 85-86). Se requiere esa concertación por cuanto resultaba necesario cuestionarse cómo podían los licitantes confiar en que ninguno de los otros postulantes iba a ofrecer precios menores, ni aceptar el precio de referencia, siendo la respuesta natural y obvia que existió un acuerdo colusorio para que ningún competidor lo hiciera. En tanto que las explicaciones alternativas por parte de las requeridas no han sido justificadas con evidencia o indicios suficientes para desvirtuar la presencia de colusión (Considerando 88).

b. Corte Suprema:

Sostiene que todas las conductas anteriores a dos años desde la presentación del requerimiento de FNE están prescritas, sin importar si éstas se siguieron ejecutando, pues la supuesta colusión se ejecuta desde la celebración de los contratos, y no desde que terminan su vigencia. (Considerando 8)

Sostiene también que FNE no demostró que la colusión en cuestión haya ocurrido, pues es carga probatoria de quien requiere o demanda el probar la existencia del acuerdo colusorio. Afirma que ninguna de las pruebas presentadas es concluyente. De hecho, la licitación en cuestión fue exitosa en la medida que Praxair Air Liquide e Indura se adjudicaron las licitaciones, siendo insuficiente que pareciera ser que la falta de competitividad y lo trabada que ésta resultó fuera porque las requeridas prefirieran ver fracasar la licitación antes que competir y ver caer dramáticamente los precios. La Corte estima que carece de todo valor probatorio el sostener que se realicen “suposiciones”, o se concluya que la “única explicación razonable” era la existencia del acuerdo que se les imputa, sin que se presentaran pruebas inequívocas al respecto (C. 12)

Además, la Corte agrega que los “indicios relevantes” en los que se basa el TDLC son insuficientes para acreditar los hechos imputados. Esto, considerando que lo único que se probó en el caso era que las empresas requeridas ofrecieron precios muy superiores a los que cobraban a los hospitales públicos antes de dicho proceso. Agrega que es insuficiente para determinar fehacientemente la existencia de la colusión, el establecer que la teoría más plausible para explicar el comportamiento de las requeridas sea la colusión (C. 13)

Sostiene también la Corte que el hecho de que le era conveniente a las requeridas que la licitación fracasara no comprueba que existió una colusión de su parte. Tampoco es posible desprenderlo de las conductas desplegadas por las empresas, desde que es perfectamente posible que ello correspondiera a una estrategia individual, máxime si Praxair y Aga contrataron a expertos y celebraron reuniones a fin de determinar sus estrategias en la correspondiente licitación.

#### 5. Respuesta que otorga el Sistema:

##### a. TDLC:

-La colusión es un delito de ejecución continuada, pues implica necesariamente una sucesión de actos en el tiempo destinados a mantener vigente el acuerdo y prolongar sus beneficios esperados. De manera que el plazo comienza a correr desde que éste deja de ejecutarse y no desde el momento en que la práctica comenzó.

-Es posible utilizar indicios para probar un acuerdo colusorio, todo ello en la medida que lleven -mediante razonamiento lógicos propios de la sana crítica- a formar convicción al

respecto. Una manera de hacerlo sería una interpretación de las estrategias empleadas en una licitación, cuando las empresas tienen incentivos para actuar coordinadamente entre ellas y dicho actuar sólo puede ser razonablemente explicado por la existencia de un acuerdo colusorio.

b. Corte Suprema:

-El plazo comienza a correr desde que se realiza el acuerdo, sin importar si éste se sigue ejecutando en el tiempo.

-Una colusión debe ser probada en forma inequívoca y fehaciente, siendo totalmente insuficiente a este respecto que se suponga su existencia por ser la conducta colusoria la única explicación razonable.

6. Conclusión:

Mientras el TDLC estimaba, para efectos de la prescripción, a la colusión como un ilícito continuado, la Corte Suprema la consideró un delito instantáneo, sin considerar su permanencia en el tiempo. Respecto a los indicios, el TDLC sostiene que cuando éstos permiten concluir que la única explicación razonable para el actuar de competidores es la existencia de una colusión, son suficientes para su acreditación. Para la Corte Suprema los indicios no son suficientes, pues se debe probar en forma fehaciente e inequívoca la existencia de la práctica colusoria.

Sentencia N° 53 del TDLC

1. Identificación de la Sentencia:

a. Identificación TDLC:

-Partes: Labbé Haupt y Compañía Limitada con Shell Chile Sociedad Anónima Comercial e Industrial

-Rol: 87-06

-Resultado: Acogido

-Fecha: 06-06-2007

-Ministros: Radoslav Depolo Razmilic, Andrea Butelmann Peisajoff, Tomás Menchaca Olivares, Julio Peña Torres, Claudio Osorio Johannsen.

b. Identificación Corte Suprema:

-Rol: 3.506-07

-Resultado: Acoge reclamación, rechaza la demanda.

-Fecha: 25-09-2007

-Ministros: Ricardo Gálvez Blanco, Adalis Oyarzún Miranda, Héctor Carreño Seaman, Pedro Pierry Arrau, Fernando Castro Álamos.

2. Hechos:

Las partes tenían una relación contractual a través de contrato de franquicia. En ese contexto, la demandante señala que se realizaron prácticas contrarias a la libre competencia, incluyendo algunas normas dictadas por la Comisión Preventiva Central.

3. Pregunta legal debatida por los Tribunales:

- ¿Puede el TDLC condenar de oficio una infracción al derecho de la competencia sin que ésta sea parte del litigio?

4. El Derecho:

a. TDLC:

El TDLC descartó las acusaciones de la demandante, pero estimó que en los contratos de franquicia se infringieron otras normas dictadas por la Comisión Preventiva Central, por lo cual procedió a condenar a la demandada en la medida que el no cumplimiento de lo resuelto por un órgano de defensa de la competencia configura una infracción al artículo 3º del Decreto Ley N° 211 (Considerando 26).

b. Corte Suprema:

Señala que el TDLC no tiene facultades para actuar de oficio, sino que sólo a petición de parte o por requerimiento de FNE, pues como tribunal, no le corresponde actuar como ente persecutor (Considerando 6).

5. Respuesta que otorga el Sistema:

a. TDLC: Sí, el TDLC puede condenar en la medida que determinó que el demandado infringió la libre competencia. (Considerando 6)

b. Corte Suprema: No, pues el TDLC sólo puede conocer infracciones a petición de parte o por requerimiento de la FNE que es el ente persecutor. (Considerando 20)

6. Conclusiones:

La Corte Suprema sostuvo una posición que fomenta la bilateralidad de la audiencia y el principio acusatorio, pues establece que el TDLC no puede condenar de oficio, sino que velar por el derecho a defensa y el debido proceso. Por su parte, el TDLC estimó que si hace convicción de que se realizaron actos contrarios a la libre competencia, es su deber sancionarlos.

#### Sentencia N° 81 del TDLC

1. Identificación de la Sentencia:

a. Identificación TDLC:

-Partes: Fiscalía Nacional Económica con Junta de Aeronáutica Civil.

-Rol: 148-07

-Resultado: Acogido

-Fecha: 16-01-2009

-Ministros: Eduardo Jara Miranda, Radoslav Depolo Razmilic, Andrea Butelmann Peisajoff, Julio Peña Torres, Joaquín Morales Godoy.

b. Identificación Corte Suprema:

-Rol: 1.855-2009

-Resultado: Acoge reclamación, rechaza requerimiento.

-Fecha: 15-06-2009

-Ministros: Héctor Carreño Seaman, Pedro Pierry Arrau, Sonia Araneda Briones, Alberto Chaigneau Del Campo, Arnaldo Gorziglia Balbi.

2. Hechos:

La requerida realiza, por orden de la Decreto Ley 2.564 de Aviación Comercial, licitaciones para asignar frecuencias aéreas internacionales para empresas nacionales. De acuerdo con el artículo 3 de dicho Decreto Ley, un reglamento regulará dicha licitación. Así, mediante Decreto Supremo N° 102 de 1981 se reglamenta la licitación pública para asignar frecuencias internacionales a empresas aéreas nacionales a aquellas que presenten la oferta de mayor dinero. En ese contexto el servicio público requerido realizó una licitación para asignar las frecuencias entre Santiago y Lima por un plazo de cinco años. Ante ello, la FNE presenta un requerimiento señalando que dichas bases generarían barreras de entrada contrarias a la libre competencia.

3. Pregunta legal debatida por los Tribunales:

- ¿Puede el TDLC ordenar la modificación de la aplicación de una normativa reglamentaria por parte de la administración por considerarla contraria al derecho de la competencia?

4. El Derecho:

a. TDLC:

El TDLC acoge el requerimiento señalando que, efectivamente, las bases de la licitación eran contrarias a la libre competencia por cuanto beneficiaban a las aerolíneas dominantes, al utilizar como único criterio la mayor oferta económica y no incluir otros criterios relevantes que abran el mercado a competidores más pequeños a fin de desafiar el poder de mercado de los competidores fuertes, por lo cual, entre otros, ordenó su modificación a fin de generar

condiciones que la hagan más competitiva, sin considerar como único criterio la mayor oferta económica, que era lo que el reglamento de dicho Decreto Ley ordenaba, sino que estableciendo una serie de condiciones para garantizar la competencia entre las aerolíneas nacionales. (Considerandos 30, 71, 156)

Argumenta que el citado Decreto Ley ordena la realización de una licitación pública, pero no establece que eso signifique necesariamente que dicha licitación utilice como criterio únicamente la mayor oferta económica como lo hace el reglamento, sino que desde una interpretación sistémica, una licitación pública está referida a un procedimiento administrativo de selección de asignatarios de un recurso, en el que se debe garantizar la obtención de los objetivos expresamente consignados por el legislador por medio del establecimiento de las mejores condiciones de competencia entre todas las empresas interesadas en el servicio. Además, agrega que la intención expresa del legislador al dictar dicho Decreto Ley era justamente alcanzar los fines de la ley de aviación mediante la promoción de las mejores condiciones de competencia, lo que sumado a las normas legales del DL 211, obligarían a realizar las bases de la licitación bajo esos criterios, y por ende, dichas normas legales debieran inspirar el reglamento y su aplicación por parte de la administración, que es de carácter infralegal. (Considerando 154, 158)

Adicionalmente, ejerció su facultad de realizar proposiciones normativas, por lo cual, recomendó al Presidente de la República la modificación del Decreto Ley 2.564, el Código Aeronáutico y el propio reglamento N° 102 de 1981 del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, además de recomendar a dicho Ministerio que se estudie la conveniencia de establecer una limitación a la duración de las frecuencias aéreas que hayan sido asignadas con carácter de indefinidas, y recomendar a las sociedades del giro aeronáutico constituidas en Chile que consulten al Tribunal los actos jurídicos mediante los cuales pacten usar conjuntamente sus códigos internacionales de individualización con una o más aerolíneas que operen en el país.

b. Corte Suprema:

La Corte rechazó la decisión del TDLC, señalando que las bases de las licitaciones elaboradas por la requerida eran el fiel cumplimiento de lo ordenado por el DL 2.564, y de su respectivo reglamento, al que dicha ley se remitía, y que por lo tanto, no le era lícito al TDLC ordenar la modificación de las bases de la licitación, pues hacerlo de otra manera, implica un

incumplimiento expreso de lo que dictaban las normas reglamentarias, y por ende, a la ley misma. Agrega que los jueces están obligados a hacer respetar las normas legales y reglamentarias vigentes, mucho más allá de su convicción íntima acerca de su pertinencia, sin perjuicio de que el TDLC puede realizar proposiciones normativas para la modificación de la ley y del propio reglamento mediante el respectivo procedimiento. En ese contexto, dejó también sin efecto las proposiciones normativas y recomendaciones hechas por el TDLC por estimar que no le era lícito hacerlo en la sentencia de un procedimiento contencioso, pues el artículo 26 del DL 211 no le da esas atribuciones en ese procedimiento, sino que puede realizar dichas recomendaciones en el marco de un procedimiento de proposición normativa, del cual es competente en virtud del artículo 18 N°4 de dicho decreto<sup>175</sup> (Considerandos 7, 8, 11).

5. Respuesta que otorga el Sistema:

a. TDLC:

Sí, por cuanto el actuar de la Administración debe aplicar también la ley, y en ella se encuentra el propio DL 211 y, en el caso concreto, la ley de la cual emana la norma reglamentaria, que también ordena en forma expresa el establecimiento de la competencia. De esta manera es la ley la que debe sobreponerse al reglamento e inspirarlo, además debe ser aplicada por la Administración al ejercer facultades infralegales.

b. Corte Suprema:

No, por cuanto el TDLC no puede dejar de aplicar lo dispuesto por el reglamento al cual la ley se remite. Si el tribunal considera que el reglamento y/o la ley son contrarios a la libre competencia, sólo puede realizar procedimientos de proposición normativa que es la facultad legal que posee.

6. Conclusiones:

El TDLC estima que, si el reglamento es contrario a la ley, esta última debe aplicarse e inspirar al reglamento, y que dado que su deber como tribunal es la aplicación de las normas

---

<sup>175</sup> No hemos considerado aquella diferencia doctrinaria entre el TDLC y la Corte Suprema como parte de este análisis, por considerar que ésta no trata sobre asuntos contenciosos, sino sobre la oportunidad en las que el TDLC puede utilizar su facultad para proponer cambios normativos.

legales, bien puede ordenar a la administración la modificación de la aplicación de las normas reglamentarias. Por su parte, la Corte Suprema sostiene que las normas reglamentarias que dicta la autoridad por orden de la ley, deben ser aplicadas por la administración con independencia de si el TDLC estima que afectan la libre competencia, por lo cual, dicho tribunal carece de las facultades para ordenar la modificación del actuar de la administración que fue hecho con arreglo estricto a dichas normas reglamentarias.

## Sentencia N° 100 del TDLC

### 1. Identificación de la Sentencia:

#### a. Identificación TDLC:

-Partes: Nutripro S.A, Empresas Tucapel, Comercial Terramar Limitada, ED&F Man Chile S.A., Agroexportadora e Importadora Ltda., Agrícola Tarapacá Ltda., Soprodi S.A., y Graneles de Chile S.A. contra Puerto Terrestre Los Andes Sociedad Concesionaria "PTLA" y el Fisco de Chile.

-Rol: 127-07.

-Resultado: Acogido.

-Fecha: 21-07-2010

-Ministros: Andrea Butelmann Peisajoff, Tomás Menchaca Olivares, Julio Peña Torres y Javier Velozo Alcaide.

#### b. Identificación Corte Suprema:

-Rol: 6100-2010

-Resultado: Acoge requerimiento, rechaza la demanda.

-Fecha: 28-01-2011.

-Ministros: Héctor Carreño Seaman, Haroldo Brito Cruz, Roberto Jacob Chocair, Benito Mauriz Aymerich y Rafael Gómez Balmaceda.

## 2. Hechos:

El mercado relevante del caso en cuestión era el de servicios básicos y complementarios convenidos en un contrato de concesión, que permiten realizar el control aduanero, sanitario y fitozoosanitario a los vehículos de carga que pretenden ingresar productos al país, por parte del Servicio Nacional de Aduana (SNA), el Servicio de Salud Aconcagua (SSA) y el Servicio Agrícola y Ganadero (SAG).

PTLA es una concesionaria del Estado de Chile que presta los servicios descritos en el mercado relevante como un monopolio natural. En dicha concesión se establece cuál es el cobro máximo que puede realizar que equivale a \$84.000 reajustables. Los servicios específicos que efectivamente debe prestar son 1) asignar y disponer la ubicación del vehículo de transporte en el lugar de la operación; 2) retirar carpas u otros elementos de protección que cubren la carga del vehículo de transporte (desencarpe); 3) destrincar la carga en la plataforma del camión, retirando sujeciones y amarras, cuando corresponda; 4) descargar los bultos desde la plataforma del vehículo de transporte, al costado del mismo, depositándolos transitoriamente en el piso del área o andén asignado; 5) apilar correctamente la carga en el piso para su cargue en la plataforma; 6) movilizar y seleccionar bultos en el apilamiento en piso, en caso de ser requerido por el revisor del Servicio Nacional de Aduanas, por el Servicio Agrícola y Ganadero o por el Servicio de Salud; 7) efectuar el cargue de los bultos sobre la plataforma del vehículo de transporte; 8) acomodar y afianzar correctamente la carga en la plataforma del vehículo de transporte, de acuerdo a las indicaciones del solicitante o responsable de la carga; y 9) ejecutar la colocación de las carpas u otros elementos de protección de la carga (encarpe)". De esos 9 servicios, PTLA presta efectivamente 3 o 4 de ellos, sin embargo, cobra el valor máximo que establece la licitación que asciende a \$84.000. Ante ello, los demandantes presentaron diversas demandas por precios abusivos, siendo la primera en demandar la empresa Nutripro S.A por lo que todas se acumularon a ésta.

## 3. Pregunta legal debatida por los Tribunales:

¿Cuáles son los requisitos del cobro de precios excesivos?

## 4. Derecho:

a. TDLC:

El TDLC determinó que el cobro de PTLA a los demandantes era excesivo por cuanto cobraba por servicios que no prestaba. Por lo cual determinó que, prevaliéndose de su posición dominante, realizó cobros excesivos. (Considerando 46, 89, 90)

b. Corte Suprema: La Corte Suprema determinó que el cobro de PTLA no tuvo efectos, o no se demostró que tuviera efectos que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia, por lo cual, simplemente constituyen un cobro que le es lícito por cuanto así está establecido en las bases de la licitación. Agregando que podría estimarse como lesivo o dañino contra la libre competencia si el cobro realizado se realizara por sobre el establecido en la concesión. (Considerando 11, 12 y 13)

5. Respuesta que otorga el Sistema:

a. TDLC:

-Que el sujeto activo en cuestión, en su calidad de monopolista y en ejercicio de su posición dominante realice un cobro que carece de justificación económica. En el caso, el cobro de un servicio que efectivamente no presta.

b. Corte Suprema:

-No basta con que exista una posición dominante y que las tarifas sean abusivas, sino que además se requiere que la conducta impida, restrinja o entorpezca la libre competencia. Es necesario acreditar la vulneración a la libre competencia, por ejemplo, que los demandantes acrediten que perdieron competitividad, es decir, que los precios finales de los productos que comercializan hayan sido alterados a resultas del actuar abusivo de quien se prevale de su posición dominante. Adicionalmente sostiene que, en el caso de las concesiones, no puede atribuirse a la concesionaria un precio abusivo si éste se encuentra dentro de lo que le permite la concesión.

6. Conclusión:

Los requisitos para el TDLC son i. Que el sujeto activo tenga poder de mercado, ii. Que ejerciendo su poder monopolístico iii. Realice un cobro que no tiene justificación económica alguna, por ejemplo, por servicios que no presta.

Los requisitos para la Corte Suprema son i. Que el sujeto activo tenga poder de mercado, ii. Que ejerciendo su poder monopólico iii. Realice un cobro abusivo, iv. Y que dicho cobro abusivo llegue a impedir, restringir o entorpecer la libre competencia. Además sostiene que en el caso de concesionarias no podría estimarse contrario a la libre competencia un precio que la concesión le permite cobrar.

La visión de la Corte Suprema se sustenta no solo en el tenor literal del artículo 3° del DL 211, sino que además tiene su sustento en la noción que tiene sobre el bien jurídico protegido del derecho de la competencia, pues en el fallo señala que “el D.L. N° 211 tiene como bien jurídico protegido la libre competencia, la que puede entenderse como la posibilidad que tienen las personas para participar en cualquiera actividad económica, como oferente o demandante, pudiendo decidir libremente cuándo entrar o salir de un mercado, sin que exista ninguna persona o entidad que le pueda imponer condiciones en las relaciones de intercambio que interfieran en el flujo natural de los bienes y servicios” (Considerando 7).

#### Sentencia N° 104 del TDLC

##### 1. Identificación de la Sentencia:

##### a. Identificación TDLC:

-Partes: FNE con Telefónica Móviles de Chile S.A., Telefónica Móviles Chile S.A, Claro Chile S.A., y Entel PCS Telecomunicaciones S.A.

-Rol: 139-07

-Resultado: Rechazado

-Fecha: 13-09-2013

-Ministros: Tomás Menchaca Olivares, Andrea Butelmann Peisajoff, Julio Peña Torres y Juan José Romero Guzmán.

##### b. Identificación Corte Suprema:

-Rol: 7.781-2010

-Resultado: Acoge reclamación FNE y otros, acoge el requerimiento.

-Fecha: 22-12-2013

-Ministros: Héctor Carreño Seaman, Pedro Pierry Arrau, Sonia Araneda Briones, Haroldo Brito Cruz y Rafael Gómez Balmaceda.

## 2. Hechos:

El mercado relevante en cuestión es el de Servicios analógicos y digitales de telefonía móvil, prestados mediante la explotación de concesiones de uso del espectro radioeléctrico, dentro de los límites geográficos del territorio de la República de Chile.

Las empresas requeridas son las únicas concesionaras autorizadas para el uso del espectro radioeléctrico con el fin de entregar servicios analógicos y digitales de telefonía móvil, por lo cual, ningún otro actor puede ingresar al mercado en cuestión. Sin embargo, existe una forma en la que otros actores pueden ingresar, a través de los “operadores móviles virtuales” (OMV). Dichos competidores necesitan de la reventa de una parte de la concesión que tienen los requeridos, para lo cual requieren una oferta de facilidades para la reventa de planes. Sin embargo, ninguno de los requeridos ha realizado dicha oferta y se ha negado sistemáticamente a hacerla, e incluso se han opuesto a través de acciones legales a la entrada de operadores OMV.

## 3. Pregunta legal debatida por los Tribunales:

¿Cuáles son los requisitos de la negativa injustificada de venta?

## 4. El Derecho:

### a. TDLC:

Respecto a la negativa injustificada de venta el TDLC señala que uno de los requisitos es que el agente económico afectado esté dispuesto y habilitado para aceptar las condiciones comerciales usualmente establecidas por el proveedor. Al observar que ese requisito no está presente –el de la habilitación-, determina la licitud del actuar de las requeridas, mientras que el resto de los requisitos de la conducta en cuestión los deja citados en forma

tácita a su jurisprudencia anterior, específicamente el caso Rol C 96-06 (Considerando 28). De dicho fallo, en el considerando undécimo se señalan los otros dos requisitos que dicho ente jurisdiccional ha determinado para este ilícito y son los siguientes: 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, y 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. De aquellos requisitos, en todo caso y como se señaló, no se pronuncia. (Considerando 29)

b. Corte Suprema:

Respecto a la negativa injustificada de venta, la Corte Suprema señala que está demostrado en los hechos que las empresas requeridas se han negado continua e injustificadamente a vender el bien en cuestión con condiciones comerciales claras y económicamente razonables. Entendiendo la negativa injustificada de venta como toda conducta que tenga por efecto la no satisfacción plena a un pedido efectuado o la demora sistemática e injustificada a su atención. (Considerando 9 y 10)

Ante esto, dicho ente jurisdiccional condena a pagar 3.000 UTA a cada una de las requeridas, además de ordenar en un plazo de 90 días a presentar oferta de facilidades y/o reventa de planes para operadores móviles virtuales, sobre la base de criterios generales, uniformes, objetivos y no discriminatorios.

5. Respuesta que otorga el Sistema:

a. TDLC:

La negativa injustificada de venta está constituida por tres requisitos que le dan consistencia: 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 coludidos, niegue o nieguen a tal

persona el suministro; iii) Que el referido agente económico esté dispuesto y habilitado para 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.

b. Corte Suprema:

La negativa injustificada de venta debe entenderse como toda conducta que tenga por efecto la no satisfacción plena a un pedido efectuado o la demora sistemática e injustificada a su atención.

6. Conclusión:

Para la Corte Suprema, a diferencia de lo señalado por el TDLC, no es requisito que el demandante afectado del bien en cuestión esté “habilitado para aceptar las condiciones comerciales usualmente establecidas por el proveedor a otros agentes económicos”. Es decir, mientras el TDLC pone su énfasis en las condiciones que tiene el “afectado” por la discriminación, la Corte Suprema pone su énfasis en la actitud que tiene el que ejecuta la discriminación, para así determinar si aquella es o no justificada. En otras palabras, no se trata de si el afectado por la negativa de venta puede o no aceptar las condiciones comerciales establecidas por el proveedor u otros agentes económicos, sino que se trata de si el proveedor no satisface adecuadamente la solicitud a un pedido realizado por el afectado.

Sentencia N° 113 del TDLC

Identificación de la Sentencia:

a. Identificación TDLC:

-Partes: FNE con Abercrombie & Kent S.A; ADSmundo Turismo Ltda.; Turismo Cocha S.A., Chilean Travel Services Ltda.; y Turavión Ltda.

-Rol: 197-09

-Resultado: Rechazado.

-Fecha: 19-10-2011

-Ministros: Tomás Menchaca Olivares, Andrea Butelmann Peisajoff, Julio Peña Torres, Javier Velozo Alcaide y Alejandro Domic Seguich.

b. Identificación Corte Suprema:

-Rol: 10.954-2011

-Resultado: Acoge reclamación FNE, acoge el requerimiento.

-Fecha: 20-09-12.

-Ministros: Sergio Muñoz Gajardo, Pedro Pierry Arrau, María Eugenia Sandoval Gouet, Alfredo Pfeiffer Richter y Jorge Lagos Gatica.

2. Hechos:

El mercado relevante de este caso es el de intermediación de servicios de turismo de lujo en las zonas específicas del territorio chileno donde Explora posee hoteles, esto es, Torres del Paine, San Pedro de Atacama e Isla de Pascua, considerando todos los canales de intermediación relevantes para tales efectos.

Los requeridos llevaron a cabo una reunión en la que participaron las empresas junto al Vicepresidente Comercial de la empresa Explora S.A, en que las primeras plantearon en conjunto a esta última el aumento del cobro de comisión por la prestación de sus servicios desde un 20% a un 25%. Adicionalmente, y posterior a dicha reunión le enviaron correos electrónicos a Explora para que acepte el acuerdo, y esta última empresa les comunicó que no modificará su propuesta de comisiones. Las firmas requeridas representan cerca del 19% del total de las ventas realizadas por Explora y no tienen una posición dominante en el mercado en relación a Explora, si bien en conjunto y a nivel nacional, representan un 65% de las ventas realizadas por operadores turísticos nacionales. Además el mercado en cuestión tiene importantes barreras de entrada para los nuevos competidores y un número reducido de empresas relevantes en el mismo.

3. Pregunta legal debatida por los Tribunales:

¿Es necesario que el acuerdo colusorio produzca efectos anticompetitivos para ser contrario a la ley?

#### 4. El Derecho:

##### a. TDLC:

Rechaza el requerimiento señalando que la actuación concertada acreditada, si bien podría haberles conferido poder de mercado a las requeridas respecto de un gran número de empresas hoteleras u otros oferentes de servicios turísticos, no se logró acreditar que haya tenido aptitud causal para conferírsele en relación a Explora, única empresa respecto de la cual está probada una acción conjunta concreta. Por ello, las requeridas no pueden ser sancionadas bajo la ley vigente al momento de ejecutarse las acciones objeto del requerimiento, la que requería, además de la existencia de un acuerdo, del abuso del poder de mercado que dicho acuerdo les confiriese, lo que no ha sido acreditado en autos. Por el contrario, existen antecedente en autos que acreditan que las requeridas no alcanzaron –en conjunto- un poder de mercado que les permitiera imponer a Explora el nivel acordado de comisión. Respecto de otras empresas, no se ha acreditado siquiera un intento de abuso. (Considerando 51)

##### b. Corte Suprema:

Acoge la reclamación y el requerimiento de FNE señalando que si bien comparte lo sostenido en el fallo en orden a que el acuerdo de las requirentes no tuvo la aptitud para modificar el volumen de ventas de Hoteles Explora en las zonas en que ésta presta sus servicios; por otro lado el artículo tercero del Decreto Ley N° 211 sanciona a quien ejecute un acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, sea que tal actuación produzca esos efectos o que tienda a producirlos. De manera que por el solo hecho de existir la concertación y que ésta busque modificar la conducta de un agente del mercado con el fin de obtener por parte de quienes deciden coludirse un beneficio de índole patrimonial, no puede ser sino tomado como un atentado contra los principios básicos que sustentan las normas que por medio del Decreto Ley N° 211 se buscan salvaguardar, que serían, la igual oportunidad para que todos y cada uno de los agentes de un mercado compitan en igualdad de condiciones, manteniéndose la transparencia del mismo para cada uno de los actores que en él intervienen. (Considerandos 16 y 17)

#### 5. Respuesta que otorga el Sistema:

##### a. TDLC:

El TDLC señaló en este caso que los requisitos en general para que exista colusión son los siguientes: i. Que exista un acuerdo entre competidores para impedir, restringir o entorpecer la libre competencia; ii. Que mediante dicho acuerdo se alcance efectivamente poder de mercado; y iii. Que se abuse de este poder de mercado provocando efectos anticompetitivos, es decir, el TDLC estima que los efectos anticompetitivos son parte de los requisitos para su sanción de acuerdo con el DL 211, y por tanto deben ser probados.

b. Corte Suprema:

En tanto que la Corte Suprema, en lo que refiere a los requisitos de la colusión señala que son i. La existencia de un acuerdo; ii. Su objeto de impedir, restringir o entorpecer la libre competencia; iii. La aptitud objetiva de dicho acuerdo para producir algún efecto contrario a la libre competencia, pudiendo ser éste concreto o sólo potencial; y iv. La voluntad y decisión conjunta de llevar a cabo el acuerdo. Es decir, repite lo señalado por el TDLC en cuanto al resto de los requisitos, pero establece que los efectos pueden ser solamente “potenciales” entendiendo que la “potencialidad” del requisito “iii.” dice relación con que se ejecuten actos que tiendan a producir el objeto, pero no es necesaria su ocurrencia; no son necesarios sus efectos.

6. Conclusión:

A diferencia de lo señalado por el TDLC, para la Corte Suprema, el hecho de que un acuerdo colusorio no produzca “efectos” contrarios a la libre competencia como es el poder de mercado y su posterior abuso, no es óbice para su sanción. Por el contrario, basta con que tenga potencialidad o tendencia. Lo que en definitiva significa que acreditado el acuerdo y su intención de dañar la libre competencia, se producirá el ilícito pues la causal de “aptitud objetiva” puede ser satisfecha con la pretensión, voluntad y decisión de llevar a cabo el acuerdo dañino a la libre competencia.

## Sentencia N° 121 del TDLC

1. Identificación de la Sentencia:

a. Identificación TDLC:

-Partes: Naviera Valdivia Ltda. y Otros c. Ministerio de Obras Públicas y Comercial Somarco Ltda.

-Rol: 219-11

-Resultado: Acoge la demanda de Naviera Valdivia y otros.

-Fecha: 10-05-2012

-Ministros: Tomás Menchaca Olivares, Andrea Butelmann Peisajoff, Radoslav Depolo Razmilic, Julio Peña Torres, Javier Velozo Alcaide.

b. Identificación Corte Suprema:

-Rol: 4.470-2012

-Resultado: Acoge la reclamación del Fisco (Ministerio de Obras Públicas), rechaza la demanda.

-Fecha: 30-01-2013

Ministros: Héctor Carreño Seaman, Alfredo Pfeiffer Richter, Pedro Pierry Arrau, Emilio Pfeffer Urquiaga y María Eugenia Sandoval Gouet.

2. Hechos:

Los demandantes son microempresarios, y se dirigen en contra de uno de sus competidores llamado Comercial Somarco Ltda., y contra el Fisco de Chile que, a través de una licitación hecha por el Ministerio de Obras Públicas y el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, le adjudicó a dicha empresa el “Servicio Integral para el Transporte Fluvial y Lacustre de la Región de Los Ríos: Lago Pihueico, Lago Ranco y Conexión Niebla Corral”. Por medio de esa licitación y en lo concerniente a Niebla-Corral, el Estado aporta por 5 años el uso, goce y explotación de una nave nueva, cede el uso, goce y explotación de toda la infraestructura portuaria existente, y entrega diferentes subsidios directos para la operación integral del contrato. Por su parte, el adjudicatario presta servicios de transporte de carga y de pasajeros con 9 ciclos diarios y realiza labores de mantención de la infraestructura y las naves, a cambio de lo cual, además de percibir los subsidios que indican las Bases, puede cobrar las tarifas máximas que señala el contrato a los terceros

que recalcan o utilizan la infraestructura portuaria. Dichos precios máximos ascienden a los \$25.000.

Los demandantes señalan que dicho cobro se aleja completamente de los costos reales del negocio, además de carecer de toda justificación llevándolos a ser inviables, por lo cual consideran que la licitación estuvo encaminada a excluirlos del mercado.

4. Pregunta legal debatida por los Tribunales:

- ¿Qué efectos debe producir un acto para que éste sea considerado excluyente?

3. El Derecho:

a. TDLC:

Acoge la demanda por estimar que la licitación llevada por el Ministerio de Obras Públicas y Somarco, significó un efecto excluyente sobre los competidores del transporte marítimo fluvial, toda vez que el cobro de la tarifa sólo era soportado por los competidores de Somarco, lo que constituye una discriminación arbitraria. Además, el mismo no tenía sustento económico alguno, toda vez que la tarifa en cuestión no guarda relación alguna con los costos de recalada, ni tampoco existe costo de oportunidad alguno en el uso de la infraestructura en cuestión, ni existe la posibilidad de que se genere congestión por su uso. (Considerandos 43-49)

b. Corte Suprema:

Acoge la reclamación y desestima la demanda por cuanto ningún competidor de SOMARCO resultó verdaderamente excluido del mercado, pues ninguno de ellos salió de éste, pudiendo ejercer aún su autonomía para negociar con Somarco (Considerandos 7 y 9).

5. Respuesta que otorga el Sistema:

a. TDLC:

Que el acto genere una ventaja competitiva en favor de un competidor por sobre el resto, sin que dicha ventaja tenga justificación económica alguna.

b. Corte Suprema:

Es necesario que dicho acto genere la salida del mercado por parte del resto de los competidores, mientras éstos se mantengan en el mercado, o realicen actos que demuestren que aún ejercen su autonomía de la voluntad con respecto al competidor que supuestamente tiene dicha ventaja, no puede considerarse que exista acto exclusorio alguno, ni que se infrinja lo dispuesto en el art. 3° del DL 211.

#### 6. Conclusión:

Para el TDLC, habrá un acto exclusorio sin que necesariamente haya acaecido la exclusión sino en cuanto se genera una ventaja competitiva sin justificación económica. Para la Corte Suprema esto no es suficiente, pues se requiere la salida del competidor del mercado.

### Sentencia N° 132 del TDLC

#### 1. Identificación de la Sentencia:

##### a. Identificación TDLC:

-Partes: Sonda S.A. contra el Servicio de Registro Civil e Identificación

-Rol: 242-12

-Resultado: Acogido

-Fecha: 25-10-2013

-Ministros: Tomás Menchaca Olivares, Andrea Butelmann Peisajoff., Radoslav Depolo Razmilic, Enrique Vergara Vial. y María de la Luz Domper Rodríguez.

##### b. Identificación Corte Suprema:

-Rol: 13.972-2013

-Resultado: Acoge reclamación, rechaza la demanda.

-Fecha: 06-08-2014.

-Ministros: Rubén Ballesteros Cárcamo, Héctor Carreño Seaman, Pedro Pierry Arrau, Rosa Egnem Saldías y María Eugenia Sandoval Gouet.

## 2. Hechos:

El requerido realiza una licitación pública internacional para proveer, por un periodo de diez años de los servicios destinados al “Sistema de Identificación, Documentos de Identidad y Viaje y Servicios Relacionados para el Servicio de Registro Civil e Identificación”, adjudicándosela a uno de los oferentes llamado Sagem Sécurité S.A.

En ese marco, el requirente acusa una serie de prácticas contrarias a la libre competencia durante el proceso de licitación.

## 3. Preguntas legales debatida por los Tribunales:

- ¿Puede el TDLC conocer de actos de la administración del Estado?
- ¿Es competente el TDLC para conocer de causas en las que se discute la legalidad de la aplicación de las bases de licitaciones de contratación pública?;

## 3. El Derecho:

### a. TDLC:

El TDLC sostiene que las normas de libre competencia son aplicables a los órganos de la Administración del Estado, pues la expresión del artículo 3° del DL 211 “El que...” comprende a cualquier persona, sea natural o jurídica, tanto de derecho privado como público. Y que en ese contexto, tal como sucede en otros casos como la competencia desleal que también es perseguido en sede civil, de un mismo acto pueden surgir diferentes responsabilidades, pues con ellas se cautelan diversos bienes jurídicos. Así, el bien jurídico protegido de la libre competencia sería diferente del que protege el Tribunal de Contratación Pública, pues el de la libre competencia es el bienestar social, entendida como la eficiencia económica en el uso o asignación de recursos escasos. (Considerandos 6, 7, 9 y 15)

Agrega también que, si bien en su jurisprudencia el TDLC se ha enfocado en el diseño de las bases de la licitación, también ha analizado, excepcionalmente, la actuación de entes licitantes durante el proceso licitatorio, con el objeto de determinar la eventual comisión de

arbitrariedades o discriminaciones arbitrarias que impidan, entorpezcan o restrinjan la libre competencia o tiendan a producir dichos efectos. (Considerandos 20-21)

b. Corte Suprema:

Sostiene que, de acuerdo con la ley 19.886, es competencia del Tribunal de Contratación Pública el referirse a la impugnación de los actos u omisiones, ilegales o arbitrarios, que se hayan verificado con ocasión de los procedimientos administrativos de contratación con organismos públicos, esto es, la actividad que se realiza entre la aprobación de las bases y su adjudicación. Esto incluye la aplicación de los principios de libre concurrencia e igualdad de los oferentes y de estricta sujeción a las bases. (Considerandos 14-16)

Señala también, independientemente de la competencia del Tribunal de Contratación Pública, que la facultad de seleccionar a quién se adjudicará una licitación, se encuentra normada por las bases técnicas y administrativas del propio procedimiento concursal. En ese sentido, su adjudicación se encuentra reglada por dichas bases, y mientras se ciña a ellas no es posible sostener que la aplicación de dichas facultades reglamentarias pueda ser considerada contraria al derecho, pues son la aplicación del derecho, y por lo tanto, no se le puede imputar que pueda ser contraria al bien jurídico protegido libre competencia. Agrega que la demandante no solicitó la impugnación de las bases de la licitación en sí, impugnación por la cual el TDLC pudo haberse pronunciado del caso en concreto. (Considerando 16 y 19)

5. Respuestas que otorga el Sistema:

a. TDLC:

-Sí, puede conocer de actos de la administración, pues la ley está redactada en términos amplios, sin distinguir entre personas de derecho público o privado.

-Sí, sostiene que es competente para conocer de la legalidad de las aplicaciones de las bases administrativas, toda vez que en el ejercicio de esa facultad se puede conculcar el bien jurídico protegido de la libre competencia, con independencia de otras responsabilidades que puedan surgir de dichos actos.

b. Corte Suprema:

-Sí, siempre y cuando se refiera a actos de la administración en sí, pero no a su aplicación, ya que al aplicar normas dictadas conforme a derecho no puede contravenir al derecho. Así, sólo le queda cuestionar su dictación mas no su aplicación. Adicionalmente, en el caso de las licitaciones, las irregularidades en la aplicación de las bases de una licitación, esto es, ilegalidades o arbitrariedades que surjan por no ceñirse a las bases, son de competencia del Tribunal de Contratación Pública.

-No, las razones serían que la competencia para conocer de las irregularidades que se dan en la aplicación de las bases de una licitación pública son del Tribunal de Contratación Pública. Y en segundo lugar, sostiene que, independientemente de dicha competencia, no es posible sostener que la aplicación de las bases de una licitación sea contraria a la libre competencia, pues de ser así, habría que cuestionar a las bases mismas.

#### 6. Conclusiones:

La Corte Suprema ha determinado que el TDLC es competente para conocer de causas contra los Actos de la Administración, lo que viene a corregir su jurisprudencia anterior. Sin embargo, excluye de la competencia del TDLC el conocer de la aplicación de dicho acto, pues la aplicación de una norma jurídica, mientras se ciña a su tenor, siempre será derecho a menos que se cuestione su dictación misma. Por lo demás, en el caso de las bases de una licitación, la facultad de conocer de las irregularidades de aplicación se encuentra radicada por ley en el Tribunal de Contratación Pública.

Así, no queda más que concluir que la FNE y los agentes económicos pueden perfectamente considerar como legitimados pasivos en sede de derecho de la competencia a los órganos de la administración. Sin embargo, sólo pueden cuestionar la dictación de sus actos, mas no su aplicación. Esto es una corrección insistente a la jurisprudencia del TDLC, por lo cual, si dicho tribunal quiere ejercer jurisdicción en casos como éstos, deberá ser cuidadoso en declarar contrarios a nuestro derecho de la competencia sólo aquellos actos que se dicten y no su aplicación, so pena de que la sentencia sea revocada.