

## LA DOCTRINA DE LAS FACILIDADES ESENCIALES EN LOS FALLOS DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

THE ESSENTIAL FACILITIES DOCTRINE IN THE JURISPRUDENCE OF THE  
CHILEAN ANTITRUST COURT

ALVARO ARAYA IBÁÑEZ\*

**RESUMEN:** La doctrina de las facilidades esenciales ha sido tradicionalmente reconocida por los organismos antimonopolio chilenos. Hasta antes de la instalación del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, la jurisprudencia había aplicado dicha doctrina principalmente para evitar que un monopolio integrado verticalmente discrimine a sus competidores aguas abajo. El propósito de este estudio es analizar cuál ha sido la evolución de esta doctrina en el cuerpo jurisprudencial desarrollado en los seis primeros años de actividad del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

**Palabras clave:** competencia, facilidad esencial, acceso abierto, jurisprudencia, Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

**ABSTRAC:** The essential facilities doctrine has been traditionally recognized by Chilean antitrust agencies. Prior to the installation of the new Chilean Antitrust Court (*Tribunal de Defensa de la Libre Competencia*), jurisprudence had applied this doctrine mainly to prevent a vertically integrated monopoly to discriminate against its competitors downstream. The purpose of this article is to analyze what has been the evolution of this doctrine in the body of jurisprudence developed in the first six years of the new Chilean antitrust court.

**Keywords:** competition, essential facility, open access, jurisprudence, Chilean Antitrust Court.

### INTRODUCCIÓN

Una instalación, activo o facilidad esencial es una infraestructura explotada en condiciones de monopolio y cuyo uso es necesario para el desarrollo de actividades en mercados próximos o conexos. Si se cumplen los supuestos de la doctrina de las facilidades esenciales, se considerará que comete un abuso quien, controlando dicha infraestructura, y

---

\* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales y Magíster en Finanzas, Universidad de Chile. Socio de Novoa & Araya Abogados.

de manera injustificada, deniega el acceso a ella a terceros que lo soliciten y estén llanos a pagar por ella.<sup>1</sup>

Los fundamentos de la doctrina son especialmente intuitivos y simples: un monopolista que controla un activo que es esencial para que sus potenciales competidores de hecho compitan, debe proveerles acceso a ese activo, si dicho acceso es factible.

La doctrina de las facilidades esenciales tiene una historia bastante larga y una aceptación internacional. Su origen se remonta a una conocida decisión de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América (*US vs. Terminal Railroad Association of St. Louis, 1912*), mediante la cual se ordenó a una asociación de entidades ferroviarias, *Terminal Railroad Association of St. Louis*, que controlaba todas las instalaciones necesarias para el transporte de carga y pasajeros a través del Río Mississippi, a dar acceso obligatorio a la propiedad de la asociación, y también a los servicios de transporte, a cualquier competidor que lo solicitare, bajo los mismos términos y condiciones que las organizaciones ferroviarias ya asociadas.<sup>2</sup>

La jurisprudencia norteamericana ha desarrollado un test general para determinar cuándo existe un caso de facilidad esencial:<sup>3</sup>

1. El monopolista controla el acceso a la facilidad esencial;
2. La facilidad o instalación no puede razonablemente ser duplicada por el competidor;
3. El monopolista deniega el acceso al competidor;
4. Es factible conceder dicho accesos, y
5. El monopolista no cuenta con una razón justa de negocios para denegar el acceso.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup>A pesar de la impropiedad del lenguaje, y dado fundamentalmente su extendido uso en la doctrina y jurisprudencia, en el presente artículo se utilizará la expresión “facilidad esencial” y no “infraestructura esencial”, como correspondería.

<sup>2</sup> LIPSKY y SIDAK (1999) p. 1190.

<sup>3</sup> WALLER y TASCH (2010) p. 743.

<sup>4</sup>Texto original: “Most follow some version of the test set forth in the Seventh Circuit’s MCI decision, which held that a firm with monopoly power violates Section 2 of the Sherman Act when: 1. the monopolist controls access to an essential facility, 2. the facility cannot be reasonably duplicated by a competitor, 3. the monopolist denies access to a competitor, and 4. it was feasible to grant access. Most courts also have recognized that a valid business justification will protect a firm from liability.” (WALLER y TASCH (2010) p. 743).

Aparte del fomento de la competencia en el mercado directamente afectado, la represión del abuso que puede implicar el control de una facilidad esencial tiene por objeto evitar que la posición monopólica en la operación del activo se comuniquen hacia otros mercados, y que la potencial integración del propietario de la facilidad esencial en otros mercados “aguas abajo” dé lugar a discriminaciones a favor de empresas relacionadas que operen en mercados conexos, o a subsidios cruzados de forma tal que las pérdidas en una actividad sean compensadas con las ganancias obtenidas en la otra.

En Chile, en algunos casos es directamente la ley la que recoge esta doctrina, de manera implícita, y ordena que el controlador único de determinados activos deba actuar de conformidad al principio del *acceso abierto*. Ello ocurre en la Ley de Servicios de Gas, D.F.L. N°323, de 1931, que establece la obligación de acceso abierto respecto de las redes de transporte de gas, en beneficio de distribuidores de gas, y en la medida que dichas redes tengan capacidad disponible y no existan impedimentos técnicos para soportar un uso adicional.<sup>56</sup> Ello ocurre también en el mercado eléctrico, regulado por el D.F.L. N°1, de 1982, Ley General de Servicios Eléctricos, que establece acceso abierto sobre las instalaciones de transporte pertenecientes al sistema de transmisión troncal<sup>7</sup> así como para los sistemas de subtransmisión (aquellos dispuestos para el abastecimiento exclusivo de grupos de consumidores finales libres o regulados).<sup>8</sup>

Sin embargo, la doctrina de las facilidades esenciales no tiene en Chile un desarrollo legislativo explícito. Pese a ello, es unánime en nuestra jurisprudencia<sup>9</sup> que las conductas abusivas del controlador de una facilidad esencial pueden enmarcarse sin fuerza dentro de la normativa general de infracciones a la libre competencia establecidas por el Decreto Ley 211 (DL 211), específicamente la figura de *negativa a contratar* o la de abuso de *posición dominante*.

---

<sup>5</sup> Art. 22 F.

<sup>6</sup> Por su parte, el Decreto Supremo N°263, que fija el Reglamento sobre Concesiones Provisionales y Definitivas para la Distribución y el Transporte de Gas (publicado en el Diario Oficial del 8 de julio de 1995), define acceso abierto como “*el ofrecimiento que las empresas concesionarias de transporte de gas realicen de sus servicios de transporte en igualdad de condiciones económicas, comerciales, técnicas y de información, respecto de su capacidad disponible*” (art. 11).

<sup>7</sup> Esto implica que: (i) el sistema troncal puede ser utilizado por terceros bajo condiciones técnicas y económicas no discriminatorias, mediante el pago de la remuneración que sea determinada de acuerdo con las normas del nuevo Título III del DFL N°1; (ii) restricciones a la integración vertical y a la obligación de sus propietarios de organizarse como sociedades anónimas abiertas con giro exclusivo, y (iii) al deber de aumentar la capacidad de las instalaciones de transmisión.

<sup>8</sup> Art. 71-5.

<sup>9</sup> Como se demostrará.

A partir de esas figuras generales, esta doctrina se ha aplicado en una serie de casos, que comprenden, entre otros, las frecuencias aéreas, espectros radioeléctricos, redes de telefonía, puertos, tanques de oxígeno medicinal, segmentos de transmisión de energía eléctrica, etc.<sup>10</sup>

Hasta antes de la creación del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia,<sup>11</sup> la jurisprudencia de los organismos de competencia tuvo una especial preocupación por el riesgo de que un monopolio integrado verticalmente discrimine a sus competidores aguas abajo. De acuerdo a las conclusiones de un estudio de Pablo Serra,<sup>12</sup> que analizó la doctrina de las comisiones antimonopolios sobre las facilidades esenciales en cinco casos paradigmáticos (la red externa en telecomunicaciones, el sistema de transmisión eléctrico, gasoductos, vertederos y puertos), la autoridad antimonopolio consideró que los monopolios integrados verticalmente representan un riesgo real para la competencia en los servicios donde ésta es posible. *“Por ello han requerido de las autoridades de gobierno regular las tarifas de las facilidades esenciales. Las comisiones antimonopolios también han arbitrado distintas medidas para reducir la posibilidad de sabotaje por parte de los monopolios integrados. Así pues, han a) investigado y penalizado conductas contrarias a la competencia, b) promovido el ingreso de nuevos proveedores del insumo esencial, c) impuesto normas de transparencia a los monopolios integrados, d) exigido autonomía para la unidad de negocio que presta el servicio no regulado y e) restringido la integración vertical.”*<sup>13</sup>

El propósito de este trabajo es analizar someramente los fallos del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC),<sup>14</sup> para los efectos de determinar si dicho tribunal especializado ha seguido la tendencia demostrada por las comisiones antimonopolio que lo precedieron, y si ha sido capaz de crear una línea jurisprudencial clara y definitiva respecto del alcance, límites y condiciones de la doctrina de las facilidades esenciales.

De las 112 sentencias en procesos contenciosos que ha dictado hasta la fecha el TDLC, 19 al menos han discurrido sobre la base de la doctrina de las facilidades esenciales, de una forma directa o indirecta, pertinente o accidental.<sup>15</sup> De dicho universo, revisaremos

---

<sup>10</sup>JIMENEZ y CONCHA (2011) p. 12.

<sup>11</sup> Mayo de 2004.

<sup>12</sup>SERRA, Pablo (2001), “Las facilidades esenciales en la doctrina de los organismos de competencia chilenos”.

<sup>13</sup>SERRA (2001) p. 37.

<sup>14</sup> En adelante se utilizará con preferencia la sigla “TDLC” para designar a este tribunal.

<sup>15</sup> Sentencias N° 4/2005 (Presentación de la I. Municipalidad de Puente Alto que somete a consideración Bases de Licitación de Residuos Sólidos), N° 18/2005 (Requerimiento del Fiscal Nacional Económico en contra de empresas distribuidoras de combustibles líquidos), N° 29/2005 (Avocación en recurso de

en lo que sigue sólo las que, a nuestro juicio, revelan de mejor manera el entendimiento que tiene el tribunal respecto de esta doctrina y su posición en cuanto a su alcance. Revisaremos los fallos en estricto orden cronológico, con la finalidad de intentar descubrir algún tipo de evolución en los mismos.

## I. ANÁLISIS DE FALLOS DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

### 1. SENTENCIA N° 18<sup>16</sup>

En esta sentencia, el TDLC rechazó en su parte esencial el requerimiento del Fiscal Nacional Económico (FNE)<sup>17</sup> en contra de las cuatro principales empresas distribuidoras de combustibles líquidos en Chile (COPEC,<sup>18</sup> ESSO,<sup>19</sup> SHELL,<sup>20</sup> e YPF<sup>21</sup>), las que fueron imputadas por el FNE de desarrollar conductas colusivas. A pesar del rechazo del requerimiento, el TDLC dispuso ciertas medidas tendientes a desincentivar prácticas anticompetitivas en el mercado de los combustibles.

El FNE, luego de haber desarrollado una investigación sobre el mercado de los combustibles líquidos, llegó a la conclusión de que las cuatro distribuidoras presentaban un comportamiento y prácticas de comercialización que distorsionarían o entorpecerían la

---

reclamación de Transbank S.A. en contra del Dictamen N° 1270 de la CPC y requerimiento del Sr. Fiscal Nacional Económico), N° 36/2006 (Demanda de AES Gener S.A. y Norgener S.A. en contra de Electroandina S.A.), N° 37/2006 (Demanda de Demarco S.A., en contra Coinca S.A. y la I. Municipalidad de San Bernardo), N° 44/2006 (Demanda de Sky Service S.A. en contra del MTT y otros), N° 45/2006 (Demanda de Voissnet S.A. y requerimiento de la FNE en contra de CTC), N° 47/2006 (Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra Sociedad Punta de Lobos S.A.), N° 64/2008 (Demanda de Micom S.A. contra Enap), N° 73/2008 (Requerimiento de la FNE contra Empresa Eléctrica de Magallanes S.A.), N° 75/2008 (Demanda de Atrex y otros contra SCL), N° 76/2008 (Demanda de GTD Teleductos S.A. contra EFE), N° 77/2008 (Requerimiento de la FNE contra la Ilustre Municipalidad de Curicó), N° 81/2009 (Requerimiento de la FNE contra la Junta de Aeronáutica Civil), N° 85/2009 (Demanda de Constructora e Inmobiliaria Independencia Ltda. en contra de Aguas Nuevo Sur Maule S.A.), N° 88/2009 (Demanda de OPS Ingeniería Ltda. y Otros contra Telefónica Móviles de Chile S.A.), N° 98/2010 (Demanda de Fundación Chile Ciudadano y Otro contra VTR B.A. Chile S.A.), N° 100/2010 (Demanda de Nutripro S.A. contra Puerto Terrestre Los Andes Sociedad Concesionaria S.A. y el Fisco), N° 104/2010 (Requerimiento de la FNE contra Telefónica Móviles de Chile S.A. y otros).

<sup>16</sup> Pronunciada con fecha 10 de junio del año 2005, en el juicio “Requerimiento del Fiscal Nacional Económico en contra de empresas distribuidoras de combustibles líquidos.”, Rol N° C 10-2004; confirmada por la Excma. Corte Suprema por sentencia de fecha 26 de octubre del año 2005, rol 3.327-2005.

<sup>17</sup> En adelante se utilizará con preferencia la sigla “FNE” para designar al Fiscal nacional Económico.

<sup>18</sup> Compañía de Petróleos de Chile S.A.

<sup>19</sup> Esso Chile Petrolera Ltda.

<sup>20</sup> Shell Chile S.A.I.C.

<sup>21</sup> YPF Petróleos Transandinos S.A.

competencia en el mercado de la distribución y venta de combustibles líquidos en la Región Metropolitana. Las empresas aludidas negaron tajantemente estas imputaciones y defendieron su posición respecto de la “suficiente” competitividad del mercado y la inexistencia de barreras relevantes a la entrada.

En consecuencia, el TDLC se abocó a conocer si eran o no efectivas las conductas colusivas y si existían barreras de entrada a la industria. En conexión con lo anterior, el tribunal debía decidir acerca de la pertinencia de solicitar a las autoridades correspondientes algunas modificaciones de carácter regulatorio que actúen sobre estas supuestas barreras a la entrada y requerir la modificación de la estructura de propiedad de la principal empresa de transporte de combustibles (EMALCO<sup>22</sup>). Asimismo, se estudió la necesidad de dictaminar medidas que faciliten el acceso al almacenamiento en la más importante compañía del rubro (SONACOL<sup>23</sup>), en los términos solicitados por el FNE. Por último, era de competencia del tribunal analizar si la integración vertical que se observa en la industria de los combustibles líquidos produce efectos anticompetitivos.

El tribunal desechó la argumentación del FNE en cuanto a que la primera barrera se produciría en el almacenamiento de combustible, supuestamente debido a la imposibilidad (legal ambiental) de construir nuevos estanques en la Región Metropolitana. Fundó dicho rechazo en que EMALCO ofrece en la práctica servicios de recepción y almacenamiento de hidrocarburos al público en general, en términos abiertos, transparentes y no discriminatorios, y tiene capacidad disponible.<sup>2425</sup>

Si bien el tribunal no aludió expresamente en su fallo a la doctrina de las facilidades esenciales respecto de este tema específico, es evidente que ella pudo haberse aplicado. Ello, porque en la Región Metropolitana existía sólo una empresa que prestaba servicios potencialmente esenciales para la distribución de combustibles: el almacenamiento. Sin embargo, al TDLC le bastó con que esa empresa haya tenido una “buena conducta” histórica respecto del acceso que ofrecía a terceros de sus instalaciones. Sin perjuicio de que esta conclusión puede ser debatible,<sup>26</sup> la importancia de esta decisión para nuestros efectos es que el TDLC no está (o al menos, no estuvo) disponible para imponer un

---

<sup>22</sup> Empresa Almacenadora de Combustibles S.A., sociedad controlada ciento por ciento por la Empresa Nacional del Petróleo (ENAP).

<sup>23</sup> Sociedad Nacional de Oleoductos S.A., sociedad controlada por COPEC, ESSO, SHELL y ENAP.

<sup>24</sup> Considerando trigésimo cuarto.

<sup>25</sup> Por la misma razón, el tribunal estimó innecesario recomendar que se revisen las regulaciones vigentes contenidas en el Plan Regulador Metropolitano, sobre requisitos para la instalación de nuevos centros de acopio de combustibles líquidos, como había solicitado el FNE (considerando trigésimo quinto).

<sup>26</sup> Nótese que el propietario de esa empresa, *única* propietaria de los activos de almacenamiento de combustible en la región, era y es ENAP, propietaria *única* a su vez de las *únicas* refinerías del país.

régimen de acceso abierto obligatorio si en los hechos la empresa controladora de la facilidad esencial no ha tenido (aún) conductas abusivas.

En segundo lugar, el TDLC desechó también el alegato del FNE en cuanto a que exista una segunda barrera de entrada al negocio de distribución de combustibles, consistente en el transporte. Según el FNE, la participación de las empresas requeridas en la propiedad de la única empresa que posee oleoductos en la zona centro del país (SONACOL), dificultaría la competencia en la industria, “*dado que los oleoductos serían una instalación esencial*”<sup>27</sup>. El tribunal señala expresamente que calificar a los oleoductos como instalaciones esenciales “*es, a lo menos discutible, habida cuenta de que existen alternativas como la de los camiones para el transporte del combustible*”<sup>28</sup>. Sin perjuicio de ello, y no obstante que también SONACOL tendría una política espontánea de acceso abierto y precios no discriminatorios, el TDLC reconoce que una tarifa de transporte muy alta “*implicaría elevados costos para un entrante, el que a diferencia de las empresas de distribución que participan en la propiedad de esa compañía, no se beneficiaría con las elevadas utilidades del oleoducto.*”<sup>29</sup> Habida cuenta de lo anterior, el TDLC se limita a expresar que “*sería deseable consignar en los estatutos de esa compañía un régimen de acceso abierto*”<sup>30</sup>. Adicionalmente, el TDLC recomienda a las empresas propietarias de SONACOL (COPEC, ESSO y SHELL<sup>31</sup>) que promuevan la transformación de esta compañía, en el mediano plazo, en una sociedad anónima abierta o sujeta a las normas de las abiertas; lo anterior, porque el tribunal “*estima que, para promover la libre competencia en el mercado de distribución de combustibles líquidos, bajo análisis, es muy importante garantizar que los agentes económicos tengan la información suficiente sobre la actividad y rentas de SONACOL, a fin de poder verificar si, a través de la obtención de rentas sobrenormales de dicha Compañía, las empresas requeridas que son sus socias (...), están o no efectuando cobros excesivos a terceros, los que, de existir, podrían constituirse en barreras a la entrada de nuevos competidores al mercado.*”<sup>32</sup>

En esta parte, la sentencia ofrece diversos elementos interesantes.

En primer lugar, en este caso sí se discutió si cierta infraestructura tiene o no la calidad de facilidad esencial. El tribunal conoció la cuestión y entendió que no la tenía, porque el servicio de transporte de combustibles líquidos podía efectuarse por otros medios.

<sup>27</sup> Considerando trigésimo séptimo.

<sup>28</sup> Ídem cit. ant.

<sup>29</sup> Ídem cit. ant.

<sup>30</sup> Ídem cit. ant. El subrayado es nuestro.

<sup>31</sup> El tribunal no incluye a ENAP, que también es accionista de SONACOL, básicamente porque ENAP no es una de las requeridas en el proceso.

<sup>32</sup> Ídem cit. ant.

Esto demuestra que esta calificación siempre será una materia de hecho, no de derecho, y además muy compleja. Sin embargo, y en segundo lugar, es destacable que el lenguaje del tribunal denota que le asiste una duda razonable al respecto (expresa que el tema es “*a lo menos discutible*”, tal como ya se consignó). Y esa duda razonable lo llama a no imponer ciertas medidas, sino que únicamente a efectuar determinadas recomendaciones, cuyo cumplimiento queda entregado a los denunciados, consistentes en que ellos mismos pacten en los estatutos de la sociedad un sistema voluntario de acceso abierto y que se sometan, también voluntariamente, a la fiscalización de la Superintendencia de Valores y Seguros, con la finalidad de transparentar sus utilidades.

Como comentario final, cabe consignar que en esta sentencia el TDLC demuestra bastante rigor en cuanto a calificar un activo como facilidad esencial, y de hecho desecha que en la especie los activos respectivos tengan esa calidad. Sin embargo, dicho extremo rigor teórico tiende a diluirse en la práctica, en alguna medida, dado que no obstante que no acuda explícitamente a la doctrina de las facilidades esenciales, en este caso el tribunal sí estuvo dispuesto a promover el acceso abierto y ciertas medidas de transparencia, las que están normalmente asociadas al acogimiento de dicha doctrina.

## 2. SENTENCIA N° 29<sup>33</sup>

En esta sentencia el TDLC acogió el recurso de reclamación de Transbank S.A. (Transbank) en contra de un dictamen de los organismos antimonopolio de la época<sup>34</sup> que consideró que Transbank, durante los años 2001 y 2002, abusó de su posición dominante mediante el cobro de precios discriminatorios y abusivos hacia los comercios que aceptaban tarjetas de crédito bancarias, y que dicha compañía tenía una estructura tarifaria discriminatoria hacia los emisores de tarjetas. No obstante lo anterior, el TDLC también acogió el requerimiento del FNE en contra de Transbank, aplicándole una cuantiosa multa, por una conducta discriminatoria consistente en la devolución a sus socios de una cantidad de dinero por las transacciones realizadas, beneficio que no favoreció a quienes no tenían la calidad de socios.

El tribunal, en primer lugar, descartó que el mercado relevante en esta causa tenga el carácter de “impugnable”, como alegó Transbank. Señaló que un mercado es impugnable si sus “actores, independientemente de su número, se comportan como si estuvieran en un mercado competitivo y por lo tanto consideran el precio como dado. De hecho, para que

---

<sup>33</sup> Pronunciada con fecha 12 de septiembre del año 2005, en el juicio “Avocación en recurso de Reclamación de Transbank S.A. en contra del Dictamen N° 1270 de la Comisión Preventiva Central y requerimiento del Sr. Fiscal Nacional Económico”, Rol N° C 16-2004.

<sup>34</sup> Dictamen N° 1270 de la Honorable Comisión Preventiva Central, de fecha 28 de agosto de 2003, que acogió una denuncia de Carlos Chaguán y Cía Limitada.



*una industria sea impugnada deben satisfacerse en forma concurrente tres condiciones: ausencia de barreras de entrada que coloquen en desventaja a posibles nuevos competidores respecto de las firmas ya establecidas en el mercado; inexistencia de costos hundidos; y rezago en la respuesta de la empresa o empresas establecidas frente a la noticia de entrada de un nuevo competidor. Adicionalmente, la tecnología debe permitir que los nuevos operadores entren tan pronto el precio en el mercado exceda al que existiría en un mercado competitivo, borrando el habitual distingo que la literatura económica hace entre corto y largo plazo”.*<sup>35</sup>

En segundo lugar, el TDLC declara sin ambages que la plataforma tecnológica con que opera Transbank tendría el carácter de instalación esencial para adquirentes y emisores.<sup>36</sup>

Agrega el tribunal que si Transbank opera como una facilidad esencial, y siendo a la vez propiedad de las principales instituciones financieras (las que actúan como emisores de tarjetas bancarias de crédito y/o débito), la creación de un sistema paralelo de tarjetas de crédito sería, bajo toda razonabilidad, impracticable o difícilmente practicable.

En estas condiciones, el tribunal sancionó a Transbank por una conducta discriminatoria en contra de un emisor de tarjetas no socio de la entidad, y recomendó a la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras que aplique a Transbank lo dispuesto en su Circular N° 3209, de diciembre de 2002,<sup>37</sup> referida a todas las sociedades de apoyo del giro bancario, atendido a que debe promoverse “la transparencia y el mejor acceso a la información sobre condiciones de acceso a los servicios que prestan y respecto de la propiedad de las sociedades de apoyo al giro bancario relacionadas con sistemas de pagos.”<sup>38</sup>

Esta sentencia es muy relevante para entender en qué condiciones el TDLC aplica la doctrina de las facilidades esenciales.

---

<sup>35</sup> Considerando trigésimo primero. Señala textualmente: “En opinión de este Tribunal, es altamente improbable que el mercado de servicios de tarjetas de crédito y débito cumpla con dichas condiciones.”

<sup>36</sup> Considerando trigésimo segundo. Agrega que prueba de ello “ha sido el paulatino, aunque sostenido, aumento en la concentración en el sector. En efecto, (...) Transbank se inició con Visa, luego le fue traspasada Diners Club y en 1991 adquirió los contratos de administración de Master Card y Magna. Además, desde el año 2000 opera los contratos de American Express (...). Es decir, una industria que se inició con varias plataformas ha terminado con una sola.”

<sup>37</sup> Considerando quincuagésimo quinto.

<sup>38</sup> Ídem cit. ant.

En efecto, de este fallo queda meridianamente claro que el mercado relevante debe ser altamente concentrado, que el activo en cuestión debe ser necesario para que existan nuevos entrantes y que debe ser operado de forma monopólica u oligopólica. Sin embargo, resulta bastante curioso que el TDLC no haya establecido ninguna regla de acceso abierto a la plataforma de Transbank, contentándose sólo con aumentar el estándar de transparencia de su operación. Más contra-intuitivo aún resulta lo señalado, si se considera que el tribunal estuvo dispuesto a establecer algún tipo de medida relativa al acceso abierto en un caso en que explícitamente negaba el carácter de facilidad esencial a las instalaciones en cuestión.<sup>39</sup>

### 3. SENTENCIA N° 47<sup>40</sup>

En este fallo el TDLC acoge parcialmente el requerimiento del FNE, declarando que la Sociedad Sal Punta Lobos S.A. (SPL) ha infringido la libre competencia mediante la imposición de barreras artificiales a la entrada de nuevos competidores, con el objeto de mantener su posición de dominio en el mercado interno de la sal. Por lo anterior, la condena a pagar una multa y ordena a la sociedad<sup>41</sup> que consulte ante el TDLC en lo sucesivo cualquier operación que, por sí o sus filiales, directa o indirectamente, represente un aumento de concentración en el mercado de los servicios portuarios relevantes para el embarque de sal.

El tribunal primeramente constató que la participación de un productor de sal en mercados internacionales de tamaño relevante, como es el caso de SPL, permite alcanzar significativas economías de escala y de ámbito en la producción y transporte de sal, generando menores costos unitarios de operación, los que están por lo mismo fuera del alcance de productores que operan a pequeña escala.<sup>42</sup> Constató además que, siendo el transporte marítimo el único medio económicamente viable para transportar sal hacia los mercados internacionales, el acceso en condiciones competitivas a facilidades portuarias adecuadas juega “*un papel crucial en lograr dichas economías de escala.*”<sup>43</sup> Atendido ello, el TDLC entiende que dicha empresa disfruta de una posición dominante, por ser líder en la producción y ventas en el mercado nacional, controlar un puerto (Patillos) y por su escala de producción.<sup>44</sup>

---

<sup>39</sup>Ver *supra*, Sentencia 18.

<sup>40</sup>Pronunciada con fecha 5 de diciembre del año 2006, en el juicio “Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra Sociedad Punta de Lobos S.A.”, Rol N° C 13-2004.

<sup>41</sup>Y a su competidora, la Compañía Minera Cordillera S.A.

<sup>42</sup>Considerando cuadragésimo noveno.

<sup>43</sup>Ídem cit. ant.

<sup>44</sup>Considerando quincuagésimo quinto. Señala expresamente que la empresa denunciada “*junto con ser la empresa líder en la producción y ventas en el mercado nacional de la sal, fruto del control del puerto de Patillos y de la escala alcanzada gracias a su participación en los mercados internacionales, posee actualmente una ventaja de costos no replicable por los productores locales, lo que le confiere una posición*

Efectuado este diagnóstico, el tribunal señala que el acceso en condiciones competitivas a servicios portuarios cumple un papel fundamental en el grado de competencia observable en los mercados nacionales de la sal, al permitir que productores de sal que logren este acceso puedan alcanzar economías de escala y ámbito en la producción y transporte. Por ello, dictamina que lo que debe dilucidarse es si *“el puerto de Patache constituye una facilidad esencial, en el sentido de no ser replicable bajo condiciones de viabilidad técnica y económica, o bien si existen otras alternativas portuarias económicamente viables para las empresas competidoras de SPL.”*<sup>45</sup>

A continuación, el tribunal analiza la cuestión planteada y, a pesar de que no llega derechamente a la conclusión de que en la especie se satisfagan los requisitos de la doctrina de la facilidad esencial, dilucida de una forma bastante categórica dos cuestiones esenciales para la aplicación de la doctrina: (i) en qué sentido debe ser no “replicable” la instalación esencial y (ii) cuál es la consecuencia principal de que un activo sea considerado facilidad esencial.

Respecto del primer punto, el tribunal es categórico en afirmar que el *test* que debe aplicarse para determinar la replicabilidad del activo no es de índole exclusivamente técnica, sino que principalmente comercial. El tribunal señala expresamente que *“aún cuando fuese técnicamente viable la construcción de un nuevo puerto para el embarque de sal, un productor que opera sólo en el mercado nacional enfrenta un límite e impedimento económico de carácter fundamental, dado por el tamaño restringido del mercado doméstico, que le impediría alcanzar una escala de producción suficiente para viabilizar, por sí sola, el financiamiento de dicho puerto y, como consecuencia, se ve imposibilitado de alcanzar una estructura de costos más competitiva en relación con los costos de la empresa dominante, SPL.”*<sup>46</sup>

Tocante al segundo punto, el tribunal señala claramente que *“en el caso que un puerto privado tenga las características económicas de una facilidad esencial, (...) podría ser considerado contrario a la libre competencia que el operador portuario niegue sus servicios a terceros que lo soliciten.”*<sup>47</sup>

---

*dominante que es difícilmente disputable por una empresa que realiza el transporte de sal sólo por vía terrestre.”*

<sup>45</sup> Considerando sexagésimo.

<sup>46</sup> Considerando Sexagésimo noveno.

<sup>47</sup> Considerando Septuagésimo primero.

4. SENTENCIA N° 76<sup>48</sup>

En esta sentencia el TDLC acogió parcialmente la demanda presentada por GTD Teleductos S.A. en contra de la Empresa de los Ferrocarriles del Estado (EFE) por abuso de posición dominante, al discriminar arbitrariamente en la determinación de las tarifas de los atravesos de la vía férrea. Se condenó a EFE a pagar una multa y se le ordenó modificar el documento conforme al cual se determinan esas tarifas, a fin de que éste contemple criterios que sean transparentes, objetivos y no discriminatorios.

La cuestión que se discutió en el proceso fue si, dado el monopolio que ostenta EFE sobre su red ferroviaria, es ésta o no una instalación o facilidad esencial para el desarrollo de la actividad comercial de otras empresas suministradoras de servicios de utilidad pública, como son las empresas concesionarias de distribución eléctrica, sanitarias y de gas, que deben cruzar sus redes de telecomunicaciones, a través de la faja ferroviaria. El denunciante sostuvo que aplicaba aquí la figura de la facilidad esencial. EFE, naturalmente, sostuvo lo contrario.

Sin perjuicio de que se estableció que EFE abusó de su posición dominante, el tribunal descartó de plano que en este caso se satisfagan las características de las facilidades esenciales. El tribunal señaló que *“antes de examinar si las tarifas cuestionadas en autos son o no resultado de una conducta de abuso de la posición dominante que tiene EFE en el mercado relevante, resulta necesario precisar que, en la especie, este Tribunal no estima necesario acudir a la doctrina de las instalaciones esenciales invocada por la demandante. Lo anterior se debe a que esta doctrina pretende resolver situaciones en las que un agente económico niega a otro el acceso a insumos o infraestructura que son imprescindibles para participar, competir o desafiar al dueño o controlador de ese insumo o infraestructura. En la especie, en cambio, EFE y GTD no son competidores actuales o potenciales, de manera que la demandada carece de incentivos anticompetitivos para negar el acceso o la venta a GTD.”*<sup>49</sup>

Queda con esto asentada la posición doctrinal del TDLC respecto de la relación, en términos de organización industrial, que debe existir entre el mono-operador del activo y de quienes desean utilizarlo: deben ser competidores, reales o potenciales.

Tal como ya se indicó, el TDLC acudió a la figura del abuso de posición dominante para condenar a EFE por su conducta.

---

<sup>48</sup> Pronunciada con fecha 14 de octubre del año 2008, en el juicio “Demanda de GTD Teleductos S.A. contra Empresas de los Ferrocarriles del Estado (EFE)”, Rol N° C 100-2006; confirmada por sentencia de la Excm. Corte Suprema de fecha 13 de enero de 2009, autos rol 6.978-2008.

<sup>49</sup> Considerando trigésimo primero.

5. SENTENCIA N° 77<sup>50</sup>

El TDLC acogió parcialmente el requerimiento presentado por el FNE en contra de la Ilustre Municipalidad de Curicó, y declaró que esta última infringió el artículo 3° del Decreto Ley N° 211, mediante el establecimiento de cláusulas que tendieron a restringir la competencia en una licitación de servicios de recolección, transporte, disposición de basura y otros relacionados, condenándola a pagar una multa.

Los hechos de este proceso son especialmente simples: mediante el establecimiento de ciertas cláusulas de las bases de la licitación, la requerida impidió en los hechos que personas distintas del propietario de un relleno sanitario determinado (“Guanaco”) participaran y, eventualmente, se adjudicaran, el contrato licitado. La FNE sostuvo, con éxito, que las bases de licitación impedían, en la práctica, la presentación de ofertas por parte de empresas que no se encuentren verticalmente integradas, con lo cual se limita la competencia *ex ante* y se desconocen los beneficios que tiene para la misma el hecho de que puedan participar oferentes que no sean dueños de un relleno sanitario, pero que, no obstante, pueden contratar ese servicio en condiciones no discriminatorias.<sup>51</sup>

Independientemente de los hechos que se comprobaron en este proceso, el interés principal de esta sentencia para nuestros efectos radica en que el TDLC fija prístinamente su posición respecto de la doctrina de las facilidades esenciales, a propósito de este mercado. En efecto, señala que *“debe tenerse presente la jurisprudencia de este Tribunal en orden a que no es reprochable per se que el dueño del relleno sanitario o alguna empresa relacionada a éste pueda participar, también, en otras etapas del manejo de residuos sólidos domiciliarios. Más bien, la condición principal, desde el punto de vista de la libre competencia en el mercado de la basura, radica en la obligación del dueño de la eventual instalación esencial –esto es, el relleno sanitario– de otorgar condiciones de acceso objetivas y no discriminatorias a todos los usuarios y clientes que requieren sus servicios, las que deben ser posibles de ser conocidas en forma clara y ex ante, por todos ellos. Lo anterior impone a quien está en esa situación la obligación de abstenerse de cualquier discriminación arbitraria en contra de terceros, (...) sean o no sus competidores, con lo que, además, se está aceptando, la posibilidad de integración vertical”*.<sup>52</sup>

<sup>50</sup> Pronunciada con fecha 4 de noviembre del año 2008, en el juicio “Requerimiento de la FNE contra la Ilustre Municipalidad de Curicó”, Rol N° C 137-2007; confirmada por sentencia de la Excm. Corte Suprema de fecha 27 de mayo de 2009, autos rol 7.796-2008.

<sup>51</sup> Considerando vigésimo segundo.

<sup>52</sup> Considerando trigésimo noveno. El subrayado es nuestro.

## II. CONCLUSIONES

1.- El TDLC ha demostrado bastante rigor teórico en cuanto a las condiciones que deben satisfacerse para aplicar la doctrina de las facilidades esenciales. En efecto, el tribunal descartó la aplicación de la doctrina en casos en los cuales si bien era evidente la existencia de un solo proveedor de un servicio determinado (como el almacenamiento y transporte de combustibles líquidos, los atravesos de líneas ferroviarias, puertos marítimos, etc.), no se cumplían algunos de los otros requisitos de la doctrina. En algunos casos, el tribunal consideró que la instalación era replicable (almacenamiento de combustibles); en otros, que existían alternativas disponibles (transporte de combustibles); y en otros, en fin, que las instalaciones eran utilizadas por entidades que no eran propiamente competidores, actuales potenciales, del mono-operador (atravesos de líneas ferroviarias).

2.- A pesar de que en diversos casos el tribunal se niega a aplicar la doctrina en estudio, cada vez que aprecia que en los hechos existe un riesgo para la competencia, está igualmente dispuesto a aplicar, o al menos recomendar, determinadas acciones que claramente identificables con las acciones que precisamente aplicarían en caso que sí se esgrimiera la doctrina. En efecto, en algunos casos se procuró asegurar el acceso abierto a las instalaciones respectivas reconociendo que no eran facilidades esenciales (almacenamiento y transporte de combustibles líquidos), y en otros se instó porque se transparenten las utilidades del propietario de esas instalaciones, a pesar de las alternativas existen para cumplir con el mismo objeto de las instalaciones (transporte de combustibles líquidos).

3.- Por su parte, el tribunal sólo acudió formalmente a la doctrina de las facilidades esenciales cuando a su juicio se cumplían todos los requerimientos técnicos, como fue el caso de Transbank y los rellenos sanitarios.

4.- Sin embargo, es evidente que el TDLC no utilizó, en todos los casos en que sí apreció la existencia de facilidades esenciales, el amplio catálogo de las acciones que suelen identificarse con la doctrina en cuestión. En efecto, en el caso Transbank, por ejemplo, se contentó con asegurar que dicha entidad cumpla con los estándares de información exigidos por la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, sin imponer un sistema de acceso abierto claro y objetivo.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

- JIMENEZ, Susana y CONCHA, Paulina (2011): “Facilidades Esenciales y su Análisis a la Luz de la Jurisprudencia Chilena”, *Serie Informe ECONÓMICO, Instituto Libertad & Desarrollo*, vol. Enero 2011, N° 211, pp. 39. Disponible en [http://www.lyd.com/wp-content/files\\_mf/sie2111facilidadesesencialesysuanalisisalaluzdelajurisprudenciachilenasjimenezypcnchaenero2011.pdf](http://www.lyd.com/wp-content/files_mf/sie2111facilidadesesencialesysuanalisisalaluzdelajurisprudenciachilenasjimenezypcnchaenero2011.pdf) [fecha de consulta: 5 de septiembre de 2011].
- LIPSKY, Abbott B. Jr. y SIDAK, J. Gregory (1999): “Essential Facilities”, *Stanford Law Review*, vol. 51, N° 5, pp. 1187-1248. Disponible en <http://www.jstor.org/stable/1229408> [fecha de consulta: 5 de septiembre de 2011].
- SERRA, Pablo (2001): “Las facilidades esenciales en la doctrina de los organismos de competencia chilenos”, trabajo fue preparado para la Conferencia “*Competition Policy in Infrastructure Services*”, organizada por la División de Infraestructura y Mercados Financieros del Banco Interamericano de Desarrollo en abril del 2001. Pp. 39. Disponible en [http://www.webmanager.cl/prontus\\_cea/cea\\_2001/site/asocfile/ASOCFILE120030327172641.pdf](http://www.webmanager.cl/prontus_cea/cea_2001/site/asocfile/ASOCFILE120030327172641.pdf) [fecha de consulta: 5 de septiembre de 2011].
- WALLER, Spencer Weber y TASCH, William (2010): “Harmonizing Essential Facilities”, *Antitrust Law Journal*, vol. 76, N° 3, pp. 741-767. Disponible en <http://search.proquest.com/docview/649575997?accountid=16788> [fecha de consulta: 5 de septiembre de 2011].

## JURISPRUDENCIA CITADA

- “*Fiscal Nacional Económico contra Copec y otros*” (2005): Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 10 de junio del año 2005 (requerimiento por infracción al DL 211), Disponible en <http://www.tdlc.cl/Portal.Base/Web/VerContenido.aspx?ID=303&IDI=1271> [fecha de consulta: 5 de septiembre de 2011].
- “*Fiscal Nacional Económico contra Ilustre Municipalidad de Curicó*” (2008): Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 4 de noviembre del año 2008 (requerimiento por infracción al DL 211), Disponible en <http://www.tdlc.cl/Portal.Base/Web/VerContenido.aspx?ID=303&IDI=1271> [fecha de consulta: 5 de septiembre de 2011].
- “*Fiscal Nacional Económico contra Sociedad Punta de Lobos S.A.*” (2006): Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 5 de diciembre del año 2006 (requerimiento por infracción al DL 211), Disponible en <http://www.tdlc.cl/Portal.Base/Web/VerContenido.aspx?ID=303&IDI=1271> [fecha de consulta: 5 de septiembre de 2011].
- “*GTD Teleductos S.A. contra Empresas de los Ferrocarriles del Estado (EFE)*” (2008): Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 14 de octubre del año 2008 (denuncia por infracción al DL 211),

Disponible en <http://www.tdlc.cl/Portal.Base/Web/VerContenido.aspx?ID=303&IDI=1271>[fecha de consulta: 5 de septiembre de 2011].

“*Transbank S.A. contra Comisión Preventiva Central*” (2005): Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 12 de septiembre del año 2005 (Avocación en recurso de Reclamación de Transbank S.A. en contra del Dictamen N° 1270 de la Comisión Preventiva Central y requerimiento del Sr. Fiscal Nacional Económico”), Disponible en <http://www.tdlc.cl/Portal.Base/Web/VerContenido.aspx?ID=303&IDI=1271>[fecha de consulta: 5 de septiembre de 2011].