



**UNIVERSIDAD DE VALPARAISO**  
**Facultad de Derecho y Ciencias Sociales**  
**ESCUELA DE DERECHO**



**TESINA**

**"ALGUNAS IDEAS SOBRE LA DOCTRINA DE FACILIDADES ESENCIALES EN  
EL DERECHO DE LA LIBRE COMPETENCIA"**

**Autoras:**

**Carolina Jorquera Rojas.**

**Claudia Soto Rodríguez.**

**Profesor Guía:**

**Críspulo Marmolejo González.**

**Fecha de Entrega: Febrero 2017.**

## **TABLA DE CONTENIDOS.**

- **CAPÍTULO I: NOCIONES GENERALES DE LA DOCTRINA DE LAS FACILIDADES ESENCIALES.**

**I.1 Historia, nacimiento y desarrollo de la doctrina de las facilidades esenciales**

**I.2 Concepto de doctrina de las Facilidades Esenciales.**

**I.3 Tratamiento legal de las Facilidades Esenciales.**

a. En Chile

b. En el Derecho Comparado.

- **CAPÍTULO II: LA DOCTRINA DE LAS FACILIDADES ESENCIALES EN LA PRÁCTICA.**

**I.1 Mercados con propensión a ser objeto de las Facilidades Esenciales.**

**I.2 Límites posibles para ejercer las Facilidades Esenciales: cuándo se debe compartir una facilidad esencial.**

**I.3 Jurisprudencia acerca de las Facilidades Esenciales.**

a. En el Derecho Comparado.

(i) Estados Unidos

(ii) Unión Europea

b. En Chile.

(i) Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

- **CONCLUSIÓN.**

- **BIBLIOGRAFÍA.**

## **INTRODUCCIÓN.**

En el mundo contemporáneo, el hombre y la mujer se han esmerado en responder a las preguntas económicas que todo agente debe evaluar: ¿Qué, cuánto, cómo y para quién producir? Ante estas interrogantes se ha encontrado la respuesta en un ámbito específico en que compradores y vendedores se unen en una serie de transacciones para satisfacer sus necesidades infinitas con los escasos recursos disponibles.

Se espera así del mercado, la satisfacción de la mayor cantidad posible de necesidades de las personas. Aunque existan diversas versiones o énfasis en la implementación de la economía de mercado, atendidas las circunstancias de cada país, o bien esté más o menos protegido, ello no obsta a que esta realidad – la del mercado - sea un elemento esencial en el actual mundo globalizado. Desde el punto de vista teórico, para lograr este cometido, es necesario que el mercado sea perfecto, que no haya intervenciones que puedan distorsionar su desarrollo, y que, si las hay, sean mínimas y siempre propendan a un mejor funcionamiento del mismo.

En general, se aprecia en las constituciones y en cuerpos normativos que se abocan a la ordenación de mercados, el reconocimiento de que las personas son libres para desarrollar y ejercer diversas actividades económicas, adecuando dichas actividades al respeto de los bienes jurídicos valorados por la sociedad, cautelando un determinado marco normativo y las disposiciones que apuntan al mejor desarrollo de esos mercados. Así, se vuelve imperativo el respeto a la libre competencia, la competencia leal, no colusiva ni monopólica.

## RESUMEN

*La presente investigación aborda el tratamiento teórico, legal y jurisprudencial, que, en el ámbito del derecho de la Libre Competencia, ha recibido la llamada doctrina de las Facilidades Esenciales, tanto en el extranjero, como en nuestro país, estableciendo sus patrones de identificación y los mercados relevantes que se tornan propensos a este tipo de facilidades esenciales, abordando su estrecha relación con el abuso de posición dominante y/o monopólica. Se establecerá que en el derecho comparado y también en el derecho chileno ha habido jurisprudencia en torno a esta doctrina. Sin embargo, en la resolución de algunos casos se puede apreciar que el tratamiento que se ha aplicado no corresponde en todos ellos a una facilidad esencial, ya que muchas veces se pretende dar solución jurídica a un problema de deficiente o nula competencia aduciendo esta doctrina, sin considerar sustantivamente lo que se entiende por infraestructura o facilidad esencial. El texto analizará que esta doctrina se relaciona directamente con la tecnología, pues un operador tiene una posición privilegiada en el mercado porque posee una infraestructura esencial, habiendo casos en que esta posición es de carácter temporal, ya que, con los avances tecnológicos, la transitoriedad es una regla en estas materias.*

**Palabras clave:** Facilidades esenciales; libre competencia; monopolio; posición dominante

# CAPÍTULO I

## NOCIONES GENERALES DE LA DOCTRINA DE LAS FACILIDADES ESENCIALES.

### I.1 Historia. Nacimiento y desarrollo de la doctrina de las facilidades esenciales:

El desarrollo de la doctrina de las facilidades esenciales<sup>1</sup> forma parte de la evolución del Derecho de la libre competencia. Como se verá, se trata de una herramienta o instrumento que, paradójicamente, siendo restrictivo, propende a un mayor grado de libertad para los agentes económicos.

En las economías modernas resulta frecuente que algunos agentes de determinado sector o industria, concentren progresivamente cuotas de poder que –eventualmente- puedan llegar a distorsionar la eficiencia en la asignación de recursos realizada por el mercado. Ello, afecta ciertos derechos, tales como como la libertad de contratación, o la libertad para ejercer actividades económicas, pudiendo generar una afectación más general al desarrollo natural, eficaz y eficiente del mercado en la asignación de los recursos mediante el binomio oferta-demanda.

Con el fin de prevenir o desincentivar estas distorsiones, y luego sancionar la ejecución de dichas conductas, es que nace el derecho de la libre competencia, buscando promover la competencia entre empresas, para así optimizar la calidad de los productos y disminuir su precio, lo que beneficia tanto a consumidores como a productores, fortaleciendo la eficiencia.

La primera aparición de este derecho antimonopolios o de la libre competencia, tiene sus orígenes en el *Common Law* inglés. El propio Adam Smith ya aportaba una severa reflexión en su obra “La Riqueza de las Naciones”, acerca de las conspiraciones entre productores para perjudicar a usuarios y consumidores. Sin embargo, al otro lado de esa ínsula es donde se va forjando la idea del *Antitrust Law*, no sólo como un conjunto de normas, sino también como un verdadero sistema institucional, complejo y con vocación de eficacia. Estas aspiraciones, junto a un profundo afán de dotar de impulso político a estas ideas, fueron las que generaron

---

<sup>1</sup> En el presente trabajo se utilizarán como conceptos similares las expresiones *facilidades esenciales*; *insumos esenciales*; *instalaciones esenciales*.

en el año 1890, en Estados Unidos la *Sherman Act*<sup>2</sup>. Ésta, en sus secciones 1 y 2, buscaba prohibir la monopolización, intento de monopolización, o posibles acuerdos para monopolizar el comercio entre estados o el comercio internacional.

En la primera sección de este cuerpo legal, el foco normativo se centra en la prueba de acuerdos que amenacen la libre competencia; mientras que en la segunda sección se apunta principalmente a la estructura y niveles de concentración del mercado, a la existencia de un monopolio, y en cómo se logró y/o utilizó indebidamente.

Con la dictación de esta ley, se puede considerar iniciado el desarrollo moderno del Derecho Antimonopolios<sup>3</sup>. Para la mayoría de la doctrina es el hito que marca el punto de origen del moderno derecho de la competencia<sup>4</sup>.

Esta normativa surge como una forma de limitar el tamaño de las grandes empresas de la época, principalmente petroleras y de ferrocarriles, evitando la concentración de la propiedad de una actividad empresarial, lo que constituía una transgresión que debía regularse por el derecho.

En el derecho de los Estados Unidos, la doctrina de las facilidades esenciales se plasmó a partir de la decisión de la Suprema Corte en el caso *Terminal Railroad* de 1912. En *Terminal Railroad* la Corte se pronunció sobre un caso en que una asociación de ferrocarriles de Missouri monopolizó los terminales ferroviarios del río Mississippi y negó el acceso a otras 8 compañías ferroviarias que también operaban en el mercado, pero que no eran parte de la asociación. Si bien la Corte Suprema obligó a las empresas asociadas a permitir el acceso de las demás empresas de ferrocarriles a tales instalaciones, como existía un acuerdo de las primeras para

---

<sup>2</sup> En las secciones 1 y 2 de la *Sherman Act* **Section 1.** *Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal. Every person who shall make any contract or engage in any combination or conspiracy hereby declared to be illegal shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$10,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$350,000, or by imprisonment not exceeding three years, or by both said punishments, in the discretion of the court.* **Section 2.** *Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$10,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$350,000, or by imprisonment not exceeding three years, or by both said punishments, in the discretion of the court.* Se declara ilegal todo contrato, combinación o conspiración restrictiva del tráfico o comercio entre los diversos estados o con naciones extranjeras. Incluye acuerdo entre competidores para fijar precios, arreglar licitaciones y repartirse clientes.

Junto con la *Sherman Act* de 1890, en Estados Unidos se construyó la política antimonopolios con las leyes *Clayton Act* de 1914; *Federal Trade Commission Act* de 1914; y, *Hart-Scott-Rodino Act* de 1976.

<sup>3</sup> BARÓN ALSINA, IGNACIO. *Referencia al Derecho Comparado de la Libre Competencia: Derecho Antitrust Norteamericano y Derecho de la Competencia de la Unión Europea*. Centro de Libre Competencia UC. Noviembre 2007. p. 4.

<sup>4</sup> ÁLVAREZ ZENTENO, RODRIGO. *Una Visión de Nuestro Derecho de la Competencia*. en Revista del Abogado. Publicación del Colegio de Abogados de Chile, N°6, abril de 1996. p. 24.

negar dicho acceso, el caso fue fallado bajo los términos de la sección 1 de la *Sherman Act*, que en general se refiere a contratos u otros acuerdos que restrinjan el comercio<sup>5</sup>. En esta sentencia, se resolvió que la infraestructura o facilidad no podría ser replicada y por lo tanto, debería ser compartida –por la asociación de ferrocarriles de Missouri- con los ferrocarriles rivales –no asociados-.

Desde este punto de vista, el fundamento de la teoría que este trabajo analiza, se estructura en que si no existen condiciones técnicas que impidan que la empresa dueña de la infraestructura contrate con la competencia para el uso de la instalación, y estando imposibilitados de construir su propia infraestructura, es que la *facilidad esencial* debe volverse funcional a la industria, vale decir, debe estar a disposición de otros actores o productores del mismo bien o producto, evitando el monopolio y ofreciendo a los consumidores los beneficios de un mercado con varios competidores.

A primera vista, el juicio de conducta indicaría que esta decisión claramente atenta contra el principio de la libertad de contratación, pues obliga al propietario de la infraestructura a compartir y a dejar utilizar sus instalaciones a sus competidores, todo ello con el fin de procurar la libre competencia, y evitar prácticas exclusorias que atentan contra el buen funcionamiento del mercado.

Siete décadas después, en 1983, en el caso MCI, la Corte Federal de Apelaciones del Séptimo Distrito condenó a la empresa telefónica AT&T por negarse a interconectar a otras empresas de telecomunicaciones a su red de telefonía local, señalando que bajo ciertas circunstancias la negativa a contratar de un monopolista queda sujeta a la aplicación de la denominada doctrina de las instalaciones esenciales<sup>6</sup>.

La relevancia que tiene este caso para el tema en desarrollo es que, por primera vez, un tribunal estableció los elementos para condenar a una empresa bajo la doctrina de las instalaciones esenciales.<sup>7</sup> Según esta jurisprudencia, los elementos son:

- Control de una instalación esencial por un monopolista;
- Imposibilidad práctica de que un competidor pueda razonablemente duplicar la

---

<sup>5</sup> NEHME ZALAUQUETT, NICOLE y MONTT RETTIG, PAULO. *Conductas exclusorias y libre competencia: El caso de la negativa de venta en presencia de instalaciones esenciales* en Revista Anales Derecho UC: Temas de libre competencia 3. N°5, noviembre de 2009. p 13.

<sup>6</sup> *Ibíd.* P. 14.

<sup>7</sup> MCI Communications Corp v. American Tel.& Tel Co. en NEHME ZALAUQUETT, NICOLE y MONTT RETTIG, PAULO Op. Cit, p. 14 -15.

instalación esencial;

- Negativa del monopolista a dar acceso a la instalación a un competidor;
- Capacidad del monopolista para dar acceso a la instalación.

En el derecho europeo, por su parte, el primer caso relevante en esta materia fue *Commercial Solvents*<sup>8</sup>, en el año 1974, en el cual se analizó el problema de una empresa que abusaba de su posición dominante, negándose a vender insumos a otra empresa que fabrica los mismos productos que su filial.

Posteriormente, la Comisión Europea y el Tribunal de Justicia Europeo sancionaron varios casos de abuso de posición dominante, en razón de la negativa de ciertas empresas a vender insumos, materias primas, dar acceso a instalaciones, infraestructura, sistemas informáticos, entre otros. Este abuso de posición dominante infringe el libre desarrollo del mercado, y es por ello que la estructuración de un caso judicial en esta materia busca la corrección de aquella distorsión, y en particular proteger a competidores pequeños, frente a los agentes dominantes<sup>9</sup>.

Finalmente, en el caso *Magill*<sup>10</sup>, el Tribunal de Justicia Europeo señaló que, el hecho de que una empresa posea un derecho de propiedad intelectual y esta se niegue a dar acceso a otra empresa, en virtud de ese derecho, no constituiría en sí mismo un abuso de posición de posición dominante. Para que esto ocurra, deben darse un conjunto de circunstancias excepcionales<sup>11</sup>, tales como:

- El producto de la empresa dominante es un insumo indispensable, en el sentido que no hay otra alternativa disponible en el mercado;
- A negativa impide la aparición de un nuevo producto que no está siendo ofrecido

---

<sup>8</sup> *Commercial Solvents Corporation –CSC-* era el único productor a gran escala de insumos para fabricar un medicamento para la tuberculosis. El Tribunal de Justicia Europeo estimó que esta empresa había abusado de su posición dominante, pues se negó a proveer de esas materias primas a un fabricante del medicamento, pues quería favorecer su propio negocio, ya que una filial de CSC también lo fabricaba.

<sup>9</sup> NEHME ZALAQUETT, NICOLE y MONTT RETTIG, PAULO, Op. Cit, p. 22.

<sup>10</sup> *Magill TV Guide Ltd.* Era una empresa interesada en elaborar una revista semanal con la programación de televisión en Irlanda e Irlanda del Norte. Los canales de televisión elaboraban sus propias guías, las que estaban protegidas por los derechos de propiedad intelectual. Estos canales se negaron a entregar la información semanal a *Magill* y ésta los demandó ante la Comisión Europea por abuso de posición dominante. El caso llegó al Tribunal de Justicia Europeo que esbozó circunstancias excepcionales que debían darse, para estar frente al abuso de posición dominante.

<sup>11</sup> NEHME ZALAQUETT, NICOLE y MONTT RETTIG, PAULO, Op. Cit p. 23.

por la empresa dominante y respecto del cual existe una potencial demanda por parte de los consumidores;

- La negativa carece de justificación objetiva;
- Mediante la negativa, la empresa dominante se reserva un mercado secundario a través de la exclusión de la competencia en dicho mercado, es decir, la negativa es un medio potencialmente apto para eliminar toda competencia en el mercado secundario, sin que sea necesario acreditar que dicha eliminación ha ocurrido efectivamente en la práctica.

En lo expuesto precedentemente, se puede visualizar el ámbito de aplicación de la doctrina de las facilidades esenciales, pues en el derecho norteamericano, se destaca la negativa a negociar –*refusal to deal*– de la empresa monopolista o dominante; en el derecho europeo, resalta el abuso de posición dominante de aquella empresa monopolista.

Estas visiones, en superficie distintas, no son más que el mismo objeto mirado desde diferentes puntos, pues existiendo un monopolio de algún bien o servicio, la empresa puede abusar de su posición dominante, y así tiene el poder de negarse a negociar. Todo dentro de mercados donde la libre competencia y sus beneficios a los consumidores y usuarios son un objetivo deseable.

## **I.2 Concepto de Doctrina de las Facilidades Esenciales.**

Antes de plantear un concepto acerca de la Doctrina de las Facilidades Esenciales, es necesario conocer a qué nos referimos cuando hablamos de facilidades esenciales. “Facilidades” o “insumos esenciales” es un concepto con el que se indican diversas instalaciones consideradas relevantes socialmente. No está necesariamente ligada al concepto de libre competencia. Según el Diccionario de la Real Academia Española, la palabra “facilidades”<sup>12</sup>, del latín *facilitas*, tiene las siguientes acepciones:

1. Cualidad de fácil.
2. Disposición para hacer algo sin gran trabajo.
3. Ligereza, demasiada condescendencia.

---

<sup>12</sup> Diccionario de la Real Academia Española. [<http://dle.rae.es/?w=facilidades>]. Fecha última consulta 18 de enero de 2017.

4. Oportunidad, ocasión propicia para hacer algo.
5. Condiciones especiales que permiten lograr algo o alcanzar un fin con menor esfuerzo

La voz “esenciales”<sup>13</sup>, a su vez refiere los siguientes significados:

1. Pertenciente o relativo a la esencia.
2. Sustancial, principal, notable.
3. Bioquímica. Dicho de ciertas sustancias o compuestos: Que no pueden sintetizarse en el organismo, y por tanto deben ingerirse con la dieta.

En 1996 la Organización Económica para la Cooperación y Desarrollo (OECD) señaló que la doctrina de las instalaciones esenciales se materializa cuando el dueño de una instalación “cuello de botella” está obligado a proporcionar acceso a esa instalación a un precio razonable a sus competidores. Agrega también que, el desarrollo legislativo acerca de esta doctrina de instalaciones esenciales, han tomado diversos significados, más cada uno de ellos tiene que ver con la obligación de dar acceso a una infraestructura a aquellos que de otra manera no tendrían acceso<sup>14</sup>.

En este mismo sentido, la doctrina de las facilidades esenciales apunta a la libre competencia. Esta última rama del derecho es la que dota de contenido a esta noción, pues constituye una institución que no solo contribuye a que se desarrollen mercados en el marco de la libre competencia, sino también establece condiciones de aplicación y sanciones para aquel productor monopolista. Pretende corregir el mercado para así procurar la mayor cantidad de competidores, y evitar distorsiones monopólicas respecto de determinados bienes o servicios.

¿Por qué estas facilidades son necesarias? Las instalaciones esenciales son un insumo necesario, crítico, en la producción de ciertos bienes o servicios. Estos insumos están en manos de un productor monopolista, o un pequeño grupo que puede abusar de su posición dominante, pues en el caso de que no existan sustitutos, los demás agentes no pueden entrar al mercado y competir. Para estas últimas no sería una opción construir sus propias instalaciones esenciales porque resultaría irrealizable, ya sea por requerimientos técnicos; o excesivamente

---

<sup>13</sup> Íbidem. [<http://dle.rae.es/?id=GOge1xqj>]. Fecha última consulta 18 de enero de 2017.

<sup>14</sup> OECD. Policy Roundtables. *The Essential Facilities Concept*. Paris, 1996. p.7. [<http://www.oecd.org/competition/abuse/1920021.pdf>]. Fecha última consulta 18 de enero de 2017.

oneroso.

Tradicionalmente, la doctrina de las facilidades esenciales presenta dos actividades económicas vinculadas, una dependiente de la otra. Conforme a este análisis, existe una firma -titular de la instalación esencial- que participa en dos mercados, usualmente denominados mercado primario o mercado “aguas arriba” (del inglés *upstream market* o *foremarket*), el primero; y mercado secundario, dependiente o “aguas abajo” (del inglés *downstream market* o *aftermarket*), el otro.<sup>15</sup>

Ahora bien, para esbozar un concepto, hay que hacer presente que una instalación esencial es, en términos generales, aquella no pueda replicarse, por tener diversas limitaciones económicas, físicas, legales, entre otras; y que, además, son imprescindibles para desarrollar algún producto o servicio.

Como ya se ha indicado, desde el punto de vista gramatical, la doctrina de las facilidades esenciales se desarrolla en torno a dos nociones, a saber, *facilidad* –como sinónimo de instalaciones o insumos- y *esencial*. Desde el punto de vista del Derecho, el término *facilidades* es una traducción extensiva de *facilities*, la cual denota infraestructura, equipamiento, instalaciones, pero también se refiere a recursos, servicios, insumos, incluso intangibles.

El carácter de *esencial*, en este contexto, contiene a su vez dos características, por lo que es relevante para la libre competencia: (i) que el insumo es potencialmente excluyente, y (ii) que no exista sustituto para aquel insumo.

De lo anterior fluye como elemento inherente, el monopolio que ejerce el empresario, o el pequeño grupo de empresarios, respecto de determinado bien o servicio, indispensable para la producción de otros bienes, y en definitiva para desarrollar una actividad económica.

Las Facilidades esenciales constituyen activos de carácter corporal o incorporeal -estructuras físicas, redes de transmisión, oleoductos, derechos de propiedad industrial, concesiones, etc.- que otorgan un beneficio económico a quien los detenta, por sobre sus competidores, y cuya existencia genera por lo mismo un desequilibrio entre ellos<sup>16</sup>

---

<sup>15</sup> PAREDES MOLINA, RICARDO. *Integración vertical: teoría e implicancias de política pública*. En Estudios Públicos, vol. 66 otoño 1997, p. 191.

<sup>16</sup> UGARTE SOTO, ALFREDO. *Facilidades esenciales y abuso de posición dominante*. Revista de Derecho Universidad Católica del Norte. Sección: Estudios. Año 20- n°2, 2013, p. 237.

Según Lipsky y Sidak, la doctrina de las instalaciones esenciales se caracteriza por describir aquellas circunstancias en que un bien, recurso, instalación o activo, cuyo uso es necesario para la realización de diferentes actividades económicas en el mismo mercado o mercados conexos, es explotado en condiciones de monopolio por su titular ya sea impidiendo el acceso a dichos mercados o imponiendo condiciones comerciales injustificadas para acceder a él<sup>17</sup>.

Por otra parte, de acuerdo con Frischmann y Weber Waller; la doctrina de las instalaciones esenciales sostiene que las empresas dominantes pueden incurrir en responsabilidades relacionadas con disposiciones antimonopólicas si no permiten el acceso a sus bienes o recursos, incluso a los competidores, sobre bases no discriminadoras en las que es posible compartir y sus competidores no pueden obtener o crear una instalación propia<sup>18</sup>.

### I.3 Tratamiento Legal de las Facilidades Esenciales.

#### a. En Chile

En Chile la norma más importante en materia de libre competencia es el Decreto Ley n° 211 que fija normas para la defensa de la Libre Competencia. Si bien es cierto, éste DL n° 211 no hace alusión expresa de la doctrina de las facilidades esenciales, y tampoco define que se debe entender por “*facilidades*” o “*esenciales*”, si se establecen en su artículo n° 3<sup>19</sup> las

---

<sup>17</sup> LIPSKY Y SIDAK, en GONZÁLEZ-PRADA ARRIARÁN, CARLOS. *¿Puede mejorarse el procedimiento de declaración de instalaciones esenciales? Herramientas aplicables en el marco de la regulación inteligente*. Universidad de Salamanca. Salamanca, 2013, p. 6 y 7.

<sup>18</sup> *Ibid.* p 7.

<sup>19</sup> DECRETO LEY N° 211 que fija normas para la defensa de la Libre Competencia, en su artículo 3° señala: *El que ejecute o celebre, individual o colectivamente cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos, será sancionado con las medidas señaladas en el artículo 26 de la presente ley, sin perjuicio de las medidas preventivas, 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 o que tienden a producir dichos efectos, los siguientes: a) Los acuerdos o prácticas concertadas que involucren a competidores entre sí, y 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, así como los acuerdos o prácticas concertadas que, confiriéndoles poder de mercado a los competidores, consistan en determinar condiciones de comercialización o excluir a actuales o potenciales competidores. b) La explotación abusiva por parte de un agente económico, o un conjunto de ellos, de una posición dominante en el mercado, fijando precios de compra o de venta, imponiendo a una venta la de otro producto, asignando zonas o cuotas de mercado o imponiendo a otros abusos semejantes. c) Las prácticas predatorias, o de competencia desleal, realizadas con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante. d) La participación simultánea de una persona en cargos ejecutivos relevantes o de director en dos o más empresas competidoras entre sí, siempre que el grupo empresarial al que pertenezca cada una de las referidas empresas tenga ingresos anuales por ventas, servicios y*

conductas atentatorias a la libre competencia, como los acuerdos colusorios; la explotación abusiva de la posición dominante; y, la competencia desleal. Todas estas conductas incumben de una u otra forma a lo señalado por la doctrina de las facilidades esenciales.

Por otra parte, en regulaciones más específicas como lo son las de energía<sup>20</sup>, gas<sup>21</sup>, puertos y telecomunicaciones se establecen regímenes de acceso abierto y no discriminatorio a las instalaciones consideradas esenciales para el desarrollo de mercados secundarios.<sup>22</sup> Por ejemplo, en la Ley General de Servicios Eléctricos encontramos como objeto eliminar o reducir los obstáculos a la inversión en el sector, mejorar y regular la calidad de servicio y especificar o clarificar aquellos aspectos de la normativa que generaban incertidumbres o controversias entre los actores<sup>23</sup>.

El comportamiento que busca evitar esta normativa es el abuso de posición dominante por parte del titular de los bienes o recursos considerados como esenciales. No se establece un procedimiento específico para declarar la existencia de instalaciones esenciales, por lo que su evolución ha sido casuística. Se aprecia falta de desarrollo acerca de qué constituye el abuso de posición dominante, así como de qué se entiende por esencial. En la legislación chilena, se separa de la doctrina de las facilidades esenciales la noción de monopolio, el que no constituye una condición necesaria para invocar su aplicación<sup>24</sup>.

---

*otras actividades del giro que excedan las cien mil unidades de fomento en el último año calendario. Con todo, sólo se materializará esta infracción si transcurridos noventa días corridos, contados desde el término del año calendario en que fue superado el referido umbral, se mantuviere la participación simultánea en tales cargos*

<sup>20</sup> DECRETO CON FUERZA DE LEY N° 1 de 1982, Ley General de Servicios Eléctricos, artículo 77 señala “las instalaciones de los sistemas de transmisión troncal y de los sistemas de subtransmisión de cada sistema eléctrico están sometidas a un régimen de acceso abierto, pudiendo ser utilizadas por terceros bajo condiciones técnicas y económicas no discriminatorias entre todos los usuarios, a través del pago de la remuneración del sistema de transmisión que corresponda de acuerdo con las normas de este Título” y que “los propietarios de instalaciones de los sistemas de transmisión troncal y de los sistemas de subtransmisión no podrán negar el acceso al servicio de transporte o transmisión a ningún interesado por motivos de capacidad técnica, sin perjuicio de que, en virtud de las facultades que la ley o el reglamento le otorguen al centro de despacho económico de carga, en adelante CDEC, para la operación coordinada del sistema eléctrico, se limiten las inyecciones o retiros sin discriminar a los usuarios”.

<sup>21</sup> DECRETO SUPREMO N° 263 de 5 de mayo de 1995, Reglamento sobre Concesiones Provisionales y Definitivas para la Distribución y Transporte de Gas, artículo 11 “los concesionarios de transporte deberán operar bajo el sistema de “acceso abierto”, y que a tal efecto “se entenderá por “acceso abierto” el ofrecimiento que las empresas concesionarias de transporte de gas realicen de sus servicios de transporte en igualdad de condiciones económicas, comerciales, técnicas y de información, respecto de su capacidad de transporte disponible”.

<sup>22</sup> GONZÁLEZ-PRADA ARRIARÁN, CARLOS. Op. Cit, p. 27.

<sup>23</sup> MALDONADO, PEDRO y HERRERA BENJAMÍN. *Sostenibilidad y seguridad de abastecimiento eléctrico: estudio de caso sobre Chile con posterioridad a la ley 20.018*. CEPAL, Naciones Unidas, Chile 2007, p. 25.

<sup>24</sup> En este sentido, CARLOS GONZÁLEZ-PRADA señala que la legislación chilena en lo que se refiere a la doctrina de las facilidades esenciales, se asemeja más a la legislación de la Unión Europea, al no ligar necesariamente los conceptos de abuso de posición dominante y monopolio.

## b. En el Derecho Comparado.

En este apartado, se analizarán brevemente las legislaciones de Estados Unidos y la Unión Europea, que son las que presentan mayor desarrollo legal del tema en comentario.

En Estados Unidos<sup>25</sup>, como ya fue expuesto, el sustento normativo está dado por los artículos 1 y 2 de la *Sherman Act*, donde se busca sancionar la monopolización, intento de monopolización, o conspiración con otras personas para monopolizar el comercio interestatal. Se quiere evitar que una empresa abuse de su poder de mercado para preservar su monopolio en un mercado aguas arriba o expandirlo a otro, de donde se desprende que debe tener presencia significativa en el mercado secundario.

En esta legislación se entiende como *facilidades o instalaciones esenciales* todo tipo de bienes o recursos, tales como terminales ferroviarios, redes de transmisión de energía, de telecomunicaciones, entre otros. Cabe destacar que esta normativa no señala expresamente qué se debe entender por *instalaciones esenciales*.

Para su aplicación, debe tratarse de una empresa que efectivamente monopolice o intente monopolizar un mercado, ya sea principal o secundario. Basta con acreditar una intención de afectar la competencia mediante la monopolización del mercado, aun cuando ésta no se materialice. Asimismo, a partir de la lectura de la *Sherman Act* y del *test de las essential facilities*<sup>26</sup> puede inferirse que no es necesaria la existencia de dos mercados diferentes; basta con la intención de monopolizar el mercado en el que se tiene la instalación esencial para que pueda invocarse la aplicación de la doctrina de las instalaciones esenciales.

En cuanto a la legislación de la Unión Europea<sup>27</sup>, la doctrina de las facilidades esenciales se plasma en el artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, el que señala:

*Será incompatible con el mercado interior y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado interior o en una parte sustancial del mismo. Tales prácticas*

---

<sup>25</sup> GONZÁLEZ-PRADA ARRIARÁN, CARLOS. Op. Cit, p. 20-24.

<sup>26</sup> Según lo resuelto por la Corte Federal del Séptimo Circuito, en *MCI Communications*, alude a: (i) Que el monopolista controle el acceso a una instalación esencial; (ii) Que la instalación no pueda ser razonablemente replicable por un competidor; (iii) Que el monopolista niegue el acceso a un competidor; y (iv) Que sea factible dar acceso a un competidor.

<sup>27</sup> GONZÁLEZ-PRADA ARRIARÁN, CARLOS. Op. Cit, p. 20-24.

*abusivas podrán consistir, particularmente, en:*

- a) imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas;*
- b) limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores;*
- c) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;*
- d) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos<sup>28</sup>*

El comportamiento que esta norma busca evitar es el abuso de posición dominante en el mercado común o una parte sustancial del mismo en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, independientemente de si quien ostenta la posición dominante tiene o no monopolio. No es necesario que la empresa en cuestión tenga presencia en el mercado secundario, siendo suficiente que su desarrollo o acceso dependa del uso de la instalación considerada esencial.

Incluye en la noción de *instalaciones esenciales* todo tipo de bienes o recursos, tales como insumos, derechos de propiedad intelectual, infraestructuras –aeropuertos, gas, ferroviarias, puertos, entre otras- El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha reconocido ciertos criterios para imponer la obligación de acceso a un bien o recurso considerado como esencial. Estos son:

- Que el producto de la empresa dominante sea un insumo indispensable, no habiendo otra alternativa disponible en el mercado;
- Que con la negativa se impida la aparición de un nuevo producto que tendría una potencial demanda por los consumidores;
- Que la negativa no tenga justificación objetiva; y
- Que la negativa sea potencialmente apta para eliminar la competencia en el mercado secundario.

De lo anterior se concluye que para la aplicación de ésta doctrina no se requiere la

---

<sup>28</sup> Diario Oficial de la Unión Europea. *Versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea*. Artículo 102. 30/03/2010.

existencia de un monopolio. Lo que se persigue es el abuso de la posición dominante, aunque ésta haya sido adquirida lícitamente. Además, requiere la potencial existencia de un nuevo producto en un mercado secundario, o, la eliminación de la competencia en el mismo. Por lo tanto, se requiere la existencia de dos mercados diferentes. Basta con la intención de monopolizar el mercado en el que se tiene la instalación esencial, para que pueda invocarse la aplicación de esta doctrina.

## CAPÍTULO II

### LA DOCTRINA DE LAS FACILIDADES ESENCIALES EN LA PRÁCTICA.

#### I.1 Mercados con propensión a ser objeto de las Facilidades Esenciales.

La relevancia de la doctrina de las Facilidades Esenciales y las respectivas instalaciones que se encuentran detrás de ésta, dice relación con ciertos sectores regulados y la protección de la libre competencia. Si bien, en libre competencia se da en un contexto de respeto a la propiedad privada y el ejercicio de los derechos y libertades que de ella derivan, ello no puede pretender generar sólo satisfacción para quien detenta la propiedad, sino que la libre competencia tiene su fin en la satisfacción y bienestar de los consumidores junto con la eficiencia de una determinada actividad económica relacionado con los recursos escasos.

La Doctrina de las Facilidades Esenciales se erige como una restricción a la propiedad privada en torno a la libertad de ejercer una determinada actividad económica, ya que ese productor tiene algún tipo de instalación esencial que lo convierte en un productor monopolístico. Aquí interviene el Estado, ya sea legislativamente o administrativamente a través de sus agencias. Lo anterior se relaciona con el concepto de Fallas de Mercado, cuando un determinado mercado no organiza eficientemente la producción o la asignación de los bienes y servicios a los consumidores, y éstas son: Monopolio, Externalidades, Asimetría de Información y Bienes Públicos. Las facilidades esenciales se relacionan con el Monopolio como falla de mercado, siempre que éste trasunte en la pérdida de bienestar de los consumidores.

Cuando el mercado en cuestión deja de ser eficiente y no se traduce en ampliar el bienestar de los consumidores, se interviene vía legislativa, administrativa o judicial, y aquí el Estado limita la propiedad del productor monopolístico, entendiéndose que con la aplicación de la Doctrina de las Facilidades Esenciales se puede alcanzar una mejor asignación de los recursos, donde, finalmente, el Estado obliga a contratar, forzando con ello las transacciones entre el

prestador monopólico y los terceros que quieren entrar al mercado que él detenta pero se encuentran con las barreras de entrada propias del monopolio.

La doctrina de las facilidades esenciales postula que el monopolista que posee el control de una instalación calificada como esencial en un mercado, puede ser obligado a proveer acceso a sus competidores, cumpliéndose ciertos presupuestos, si ha denegado el acceso sin que exista de por medio una justificación razonable<sup>29</sup>, en cuanto a ello, se atiende a ciertos presupuestos que, además de tratarse de una instalación o infraestructura esencial, de un mercado de relevante, de un prestador o productor ineficiente desde el punto de vista económico, se puede señalar también lo que la jurisprudencia norteamericana ha desarrollado como un test general para determinar cuándo existe un caso de facilidad esencial:<sup>30</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 dichos accesos, y
5. El monopolista no cuenta con una razón justa de negocios para denegar el acceso.

Para adentrarse en el tipo de mercados propensos a la doctrina de la Facilidades Esenciales, cabe destacar que la descripción tradicional de la doctrina de las facilidades esenciales se inserta dentro de un contexto más amplio denominado de relaciones “verticales” entre diversos segmentos de producción, alternativamente llamadas relaciones entre mercados complementarios.

Estas se refieren a aquellas interrelaciones de negocios y estructuras de mercado que afectan a productores y consumidores, y a otras firmas relacionadas de diversas maneras. En un extremo de estas relaciones se encuentra la integración vertical, entendiendo por ésta la combinación de dos o más segmentos o procesos de producción bajo el mando de una sola

---

<sup>29</sup> WERNER POZO CAROLINA, *La Doctrina de las Facilidades Esenciales en el Derecho Chileno y Comparado*, en Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Departamento de Derecho Económico de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago, Chile, 2007, p.16.

<sup>30</sup> ARAYA IBÁÑEZ ÁLVARO, *La Doctrina de las Facilidades Esenciales en los fallos del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia*, en Serie notas y artículos de interés Novoa & Araya Abogados Limitada, Número 1, septiembre 2011, p.2.

entidad controladora y propietaria, sea por fusión de dos firmas preexistentes o por expansión de una a áreas relacionadas. En el polo opuesto, están las relaciones entre compradores y vendedores en el mercado “spot”, donde las transacciones se realizan una a cada instante. Entre ambos, acordadas entre dos partes, se presenta un amplio rango de relaciones que limitan el comportamiento de una o ambas mediante diversos grados de integración vertical parcial. Algunas de estas son bien conocidas y casi “clientes frecuentes” en materia de libre competencia, y adoptan la forma de contratos de largo plazo, franchising, licencias, cláusulas de amarre, acuerdos de trato exclusivo, restricciones territoriales, acuerdos de precios de reventa, etc.<sup>31</sup>

En el derecho, y ahora en particular respecto del derecho de la libre competencia, se han desarrollado concepciones y teorías bajo las cuales el derecho absoluto de dominio deja de serlo y, dada ciertas condiciones, éste se limita en pos de conceptos como la función social, la cual comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental.<sup>32</sup> En el caso que nos atañe, sobre la doctrina de las facilidades esenciales, además se agregan los criterios señalados en el otro párrafo, ya que se atiende a la función principal del concepto de libre competencia, es decir, la eficiencia de los mercados y el bienestar de los consumidores.

La restricción a la autonomía de la voluntad y a la libertad de contratar que tiene que el prestador monopólico respecto de su instalación esencial, se podría ver restringida por la legislación o por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, quien en virtud del artículo 26 del Decreto Ley 211 puede establecer las sanciones y demás medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan disponerse en cada caso. Así, el Tribunal puede establecer la obligación de contratar sobre una instalación esencial. Esa misma obligación la puede establecer la ley en casos de monopolios naturales siendo regulado el precio de dicha prestación a través de la vía administrativa.

Respecto de los Mercados propensos a esta obligación a contratar y abrir su instalación esencial a otros competidores, tenemos, por ejemplo:

---

<sup>31</sup> WERNER POZO CAROLINA, Op. Cit, p.16 y 17.

<sup>32</sup> Artículo 19 N° 24 de la Constitución Política de Chile.

## 1.- Líneas de transmisión eléctrica.

El mercado de la energía eléctrica está compuesto por tres segmentos: generación, transmisión y distribución, los dos últimos constituyen en nuestro país monopolios naturales regulados. Al tratarse de un servicio público, los segmentos monopólicos son objeto de regulación por la autoridad, por ejemplo, en el caso de la distribución, a través de la fijación de precios.

Uno de los problemas que acompaña al sector eléctrico es la integración vertical y la concentración del mercado, existiendo compañías que se entrecruzan en los diferentes segmentos, lo que disminuye las posibilidades de competencia real en el segmento de generación y la eficiencia y bienestar respecto de los otros dos segmentos.

En el caso del segmento de transmisión eléctrica, se dio una controversia en forma previa a la creación del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, cuando los órganos para conocer de las infracciones a la libre competencia eran la Comisión Preventiva y la Comisión Resolutiva. Este mercado estaba integrado verticalmente, entre el segmento competitivo y el monopolio natural, lo que podía traducirse, eventualmente, en la constitución de incentivos para mantener el mercado concentrado entre las compañías existentes. La legislación del sector eléctrico, que data del año 1982, distingue entre clientes grandes y pequeños. Los primeros negocian libremente las condiciones de abastecimiento con las empresas de generación, mientras que los segundos adquieren electricidad de las empresas de distribución a un precio regulado.<sup>33</sup>

Según el profesor Pablo Serra, en un artículo escrito antes de la creación del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, la concentración en distribución y su integración vertical con generación ha sido causa de litigios entre empresas del sector. Históricamente, el precio de nudo al cual las distribuidoras compran energía para abastecer a sus clientes regulados estuvo en promedio por sobre el costo marginal relevante porque los generadores que no tienen contratos deben vender su energía a los otros generadores a costo marginal (...) Las distribuidoras compran energía por bloques, con el fin de adaptarse a las fluctuaciones horarias

---

<sup>33</sup> SERRA PABLO, *Las facilidades esenciales en la doctrina de los organismos de competencia chilenos*, Trabajo preparado para la Conferencia "Competition Policy in Infrastructure Services" organizada por la División de Infraestructura y Mercados Financieros del Banco Interamericano de Desarrollo, 2001, p.18.

y estacionales en la demanda, por lo que una distribuidora puede discriminar a una generadora, comprándole energía sólo en aquellos bloques en que el costo marginal de generación es elevado. La regulación insuficiente de la red de transmisión también entorpece la competencia en generación. El costo de desarrollo de las redes de transmisión presenta fuertes economías de escala, por lo que la actividad es un monopolio natural.<sup>34</sup>

El mercado eléctrico está regulado por el Decreto con fuerza de ley N°1, de 1982, Ley General de Servicios Eléctricos, el cual, respecto del segmento de transmisión de energía eléctrica, establece el acceso abierto sobre las instalaciones de transporte de energía eléctrica pertenecientes al sistema de transmisión troncal, y lo mismo respecto de los sistemas de subtransmisión.

## 2.- Empresas Sanitarias.

No obstante, el proceso de privatización que sufrieron mercados como el del energía eléctrica y telecomunicaciones durante la década de 1980, el mercado de servicios sanitarios, estaba constituido en ese entonces por tres grandes empresas sanitarias estatales. Si bien el proceso de privatización comenzó el año 1995 con el fortalecimiento del marco regulatorio, principalmente enfocado a la fijación tarifaria, fue en el año 1998 cuando esto concluyó. En este mercado, el Estado cambió la forma de privatizar. El nuevo mecanismo fue entregar concesiones de largo plazo de las empresas sanitarias, y no venderlas como se había sido hecho antes. El nuevo mecanismo fue entregar concesiones de largo plazo de las empresas sanitarias, y no venderlas como se había sido hecho antes.<sup>35</sup>

Según la normativa del sector, la Ley General de servicios sanitarios, el DFL N° 382 de 1988, se ha establecido respecto de los servicios sanitarios, una política de propiedad mixta, donde las empresas sanitarias se constituyen en Chile mayoritariamente como sociedades de giro exclusivo y el Estado, a través de la CORFO, mantiene una proporción de las acciones en dichas empresas sanitarias, aunque esta participación es menor en las grandes empresas

---

<sup>34</sup> SERRA PABLO, Op. Cit, p.19.

<sup>35</sup> FISHER RONALD, SERRA PABLO, *Efectos de la privatización de servicios públicos en Chile: Casos sanitario, electricidad y telecomunicaciones*, en Banco Interamericano de Desarrollo, junio 2003, p. 74.

sanitarias, y mayor en las pequeñas empresas, lo que significa que la privatización tuvo su enfoque principal en las empresas de mayor tamaño.

En el caso de los servicios sanitarios, son monopolios zonales, es decir, se les asigna, a través de un proceso de concesión, una zona geográfica en el desarrollo de su actividad, algo similar al segmento de distribución y transmisión en el mercado de la energía eléctrica. Al establecerse una zona geográfica, ello provoca que la infraestructura que esa empresa tiene en dicha zona, se transforme potencialmente en una instalación esencial.

No obstante lo anterior, el artículo 63 del DFL N° 382 restringe la concentración en el mercado, limitando la participación en el sector de las empresas medianas a no más de la mitad de los clientes y la participación en los clientes totales en Chile a no más del 50%, con el fin de que exista algún grado de competencia por comparación. También se impide combinar monopolios (por ejemplo, de sanitarias con distribución eléctrica o con telefonía fija) en distintos sectores en una misma área de concesión.<sup>36</sup>

Un asunto no regulado acerca de una instalación esencial en esta materia, es el problema de los residuos industriales líquidos (Riles)<sup>37</sup>. Los riles son un subproducto de la producción industrial que debe ser tratado antes de ser descargado al medio ambiente (normalmente ríos). El proceso de tratamiento tiene dos etapas. La primera es un pre-tratamiento, normalmente localizado relativamente cerca del punto en que se generan los riles. Los riles pre-tratados son enviados, usando el sistema de alcantarillado, a la planta de tratamiento. Para evitar la contaminación del sistema de alcantarillado y de la planta de tratamiento, antes de ingresar al sistema de alcantarillado es necesario vigilar la calidad del efluente de la planta de pretratamiento. Esta labor la realiza la empresa sanitaria, ya que es la interesada en que no haya contaminantes ingresando a la planta de tratamiento. La etapa de pre-tratamiento podría ser competitiva, en el sentido que no hay demasiadas economías de escala, por lo que potencialmente habrían interesados en entrar a este negocio, lo cual llevaría a bajos costos en esta etapa. El problema es que la estructura de propiedad de las empresas sanitarias y las reglas que rigen el proceso de pre-tratamiento excluyen a estos potenciales

---

<sup>36</sup> FISHER RONALD, SERRA PABLO, Op. Cit, p. 74.

<sup>37</sup> La descarga de residuos al sistema de alcantarillado está regulado por el Decreto Supremo del Ministerio de Obras Públicas N° 609 del año de 1998, pero la cuestión en torno a la facilidad esencial, a saber, el alcantarillado, y la estructura empresarial y potencialmente monopólica no está regulada a través de la presente norma, sino que más bien es sus aspectos técnicos residuales.

competidores, dejando como única alternativa a la empresa sanitaria, que puede cobrar precios monopólicos.<sup>38</sup>

La infraestructura de que se trata aquí es el sistema de alcantarillado, la cual es de exclusiva responsabilidad de la empresa sanitaria, debido a que la instalación (alcantarillado) es de su propiedad y le interesa ampliamente que ésta no se vea perjudicada por eventuales deshechos contaminantes. La falta de regulación impide que se abra un potencial mercado de tratamiento de Riles, que usen del alcantarillado como instalación esencial. Ello en ningún caso podrías estar fuera de la supervisión de la empresa sanitaria, ya que no sólo está en juego el cuidado de la mencionada instalación esencial, sino que de la salud pública, y el bienestar de los consumidores, que es, finalmente por lo que aboga el derecho de la libre competencia.

### 3.- Las líneas de telecomunicaciones.

Chile fue uno de los primeros países en privatizar este mercado, cuyo marco regulatorio está dado por la Ley General de Telecomunicaciones N° 18.168 del año 1982, que ha tenido modificaciones. En su artículo 3 señala los puntos fundamentales que son: la libre entrada al sector, los distintos tipos de servicios, y la interconexión de redes. Lo último significa que los concesionarios de servicios públicos de telecomunicaciones están obligados a establecer y aceptar interconexiones, con el objeto de que los usuarios puedan comunicarse entre sí.

La obligatoriedad de la interconexión de redes se traduce en la posibilidad de ocupar una instalación esencial (de forma onerosa) para prestar un servicio como el del prestador monopólico, o incluso distinto, pero sin la necesidad de construir esa infraestructura.

Actualmente, las telecomunicaciones se relacionan con la prestación de servicios como, por ejemplo, Telefonía Móvil, Telefonía Fija, Televisión de Pago y Banda ancha e Internet móvil. Dichos servicios operan por la vía de concesiones.

Antes de la creación del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, las discusiones en torno a las instalaciones esenciales en el ámbito de las telecomunicaciones, estaba dado por

---

<sup>38</sup> FISHER RONALD, SERRA PABLO, Op. Cit, p.79.

lo telefonía y la transmisión de voz (llamadas) pero hoy, producto del avance de la tecnología, el tema está dado por la transmisión de datos (internet). En ese entonces, la facilidad esencial se refería a permitir que las empresas de larga distancia establecieran conexiones directas a los usuarios, es decir, sin transitar por la red de las compañías locales.

La regulación de los precios de algunas prestaciones provistas en condiciones monopólicas puede contribuir al desarrollo competitivo de los segmentos de la industria en que la competencia es viable, sin necesidad de que los nuevos entrantes efectúen por sí mismos todas las actividades requeridas para brindar los servicios finales. Asimismo, ella puede facilitar el desarrollo de revendedores o empaquetadores de servicios, o proveedores de servicios complementarios, que estén en condiciones de competir con las empresas incumbentes para atender a los clientes finales. Lo anterior se puede lograr, primero, exigiendo la desagregación de servicios, con tarifas diferenciadas para las diversas prestaciones provistas por la red y, en segundo lugar, fijando las tarifas de las prestaciones asociadas a facilidades esenciales, sobre la base de sus respectivos costos.<sup>39</sup>

Respecto de las instalaciones esenciales que deben ser facilitadas, la discusión actualmente vigente en torno a la eventual obligatoriedad de colocación de las antenas celulares existentes ha reabierto el tema de la necesidad de compartir insumos escasos y de difícil duplicación (en este caso, por problema urbanísticos) para aumentar la competitividad en el servicio final (la telefonía móvil). Establecer la colocación obligatoria constituiría, de hecho, una señal de que esta sería la única forma de entrar al mercado y que, por lo tanto, las antenas existentes constituirían una infraestructura esencial para la competencia en el mercado final, implicando consecuencias no menores para la industria.<sup>40</sup>

En el caso de las telecomunicaciones, incluso puede resultar viable la construcción de una nueva infraestructura por parte de un competidor, pero puede significar una barrera de entrada excesivamente onerosa, lo que, en definitiva, puede traducirse en un costo excesivo para la población al cual pocos podrán acceder. Además, si ello fuese así, el prestador

---

<sup>39</sup> Universidad Adolfo Ibáñez, *Operadores de Infraestructura de Telecomunicaciones y Masificación de la Banda Ancha en Chile: Propuestas de Reforma*, Informe Final, 2013, p.9 En: <http://www.subtel.gob.cl/estudios/1580-2/>. Fecha última consulta: 18 de enero de 2017.

<sup>40</sup> JIMÉNEZ SUSANA, CONCHA PAULINA, *Facilidades Esenciales y su Análisis a la Luz de la Jurisprudencia Chilena*, en Serie Informe Económico 211, Libertad y Desarrollo, enero 2011, p.9.

monopólico, entendiendo el costo de la infraestructura, puede establecer tarifas abusivas si el mercado no está regulado.

Los elementos de red, que pueden constituir instalaciones esenciales, incluyen, bucles locales, mecanismos de interfaces de la red, capacidad conjunta de conmutación local, facilidades de transmisión entre oficinas, señalización y bases de datos relacionadas, sistemas de soporte de operaciones, servicios de operadora y facilidades de asistencia de directorio/guía/anuario telefónico. Además, los nuevos prestadores deben tener acceso a postes de líneas, ductos, conductos y enrutamiento que sean propiedad o estén bajo control del prestador histórico.<sup>41</sup>

Desde otro punto de vista, las instalaciones esenciales no sólo se refieren a que un prestador monopólico abra su infraestructura a otros prestadores, ambos dentro del mismo mercado, por ejemplo, el mismo mercado de las telecomunicaciones, sino que se refiere a que cualquier infraestructura esencial, deba abrirse al desarrollo de actividades económicas trascendentales para la población, las que impactarán directamente en el bienestar del consumidor. Continuando, lo que sucede en la doctrina de las facilidades esenciales, básicamente, es que se relativiza el derecho de propiedad del empresario monopólico o dominante, limitando las facultades de uso y goce en aquellos casos en que entre al juego el bienestar de la población, y ello relacionado con el interés nacional y la función social de la propiedad como límite a la misma, consagrado en el artículo 19 N° 23 y 24 de nuestra Constitución Política.

Lo anterior se aprecia en la Sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia N° 7648, donde 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 atraviesos 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. Lo interesante de este caso es que a partir de ese uso se crea un verdadero mercado de atraviesos.

---

<sup>41</sup> KENNARD WILLIAM E., *Guía Regulatoria para la Construcción de una Comunidad Global de Información*, en Conexión Global, Capítulo V, 1999, p.8 Disponible en: <https://transition.fcc.gov/ib/initiative/files/cg/spanish/8.pdf> p.8. Fecha última consulta: 18 de enero de 2017.

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 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>42</sup>

#### 4.- Las frecuencias radioeléctricas

Respecto de este tema, se relaciona con el numeral anterior, ya que, en el caso de la telefonía, a través de una concesión, vía licitación pública, se le entrega un espacio al adjudicado una parte del espectro radioeléctrico por un período determinado o con carácter indefinido. Entendido esto, se puede apreciar que el principal obstáculo a la competencia en la telefonía móvil es la adjudicación del espectro radioeléctrico, lo que en la práctica opera como una barrera de entrada para este mercado.

El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en la Resolución N° 2, Rol NC 01-04, del 4 de enero de 2004, donde Telefónica Móviles S.A. consulta acerca de la toma de control de BellSouth Comunicaciones S.A., ambas compañías del rubro de la participaban del rubro de la telefonía móvil en Chile, señala que el mercado relevante definido fue el de los servicios análogos y digitales de telefonía móvil, prestados mediante la explotación de concesiones de

---

<sup>42</sup> RENCORET GUTIERREZ PEDRO IGNACIO, *“La Doctrina De Las Facilidades Esenciales Ante El Tribunal De Defensa De La Libre Competencia”*, Memoria para adquirir el grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Departamento de Derecho Económico, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, Chile, 2010, p.175.

uso del espectro radioeléctrico, dentro de los límites geográficos del territorio nacional, donde el espectro radioeléctrico “se trata de un insumo esencial para la prestación de servicios de telefonía móvil” y agregó que “la proporción de espectro radioeléctrico asignada a cada operador determina los costos de prestar los servicios y su calidad”<sup>43</sup>.

El centro de esta instalación o infraestructura esencial transita por el hecho de que el espectro radioeléctrico es una instalación esencial para el desarrollo de la actividad de Telefonía Móvil y, además, de ser este espectro limitado, escaso e intangible, cuyo tamaño, según el TDLC, influía en el servicio prestado y en los costos que se traspasan luego a los clientes.

#### 5.- Las patentes relacionadas con la propiedad intelectual e industrial

Este es un punto muy trascendental y bastante judicializado en lo que respecta a la doctrina de las facilidades esenciales. Aquí se provoca una tensión entre el derecho legítimo a proteger por medio de patentes exclusivas, la propiedad intelectual y/o industrial, y la doctrina de las facilidades esenciales. El monopolio legal temporal que se forma por la vía de la protección de la propiedad intelectual se cruza casi inmediatamente con la necesidad social y la disminución de bienestar por parte de los consumidores al no existir competencia posible por la protección de la invención durante un tiempo determinado.

Lo anterior va desde infraestructuras tecnológicas, como software, a infraestructuras, productos o tecnologías farmacéuticas. Particularmente en Chile, el tema de la negativa a pactar en el caso de patentes farmacéuticas es bastante sensible, pues es un mercado con regulación deficitaria, donde este monopolio transitorio de las compañías farmacéuticas se cruza con el excesivo lucro en la salud de la población y los casos de colusión de las farmacias.

Se ha entendido que la existencia de tal monopolio temporal no implica que el titular pueda hacer un uso ilimitado de su derecho. De acuerdo a los principios de protección de la libre competencia, una negativa de licenciar puede ser considerada abusiva en ciertos casos. En este sentido, los derechos de propiedad intelectual son considerados una fuente potencial de infracciones a la libre competencia, constituyendo una categoría especial de negativa de pactar. Así, se considerará abusiva una negativa de licenciar toda vez que el titular de un derecho de

---

<sup>43</sup> JIMÉNEZ SUSANA, CONCHA PAULINA, Op. Cit, p.22.

propiedad intelectual detente una posición dominante en el mercado relevante en razón de ese derecho y el resultado sea la creación de barreras al libre desarrollo de la competencia<sup>44</sup>.

Cabe destacar que el hecho de ejercer una posición dominante por parte de una empresa no acarrea una infracción a la libre competencia, sino que el abuso de dicha posición dominante es la que configura la infracción. Lo anterior tanto en el ámbito nacional, como lo señala el artículo 3 del DL 211, como en las agencias internacionales de antitrust.

#### 6.- La actividad portuaria

La actividad portuaria, ya sea por un factor de geografía (el hecho estar en bahías naturales), de inversión o de comercio, se transforman en infraestructuras esenciales. Lo relevante que se transforma la condición geográfica de los frentes de atraque de los puertos, incrementan su exclusividad (respecto de la posibilidad de usar algún sustituto equivalente) y el grado de control en torno a un mercado. Por ejemplo, el Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica y demanda de Compañía Minera Cordillera S.A. contra Sociedad Sal Punta Lobos S.A.”, Rol N° C 13-2004, seguido ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, donde el puerto (“Patache”) se transformaba en una condición fundamental para que otra empresa del rubro pudiera competir.

La expansión del comercio los ha transformado también en un “bien escaso”, pues se intercambian comercialmente grandes volúmenes de cosas en grandes barcos, que requieren de puertos cada vez más grandes, de bodegas y trasportes también acorde a la situación.

Un proyecto de ley de modernización del sector portuario estatal, luego promulgado en diciembre de 1997, creó 10 empresas portuarias, una por cada puerto estatal, las que tienen facultades para entregar en concesión a privados la administración y explotación de la infraestructura portuaria. Las empresas portuarias quedaron autorizadas para licitar una concesión integrada en que el concesionario, además de administrar la infraestructura portuaria, realiza las tareas de estiba y desestiba de naves y porteo de carga al interior del puerto, o bien entregar en concesión sólo la administración de la infraestructura, manteniendo

---

<sup>44</sup> WERNER POZO CAROLINA, Op. Cit, p.39.

el sistema vigente hasta ese momento de libre acceso en condiciones no discriminatorias al puerto para realizar las tareas de estiba.<sup>45</sup>

Esta mixtura entre lo público y lo privado tenía la intención de incrementar la eficiencia en el intercambio comercial que se produce en los puertos, sobre todo, los puertos de la zona central (Quinta Región), los cuales reciben grandes volúmenes de carga en un corto periodo de tiempo.

La ley de modernización portuaria (Ley N° 19.542), considerando los problemas anteriores, incluyó diversas cláusulas cuyo fin es resguardar la competencia en el sector. Primero, las concesiones deben realizarse mediante licitación pública y hasta por un máximo de 30 años. Segundo, los concesionarios deben constituirse como sociedades anónimas de giro exclusivo. Tercero, las tarifas que apliquen los concesionarios deben ser públicas y no discriminatorias. Cuarto, un reglamento interno de uso de frentes de atraque debe ser parte integrante de las bases de licitación. Este reglamento debe conformar con criterios técnicos objetivos y no discriminatorios, especialmente en lo que se refiere a la asignación y reserva de capacidad.<sup>46</sup>

Antes que ocurriera la modernización del sector, durante las décadas de 1980 y 1990, la Empresa Portuaria de Chile operaba los 10 puertos de propiedad del Estado mediante un sistema de operación llamado *multi-operador*. Bajo este sistema, la empresa estatal administraba la infraestructura portuaria y varias empresas privadas realizaban las labores de carga y descarga de naves en los puertos.

Al producirse la reforma, los objetivos centrales fueron impulsar y dinamizar el proceso de inversión en infraestructura, tecnología y gestión portuaria. Para ello, se propuso reemplazar el sistema multi-operador por un *sistema mono-operador*, en el que una sola empresa se hace responsable de la operación y mantenimiento de un terminal portuario. De esta forma sería posible promover la competencia tanto entre puertos como en la etapa de licitación del futuro mono-operador.<sup>47</sup>

---

<sup>45</sup> SERRA PABLO, Op. Cit, p.28.

<sup>46</sup> Idem.

<sup>47</sup> AGOSTINI CLAUDIO, SAAVEDRA EDUARDO, *Chile: congestión portuaria y racionamiento eficiente en la transferencia de carga*, en Revista Cepal, N° 111, diciembre 2013, p.125.

La idea principal era transformar a esta infraestructura esencial, en una instalación eficiente, generando competencia no sólo en la etapa de licitación a privados para la operación de estos, sino que entre los mismos puertos.

La importancia de la actividad portuaria como facilidad esencial se relaciona con la implicancia que ésta tiene en el ámbito comercial, pues se transforma en un requisito indispensable muchas veces en otros mercados para promover la competencia dentro de ellos, por ejemplo, las firmas Alfa y Beta son productoras de sal en el desierto del norte de nuestro país, actividad que ejercen para posteriormente comercializarla en Chile y en el extranjero. Para poder distribuir la sal y participar en el mercado de la venta de la misma, resulta indispensable acceder al único puerto disponible para su transporte, cuyo propietario es Alfa. Dicho puerto es el único existente y dadas las características geográficas de la zona, su replicación resulta económicamente inviable. Así, para Beta el “Puerto G” constituye una facilidad esencial, cuyo acceso es indispensable para poder participar en el mercado de la venta de sal. Y es indispensable precisamente porque la negativa de acceso al mismo supondría por inevitable resultado su exclusión del mercado. Más aún, derivaría en la eliminación de toda la competencia. Pues bien, en aquellos casos la teoría de las instalaciones esenciales postula que se puede obligar a Alfa permitirle a Beta utilizar el “Puerto G”, pagando una tarifa razonable y en términos no arbitrariamente discriminatorios, aun cuando ello importe asistir (y permitir su supervivencia) a un competidor.<sup>48 49</sup>

## 7.- Las Frecuencias Aéreas

En cuanto a este sector, es conveniente señalar lo que ha establecido el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia al respecto, en la Sentencia N° 81 del año 2009, donde por Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de la Junta de Aeronáutica Civil. En dicha sentencia, se señala que *el TDLC acogió el requerimiento de la FNE y ordenó modificar las Bases de Licitación elaboradas por la Junta de Aeronáutica Civil con el objeto de adjudicar siete frecuencias aéreas restringidas directas entre las ciudades de Santiago y Lima. Ello con el objeto de propender a la entrada de algún nuevo operador en dicha ruta, que tenga la posibilidad de desafiar al incumbente y, de este modo,*

---

<sup>48</sup> RENCORET GUTIERREZ PEDRO IGNACIO, Op. Cit, p.9.

<sup>49</sup> Cfr. En el ejemplo se hace referencia al Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica y demanda de Compañía Minera Cordillera S.A. contra Sociedad Sal Punta Lobos S.A.”, Rol N° C 13-2004.

*introducir presión competitiva que pueda redundar en menores precios al usuario final y en mejoras en la calidad del servicio.*

En el considerando décimo, la Junta de Aeronáutica Civil señala que, *en opinión de la JAC, la empresa mayoritaria en la ruta, LAN - cuyo poder de mercado se explica, principalmente, por su presencia en el hub (centro de operaciones) del aeropuerto de Santiago y por las economías de escala y de ámbito de las que disfruta- probablemente puede hacer una mayor valoración de las frecuencias restringidas debido a su mayor eficiencia productiva.*

El TDLC, viendo el fondo del asunto, en su considerando cuadragésimo primero, establece que, *ha sido ampliamente descrita en la literatura económica la existencia de economías de escala, ámbito y densidad en la industria aeronáutica, las que entregan ventajas al operador incumbente que tiene su centro de operaciones (hub) en el aeropuerto de origen de una determinada red de destinos, por sobre potenciales entrantes. En efecto, este sistema de organización de operaciones —que es conocido como “hub and spoke”—, entrega al incumbente ventajas de costos y de acceso preferente a insumos esenciales, especialmente instalaciones y servicios aeroportuarios, respecto de sus eventuales competidores (...) el sistema aumenta la valoración que hacen los clientes al elegir esa compañía aérea, respecto de atributos que se asocian a la calidad, como el número de destinos disponibles y frecuencias y horarios de viaje. Desde el punto de vista de la competencia, estos factores pueden dificultar en forma muy significativa la entrada de rivales en las rutas del incumbente.*

Asimismo, se señala en el considerando centésimo trigésimo noveno, *en el caso de que se llegase al convencimiento de que el mercado en cuestión es estructuralmente asimilable o muy similar a uno de tipo monopolístico, con una empresa que es mucho más eficiente que sus potenciales competidores, como podría desprenderse de las alegaciones de la requerida y su coadyuvante, la conclusión obvia sería la de tener que regular precios y calidades en este mercado. Sin embargo, dada la previsible complejidad de esta regulación y su evidente dificultad de fiscalización, tal tipo de solución resultaría demasiado costosa. Por ello, este Tribunal recomendará la inclusión de consideraciones que tiendan a promover una mayor competencia en este mercado, en el reglamento de licitación de frecuencias aéreas restringidas. Asimismo, ordenará incluir en el proceso de licitación sub lite, condiciones y medidas específicas orientadas a promover una mayor competencia en dicho mercado.*

En la misma Sentencia se establece que en la ruta Santiago-Lima LAN tiene 21 frecuencias asignadas de forma ‘no provisoria’, quedando por licitarse, a corto plazo, otras 7 frecuencias aéreas, con vigencia por 5 años.

En lo que respecta al tema de fondo, dichas frecuencias aéreas licitadas a un prestador más eficiente (en este caso LAN), se traduce en la posibilidad de acceso y operaciones instalaciones que constituyen, a juicio del TDLC una instalación esencial. Las licitaciones de estas frecuencias aéreas deberían contener criterios que aseguren la competencia, lo que en la especie no ocurre por cuanto se licita en base a ofertas. El hecho de que LAN se asigne una mayor cantidad de frecuencias aéreas repercute también en su capacidad económica para seguir adquiriendo frecuencias aéreas, transformándose así, en un claro dominante en el mercado, aumentando su poder de mercado.

Cabe destacar que, según lo visto, cuando las instalaciones (frecuencia aérea) son restringidas, adquieren el carácter de instalación esencial, en pos de una mayor competencia.

#### 8.- Gas Natural Licuado.

El gas natural es el combustible fósil cuyo uso es el que más beneficios presta al medio ambiente, y dado su precio y disponibilidad hace que sea una buena opción para satisfacer las necesidades energéticas de Chile.

La doctrina de las facilidades esenciales interviene en este mercado desde dos puntos de vista:

- (i) Desde la posibilidad de abastecerse de gas natural licuado a través de importación, la cual se realiza en los Terminales (puertos) como el de Quintero.
- (ii) Desde industria gasífera en los segmentos de transmisión y distribución del gas natural (ya que este es importado mayoritariamente, con excepción de la Región de Magallanes).

En el primer punto, la facilidad esencial está dada por el puerto, como infraestructura de la cual depende la internación y posterior comercio del gas natural en Chile. En este sentido, se ha discutido si, por ejemplo, el Terminal de Quintero constituye o no una facilidad esencial, porque, siguiendo los criterios para denominar una instalación como facilidad esencial, ésta debería significar una traba, disminución o anulación de la competencia, y ello aún no está clarificado.

Desde el año 2007, la terminal de Quintero ha estado funcionando para importar Gas Natural a través de barcos para satisfacer gran parte de la demanda de este combustible, sin embargo, ante la escasez de este tipo de terminales ha surgido durante un tiempo la controversia sobre si estas deben abrirse a terceros estableciéndolas como facilidades esenciales, y con esto beneficiar a la competencia dentro del sector<sup>50</sup>

Si bien no está zanjado, una de las razones por las cuales se discute si el Terminal de Gas Natural Licuado de Quintero podría ser una facilidad esencial, viene dado porque, desde el año 2009 que se empezó a importar gas natural licuado, han usado del terminal un grupo pequeño de empresas. Respecto al acceso a los terminales de regasificación en Chile, algunas de estas condiciones parecen cumplirse<sup>51</sup>: en particular como ya se dijo, debido a la integración vertical, las empresas que controlan la operación del terminal de Quintero también operan aguas abajo en la distribución del gas y en la generación eléctrica además, en principio, podrían negar el acceso a las instalaciones dado que la operación de las mismas no está regulada y, por último, el terminal de regasificación cuenta con capacidad disponible.<sup>52</sup>

Para acceder a los servicios del terminal, la administración hoy impone condiciones de volumen mínimo de compra, contratos a firme (con cláusulas “take-or-pay”) por al menos 20 años y una tarifa de uso que incluye una prorrata en el pago del costo de capital de la inversión original sin acceder a la propiedad del terminal. Todas estas condiciones son bastante exigentes y corresponden a una situación en la que el comercializador (terminal) tiene libertad para fijar sus tarifas.<sup>53</sup> Esto podría, eventualmente, volverse riesgoso para la competencia si los dueños del Terminal de Quintero (Enagas, Terminal Puerto Valparaíso y Enap) fueran a su vez transmisores y distribuidores de gas natural.

---

<sup>50</sup> PALACIOS LÓPEZ EDWIN EDUARDO, *¿Es la Terminal de GNL Quintero una Facilidad Esencial?*, en Paper Módulo V: Mercado de los Combustibles y su Regulación, Magíster en Derecho de la Energía, Facultad de Derecho Universidad Mayor, p.5.

<sup>51</sup> HERNANDO ANDRÉS, *El sector energético en Chile y la Agenda de Energía 2014: Algunos elementos para la discusión*, en Propuestas de Política Pública N° 5 del Centro de Estudios Públicos, Santiago, Chile, p.15.

Para aclarar el tipo de condiciones que se cumplen, *la doctrina clásica de activos esenciales considera cinco requisitos que deben cumplirse para considerar que una instalación corresponde a infraestructura esencial en particular: (1) que el monopolista controle el acceso al activo; (2) el activo no pueda ser práctica o razonablemente replicado por el competidor aguas abajo; (3) que el monopolista pueda negar el acceso a la instalación y (4) que exista factibilidad para proveer acceso a la infraestructura a un competidor aguas abajo.*

<sup>52</sup> Idem.

<sup>53</sup> HERNANDO ANDRÉS, Op. Cit, p.16.

Respecto del segundo punto, la industria de Gas Natural se caracteriza por una sucesiva integración vertical de las etapas de producción, transmisión, distribución y oferta. El Gas Natural debe ser primero extraído o producido, lo cual no implica características de monopolio natural. Una vez extraído, el gas debe ser transportado a través de la red de transmisión. Las actividades de transporte y transmisión adquieren características de monopolios naturales.

En diciembre de 1994 dos consorcios solicitaron a la Superintendencia de Electricidad y Combustibles concesiones para construir gasoductos con el fin de transportar gas desde Argentina y distribuirlo en la zona central de Chile. En enero de 1995 el Superintendente pidió un pronunciamiento de la Comisión Preventiva acerca de las condiciones en que debieran ser otorgadas dichas concesiones. En su consulta hizo presente que en el corto plazo tendría cabida, por razones económicas, sólo uno de los dos proyectos. En consecuencia, el servicio de transporte de gas se transformaría en una facilidad esencial para todos los consumidores de gas natural. En el mes de julio, antes de que la Comisión Resolutiva emitiera su fallo, el gobierno dictó un reglamento sobre concesiones para transporte y distribución de gas en el cual estipuló que estas no eran exclusivas, el transporte de gas debía operar en la modalidad de acceso abierto, y la prestación de los servicios de transporte y distribución de gas debía realizarse en condiciones no discriminatorias.<sup>54</sup>

Actualmente, el sector se regula a través del Reglamento sobre Concesiones Provisionales y Definitivas para la Distribución y el Transporte de gas, Decreto Supremo N° 263 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, el cual establece dos principios relevantes:

- (i) Que, mediante una concesión definitiva geográfica, se puede prestar servicios de distribución de gas, además de construir, mantener y explorar la red de distribución de dicha zona (artículo 3 del DS 263 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción).
- (ii) Que, los concesionarios de transporte del gas, deben operar bajo el sistema de “acceso abierto”, es decir, el ofrecimiento que las empresas concesionarias de transporte de gas realicen de sus servicios de transporte en igualdad de condiciones

---

<sup>54</sup> SERRA PABLO, Op. Cit, p. 27.

económicas, comerciales, técnicas y de información respecto a su capacidad de transporte disponible (artículo 11 del DS 263 antes citado).

## **I.2 Límites posibles para ejercer las Facilidades Esenciales: cuándo se debe compartir una facilidad esencial.**

El foco principal de constituir una infraestructura en facilidad esencial dice relación con el posible aumento del bienestar social, es decir, que a través de la competencia ese mercado se vuelva más óptimo y eficiente para los potenciales consumidores o terceros involucrados, todo ello a través de cálculos probabilísticos. Así, el principal límite para constituir o no una facilidad esencial es que ello mejore o aumente el bienestar social.

De esta misma manera, se ha entendido que la facilidad esencial debería dejar de ser tal desde el momento que se vuelva muy costoso para el facilitador, cosa que merme la competencia, o que fuera más eficiente la prestación a través de un prestador monopólico regulado por alguna agencia estatal.

Algunos autores argumentan que, desde una perspectiva de largo plazo, otorgar acceso a una facilidad esencial podría tener impacto negativo debido a que reduce los incentivos a invertir en facilidades que mejoran el bienestar. Esto se presentaría, por ejemplo, si tiene que ofrecerse el acceso al costo promedio ex post sin tomar en consideración los riesgos ex ante (...) El enfoque de establecimiento de precios crea lo que Hausman (1999) llama una "opción de oferta libre" para los entrantes. Estas empresas solicitarán acceso y pagarán un precio con base en costos el uso del activo sólo si el producto resulta exitoso, mientras que el dueño de la facilidad tiene que asumir todo el riesgo de la innovación ex ante.<sup>55</sup>

Por lo anterior, otro límite con el que nos encontramos al momento de decidir si una instalación debe ser o no una facilidad esencial es si ello, con todas las consideraciones tomadas, es económicamente viable, pues si ello resulta más costoso que el monopolio original, claramente se merma el bienestar social. Como señala Robert Bork, el derecho de la libre

---

<sup>55</sup> SERRA PABLO, GONZÁLEZ ALDO, *Sesión I: Principios de competencia en facilidades esenciales*, en Foro Latinoamericano de Competencia, San José, Costa Rica, 24 de agosto de 2010, p. 17.

competencia debería tener por objetivo el bienestar de los consumidores, por lo que las leyes y decisiones en el tema que nos convoca, deberían estar dadas por ese parámetro, lo que, a su vez, se convierte en el límite al establecimiento de facilidades esenciales.

### **I.3 Jurisprudencia acerca de las Facilidades Esenciales.**

#### **a. En el Derecho Comparado.**

##### **(i) Estados Unidos**

Se ha señalado en la doctrina estadounidense que la Doctrina de las Facilidades Esenciales nació a raíz de un fallo de la Corte Suprema de Estados Unidos: *United States v. Terminal Railroad Association of St. Louis* del año 1912. Respecto a esto se ha dicho que *“the Supreme Court and lower courts consistently have applied the essential facilities doctrine throughout this century in appropriate, though limited, circumstances. U.S. courts have long recognized that the general rule that a firm has no obligation to deal with its competitors is subject to certain exceptions. While in most circumstances “[a]ntitrust law ... does not require one competitor to give another a break just because failing to do so offends notions of fair play,” the Supreme Court has recognized that “[t]he high value that we have placed on the right to refuse to deal with other firms does not mean that the right is unqualified.”*<sup>56</sup>

Es en esta resolución que se esboza por primera la vez la concepción que engloba las facilidades esenciales, es decir, donde un prestador monopolista debe dar acceso a otros competidores a su instalación o facilidad esencial, para de esta manera, evitar abusos del monopolista y abrir el mercado a través de la eliminación de esta barrera de entrada y permanencia en él.

Si bien el término fue doctrinariamente acuñado por primera vez en el año 1970, esa sentencia esboza por primera vez con meridiana claridad el principio general (...) Desde entonces, aun cuando la Corte Suprema nunca ha invocado ni reconocido expresamente la referida doctrina, sus defensores la han sustentado y desarrollado sobre una serie de sentencias

---

<sup>56</sup> PITOFSKY ROBERT, PATTERSON DONNA, HOOKS JONATHAN, *The Essential Facilities Doctrine Under United States Antitrust Law*, en *Antitrust Law Journal*, Vol. 70, Georgetown Law Faculty Publications, 2002, p. 445.

que pueden ser vistas como sostén de dicho razonamiento. Por su parte, las Cortes inferiores norteamericanas sí han aplicado expresamente la doctrina. Ello ocurrió por primera vez recién 65 años después de *United States v. Terminal Railroad Association of St. Louis*, en el caso *Hecht v. Pro-Football, Inc.* (1977), mientras que en el año 1983 se estableció el primer test formal para el análisis y la aplicación de la doctrina, en la resolución del juicio *MCI Communications Corp. v. AT&T Co.* (1983).<sup>57</sup>

Después del caso *United States v. Terminal Railroad Ass'n*, la Doctrina de las Facilidades Esenciales ha encontrado sustento en diversos fallos posteriores, tanto de la Corte Suprema de Estados Unidos, como de las Cortes inferiores de cada Estado.

- **United States v. Terminal Railroad Association of St. Louis (1912).**<sup>58</sup>

The Supreme Court first articulated this doctrine in *United States v. Terminal Railroad Ass'n*. In *Terminal Railroad*, a group of railroads controlling all railway bridges and switching yards into and out of St. Louis prevented competing railroad services from offering transportation to and through that destination. This, the court held, constituted both an illegal restraint of trade and an attempt to monopolize.<sup>59</sup>

La situación que generó la decisión de la Corte Suprema de Estados Unidos comenzó cuando un grupo de empresas de empresas y particulares del rubro de ferrocarriles suscribieron un contrato de actuación conjunta que tenía por objeto adquirir infraestructura ferroviaria en los alrededores de St. Louis, en el estado de Missouri, que cruzaban el río Mississippi. Esta asociación se llamó *Terminal Railroad Association of St. Louis*, la cual, desde su creación en 1889, tuvo en sus metas gestionar las diversas infraestructuras adquiridas, incluyendo terminales ferroviarios, a través de un solo sistema, generando de esta manera, un monopolio en torno al transporte de dicha localidad, ya que el único puente para trenes que cruzaba el río Mississippi (el *St. Louis Bridge* o *James B. Eads Bridge*, construido en 1874) y todas las conexiones de ese puente con la ciudad pertenecían a esta asociación.

---

<sup>57</sup> RENCORET GUTIERREZ PEDRO IGNACIO, Op. Cit, p. 13 y 14.

<sup>58</sup> *United States v. Terminal Railroad Association*, 224 US 383 (1912).

<sup>59</sup> PITOFISKY ROBERT, PATTERSON DONNA, HOOKS JONATHAN, Op. Cit, p.446.

De esta manera, el Terminal Railroad Association no sólo poseía el monopolio en torno a la infraestructura o facilidad esencial, sino que también lo poseía desde un punto de vista geográfico. Sin embargo, en el acceso a la localidad habían sustitutos, ya que existían otros dos medios alternativos de transporte: la Wiggins Ferry Company ofrecía un servicio de transbordador que permitía comunicar las dos orillas del río y llegar a la ciudad y, además, en 1890 fue puesto en funcionamiento un segundo puente para trenes (el llamado Merchants' Bridge, de propiedad de la Merchants' Bridge Company) abierto al uso de cualquier compañía ferroviaria en condiciones equitativas. La autorización legal para su construcción había prohibido que cualquier accionista del St. Louis Bridge pudiera tener participación en la sociedad gestora de éste, con el objetivo de mantener cierto nivel de competencia.<sup>60</sup>

El problema comenzó cuando la prohibición antes mencionada, fue derogada y la asociación logró controlar todas las infraestructuras que permitían que una conexión a través del río Mississippi, haciéndose propietaria de las facilidades a ambos lados del río, además del transbordador, transformándose en monopolizadores absolutos y dejando desconectada a la población que ahí vivía si no se sometía a sus reglas de mercado. Ello claramente redundaba en el bienestar de los consumidores de ese entonces, por lo que en 1905 el Gobierno Federal interpuso una demanda contra la asociación por la infracción de las secciones 1 y 2<sup>61</sup> de la Sherman Act, solicitando su disolución y la restauración de la competencia entre las distintas entidades asociadas. Lo anterior no fue acogido por la Corte, pues según el razonamiento de su fallo, se erige que el hecho de tener el monopolio de las instalaciones esenciales no era atentado contra la libre competencia per se, pues los monopolios pueden ser asociados a cuestiones de eficiencia o de costos excesivos, como sucede con algunos servicios públicos. Por ello, en este caso, no se sancionó el hecho de ser un prestador monopolista, sino que por las circunstancias que rodean el hecho, es decir, que se trate de una asociación conjunta que se coordine para fijar determinados precios de transporte abusando de posición monopólica la

---

<sup>60</sup> WERNER POZO, Op. Cit, p.65.

<sup>61</sup> **Section 1. Trusts, etc., in restraint of trade illegal; penalty:** *Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal. Every person who shall make any contract or engage in any combination or conspiracy hereby declared to be illegal shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$10,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$350,000, or by imprisonment not exceeding three years, or by both said punishments, in the discretion of the court.*

**Section 2. Monopolizing trade a felony; penalty:** *Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$10,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$350,000, or by imprisonment not exceeding three years, or by both said punishments, in the discretion of the court.*

cual es resultado de éstos ser dueños de instalaciones esenciales que, si fueran abiertas a otros competidores, podría generarse competencia en torno al servicio de transporte.

En el fallo la Corte rechazó la disolución solicitada por el demandante, y estimó como mejor solución ordenar que Terminal Railroad Association of St. Louis diera acceso a la propiedad de la asociación a cualquier competidor que lo solicitare, bajo los mismos términos y condiciones que las organizaciones ferroviarias ya asociadas. Al mismo tiempo, todo aquel que no eligiera formar parte de la propiedad se le debía conceder acceso a los activos pagando una tarifa razonable y en términos no arbitrariamente discriminatorios.<sup>62</sup>

La Corte basó su sentencia en tres líneas de argumentación. Primero, en la voluntad manifiesta de Terminal Railroad, desde su constitución, de adquirir y controlar todas las conexiones de la ciudad en beneficio de sus asociados; segundo, en la dificultad de una construcción alternativa, tanto por las condiciones económicas como geográficas de la zona; y tercero, en el impacto del monopolio de las infraestructuras ferroviarias sobre el comercio interestatal, pues las condiciones que Terminal Railroad exigía a sus no asociados eran discriminatorias, excesivas e injustificadas.<sup>63</sup>

El fallo de este caso fue novedoso y controvertido en el sentido que abrió el monopolio, sin que la asociación primitiva se disolviese, sino que entregando la posibilidad de que hubiera una pluralidad de controladores o un pago por el uso de esas instalaciones, lo que significa que la corte trasladó el asunto desde el grupo dueño de una instalación monopólica a la misma instalación como objeto del problema y de la solución a la vez. Lo anterior requiere, claramente, condiciones de pactar justamente los precios que se cobran por acceder a la instalación, y formas justas y equitativas de entrar a dicha asociación.

La solución propuesta por la Corte más que una sanción, es una forma de regulación en torno a los precios y prohibiciones que se le establecen al prestador monopólico y que, desde el punto de vista de los defensores de esta doctrina, es su primera concreción a través de la jurisprudencia. En este punto, es importante señalar que, en Estados Unidos, rige el sistema del precedente judicial, por lo que la decisión del tribunal será obligatoria para él mismo y para otros de igual o inferior rango, es decir, se transforma en una fuente del derecho. En cambio,

---

<sup>62</sup> RENCORET GUTIERREZ PEDRO IGNACIO, Op.Cit, p.15.

<sup>63</sup> WERNER POZO CAROLINA, Op. Cit, p.66.

en los sistemas donde la fuente principal de derecho la encontramos en la ley, el tribunal no tiene la facultad de regular, por ejemplo, los precios, sin ir más lejos, nuestro Tribunal de Defensa de la Libre Competencia tiene la facultad de oficiar a órganos o instituciones con el fin de que ellos, dentro de sus facultades, fijen tarifas o establezcan prohibiciones en torno a la libre competencia.

A partir de esta sentencia de la Corte Suprema de Estados Unidos, se ha fallado siguiendo la doctrina de las facilidades esenciales en otras ocasiones, como se sigue a continuación.

## **(ii) En Europa:**

- **Case T-201/04, Microsoft Corp. v Commission**

Este caso se inicia en el año 1998, cuando la empresa americana Sun Microsystems, empresa informática que se dedicaba a vender estaciones de trabajo, servidores, componentes informáticos, software y servicios informáticos, presentó una denuncia ante la Comisión Europea contra Microsoft Corp. por abuso de posición dominante en el mercado de sistemas operativos de ordenadores personales, al otorgar un trato discriminatorio en la concesión de licencias, así como otorgar información insuficiente en torno a sus programas de Windows<sup>64</sup>. Esto se tradujo también en la negativa de Microsoft de proporcionarle información de interoperabilidad necesaria para interoperar con el sistema operativo dominante de Microsoft.

En febrero de 2000 se inició un procedimiento administrativo, tras la información obtenida del mercado<sup>65</sup>, la Comisión decidió ampliar el alcance de su investigación para examinar el comportamiento de Microsoft respecto a su producto *Windows Media Player*. El procedimiento tenía por objetivo averiguar si Microsoft habría introducido barreras a la competencia al colocar en el mercado nuevos productos con características particulares, en desmedro de sus competidores en el mercado de los servidores.

El 1 de agosto de 2000, la Comisión envió a Microsoft un pliego de cargos en el que alegaba que Microsoft se negaba a divulgar información de interfaz que los proveedores de

---

<sup>64</sup> WERNER POZO CAROLINA, Op. Cit, p.176.

<sup>65</sup> Microsoft lanza al mercado el Sistema Operativo Windows 2000.

sistemas operativos de empresas de ordenadores rivales necesitaban para interoperar con el sistema operativo dominante de Microsoft.

El 30 de agosto de 2001, la Comisión envió a Microsoft un segundo pliego de cargos, confirmando los primeros cargos y los amplió respecto a la interoperabilidad en los sistemas operativos para ordenadores y servidores Microsoft, recientemente generados, y, además, la empresa denunciante alegó que Microsoft había hecho una vinculación anticompetitiva de su producto Windows Media Player con su sistema operativo para ordenadores con Windows.<sup>66</sup>

En la denuncia realizada por Sun Microsystems, además de lo presentado en los pliegos por la Comisión, esta empresa señaló que Microsoft detentaba aproximadamente el 95 por ciento del mercado de los sistemas operativos de ordenadores personales.<sup>67</sup> Lo anterior constituiría una situación monopólica respecto de Microsoft, donde adicionalmente ligaba entre sí sus productos, generando barreras de permanencia a las empresas del rubro. Por ello, siguiendo la doctrina de las facilidades esenciales, Microsoft tendría la obligación de dar acceso a sus interfaces, para asegurar así la interoperabilidad con servidores de programas informáticos de otros fabricantes. De esta manera, al ligar las aplicaciones de Windows y Microsoft, y al tener una posición monopólica en el mercado, los consumidores finales tendrán preferencias por los productos de Microsoft.

Ante los cargos de la Comisión, Microsoft respondió que sus actos se amparaban en la libertad de contratación, pero ello pierde relevancia desde el momento que se trata de un mercado relevante con un productor casi monopólico, el cual, además, tiene una facilidad esencial, dada por la información de interfaz e interoperabilidad que es necesaria en las demás empresas del rubro para su participación competitiva en el mercado.

Luego de las respuestas de Microsoft y la audiencia oral de los días 12 a 14 de noviembre de 2003, la Comisión realizó un análisis exhaustivo de las pruebas y concluyó su investigación el 24 de marzo de 2004, dando a conocer su decisión. Luego de casi 5 años, la Comisión determinó que Microsoft había abusado de su posición dominante (casi monopolio) en el mercado de sistemas operativos para ordenadores, ya que se había negado a suministrar a

---

<sup>66</sup> Caso Microsoft, Commission Decision, 24 de marzo de 2004, COMP/C-3/37.792. Disponible en: <http://ec.europa.eu/competition/sectors/ICT/microsoft/investigation.html>. Fecha última consulta: 18 de enero de 2017.

<sup>67</sup> WERNER POZO CAROLINA, Op. Cit, p.176

los competidores información de la interfaz necesaria para que sus productos puedan interoperar con Windows y, por lo tanto, competir de manera viable en el mercado. Según la Comisión, Microsoft habría violado el artículo 82 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea<sup>68</sup>, en cuanto la empresa en cuestión, había gozado por muchos años de una posición dominante en el mercado de sistemas operativos y programas anclados a ellos en los servidores de ordenadores, colocando así las reglas en dicho mercado, fijando la interoperabilidad y compatibilidad de determinadas empresas del mercado con sus servidores. Lo anterior, se tradujo en barreras de mercado, tanto de entrada como de permanencia, ya que se dependía de la contratación con Microsoft<sup>69</sup> para la subsistencia en el mercado. A lo anterior se agrega la escasa información otorgada por Microsoft sobre su interfaz base para la interoperabilidad.

Todo lo anterior, a juicio de la Comisión, constituiría un peligro para el mercado, ya que estaba en riesgo la desaparición de la competencia debido a lo antes señalado, debido a la escasez de sustitutos en el mercado, la velocidad de avance de éste y su relación, a veces conflictiva con la propiedad intelectual.<sup>70</sup>

Finalmente, la Decisión ordenó a Microsoft que revelara, en un plazo de 120 días, la información de su interfaz, completa y precisa, que permitiera a los proveedores rivales interoperar con Windows y que pusiera esa información a disposición en condiciones razonables.

## **b. En Chile.**

### **(i) Tribunal de la Defensa de la Libre Competencia.**

---

<sup>68</sup> **Artículo 82:** *Será incompatible con el mercado común y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo.*

*Tales prácticas abusivas podrán consistir, particularmente, en:*

*a) Imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas;*

*b) Limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores;*

*c) Aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;*

*d) Subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.*

<sup>69</sup> *Esto relacionado con la negativa a pactar como parte de las facilidades esenciales, cuando éstas se traten de una infraestructura indispensable para estar dentro del mercado.*

<sup>70</sup> *Tal como se vio en el punto I.1, las infraestructuras amparadas bajo la propiedad intelectual, pueden ser susceptibles de ser consideradas facilidades esenciales, teniendo a la vista la posibilidad de generar competencia y el bienestar de los consumidores.*

- **Sentencia N° 29/2005**

El año 2004, la Fiscalía Nacional Económica presentó un requerimiento contra Transbank por cobros de precios abusivos y discriminatorios en virtud de la posición dominante que ostentaba en el mercado. Pero para ser más exactos, esto se remonta al año 2003, donde la entonces Comisión Preventiva, mediante la Dictámen N° 1270 del 28 de agosto de 2003, señaló que Transbank había abusado de posición dominante solicitándole mayor transparencia, publicidad y objetividad en el establecimiento de sus precios, ante lo cual Transbank dedujo reclamación ante la Comisión Resolutiva, la dictaminó que los hechos pasaran al conocimiento del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.<sup>71</sup>

Transbank es una sociedad anónima cerrada, que se constituyó como una sociedad de apoyo al giro bancario, que fue establecida en 1989 por siete bancos de Chile, que crearon la “Sociedad Interbancaria Administradora de Tarjetas de Crédito”, y que actualmente cuenta con más de 19 accionistas institucionales. Los accionistas también son clientes, como el Royal Bank of Scotland, Banco de Chile, BCI, Santander, Security, JP Morgan Chase Bank y Scotiabank Sud Americano. Los principales accionistas de Transbank son, a la vez, los bancos más grandes del país, entre el Banco Santander y el Banco de Chile son propietarios de casi un 60% de Transbank.

Transbank opera el procesamiento de tarjetas de crédito para Mastercard, Visa, Magna, American Express y Diners Club. También procesa los pagos que provienen del sistema de tarjetas de débito Redcompra, y el portal de pagos, Webpay.

Transbank se desarrolla en el mercado de las tarjetas de crédito y débito, en un rol de operador y de adquirente. En lo que se refiere al rol operador, Transbank otorga acceso a los “servicios de operación de tarjetas”, esto es, a los servicios necesarios para habilitar el sistema informático y tecnológico a través del cual se capturan y autorizan electrónicamente las transacciones realizadas con tarjetas de crédito o débito. En otras palabras, Transbank posee y opera la plataforma tecnológica que conecta al comercio afiliado y el emisor de la tarjeta. Transbank es el único agente que ejerce esta actividad en el mercado. Y en lo tocante al rol adquirente, Transbank -mandatado por los emisores de tarjetas bancarias- ejerce la función de afiliar establecimientos comerciales al sistema, de manera tal que éstos acepten las tarjetas

---

<sup>71</sup> RENCORET GUTIERREZ PEDRO IGNACIO, Op. Cit, p.149.

como medio de pago, mientras Transbank asume la responsabilidad de pagar al comercio las adquisiciones que hagan los tarjetahabientes. Esta actividad sí enfrenta competencia, aunque muy limitada.<sup>72</sup>

El mercado de las tarjetas de crédito y débito en las que opera Transbank, está formado por:

- Marcas de tarjetas de crédito que operan a nivel mundial. Ejemplos de estas son Mastercard, VISA, American Express, Diners etc.
- Emisores: las marcas otorgan licenciamiento y autorización para emitir tarjetas de crédito y débito a los bancos, los que cumplen con este rol de emisor. Estos entregan las tarjetas a los tarjetahabientes, y manejan sus cuentas.
- Operadores: Lo cumple aquella empresa que proporciona al emisor los servicios que se requieran para el funcionamiento del sistema, a través de un soporte informático y tecnológico que permite capturar y autorizar electrónicamente las transacciones realizadas con tarjetas de crédito o débito, estableciendo de ese modo la conexión de información entre el comercio afiliado y el emisor de la tarjeta.
- Adquirente: el adquirente es el que se encarga de afiliar establecimientos comerciales al sistema, de manera que los tarjetahabientes puedan hacer compras y transacciones con sus tarjetas.<sup>73</sup>

La legislación chilena actualmente permite que confluyan las funciones de operación y adquisición en una empresa.

En el requerimiento hecho por la Fiscalía nacional Económica, señala, entre otras cosas, que Transbank ha abusado de su posición monopólica en el mercado antes descrito, además de prevalerse de una facilidad esencial.

Con fecha 13 de abril de 2005, las partes llegaron a avenimiento parcial, donde Transbank se obligó, entre otras cosas, a otorgar libre acceso a los servicios de operación de tarjetas a todo emisor autorizado por el Banco Central y fiscalizado por la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, cobrando tarifas de general aplicación, objetivas y carentes

---

<sup>72</sup> RENCORET GUTIERREZ PEDRO IGNACIO, Op. Cit, p.149 y 150.

<sup>73</sup> Asociación de Emprendedores de Chile, Documento de Trabajo N°1, “Medios de Pago en Chile: El Monopolio de la Operación y Adquirencia, pp. 2, Disponible en: <https://www.asech.cl/wp-content/uploads/2014/05/Transbank-en-Chile1.pdf>. Fecha última consulta: 18 de enero de 2017.

de discriminaciones arbitrarias. Los emisores podrán optar por contratar la totalidad de los servicios prestados por Transbank o sólo servicios específicos. Adicionalmente, Transbank quedó con la obligación asumida en el avenimiento de presentar un plan de autorregulación.<sup>74</sup> En lo no tocante al avenimiento el juicio siguió.

En la sentencia dictada por el Honorable Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, con fecha 12 de septiembre de 2005 (Sentencia N°29-2005), se establece en los vistos, N°5.1, los cargos que se le formulan a Transbank, entre los que cuentan la nula competencia en Transbank en su rol de adquirente, pues la misma ley señala que ese rol debe entregarse a una Institución bancaria, pero todas éstas son a su vez, dueñas de Transbank, por lo que se produce un monopolio, y también se le imputa el realizar pagos de incentivos a sus socios por el uso de las tarjetas bancarias.

El Tribunal en su sentencia, estableció, en primer lugar, cuál era el mercado relevante que estaba en juego, señalando en su Considerando N°22 que *“Este Tribunal estima, por las razones anteriores, que si bien todos los medios de pago son sustitutos entre sí, esta sustitución dista de ser perfecta, tanto desde el punto de vista de los tarjetahabientes como del comercio. Ello queda corroborado por el hecho que el comercio está dispuesto a incurrir en un eventual mayor costo de venta al aceptar tarjetas de crédito (comisión, pago por transacción, arriendo de terminales). La disposición a pagar por parte del comercio por dicho uso de tarjetas de crédito estaría a su vez fundada tanto en los beneficios que reporta al comercio como en el hecho que, para los tarjetahabientes, éstas no tienen sustitutos perfectos en otros medios disponibles de pago. Por lo tanto, el mercado relevante considerado en el caso sub lite será, sólo en cuanto los demás sustitutos son imperfectos y para los efectos de enmarcar el raciocinio de esta sentencia, **el de las transacciones efectuadas utilizando como medio de pago las tarjetas bancarias de crédito y/o débito;** rechazando así lo alegado por Transbank, en el sentido de entender que el mercado era mucho más amplio, incluyendo así, a las tarjetas de casas comerciales.*

En ese mismo sentido, en el Considerando N° 33<sup>75</sup>, señaló el Tribunal que, en el caso en cuestión, se estaba ante una facilidad esencial, y que ésta fue utilizada para realizar conductas anticompetitivas, abusando de su poder monopólico estableciendo discriminaciones

---

<sup>74</sup> RENCORET GUTIERREZ PEDRO IGNACIO, Op. Cit, p.151.

<sup>75</sup> **Considerando N°33:** *Que, por otra parte, la circunstancia de que las casas comerciales hayan emitido tarjetas de crédito, no refutaría el hecho que la plataforma de servicios de Transbank sea, en la práctica, una facilidad esencial. A este respecto, el Tribunal ya ha señalado que las tarjetas de casas comerciales no son sustitutos perfectos de las tarjetas de crédito emitidas por las instituciones financieras;*

arbitrarias, como fue una de las imputaciones hecha por la Fiscalía Nacional Económica, en torno al pago de sus socios bancarios, dejando fue a un emisor de tarjetas, pero no socio, a saber, Coopeuch.

Fortaleciendo la postura en torno a una facilidad esencial, señala el Tribunal, en su Considerando N°31, que el mercado donde opera Transbank, no es un mercado impugnabile<sup>76</sup>, por lo que existirían barreras de entradas para posibles competidores, pues, como señala el Considerando N°32, la plataforma en que operan los servicios de tarjetas de crédito bancarias pareciera tener la característica de instalación esencial para adquirentes y emisores. Y ello se ha visto reflejado no sólo por su integración vertical (Instituciones Bancarias dueñas de Transbank), sino que también por el aumento paulatino de la concentración del mercado, y agrega el Tribunal, que **“si Transbank fuese una instalación esencial, tal como indicarían los antecedentes anteriores, y siendo a la vez propiedad de las principales instituciones financieras, las que a su vez actúan como emisores de tarjetas bancarias de crédito y/o débito, la creación de un sistema paralelo de tarjetas de crédito sería, bajo toda razonabilidad, impracticable o difícilmente practicable.”**

Por último, el Tribunal repara en la competencia que existiría en los emisores de tarjetas de crédito y débito, señalando *“Que, a juicio de este Tribunal y tal como se ha venido argumentando en los considerandos anteriores, al constituir los servicios de red para tarjetas de crédito un mercado de dos lados, y al existir integración vertical entre la propiedad de Transbank y el conjunto mayoritario de agentes emisores de tarjetas bancarias, una vigorosa y efectiva competencia en la emisión de tarjetas bancarias sería condición suficiente para asegurar que no prevalezcan rentas monopólicas en la industria, siempre y cuando las transferencias entre Transbank y los emisores se realicen en función de las transacciones realizadas, pues ello lleva a que los emisores internalicen los ingresos por adquirencia. En efecto, bajo dicha condición, un eventual aumento en la comisión que paga el comercio (merchant discount) no beneficiaría en definitiva a los emisores, dado que reduciría los costos marginales de todos ellos lo que, producto de la fuerte competencia entre éstos, finalmente se traduciría en mejores beneficios para los*

---

<sup>76</sup> **Considerando N°31:** Mercado impugnabile es aquel en que los 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 una industria sea impugnabile 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.

*tarjetahabientes y/o mejores condiciones para el comercio.*” Luego agrega en el Considerando N°38 que, al tratarse de un mercado concentrado, las empresas emisoras no se comportan como en un mercado competitivo, por lo que los costos y ganancias de Transbank no serían los de un mercado competitivo.

En esta sentencia se explicita por primera vez la doctrina de las facilidades esenciales en Chile.

Lo anterior es muy relevante, sobre todo teniendo en cuenta que a raíz de este requerimiento surgió la necesidad de regulación, no sólo la presentada por Transbank, sino que esta sentencia abre una instalación esencial a la competencia. Ese es el caso de la empresa Sociedad Administradora de Redes Transaccionales y Financieras S.A. (“Multicaja”), que opera desde el año 2008 y cuyo objeto principal es el desarrollar sistemas de información y procesamiento de datos para facilitar la materialización de transacciones en línea. Asimismo, la empresa Sociedad Operadora de Tarjetas S.A. (“Multitarjeta”), es una empresa filial de Multicaja, cuyo giro es la operación de tarjetas de débito y eventualmente de tarjetas de crédito, contando, desde marzo de 2009, con la autorización para operar del Banco Central de Chile, en los términos contemplados en el Compendio de Normas Financieras (CNF) de dicha institución. Posteriormente, en octubre del mismo año, la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras (SBIF), procedió a autorizar a Multitarjeta para iniciar formalmente su actividad como operador de tarjetas de débito, para transacciones de giro de dinero, consulta de saldo de cuentas bancarias y pago.<sup>77</sup> Ésta es la única competidora regulada de Transbank. Respecto de esto, es preciso nombrar las recientes observaciones realizadas por la FNE al “Expediente de recomendación normativa artículo 18 n°4 D.L 211 sobre los servicios asociados a la utilización de tarjetas de crédito y débito de aceptación universal como medios de pago” Rol N° ERN-20-2014, donde la FNE ha realizado redefiniciones sustanciales, como la de **mercado relevante**, señalando que *se trata del mercado de los servicios de adquirencia a establecimientos comerciales para la aceptación de tarjetas de crédito y débito de aceptación universal*.<sup>78</sup> Asimismo, la FNE señala la necesidad de dividir el actual mercado, al ser un mercado de dos lados, funcionan de manera distinta, ya

---

<sup>77</sup> ARRAU PATRICIO, PIMENTEL RICARDO, MONTES FRANCISCO, *Análisis de la falta de Competencia en el Mercado de Adquirentes de Tarjetas de Crédito y Débito Bancarias*, Informe Final de Gerens S.A, 17 de enero de 2012, p. 1. Disponible en: [www.gerens.cl/gerens/publicaciones/column\\_estudios/EstudioMulticaja.pdf](http://www.gerens.cl/gerens/publicaciones/column_estudios/EstudioMulticaja.pdf). Fecha última consulta: 18 de enero de 2017.

<sup>78</sup> Fiscalía nacional Económica, Informe sobre los efectos del monopolio de Transbank, entregado por la Fiscalía Nacional Económica en expediente Rol N° ERN-20-2014, de fecha 25 de septiembre de 2015, pp 7. Disponible en: <http://www.fne.gob.cl/2015/09/26/fne-entrega-informe-sobre-efectos-del-monopolio-de-transbank-al-tdlc/>. Fecha última consulta: 18 de enero de 2017.

que en numerosos casos relacionados con medios de pago, se ha observado que las definiciones de mercado relevante separan el mercado en tres: un mercado para la red; uno para la emisión; y, otro para la adquirencia.<sup>79</sup> Por lo anterior, lo correcto sería identificar bien los mercados, en este caso, un mercado de dos lados debería ser entendido como mercados relacionados pero distintos.

La redefinición más importante, para lo que nos atañe, es que la FNE en su informe señala que la Transbank no es una instalación esencial. La FNE establece que, dado el tamaño del mercado actual en Chile, los avances tecnológicos y diversos operadores interesados en competir con Transbank, esto ya no se trataría de una facilidad esencial. Si siguiera la concepción de una instalación esencial, no permitiría adecuarse a los sistemas que hay en el derecho comparado, los cuales tienden a dividir el mercado, generando así, mayor competencia. Por ejemplo, entender el rol del adquirente dividido en funciones como las de procesador, o proveedor de red, permitirían que Transbank tuviera que atenerse a uno de ellos, y no a todo, como en su definición más amplia.

Por último, abriendo y dividiendo el mercado, se permitiría que nuevos competidores, como Multicaja, llegaran al sistema, lo cual es muy necesario en un país pequeño como el nuestro que constantemente tiende a la concentración de los mercados.

---

<sup>79</sup> Fiscalía nacional Económica, Op. Cit, p 9.

## **CONCLUSIONES.**

En el presente trabajo se ha investigado en torno a la Doctrina de las Facilidades Esenciales. Esta doctrina ha tenido un avance y reconocimiento un poco lento en las legislaciones como en la jurisprudencia, tanto chilena como extranjera, ya que se declara de la mano de una figura más común en el Derecho de la Competencia, cual es, el abuso de la posición dominante.

Esta investigación se centró en su análisis doctrinal, en primera instancia, pues es necesario establecer ciertos límites y tenerlos en cuenta al momento de señalar que una infraestructura es o no una facilidad esencial, ya que ésta se relaciona con las tecnologías, las que constantemente están en desarrollo, y se relaciona también con el abuso de posición dominante y/o monopolio, pero que muchas veces no se relacionan con una facilidad esencial, como ocurre en varias sentencias norteamericanas, donde se sanciona el abuso de posición dominante declarando una infraestructura como facilidad esencial sin serlo, en lugar de hacer un análisis minucioso del mercado en el que está inserto el prestador abusivo y/o monopólico.

En la misma línea, se abordaron los tipos de mercados propensos a la Doctrina de las Facilidades Esenciales, ello porque la determinación del mercado relevante donde se desarrolla la supuesta facilidad esencial es de mucha importancia, pues el objetivo principal de esta doctrina es abrir los mercados a una mayor competencia, lo que finalmente, debe traducirse en eficiencia y en bienestar a los consumidores. Teniendo eso en cuenta, al determinar el mercado relevante, puede llegarse a la conclusión de que la mejor solución para un mercado poco competitivo o con nula competencia, no es declarar la infraestructura como esencial, sino que regular a través de la segmentación del mercado, regular integraciones verticales, o establecer requisitos para los prestadores en dicho mercado, etc.

Por último, es importante tener en cuenta la revisión continua y constante del comportamiento del mercado como herramienta de determinación de una facilidad esencial.

## **BIBLIOGRAFÍA.**

- 1.- AGOSTINI CLAUDIO, SAAVEDRA EDUARDO, *Chile: congestión portuaria y racionamiento eficiente en la transferencia de carga*, en Revista Cepal, N° 111, diciembre 2013.
- 2.- ÁLVAREZ ZENTENO, RODRIGO. *Una Visión de Nuestro Derecho de la Competencia*. en Revista del Abogado. Publicación del Colegio de Abogados de Chile, N°6, abril de 1996.
- 3.- ARAYA IBÁÑEZ ÁLVARO, *La Doctrina de las Facilidades Esenciales en los fallos del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia*, en Serie notas y artículos de interés Novoa & Araya Abogados Limitada, Número 1, septiembre 2011.
- 4.- ARRAU PATRICIO, PIMENTEL RICARDO, MONTES FRANCISCO, Análisis de la falta de Competencia en el Mercado de Adquirentes de Tarjetas de Crédito y Débito Bancarias, Informe Final de Gerens S.A, 17 de enero de 2012. Disponible en: [www.gerens.cl/gerens/publicaciones/colum\\_estudios/EstudioMulticaja.pdf](http://www.gerens.cl/gerens/publicaciones/colum_estudios/EstudioMulticaja.pdf). Fecha última consulta: 18 de enero de 2017.
- 5.- Asociación de Emprendedores de Chile, Documento de Trabajo N°1, “Medios de Pago en Chile: El Monopolio de la Operación y Adquierecia, Disponible en: <https://www.asech.cl/wp-content/uploads/2014/05/Transbank-en-Chile1.pdf>. Fecha última consulta: 18 de enero de 2017.
- 6.- BARÓN ALSINA, IGNACIO. *Referencia al Derecho Comparado de la Libre Competencia: Derecho Antitrust Norteamericano y Derecho de la Competencia de la Unión Europea*. Centro de Libre Competencia UC. Noviembre 2007.
- 7.- Fiscalía nacional Económica, Informe sobre los efectos del monopolio de Transbank, entregado por la Fiscalía Nacional Económica en expediente Rol N° ERN-20-2014, de fecha 25 de septiembre de 2015. Disponible en: <http://www.fne.gob.cl/2015/09/26/fne-entrega-informe-sobre-efectos-del-monopolio-de-transbank-al-tdlc/>. Fecha última consulta: 18 de enero de 2017.
- 8.- FISHER RONALD, SERRA PABLO, *Efectos de la privatización de servicios públicos en Chile: Casos sanitario, electricidad y telecomunicaciones*, en Banco Interamericano de Desarrollo, junio 2003.

- 9.- GONZÁLEZ-PRADA ARRIARÁN, CARLOS. *¿Puede mejorarse el procedimiento de declaración de instalaciones esenciales? Herramientas aplicables en el marco de la regulación inteligente*. Universidad de Salamanca. Salamanca, 2013.
- 10.- HERNANDO ANDRÉS, *El sector energético en Chile y la Agenda de Energía 2014: Algunos elementos para la discusión*, en Propuestas de Política Pública N° 5 del Centro de Estudios Públicos, Santiago, Chile.
- 11.- KENNARD WILLIAM E., *Guía Regulatoria para la Construcción de una Comunidad Global de Información*, en Conexión Global, Capítulo V, 1999. Disponible en: <https://transition.fcc.gov/ib/initiative/files/cg/spanish/8.pdf> p.8. Fecha última consulta 18 de enero de 2017.
- 12.- MALDONADO, PEDRO y HERRERA BENJAMÍN. *Sostenibilidad y seguridad de abastecimiento eléctrico: estudio de caso sobre Chile con posterioridad a la ley 20.018*. CEPAL, Naciones Unidas, Chile 2007.
- 13.- NEHME ZALAQUETT, NICOLE y MONTT RETTIG, PAULO. *Conductas exclusorias y libre competencia: El caso de la negativa de venta en presencia de instalaciones esenciales* en Revista Anales Derecho UC: Temas de libre competencia 3. N°5, noviembre de 2009.
- 14.- OECD. Policy Roundtables. *The Essential Facilities Concept*. Paris, 1996. [<http://www.oecd.org/competition/abuse/1920021.pdf>]. Fecha última consulta 18 de enero de 2017.
- 15.- PALACIOS LÓPEZ EDWIN EDUARDO, *¿Es la Terminal de GNL Quintero una Facilidad Esencial?*, en Paper Módulo V: Mercado de los Combustibles y su Regulación, Magíster en Derecho de la Energía, Facultad de Derecho Universidad Mayor.
- 16.- PAREDES MOLINA, RICARDO. *Integración vertical: teoría e implicancias de política pública*. En Estudios Públicos, vol. 66 otoño 1997.
- 17.- PITOFSKY ROBERT, PATTERSON DONNA, HOOKS JONATHAN, *The Essential Facilities Doctrine Under United States Antitrust Law*, en Antitrust Law Journal, Vol. 70, Georgetown Law Faculty Publications, 2002.

- 18.- RENCORET GUTIERREZ PEDRO IGNACIO, *“La Doctrina De Las Facilidades Esenciales Ante El Tribunal De Defensa De La Libre Competencia”*, Memoria para adquirir el grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Departamento de Derecho Económico, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, Chile, 2010.
- 19.- SERRA PABLO, *Las facilidades esenciales en la doctrina de los organismos de competencia chilenos*, Trabajo preparado para la Conferencia “Competition Policy in Infrastructure Services” organizada por la División de Infraestructura y Mercados Financieros del Banco Interamericano de Desarrollo, 2001.
- 20.- SERRA PABLO, GONZÁLEZ ALDO, *Sesión I: Principios de competencia en facilidades esenciales*, en Foro Latinoamericano de Competencia, San José, Costa Rica, 24 de agosto de 2010.
- 21.- UGARTE SOTO, ALFREDO. *Facilidades esenciales y abuso de posición dominante*. Revista de Derecho Universidad Católica del Norte. Sección: Estudios. Año 20- n°2, 2013.
- 22.- Universidad Adolfo Ibáñez, *Operadores de Infraestructura de Telecomunicaciones y Masificación de la Banda Ancha en Chile: Propuestas de Reforma*, Informe Final, 2013. Disponible en: <http://www.subtel.gob.cl/estudios/1580-2/>. Fecha última consulta: 18 de enero de 2017.
- 23.- WERNER POZO CAROLINA, *La Doctrina de las Facilidades Esenciales en el Derecho Chileno y Comparado*, en Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Departamento de Derecho Económico de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago, Chile, 2007.
- 24.- WISH RICHARD, BAILEY DAVID, *Competition Law*, Oxford University Press, Online Resource Centre of Oxford University, Seventh Edition, United States, 2011.