



Revista ANALES DERECHO UC

Temas de libre competencia 3

Sección Primera Tercera Jornada de Libre Competencia

**Conductas exclusorias y libre competencia:
El caso de la negativa de venta en presencia
de instalaciones esenciales**

Paulo Montt Rettig

Nicole Nehme Zalaquett

**El injusto anticompetitivo
y las restricciones verticales**

Boris Santander Cepeda

**Algunas 'sombras' de la resolución sobre fusión
D&S / Falabella**

José Luis Prieto Larraín

Sección Segunda Estudios de Libre Competencia

**Una propuesta institucional de política
de competencia: El caso de Chile**

Ignacio De León

**Estrangulamiento de márgenes
'margin squeeze'**

María de la Luz Domper Rodríguez

**La política de investigación de carteles en Brasil:
Allanamientos y acuerdos de clemencia**

Bárbara Rosenberg

Marcos Antonio T. Exposto Jr.

**Libre competencia y telecomunicaciones:
Lineamientos para una nueva regulación**

Oscar Cabello Araya

Sección Tercera Análisis de Jurisprudencia

**Comentario a la Jurisprudencia
de la Excelentísima Corte Suprema
en relación a la Sentencia n.º 81/2009 del TDLC
y la facultad del artículo 18 n.º 4 del D.L. 211
el caso de la Junta de Aeronáutica Civil**

María Elina Cruz Tanhnuz

Richard M. Peña Burgos

Sección Cuarta Recensiones y Comentarios

"The antitrust enterprise: principle and execution"

"Competition policy, theory and practice"

5

ISBN 978-956-7498-53-6

Noviembre 2009

Santiago, Chile

LEGIS

CENTRO DE LIBRE UC
COMPETENCIA



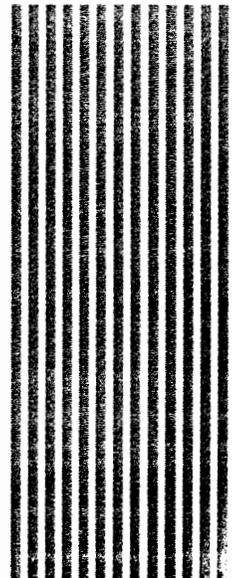
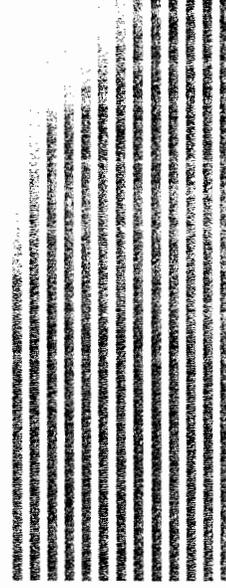
REVISTA

ANALES

DERECHO UC

REVISTA

Noviembre 2009
ISBN 978-958-7498-53-6



Directora: Carmen Domínguez Hidalgo

Editora: Claudia Taulis Neghme

Coordinador editorial: Centro de Libre Competencia UC

Impresión: RIL* editores

ISBN: 978-956-7498-53-6

Registro de Propiedad Intelectual N° 185.518

Queda prohibida la reproducción total o parcial de esta revista, por cualquier proceso reprográfico, o fónico, por fotocopia, microfilme, offset o mimeógrafo o por cualquier medio conocido o por conocer, sin previa autorización de Legis Chile S.A. y la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Chile.

Las colaboraciones publicadas no comprometen la responsabilidad de la revista. Las opiniones expresadas pertenecen exclusivamente a sus autores.



FUNDADORES-ASESORES

Tito Livio Caldas

Alberto Silva

Miguel Enrique Caldas

PRESIDENTE

Alfredo Motta Venegas

LEGIS CHILE S.A.

Gerente General: Nicolás Madariaga

VENTAS Y RENOVACIONES

Chile

Huérfanos 835 Ps. 20, Of. 2001 y 2002
Santiago de Chile
Tel.: (562) 2410000
www.legis.cl

Argentina

Cerrito 512 Entre piso
Buenos Aires
Tel.: (5411) 51718888
www.legis.com.ar

Colombia

Bogotá. Av. Calle 26 N.º 82-70
Tel.: (571) 425 5255, Fax: 410 3554 ext. 1814
www.legis.com.co

México

Lope de Vega 107, 6.º piso, Colonia Chapultepec
Morales
Ciudad de México
Tels.: (52555) 52034202 / 52625233
www.legis.com.mx

Perú

Trinidad Morán N.º 9-90, Lince
Lima
Tel.: (511) 7122400
www.legis.com.pe

Venezuela

Urbanización La Urbina, Zona Industrial,
Calle 8, Edificio Legis
Caracas
Tels.: (580212) 2047211, Fax: 2047235
www.legis.com.ve

SECCIÓN PRIMERA

**Tercera Jornada
de Libre Competencia**

**Conductas exclusorias y libre competencia:
El caso de la negativa de venta en presencia
de instalaciones esenciales**

PAULO MONTT RETTIG – NICOLE NEHME ZALAQUETT

11

El injusto anticompetitivo y las restricciones verticales

BORIS SANTANDER CEPEDA

39

**Algunas ‘sombras’ de la resolución
sobre fusión D&S / Falabella**

JOSÉ LUIS PRIETO LARRAÍN

59

SECCIÓN SEGUNDA

**Estudios de Libre
Competencia**

**Una propuesta institucional de política
de competencia: El caso de Chile**

IGNACIO DE LEÓN

75

**Estrangulamiento de márgenes
‘margin squeeze’**

MARÍA DE LA LUZ DOMPER RODRÍGUEZ

99

**La política de investigación de carteles en Brasil:
Allanamientos y acuerdos de clemencia**

BÁRBARA ROSENBERG – MARCOS ANTONIO T. EXPOSTO JR.

131

**Libre competencia y telecomunicaciones:
Lineamientos para una nueva regulación**

OSCAR CABELLO ARAYA

147

SECCION TERCERA

Análisis de Jurisprudencia

Comentario a la Jurisprudencia de la Excelentísima Corte Suprema en relación a la Sentencia n.º 81/2009 del TDLC y la facultad del artículo 18 n.º 4 del D.L. 211 el caso de la Junta de Aeronáutica Civil

MARÍA ELINA CRUZ TANHNUZ – RICHARD M. PEÑA BURGOS 175

SECCION CUARTA

Recensiones y Comentarios

“The antitrust enterprise: principle and execution” 197

“Competition policy, theory and practice” 205

REVISTA ANALES
DERECHO UC N.º 5

Editorial

Nuestra Revista Anales Derecho UC ofrece al lector, en su número 5.º, —3.º dedicado al tema de la Libre Competencia—, una selección de trabajos concernientes a este tema, materia que, como ha podido advertirse no sólo en las publicaciones especializadas sino en los medios de comunicación, adquiere cada día en Chile mayor relevancia. Casos complejos discutidos en el último tiempo ante el Tribunal de la Libre Competencia han puesto en el centro del debate público conductas empresariales, competencia del referido tribunal, ámbito de sus actuaciones, entre otros relevantes aspectos. De ahí, por tanto, que nos parezca que este nuevo número dedicado a esta materia deba constituir un interesante aporte al análisis informado de esos diferentes tópicos en debate.

Por otra parte, un área de desarrollo relativamente reciente en el Derecho chileno, como es el de la libre competencia, requiere de doctrina al día que sepa comparar las soluciones ya alcanzadas en países de mayor evolución en la materia con las ya propuestas en Chile o, aún, pueda plantear nuevos problemas y soluciones a veces no discutidos aún en nuestro Derecho pero de nítidos contornos en otros sistemas jurídicos.

Siguiendo entonces esos imperativos es que este número 5.º se divide en cuatro secciones.

La primera para presentar el análisis efectuado por tres especialistas en las Terceras Jornadas de Libre Competencia realizadas en la Pontificia Universidad Católica de Chile durante este año y bajo la dirección del Centro de Libre Competencia de su Facultad de Derecho.

En ellas, Pablo Montt y Nicole Nehme realizan un interesante estudio de un caso específico de conducta exclusoria como es el de la negativa de venta en el caso de instalaciones esenciales. En él se confrontan las soluciones habidas en la Common Law y en el Derecho europeo con los casos en que la cuestión ha sido planteada en Chile.

Un segundo estudio a cargo de Boris Santander intenta avanzar en la precisión de algunos extremos del injusto anticompetitivo.

Sección Primera

Un tercer trabajo efectuado por José Luis Prieto vuelve sobre el análisis del controvertido fallo del Tribunal de la Libre Competencia recaído en la fusión de D&S y Falabella, fuertemente discutido a través de la prensa y por los propios especialistas. El trabajo profundiza sobre cada uno de los aspectos en que se ha concentrado el debate en torno al caso.

La segunda sección se consagra a estudios varios de reflexión centrada en el Derecho chileno como los de Ignacio León encaminado a formular una propuesta institucional de política de competencia en Chile y el de Oscar Cabello que se centra la regulación de la libre competencia en el área de las telecomunicaciones. Otros apuntan a traer a luz la experiencia extranjera sobre temas como la política de investigación de carteles en Brasil de Bárbara Rosenberg y Marcos Exposto Jr. y sobre estrangulamiento de márgenes de María de la Luz Domper.

La tercera sección analiza el Derecho aplicado por la jurisprudencia en este caso contiene el comentario efectuado por María Elina Cruz y Richard Peña a la sentencia del Tribunal de la Libre Competencia del 2009 en el caso Junta de Aeronáutica Civil.

Este número 5.º termina en la sección cuarta, que contiene las reseñas a los libros de Herbert Hovenkamp titulado “The antitrust enterprise: principle and execution” del 2009 y de Massimo Motta “Competition policy, theory and practice” del 2006.

Como puede constatarse se trata éste de un número que sigue la estructura que empieza a ser tradicional en nuestros números dedicados a la Libre Competencia en que se combina exposición de carácter dogmático, con análisis jurisprudencial y de nueva literatura en el tópico. Se persigue con ello, cumplir con la tarea propuesta de contribuir a iluminar la reflexión nacional en una materia nueva que, como pocas, está anhelante de nuevas inspiraciones. Esperamos que, en ellas, encuentren los lectores una muestra relevante de ellas.

Carmen Domínguez Hidalgo
Directora
Revista Anales Derecho UC

Tercera Jornada de Libre Competencia

Sección Primera

PAULO MONTT RETTIG

Abogado de la Universidad de Chile y Master of Laws (LL.M.), con especialidad en Derecho de la Competencia, University College London. Profesor de Derecho Civil en la Universidad de Chile (2003-); Profesor invitado de Derecho de la Libre Competencia en el “Magíster en Derecho de los Negocios”, Universidad Adolfo Ibáñez (Chile) (2009 y 2010). Abogado socio de “Ferrada Nehme”, donde actualmente se desempeña como socio a cargo del área de litigios (2006-).

NICOLE NEHME ZALAQUETT

Abogada de la Universidad de Chile. Especialización en “Competencia y Regulación: Fundamentos Económicos”, Escuela de Negocios de la Universidad de los Andes (Chile). Socia fundadora de “Ferrada Nehme”, estudio de abogados dedicado al área de libre competencia. Profesora de Derecho de la Competencia en las universidades de Chile y Adolfo Ibañez. Ha participado en diversos procesos ante el TDLC y es autora de numerosas publicaciones en materia de libre competencia.

CONDUCTAS EXCLUSORIAS Y LIBRE COMPETENCIA: EL CASO DE LA NEGATIVA DE VENTA EN PRESENCIA DE INSTALACIONES ESENCIALES

PAULO MONTT RETTIG

NICOLE NEHME ZALAQUETT

11

1. Introducción

Uno de los problemas más complejos con que se enfrentan las autoridades de libre competencia es determinar cuándo una empresa puede negarse legítimamente a contratar con un tercero y cuándo dicha negativa es contraria a la libre competencia. Por una parte, la obligación de contratar con cualquier persona interesada puede entenderse como contraria al principio fundamental de libertad contractual¹. Pero por otra parte, bajo ciertas circunstancias excepcionales, una empresa que goza de posición dominante o poder de mercado² puede eliminar completamente la competencia si se niega a contratar con terceros y éstos se ven privados de ciertos recursos que pueden ser esenciales para competir, ya sea en el mercado del cual dichos recursos forman parte, o en otro mercado relacionado.

- 1 Así, por ejemplo, en Estados Unidos desde antiguo se ha aceptado que si una empresa no tiene por objetivo crear o mantener un monopolio, la legislación antimonopolios no puede impedirle “ejercer libremente su propia decisión independiente en cuanto a las partes con las cuales contratar” (United States v. Colgate & Co., 250 U.S. 300, 39 S. Ct. 465, 63 L. Ed. 992; 1919).
- 2 Si bien los conceptos “posición dominante” y “poder de mercado” obedecen a tradiciones jurídicas distintas (la europea y norteamericana, respectivamente) y tienen ciertas diferencias entre sí, para efectos de este trabajo se utilizan como conceptos equivalentes.

Bajo tales circunstancias excepcionales, las autoridades de libre competencia de distintas jurisdicciones han estimado que la negativa a dar acceso a dichos recursos esenciales podría ser contraria a la libre competencia. En este sentido, la negativa injustificada a dar acceso a ciertos recursos esenciales ha sido condenada en Estados Unidos bajo la sección 2 de la *Sherman Act* (monopolización o intento de monopolización), y en Europa bajo el artículo 82 (ex 86) del *Tratado de Roma*³ (abuso de posición dominante).

La discusión en torno a la negativa de venta ha cobrado mayor importancia a propósito de la controvertida doctrina de las llamadas “instalaciones esenciales” (*essential facilities*). Conforme a dicha doctrina, quien posee una instalación calificada como “esencial” tiene el deber de compartirla con los demás, y la negativa injustificada a hacerlo constituye un abuso de posición dominante contrario a las normas de defensa de la libre competencia. Es decir, si bien la esencia de la competencia es competir y no compartir, de acuerdo a la doctrina de las instalaciones esenciales quien goza de una posición dominante incluso puede verse obligado a compartir sus recursos con los competidores con el fin de no afectar gravemente o eliminar la competencia en el mercado.

La pregunta central de la doctrina de las instalaciones esenciales consiste, entonces, en determinar si el derecho de la competencia debe intervenir activamente en el mercado para generar más competencia, o sólo limitarse a evitar conductas abusivas de la empresa monopolista o dominante. Si bien el objetivo de este trabajo no es responder definitivamente a dicha pregunta⁴, un análisis comparado de los principales casos fallados en Chile y el extranjero es particularmente útil para evaluar la importancia práctica que ha tenido la doctrina de las instalaciones esenciales y el rol que ésta debería —o no— jugar en el análisis que efectúan nuestras autoridades de libre competencia.

En el capítulo 2 se revisará el tratamiento que se ha dado a la doctrina de las instalaciones esenciales en Estados Unidos y se concluirá que, en la actualidad, el ámbito de aplicación de dicha doctrina es más bien reducido. En el capítulo 3 se analizarán los principales casos en que se

ha utilizado dicha doctrina en la Unión Europea y cómo la jurisprudencia comunitaria ha ido definiendo los elementos que deben concurrir para que tenga aplicación en el sistema europeo de libre competencia, particularmente a propósito de algunos casos emblemáticos referidos a derechos de propiedad intelectual e industrial. Luego, en el capítulo 4 se comentarán los principales casos en que la jurisprudencia chilena ha utilizado la doctrina de las instalaciones esenciales, tanto explícita como implícitamente. De este análisis se concluirá que, en general, las autoridades chilenas han efectuado una aplicación prudente de dicha teoría, sin perjuicio de lo cual es posible definir criterios más precisos que permitan a los actores económicos tener un mayor grado de certeza y predictibilidad respecto de las decisiones de las autoridades chilenas en esta materia.

2. La doctrina de las instalaciones esenciales en el Derecho Antimonopolios de Estados Unidos

La doctrina de las instalaciones esenciales en Estados Unidos se elaboró a partir de la interpretación y aplicación que los tribunales de dicho país han dado a las normas contenidas en las secciones 1 y 2 de la *Sherman Act*.

Para algunos, el origen de dicha doctrina se remontaría al fallo de la Corte Suprema en el caso *Terminal Railroad*⁵. En *Terminal Railroad* la Corte se pronunció sobre un caso en que una asociación de 14 empresas 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 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. Algo similar ocurrió con el caso *Associated Press*⁶, referido a la negativa de los miembros de un *joint venture* compuesto por cerca de 1.200 periódicos de vender las noticias a periódicos que no formaban parte de dicha asociación, de manera que estos últimos sólo podían acceder a tales noticias una vez que ya habían sido publicadas.

5 United States v. Terminal Railroad Association of St. Louis, 224 U.S. 383, 32 S. Ct. 507, 56 L. Ed. 810, 1912.

6 Associated Press v. United States, 326 U.S. 1, 65 S. Ct. 1416, 89 L. Ed. 2013, 1945.

3 Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea —en adelante indistintamente “Tratado de Roma” o “Tratado Europeo”—.

4 Al efecto, Areeda, P. *Essential Facilities: An Epithet in Need of Limiting Principles*. En: *Antitrust Law Journal* vol. 58, 1989, p. 841; Geradin, D. *Limiting the Scope of article 82 of EC Treaty: What can the EU learn from the U.S. Supreme Court’s Judgment in Trinko in the wake of Microsoft, IMS and Deutsche Telekom?*. En: *Common Market Law Review*, diciembre 2005, pp. 1-30; Pitofsky, R. *The Essential Facilities Doctrine Under U.S. Antitrust Law*. En: *Antitrust Law Journal*, vol. 70, 2002, p. 443; Frischmann, B y ; Weber, S. *Revitalizing Essential Facilities*. En: *Antitrust Law Journal*, vol. 75, n.º 1, 2008.

Según Hovenkamp⁷, *Otter Tail Power*⁸ es el primer caso de negativa unilateral de venta fallado por la Corte Suprema bajo la óptica moderna de las instalaciones esenciales, aplicando la sección 2 de Sherman Act (monopolización o intento de monopolización). En dicho caso la Corte Suprema condenó a *Otter Tail* —una empresa de generación, transmisión y distribución eléctrica— por negarse a vender electricidad a otras distribuidoras en las áreas donde aquélla había operado y por oponerse a dar acceso a sus líneas de transmisión para que dichas distribuidoras pudieran comercializar electricidad comprada a terceros⁹. Luego de reconocer que no existían impedimentos técnicos para vender electricidad o dar acceso al sistema de transmisión eléctrica, la Corte Suprema estableció que la negativa de *Otter Tail* se debía exclusivamente a que ésta quería mantener su posición monopólica. Para la Corte Suprema, en casos como éste “la interconexión con otras distribuidoras frecuentemente es la única solución”¹⁰, salvo que dicha interconexión perjudique la capacidad para prestar un adecuado servicio a los clientes.

En *Otter Tail Power* la Corte Suprema no utilizó expresamente el concepto de instalaciones esenciales. Sin embargo, pocos años después, 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 —*refusal to deal*— de un monopolista “queda sujeta a la aplicación de la denominada doctrina de las instalaciones esenciales”¹¹. Para dicho tribunal, el efecto anticompetitivo de la negativa de una empresa como AT&T estaba dado por el hecho de que el monopolista que controlaba una instalación esencial o “cuello de botella” —en este caso, la red de telefonía fija— podía extender su monopolio a otra etapa de la cadena productiva o hacia otro mercado relacionado. La solución para estos casos sería, entonces, imponer al monopolista la obligación de dar acceso a su instalación en términos no discriminatorios.

En *MCI*, por primera vez, un tribunal estableció los elementos para condenar a una empresa bajo la doctrina de las instalaciones esenciales, a saber:

- (i) control de una instalación esencial por un monopolista;

- (ii) imposibilidad práctica de que un competidor pueda razonablemente duplicar la instalación esencial;
- (iii) negativa del monopolista a dar acceso a la instalación a un competidor; y
- (iv) capacidad del monopolista para dar acceso a la instalación.

Para la Corte Federal de Apelaciones del Séptimo Distrito, todos estos requisitos concurren en *MCI*, toda vez que: (i) AT&T controlaba totalmente la red de telefonía local y, conforme a la tecnología entonces existente, los servicios de telefonía local se consideraban como un monopolio natural, lo que justificaba que se tratara de una actividad regulada; (ii) no era económicamente posible que MCI replicara las instalaciones de AT&T y, por lo mismo, tampoco era posible obtener una autorización del regulador para ello; (iii) AT&T había negado el acceso a su red; y (iv) MCI no había solicitado acceso preferente ni tampoco había pedido que AT&T abandonase sus instalaciones, por lo que para ésta era técnica y económicamente posible dar acceso a su red.

Como puede observarse, tanto *Otter Tail Power* como *MCI* se refieren a casos en que los demandados controlaban un monopolio natural y desarrollaban una actividad regulada. En ambos casos, habiendo capacidad disponible para dar acceso a las instalaciones de los demandados, los tribunales condenaron la negativa bajo el entendido de que la única razón para negar el acceso habría sido extender el poder que tenían estas empresas desde un mercado hacia otro mercado conexo.

Luego de la sentencia de la Corte Federal de Apelaciones del Séptimo Distrito en *MCI*, en la cual se esbozaron por primera vez los elementos de la doctrina de las instalaciones esenciales, la Corte Suprema se pronunció sobre el controvertido caso *Aspen*¹², referido a la negativa de una empresa de esquí —*Ski Co.*— para seguir cooperando con un competidor más pequeño —*Highlands*— en un *joint venture* que había durado varios años.

Los hechos de este caso son fundamentalmente los siguientes. Durante décadas *Ski Co.* y *Highlands* habían desarrollado conjuntamente una serie de actividades para promover la actividad de los únicos 4 centros de esquí en Aspen, Colorado¹³. Dentro de esas actividades estaba la implementación conjunta de un boleto multi-área, que permitía a los clientes esquiar en cualquiera de los 4 centros de esquí de Aspen. Según quedó demostrado

7 Hovenkamp, H. *Federal Antitrust Policy. The Law of Competition and its Practice*, 3.ª ed. Thomson West, 2005, p. 310.

8 *Otter Tail Power Co. v. United States*, 410 U.S. 366, 93 S.Ct. 1022, 1973.

9 En los casos en que las distribuidoras necesitaban acceder a las líneas de *Otter Tail*, ésta se negó a darles acceso. En los casos en que las distribuidoras tenían acceso a otras líneas de transmisión, *Otter Tail* intentó impedir o demorar dicho acceso mediante acciones judiciales.

10 *Otter Tail Power Co. v. United States*, 410 U.S. 366, 93 S.Ct. 1022, cap. 3, 1973.

11 *MCI Communications Corp v. American Tel. & Tel. Co.*, 708 F.2d 1081, 1107, 7th Cir, 1983.

12 *Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp* 472 U.S. 585, 105 S.Ct. 2847, 1985.

13 Originalmente existían 3 centros de esquí operados por compañías independientes: Ajax, Highlands y Buttermilk. En 1964 *Ski Co.* (dueño de Ajax) compró Buttermilk y en 1967 abrió el cuarto centro de esquí (*Snowmass*).

en el juicio, el boleto multi-área era más valorado por los clientes que los boletos individuales diarios para cada centro de esquí¹⁴. Luego de varias temporadas en que el boleto multi-área funcionó exitosamente, Ski Co. planteó ciertas dudas respecto de la forma de distribuir las ganancias de dicho boleto y no aceptó que tales ganancias se repartieran según el uso real de las pistas de cada compañía, medido por alguna entidad independiente. En definitiva, Ski Co. decidió discontinuar dicho boleto y ofrecer en su lugar un boleto sólo para sus 3 centros de esquí, como parte de sus propios paquetes turísticos. Ski Co. se negó a vender a Highlands boletos diarios para sus pistas al precio que los vendía a las agencias turísticas. Frente a ello, Highlands intentó ofrecer su propio paquete turístico, otorgando cupones para que sus clientes pudieran escoger entre los 4 centros de esquí, de manera que si un cliente optaba por las pistas de Ski Co., Highlands pagaría a ésta el precio de *retail* por cada cliente como si se tratase de cualquier boleto diario. Ski Co. se negó a aceptar estos cupones, lo que impidió a Highlands ofrecer paquetes que permitieran a los clientes elegir entre los distintos centros de esquí y el resultado de dicha negativa fue una disminución considerable de las ventas de Highlands¹⁵. Highlands demandó a Ski Co. en virtud de la sección 2 de la Sherman Act y el caso llegó a la Corte Suprema.

La Corte Suprema reafirmó la idea de que incluso una empresa monopólica no tiene un deber general de cooperar con sus competidores, pero estimó que Ski Co. había tenido un cambio inexplicable en su patrón de conducta comercial, el cual se había originado en el contexto de un mercado competitivo —cuando todos los centros de esquí eran operados por compañías independientes— y se había mantenido por años en beneficio de los consumidores. Así, si bien la decisión de poner término al boleto multi-área por parte Ski Co. no era *per se* anticompetitiva, dicha decisión no había obedecido a una “razón de negocios” válida.

Para la Corte Suprema, lo determinante en Aspen no fue si la conducta exclusoria de quien tenía poder de mercado perjudicaba a su rival, sino si además perjudicaba a los consumidores. Habiendo quedado establecida la superior calidad del boleto multi-área, la Corte concluyó que Ski Co. no fue capaz de justificar comercialmente su cambio de conducta, pues prefirió dejar de obtener ingresos por la venta de sus boletos diarios a precio de *retail*, para así “reducir en el largo plazo la competencia en el mercado de

Aspen, perjudicando a su competidor más pequeño”¹⁶. Dado que ninguna empresa racional estaría dispuesta a dejar de percibir beneficios inmediatos por ventas que no le acarrearán costo alguno y que beneficiaran a los consumidores, la Corte Suprema estimó que la negativa de Ski Co. no obedeció a razones de eficiencia sino a una decisión de largo plazo destinada a perjudicar a su competidor y eliminar la competencia.

A pesar de que en Aspen no se mencionó expresamente el concepto de instalaciones esenciales y el caso fue fallado como uno más de negativa de venta —*refusal to deal*—, en general se ha estimado que en dicho caso la Corte Suprema agregó un quinto requisito para aplicar la referida doctrina, cual es que no debe existir una “razón válida de negocios” que explique la negativa de quien controla una instalación esencial¹⁷. Sin perjuicio de ello, luego del caso Aspen la doctrina de las instalaciones esenciales, por la extensión que alcanzó, sufrió severas críticas¹⁸ y varios autores sugirieron su eliminación, señalando que se trataría de una de las teorías más “problemáticas, incoherentes e inmanejables” para aplicar la sección 2 de Sherman Act¹⁹.

De manera similar al caso Aspen, en Eastman Kodak²⁰ un tribunal inferior concluyó que si no existía una razón válida de negocios, una empresa con poder de mercado no podía negarse a contratar con sus competidores si dicha negativa los excluía del mercado. Dicha sentencia, que junto con la de Aspen comenzó a ser invocada por varios tribunales inferiores para condenar la negativa unilateral de venta, fue severamente criticada por los detractores de la doctrina de las instalaciones esenciales, quienes estimaron que, invocando esta doctrina, se abría la puerta a una enorme cantidad de litigios de índole exclusivamente privada y que poco tenían que ver con la libre competencia.

De esta manera, pese a que la Corte Suprema nunca había invocado expresamente la doctrina de las instalaciones esenciales para justificar una sanción a la negativa unilateral de venta, no es extraño que en el siguiente juicio relevante fallado por dicho tribunal se haya intentado restringir la aplicación de dicha teoría a casos excepcionales. La oportunidad para revisar el precedente de Aspen llegó casi 20 años más tarde con el fallo del caso

14 La mayoría de los clientes experimentados adquirirían un paquete turístico por varios días y preferían comprar anticipadamente dicho boleto en lugar de ir cada día a las boleterías a comprar un boleto distinto. Así, el boleto multi-área les permitía elegir en el lugar mismo en qué montaña esquiar cada día de su respectivo paquete turístico.

15 La participación de Highlands en el mercado de Aspen bajó de un 20,5% en la temporada 1976-1977 (cuando el boleto multi-área fue eliminado) a un 11% en la temporada 1980-1981.

16 Aspen Skiing Co v. Aspen Highlands Skiing Corp 472 U.S. 585, 105 S.Ct. 2847 cap. 5 1985.

17 Gellhorn, E.; Kovacic, W. y Calkins, S. *Antitrust Law and Economics in a Nutshell*, 5ª ed. Thomson West, 2004, p. 181.

18 Areeda, P. Ob. cit. (n.4).

19 Hovenkamp, H. Ob. cit.(n.7), p. 309.

20 Image Technical Services, Inc., et al. v. Eastman Kodak Co., 125 F.3d 1195 . 9th Cir. 1997. Este caso llegó a la Corte Suprema para resolver sobre la admisibilidad y la Corte ordenó efectuar un juicio de lato conocimiento. Sin embargo, la Corte no se pronunció sobre el fondo, lo que quedó en manos del tribunal inferior.

Trinko²¹, cuya redacción quedó en manos del juez Scalia, un magistrado reconocido académicamente y de ideas más bien conservadoras.

Los hechos del caso Trinko son esencialmente los siguientes. Verizon Communications Inc. —Verizon— era el operador dominante de telefonía local en el Estado de Nueva York, para lo cual contaba con una licencia exclusiva. En tal calidad, la Ley de Telecomunicaciones lo obligaba a dar acceso a su red a los competidores en términos justos, razonables y no discriminatorios. Varios competidores denunciaron a Verizon por infringir dicha obligación y las autoridades reguladoras —la New York Public Services Commission (PSC) y la Federal Communications Commission (FCC)— iniciaron investigaciones que culminaron con una serie de medidas en contra de Verizon, incluyendo el pago de multas²². En este contexto, Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP —Trinko—, un estudio de abogados que era cliente de la compañía de telefonía local AT&T —rival de Verizon— presentó una demanda basada en que Verizon habría otorgado un acceso discriminatorio a sus rivales con el objeto de evitar que los clientes contrataran los servicios de los competidores de dicha compañía.

Si en Aspen las circunstancias particulares del caso eran excepcionalmente favorables al demandante, en Trinko ocurrió precisamente lo contrario y la Corte Suprema probablemente percibió que la intención real de Trinko —un estudio de abogados— no sólo era obtener una sentencia conforme a la Sherman Act, sino crear una acción de clase para demandar una indemnización de perjuicios a nombre de todos los clientes de Verizon supuestamente perjudicados²³. En este contexto, la Corte Suprema reafirmó el principio general de que no existe un deber de ayudar a los competidores y agregó que el caso *Aspen* estaba “en la frontera” del derecho antimonopolios. Dado que en *Trinko* no concurrían las circunstancias excepcionales para sancionar al demandado bajo la sección 2 de Sherman Act²⁴, la Corte estimó que la doctrina de las instalaciones esenciales no tenía aplicación

- 21 Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP, 540 U.S. 398, 2004.
 22 El procedimiento ante la FCC culminó con un pago voluntario de US \$3 millones al Tesoro Norteamericano, mientras que el procedimiento ante la PSC terminó con una orden administrativa y una multa privada de US \$10 millones a favor de los competidores de Verizon.
 23 De hecho, en la prevención de los jueces Stevens, Souter y Thomas se señala que cualquier daño eventualmente sufrido por Trinko derivaría exclusivamente de aquel sufrido por AT&T, por lo que sería ésta (o cualquiera en su misma posición) quien estaría legitimada activamente para demandar a Verizon.
 24 Verizon no había adoptado un acuerdo voluntario con sus rivales, sino que la interconexión había sido impuesta por la regulación, a un costo considerable para el demandado, de manera que de la conducta anterior de Verizon, a diferencia del caso de Ski Co. en *Aspen*, no podía inferirse nada que pudiera explicar un supuesto comportamiento contrario a Sherman Act. Además, en *Aspen* el demandado se había negado a ofrecer un producto que ya se vendía a nivel de *retail*, mientras que en Trinko el producto sólo estaba disponible para los rivales de Verizon en virtud de la regulación.

en este caso. Es más, la Corte sostuvo que incluso de reconocerse valor a la doctrina de las instalaciones esenciales, si el acceso a tales instalaciones existe en virtud de la regulación aplicable, dicha doctrina no cumple ningún rol en el ámbito del derecho antimonopolios. Por lo mismo, la Corte estimó innecesario reconocer o rechazar dicha doctrina²⁵.

En la actualidad,
 los tribunales
 estadounidenses
 han reducido
 el ámbito de
 aplicación de la
 doctrina de las
 instalaciones
 esenciales,
 sin embargo,
 ésta no ha sido
 completamente
 eliminada
 del derecho
 antimonopolios
 de ese país

Como puede verse, el fallo de Trinko representó un duro revés para los defensores de la doctrina de las instalaciones esenciales. Sin perjuicio de ello, la Corte fue más allá y señaló que el mero hecho de ser monopolista y cobrar el precio monopolístico correspondiente “no sólo no es ilegal, sino que es un elemento importante del libre mercado”, toda vez que ello atrae el emprendimiento e induce a tomar riesgos que conllevan innovación y crecimiento²⁶. En este sentido, la Corte estableció que el hecho de obligar al monopolista a compartir la fuente de sus ventajas competitivas entraría en cierta contradicción con los objetivos del derecho antimonopolios, por tres razones fundamentales:

1. El acceso obligatorio disminuiría los incentivos para que el monopolista, sus competidores, o ambos inviertan en instalaciones económicamente beneficiosas para ellos.
2. El acceso forzado exigiría que los tribunales actuaran como un verdadero ente planificador centralizado, estableciendo el precio adecuado, la cantidad y otros elementos de la negociación, función para la cual los tribunales no estarían debidamente capacitados.
3. Obligar a los competidores a que compartan las instalaciones podría facilitar el peor de los males que el derecho antimonopolios intenta evitar: la colusión.

Como puede apreciarse, en Trinko la Corte Suprema adoptó una mirada mucho más escéptica y cuidadosa respecto de la aplicación de la doctrina de las instalaciones esenciales. Es evidente que la oportuna y efectiva actuación de las autoridades reguladoras —la FCC y la PSC— tuvo una

- 25 Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP, 540 U.S. 398, 2004, p. 11.
 26 *Ibidem*, p. 7.

importancia decisiva en la decisión de la Corte, la cual estimó que frente a los claros beneficios de una regulación sólida, los beneficios adicionales del derecho antimonopolios tenderían a ser bajos y menos plausibles²⁷, además de lo cual tales eventuales beneficios debieran ser sopesados con sus costos, especialmente el costo de condenar erróneamente comportamientos competitivos²⁸. En otras palabras, un umbral más bajo de aplicación de la doctrina de las instalaciones esenciales necesariamente atraería más potenciales demandas —el caso de Trinko es evidente— con el consecuente riesgo de falsas condenas.

En definitiva, luego del caso Trinko, puede entenderse que se habría elevado el estándar que debiera cumplir una demanda basada en la doctrina de las instalaciones esenciales, puesto que además de los requisitos tradicionales, debieran concurrir los siguientes factores adicionales:

1. El demandado debe tener disponible la instalación calificada como esencial y debe haber estado ofreciéndola voluntariamente con anterioridad a la demanda. Si se trata de un producto nuevo o que no ha sido ofrecido voluntariamente con anterioridad por el demandado, el precedente de Trinko impediría acoger una demanda basada en esta doctrina.

2. El otorgamiento de acceso a la instalación esencial debe ser rentable para quien la posee. Es decir, los beneficios obtenidos por éste al otorgar acceso a los competidores deben ser al menos equivalentes a sus propias ventas alternativas. Si para otorgar dicho acceso se debe incurrir en costos significativos, el monopolista que controla tal instalación podrá negarse a compartirla.

3. Inexistencia de una entidad reguladora que imponga y supervise el acceso a la instalación esencial. En presencia de una regulación apropiada, los beneficios de aplicar la doctrina de las instalaciones esenciales serían bajos y poco plausibles, en comparación con el alto costo de una intervención de las autoridades de libre competencia.

Del análisis de los casos anteriores podemos concluir que, luego de la aparente amplitud con que los tribunales estadounidenses aplicaron la doctrina de las instalaciones esenciales —especialmente a partir del caso Aspen—, en la actualidad el ámbito de aplicación de dicha doctrina parece haberse reducido, pese a que la Corte Suprema no la ha eliminado del derecho antimonopolios. En otras palabras, y tal como sostiene el principal detractor de dicha doctrina, “no muchas demandas basadas en

la doctrina de las instalaciones esenciales podrán sobrevivir” a los estrictos requisitos establecidos por la Corte Suprema en el caso Trinko²⁹. Una mirada distinta podría llevar a concluir que, habrían sido precisamente las peculiares características del caso Trinko, las que habrían llevado a rigidizar la aplicación de la doctrina para ese juicio en particular. Será la jurisprudencia sucesiva de la Corte Suprema de los Estados Unidos la que indique cuál de estas tesis sería la cierta.

3. La doctrina de las instalaciones esenciales en el derecho europeo de la competencia

El primer caso relevante de negativa de venta en la Unión Europea fue *Commercial Solvents*³⁰, en el cual el Tribunal de Justicia Europeo —TJE— confirmó una decisión de la Comisión Europea —“Comisión”— en el sentido de que *Commercial Solvents Corporation* —CSC—, único productor a gran escala de materias primas para fabricar un medicamento para la tuberculosis, había abusado de su posición dominante al negarse a proveer las materias primas a uno de los tres fabricantes de dicho medicamento. Como la filial de CSC también fabricaba dicho medicamento, la Comisión estimó que esa empresa había negado la venta para favorecer su propio negocio en el mercado aguas abajo. Si bien en *Commercial Solvents* no se hizo mención explícita a la doctrina de las instalaciones esenciales, el TJE estableció que si una empresa tiene una posición dominante en el mercado de un insumo y, con el fin de fabricar sus propios productos con dicho insumo, niega la venta a otra empresa que fabrica los mismos productos en el mercado aguas abajo, se incurre en un abuso de posición dominante³¹.

Luego de *Commercial Solvents*, la Comisión y el TJE sancionaron varios otros casos de abuso de posición dominante por negativa de venta. Tal fue, por ejemplo, el caso de una negativa de la empresa dominante en el mercado de las bananas de venderle sus productos a un distribuidor danés que promovía las bananas del competidor de la primera³²; de una negativa a dar acceso a un sistema computacional de reservas de aerolíneas en Bélgica³³; y de la aerolínea dominante en la ruta Dublín-Londres que se negó a celebrar un acuerdo interlíneas con un competidor más pequeño interesado en dicha ruta, lo cual aparentemente impedía al nuevo competidor

29 Hovenkamp, H. Ob. cit.(n.7) p. 310.

30 Casos 6/73 y 7/73, *Commercial Solvents-Istituto Chemioterapico Italiano SpA and Commercial Solvents Corp. v. Commission*, [1974], ECR 223, [1974] I CMLR 309, CMR 8209.

31 *Ibidem*, párrafo 25.

32 Caso 27/76, *United Brands Company and United Brands Continental BV v. Commission*, 1978 ECR 207, 1978. I CMLR 429, CMR 8429.

33 Caso IV/32.318, *London European-Sabena*, D.O. L 317, 24 de noviembre de 1988, p. 47.

27 *Idem*, p. 12.

28 “Contra los escasos beneficios de la aplicación del derecho antimonopolios a este caso, debemos efectuar una evaluación realista de sus costos” (*Idem*, p. 14).

competir efectivamente en el mercado³⁴. En todos estos casos, al igual que en *Commercial Solvents*, la principal preocupación de la Comisión pareció haber sido la protección de los competidores pequeños frente a los actores dominantes, más que aumentar el bienestar de los consumidores.

Algo similar ocurrió en el caso Volvo, en el cual el TJE reconoció que en principio el titular de un diseño industrial podía negarse a que terceros fabricasen o comercializasen productos con dicho diseño, pero al mismo tiempo señaló que dicha negativa podía infringir el artículo 86 (actual 82) del Tratado Europeo si conllevaba “ciertas conductas abusivas como la negativa a proveer repuestos a quienes prestan servicio técnico independiente, la fijación de precios de los repuestos a niveles injustos, o la decisión de no producir más repuestos para un modelo particular, pese a que todavía existan varios vehículos con dicho modelo”³⁵.

Como puede observarse, si bien en Volvo se reconoció el derecho general del titular de derechos de propiedad industrial a negarse a que terceros utilicen sus productos sin su consentimiento, pareciera que las excepciones a dicho derecho fueron concebidas de manera bastante amplia y, además, no apuntaron exclusivamente a la protección del bienestar de los consumidores, sino que además tendieron a proteger otros aspectos, tales como la viabilidad económica de los actores más pequeños. De otra manera, no se entiende la preocupación del TJE por los prestadores de servicio técnico independientes. Cabe destacar, en todo caso, que en Volvo tampoco se invocó expresamente la doctrina de las instalaciones esenciales como una justificación para sancionar una eventual negativa de venta.

Luego, en el caso Magill³⁶, la jurisprudencia europea por primera vez elaboró en forma sistemática una teoría sobre la ilicitud de la negativa de venta por parte de una empresa dominante, a propósito de la negativa a autorizar el uso de ciertos bienes protegidos por derechos de propiedad intelectual.

Los hechos relevantes de dicho caso son los siguientes. Magill TV Guide Ltd. —Magill—era una empresa interesada en elaborar una revista semanal con la programación de los canales de televisión de Irlanda e Irlanda del Norte. En ese entonces no existía ninguna revista completa con la programación de todos los canales y éstos elaboraban sus propias guías, las cuales estaban protegidas por derechos de propiedad intelectual. Frente

a la negativa de los canales a entregar a Magill la información semanal de su programación, ésta los demandó ante la Comisión por abuso de posición dominante. La Comisión acogió la demanda y ordenó a los canales entregar la programación semanal en condiciones no discriminatorias, decisión que fue luego confirmada por el Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea.

Finalmente, el caso llegó al TJE, el que reconoció que la mera existencia de un derecho de propiedad intelectual o industrial no otorgaría a su titular una posición dominante y que la negativa de éste a dar acceso —en este caso, una licencia de su derecho de propiedad intelectual— no constituiría per sé un abuso de posición dominante³⁷. Sin embargo, estimó que dicha negativa podía ser abusiva si se diera un conjunto de “circunstancias excepcionales”³⁸. Para el TJE, tales circunstancias serían las siguientes:

1. El producto de la empresa dominante es un insumo indispensable, en el sentido de que no hay otra alternativa disponible en el mercado³⁹.
2. La negativa impide la aparición de un nuevo producto que no está siendo ofrecido por la empresa dominante y respecto del cual existe una potencial demanda por parte de los consumidores⁴⁰.
3. La negativa carece de una justificación objetiva⁴¹.
4. 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 la competencia en el mercado secundario, sin que sea necesario acreditar que dicha eliminación ha ocurrido efectivamente en la práctica⁴².

Pese a que el TJE no mencionó expresamente el concepto de instalación esencial —tal como ocurrió con Aspen en Estados Unidos— Magill fue considerado como un precedente que establecía un deber demasiado amplio de la empresa dominante de dar acceso a sus recursos propios en base a la doctrina de las instalaciones esenciales, la cual incluso podía extenderse a derechos de propiedad intelectual o industrial.

37 Ibidem, párrafos 46 y 49.

38 Idem, párrafo 50.

39 Idem, párrafo 53.

40 Idem, párrafo 54. En este caso, se consideró que la guía semanal con la programación de todos los canales de televisión era un “nuevo producto”, pues hasta ese entonces los canales emitían guías separadas con su propia programación.

41 Idem, párrafo 55.

42 Idem, párrafo 56.

34 Caso IV/33.544, British Midland/Aer Lingus, D.O. L 96, 10 de abril de 1992, p. 34.

35 Caso 238/87, Volvo AB v. Erik Veng (UK) Ltd., 1988. ECR 621, 1989. 4 CMLR 122, CMR 14.498, párrafo 9.

36 Casos C-241/91 y C-242/91, Radio Telefis Eireann—RTE— v Commission (Magill), ECR I-743, 1995.

Lo anterior pareció quedar ratificado en *Sea Containers*⁴³, que fue el primer caso en que la jurisprudencia europea utilizó expresamente el concepto de instalación esencial. *Sea Containers* —SC— era una empresa de transporte marítimo que pretendía instaurar un servicio de ferry rápido entre el Reino Unido e Irlanda. El operador del puerto de Holyhead —*Stena Sealink Ports* (SSP), que estaba integrado verticalmente con la empresa de transporte marítimo *Stena Sealink Line* (SSL)— entorpeció el uso de sus instalaciones portuarias y retrasó la implementación del nuevo servicio de ferry por parte de SC.

SC demandó a SSP y SSL ante la Comisión por abuso de posición dominante y solicitó una medida precautoria. Al pronunciarse sobre esta solicitud, la Comisión estimó que SSP tenía una posición dominante en el mercado de los servicios de infraestructura portuaria para la prestación de servicios de transporte de vehículos y pasajeros en ferry en el corredor central del Reino Unido e Irlanda. Asimismo, la Comisión declaró que si una empresa tenía una posición dominante en la provisión de un recurso esencial y al mismo tiempo utilizaba dicho recurso, cometía un abuso de posición dominante si negaba el acceso al mismo a otras compañías, o bien sólo otorgaba acceso en condiciones menos favorables que a sus propios servicios⁴⁴. En otras palabras, para la Comisión, el dueño de una instalación esencial no podría utilizar su posición dominante en un mercado para proteger o aumentar su posición en otro mercado relacionado, sea mediante la negativa a dar acceso a un competidor, sea otorgando acceso en términos desfavorables que pongan a éste en una posición de desventaja.

Como puede apreciarse, la aplicación de la doctrina de las instalaciones esenciales en *Sea Containers* fue bastante amplia y, además, consistente con la visión que mantenía la Comisión Europea, en el sentido de que quien gozara de una posición dominante tendría una “responsabilidad especial” de no impedir o entorpecer la competencia, lo que le impondría en ciertos casos la obligación de asistir a sus competidores y actuar como si no fuera dominante⁴⁵. De acuerdo con esta posición, quien gozara de una posición dominante en un mercado y contara con un recurso esencial que actuara como “cuello de botella” de otro mercado conexo, tendría una responsabilidad especial de permitir el acceso a dicho recurso para favorecer la competencia en el segundo mercado.

43 *Sea Containers/Stena Sealink* 4 CMLR 84, D.O. 1994 L 15/8, 1995. Esta decisión fue dictada por la Comisión varios años después de *Magill*, pero antes de que el TJE fallara definitivamente este caso.

44 *Ibidem*, párrafo 66.

45 Para la Comisión, la negativa de SSP era inconsistente “con las obligaciones de una empresa que goza de una posición dominante en relación con una instalación esencial” (*Idem*, párrafo 70).

Luego de la aparente laxitud con que las autoridades europeas empezaron a aplicar la doctrina de las instalaciones esenciales, en el caso *Bronner* el TJE estableció un marco más acotado para aplicar dicha doctrina, limitándola a casos más bien excepcionales.

El caso *Bronner* se originó en una consulta de un tribunal austriaco al TJE, a fin de que éste interpretase el artículo 86 (actual artículo 82) del Tratado Europeo en el contexto de una demanda de *Oscar Bronner GmbH & Co. KG* (*Oscar Bronner*) en contra de *Mediaprint Zeitungs und Zeitschriftenverlag GmbH & Co.* (*KG Mediaprint*) y dos empresas relacionadas a ésta. A la fecha de la demanda, *Mediaprint* controlaba los dos periódicos de mayor circulación en Austria⁴⁶, los cuales competían con

En Chile, la primera vez que el TDLC aplicó el concepto de instalación esencial fue en un requerimiento por abuso posición dominante presentado por la FNE en contra de Transbank

el de *Oscar Bronner*. Dado que *Mediaprint* contaba con un sistema de distribución a domicilio para sus suscriptores en todo el país, *Oscar Bronner* solicitó que se le permitiera incluir su propio periódico en dicho sistema de distribución a cambio de un pago razonable. Frente la negativa de *Mediaprint*, *Oscar Bronner* presentó una demanda por abuso de posición dominante ante los tribunales austriacos, toda vez que en su concepto (i) no existían mecanismos de distribución equivalentes al de *Mediaprint*; (ii) dado el escaso número de suscriptores de *Oscar Bronner*, no se habría justificado económicamente organizar

un sistema de distribución propio; y (iii) *Mediaprint* habría discriminado arbitrariamente a *Oscar Bronner* al incluir otro periódico en su sistema de distribución. *Oscar Bronner* invocó expresamente la doctrina de las instalaciones esenciales conforme al precedente establecido en *Magill*, a fin de que el TJE declarase que quien posea la única instalación “económicamente viable” debiera permitir el acceso a la misma en condiciones y precios de mercado.

Al responder la consulta del tribunal austriaco, el TJE estableció que no sería abusiva la negativa de una empresa dominante de otorgar acceso a sus instalaciones a los competidores que, en razón de su tamaño, no pueden duplicarlas en condiciones económicamente razonables. Así, interpretando de manera más estricta el precedente de *Magill*, el TJE estableció que la

46 Los periódicos de *Mediaprint* representaban un 46,8% del mercado en términos de circulación y un 42% en ventas de publicidad.

negativa de una empresa dominante sólo sería abusiva en presencia de las siguientes “condiciones excepcionales”⁴⁷:

1. La negativa debe referirse a un producto indispensable para desarrollar un negocio. Ello implica que no deben existir sustitutos actuales o potenciales a dicho producto, por lo que éste no es indispensable si simplemente hay otras alternativas menos ventajosas⁴⁸. Si no existen obstáculos técnicos, legales o económicos para desarrollar un producto alternativo al de la empresa dominante, éste tampoco es indispensable⁴⁹, por lo que no basta con alegar que no es económicamente factible desarrollar un producto propio, debido a una menor escala de producción en comparación con la empresa dominante⁵⁰. En otras palabras, el producto sólo es considerado como indispensable si, al menos, no es económicamente viable duplicar dicho producto en base a una demanda comparable a la de la empresa dominante⁵¹.

2. La negativa debe impedir la aparición de un nuevo producto respecto del cual existe una potencial demanda por parte de los consumidores⁵².

3. No existe una justificación objetiva para la negativa⁵³.

4. La negativa es potencialmente apta para eliminar la competencia en el mercado secundario⁵⁴.

Como puede apreciarse, en Bronner el TJE aplicó un test similar al de Magill, en el sentido de exigir ciertas circunstancias excepcionales para sancionar una negativa de venta conforme a la doctrina de las instalaciones esenciales. Sin embargo, en Bronner el criterio del TJE para determinar cuándo un determinado recurso sería “indispensable” fue mucho más estricto que en Magill, criterio que, de mantenerse, reduciría significativamente el ámbito de aplicación de dicha doctrina.

En IMS Health⁵⁵, un caso referido a la negativa a otorgar una licencia respecto de productos protegidos por derechos de propiedad intelectual, el TJE ratificó el mismo criterio de Bronner y Magill, en el sentido de señalar que dicha negativa no es *per se* abusiva y sólo podría serlo en las circuns-

47 Idem, párrafo 39.

48 Idem, párrafos 40, 41 y 43.

49 Idem, párrafo 44.

50 Idem, párrafo 45.

51 Idem, párrafo 46.

52 Idem, párrafo 40.

53 Idem.

54 Idem.

55 Caso C-418/01, IMS Health GmbH & Co. OHG v. NDC Health GmbH, I-5039, 2004.

tancias excepcionales establecidas en dichos fallos⁵⁶. Sin perjuicio de ello, para estimar la probabilidad de que la empresa dominante pueda excluir la competencia en el mercado secundario, en IMS Health se exigió demostrar la existencia de dos mercados separados y que el producto o insumo de un mercado fuera indispensable para el otro mercado relacionado⁵⁷.

De los casos relevantes sobre negativa de venta en la Unión Europea el más reciente es Microsoft⁵⁸, en el cual el Tribunal de Primera Instancia estableció la existencia de circunstancias excepcionales que hacían abusiva la negativa de Microsoft a entregar información sobre la interoperabilidad (y autorizar el uso de dicha información) para que sus competidores pudieran desarrollar sistemas operativos alternativos al de dicha compañía (Windows)⁵⁹. Si bien en Microsoft el Tribunal de Primera Instancia no recurrió a la doctrina de las instalaciones esenciales para sancionar a dicha compañía, el criterio para determinar la existencia de “circunstancias excepcionales” fue muy similar al utilizado en los casos anteriores en que dicha doctrina fue invocada⁶⁰.

Como puede apreciarse, en la Unión Europea existe una cantidad considerable de casos de negativa de venta en los cuales se ha aplicado, o pretendido aplicar, la doctrina de las instalaciones esenciales. Luego de reconocer dicha doctrina y aplicarla con cierta amplitud, la jurisprudencia comunitaria —en varios casos a propósito de derechos de propiedad intelectual e industrial— ha ido delimitando con mayor precisión el ámbito de la doctrina señalada, restringiéndola a situaciones más bien excepcionales. De esta manera, y especialmente después de los fallos de Bronner e IMS Health, pareciera haberse reducido el espacio para aplicar dicha doctrina en la Unión Europea.

4. La doctrina de las instalaciones esenciales en Chile

El reconocimiento de la doctrina de las instalaciones esenciales es mucho más reciente en Chile que en Estados Unidos y la Unión Europea.

56 *Ibidem*, párrafos 34, 35 y 37.

57 *Idem*, párrafos 39 y 42. Además, tratándose de derechos de propiedad intelectual, el TJE reafirmó la idea de que la negativa a otorgar una licencia sólo puede ser ilícita si impide el desarrollo de nuevos productos que no están siendo ofrecidos por el titular de tales derechos y respecto de los cuales existe una demanda potencial de los consumidores (párrafos 48 y 49). Ello se justifica en base a los incentivos a la innovación que involucran los referidos derechos. En este sentido, Lianos, I. *Competition Law and Intellectual Property Rights: Is the Property Rights' Approach Right?*. 8 Cambridge Yearbook of European Legal Studies, 2005-2006, pp. 153-186.

58 Caso T-201/04, Microsoft Corp. v. Commission. D.O. C 269, 10 de noviembre de 2007, p. 45.

59 *Ibidem*, párrafo 332.

60 Con todo, pese a que corresponde al demandante acreditar la existencia de dichas circunstancias excepcionales, el Tribunal de Primera Instancia estableció que Microsoft tenía la carga de probar la justificación objetiva de su negativa, con lo cual la carga de la prueba sobre este punto recayó sobre esa compañía (véanse párrafos 688 y 697 del fallo).

Dicha doctrina no fue aplicada expresamente con anterioridad a la creación del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia —TDLC— en 2003, sin perjuicio de lo cual, en la práctica, las antiguas Comisiones⁶¹ aplicaron sus premisas en una serie de casos.

Así, por ejemplo, en la Resolución n.º 389, la Comisión Resolutiva estableció que las empresas de telefonía local debían dar la misma clase de acceso a todos los portadores de servicios de telecomunicaciones de larga distancia, para lo cual tenían que introducir a su costa modificaciones en sus redes locales. Asimismo, la Resolución n.º 515 de la Comisión Resolutiva, estableció que la tarificación de los servicios de conmutación y/o transmisión de señales provistas como circuitos privados debía permitir el suministro desagregado de las “facilidades” de la red local, para así introducir mayor competencia en el servicio telefónico local. Por su parte, mediante la Resolución n.º 611, la Comisión Resolutiva declaró que las redes de telefonía de la Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A. —CTC— constituían un insumo para todos los operadores de telecomunicaciones en el mercado nacional. Dicha resolución declaró que debía procurarse la remoción oportuna de cualquier obstáculo artificial para la libre competencia en el acceso de los operadores de telecomunicaciones a las innovaciones tecnológicas que se incorporasen a la red pública telefónica⁶².

Como puede observarse, tal como ocurrió originalmente en Estados Unidos, las decisiones anteriores se referían específicamente a mercados regulados en los cuales, en general, podía considerarse que existía un monopolio natural.

Luego de la creación del TDLC, en diversas oportunidades éste ha aplicado explícita e implícitamente la doctrina de las instalaciones esenciales, y en otros casos ha rechazado recurrir a dicha doctrina⁶³. Los fallos en que el TDLC ha recurrido a dicha doctrina podrían agruparse en las siguientes categorías:

1. Casos en que la doctrina de las instalaciones esenciales no ha sido aplicada, pero se han establecido exigencias de acceso abierto como consecuencia de operaciones de concentración.

La primera decisión relevante del TDLC en la materia fue la Resolución n.º 1 respecto de la fusión entre las empresas de televisión por cable

Metrópolis Intercom S.A. y VTR Banda Ancha S.A. El TDLC reconoció que, de concretarse la fusión, la entidad fusionada se transformaría a esa fecha en la empresa dominante del sector, por lo que estableció una serie de condiciones para aprobarla, entre las cuales, algunas obligaciones de acceso abierto⁶⁴.

Mediante la Resolución n.º 2⁶⁵, el TDLC aprobó la toma de control de BellSouth Comunicaciones S.A. y BellSouth Inversiones S.A. por parte de Telefónica Móviles S.A. En esta resolución, el TDLC contempló como medida para incrementar la competencia en el mercado de la telefonía móvil y obtener una mayor eficiencia en el uso de un bien escaso como el espectro radioeléctrico, la incorporación de los operadores móviles virtuales, para lo cual sería necesario que los operadores móviles ya establecidos permitieran el acceso no discriminatorio a su infraestructura y al espectro radioeléctrico que utilizan.

Como puede apreciarse, en las resoluciones mencionadas el TDLC explícitamente ha reconocido la conveniencia o necesidad de permitir el acceso a la infraestructura de empresas a la sazón con participaciones mayoritarias, en condiciones razonables y no discriminatorias.

2. Casos en que se ha atribuido al regulador la creación de instalaciones esenciales y se le ha instado a modificarlas directa o indirectamente.

En la Resolución n.º 6, el TDLC cuestionó la creación unilateral de una “facilidad esencial” por parte de la Dirección General de Aeronáutica Civil —DGAC—, lo cual podría afectar la competencia en el mercado del aprovisionamiento de combustibles a aeronaves comerciales en los aeropuertos⁶⁶. Así, con el objetivo de introducir más competencia en este mercado, el TDLC recomendó a la DGAC consultar a futuro ante dicho tribunal las condiciones de posibles licitaciones para el otorgamiento de concesiones para operar redes hidrantes en los aeropuertos.

En la Sentencia 44, referida a una demanda para dejar sin efecto una licitación de frecuencias aéreas internacionales a Brasil, el TDLC señaló que: “La frecuencia es un insumo esencial para que las aerolíneas chilenas

61 Principalmente la Comisión Resolutiva y la Comisión Preventiva Central.

62 Resolución n.º 611, resuelto séptimo.

63 En la Sentencia n.º 43, de fecha 7 de septiembre del 2006, el TDLC rechazó considerar los tanques de oxígeno como una instalación esencial en el contexto de un requerimiento por colusión en el mercado del oxígeno medicinal.

64 Condición cuarta de la Resolución n.º 1, de fecha 25 de octubre del 2004: “La empresa fusionada deberá realizar una oferta mayorista, de carácter público, no discriminatoria y de acuerdo a los precios competitivos del mercado de acceso a Internet banda ancha, para cualquier ISP”.

65 Resolución n.º 2, de fecha 4 de enero del 2005, condición cuarta.

66 Resolución n.º 6, de fecha 5 de mayo del 2005, c.10: “(...) lo que se ha hecho es convertir los sistemas de abastecimiento de combustible en una facilidad esencial del mismo. Dado que la forma en que se opere tal facilidad esencial puede tener efectos en la libre competencia, hubiera sido conveniente que la DGAC consultara en forma previa sus condiciones de licitación”.

puedan efectuar la provisión de servicios de transporte aéreo de pasajeros o de carga hacia y desde el exterior. Esta situación es similar al de telefonía móvil y al de radiodifusión, en la que los prestadores del servicio requieren de un insumo esencial como es el espectro radioeléctrico⁶⁷. De esta forma, sin perjuicio de que el TDLC no dejó sin efecto la licitación de las frecuencias aéreas, propuso modificar la regulación existente⁶⁸ a fin de que las futuras licitaciones “se efectúen sobre la base de principios de libre competencia, transparencia, no discriminación, y de eficiencia asignativa en la adjudicación, uso, abandono y relicitación de las frecuencias”⁶⁹.

En la Resolución n.º 25, referida a una consulta sobre la participación de aerolíneas comerciales en las concesiones aeroportuarias, el TDLC declaró expresamente que: “Los aeropuertos presentan características de instalaciones esenciales para la operación de algunas compañías de transporte aéreo, y el control de éstos por uno de los competidores del mercado puede ser utilizado para erigir barreras a la entrada y/o a la expansión de los demás”⁷⁰. Sin perjuicio de ello, y aparentemente con el objetivo de introducir mayor competencia en las licitaciones de infraestructura aeroportuaria, autorizó la participación de empresas operadoras de aeronaves pequeñas en dichos procesos de licitación.

3. Casos en que se ha hecho referencia a las instalaciones esenciales como parte de la argumentación, pero sin consecuencias directas en la decisión.

Al pronunciarse respecto de una consulta en materia de transmisión eléctrica, en la Resolución n.º 8 el TDLC señaló expresamente que: “Lo que debe cautelarse en el sector eléctrico es el acceso abierto a los operadores que compiten en este mercado, en condiciones razonables y no ilícitamente discriminatorias, a determinadas redes sobre las que descansa el servicio que prestan y que constituyen segmentos monopólicos o instalaciones esenciales que coexisten con segmentos donde la competencia es posible”⁷¹. Sin perjuicio de ello, la declaración del TDLC no se tradujo en una decisión concreta respecto del acceso a las referidas instalaciones.

Algo similar ocurrió en la Resolución n.º 27⁷², referida a la consulta sobre un concurso público de telefonía móvil avanzada (3G), en la cual el TDLC estableció que el espectro radioeléctrico sería un insumo esencial

que, combinado con la infraestructura de telefonía móvil (antenas), permitiría a los actores respectivos operar en un mercado con barreras de entrada. Si bien el TDLC mencionó la doctrina de las instalaciones esenciales como mecanismo que podría forzar a quienes poseen antenas de telefonía móvil a dar acceso abierto a las mismas, consideró que ello no se había acreditado en el juicio⁷³. Así, ello no se tradujo en una decisión concreta en tal sentido, sino en una declaración general en cuanto a que el referido concurso público debía contener términos “que no restrinjan o perjudiquen la participación de aquellos interesados que carezcan, a la fecha del Concurso, de infraestructura o redes de comunicaciones móviles”⁷⁴.

4. Casos en que se ha aplicado la doctrina de las instalaciones esenciales a hipótesis ‘clásicas’ de negativa de acceso en mercados integrados verticalmente.

La primera vez que el TDLC aplicó el concepto de instalación esencial fue en un requerimiento por abuso posición dominante presentado por la Fiscalía Nacional Económica —FNE— contra Transbank S.A. —Transbank—. En dicho caso, el TDLC sostuvo que el mercado de los servicios de operación de tarjetas de crédito presentaría ciertas barreras de entrada y sería difícilmente impugnables⁷⁵. En este sentido, el TDLC sostuvo que la plataforma de servicios de operación de Transbank “pareciera tener la característica de instalación esencial para adquirentes y emisores”⁷⁶.

Así, si bien resultaba teóricamente posible que la plataforma de servicios de Transbank compitiera con la de otras tarjetas, en la Sentencia n.º 29 el TDLC estableció que: “La creación de un sistema paralelo de tarjetas de crédito sería, bajo toda razonabilidad, impracticable o difícilmente practicable”⁷⁷. Es decir, para el TDLC la plataforma de Transbank no era razonablemente replicable por los competidores desde la perspectiva económica. En razón de ello, en virtud de un avenimiento parcial alcanzado entre la FNE y Transbank durante el juicio ante el TDLC (el cual fue aprobado por la misma Sentencia n.º 29), se estableció la obligación de Transbank de otorgar libre acceso a sus servicios de operación de tarjetas de crédito en condiciones generales, objetivas y no discriminatorias.

73 Ibidem, p. 80: “(...) si se hubiera demostrado que existen lugares en los que no sea posible instalar nuevas antenas, de modo que las existentes constituyeran facilidades esenciales, sería razonable obligar a sus titulares a compartir su uso, a cambio de un precio de mercado transparente y no discriminatorio, si hubiere factibilidad técnica para ello y fuere imposible para un potencial entrante realizar inversiones razonables para duplicar la infraestructura existente para dar cobertura en dichas zonas”.

74 Idem, resuelvo segundo, condición tercera.

75 Sentencia n.º 29, de fecha 12 de septiembre del 2005, C.31.

76 Ibidem, considerando trigésimo segundo.

77 Idem.

67 Sentencia n.º 44, de fecha 26 de septiembre del 2006, c.3.

68 D.S. n.º 102, que Reglamenta Licitación Pública para Asignar Frecuencias Internacionales a Empresas Aéreas Nacionales.

69 Sentencia n.º 44, de fecha 22 de septiembre del 2006, c.55.

70 Resolución n.º 25, de fecha 27 de marzo del 2008, párrafo 5.1.

71 Resolución n.º 8, de fecha 30 de junio del 2005, c.5.

72 Resolución n.º 27, de fecha 17 de julio del 2008.

Si bien la calificación hecha por el TDLC no contuvo una explicación detallada de los criterios para determinar cuándo se estaría frente a una instalación esencial, pareciera que dicho tribunal se inclinó por la postura clásica de Estados Unidos, que vincula las obligaciones de acceso abierto a la infraestructura física y a los servicios indivisibles a ella, a diferencia de la jurisprudencia de europea, que extiende la doctrina de las instalaciones esenciales al libre acceso de servicios (no necesariamente vinculados a una infraestructura).

En la Sentencia n.º 45, el TDLC condenó a CTC por ciertas restricciones impuestas en los contratos celebrados con los proveedores de servicios de Internet que les impedía otorgar acceso de banda ancha a las empresas prestadoras de servicios de telefonía IP, pese a no existir “razones técnicas o económicas que justifiquen la imposición” de tales restricciones⁷⁸. Para el TDLC, esas limitaciones tenían por objeto restringir la competencia en el negocio de la telefonía fija.

Luego, al rechazar la petición del demandante en cuanto a dictar instrucciones generales para los actores del mercado, el TDLC sostuvo que la eventual regulación de la telefonía IP debiese “limitarse a regular el régimen concesional que se utilice, a asegurar que los prestadores de este servicio cumplan con estándares técnicos mínimos, con el deber de interconexión con otros servicios públicos de telecomunicaciones del mismo tipo”⁷⁹. Sin perjuicio de que en este caso el TDLC no invocó expresamente la doctrina de las instalaciones esenciales, tanto la sanción impuesta a CTC como lo referido a la conveniencia de que exista un deber de interconexión parecieran fundarse en las premisas de dicha doctrina.

Pareciera que tanto la obligación de acceso abierto impuesta a Transbank como lo señalado respecto de la eventual regulación de la telefonía IP, se enmarcaría dentro de una política de competencia que no cuestiona *per se* la posesión de instalaciones esenciales, pero que busca incentivar la competencia exigiendo el acceso abierto a dichas instalaciones por parte de actuales o potenciales competidores.

La jurisprudencia chilena parece haber sido prudente y razonable en la aplicación del concepto de instalaciones esenciales. Sin perjuicio de ello, en casos futuros, probablemente tendrá la oportunidad de definir criterios más precisos

Por último, en la Sentencia n.º 47 el TDLC rechazó una petición de la FNE en cuanto a exigir que los propietarios de dos puertos —Patillos y Patache— permitieran el embarque de sal producida por terceros bajo ciertas condiciones⁸⁰. La decisión del TDLC se fundó exclusivamente en que no constaba que dichos terceros hubiesen solicitado a la empresa dominante acceso a los servicios portuarios y que ésta los hubiese negado.

Sin perjuicio de ello, el TDLC dejó claramente establecido que: “En el caso que un puerto privado tenga las características económicas de una facilidad esencial, y en ausencia de restricciones técnicas o falta de capacidad para el embarque de sal, conjunto de condiciones que no se encuentran suficientemente acreditadas en el caso de autos, podría ser considerado contrario a la libre competencia que el operador portuario niegue sus servicios a terceros que lo soliciten”⁸¹. De lo anterior pareciera desprenderse que, de haber existido un requerimiento de acceso a las instalaciones portuarias de la empresa dominante, la negativa de ésta habría sido sancionada conforme a la doctrina de las instalaciones esenciales.

Contribuye a ilustrar el entendimiento del TDLC la Sentencia n.º 76, de fecha 14 de octubre del 2008, en que el TDLC estimó innecesario recurrir a la doctrina de las instalaciones esenciales, pues consideró que ella “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” y en dicho caso el demandante y el demandado no eran “competidores actuales o potenciales, de manera que la demandada carece de incentivos anticompetitivos para negar el acceso o la venta”⁸².

Según esta jurisprudencia del TDLC, entonces, para estimar aplicable la doctrina de las instalaciones esenciales debiera acreditarse, entre otros requisitos, lo siguiente:

1. Que un determinado recurso tiene las características de una instalación esencial, consistiendo ésta al menos en aquella infraestructura imprescindible para participar, competir o desafiar al dueño o controlador de ese insumo o infraestructura.

80 Sentencia n.º 47, de fecha 5 de diciembre del 2006, c.72. Cabe señalar que el TDLC acogió el requerimiento de la FNE en cuanto al hecho de que la empresa dominante había ejecutado una serie de actos para obstruir la habilitación de un segundo puerto para el embarque de sal en la Región de Tarapacá, lo que tuvo por efecto evitar la entrada de un potencial nuevo competidor en el mercado doméstico de la sal.

81 *Ibidem*, c.71.

82 C.31.

78 Sentencia n.º 45, de fecha 26 de octubre del 2006, c.50.

79 *Ibidem*, c. 81.

2. Que quien posee dicha instalación ha negado el acceso a la misma.
3. Que quien requiere el acceso es un competidor actual o potencial del dueño de la infraestructura.
4. Que no existen “restricciones técnicas o falta de capacidad” para dar acceso a tal instalación.

Respecto de lo anterior, es necesario efectuar algunas precisiones. En primer lugar, si bien el TDLC no lo ha dicho expresamente, de la Sentencia n.º 47 se desprende que para que una instalación pueda ser calificada como esencial, debe estar controlada por un monopolista o una empresa que detente una posición dominante.

En segundo término, pareciera ser necesario que exista una imposibilidad práctica de que un competidor pueda razonablemente duplicar la instalación. Sin embargo, no queda claro cuándo existiría tal imposibilidad práctica. En este sentido, sería conveniente adoptar un criterio similar al que se ha ido consolidando en la jurisprudencia europea (casos Bronner, IMS Health y Microsoft) respecto de cuándo un producto puede considerarse como “indispensable” en los casos sobre negativa de venta.

Por otra parte, cabe preguntarse qué ocurriría si la negativa a dar acceso se refiriera a un producto nuevo o que no haya sido ofrecido voluntariamente con anterioridad por quien lo posea. Al respecto, convendría clarificar si es preferible una aceptación más amplia o restrictiva —similar a la de la Corte Suprema de EE.UU. a partir del caso *Trinko*⁸³— de la doctrina de las instalaciones esenciales.

Luego, debiera determinarse cuándo se estaría en presencia de una “negativa de acceso” injustificada en contraste con aquellas negativas a contratar razonablemente justificadas en criterios comerciales, de costos, u otros equivalentes.

Por último, respecto del requisito de que no debieran existir “restricciones técnicas o falta de capacidad” para dar acceso a la instalación, pareciera indispensable determinar con mayor claridad qué ocurriría en el caso de que el acceso sea posible, pero a la vez costoso para el titular de la instalación. En otras palabras, debiese resolverse si el hecho de que el otorgamiento de acceso no sea rentable para quien posee la instalación constituye una razón válida de negocios o una justificación objetiva para la negativa.

83 Criterio recientemente confirmado por la Corte Suprema de EE.UU. en *Pacific Bell Tel Co. v. Linkline Commc'ns, Inc.*, No. 07-512, Feb. 25, 2009.

5. Algunas conclusiones

Tanto en EE.UU. como en Europa la tendencia actual se inclina por adoptar una mirada más restrictiva respecto de la doctrina de las instalaciones esenciales. En este sentido, casos que habrían sido fallados aplicando dicha doctrina hace sólo un par de décadas, hoy parecieran ser resueltos más bien en base a los criterios aplicables a la negativa de venta —*refusal to deal*— bajo una óptica que en forma más bien excepcional impondría el deber de contratar con los competidores en sede antimonopolios.

La jurisprudencia chilena parece haber sido prudente y razonable en la aplicación del concepto de instalaciones esenciales. Sin perjuicio de ello, en casos futuros, probablemente tendrá la oportunidad de definir criterios más precisos en materias tales como la comprensión del concepto de la “imposibilidad práctica” de que un competidor pueda razonablemente duplicar la instalación; la determinación de qué ocurriría si la negativa a dar acceso se refiriera a un producto nuevo o que no haya sido ofrecido voluntariamente con anterioridad por quien lo posea; la elaboración de los criterios bajo los cuales una “negativa de acceso” se encontraría justificada; o la precisión del requisito de que no debieran existir “restricciones técnicas o falta de capacidad” para dar acceso a la instalación, entre otros criterios relevantes.