

DERECHO CORPORATIVO Y DE LIBRE COMPETENCIA

José Antonio Gaspar

Profesor de Derecho Comercial y Derecho Civil
Universidad Diego Portales

Fernando Araya Jasma

Profesor de Derecho Comercial Universidad Diego Portales

DERECHO CORPORATIVO

USO DE INFORMACIÓN PRIVILEGIADA.
SUPERINTENDENCIA DE VALORES Y
SEGUROS, 14 DE ABRIL DE 2011, RESO-
LUCIÓN EXENTA N°229

El buen funcionamiento del mercado financiero necesita una legislación que garantice el adecuado funcionamiento del mercado de valores. Uno de los aspectos principales de esta normativa es superar las asimetrías de información que pueden darse entre los participantes del mercado de valores, sancionando ciertas conductas vinculadas a lo que se denomina “información privilegiada”. En tal contexto, estimamos relevante exponer una reciente resolución de la Superintendencia de Valores y Seguros que aclara y reitera varios aspectos de la regulación de la información privilegiada.

1. De acuerdo con lo establecido por la Superintendencia de Valores y Seguros en la resolución exenta N° 229, durante el segundo semestre del año 2006, se realizaron las primeras tratativas relacionadas con una posible fusión entre las empresas SQMC

y Anagra S.A. En estas tratativas participaron representantes de estas sociedades, y de Iansa S.A. y Mitsui Agro Business S.A., interviniendo éstas últimas sociedades por el interés de Mitsui Agro Business S.A. de adquirir la participación accionaria que Iansa S.A. tenía en Anagra S.A. una vez concretada la fusión.

En noviembre del año 2006, SQMC y Anagra S.A. intercambiaron un *Confidentiality Letter*, y contrataron bancos de inversión para evaluar la eventual fusión. Con ellas, se reiniciaron las conversaciones en diciembre del año 2007, al punto que en la sesión de directorio de SQMC de 25 de febrero de 2008, se autorizó a la gerencia de SQMC para la realización de negociaciones con Anagra S.A. destinadas a elaborar un MOU en que constaran las bases sobre las cuales proponer a las juntas extraordinarias de accionistas de ambas sociedades la realización una fusión por incorporación, en virtud de la cual SQMC absorbería a Anagra S.A. Todo esto fue informado a la Superintendencia de Valores y Seguros el 27 de febrero de 2008 como hecho reservado.

Por su parte, en la sesión de directorio de Iansa S.A. de 27 de febrero de 2008, su gerente general, Sr. Felipe Lyon Ramírez, informó la iniciación de negociaciones entre Anagra S.A. y SQMC y los términos de esta operación.

Mediante hecho esencial de 7 de enero de 2009, SQMC informó que su directorio había acordado por unanimidad aprobar la suscripción del MOU con Anagra S.A. en los términos antes expuestos, acordando, además, levantar la reserva del hecho informado a la Superintendencia de Valores y Seguros. Finalmente, la fusión no se materializó.

2. Conforme Iansa S.A. informó a la Superintendencia de Valores y Seguros en su respuesta al oficio reservado N° 23 de 13 de enero de 2009, durante el período de negociaciones participó en representación de Iansa S.A. su gerente general, Sr. Felipe Lyon Ramírez, quien, además, participaba en el directorio de Anagra S.A. desde el mes de enero de 2006 hasta marzo de 2008. El Sr. Lyon se desempeñó como gerente general de Iansa S.A. desde el 1 de enero de 2006 hasta el 30 de abril de 2008, fecha en que dejó de prestar funciones para dicha sociedad.

El 11 de junio de 2008, el Sr. Lyon adquirió 16.037 acciones de SOQUICOM, sociedad relacionada a SQMC, a un precio de \$305 por acción, con una inversión total de \$4.891.285.

Por oficio reservado N° 335 de 13 de octubre de 2010, la Superintendencia de Valores y Seguros formuló

cargos en contra del Sr. Lyon por la comisión de la conducta descrita en el artículo 165 de la ley N° 18.045 de Mercado de Valores, estimando que la adquisición de acciones de SOQUICOM fue realizada usando información privilegiada conforme al tipo descrito en esta norma.

3. Entre los descargos contenidos en la respuesta del Sr. Lyon a los cargos formulados por la Superintendencia de Valores y Seguros, consideramos relevantes destacar:

- Que, si bien había participado en algunas reuniones de la operación en su condición de gerente general de Iansa S.A., tras su desvinculación de esta empresa a partir del 30 de abril de 2008, no tuvo contacto con ninguna persona vinculada a estas empresas para hablar de temas relacionados con el acuerdo de fusión entre SQMC y Anagra. El Sr. Lyon agregó que su participación previa se limitó a un par de reuniones informales con gente de Soquimich, dado que la real participación en las negociaciones de una posible fusión las llevo adelante el presidente de Anagra S.A.

Sobre este punto, la Superintendencia de Valores y Seguros dictaminó que esta circunstancia no lo eximía de responsabilidad, toda vez que el artículo 167 de la ley N° 18.045 de Mercado de Valores mantiene los deberes

y prohibiciones que emanan del artículo 165 de la misma ley a las personas que hubieren desempeñado cargos como el de gerente general de Iansa S. A., aunque hayan cesado en el cargo respectivo. La Superintendencia agregó que la naturaleza privilegiada de la información se mantiene en dicho carácter aun cuando quien la posee deje de estar relacionado con el emisor o con la fuente de dicha información, subsistiendo respecto del poseedor todos los deberes y prohibiciones que impone el artículo 165 referido –incluyendo el no hacer uso de la información–, mientras la información siga teniendo la condición de privilegiada.

- Que en el mes en que efectuó la compra de acciones, el mercado ya tenía internalizada la existencia de la fusión, lo que se encontraría avalado tanto por el precio que habían alcanzado en ese momento las acciones SOQUICOM como por el hecho de que la falta de materialización de la fusión no influyó en el valor de la acción.

Al respecto, la Superintendencia de Valores y Seguros sostuvo que, aun cuando hubieran existido rumores acerca de la concreción de la operación de fusión, sólo quienes tomaron parte o conocían de dichas negociaciones sabían a

ciencia cierta –y no sólo en calidad de rumor– de la existencia de las mismas, el nivel de tratativas sostenida, el grado de avance de las negociaciones, y los acuerdos parciales que se fueron adoptando. Así, sólo los partícipes podían hacer un diagnóstico más certero de la posibilidad de éxito de las negociaciones de la fusión, y no sujeto a la incertidumbre de quien desconoce más allá de un rumor la existencia de dichas negociaciones. La Superintendencia de Valores y Seguros sostuvo que en ello consiste precisamente el beneficio de que gozan quienes estuvieron al tanto de las negociaciones, lo que les situaba en una condición de privilegio y ventaja respecto del resto del mercado.

- Que sólo perdió dinero con la adquisición de las acciones SOQUICOM, pues las adquirió cuando su precio estaba en alza y las vendió a un valor notoriamente más bajo. Así, su compra no produjo daño a nadie, ni a las empresas, ni al mercado ni a terceros en general, siendo el Sr. Lyon el único perjudicado, por lo que no se le podía imputar uso de información privilegiada.

En esta materia, la Superintendencia de Valores y Seguros hizo presente que el mercado de valores reposa sobre la base de los bienes jurídicos

de transparencia y equidad, principios que deben concurrir en el mercado para que éste se constituya en una instancia de inversión que goce de credibilidad y confianza entre los inversionistas, y que permita servir de fuente de financiamiento de proyectos y actividades con miras al desarrollo económico. Para ello, es necesario que los que participan en el mercado de valores lo hagan respetando dichos principios, en forma tal que los negocios, ventajas y beneficios que de él se obtengan, provengan de fuentes lícitas. Con tal justificación de los deberes y prohibiciones que impone el artículo 165 de la ley N° 18.045 de Mercado de Valores, cualquier incumplimiento e infracción a dicha regla afecta y causa un daño al sistema y a los fines que el mismo persigue.

La figura infraccional de uso de información privilegiada contenida en el referido artículo 165 no exige la producción de perjuicio para su perfeccionamiento y tampoco la realización de un beneficio o provecho para ello, dado que el tipo infraccional sólo requiere que se haya obrado con dicho propósito. Así, esta intención es para la Superintendencia una condición subjetiva para la punibilidad del acto, lo que en este caso se deduciría de la conducta desplegada por el Sr. Lyon: haber actuado contando con una información no divulgada con la capacidad de influir en la cotización

de un valor y del modo que haría posible lograr tal provecho.

Por lo anterior, y otros argumentos, la Superintendencia resolvió aplicar al Sr. Lyon la sanción de multa a beneficio fiscal, ascendente a cien unidades de fomento, por la infracción al artículo 165 en relación con el artículo 164, ambos de la ley N° 18.045 de Mercado de Valores¹.

4. Este dictamen de la Superintendencia de Valores y Seguros reitera ciertos planteamientos principales sobre la normativa de uso de información privilegiada, pero que estimamos que muchas veces se olvidan en el mercado.

Por una parte, es relevante el recordatorio que hace la Superintendencia sobre la norma del artículo 167 de la ley N° 18.045, en cuanto a que la persona que por su cargo haya tenido acceso a información privilegiada sigue afecta a esta regulación, aunque haya cesado en dicho cargo. En nuestra legislación sobre información privilegiada, cuando una persona ocupa ciertos cargos se configura a su respecto una presunción de posesión de información privilegiada en virtud del artículo 166 de esta ley². Asimismo, las conductas sancionadas por el referido artículo

¹ No tenemos información de que el Sr. Felipe Lyon haya interpuesto recurso alguno en contra de esta resolución.

² Esta persona es denominada *insider* en el Derecho estadounidense, pudiendo usarse en nuestro sistema el término 'iniciado'. Véase María Agnes SALAH ABUSLEME, *Responsabilidad por uso de información privilegiada en el mercado de valores*, Santiago, Editorial Lexisnexis, 2004, p. 179 y ss.

165 se aplican a las personas que en razón de su cargo posean información privilegiada. Por ello, cobra relevancia la posición por la que se tuvo acceso a la información privilegiada, lo que se analiza para el momento en que se accede a la misma, sin importar si para cuando se use se está o no en posesión de dicho cargo.

De este modo, si bien nuestra normativa sanciona el uso de información privilegiada a ciertas personas, la calidad de privilegiada de la información no se altera por la posición que tiene el sujeto que la conoce. Ello cobra relevancia, como en este caso, cuando se cesa en el cargo que fundamenta el acceso a la información, situación en que el sujeto debe recordar que aún queda afecto a estos deberes³.

Por otro lado, si bien este ilícito busca prevenir la obtención de un beneficio indebido por la parte que cuenta con la información privilegiada, es relevante recordar que no es necesario que dicho beneficio efectivamente se obtenga para que se sancione la conducta. Si, por una parte, para que la información sea privilegiada basta que ella potencialmente pueda influir en la cotización de valores, aunque no lo haga, del mismo modo la conducta se sanciona cuando el sujeto tiene la intención de obtener beneficios, aunque ello no se

logre. El mercado de valores necesita estas prevenciones para mantener la confianza en los partícipes del mismo, evitando que en cada caso se analice el beneficio obtenido (o su monto) para decidir si se sanciona o no.

BIBLIOGRAFÍA

SALAH ABUSLEME, María Agnes, *Responsabilidad por uso de información privilegiada en el mercado de valores*, Santiago, Editorial Lexisnexis, 2004

JAG

INTERÉS DE UN GERENTE GENERAL EN UN ACTO O CONTRATO QUE PRETENDE CELEBRAR UNA SOCIEDAD ANÓNIMA. CORTE SUPREMA, 12 DE AGOSTO DE 2011, ROL 6943-2009, N° IDENTIFICADOR LEGALPUBLISHING 50247

Como señala Álvaro Puelma Accorsi⁴, una de las finalidades de la normativa sobre actos y contratos con personas relacionadas a una sociedad anónima, es impedir que personas relacionadas con una sociedad anónima puedan obtener beneficios indebidos de ella. Para ello, el artículo 44 de la ley N° 18.046, sobre Sociedades Anónimas, en su texto anterior a la modificación

³ De ahí la importancia de las políticas y procedimientos relativos a la adquisición o enajenación de valores de la entidad, regulados por el artículo 16 de la ley N° 18.045 y la Norma de Carácter General N° 270 de la Superintendencia de Valores y Seguros, en que debiera recordarse esta limitación.

⁴ ÁLVARO PUELMA ACCORSI, *Sociedades*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2009, tomo II, p. 624.

introducida en esta materia por la ley N° 20.382, sobre Gobiernos Corporativos, regulaba las operaciones en que directores o ejecutivos de una sociedad anónima tuvieran “interés”, por sí o como representantes de otra persona. Al respecto la Corte Suprema recientemente se ha pronunciado sobre el concepto de “interés” aplicable en esta materia.

1. Don Juan Diéguez Manfredini participaba en la propiedad del denominado Grupo Hidrosán en el período comprendido entre el 1 de octubre de 1987 y el 13 de noviembre de 2000, habiendo asesorado a la empresa Thames Water en la toma de control de ESSEL. Luego Thames Water adquirió ESSBIO, contactando al Sr. Juan Diéguez para nombrarlo gerente general de ESSBIO por su conocimiento del mercado de las empresas sanitarias. Antes de asumir como gerente general de ESSBIO, el Sr. Diéguez decidió vender su participación en el referido Grupo Hidrosán a fin de evitar posibles conflictos de interés respecto de su nuevo cargo. En tal sentido, el Sr. Diéguez celebró los siguientes actos, entre otros:

- con fecha 13 de noviembre de 2000, vendió el total de sus acciones en Hidrosán Ingeniería S.A. a don Guillermo Ruiz Pérez, a don Nelson Julián Araya Romo, a don Carlos Jarpa Riveros y a Ingeniería Hidráulica y Sanitaria Hidrosán Ltda.
- con igual fecha, celebró un contrato de retrocompra con el Sr. Carlos Jarpa Riveros, su

abogado, referido al 9,5% del total de las acciones de Hidrosán Ingeniería S.A. En dicho contrato, se establecía que el Sr. Carlos Jarpa se obligaba a retrovender dichas acciones a petición del Sr. Juan Diéguez y que el precio de la retrocompra sería igual al precio de venta, reajustado de conformidad a la variación de la UF entre la fecha de celebración del contrato de compraventa y la fecha de celebración de la retrocompra.

Con fecha 14 de diciembre de 2000, el Sr. Diéguez asumió el cargo de gerente general de ESSBIO, el cual ejerció hasta el 31 de julio de 2003. Durante su gestión, ESSBIO realizó al menos las siguientes operaciones con empresas relacionadas con el Grupo Hidrosán:

- planta de tratamiento de agua potable Coronel, Penco y Lirquén, adjudicada el consorcio Icafal-Hidrosán,
- obras de mejoramiento de la planta de tratamiento de agua potable La Mochita, adjudicada al Consorcio Belfi-Hidrosán,
- contrato de prestación de servicios de recolección, conservación y transporte de muestras de AS y riles de ESSBIO, celebrado con la empresa Hidrolab S.A.,
- contrato de ingeniería celebrado con la empresa Hidrosán Ingeniería S.A., respecto del proyecto de planta de aguas servidas de Rancagua, y

- contrato de asesoría de riles celebrado con la empresa Hidroquality S.A.

Con fecha 2 de marzo de 2004, el Sr. Diéguez asumió el cargo de gerente general de la sociedad Ingeniería Hidrosán S.A. El Sr. Diéguez no ejerció su facultad de retrocomprar las acciones de Hidrosán Ingeniería S.A. en virtud del contrato de retrocompra con el Sr. Riveros. Sólo con fecha 8 de marzo de 2004, el Sr. Riveros transfirió una acción de Hidrosán Ingeniería S.A. al Sr. Juan Diéguez.

2. Sobre la base de los hechos antes referidos, la Superintendencia de Valores y Seguros realizó una investigación administrativa acerca de una posible infracción al artículo 44 de la ley N° 18.046 sobre Sociedades Anónimas, por parte del Sr. Juan Diéguez durante su gestión como gerente general de ESSBIO. Con fecha 11 de agosto de 2004, mediante oficio ordinario N° 07237, la Superintendencia de Valores y Seguros formuló cargos al Sr. Juan Diéguez por la realización de operaciones con partes relacionadas sin el conocimiento ni la aprobación del directorio y sin haberse dado a conocer dichas operaciones a la junta de accionistas durante el ejercicio de su cargo como gerente general de ESSBIO. En el marco de dicho procedimiento, mediante la resolución exenta N° 573 de 23 de diciembre de 2004, la Superintendencia de Valores y Seguros le aplicó la sanción de multa, a beneficio fiscal, ascendente a diez mil unidades de fomento, por infracción a lo dispuesto

en el artículo 44 de la ley N° 18.046, en relación con el artículo 50 del mismo cuerpo legal.

La defensa del Sr. Juan Diéguez interpuso acción de reclamación contra la resolución exenta N° 573, la cual fue rechazada en primera instancia con fecha 26 de octubre de 2006, por el 24° Juzgado Civil de Santiago bajo el rol N°5928-2005.

Se interpuso recurso de casación en la forma y apelación subsidiaria contra la sentencia anterior, los cuales fueron rechazados con fecha 17 de junio de 2009, por la Corte de Apelaciones de Santiago bajo el rol N° 10362-2006 (N° identificador LegalPublishing 42260), con declaración de rebaja de la multa impuesta al equivalente a seis mil unidades de fomento.

Finalmente, la defensa del Sr. Juan Diéguez dedujo recurso de casación en el fondo en contra de esta sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, el cual fue conocido por la Corte Suprema bajo el rol N°6943-2009.

3. Entre los distintos argumentos de la parte recurrente en su recurso de casación, estimamos pertinente destacar su imputación de error de derecho a la sentencia de la Corte de Apelaciones por estimar configurada una infracción al artículo 44 de la Ley de Sociedades Anónimas, al dar por establecida una relación entre el señor Juan Diéguez y el Grupo Hidrosán. Destacamos que la parte recurrente estimaba insuficiente para configurar dicha relación que el Sr. Juan Diéguez tuviese un contrato de

retrocompra por el 9,5% de la propiedad de Hidrosán Ingeniería S.A., como un hecho carente de significación real para demostrar interés.

Para analizar este tema, la Corte Suprema acudió a la definición de ‘interés’ establecida por la Real Academia de la Lengua Española, “provecho, utilidad, ganancia” y como

“inclinación más o menos vehemente del ánimo hacia un objeto, persona, narración, etc.”.

La Corte Suprema estimó que la existencia de un contrato a través del cual se ceden las acciones en una sociedad anónima, pero al mismo tiempo se pacta la retroventa, implicaba necesariamente una relación de interés permanente en dicha sociedad. Señaló que no podía estimarse como totalmente desvinculada a una persona de una sociedad, si en el momento de vender sus acciones pactaba la posibilidad de volver a adquirirlas dentro de un plazo determinado, en lo que tomaba relevancia la acepción de interés como “inclinación del ánimo hacia un objeto”. Para la Corte Suprema, el Sr. Juan Diéguez se desprendía formalmente de sus acciones, pero manifestaba un ánimo de conservar la posibilidad de recuperarlas dentro de un plazo, concluyendo que el interés existía. Se agregó que esta conclusión no se desvanecía con la circunstancia de que el pacto de retroventa no se haya hecho finalmente efectivo, si estaba vigente cuando se celebraron los

contratos con partes relacionadas.

Con esto, y rechazando otros argumentos de la parte recurrente, la Corte Suprema estimó que la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago no había infringido precepto legal alguno al concluir que el Sr. Juan Diéguez tenía una relación de interés con las empresas que celebraron contratos con ESSBIO, por lo que no habiéndose dado a conocer al directorio de ESSBIO dicha circunstancia, el Sr. Juan Diéguez había vulnerado el artículo 44 de la Ley de Sociedades Anónimas. Así, la Corte Suprema rechazó el recurso de casación en el fondo interpuesto por la defensa del Sr. Juan Diéguez.

4. Como señala Enrique ALCALDE⁵, ésta sería la primera vez que se precisa el concepto de ‘interés’ para los fines previstos en el artículo 44 de la ley N° 18.046, sobre Sociedades Anónimas⁶. En la doctrina, se con-

⁵ Enrique ALCALDE, “El concepto de interés y el deber de lealtad de los administradores de sociedades anónimas”, análisis jurídico en *El Mercurio Legal*, 27 de septiembre de 2011. <http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2011/09/27/El-concepto-de-interes-y-el-deber-de-lealtad-de-los-administradores-de-sociedades-anonimas.aspx>, revisado el 8 de noviembre de 2011.

⁶ A modo referencial, considérese el oficio N° 827 de 6 de febrero de 2001 de la Superintendencia de Valores y Seguros, en que ante la petición que se pronuncie sobre la expresión “director con interés”, esta institución señaló: “la expresión ‘director con interés’ debe ser examinada exclusivamente dentro del ámbito de lo prescrito en el artículo 44 de la ley N° 18.046 y el criterio de esta Superintendencia no ha cambiado en lo que hasta la fecha se entiende como

sideraba que la expresión “interés” tenía que ser considerada ampliamente, dado que abarcaría tanto el interés proveniente de la calidad de parte en el contrato celebrado por la sociedad anónima, como también el interés de mediación, agencia, distribución o suministro en que la realización del acto puede representar una ventaja económica para el director o ejecutivo.⁷

La Corte Suprema, al considerar la definición de la Real Academia de la Lengua Española, nos da un concepto amplio de interés, como “inclinación del ánimo hacia un objeto”. Dicho concepto puede servir de guía, evitando que el concepto de interés para estos efectos se vea limitado a la interpretación extensiva de las hipótesis de interés que el actual artículo 44 de la ley N° 18.046 contempla para las sociedades anónimas cerradas, análisis que podría hacerse extensivo para las sociedades anónimas abiertas en virtud del N° 1 del artículo 147 de la misma ley.

tal y ha sido invariable en los alcances de la misma, no obstante los cambios introducidos a dicho precepto a través de la ley N° 19.705. En efecto, lo que el legislador ha entendido respecto al director con interés es aquel que se encuentra frente a una operación o negocio (acto o contrato) en que dicho director –o a través de sus personas relacionadas– tiene interés, el cual se contrapone al interés social; es decir, se le presenta un conflicto de interés, en que debe dilucidar si opta por realizar el negocio para sus intereses particulares por sobre los de tipo social.”, SUPERINTENDENCIA DE VALORES Y SEGUROS, *Dictámenes Mercado Valores 2000-2004*, p. 89.

⁷ PUELMA ACCORSI (n. 4), p. 623.

Estimamos conveniente dar una extensión amplia al concepto de interés aplicable a estas normas. Dado que esta regulación busca prevenir conflictos de interés, un concepto amplio de interés, como el formulado por la Corte Suprema, beneficia el objetivo final señalado anteriormente: evitar la obtención de beneficios indebidos de la sociedad anónima. No nos resulta desconocido que un criterio amplio de interés puede restringir o “encarecer” la selección de directores y ejecutivos de sociedades anónimas, pero ello puede verse compensado con la mayor dedicación que debiera aportar tal ejecutivo a la sociedad anónima al verse privado de conflictos de interés. Lo anterior, resulta mayormente relevante en el contexto societario actual, en que se discute la necesidad de modificar la legislación de sociedades anónimas para regular mejor estas situaciones y profesionalizar más la administración social, cuando la normativa existente (y recientemente modificada) puede resultar suficiente para evitar escándalos corporativos.

BIBLIOGRAFÍA

Enrique ALCALDE, “El concepto de interés y el deber de lealtad de los administradores de sociedades anónimas”, análisis jurídico en *El Mercurio Legal*, 27 de septiembre de 2011. <http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2011/09/27/El-concepto-de-interes-y-el-deber-de-lealtad-de-los-administradores->

de-sociedades-anonimas.aspx, revisado el 8 de noviembre de 2011.

PUELMA ACCORSI, Álvaro, *Sociedades*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2009.

SUPERINTENDENCIA DE VALORES Y SEGUROS, *Dictámenes Mercado Valores 2000-2004*.

JAG

que la conducta en análisis se dio en un contexto que involucró la participación de un organismo público en facilitar, con actos supuestamente constitutivos de falta de servicio, la conducta reprochada por la demandante⁹; tercero, que el caso trata de la discutida disciplina de los precios excesivos como abuso de explotación en sede de libre competencia.

DERECHO DE LA LIBRE COMPETENCIA

PRECIOS EXCESIVOS COMO ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE DE EXPLOTACIÓN: ¿CUÁNDO Y CÓMO INTERVENIR EN SEDE DE LIBRE COMPETENCIA? CORTE SUPREMA, 28 DE ENERO DE 2011, ROL 6100-2010*.

De la sentencia comentada se destaca, primero, que es el primer fallo revocatorio contra una sentencia del TDLC en bastante tiempo⁸; segundo,

* Agradezco a Manuel Bernet quien me transmitió su valiosa experiencia como litigante en la presente causa.

⁸ Sent. N° 100 TDLC. En sentido técnico, no es que la CS revoque la sentencia del TDLC, sino que acoge los recursos de reclamación y en el análisis de éstos declara que se rechazan las demandas presentadas. Cerca de dos años y aproximadamente quince sentencias en que las reclamaciones fueron rechazadas por la CS o acogidas sólo en aspectos menores separan el presente caso de CS, 16 de enero de 2009, rol 1855-2009, que acogió la reclamación contra sentencia N°

81/2009 TDLC (caso JAC), de 16 de enero de 2009. Ambos casos tienen en común el tratarse de intervenciones del TDLC en sectores regulados. Pero ni lo anterior ni el tratarse el comentado de un caso de precios excesivos pueden considerarse con certeza elementos definitorios de un particular sesgo de la CS. En efecto, entre ambas decisiones de la CS, ésta pronunció rechazos de reclamaciones contra sentencias condenatorias del TDLC recaídas en sectores regulados (por ejemplo, CS, 7 de julio de 2010, rol 8077-2009 rechaza reclamación contra sentencia N° 88/2009 TDLC de 15 de octubre de 2009 (Celulink)); así como reclamaciones acogidas sólo en ciertos aspectos contra sentencias condenatorias del TDLC en casos de precios excesivos (por ejemplo, CS, 18 de mayo de 2010, rol 5443-2009 rechaza reclamación y la acoge en parte contra sentencia N° 85/2009 TDLC de 2 de julio de 2009 (caso Sanitarias)).

⁹ Sent. N° 100 TDLC, “El DGOP/MOP, organismo fiscalizador de la concesión, respaldó el comportamiento del PTLA, al responder negativamente los reclamos que le presentaron varios de los demandantes de autos” (cons. 110°); “El MOP no incurrió en infracción a la libre competencia por el hecho de no fiscalizar o fiscalizar inadecuadamente el contrato de concesión. Lo anterior sin perjuicio de que las deficiencias en el ejercicio de potestades públicas inherentes al MOP/DGOP, puedan ser constitutivas de responsabilidad del Estado por ‘falta de servicio’, lo cual sería de competencia de los Tribunales Ordinarios de Justicia” (cons. 102°).

La figura de precios excesivos o ‘abusivos’¹⁰ adscribe a la categoría de abusos de posición dominante. La CS explicita esto último, junto con los requisitos para configurar la infracción:

“El abuso de posición dominante en lo relativo a los precios puede darse fijando precios predatorios, abusivos o discriminatorios”¹¹.

“Para imputar la infracción no basta que exista una posición dominante y que las tarifas sean abusivas, porque además debe acreditarse que esta situación vulnera de algún modo la libre competencia, cual es lo que se pretende proteger”¹².

En la literatura en torno a los precios abusivos, se discute si dicha práctica amerita o no intervención pública y, si la respuesta a lo anterior es afirmativa, en qué sede (autoridad de competencia/regulador sectorial), en qué casos, bajo qué marco analítico y qué medidas o remedios desplegar a su respecto¹³. Desde el

punto de vista de la justicia contractual, la cuestión se relaciona con la posibilidad de concebir contratos abusivos o de explotación desde un prisma estrictamente sustantivo, esto es, referido al examen de una equivalencia de las contraprestaciones e independientemente de la justicia contractual procedimental¹⁴.

En el caso, las demandantes, Nutripro S.A. y otros, empresas importadoras de productos provenientes de la zona central de Argentina y Brasil a la zona central de Chile y, en su calidad de tales, usuarias de los servicios de infraestructura pública concesionada proveídos por la demandada PTLA, reprocharon a esta última empresa el haber abusado de su posición dominante infringiendo el art. 3 letra b) del DL N° 211, por imponer cobros abusivos que especifica. Reprocharon, además, al MOP deficiencias en el diseño de la licitación para adjudicar la concesión y falta de fiscalización durante la fase de explotación de la misma¹⁵.

El TDLC condena a PTLA por haber efectuado

¹⁰ En lo que sigue, se utilizarán dichas expresiones de modo indistinto. Según el contexto, los precios pueden ser excesiva o abusivamente altos (poder de mercado de venta o monopolio) o bajos (poder de mercado de compra o monopsonio). El comentario está referido a una situación del primer tipo.

¹¹ Sent. N° 100 del TDLC, considerando 10°.

¹² Sent. N° 100 del TDLC, considerando 11°.

¹³ OECD, *Excessive prices. Background paper* by Frank MAIER-RIGAUD, 2011, *passim*. Disponible en <http://www.oecd.org/dataoecd/1/3/48847462.pdf>

¹⁴ Por la negativa, por ejemplo, Rick BIGWOOD, *Exploitative Contracts*, New York, Oxford University Press, 2003; por la afirmativa, por ejemplo, Stephen SMITH, “In Defence of Substantive Fairness”, 112, in *Law Quarterly Review*, N° 112, Oxford, 1996, pp. 138-158. Por esta vía cabría referir situaciones similares con tratamiento legislativo como son la lesión enorme, la existencia de una tasa de interés máxima que puede convenirse en operaciones de crédito de dinero, el delito de usura, la regulación de precios en servicios públicos, entre otras.

¹⁵ Sent. N° 100 del TDLC, considerando 21°.

“cobros injustificados y abusivos, abusando de la posición dominante que adquirió al adjudicarse la concesión”.

Para ello, primeramente, constató que PTLA cobraba la tarifa máxima permitida por las regulaciones de la concesión por un servicio que, en los hechos, no era el que prestaba ‘estiba y desestiba obligatorio’ y, enseguida, para evaluar si las tarifas efectivamente cobradas eran o no justificadas desde un punto de vista económico, el TDLC evaluó la metodología para el cálculo y asignación de costos utilizada en el informe pericial presentado en el juicio, compartiéndola en parte, pero, a la vez, siendo más estricto en otros puntos e identificando que las tarifas en algunos casos duplicaban y en otros triplicaban los costos atribuibles al servicio de ‘apoyo a la inspección’ –el efectivamente prestado– que hacían que éstas carecieran de justificación no sólo jurídica sino, también, económica¹⁶.

El TDLC acogió las demandas sólo en cuanto a declarar que PTLA infringió la letra b) del DL N° 211, al abusar de su posición dominante en el mercado mediante el cobro de la tarifa máxima correspondiente al servicio de estiba y desestiba, *por un servicio diferente y de menor costo al regulado por ésta*; impuso a PTLA una multa de 350 UTA y le ordenó abstenerse, en lo sucesivo, de aplicar

la tarifa correspondiente al servicio de estiba y desestiba por servicios distintos de los regulados por ésta.

La CS acogió el recurso de reclamación de la demandada PTLA, declarando que se rechazan las demandas deducidas¹⁷.

1. PRINCIPALES ASPECTOS CONTROVERTIDOS FRENTE A UN CASO DE PRECIOS EXCESIVOS

Cuestiones previas

La literatura ofrece un conjunto de argumentos para el debate acerca de si los precios excesivos justifican o no intervención pública y, si lo anterior es afirmativo, en qué sede.

Respecto de la primera cuestión, los argumentos centrales por la no-intervención se resumen en que castigar los precios excesivos sería

- i) privar a la empresa con poder de mercado de la legítima recompensa que le ha inducido a ingresar y permanecer en el mercado y competir¹⁸ y

¹⁷ Adicionalmente rechazó los recursos de reclamación de las empresas demandantes Graneles, Iansa, Tucapel, Terramar, y rechazó también el recurso de reclamación del fisco de Chile.

¹⁸ En efecto, las empresas se encontrarían en un constante desarrollo e implementación de estrategias para obtener poder de mercado y explotarlo, imponiendo precios por sobre los costos marginales. Ése sería uno de sus principales incentivos para permanecer en el mercado. La circunstancia anterior y su legitimación jurídica ha sido reconocida por la Corte Suprema de Estados Unidos:

¹⁶ Sent. N° 100 del TDLC, considerados 89°-90°.

- ii) que podría desalentar nueva entrada, inversión o innovación, mecanismos principales de autocorrección de los elevados precios.

En la vereda opuesta se sostiene, fundamentalmente,

- i) que la figura de precios excesivos produce los efectos en la eficiencia asignativa y en el excedente del consumidor que, por antonomasia, fundamentan la intervención pública y, particularmente, la intervención en sede de libre competencia. Por otra parte,
- ii) que las barreras a la entrada muchas veces impiden que los mercados se autocorrijan o, bien, pasa mucho tiempo antes de que ello suceda. Además
- iii) está la razón de texto: las legislaciones sobre competencia suelen permitir la intervención

en esta sede en casos de precios abusivos¹⁹.

Respecto de la segunda cuestión, se identifican diferencias entre las autoridades de competencia y los reguladores sectoriales que tienen que ver con sus respectivos objetivos, los diversos fundamentos y umbrales de intervención, la frecuencia con que actúan en los mercados, el acceso a la información del mercado, el mayor o menor conocimiento sectorial experto, la mayor o menor independencia institucional y riesgo de captura, y los instrumentos con que actúan unos y otros. Si bien, tanto para los reguladores sectoriales como para las autoridades de competencia es difícil determinar cuándo un precio es excesivo y cuándo competitivo, la diferencia fundamental es que la actividad regulatoria tiene una naturaleza prospectiva o *ex ante*, encaminada a imponer comportamientos en reemplazo de la competencia efectiva que se daría en otras circunstancias y, el derecho de la competencia, en cambio, en cuanto prohíbe y castiga conductas anticompetitivas, tiene una naturaleza retrospectiva o *ex post*, salvo en el caso del control de fusiones. En este sentido, la regulación directa en los precios por la autoridad regulatoria presenta menos problemas de certeza jurídica que la intervención contra los precios excesivos en sede

“La mera posesión de poder monopólico, y la concomitante imposición de precios monopólicos, no sólo no es ilegal; ella es un importante elemento del sistema de libre mercado. La oportunidad para imponer precios monopólicos –a lo menos por un breve período– es lo que atrae en primer lugar a las ‘habilidades para los negocios’ [*business acumen*]; incentiva la toma de riesgos que produce innovación y crecimiento económico. Para salvaguardar el incentivo a innovar, la posesión de poder monopólico no será considerada ilegal a menos que esté acompañada por un elemento de conducta anticompetitiva” (traducción libre) *Verizon Commc’ns Inc. vs. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP*, Supreme Court of the United States, 13 de enero de 2004, N° 02-683, p. 407. Disponible en <http://law.oacle.com/ussc/540/540us398.html>.

¹⁹ En el caso de Chile, este fundamento es aplicable dado el tenor del art. 3° inc. 2° letra b) del DL N° 211, que identifica la ‘fijación de precios de compra o de venta’ como una de las formas que puede adoptar el abuso.

de libre competencia. En este mismo asunto, las autoridades de competencia han sido consideradas insuficientemente dotadas para efectuar regulación de precios específica y, los reguladores sectoriales, demasiado focalizados en los detalles y sin la mirada amplia y general de promover la competencia efectiva en el sector. Pero una total abstención en sede de libre competencia frente al problema de precios excesivos podría llevar a los afectados a golpear las puertas de los legisladores quienes promoverían regulaciones quizá no del todo afortunadas.

Las razones expuestas en uno y otro sentido, sobre la discusión de la necesidad de intervención pública y la existencia de ventajas y desventajas relativas de los diferentes tipos de organismos en el tratamiento de los precios excesivos, permiten descartar respuestas a priori y sin atención al contexto institucional y de mercado respecto del cual recaerá la decisión de intervenir o no.

La decisión debiera equilibrar el propósito de corregir fallas del mercado no autocorregibles con la adecuada selección de medios tales que no socaven la estructura de incentivos de un buen funcionamiento de los mercados.

En este sentido, admitiendo la posibilidad que las autoridades de competencia puedan intervenir de algún modo frente a casos de precios excesivos, las cuestiones determinantes serán los criterios de selección de los casos a considerar, un sólido análisis que fundamente la decisión

que configura la conducta infractora y un adecuado diseño de las medidas o remedios que se impondrán a su respecto. Revisaremos estos elementos examinando si los encontramos o no presentes en el caso conocido por el TDLC que comentamos.

¿En qué casos?

Por las razones referidas anteriormente, sólo en circunstancias excepcionales se justificaría que las autoridades de competencia intervengan sustituyéndose a los posibles mecanismos de autocorrección del propio mercado. Los principales criterios que se invocan para justificar una intervención en esta sede, son:

- I) una 'súperdominancia' o monopolio y el origen del poder de mercado,
- II) elevadas barreras de entrada no meramente transitorias y
- III) reguladores con escasos poderes o, por otras razones, débiles en el ejercicio de su función.

Si bien ellos son mencionados como elementos independientes, en las situaciones de precios excesivos, suele concurrir más de uno.

I) Si la empresa que impone precios excesivos es un monopolio o tiene una posición dominante cercana al monopolio, es menos probable que el mercado sea capaz de auto-corregirse dentro de un período razonable. La competencia real o potencial remanente difícilmente tendrá la capacidad de disciplinar a la empresa 'súperdominante'. Establecer un estándar especial de dominancia para fundamentar

la intervención es, al mismo tiempo, una garantía de certeza jurídica que brinda un coto de licitud para aquellas empresas con dominancia ‘simple’. Este primer elemento sí aparece considerado por el TDLC en el caso en cuestión. Los servicios no sólo eran monopólicos sino que, además, estando asociados a exigencias de la autoridad, la demanda por ellos era totalmente inelástica.

“Se debe tener presente que PTLA es un monopolio legal en la provisión de todos los servicios portuarios en el paso de Los Libertadores dado que, de acuerdo con su contrato de concesión, los presta en condiciones de exclusividad”²⁰.

“PTLA es el único oferente de los servicios antes mencionados y constituye, por consiguiente, un monopolio en la provisión de aquéllos, los que sus demandantes no pueden dejar de solicitar pues su exigencia es determinada por la autoridad. Por lo anterior cuenta con absoluto poder de mercado”²¹.

²⁰ Sent. N° 100 del TDLC. Los considerandos siguientes se ocuparán de descartar como alternativas para las demandantes el uso del transporte aéreo o marítimo para sus importaciones y el uso de otros pasos fronterizos, para concluir que los demandantes no disponen de sustitutos relevantes a los servicios provistos por PTLA (considerandos 25°-29°).

²¹ Sent N° 100 del TDLC, considerando 42°.

Junto al elemento de ‘súperdominancia’, la consideración del origen de ésta puede complementar la vara. La dominancia fundada en derechos especiales o exclusivos aún vigentes o que rigieron en el pasado reciente (por ejemplo, monopolios públicos u otras empresas favorecidas por barreras legales), o cuyo origen se basa en otras formas de favorecimiento por el gobierno, justifica un mayor escrutinio que la dominancia producto de eficiencias. Estimamos que, en el caso, este punto puede vincularse con la acusación de las demandantes de haber el MOP asignado anticompetitivamente la concesión. Si bien el TDLC descarta la responsabilidad del MOP por la selección del mecanismo de asignación, no deja de advertir los riesgos de estas asignaciones y su carácter imperfecto. Asimismo consigna hechos que darían cuenta de una especie de premeditación por parte de la demandada.

“La asignación de monopolios por parte del Estado debe efectuarse por medio de licitaciones competitivas que permitan reemplazar o sustituir la competencia en el mercado, previniendo conductas contrarias a la competencia por parte de los adjudicatarios o concesionarios”²².

“Es preciso que las autoridades concernidas en la asignación de un monopolio tengan un

²² Cons. 91°.

especial cuidado en el diseño de las respectivas licitaciones, tanto para disipar rentas monopolísticas, como para evitar vacíos que permitan el oportunismo y el abuso, tanto por los oferentes en la licitación misma, como en el mercado ex-post, una vez adjudicada o asignada ésta”²³.

“La circunstancia de que el modelo escogido por el MOP sea imperfecto, no implica necesariamente que éste haya infringido la libre competencia en la asignación de la concesión”²⁴.

“PTLA tenía o debía tener plena conciencia de la infracción en que incurrió, pues no pudo racionalmente haber ofrecido una tarifa TAR de cero pesos en la Licitación sin haberse propuesto y planificado deliberadamente, desde el comienzo, realizar el cobro abusivo”²⁵.

II) Otro umbral que suele mencionarse para apoyar la intervención es la existencia de barreras a la entrada elevadas no meramente transitorias. El umbral tiene en cuenta, en especial, las barreras estructurales (propias de las características de la industria) y las barreras legales, toda vez que las barreras estratégicas podrán

normalmente ser abordadas directamente atacando el comportamiento de exclusión que ellas implican. Las barreras legales y estructurales, en ocasiones, pueden ser abordadas promoviendo la liberalización en el primer caso y la regulación en el segundo. Sin embargo, cuando ello no es posible o, de serlo, ello va a tomar tiempo, cobra sentido la intervención en sede de libre competencia contra los precios excesivos favorecidos por dichas barreras. Se puede contemplar, incluso, una estrategia dual, reprochando el comportamiento de precios excesivos y abordando a la vez las barreras legales o estructurales desde la perspectiva de promoción de la competencia. Atendido que en el caso comentado nos encontramos frente a un monopolio legal, este elemento también se encuentra presente, sin que haya ameritado mayor reflexión por el TDLC. En efecto, la concesión fue adjudicada en el año 2004 por un plazo de doscientos cuarenta meses, garantizándose a PTLA la prestación de los servicios en condiciones de exclusividad.

III) Si la práctica de precios excesivos se desarrolla por una empresa bajo la supervisión de reguladores con escasos poderes o, por otras razones, débiles en el ejercicio de su función, he aquí otro motivo que parecería justificar la intervención por las autoridades de competencia. En principio, existiendo un regulador facultado para evaluar la acusación de precios excesivos, y diligente en su función, no parecen existir razones para la actuación de la autoridad de competencia. Si el regulador no

²³ Cons. 92°.

²⁴ Cons. 95°.

²⁵ Cons. 109°.

existe o, bien, carece de facultades, las autoridades de competencia podrían promover su creación o fortalecimiento. Pero si el regulador existe, está dotado de facultades y, sin embargo, por alguna otra razón es débil en el ejercicio de su función, se abre una válvula para la intervención en sede de libre competencia. Estas circunstancias parecen estar presentes en el caso en comento. Y, si bien, de esta manera, se podría dar solución a los afectados, es manifiesto que con ello se transforma a las autoridades de competencia en reguladores de última instancia, lo que plantea conflictos de competencia entre las autoridades, además de inmiscuir a las autoridades de competencia en cuestiones regulatorias.

“Este Tribunal considera que [la omisión del MOP] ha permitido que se mantengan en el tiempo los abusos de PTLA respecto de los demandantes, la omisión del MOP en el ejercicio de sus deberes de fiscalización es materia que podría encuadrarse en la figura de una negativa de servicio, más que considerarse un hecho, acto o convención que tenga por objeto limitar, restringir o entorpecer la libre competencia, por lo que este Tribunal no sancionará al MOP por dicha omisión”²⁶.

“Las deficiencias en el ejercicio de potestades públicas

inherentes al MOP/DGOP, pued[en] ser constitutivas de responsabilidad del Estado por ‘falta de servicio’, lo cual sería competencia de los Tribunales Ordinarios de Justicia”²⁷.

“Este Tribunal tendrá especialmente presente, para efectos de aminorar la gravedad de la conducta [de PTLA] que el DGOP/MOP, organismo fiscalizador de la concesión, respaldó el comportamiento de PTLA, al responder negativamente los reclamos que le presentaron varios de los demandantes de autos. Ello razonablemente debió tener efectos en la percepción de la concesionaria respecto de la ilicitud de su actuar, lo que evidentemente disminuye en forma muy importante su responsabilidad...”²⁸.

Cabe señalar que tanto el PTLA como el MOP pudieron haber actuado preventivamente en un caso como el de autos, consultando ante el TDLC si el cobro en cuestión era o no abusivo, según el procedimiento del art. 18 N° 2 del DL N° 211, con probabilidades, eso sí que aun iniciado como un procedimiento no contencioso, el asunto se transformara en contencioso. PTLA y el MOP prefirieron esperar y ver qué harían los usuarios.

²⁶ Cons. 99°.

²⁷ Cons. 102°.

²⁸ Cons. 110°.

Además de los tres elementos mencionados como justificadores de la intervención en sede de libre competencia, la literatura se refiere a otros²⁹.

El análisis anterior permite afirmar que el caso conocido por el TDLC satisfacía más de uno de los requisitos de intervención que identifica la literatura.

¿Bajo qué marco analítico?

Todo caso de precios excesivos enfrenta la dificultad de determinar el carácter ‘excesivo’ o ‘abusivo’ de los mismos, debiendo procederse para ello a la elaboración de alguna base de comparación contra la cual confrontar los precios cobrados en los hechos. Para lo anterior no existe un único método infalible. Las dificultades de las diversas alternativas tienen que ver con cómo se construye la base de comparación, qué información es requerida para el cálculo y

²⁹ Por ejemplo, que los precios excesivos impidan el surgimiento de nuevos bienes o servicios en mercados adyacentes; que los precios abusivos excedan con mucho el costo medio total de la empresa; que la inversión o la innovación no sean elementos relevantes en la industria que vayan a ser desincentivados por la intervención; el carácter indispensable del consumo de los productos recargados con precios excesivos, esto es, demanda poco elástica o derechamente inelástica, como era en el caso comentado, o como ocurre con medicamentos para enfermedades crónicas; y, asimismo, en el caso de tratarse de insumos indispensables para el desarrollo de otras actividades, de acuerdo con la doctrina de las *facilidades esenciales*.

cómo se obtiene ésta y, en definitiva, qué elemento es el que se está confrontando. La base de comparación puede ser geográfica (confrontación con productos o servicios ubicados en otros mercados geográficos de similares características); histórica (confrontación con variables presentes y pasadas, idealmente de la misma empresa) o consistir en información emanada de otras empresas que producen productos o servicios idénticos o similares en el mismo mercado o mercados similares. Las variables a confrontar pueden ser precios, retornos sobre el capital –calculados contable o financieramente– y, márgenes precio-costo. Dadas las dificultades que tiene cualquiera de las metodologías indicadas, nada impide e, incluso, resulta aconsejable, utilizar todas las bases y variables de comparación que sea posible.

En el caso en comento, el TDLC utiliza dos. Primero, siendo que la demandante era proveedora de múltiples servicios y soportaba costos por diversos conceptos, un peritaje ordenado en autos buscó determinar cuáles de los costos eran atribuibles al “apoyo a la inspección”, según se denominó el servicio efectivamente prestado por la demandada³⁰. El TDLC respaldó buena parte del informe pericial, pero su atribución de costos al servicio objeto de la controversia fue, incluso, más estricta que la del perito, concluyendo que las tarifas cobradas duplicaban los costos

³⁰ Sent. N° 100 del TDLC, considerandos 59°-80°.

en algunos casos y las triplicaban en otros³¹. Asimismo, parte de los argumentos de la impugnación del peritaje por la demandada, pretendiendo atribuir costos no relacionados con el servicio prestado, eran demostrativos, en concepto del TDLC, de su carácter abusivo³². Lo que hizo acá el TDLC, en definitiva, fue recurrir a la metodología de determinar el margen precio-costos. En segundo lugar, consideró la evidencia rendida en el proceso respecto de las tarifas cobradas por una empresa relacionada a la demandada que explotaba el giro de almacén extraportuario prestando, entre otros, un servicio denominado ‘encarpe y desencarpe’, similar al ‘apoyo a la inspección’ y, por cierto, bastante más semejante que el servicio de ‘estiba y desestiba obligatorio’. La tarifa cobrada libremente por este servicio era más o menos una sexta parte de la cobrada por la demandada en los servicios de ‘apoyo a la inspección’³³. Acá entonces, el TDLC comparó precios cobrados por una sociedad relacionada, *i.e.* la misma empresa desde el punto de vista económico, por un servicio bastante similar, en una zona geográfica inmediatamente adyacente.

La metodología ya referida, unida el descarte de otros argumentos presentados por la demandada, llevó al TDLC a concluir que las tarifas cobradas por PTLA por el servicio

de apoyo a la inspección carecían de justificación económica. A lo anterior agregó que cobrar por el servicio efectivamente prestado una tarifa máxima para otro servicio definido en las bases, carecía de sustento jurídico en éstas³⁴.

¿Qué medidas o remedios?

El diseño de medidas o remedios apropiados y efectivos en los casos de precios excesivos resulta particularmente difícil. En teoría, se distingue entre medidas estructurales y de comportamiento³⁵. La imposición de medidas orientadas a atacar directamente los precios u otras variables³⁶,

³⁴ Sent. N° 100 TDLC, cons. 88°. Según veremos aquí hay una diferencia importante entre lo sostenido por el TDLC y por la CS. La circunstancia descrita, para el TDLC, representaba una infracción a las bases de la licitación (cons. 48°-50°, 88°, 96°). Esto no fue así para la CS, que entendió que la circunstancia que los servicios se encontraran descritos en las bases era suficiente para que el concesionario pudiera cobrar por ellos la única tarifa máxima que tenían asociada y, por tanto, no había, en su concepto, infracción al contrato de concesión.

³⁵ Las medidas estructurales tienen por objetivo cambiar de manera permanente la estructura del mercado, lo que puede ser por medio de la disminución o eliminación de barreras a la entrada, la enajenación de activos de la empresa, o algún otro mecanismo que promueva la entrada de nuevos competidores. Las medidas de comportamiento o conductuales implican la imposición de obligaciones de hacer o no hacer a la empresa dominante en relación con elementos sensibles para la competencia.

³⁶ Por ejemplo, ordenando que ellos se sujeten a criterios objetivos o de normalidad,

³¹ Sent. N° 100 del TDLC, considerandos 79°-80°.

³² *Op. cit.*, cons. 74°.

³³ *Op. cit.*, cons. 82°-84°.

presenta los inconvenientes propios de los remedios de comportamiento, esto es, requerir supervisión constante de la autoridad y, eventualmente, modificaciones transcurrido un tiempo u ocurridos ciertos eventos. Los problemas de supervisión pueden morigerarse diseñando los remedios de manera tal que los clientes tengan un papel importante en monitorear el cumplimiento de los mismos. Pero lo anterior no supera problemas tales como los asociados a la necesidad de ajustes frente a cambios en las condiciones del mercado (por ejemplo, costos, número de empresas, demanda) o la posibilidad de evadir la medida impuesta si ésta es estática y aplicada a una sola variable (por ejemplo, precios) por la vía de alterar otra variable, por ejemplo, reduciendo la calidad. Una medida dinámica como imponer una tasa de retorno máxima, presenta los inconvenientes asociados a la regulación por tasa de retorno, conocidos por la literatura y que, en esencia, tienen que ver con fomentar la sobreinversión generando ineficiencias productivas en la empresa. Además, la posibilidad de ser sometido *ex-post* en sede de libre competencia a regulación por tasa de retorno genera desincentivos a la inversión *ex-ante*. De esta manera, la imposición del tipo de medidas de comportamiento referidas, se acer-

o que no superen cierto umbral fijado por la resolución, o que la tasa de retorno de la inversión no supere algún tope, o que los márgenes precio-costos se ajusten a una tasa determinada.

caría demasiado a una actividad de regulación directa, pero impuesta *ex-post*. Lo anterior hace preferir otras medidas de comportamiento, principalmente de naturaleza informativa y orientadas a la disminución de los costos de cambio³⁷ o, bien, preferir de rechamente medidas estructurales.

La imposición de medidas estructurales es preferida en la lógica de que es preferible atacar las causas en lugar de los síntomas y porque éstas no presentan los inconvenientes generales de las medidas de comportamiento. Las medidas estructurales van, además, en la línea de la liberalización y desregulación que apuntan a brindar mayores ámbitos de acción al mercado. Acá podrá considerarse la división horizontal de la empresa, la disminución de las barreras a la entrada a la industria o la reestructuración vertical del mercado. En general, las medidas estruc-

³⁷ Medidas de comportamiento diferentes a las mencionadas serán, por ejemplo, aquéllas orientadas a facilitar la información sobre la existencia de sustitutos, en situaciones en las que obtener esta información sea difícil para los clientes; aquéllas que busquen homogeneizar los diferentes productos ofrecidos por la industria allí donde la comparación por los clientes es difícil; aquéllas que persigan disminuir los costos de cambio y aquéllas que transparenten a los clientes información sobre los productos o servicios efectivamente proveídos, cuando existen asimetrías de información importantes entre empresas y clientes y los principales criterios de selección de éstos tienen que ver con su experiencia pasada o con la reputación del proveedor. Todas estas medidas, sin embargo, suponen que en el mercado existe un número mínimo de productos diferentes.

turales debieran apuntar a facilitar la entrada y atraer a nuevos entrantes con espaldas financieras y en efectiva competencia. La desinversión o enajenación de activos presenta ciertas dificultades en el caso de precios excesivos, a diferencia del control de fusiones, que harían preferible centrarse en otras medidas estructurales orientadas a disminuir las barreras a la entrada. Una combinación de varias medidas estructurales o de medidas estructurales y algunas conductuales es también concebible³⁸.

¿Qué se sostiene respecto de las multas y otros remedios como indemnizaciones de perjuicios o restitución de los beneficios anormales? Estas sanciones y remedios, en cuanto pueden implicar un significativo desembolso de parte de la demandada, hace a algunos afirmar que incidirían en desincentivar la inversión para futuros proyectos en el sector. Adicionalmente, en la

medida que la intervención sobre los precios excesivos es considerada una especie de ‘regulación *ex-post*’, no habría base legal previa a la cual asociar tales remedios. Para otros, las multas presentan la ventaja de evitar tener que establecer un remedio que suponga determinar con claridad un precio, tasa de retorno o margen competitivos. Un punto intermedio podría ser, para el caso de empresas que por primera vez son condenadas por precios excesivos, imponer multas bajas o no imponer multa alguna: de este modo se da una señal importante hacia futuro, pero sin afectar los incentivos a invertir que, de otro modo, disminuirían frente a multas muy elevadas. En el caso en comento, en efecto, hubo en el TDLC un voto que manifestó una apreciación diferente sobre el monto a imponer como multa³⁹. En cambio, atendido que los remedios indemnizatorios o restitutorios se limitan ya sea a los daños efectivamente causados y acreditados o a los beneficios obtenidos de manera anormal, el riesgo de desembolsos significativos por parte de la empresa

³⁸ En la imposición de medidas en los casos de precios excesivos cabe considerar también la alternativa de la división de funciones entre la autoridad de competencia y el regulador sectorial. La actuación conjunta de ambas autoridades podría corregir las limitaciones respectivas de cada una de ellas. Una alternativa podría ser que la autoridad de competencia se limitara a identificar la infracción y delegar en el regulador la imposición de la medida que considere apropiada en el caso junto con su supervisión y los eventuales ajustes que ésta requiera. En otro sentido, el fomento de la competencia, por ejemplo, recomendando el fortalecimiento del regulador sectorial o de instituciones específicas de la regulación también podría concebirse como medida, dejando un margen de actuación a la autoridad de competencia para el caso en que dichas recomendaciones no sean acogidas.

³⁹ Sent. N° 100 TDLC, voto ministra Sra. Andrea Butelmann: “No obstante concurrir con lo resuelto en la sentencia, estuvo por aplicar a PTLA una multa equivalente, al menos, al beneficio económico obtenido con la infracción y que, de acuerdo a lo expresado en el considerando centésimo sexto, corresponde conservadoramente a [...] (13.000.- UTA). Lo anterior dado que, a su juicio, ninguna consideración puede reducir el valor de la multa a un monto inferior al beneficio económico obtenido con la infracción, porque ello fomentaría la ocurrencia de prácticas contrarias a la libre competencia, en vez de disuadirlas”.

condenada parecen suficientemente acotados como para descartar que la imposición de estos remedios generara desincentivos a la inversión.

En el caso comentado, el TDLC impuso a PTLA una multa de 350 UTA (*circa* \$160.000.000 o USD\$ 320.000) y le ordenó abstenerse, en lo sucesivo, de aplicar la tarifa correspondiente al servicio de estiba y desestiba por servicios distintos de los regulados por ésta. Descartó otras medidas más regulatorias y gravosas para el concesionario, que fueron solicitadas como la fijación de la tarifa del servicio de apoyo a la fiscalización⁴⁰ y poner término a la concesión⁴¹.

⁴⁰ Sent. N° 100 del TDLC, cons. 114°: “No se acogerá la petición de los demandantes [...] en orden a fijar la tarifa del servicio de apoyo a la fiscalización, toda vez que este Tribunal considera que la orden de cesar en los cobros abusivos, que como medida correctiva se establecerá en lo resolutivo, es suficiente para resolver este conflicto desde el punto de vista de la libre competencia y genera, además, los incentivos adecuados para que la tarifa en cuestión sea establecida de acuerdo con los mecanismos contractuales y legales correspondientes”.

⁴¹ Sent. N° 100 del TDLC, cons. 116°: “Tampoco es procedente acoger la petición [...] de ordenar al MOP poner término a la concesión, toda vez que la medida en cuestión, de acuerdo con lo dispuesto en [art. 26 a) del DL N° 211], está reservada a ‘actos, contratos, sistemas o acuerdos que sean contrarios a las disposiciones de la presente ley’, lo que no ocurre en este caso. En efecto [...] la conducta contraria a la competencia de autos es la aplicación de cobros injustificados y abusivos por parte de PTLA a los demandantes y no el contrato de concesión mismo, siendo innecesario, por lo tanto, poner término a dicho contrato para los efectos de sancionar, prevenir o corregir la infracción en cuestión”.

Para determinar el monto de la multa el TDLC tuvo en cuenta el beneficio económico de la demandada que, en un escenario conservador, estimó en una cifra en torno a los cinco mil ochocientos millones de pesos en el período 2007 a febrero de 2009⁴². En cuanto a la gravedad de la conducta, tuvo en cuenta que la conducta tuvo un impacto en un porcentaje importante de la población de Chile, afectando directa o indirectamente el costo de ingreso al país de los alimentos, con impacto en los consumidores finales⁴³. También el TDLC se refiere al deber cuidado especial que debió tener la demandada en cuanto monopolista, y a su conocimiento de la infracción⁴⁴. Como atenuante para la determinación de la multa, tuvo en cuenta el respaldo que recibió la concesionaria de parte del organismo fiscalizador lo que distorsionó su percepción sobre la ilicitud de la conducta⁴⁵. Como puede apreciarse, la multa en el caso es significativamente inferior a la estimación de beneficios obtenidos por la demandada, que era condenada por primera vez en esta sede, lo que motivó, según se dijo, la discrepancia de una ministra del TDLC sobre su monto.

De lo revisado en las secciones anteriores, parece claro que la sentencia del TDLC estaba en línea con las buenas prácticas en el ámbito comparado en materia de cuándo intervenir

⁴² Sent. N° 100 del TDLC, cons. 105°-106°.

⁴³ Sent. N° 100 del TDLC, cons. 107°

⁴⁴ Sent. N° 100 del TDLC, cons. 108°-109°

⁴⁵ Sent. N° 100 del TDLC, cons. 110°

y de la metodología para la intervención en casos de precios excesivos. Incluso, en lo referido a las multas, el TDLC hizo un cauteloso balance, determinando un monto bajo que, sin embargo, dejaba abierta la posibilidad para que las usuarias afectadas entablaran las acciones indemnizatorias por los perjuicios causados. Lo único que uno podría preguntarse es si acaso el TDLC pudo haber sido más innovador con las medidas⁴⁶.

Sin embargo, la CS encontró razones para acoger el recurso de reclamación de PTLA y, con ello, echar por tierra lo resuelto por el TDLC.

2. LAS RAZONES DE LA CS EN EL CASO PARA REVOCAR LA SENTENCIA DEL TDLC

Tal como se mencionó al inicio de este comentario, para la figura de precios abusivos, la CS exige en su sentencia tres requisitos, a saber:

- i) posición de dominio
- ii) tarifas abusivas y
- iii) vulneración a la libre competencia.

Para acoger el recurso de reclamación de PTLA, la CS centra su funda-

mentación en la falta de acreditación del tercero de los requisitos mencionados, pero, además, entiende que en ausencia de infracción al contrato de concesión el cobro no puede ser abusivo y, finalmente, termina afirmando –a pesar del rechazo de la alegación de incompetencia– que el asunto controvertido, por su naturaleza jurídica, no está dentro de los márgenes de una infracción a la libre competencia. Revisemos estos pilares de su fundamentación.

Primero, en cuanto a la falta de acreditación de la vulneración a la libre competencia, resulta de interés que la CS consigna una definición de esta última, en cuanto bien jurídico protegido, sosteniendo que ella puede entenderse como:

“La posibilidad que tienen las personas para participar en cualquiera actividad económica como oferente o demandante, pudiendo decidir libremente cuándo entrar o salir de un mercado, sin que exista ninguna persona o entidad que le pueda imponer condiciones en las relaciones de intercambio que interfieran en el flujo natural de los bienes y servicios”⁴⁷.

⁴⁶ Por ejemplo, el TDLC pudo haber ordenado un acceso abierto a la infraestructura para que otras empresas interesadas pudieran practicar el servicio de apoyo a la inspección mientras el MOP no acogiera una recomendación suya de regular la tarifa por dicho servicio. Por cierto, en el cons. 114° el TDLC rechaza la petición de modificación de tarifa por medio del MOP/DGOP, ‘dado que la tarifa en cuestión debiera ser fijada en la forma establecida contractual y legalmente’.

⁴⁷ Cons. 7°.

No es el lugar para formular una crítica a concebir la libre competencia en los términos referidos, esto es, como posibilidad, libertad o derecho subjetivo. Sólo digamos que, en los términos referidos, parece una concepción en cierta poco operativa y que, por otra parte, no se distingue con claridad de la libertad con-

Y, para fundamentar que no se ha vulnerado la libre competencia, por una parte, expresará que no se ha acreditado dicha vulneración y que el asunto es simplemente un cuestionamiento de tarifas y, por la otra, que no se ha acreditado que el problema tarifario se haya traducido en que las importadoras demandantes hayan perdido competitividad al soportar costos superiores que las hayan obligado a subir sus precios.

“En el presente caso no se ha acreditado [vulneración a la libre competencia]. En efecto, no obstante lo dicho al razonar acerca de la excepción de incompetencia, la demanda no plantea una cuestión de libre competencia, sino simplemente un cuestionamiento a las tarifas por aplicarse la desestiba a un servicio similar pero claramente menor y, por lo mismo, de costo reducido”⁴⁸.

“No existen antecedentes que lleven a concluir que a consecuencia de dicho problema tarifario las importadoras demandantes hayan perdido competitividad, esto es que el precio final de los productos que comercializan hayan sido

alterados a resultas de algún actuar abusivo ejecutado prevaleándose de la posición dominante, la que en el caso de autos no se discute”⁴⁹.

De los dos considerandos citados, el segundo es el que sorprende más, en cuanto la CS estaría exigiendo, para entender por acreditada la vulneración a la libre competencia, la acreditación de efectos reales en los precios –en el caso, del mercado aguas abajo– y no sólo demostrar la aptitud de la conducta para causarlos, esto es, efectos potenciales. La idea se reitera en el considerando siguiente (14^o) cuando afirma:

“en forma alguna se ha acreditado que el mercado haya sido alterado por las tarifas que se reclaman”.

En esto, la CS se aparta de lo que ha sido su práctica decisoria en el pasado⁵⁰. Por su parte, el conside-

⁴⁹ Cons. 13^o.

⁵⁰ Véase, por ejemplo, CS, 29 de diciembre de 2010, rol 1746-2010 (Transportes Central-Buses Osorno): “[El art. 3^o del DL N° 211] sanciona a quien ejecute un acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, sea que tal actuación produzca esos efectos o que tienda a producirlos. Es decir, no se requiere entonces para imponer la sanción que el acto en cuestión haya producido sus efectos, sino que basta que este tienda a producir efectos que afectan la libre competencia, por lo que no resulta procedente la alegación de las empresas [...] en cuanto no se produjo la infracción contemplada en el artículo antes citado porque muchos de los

tenida en el art. 19 N° 21 de la CPR. Véase, por ejemplo, Domingo VALDÉS, *Libre competencia y monopolio*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006, p. 178 y ss.

⁴⁸ Cons. 12^o.

rando 12º, en cuanto afirma que no se trata de un asunto de libre competencia, sino simplemente de un cuestionamiento de tarifas que ha de ser resuelto según las regulaciones de la concesión⁵¹, parece en el fondo afirmar que se trata de un asunto que ha de ser resuelto en el ámbito de la regulación y no en sede de libre competencia. Esto último nos lleva al segundo pilar de la fundamentación de la CS: sin infracción al contrato de concesión no es posible concebir que el cobro sea abusivo y lesivo para la libre competencia.

“No puede menos que decirse que si las tarifas han sido aplicadas conforme al contrato de concesión, o dicho de otra manera: si la concesionaria no ha incurrido en infracción al contrato de concesión no es posible concebir que el cobro sea abusivo y lesivo a la libre competencia, cual es, como ya se ha dicho, el actuar que en ésta jurisdicción especial puede ser sancionado”⁵².

Dos comentarios a esta conclusión.

acuerdos de los que da cuenta el acta de autos no produjeron efectos” (cons. 8º).

⁵¹ En la segunda parte del cons. 12º, la CS expresa: “Para la adecuada resolución del negocio debe recordarse que las tarifas son resueltas mediante las bases de licitación, y que las que han sido aplicadas por la concesionaria demandada se corresponden con las establecidas en el contrato de concesión”.

⁵² Cons. 13º.

Primero, ¿realmente puede concebirse que no existió infracción al contrato de concesión? Cabe recordar que el TDLC había sostenido que sí existió infracción a las regulaciones de la concesión⁵³. Los contratos de concesión por lo general contienen una nómina taxativa de servicios que el concesionario debe prestar y otros que puede prestar, a los cuales se asocia, para la mayor parte de ellos, tarifas máximas que puede cobrar. La falla regulatoria, en el caso, consistía en que el servicio definido como ‘estiba y desestiba obligatorio’ comprendía un conjunto de nueve actividades específicas, de las cuales sólo tres o cuatro eran las prestadas y constituían el ‘apoyo a la inspección’, entre las cuales no estaban la estiba y desestiba propiamente tal, esto es, la carga y descarga de bultos. Si la tarifa máxima en el caso estaba asociada al conjunto de nueve actividades, ¿la prestación independiente de sólo

⁵³ Sent. N° 100 TDLC: “Dado que la tarifa que cobra PTLA a los demandantes está regulada por las BALI para un servicio diferente del que efectivamente se presta, es forzoso concluir que la misma no está legalmente justificada o amparada por las BALI, por el contrato de concesión de que estas últimas forman parte integrante, ni por la normativa especial que rige los contratos de concesión de obra pública. En efecto, a juicio de este Tribunal, las BALI no autorizan al concesionario a cobrar por los servicios de apoyo a la inspección de carga de importación sujeta a fiscalización sanitaria y fitozoosanitaria en el paso de Los Libertadores, la tarifa máxima correspondiente al servicio de estiba y desestiba obligatorio, que evidentemente tiene mayores costos” (cons. 48º). Véanse, además, cons. 49º-50º, 88º, 96º.

tres o cuatro de ellas, no podía acaso haber sido considerada como un servicio diferente, no contemplado en las bases? Siguiendo el razonamiento de la CS, sobre las tarifas cobradas, en ningún caso: las actividades estaban explícitamente contempladas por el contrato y el concesionario podía cobrar una tarifa máxima por ellas, aun cuando dicho tope considerara también la ejecución de otras actividades que en los hechos no se prestaban. La apreciación por la CS de los hechos y calificación jurídica de lo que era una infracción a las regulaciones de la concesión en el caso fue diametralmente opuesta a la efectuada por el TDLC. Estimamos que, en el caso, lo sostenido por el TDLC se encuentra más en línea con una interpretación estricta de Derecho Público y prouuarios de un proveedor monopólico, en el sentido de sostener que se trató de servicios diferentes a aquéllos por los cuales se estipuló el tope tarifario y, consecuentemente, que el concesionario se encontraba respecto del ‘apoyo a la inspección’ ante servicios que debía prestar, pero respecto de los cuales no era claro si podía cobrar o no y, en el caso afirmativo, qué monto. Debió advertir de esta circunstancia a la autoridad y solicitar una regulación tarifaria diferente para estos servicios prestados en forma independiente⁵⁴.

⁵⁴ Consideramos, además, que éste es estándar de conducta al que obliga la doctrina del especial cuidado o responsabilidad del monopolista que el TDLC ha recogido en diversas sentencias. En Sent. N° 100 TDLC, cons. 108°.

Segundo, ¿es determinante establecer una infracción al contrato de concesión para configurar una infracción a la libre competencia? Al respecto hay que distinguir a lo menos tres situaciones posibles:

- i) las tarifas reguladas permiten cobros excesivos: no hay infracción a la concesión, no hay ilícito contra la libre competencia, la autoridad de competencia podrá desplegar sus actividades de fomento y persuasión ante el regulador para modificar esta situación o evitar que ella se repita⁵⁵;
- ii) las tarifas reguladas no son excesivas, pero el concesionario cobra por sobre ellas, apartándose en la base u otros aspectos de su cálculo: hay infracción a la concesión y podrá o no haber infracción a la libre competencia según si se determina o no el carácter excesivo o abusivo de los cobros y
- (iii) el servicio prestado no está contemplado por las bases o, bien, sí está contemplado, pero no tiene asociado tarifas máximas.

En el primer caso se infringen las bases que contemplen nóminas taxativas

⁵⁵ Sent. N° 100 TDLC: “Aunque las tarifas reguladas no fuesen competitivas, un concesionario no podría ser sancionado por cobrar la tarifa máxima permitida en su contrato de concesión por los servicios que tales tarifas regulan, sin perjuicio de las otras medidas que este Tribunal podría adoptar en tal caso” (cons. 47°).

de servicios que no consideren aquél que se está prestando en los hechos y en el segundo no necesariamente infringen, pero en ambos podrá o no incurrirse en precios abusivos desde la óptica de la libre competencia. La infracción a la libre competencia por precios excesivos es independiente de la infracción al contrato de concesión⁵⁶ pudiendo existir casos de infracción a la concesión sin infracción a la libre competencia y casos de infracción a esta última sin infracción a la concesión. Con todo, para el TDLC en el caso en análisis, nos encontrábamos frente a una infracción a la libre competencia que tenía por antecedente una infracción a las regulaciones de la concesión⁵⁷. Para la CS, a pesar de identificar que:

“el contrato de concesión no previó una tarifa para estos servicios que los actores consideran distintos y menores”⁵⁸,

termina calificando la conformidad del actuar del concesionario con el contrato de concesión y la ‘consecuente’ imposibilidad de cobro abusivo y

⁵⁶ Tal como expresa la CS en su cons. 6º, el conflicto ha sido planteado en los términos señalados en el art. 3º del DL Nº 211, esto es, como un asunto desligado de la legalidad de las bases de licitación.

⁵⁷ Véase supra (n. 44). Sent. Nº 100 del TDLC: “El cumplimiento del contrato de concesión y, consecuentemente, de las BALI, es esencial para garantizar el respeto de las normas de defensa de la libre competencia cuando el Estado ha concesionado un servicio que se presta en forma monopólica” (cons. 50º).

⁵⁸ Cons. 13º.

lesión a la libre competencia. La CS no sólo vincula de modo indisoluble la infracción a la concesión con la infracción a la libre competencia, cuestión que tanto la CS como el TDLC distinguieron en el pasado⁵⁹ sino, además, amarra el cobro abusivo con la lesión a la libre competencia, elementos que en unos cuantos considerandos más atrás había distinguido separadamente como requisitos de la figura.

Por último, la CS termina afirmando que la naturaleza del asunto está fuera de los márgenes de una infracción a la libre competencia.

“Las razones precedentes ponen de manifiesto que el asunto propuesto no guarda relación con una cuestión de libre competencia porque su naturaleza jurídica no está dentro de los márgenes de una infracción a este bien jurídico, y porque en forma alguna se ha acreditado que el mercado haya sido alterado por las tarifas que se reclaman y que han sido materia de regulación previa”⁶⁰.

En síntesis, la CS parece introducir una exigencia adicional para configurar la infracción de precios excesivos, a saber: ‘vulneración a la

⁵⁹ Véase, por ejemplo, CS, 26 de noviembre de 2008, rol 5505-2008, que rechazó la reclamación contra sentencia Nº 73/2008 TDLC (Edelmag), de 20 de agosto de 2008 (cons. 9º-11º) y TDLC, sentencia Nº 73/2008 TDLC (Edelmag), de 20 de agosto de 2008 (cons. 21º)

⁶⁰ Cons. 14º.

competencia', 'afectación a la competitividad de las demandantes' o 'alteración al mercado'; afirma que el asunto no se trata de una cuestión de libre competencia sino de un cuestionamiento tarifario; discrepa del TDLC en cuanto a la existencia de una infracción a la concesión y, finalmente, asocia la infracción a la concesión con la infracción a la libre competencia. En el primero y el último de los fundamentos mencionados, la CS se aparta de lo que había establecido en oportunidades anteriores, cambia las reglas. Enseñada, la doctrina administrativa podría darse un festín con la diferente apreciación por el TDLC y la CS de si en el caso hubo o no una infracción a las regulaciones de la concesión. Por las razones ya mencionadas, pensamos que el TDLC estuvo mejor aquí. Por último, si la cuestión trataba de un cuestionamiento tarifario y no de un asunto de libre competencia, parece poco coherente que la CS no haya acogido la incompetencia del TDLC alegada por la concesionaria demandada y reclamante.

La sentencia del TDLC estaba en línea con las mejores prácticas comparadas respecto de la conducta de precios excesivos y el asunto, evidentemente, involucraba una cuestión de libre competencia. Los usuarios demandantes, en la defensa de sus intereses particulares, en último término, actuaban de forma inconsciente como agentes de un grupo más amplio de consumidores finales y del interés público de la libre competencia en contra del poder de

un monopolista apoyado en defectos regulatorios y de un regulador quizá demasiado indulgente.

3. LAS LECCIONES DEL CASO Y QUÉ ESPERAR HACIA FUTURO

A pesar de la decisión de la CS aquí comentada, la infracción de precios excesivos como abuso de posición dominante de explotación sigue vigente en Chile⁶¹. Puede considerarse que la CS en esta sentencia, por una parte, traza un deslinde entre atribuciones y competencias del regulador sectorial y aquéllas que corresponden a la autoridad de libre competencia y, por otra, que eleva el estándar para la configuración de la infracción exigiendo una 'vulneración a la libre competencia' más allá del precio abusivo cobrado por el dominante. Este último requisito podrá satisfacerse ya sea con evidencia de prácticas anticompetitivas en la adquisición de dicha posición dominante (lo que privaría de cierta autonomía a la figura) o con evidencia de los efectos (¿sólo reales?) en el mercado aguas abajo, cuando no sean consumidores finales los directamente afectados. No parece buena técnica la de elevar en exceso el estándar de condena cuando en la selección del caso ya se ha hecho de forma correcta el

⁶¹ Para un panorama sobre la aplicación reciente, OECD, *Excessive prices*, contribution by Chile, 2011. Disponible en http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/10/oeed_0010_2011.pdf, visitado el 19 de diciembre de 2011

trabajo de reservar la intervención contra los precios excesivos en sede de libre competencia para situaciones excepcionales.

Esta sentencia hacia futuro podría inhibir en alguna medida al TDLC de supervisar muy frecuentemente los precios cobrados en sectores regulados en procedimientos contenciosos. Para evitar lo anterior, será importante mantener una criteriosa selección de casos, sólidos fundamentos para el análisis y la imposición de soluciones innovadoras a los problemas que plantean, que apunten más a sus causas que a la regulación de precios. Ya que, después de todo, en nuestro medio, parece importante que el TDLC mantenga su atención y la CS mejore la suya respecto de los monopolios legales, como son las concesiones de infraestructura.

BIBLIOGRAFÍA

- BIGWOOD, Rick, *Exploitative Contracts*, New York, Oxford University Press, 2003
- OECD, *Regulated Conduct Defence*, 2011. Disponible en <http://www.oecd.org/dataoecd/30/0/48606639.pdf>
- OECD, *Excessive prices, background paper prepared by Frank Maier-Rigaud*, 2011. Disponible en <http://www.oecd.org/dataoecd/1/3/48847462.pdf>
- OECD, *Excessive prices, contribution by Chile*, 2011. Disponible en http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/10/oecd_0010_2011.pdf
- SMITH, Stephen, "In Defence of Substantive Fairness", in *Law Quarterly Review*, N° 112, Oxford, 1996.
- VALDÉS, Domingo, *Libre competencia y monopolio*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006.

FAJ