



FEBRERO, 2024

**NEGATIVA DE VENTA Y
FACILIDADES ESENCIALES**

**LIBRE COMPETENCIA EN
POCAS PALABRAS - N° 35**

PROGRAMA UC - LIBRE COMPETENCIA

NEGATIVA DE VENTA Y FACILIDADES ESENCIALES

1) Concepto

La negativa de venta, negativa de suministro o negativa de contratación es una práctica exclusoria que consiste *en denegar el acceso de un insumo o instalación esencial a un agente económico*.

Los abusos de posición dominante se pueden clasificar en tres categorías: explotativos, exclusorios y mixtos. Las conductas exclusorias son aquellas que tienen por objetivo eliminar o debilitar sustancialmente la competencia.

2) Regulación

La negativa de venta ha sido sancionada en nuestro país como un abuso de posición dominante exclusorio¹, en caso que se configure tal conducta y se prueben sus efectos anticompetitivos.

El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“TDLC”) ha indicado que uno de los principios fundamentales que rige el actuar de los particulares corresponde al de autonomía privada, según el cual las personas pueden celebrar y concluir todos los actos y convenciones que no estén expresamente prohibidos por las leyes.

¹ María Elina Cruz. “Negativa de venta a la luz de la jurisprudencia Chilena”. Página 14. Disponible en: [https://lyd.org/wp-](https://lyd.org/wp-content/uploads/2016/12/pp-129-152-Negativa-de-venta-a-la-luz-de-la-jurisprudencia-chilena-MECruz.pdf)

A las vez, el TDLC indica que las prácticas comerciales que usualmente se ejecutan en el contexto de negocios, a primera vista, no merecen reproche desde la perspectiva de la libre competencia, pero que en ciertas circunstancias pueden ser cuestionadas cuando se encuentran intrínsecamente vinculadas al ejercicio de una posición de dominio, existiendo una especial responsabilidad de dichos agentes de mantener un comportamiento en el mercado que no vulnere el proceso competitivo (deber de cuidado).

En este orden de ideas, para calificar la **negativa de venta o contratación como constitutiva de abuso de posición dominante vinculado a un insumo o activo indispensable**, en los términos del artículo 3° letra b) del Decreto N° 211 y sus posteriores modificaciones (“DL 211”), es necesario el examen de dos elementos:

- (i) Elemento estructural: la existencia de posición de dominio; y
- (ii) Elemento conductual.

A su vez, el elemento conductual exige el cumplimiento de los siguientes requisitos copulativos:

- (i) El control de un insumo indispensable para participar del mercado, lo que a su vez exige verificar:

[content/uploads/2016/12/pp-129-152-Negativa-de-venta-a-la-luz-de-la-jurisprudencia-chilena-MECruz.pdf](https://lyd.org/wp-content/uploads/2016/12/pp-129-152-Negativa-de-venta-a-la-luz-de-la-jurisprudencia-chilena-MECruz.pdf)

- a) La afectación sustancial de la capacidad de actuar o que impida seguir actuando en el mercado sin el acceso a dicho insumo. En otras palabras, que la negativa genere algún efecto negativo producto del rechazo.
 - b) La imposibilidad de replicar a un costo económico razonable el insumo por la firma aguas abajo. Es necesario evaluar si existiría la posibilidad de crear una fuente o insumo alternativo eficaz de suministro que permita ejercer presión competitiva sobre las entidad dominante aguas arriba.
 - c) Que exista posibilidad de dar acceso al insumo o activo indispensable o esencial. Es necesario determinar si es posible para el agente aguas arriba dar acceso al insumo esencial, de manera que no exista una negativa explicada por la falta de capacidad ociosa² de la entidad aguas arriba;
- (ii) Que se haya acreditado un comportamiento susceptible de ser calificado como una negativa; y,
 - (iii) La ausencia de justificaciones objetivas de la conducta.
- Ahora bien, de acuerdo a la FNE³, los requisitos son:
- (i) Existencia de una negativa de venta;
 - (ii) Dominancia de la firma proveedora del insumo aguas arriba;
 - (iii) El bien o servicio cuya negativa se concreta, se trata de un insumo esencial para la competencia en el mercado aguas abajo;
 - (iv) Dicha negativa de venta debe ser capaz de eliminar la competencia en el mercado aguas abajo; y
 - (v) No deben existir razones objetivas para la conducta.
- Por otro lado, la negativa de venta se puede configurar a través de una negativa directa o constructiva.
- La primera (directa) se configura cuando una empresa dominante en el mercado aguas arriba -que controla un insumo o instalación esencial o indispensable- deniega el acceso a dicho insumo a otra empresa que se encuentra aguas abajo (negativa directa).
- La segunda (constructiva) se configura con la imposición de condiciones tan desfavorables para acceder a la facilidad esencial que, en la práctica, implica una

² Capacidad de producción no utilizada.

³ Informe de archivo denuncia, Rol N°2359-15 FNE (2006). Párrafo 3.

negativa de acceso. Por ejemplo, cuando se dilata injustificadamente su suministro, o cuando involucra condiciones comerciales no razonables a cambio de la provisión del mismo (negativa constructiva).

3) **Justificación negativa de venta**

Por un lado, la FNE⁴ ha indicado que la negativa de venta puede, en determinados casos, estar justificada en razones de eficiencia. Por ejemplo, cuando permite eliminar comportamientos oportunistas y/o aquellos denominados *free rider*⁵.

Sin embargo, en mercados altamente concentrados, los agentes económicos deben tener especial cuidado al ponderar las eficiencias con los factores de riesgo anticompetitivo que podrían suscitarse a partir de dicha práctica y, en todo caso, siempre deben dar prioridad a aquellas conductas que les permitan alcanzar tales eficiencias en la forma menos lesiva para la competencia, tanto en el mercado relevante como en mercados adyacentes.

Puede ocurrir que el agente económico dominante aguas arriba tenga razones

⁴ Informe de archivo denuncia, Rol N°2359-15 FNE (2006).

⁵ Según el Centro de Competencia de la Universidad Adolfo Ibañez, un *free rider* es una persona que puede obtener los beneficios de un bien público sin tener que pagar por él. Esta situación reduce los incentivos de los agentes económicos privados para participar en la

objetivas y razonables para denegarse a dar acceso al insumo (escasez de stock o limitaciones de capacidad, la degradación de la calidad o seguridad, la credibilidad crediticia del cliente, la importancia de la reputación y de la calidad de servicio del bien final, entre otros).

Por otro lado, el TDLC ha indicado que “el mero hecho de que un agente dominante en el mercado no entregue respuesta inmediata a una solicitud de suministro por parte de un agente aguas abajo, no constituye necesariamente una negativa de contratación o de venta”⁶.

4) **Doctrina de las facilidades esenciales**

La “Doctrina de las Facilidades Esenciales”, establece que, quien tiene control sobre una instalación considerada como esencial, que no es replicable de una manera económicamente razonable, no puede negar injustificadamente el acceso a un competidor.

Motta, en su libro “Competition Policy” define las facilidades esenciales como “cualquier insumo que se

provisión de estos bienes (no pueden cobrar por el servicio que prestan). Como resultado, la oferta privada de los bienes públicos es escasa y el equilibrio competitivo es incapaz de entregar la cantidad socialmente óptima de estos bienes, generando una subproducción.

⁶ Sentencia TDLC N°189/2023, considerando ducentésimo vigésimo quinto.

*considere necesario para que todos los participantes de la industria operen en una industria determinada y que no se puede duplicar fácilmente*⁷.

Luego, agrega ejemplos de facilidades esenciales como lo serían, en el sector aéreo, las franjas horarias de un aeropuerto para el transporte marítimo, las instalaciones portuarias; en telefonía fija; para la producción farmacéutica, un determinado componente químico; etc. químico, etc.

Sin embargo, indica que se trata de ejemplos teóricos para poder entender si un determinado insumo es realmente una instalación esencial es una cuestión compleja. Pero la pregunta que se hace es ¿hasta qué punto es indispensable un determinado insumo? Ya que no se puede calificar de "esencial" un insumo que sólo da una pequeña ventaja competitiva a una empresa.

En concepto de Motta, los requisitos para calificar a una instalación como esencial son:

- (i) El control de la instalación esencial por parte de un agente económico con posición dominante;
- (ii) Inhabilidad práctica o razonable de duplicar la instalación esencial por parte de un competidor: se debe evaluar si existe la posibilidad de crear una fuente o insumo alternativo eficaz de suministro que permita ejercer presión competitiva

sobre las entidades dominantes aguas arriba;

- (iii) La denegación del uso de la instalación a un competidor; y
- (iv) La viabilidad de proporcionar la instalación a los competidores.

5) Casos relevantes

(i) Terminal Railroad (224 U.S. 383, 1912): fue el primer caso que enfrentó la Corte Suprema de Estados Unidos de este tipo, en el cual una asociación de empresas ferroviarias fue acusada de monopolizar el mercado. La Corte sancionó al grupo de empresas y las obligó a dar acceso a la facilidad (puente), que era el único puente que permitía el acceso a St. Louis, en términos razonables y no discriminatorios.

(ii) Sentencia TDLC N°47/2006 (caso Sal Lobos/Puerto Patache): La Compañía Minera Cordillera S.A. solicitó a la Comisión Resolutiva (hoy TDLC) un pronunciamiento respecto de conductas de Sociedad Sal Punta Lobos S.A., por estimarlas atentatorias de la libre competencia en el mercado de los servicios portuarios. Esta sentencia es relevante ya que fue la primera vez que en Chile se aplicó de manera explícita la doctrina de instalaciones esenciales.

⁷ Motta, "Competition Policy". Página 86.

En el considerando sexagésimo, el TDLC analiza si efectivamente el puerto es una facilidad esencial, “en el sentido de no ser replicable bajo condiciones de viabilidad técnica y económica, o bien si existen otras alternativas portuarias económicamente viables para las empresas competidoras”. Sin embargo, el TDLC rechazó el requerimiento de la FNE, ya que no se acreditó la negativa, toda vez que no se solicitó acceso a la instalación.

(i) Sentencia TDLC N°189/2023 (caso SURBTC SpA, CRYPTOMKT SpA y Orionx SpA en contra de bancos por abuso de posición dominante colectivo): En este caso se trató la negativa de venta, debido a que las demandantes indicaron que hay un abuso de posición dominante a través de esta conducta, mediante la denegación al acceso de cuenta corrientes, que serían los insumos esenciales.

El TDLC decidió rechazar las demandas de las plataformas de compra venta de criptomonedas, argumentando que, aunque no puede descartarse una eventual presión competitiva que las demandantes podrían ejercer sobre los servicios bancarios, las demandantes no aportaron prueba en autos que permitiera concluir que fuesen competidoras de los bancos.

INFORMACIÓN DE LA AUTORA



Catalina Comandari

- Ayudante junior.
- Asociada año 2 equipo libre competencia PPU.

MÁS SOBRE
LA AUTORA

CONTACTO



Catalina.comandari
@ppulegal.com



FACULTAD DE DERECHO
PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DE CHILE