

Santiago, cuatro de noviembre de dos mil catorce.

VISTOS:

1. A fojas 40, con fecha 13 de diciembre de 2012, Condominio Campomar (en lo sucesivo e indistintamente el “Condominio”, “Campomar” o la “demandante”), interpuso demanda en contra de Inmobiliaria Santa Rosa de Tunquén Limitada (en lo sucesivo e indistintamente la “Inmobiliaria” o la “demandada”) por supuestas infracciones a las normas de defensa de la libre competencia.

1.1. Según indica la demandante, el Condominio Campomar corresponde a un proyecto inmobiliario ubicado en la comuna de Algarrobo, desarrollado y vendido por Inmobiliaria Santa Rosa de Tunquén Limitada. El Condominio tendría 257 sitios, en los cuales habrían sido construidas 190 viviendas. En lo que respecta a los sitios no construidos, algunos de ellos pertenecerían a particulares independientes y otros a la Inmobiliaria.

1.2. Campomar sostiene que la producción de agua potable (entendida ésta como la “captación y tratamiento de agua cruda para su posterior distribución”) es desarrollada por Sociedad Inmobiliaria Santa Rosa de Tunquén Limitada, quien cobra un precio por ello.

1.3. El precio estaría dividido en un periodo normal (meses de abril a diciembre), un periodo punta (diciembre a marzo), más un cargo fijo que se cobraría por concepto de mantención de agua. Mientras en los sitios construidos se cobraría el consumo efectivo (esto es, el cargo fijo más el precio correspondiente al periodo normal o punta), en los sitios sin construir se cobraría sólo el cargo fijo.

1.4. Luego, señala Campomar que a contar de enero de 2008, la demandada subió de manera unilateral, “*arbitraria y excesiva*” el precio por los servicios de producción y distribución de agua potable.

1.5. De este modo, con fecha 29 de enero de 2008, la Inmobiliaria subió el precio por concepto de periodo normal, en un 19,7%, intentando justificar dicha alza con una expresión genérica: “*alzas significativas en los precios de los insumos y destacándose el mayor valor de KW/HR*”; también subió el precio del periodo punta en un 22% respecto del periodo anterior y se justificó dicha alza por un incremento en el valor de los insumos; y, finalmente, subió el cargo fijo en un 44,2%.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

1.6. En febrero del año 2009, se produjeron nuevas alzas: la demandada subió el precio por concepto de periodo normal y periodo punta en un 10% respecto del año anterior, sin expresión de causa. También incrementó en un 12% el cargo fijo.

1.7. En enero del año 2011, de acuerdo a Campomar, la demandada subió el precio por concepto de periodo normal, periodo punta y el cargo fijo, en un 7% y, nuevamente, lo habría hecho sin expresión de causa.

1.8. En diciembre de 2012, la demandada incrementó nuevamente los precios sin expresar causa. El precio por concepto de periodo normal subió en un 67%, el precio por concepto de periodo punta subió en un 55% y el cargo fijo se incrementó en un 16%.

1.9. La demandante sostiene que estas alzas unilaterales no tienen una justificación en términos de costos. Indica que la Inmobiliaria tiene una utilidad sobre la prestación del servicio de un 71% aproximadamente, lo que sólo se explica por el carácter abusivo de sus cobros.

1.10. Señala que con motivo de una exhibición de documentos solicitada por un copropietario, la propia demandada confesó judicialmente que “nunca existieron” documentos en que constaran los elementos que componían y justificaban el precio de consumo de agua en periodo normal, en periodo punta y el valor del cargo fijo para los años, 2008, 2009, 2010, 2011 y 2012.

1.11. Indica Campomar que esta situación se ve agravada si se tiene en consideración que el precio excesivo que se paga es por un servicio de agua potable de baja calidad, en que la Inmobiliaria no verifica si el servicio cumple la regulación sanitaria contenida en el Decreto N° 735 de 1969, que reglamenta los Servicios de Agua destinados al Consumo Humano (e impone obligaciones de verificación de los componentes del agua potable que produce). Ello se explicaría por la situación de posición de dominio que tiene sobre los copropietarios del Condominio y por el carácter de contratante obligatorio que tienen los mismos respecto de dicho agente económico, al ser la demandada quien controla las instalaciones esenciales y no disponer el Condominio de alternativas equivalentes para la actividad.

1.12. La demandante define el mercado relevante del producto “*como la producción de agua potable en el Condominio Campomar, entendida ésta como, la captación y tratamiento de agua cruda y su posterior distribución a los copropietarios de dicho condominio, desarrollada en la actualidad por Sociedad Inmobiliaria Santa Rosa de Tunquén Limitada quien presta el referido servicio cobrando un precio*”.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

1.13. Afirma que el servicio prestado por la demandada, no tiene sustitutos que permitan ampliar la definición de mercado relevante, ya que existen barreras naturales y artificiales que impiden sustituir la producción y distribución del agua potable.

1.14. En efecto, indica que de conformidad con el Reglamento de Copropiedad del Condominio Campomar, es obligación de cada propietario conectarse al servicio de distribución y abastecimiento de agua potable, y se contemplan multas en caso que ello no ocurra. Esta obligación de interconexión, a juicio de la demandante, es una barrera artificial que impide hablar de un mercado relevante más amplio.

1.15. Añade que en cualquier caso, aún cuando se decidiera por la asamblea de copropietarios no aplicar multas y modificar el Reglamento de Copropiedad, existen limitaciones naturales en los lugares donde se emplazan los sitios, y no todos los copropietarios se encuentran en condiciones de cavar pozos y obtener agua potable para consumo humano. Adicionalmente, indica que los derechos de aguas del sector donde se encuentra emplazado el Condominio se encuentran inscritos a favor de la Inmobiliaria o sus personas relacionadas.

1.16. Por otra parte, señala que el servicio de producción y distribución de agua potable no puede ser prestado por una empresa de servicio público, ya que el Condominio se encuentra fuera del territorio operacional de la empresa de servicio sanitario. De lo anterior se sigue que no existe obligación para la prestación del servicio y, dado que no es rentable para la empresa sanitaria –por la ausencia de economías de densidades o escala que justifiquen la prestación del servicio–, a juicio de la demandante, no puede éste ser considerado un sustituto para el caso en particular.

1.17. Conforme con lo expuesto, Campomar indica que la demandada tiene una evidente posición de dominio respecto de los copropietarios y éstos, a su vez, se encuentran en una situación de contratantes obligados o de clientes cautivos, ya que no tienen alternativas viables de provisión de un servicio esencial.

1.18. Señala que el artículo 3 letra b) del D.L. N° 211 sanciona la explotación abusiva por parte de un agente económico de una posición dominante en el mercado fijando precios de compra. En este caso, a juicio de la demandante, la explotación abusiva se produce por los precios explotativos que la Inmobiliaria cobra a los copropietarios y que estos últimos deben soportar.

1.19. En este sentido, expresa que concurren todas las manifestaciones del abuso de posición dominante por precios abusivos que han sido reconocidos

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

como precedente por este Tribunal, como son: (i) los incrementos porcentuales que desproporcionadamente, año a año, ha impuesto la demandada a los copropietarios; (ii) la inexistencia de elementos que componen y justifican el precio de consumo por metro cúbico de agua, por concepto de periodo normal, periodo punta y cargo fijo; y, (iii) la rentabilidad presunta de 71% que tiene por este concepto la empresa demandada.

1.20. En mérito de lo descrito, solicita a este Tribunal:

- (i) Que ordene a la demandada que ponga término inmediatamente a la conducta de cobros abusivos;
- (ii) Que implemente un “*sistema de cobros basado en cobros reales y efectivos*”;
- (iii) Que aplique una multa a beneficio fiscal ascendente al máximo que permite el D.L. N° 211, esto es, una multa equivalente a 10.000 UTA; y,
- (iv) Que condene en costas a la demandada.

2. A fojas 125, con fecha 23 de marzo de 2013, la Inmobiliaria contestó la demanda, solicitando su rechazo, con expresa condenación en costas, por las consideraciones siguientes:

2.1. Señala la Inmobiliaria que la demanda pretende obtener la fijación del precio por los servicios de producción y distribución de agua potable en el Condominio por medio de una sentencia de este Tribunal, lo que no es correcto, pues tanto la jurisprudencia de este Tribunal como la doctrina, han señalado que los organismos de defensa de la libre competencia y en particular esta magistratura, no tienen facultad alguna para fijar precios, en ninguna parte del mundo, ya que la regulación de precios es materia de ley.

2.2. En efecto, en el petitorio de la demanda se solicita “*(b) Implementar un sistema de cobros basados en cobros reales y efectivos*”.

2.3. Además, señala la demandante que es un error suponer que existe una explotación abusiva por un supuesto precio explotativo fundado en la determinación unilateral de precios que se estiman demasiado altos. Lo anterior, porque en general, los hechos que han sido considerados contrarios a la libre competencia en relación con los precios han sido los acuerdos de precios, la fijación de precios de reventa, la discriminación de precios y los precios predatorios. En cambio, la fijación unilateral de precios ha sido objeto de debate, considerándose que las normas sobre conductas del derecho de la libre competencia no permiten sancionar la determinación unilateral de precios que se estimen demasiado altos. Indica que en una economía de mercado la regla

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

general es la libertad de precios de productos o servicios, y la excepción es su regulación.

2.4. La demandada cita la sentencia N°93/2010 de este Tribunal que en su considerando trigésimo establece que *“el mero hecho de que una empresa cobre precios excesivos sin que medie conducta abusiva alguna de su parte no constituye un caso de explotación abusiva de su posición dominante. Así se desprende del tenor literal del artículo 3 letra b) del DL 211, que exige que la explotación de una posición dominante sea abusiva para que atente contra la libre competencia”*;

2.5. Luego explica que en la demanda se alega que ella cobraría un precio abusivo al haber subido *“unilateralmente”* el precio desde el año 2008 al 2012. Al respecto, señala que de acuerdo con el artículo 56 de la Ley General de Servicios Sanitarios, no existe gratuidad en la prestación de servicios de producción y distribución de agua potable, por lo que la demandante en su calidad de usuario se encuentra obligado al pago de los servicios respectivos.

2.6. Hace presente que el Condominio cuenta con menos de 500 arraques, en consecuencia, la Inmobiliaria no es una empresa de servicio público (lo que ya señaló este Tribunal al rechazar la excepción dilatoria de incompetencia absoluta deducida por la demandada), por lo que la Inmobiliaria puede establecer libremente los precios a cobrar a los usuarios.

2.7. Indica que el precio cobrado al Condominio no se ha determinado en forma arbitraria, sino que de acuerdo con el procedimiento de cálculo que establece el artículo 6° de la Ley de Tarifas Sanitarias, esto es, considerando en forma separada los costos de los sistemas correspondientes a las etapas del servicio, esto es, la producción y la distribución del agua potable.

2.8. Agrega que la determinación de la fórmula tarifaria está constituida por la tarifa, estructurada en función de los costos involucrados en las etapas del servicio, y por su mecanismo de indexación (reajuste). Además, el artículo 7° de la Ley de Tarifas Sanitarias señala que se debe incluir en la fórmula tarifaria un cargo fijo periódico y cargos variables por volumen consumido.

2.9. Indica que ha determinado el precio de los servicios de agua potable que ofrece aplicando estas reglas, y explica que en dicho precio ha influido el costo de las obras que actualmente ejecuta para entregar un mejor servicio.

2.10. En relación a las alzas de precios que se denuncian, afirma que no son abusivas, arbitrarias ni excesivas.

2.11. Respecto del año 2010, señala que no hubo alza de precios ese año, manteniéndose el precio del año anterior.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

2.12. En el año 2011, afirma la demandada que hubo un alza del 7% del precio en el periodo normal, periodo de punta y cargo fijo. Ese año las empresas sanitarias que otorgan servicios de producción y distribución de agua potable en la V Región (entre ellas ESVAL, Mirasol de Algarrobo, Brisas de Mirasol y Algarrobo Norte) modificaron sus tarifas en un porcentaje “ostensiblemente” superior, esto es, en un 26%, según consta en el Boletín de Tarifas, que acompaña. En enero de 2011 dichas empresas modificaron sus tarifas en un 20%. Luego, en agosto de 2011 ESVAL aplicó un nuevo cargo tarifario mediante un alza del 3%. En septiembre de 2011, ESVAL, Mirasol de Algarrobo, Brisas de Mirasol y Algarrobo Norte modificaron nuevamente sus tarifas, mediante una nueva alza del 3%. Por consiguiente, el alza de 7% efectuada por la demandada durante el año 2011, de ninguna forma puede ser considerada abusiva, explotativa ni excesiva.

2.13. Respecto del año 2012, señala que la estructura de precios sufrió una variación diferenciada: el precio del periodo normal tuvo un alza de 67%, el precio del periodo punta tuvo un alza de 55% y el cargo fijo tuvo un alza de 16%. En el mismo periodo, las empresas sanitarias que operan en la zona también variaron sus tarifas en forma diferenciada. En el mes de enero de 2012, ESVAL, Mirasol de Algarrobo, Brisas de Mirasol y Algarrobo Norte modificaron sus tarifas mediante alzas del 3% y del 18,5% debido a una variación del factor de impuesto. En junio de 2012, ESVAL aplicó un nuevo cargo tarifario mediante un alza del 3%, y en octubre de 2012, ESVAL, Mirasol de Algarrobo, Brisas de Mirasol y Algarrobo Norte modificaron nuevamente sus tarifas, mediante una nueva alza del 20%. De esta forma, durante el año 2012, las empresas sanitarias que operan en la V Región y que tienen constituidas concesiones en el área geográfica en que se encuentra emplazado el Condominio Campomar, modificaron sus precios en un 41,5%, según consta en el Boletín de Tarifas. La Inmobiliaria explica que si bien las variaciones de sus precios en el periodo normal y en el periodo de punta en el año 2012 son superiores a las alzas de las empresas sanitarias, ello se debe a que en dicho año la Inmobiliaria construyó un estanque de acumulación de agua de un millón de litros.

2.14. La Inmobiliaria sostiene que no tiene posición dominante y que sí existe competencia respecto de la provisión de la producción y distribución de agua potable. Indica que las barreras a la entrada no son suficientes para impedir la sustitución, y que el Condominio se encuentra emplazado en el área de concesión de la empresa sanitaria ESVAL, quien, en virtud de lo dispuesto en los artículos 53 letra i), 33 y 48 de la Ley General de Servicios Sanitarios tiene la obligación de prestar los servicios concesionados y de otorgar la factibilidad de servicio a quien lo solicite dentro del área de concesión.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

2.15. Además señala que si bien ESVAL tiene un monopolio legal dentro de su área de concesión para prestar los servicios sanitarios, toda persona tiene libertad para cavar pozos para su uso doméstico en suelo propio, lo que algunos copropietarios del Condominio han hecho, al no existir limitaciones relevantes dada la abundante disponibilidad de recursos hídricos en la zona, y la posibilidad de los interesados de adquirir derechos de aprovechamiento de aguas por vía originaria y sin incurrir en costos materialmente significativos.

2.16. La Inmobiliaria señala que, adicionalmente, en la V Región existen otras empresas que proveen de agua potable mediante camiones aljibe, y que varios copropietarios han construido estanques de almacenamiento, abasteciéndose de agua potable a través de estas empresas.

2.17. En cuanto a las disposiciones contenidas en el Reglamento de Copropiedad, que establecen la obligación de cada copropietario de conectarse al servicio de distribución y abastecimiento de agua potable, señala que éstas no fueron estipuladas como una barrera artificial, sino que como normas destinadas a preservar el medioambiente, en una época en que no existía una legislación ambiental que permitiera preservar el lugar donde se emplaza el Condominio. La demandada afirma que del contexto de los artículos 45 al 47 del Reglamento de Copropiedad se aprecia que cada copropietario se está conectando a la red de distribución y abastecimiento de agua, y que se establece un sistema cerrado, exclusivo para los copropietarios, para garantizarles a ellos mismos que no se prestarán servicios a terceros y que no se va a desarrollar un “*mega proyecto urbano*”. Su propósito fue proteger los recursos hídricos del Condominio y preservar el medioambiente.

2.18. La demandada señala que el Reglamento de Copropiedad original, de fecha 16 de abril de 1991, fue modificado por los copropietarios sin su participación, para lo que se formó una comisión especial (integrada por abogados) que aprobó el nuevo texto del reglamento en diciembre de 2001. Afirma que si las disposiciones invocadas por la demandante hubieran constituido una barrera artificial de entrada, los copropietarios la habrían eliminado del texto del nuevo reglamento, y dado que no lo hicieron, debe aplicarse el principio de que “nadie puede venir en contra de sus propios actos”. A mayor abundamiento, indica que hasta la fecha, no se ha aplicado la sanción de multa a ningún copropietario por no conectarse a la red de distribución, ni tampoco se ha demandado a los copropietarios por el no pago de consumos de agua, ni se les ha cortado el suministro por el no pago de sus cuentas.

2.19. Respecto de las supuestas infracciones al Decreto N° 735, ya que el servicio de agua potable que presta sería de baja calidad, y no se estaría

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

cumpliendo con la obligación de verificar los componentes del agua que produce, dada su posición de dominio, señala que ha cumplido estrictamente con las disposiciones del citado decreto.

2.20. Respecto de la supuesta utilidad de 71% que la demandante sostiene que habría obtenido, señala que ello no es efectivo y que durante el ejercicio del año 2011 tuvo una pérdida de aproximadamente veinte millones de pesos.

2.21. La demandada afirma que ninguna de las conductas que se le imputan son constitutivas de explotación abusiva de posición dominante.

2.22. Luego, opone excepción de prescripción extintiva respecto de todos los actos ocurridos antes del 27 de diciembre de 2009, esto es, tres años antes de la notificación de la demanda, teniendo en consideración, respecto del año 2009, que la fijación de nuevos precios se hace en enero o febrero de cada año. Respecto de las supuestas conductas abusivas ejecutadas por la demandada durante el 2010, señala que la demandante manifiesta en su demanda que en dicho año no se produjo ningún aumento de los precios cobrados por el servicio de agua potable. De esta forma, las supuestas conductas abusivas se reducirían sólo a los años 2011 y 2012.

2.23. Finalmente señala que la multa de 10.000 U.T.A. no guarda proporción con la gravedad de la conducta imputada.

2.24. En mérito de lo anterior, solicita a este Tribunal rechazar la demandada interpuesta en todas sus partes, con expresa condenación en costas.

3. Según consta a fojas 142, 143 y 146, se citó a las partes a audiencias de conciliación en tres oportunidades, sin que ellas llegaran a un acuerdo que pusiera término a la causa.

4. A fojas 152, con fecha 26 de noviembre de 2013, se recibió la causa a prueba y se fijaron como hechos substanciales, pertinentes y controvertidos los siguientes:

“Estructura, funcionamiento, condiciones de competencia y partícipes actuales o potenciales en el o los mercados comprendidos en la demanda y la contestación. Participación de la demandada en dicho o dichos mercados, desde el año 2007 a la fecha de la demanda; y,

Efectividad de las alzas de precio descritas en la demanda, causas, oportunidad y justificación económica de las mismas.”

5. Documentos acompañados por las partes:

5.1. La demandante acompañó, a fojas 40, (i) medida prejudicial de exhibición de documentos llevados a cabo ante el 27° Juzgado Civil de Santiago y la respectiva acta en que consta la forma en que la misma se llevó adelante; (ii)

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

copia de la estructura de precios que ha implementado la Inmobiliaria; (iii) copia de una cuenta tipo que contiene la estructura del precio que cobra la Inmobiliaria; (iv) Reglamento de Copropiedad del Condominio Campomar; (v) comunicación de nueva estructura de precios para el año 2008 enviada por la Inmobiliaria; (vi) comunicación de nueva estructura de precios para el año 2009 enviada por la Inmobiliaria; (vii) comunicación de nueva estructura de precios para el año 2010 enviada por la Inmobiliaria; (viii) comunicación de nueva estructura de precios para el año 2011 enviada por la Inmobiliaria; (ix) comunicación de nueva estructura de precios para el año 2012 enviada por la Inmobiliaria. A fojas 156 acompañó, (i) copia de audiencia ante 27° Juzgado Civil de Santiago; y, (ii) copia expediente “López con Inmobiliaria Santa Rosa de Tunquén”, Rol C N°19,344-2012, 27° Juzgado Civil. A fojas 217 acompañó (i) cartas a Esva, y respuestas a nombre propio y en su calidad de administradora de Asociación de Vecinos Población Mirasol Algarrobo, Comunidad Balnearia Brisas de Mirasol, y Balneario Algarrobo Norte. A fojas 334 acompañó (i) informe técnico “*Análisis de las Alzas de Precios del Servicio de Producción y Distribución de Agua Potable*”, del Sr. Gustavo Contreras Romo, y anexos.

5.2. La demandada acompañó, a fojas 125, (i) copia Resoluciones N° 370, de 16 de mayo de 2012, y N° 381, de 23 de mayo de 2012, del Seremi de Salud; y, (ii) Boletines de Tarifas de la Superintendencia de Servicios Sanitarios, años 2012 y 2013.

6. Prueba testimonial rendida por las partes:

6.1. Por la parte demandante: (i) a fojas 204 y 242, Sr. Gustavo Contreras Romo.

7. A fojas 244, con fecha 20 de mayo de 2014, el Tribunal declaró vencido el término probatorio y ordenó traer los autos en relación. Se fijó la fecha para la audiencia de vista de la causa, la que se efectuó el día 30 de julio de 2014 a las 10:30 horas.

Y CONSIDERANDO:

Primero. Que de acuerdo a lo descrito en la parte expositiva de esta sentencia, la disputa en el presente caso se centra, en lo sustantivo, en resolver si la conducta de Inmobiliaria Santa Rosa de Tunquén Limitada es constitutiva de un abuso de posición dominante y, por tanto, infringe el artículo 3° del D.L. N° 211. Específicamente, el abuso consistiría, de acuerdo a la demandante, en la “*imposición de precios excesivos*” por parte de la Inmobiliaria en el mercado que

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

estima relevante, esto es, la provisión de servicios de agua potable en el Condominio Campomar, en el cual detentaría la calidad de monopolio;

Segundo. Que en su contestación de fojas 125, la demandada primero controvierte, en términos genéricos, que la fijación unilateral de un precio que se estima “*demasiado alto*” sea una conducta sancionable en sede de libre competencia. A este respecto, expresa que sostener lo contrario traería como consecuencia la necesidad de este Tribunal de fijar precios (que sería, a su juicio, lo realmente pretendido por la demandante), cuestión que estaría reservada exclusivamente a la ley. En segundo término, no obstante su argumentación genérica, la Inmobiliaria justifica de todos modos su conducta particular en base a dos ideas centrales: por una parte, que carecería de posición de dominio en atención a las bajas barreras de entrada que existirían en el mercado que estima relevante y, por otra, que el aumento de precios no sería ni demasiado alto ni arbitrario.

Tercero. Que en primer lugar, y sin perjuicio de lo que se señalará respecto de las conductas imputadas en este caso y las respectivas alegaciones y defensas de la demandada, las siguientes consideraciones comienzan por referirse a la posibilidad de sancionar los precios excesivos como un abuso de dominancia por parte de este Tribunal;

Cuarto. Que a esta alegación de la demandada (por ejemplo, cuando señala a fojas 126 que “*los organismos de defensa de la libre competencia no tienen facultad alguna para fijar precios en ninguna parte del mundo*”) subyace un cuestionamiento de orden positivo, relativo a si la conducta de imposición de precios excesivos es o ha sido efectivamente sancionada en sede de libre competencia; y otro de orden normativo, relativo a si esta última es la más adecuada para remediar la práctica aludida;

Quinto. Que desde el punto de vista positivo, el abuso de dominancia consistente en la imposición directa o indirecta de precios excesivos es plenamente aceptada por el D.L. N° 211, tanto en el inciso primero de su artículo 3°, que protege de manera genérica a los consumidores de cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o tienda a ello; como también en la letra “b” del inciso segundo de la misma disposición, que se refiere específicamente a la “*explotación abusiva*” de una posición dominante. En efecto, el sentido natural de la primera expresión hace referencia (aunque no de manera exclusiva) a los posibles efectos *explotativos* de una conducta de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

mercado, esto es, al perjuicio directo en los consumidores derivado del ejercicio abusivo de un poder de mercado significativo, sin producir ningún efecto en la estructura de competencia. Entre otras opciones, tales efectos pueden ser efectivamente producidos por la imposición de precios excesivos, a los cuales hace referencia la misma letra al señalar como una forma de abuso la “fijación de precios de compra o de venta”;

Sexto. Que, enseguida, esta aceptación legal de la figura de precios excesivos en materia de libre competencia posee sólidos fundamentos doctrinarios. Como han señalado algunos autores, los actos explotativos constituyen la forma más “intuitiva” u “obvia” de abusar de una posición dominante: la firma que tiene tal posición ejerce su poder de mercado a través del aumento del precio por sobre el nivel competitivo, y al hacerlo aumenta sus ganancias (en este sentido, por ejemplo, se expresan S. Bishop y M. Walker, *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*, Sweet & Maxwell, 3ª ed., 2010, p. 237; y también la antigua Comisión de Competencia del Reino Unido, el OFT: *Guidelines in Relation to Chapter II Prohibition Under the UK Competition Act, 1999*, para. 4.7);

Séptimo. Que, en tercer término, la jurisprudencia internacional desde antiguo ha sido concordante con estos planteamientos y ha sancionado, en numerosas ocasiones, a firmas con poder de mercado que incurrieron en imposición de precios excesivos. Así ha ocurrido, por ejemplo, en la Unión Europea, tanto por la Corte de Justicia (caso 26/75, *General Motors v. Commission* [1975] ECR 1367, [1976] 1 CMLR 95; y caso 27/76, *United Brands Co and United Brands Continentaal v. Commission* [1978] ECR 207) como por la Comisión (caso COMP/A.36.750/D3, *Scandlines Sverige AB v. Port of Helsingborg* [2006] 4 CMLR 22; y caso COMP/A.36.568/D3, *Sundbusserne v. Port of Helsingborg* [2006] 4 CMLR 23); en Sudáfrica, por la Corte de Apelaciones de Competencia (caso 70/CAC/Apr07, *Mittal Steel South Africa Limited and Others v. Harmony Gold Mining Company Limited and Another* [2009] ZACAC 1); en Holanda, por la NMa (en los casos 273 y 905, *Vereniging Vrije Vogel v. KLM* y *Steward v. KLM*, [8 noviembre 2000]; y en el *Reporte sobre Tarifas del Aeropuerto Schiphol*, de 2001); y en el Reino Unido, tanto por el Tribunal de Apelaciones de Competencia, CAT (caso 1001-1/1/01, *NAPP Pharmaceutical Holdings Ltd v. Director General of Fair Trading* [15 de enero de 2002]), como por la Corte de Apelaciones (*Attheraces Ltd v. British Horseracing Board Ltd et al* [2007] UKCLR 309);

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Octavo. Que, en el mismo sentido, este Tribunal ha estimado en el pasado que ciertas conductas vinculadas a precios excesivos fueron efectivamente abusivas por ser una manifestación del poder de mercado y, por tanto, se les declaró contrarias a la libre competencia. Así ocurrió, por ejemplo, en las Sentencias N° 73/2008 (especialmente consideración trigésimo tercera), N° 75/2008 (especialmente en la consideración cuadragésimo novena) y N° 85/2009;

Noveno. Que, en conclusión, los antecedentes legales, dogmáticos y jurisprudenciales demuestran que, al menos desde una perspectiva positiva, las autoridades de competencia, incluidas las nacionales, están facultadas para sancionar una eventual conducta abusiva de imposición de precios excesivos por parte de una firma dominante;

Décimo. Que el aspecto normativo de la alegación de la demandada –que las autoridades de competencia no constituirían la sede más adecuada para lidiar con este tipo de conductas– se basa en dos premisas. La primera es institucional: de intentar resolver este tipo de casos, este Tribunal se transformaría en un “regulador de precios”, una tarea para la cual no estaría capacitado. Por su parte, la segunda premisa es reflejo de un problema práctico: aunque se estimara que sí puede fijar precios, ello resultaría imposible por no poder establecerse con claridad los costos relevantes sobre los cuales determinar si un precio es o no “excesivo” y cuál es la línea divisoria entre este último y uno “justo”;

Undécimo. Que en relación con el aspecto institucional, existen dos aspectos de relevancia. El primero es que este Tribunal ha sido y es plenamente consciente de su propio rol dentro del orden institucional, el que efectivamente no se extiende a una función regulatoria, pero sí comprende remediar *toda* manifestación de conductas anticompetitivas. El segundo es que la aplicación de toda regla o principio legal es siempre sensible a los atributos y capacidades de quienes están encargados de ello, particularmente a la habilidad de estos últimos de analizar y ponderar la información en que fundamentan sus decisiones. Por esto, la primera premisa resulta débil en el contexto de alta especialización característico del derecho chileno de la libre competencia y de este Tribunal en particular, el cual disminuye en buena medida los errores que puedan eventualmente ser cometidos durante el análisis;

Duodécimo. Que en lo que respecta al aspecto práctico, sin perjuicio que él también se encuentra condicionado por la especialización propia de este Tribunal, debe ante todo considerarse que lo relevante desde la perspectiva de la

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

competencia no es la justicia en abstracto del precio cobrado, sino el establecimiento de una medida o parámetro adecuado sobre el cual determinar si un determinado precio resulta o no excesivo, teniendo además en consideración una serie de cuestiones que serán detalladas en consideraciones posteriores;

Decimotercero. Que tal parámetro es explícito en algunas legislaciones comparadas, como por ejemplo, Sudáfrica, Turquía o Corea del Sur (véase E. Elhauge y D. Geradin, *Global Antitrust Law and Economics*, 2ª ed., 2011, pp. 413-15). En otras, como la chilena, en cambio, no han sido instaurados lineamientos explícitos en la ley, por lo que la tarea de establecerlos recae en la jurisprudencia, habida cuenta que, como se indicó en la consideración quinta precedente, el D.L. N° 211 faculta expresamente a este Tribunal para ello;

Decimocuarto. Que para estos efectos, se deben tener presente dos aspectos básicos de la competencia en los mercados. Primero, que la imposición de precios supracompetitivos es una práctica normal de las firmas con poder de mercado y que en Chile, al igual que en el derecho comparado, la sola tenencia de una posición de dominio no es un hecho sancionable en sí mismo. Segundo, se debe procurar disminuir al máximo posible el riesgo de sancionar de manera errónea y costosa actividades que deben ser consideradas como normales dentro de un determinado mercado en un contexto de eficiencia dinámica, pues esto redundaría en un detrimento importante de la innovación y el desarrollo (en este sentido, por ejemplo, véase D. Evans y J. Padilla, “Excessive Prices: Using Economics to Define Administrable Legal Rules”, en *Journal of Competition Law and Economics*, vol. 1, 2005, pp. 97-122; M. Motta y A. de Stree, “Exploitative and Exclusionary Excessive Prices in EU Law”, en *European Competition Law Annual 2003: What is an Abuse of Dominant Position?* [C.D. Ehlermann y I. Atanasiu, eds], Hart Publishing, 2006, p. 91; M. Gal, “Abuse of Dominance: Exploitative Abuses”, en *Handbook on European Competition Law: Substantive Aspects* [I. Lianos y D. Geradin, eds.], 2013, pp. 385-422). En otras palabras, al determinar las reglas para establecer si se está en presencia o no de una práctica anticompetitiva se debe tener especial cuidado de no disminuir los legítimos beneficios derivados de las políticas comerciales exitosas de una firma con poder de mercado;

Decimoquinto. Que dado todo lo anterior, la práctica de imposición de precios excesivos debe ser interpretada de manera selectiva y restrictiva y, en consecuencia, el *test* que se establezca sólo está destinado a determinar cuándo un precio es *extremadamente* excesivo;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Decimosexto. Que para determinar si una firma ha incurrido en la práctica en comento, este Tribunal efectuará un análisis que comprende dos etapas. La primera consiste en determinar el mercado relevante y analizar su estructura, con la doble finalidad de determinar si se está en presencia de una firma dominante cuya posición no sea resultado de inversiones pasadas o innovación, sino de otras fuentes, como derechos especiales o exclusivos; y si existen barreras de entrada altas y de naturaleza no transitoria que protejan el mercado;

Decimoséptimo. Que las barreras de entrada a que se hace referencia en la consideración precedente deben, por cierto, ser más altas que aquellas que normalmente sirven para determinar la dominancia, pues lo relevante en el análisis es, en última instancia, determinar la posibilidad real de optar que tiene el agente económico cuya actividad se encuentra constreñida por tales barreras. Es decir, se debe tratar de barreras muy difíciles de superar en la práctica. En otras palabras, el análisis en este punto tiene por objetivo determinar si el consumidor posee alternativas creíbles al producto que le ofrece la firma con poder de mercado significativo;

Decimooctavo. Que, por su parte, la segunda etapa del análisis consiste en examinar los precios cobrados por la firma dominante para determinar si ellos son extremadamente excesivos. Si bien la doctrina ha identificado una serie de *benchmarks* o estándares de comparación tendientes a distinguir en concreto entre precios excesivamente altos y precios competitivos, todos ellos han sido sujetos a críticas serias que impiden que puedan ser considerados por separado como determinantes para efectuar una evaluación (véase, en general, R. O'Donoghue y J. Padilla, *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, Hart Publishing, 2013, pp. 732 y ss.). Por tanto, a juicio de este Tribunal, el análisis debe ser efectuado utilizando de manera simultánea todos los estándares de comparación disponibles, incluyendo, por ejemplo, el análisis de costos (lo que en concreto implica establecer si el precio cobrado por el producto excede el costo medio total), precios (por ejemplo, históricos o cobrados a diversas clases de clientes) y utilidades de la firma dominante. Lo más relevante para estos propósitos es que los estándares escogidos sean razonables y tengan sentido económico, esto es, que provean de información útil acerca de las características del precio bajo análisis y cuán cercano se encuentra éste de lo que se esperaría fueran las condiciones de competencia imperantes en el mercado, siendo secundario cuán imperfecta o limitada pueda eventualmente ser dicha información;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Decimonoveno. Que la utilización de múltiples estándares de comparación es consistente con la práctica en el derecho comparado. Este método fue utilizado, por ejemplo, en el Reino Unido en el caso *NAPP* (citado en la consideración séptima precedente), donde los estándares de comparación aplicados fueron el margen precio-costos y los precios que la propia dominante había cobrado en el tiempo por el producto. En cada caso concreto será este Tribunal quien determine, sobre la base de la información disponible, el conjunto de estándares a aplicar;

Vigésimo. Que, considerando todo lo anterior, una infracción a la libre competencia por esta clase de hechos sólo acontecerá cuando una firma con alto poder de mercado, no proveniente de sus propias inversiones o de su capacidad de innovar, cobre precios significativamente superiores al resultante de la aplicación de uno o más estándares de comparación cuyos resultados, ponderados de manera razonable, sean consistentes entre sí;

Vigésimo primero. Que establecidos tanto el hecho de que la conducta de precios excesivos es sancionable por el derecho de la competencia, como el *test* bajo el cual ella debe acreditarse ante este Tribunal, corresponde establecer si la Inmobiliaria demandada posee una posición de dominio en el mercado relevante;

Vigésimo segundo. Que según se ha señalado en el punto 1.12 de la parte expositiva de esta sentencia, la demandante sostiene que el mercado relevante en estos autos estaría constituido por *“la producción de agua potable en el Condominio Campomar, entendida ésta como, la captación y tratamiento de agua cruda y su posterior distribución a los copropietarios de dicho condominio, desarrollada en la actualidad por Sociedad Inmobiliaria Santa Rosa de Tunquén Limitada quien presta el referido servicio cobrando un precio”* (fojas 53). La demandada, por su parte, no controvertió expresamente en su contestación esta definición, ya sea en lo que se refiere al producto (al cual se refiere como *“producción y distribución de agua potable”* en distintas partes de su contestación) o al elemento geográfico del mismo;

Vigésimo tercero. Que como ha señalado este Tribunal con anterioridad, el mercado relevante permite identificar, en términos de producto y área geográfica, el ámbito de actividad de las fuerzas competitivas centrales al caso concreto (Sentencia N° 138/2014, consideración décima). En este caso, resulta claro de los antecedentes que dicho ámbito no excede geográficamente el territorio del Condominio Campomar y que en términos de producto sólo se refiere a la captación y tratamiento de agua potable y su posterior distribución. Fuera de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

éstos, no existen otros bienes o áreas que puedan crear limitaciones competitivas al actuar de la firma bajo análisis. Por tanto, el mercado relevante comprenderá únicamente tales aspectos;

Vigésimo cuarto. Que establecido el mercado relevante, es necesario determinar si la demandada efectivamente posee una posición de dominio en él. Como este Tribunal ha fallado en otras ocasiones, esta posición debe ser determinada considerando *“una serie de factores, entre ellos, su cuota de participación de mercado, la existencia o no de barreras a la entrada, y otras características propias del mercado en estudio, como por ejemplo la importancia de la innovación tecnológica, el grado de diferenciación de los servicios provistos y el espacio de mercado disponible o esperado para el crecimiento de las firmas incumbentes o para la entrada de nuevos competidores”* (Sentencia N° 78/2008, consideración novena. Véanse también Sentencias N° 47/2006, consideraciones quincuagésimo primera y quincuagésimo quinta; 103/2010, consideraciones vigésimo primera a vigésimo sexta; y 101/2010, consideración decimoctava).

Vigésimo quinto. Que reiterando lo señalado en las consideraciones décimosexta a vigésima precedentes, dos son los factores que se deben tener en cuenta con mayor detención para efectos de establecer si la Inmobiliaria demandada efectivamente ha cometido la conducta que se le imputa. Primero, es necesario determinar la fuente de su dominancia; esto es, si se trata de una posición que proviene o no de la innovación o de inversiones pasadas realizadas por la demandada. Segundo, es necesario establecer si las barreras de entrada presentes en el mercado son difícilmente superables como para justificar continuar con el análisis de los precios cobrados por la firma que posee la posición de dominio;

Vigésimo sexto. Que, como se desprende de los antecedentes de autos, la Inmobiliaria efectivamente posee, al menos *prima facie*, un poder de mercado significativo, el cual deriva de la combinación de dos características. La primera es física: la relativa lejanía del Condominio respecto de algún área urbana donde los servicios sanitarios y de agua potable sean prestados por una empresa concesionaria. La segunda es contractual: por expresa disposición de los copropietarios del Condominio, manifestada en el Reglamento de Copropiedad que rola a fojas 14 y siguientes, la Inmobiliaria al menos cuenta con una marcada y explícita preferencia para ser proveedora de los servicios al interior del Condominio. La fuente de tal preferencia proviene de tres elementos interrelacionados establecidos en dicho Reglamento: el otorgamiento a aquella de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

los derechos de propiedad sobre ciertas aguas existentes en el Condominio (artículo cuadragésimo quinto); la constitución de una “*Empresa de Agua Potable destinada a mantener y explotar una red privada de distribución y abastecimiento de agua para el servicio exclusivo de los copropietarios*” (artículo cuadragésimo sexto); y, en especial, la “*obligación del propietario [de] conectarse al servicio de distribución y abastecimiento de agua y de documentar y pagar su valor con independencia al hecho de que se construya o no en el sitio o lote adquirido*” (artículo cuadragésimo noveno), sujeto a las sanciones establecidas en el mismo Reglamento en caso de no hacerlo. Según afirma la demandada, las razones que llevaron a los propios copropietarios a establecer esta estructura al interior de Condominio serían de carácter medioambiental, lo que es incluso plausible dado el tenor de varias de las cláusulas y consideraciones del Reglamento. Sin embargo, para efectos de establecer la dominancia y su fuente resulta innecesario analizar tales justificaciones, siendo suficiente en este caso atender a las consideraciones físicas y contractuales antes mencionadas, ninguna de las cuales ha sido controvertida en autos;

Vigésimo séptimo. Que no obstante lo señalado en la consideración precedente, el segundo aspecto relevante –la existencia de barreras difícilmente superables para entrar al mercado– ha generado un mayor grado de disparidad entre las opiniones de las partes. De acuerdo a la demandante, la “evidente” posición de dominio que tendría la Inmobiliaria en el mercado relevante se sostendría en la existencia de barreras a la entrada artificiales y económicas existentes; lo cual es totalmente negado por la demandada, como se verá a continuación;

Vigésimo octavo. Que en lo que respecta a la barrera artificial, la demandante sostiene que la obligación establecida en el Reglamento de Copropiedad de conectarse al servicio de distribución y abastecimiento de agua potable, bajo sanción de multa en caso de no hacerlo, impediría en los hechos a los propietarios del Condominio proveerse de dicho servicio a través de otros medios distintos a la contratación con la Inmobiliaria;

Vigésimo noveno. Que, contrario a dicha afirmación, a juicio de este Tribunal el examen del Reglamento de Copropiedad del Condominio permite concluir que la prohibición allí establecida no es insalvable, pues existe la posibilidad cierta de que los mismos copropietarios de Campomar promuevan la modificación de dicho documento y puedan, de este modo, autorizar expresamente la contratación de los servicios de producción y distribución de agua potable con otro proveedor (de existir efectivamente este último). En efecto, no existe constancia de restricciones

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

particulares a su modificación por parte de la Asamblea de Copropietarios, la cual, de hecho, ya ha introducido modificaciones en ocasiones anteriores, según da cuenta el propio Reglamento en sus notas a pie 1 y 2;

Trigésimo. Que junto con lo anterior, la demandante hace mención a la existencia de supuestas barreras económicas para la prestación del servicio, las cuales, a juicio de este Tribunal, deben ser analizadas aun asumiendo una eventual modificación del Reglamento de Copropiedad. Sobre este punto, la demandante afirma que ni una empresa de servicio público ni la construcción de pozos por parte de los propietarios podrían ser considerados sustitutos del servicio prestado por la Inmobiliaria, pues no proveerían “*alternativas viables de provisión*” (fojas 55), atendido que el Condominio se encuentra fuera del territorio operacional de la empresa local de servicio sanitario, por una parte, y que no estarían dadas las condiciones, naturales o económicas, para que todos los copropietarios cavaran pozos para obtener agua potable, por otra;

Trigésimo primero. Que en contraposición a estos argumentos, la demandada sostiene que “... *la magnitud de las supuestas barreras a la entrada no son suficientes para impedir la sustitución de la producción y distribución de agua al interior del Condominio*” (fojas 132), refiriéndose expresamente a que tanto la concesionaria de servicios sanitarios de la zona (ESVAL S.A.), como la provisión de agua potable mediante camiones aljibe y la libertad de cavar pozos en suelo propio, sí constituirían alternativas viables para competir con el servicio que ella presta;

Trigésimo segundo. Que, como se demuestra en las consideraciones siguientes, la prueba presentada en autos no permite tener por acreditada la existencia de las barreras económicas alegadas por la demandante. En consecuencia, no es posible descartar la presencia de al menos una alternativa viable al producto ofrecido por la Inmobiliaria y, por consiguiente, no se impidió en los hechos la real posibilidad de opción que poseía Campomar;

Trigésimo tercero. Que, en efecto, existe constancia en el expediente que a lo menos la empresa ESVAL S.A. –concesionaria de servicios de producción y distribución de agua potable, y de recolección, descontaminación y disposición de aguas servidas en todas las comunas de la Región de Valparaíso (salvo algunas excepciones menores)– estaría en condiciones de prestar sus servicios a Campomar. Según consta en la carta que rola a fojas 207, enviada por el Gerente de Planificación y Estudios de ESVAL S.A. al propio abogado de la demandante y

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

acompañada al proceso por esta última parte en su escrito de fojas 217, si bien el Condominio se encuentra fuera de su área de concesión (tal como se señala en la demanda) y no se tiene proyectado solicitar ampliación del mismo en el corto plazo para prestar servicio al mismo, *“ESVAL S.A. podría actualmente definir puntos de conexión y empalme a su infraestructura de agua potable y alcantarillado con el fin de suscribir un contrato de interconexión, bajo las condiciones que se acuerden por las partes, que permita al interesado solicitar las respectivas concesiones ante la Superintendencia de Servicios Sanitarios, dado que el predio se ubica en zona urbana de la comuna de Algarrobo”*. Esta declaración la efectuó en respuesta a la pregunta sobre *“[s]i Esvál puede prestar servicios de agua potable y alcantarillado al Condominio Campomar en la actualidad”*, realizada por la propia demandante (fojas 205 bis);

Trigésimo cuarto. Que, sumado a la anterior declaración de voluntad, también hay constancia expresa en el expediente que la propia ESVAL S.A., a través de sus empresas relacionadas (calidad que se presume del hecho de que el membrete de las cartas firmadas por los representantes de éstas indica “ESVAL” y no el nombre de la respectiva empresa), prestaría sus servicios a otros condominios aledaños –Asociación de Vecinos Población Mirasol de Algarrobo, Comunidad Balneario Brisas de Mirasol y Corporación Balneario Algarrobo Norte–, como se desprende de los documentos que rolan a fojas 210, 213 y 216;

Trigésimo quinto. Que lo expuesto en las dos consideraciones precedentes contraviene abiertamente la afirmación de la demandante relativa a que, dada la ausencia de economías de escala o densidad, no sería rentable para ESVAL S.A. prestar el servicio, pues de lo afirmado por esta última empresa se desprende que incluso de no presentarse tales economías, el acuerdo entre partes permitiría eventualmente soslayar tal situación;

Trigésimo sexto. Que, de igual modo, la disposición *ex ante* manifestada por ESVAL S.A. de eventualmente prestar el servicio en el Condominio, desmiente lo afirmado por el testigo de la demandante a fojas 230, quien al ser consultado sobre si existía otro proveedor de los servicios en el área del condominio indicó que *“[s]olamente es la Inmobiliaria y las empresas concesionarias más cercanas están ubicadas a 4 kilómetros al Sur, en Mirasol y Algarrobo Norte. Son tres empresas pequeñas de tamaño prácticamente comparables al de la Inmobiliaria y que en este momento tienen un contrato con Esvál, así que Esvál es que podría decirse que las administra y opera”*; y que *“Esvál llega hasta Algarrobo”*;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Trigésimo séptimo. Que, por cierto, el mero hecho que ESVAL S.A. haya declarado que eventualmente podría prestar sus servicios a Campomar no descarta de manera definitiva la existencia de barreras a la entrada prácticamente infranqueables, toda vez que los costos de instalación y los de “*solicitar las respectivas concesiones ante la Superintendencia de Servicios Sanitarios*” –en palabras de ESVAL S.A.– podrían ser tan altos que, en los hechos, constituirían una barrera. Sin embargo, no existe en el proceso prueba alguna que acredite este supuesto. Éste debió haber sido probado por la demandante en la oportunidad procesal correspondiente y no lo hizo, aun existiendo la evidente posibilidad de hacerlo, atendidos los amplios términos del primer punto de prueba fijado por este Tribunal, y siendo que se trataba de un hecho sustancial, pertinente y controvertido que servía de fundamento esencial para su alegación. Frente a la ausencia de prueba en contrario, y considerando especialmente la interpretación restrictiva que debe darse a la conducta imputada en autos, no es posible descartar, entonces, que la aludida empresa constituya una alternativa cierta y real de prestación de los servicios sanitarios en el ámbito geográfico del mercado relevante antes definido;

Trigésimo octavo. Que no habiéndose acreditado la existencia de barreras a la entrada prácticamente insoslayables en el mercado relevante identificado, no resulta necesario seguir con el análisis de las demás acciones y excepciones hechas valer en este juicio, de acuerdo con el artículo 170 N° 6 del Código de Procedimiento Civil, esto es, la eventual prescripción de las conductas denunciadas, el análisis de los precios cobrados por la demandada y las razones invocadas por esta última para justificar su conducta. Se procederá, por tanto, a rechazar la demanda de autos;

Y TENIENDO PRESENTE, lo dispuesto en los artículos 1° inciso segundo, 2°, 3°, 18° N°1, 22° inciso final, 26° y 29° del Decreto Ley N° 211, cuyo texto refundido coordinado y sistematizado fue publicado en el Diario Oficial de 7 de marzo de 2005; y en el artículo 170° del Código de Procedimiento Civil,

SE RESUELVE:

- 1) **RECHAZAR** la demanda de fojas 40 interpuesta por Condominio Campomar en contra de la Inmobiliaria Santa Rosa de Tunquén Limitada;
- 2) **NO CONDENAR** en costas a la demandante, Condominio Campomar, por haber tenido motivo plausible para litigar.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Se previene que los ministros señores Menchaca y Domper, si bien concurren a la decisión de mayoría en cuanto a rechazar la demanda de autos, no concuerdan con los fundamentos para hacerlo, por las siguientes consideraciones:

1. Que a su juicio en nuestro derecho y jurisprudencia no existe como conducta sancionable la de los denominados precios excesivos explotativos.

2. Que, en efecto, nuestra jurisprudencia ha sido clara al declarar que “... *el mero hecho de que una empresa cobre precios excesivos sin que medie conducta abusiva alguna de su parte no constituye un caso de explotación abusiva de su posición dominante. Así se desprende del tenor literal del artículo 3 letra b) del DL 211, que exige que la explotación de una posición dominante sea abusiva para que atente contra la libre competencia*” y que “... *no es correcto sostener que este Tribunal -mediante el expediente de determinar, en un caso concreto, cuáles precios serían excesivos y cuáles no- se erija en un regulador de precios a consumidores finales, pues dicha regulación sólo puede efectuarse por expresa disposición legal en mercados que así lo requieran, por ejemplo, en el caso de monopolios naturales con gran poder de mercado, y ello con todas las garantías que la legislación sectorial otorga a la empresa regulada, las que no podrían darse en un procedimiento contencioso como el de autos*” (Sentencia N° 93/2010, consideraciones trigésima y trigésimo primera);

3. Que dicha jurisprudencia es coincidente con lo que dispone nuestra ley al respecto, desde que ésta exige, para que pueda haber infracción no sólo la existencia de una posición dominante sino también la imposición de un abuso. Por ello, cuando el exceso en el precio proviene de un abuso de posición dominante, sí puede y debe ser sancionado dicho abuso, y así ha sido fallado en diversas ocasiones por este Tribunal que, siempre que sancionó abusos de posición dominante relacionados con precios excesivos, lo hizo por haberse efectuado cobros abusivos por injustificados (Sentencias N° 85/2009 y 100/2010 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia; Dictámenes 840/044 y 873/692, de la H. Comisión Preventiva Central); por infringir disposiciones legales o contractuales (Sentencia N° 73/2008 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia); o, por ser arbitrariamente discriminatorios (Sentencia N° 76/2008 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia). En ningún caso por el mero hecho de que los precios fueran superiores a alguna definición de costo relevante, o bien, a aquel obtenido utilizando un *benchmark*, esto es comparando el precio cobrado por otras empresas similares pero no iguales en mercados geográficos distintos.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

4. Que, a juicio de estos disidentes, es claro que el derecho de la competencia chileno y comparado no consideran sancionable el mero hecho de tener poder de mercado, sino únicamente los abusos cometidos por quien lo tiene. Ello sin perjuicio de reconocer el hecho de que el precio en un mercado monopólico es más alto que el de uno competitivo, con lo que se producirá una pérdida de eficiencia. Lo que hay que determinar no es si ese precio es mayor –o incluso mucho mayor– al de un mercado competitivo, sino si se puede sancionar dicho precio por el mero hecho de ser alto, aún cuando no fue causado por un abuso.

5. Que una parte importante del proceso competitivo se produce precisamente en la competencia intensa de las empresas por crear, mediante la innovación, un producto único que les permita obtener rentas sobrenormales y ello está en algunos casos además protegido por ley, al permitir crear un monopolio legal a dichas creaciones si son patentables. Lo sancionable no es la mera tenencia de poder de mercado y el consecuente cobro de los precios que ello implica, sino los abusos de posición dominante que pueda cometer quien lo posee.

6. Que, en este sentido Richard Posner, incluso para el caso de los monopolios naturales, nos indica que a su juicio es difícil distinguir la situación en la cual un individuo obtiene un retorno extraordinario como consecuencia de la explotación (no abusiva) de un monopolio, de aquella situación de quien tiene un terreno estratégicamente bien localizado y observa como sube el precio del mismo sin mediar esfuerzo alguno de su parte, en virtud de su escasez. (Richard A. Posner. *Natural Monopoly and Its Regulation, 30th Edition With a New Preface by The Author*. 1999, Cato Institute, P. 19). ¿También ese sería un precio excesivo? De hecho proviene de la posesión de un activo único que se ha vuelto más esencial o más escaso y por ello sube de precio. Si estimáramos que dicho precio, incluso si ha subido 10 ó 20 veces respecto de su costo de adquisición, es excesivo y pretendemos exigir al dueño que obtenga una rentabilidad “normal” por su venta, con ello infringiríamos diversas normas legales chilenas. La venta a un precio muy inferior al de mercado (aunque sea cercana a costo) estaría viciada de nulidad por lesión enorme e incluso el precio podría ser rechazado como costo por el Servicio de Impuestos Internos, quien tiene facultad de tasar una venta cuando el precio es claramente diferente al de mercado (incluso si el mercado es imperfecto).

7. Que, sin embargo, estos ministros están conscientes que en algunos casos de monopolios naturales con gran poder de mercado puede ser muy difícil o aun imposible la entrada de nuevos competidores pese a los altos precios del

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

monopolista. En esos casos lo que correspondería –si los costos de la regulación son menores que sus beneficios– es regular el mercado y sus precios, lo que debe hacerse por ley. Es lo que ocurre en los mercados regulados, como es el caso de las empresas sanitarias dentro de su área de concesión. En efecto, aunque pueda existir un vacío regulatorio en materia de la provisión de servicios sanitarios fuera del área de concesión que podría ameritar una recomendación normativa por parte de este Tribunal, lo cierto es que ésta no ha sido solicitada.

8. Que, en efecto, en nuestro derecho existe libertad de precios y éstos se determinan por la oferta y la demanda en los mercados siendo un hecho indiscutible que, en la gran mayoría de los casos, el precio es superior al costo marginal, no existiendo criterios para determinar cuando un precio se consideraría “excesivo”, ni aun en jurisdicciones en que los precios excesivos explotativos son expresamente declarados ilegales.

9. Que es propio de un sistema de mercado que las empresas exitosas y eficientes obtengan utilidades sobrenormales, las cuales incentivan a nuevos entrantes a ingresar al mercado generándose con ello un círculo virtuoso gracias a la competencia. Por el contrario, las empresas que tienen pérdidas estarán obligadas a salir del mercado. Esta situación es reconocida en la sentencia en su consideración décimocuarta al señalar que *“la imposición de precios supracompetitivos es una práctica normal de las firmas con poder de mercado y que en Chile, al igual que en el derecho comparado, la sola tenencia de una posición de dominio no es un hecho sancionable en sí mismo”*. Efectivamente no se debe sancionar la tenencia de poder de mercado, sino los abusos que se cometen para mantener o incrementar dicho poder de mercado, o bien para alcanzarlo si se trata de empresas que no lo tenían. En este sentido, el cobro de precios supra competitivos, entendiendo por estos últimos los precios superiores al costo marginal de producción (dado que un precio igual al costo marginal de producción sería el óptimo en una situación de competencia perfecta) no podría ser nunca sancionado como precio excesivo si es que su exceso no proviene de un hecho, acto o convención contrario a la libre competencia, es decir, de un abuso de posición dominante. ¿Qué hace que un precio supracompetitivo sea excesivo? ¿Que esté un 5% por sobre el precio competitivo; un 15%; un 50%? No hay respuesta dado que no es ilícito el mero hecho de cobrar el precio de equilibrio en un mercado que no es competitivo, es decir el ejercicio, no abusivo, de una posición dominante.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

10. Que sostener la tesis contraria tiene serios problemas jurídicos y económicos e implicaría otorgar un margen de discrecionalidad muy grande a este Tribunal. En lo jurídico, significaría en los hechos regular precios, fijando un precio máximo, en contravención a lo dispuesto en el artículo 19 N° 24 de la Constitución Política, que exige que cualquier limitación al dominio y a las facultades inherentes al mismo sea establecida por ley. Además, si se opta por sancionar los precios excesivos el agente económico sancionado no podrá saber con certeza cuál es el precio por el cual no será sancionado y, si cambian las circunstancias del mercado, aumentando por ejemplo los costos, no podrá subir libremente los precios sin consultar previamente al Tribunal, a riesgo de ser sancionado nuevamente, lo cual erigiría a éste último en un verdadero regulador de precios. En lo económico, el principal problema es determinar a partir de qué punto se considerará un precio como excesivo.

11. Que estos problemas han sido reconocidos en el derecho y la jurisprudencia comparados. Así, en el derecho de los Estados Unidos de Norteamérica se sostiene que, salvo en el caso de los mercados regulados, se debe dejar que el mercado fije sus precios libremente y no sólo para evitar que las agencias de competencia se conviertan en reguladores de precios, sino también por la convicción de que modelos dinámicos de análisis de mercado reconocen que los esfuerzos por convertirse en monopolio para poder cobrar precios mayores son un importante motor de la innovación y de los esfuerzos por reducir costos. La jurisprudencia de dicho país ha sido clara al respecto al señalar que “[e]stablecer un precio elevado puede ser una forma de utilizar un poder monopólico, pero no es en sí anticompetitivo... La supervisión Judicial de las políticas de precios ubicarían a la Cortes en un papel similar a aquél de una Comisión reguladora pública...” (Berkey Photo, Inc v Eastman Kodak Co 603 F 2d 263, 294 (2nd Cir 1979), cert denied 444 US 1093 (1980)) y que “[l]a mera posesión de poder de mercado, y el consecuente cobro de precios monopólicos, no sólo no es ilegal; es un importante elemento del sistema de libre mercado. La oportunidad de cobrar precios monopólicos – a lo menos durante un breve tiempo – es lo que incentiva el emprendimiento empresarial en primer lugar; induce a tomar riesgos que producen innovación y crecimiento en la economía” (Verizon Communications, Inc v Law Offices of Curtis V Trinko, LLP 157 L Ed 2d 823, 836 (2004)).

12. Que en el derecho de la competencia europeo la situación es distinta, pues en general se considera que los precios excesivos son una infracción a la libre

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

competencia, en parte por la tradición europea en materia de libre competencia, y en parte por la interpretación que se ha dado al artículo 102 (a) del Tratado Constitutivo de la Unión Europea, que prohíbe que una firma dominante “*imponga directa o indirectamente precios injustos de compra o venta u otras condiciones comerciales injustas*”. Sin embargo también en Europa se reconocen las dificultades jurídicas y prácticas de sancionarlos. Así, Motta y Streel, sostienen que se debe tener mucho cuidado al aplicar la norma del art. 82 (actual artículo 102 (a)) del tratado constitutivo de la Unión Europea en lo que se refiere a precios excesivos (Motta y Streel, *Exploitative and Exclusionary Excessive Prices in EU Law*, 2004); Evans y Padilla abogan por una modificación legal al respecto (David S. Evans y A. Jorge Padilla, *Precios Excesivos: Utilizando La Economía Para Definir Reglas Legales Administrables*, Documento de Trabajo CEMFI No. 0416, Septiembre de 2004); y, por su parte, Michal S. Gal incluso llega a sostener que se podrían interpretar las normas legales actualmente vigentes en la Unión Europea, en el sentido de no hacer sancionable la mera fijación unilateral de precios excesivos (Michal S. Gal, *Monopoly pricing as an antitrust offense in the U.S. and the EC: Two systems of belief about monopoly?*, New York University, Law and Economics Research Paper Series, Working Paper No. 04-01, 49 Antitrust Bulletin (2004)). Probablemente estas son las razones por las que son realmente escasos los casos en que en Europa se ha sancionado dicha conducta ya que, como se indica en el artículo de Motta y Streel recién citado, en más de cuarenta años de aplicación de dicha norma, hubo sólo cuatro sanciones por la Comisión Europea, dos de las cuales fueron revocadas por la Corte de Justicia Europea y es la razón por la que en el mismo se indica que “*la prueba de un precio excesivo, o en otras palabras la búsqueda de un precio competitivo, es como ir en búsqueda del Santo Grial*”.

13. Que comparten lo indicado en la consideración octava de la sentencia en el sentido que ciertas conductas vinculadas con precios excesivos, como prácticamente todas las que constituyen abusos de posición dominante explotativos, en la medida que constituyan un abuso, pueden ser sancionados. Así se declaró en las Sentencias N° 73/2008; 75/2008 y 85/2009, citadas en la misma. En efecto, en la Sentencia N° 73/2008, el Tribunal sancionó “*un abuso de posición monopólica al incrementar las tarifas a clientes finales, en forma injustificada y por sobre los parámetros de indexación definidos en su contrato de concesión*” (consideración trigésimo tercera); en la Sentencia N° 75/2008 sancionó el hecho de que “*el régimen de cobros en base a kilogramos transportados, establecido por SCL a los subconcesionarios de servicios courier, configura un abuso de su*

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

posición dominante ya que, al no poder implementar un sistema de cobros basado en el porcentaje de ventas de estas empresas, utilizó una variable que no estaba permitida por las Bases de Licitación...”; y, por último, en la Sentencia N° 85/2009, sancionó por establecer que “esta empresa ha abusado de su posición dominante, al aplicar a la actora cobros arbitrariamente discriminatorios”, y por haber “utilizado un parámetro de cobro, denominado “factor nuevo consumo”, que es injustificado y abusivo”.

Notifíquese y archívese, en su oportunidad.

Rol C N° 245-12

Pronunciada por los Ministros Sr. Tomás Menchaca Olivares, Presidente, Sr. Enrique Vergara Vial, Sra. María de la Luz Domper Rodríguez, Sr. Eduardo Saavedra Parra y Sr. Javier Tapia Canales. Autorizada por la Secretaria Abogada Srta. Carolina Horn Küpfer.