

Informe en Derecho

Competencia e Innovaciones Disruptivas

Requisitos del Acto de Competencia Desleal Tipificado en el DL
211 y su Interrelación con la Regulación Sectorial

Septiembre de 2018

Javier Velozo Alcaide¹

Pablo Pardo Murillo²

¹ Profesor de Derecho de la Competencia.

² Abogado Pontificia Universidad Católica, Magister en Derecho de la Competencia, King's College London. Profesor de Derecho Privado.

Uber Chile SpA (“Uber”) ha sido demandado por incurrir en supuestas prácticas de competencia desleal contrarias al Decreto Ley N°211 (“DL 211”), en razón de que las actividades desarrolladas en Chile por medio de la aplicación tecnológica para *smartphones* conocida como Uber (“Aplicación Uber”) infringirían la regulación del transporte público remunerado de pasajeros.

La demanda se substancia ante el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“TDLC”), bajo el Rol N°C-320-2017, en autos caratulados “Sandra Elizabeth Ruiz García y otros contra Uber Chile SpA”.

En el marco de este proceso infraccional, Uber nos ha encargado informar en Derecho acerca de la interrelación entre la regulación sectorial y el DL 211 y, en particular, acerca del tratamiento que da el derecho de la competencia a las innovaciones disruptivas no reguladas.

En el marco dicho análisis, el informe analiza si las actividades de Uber podrían enmarcarse en el tipo infraccional del artículo 3 letra c) del DL 211, denominado “competencia desleal”.

Desarrollaremos el informe conforme al siguiente esquema:

- I. Introducción..... 4**
- II. Innovaciones disruptivas y plataformas *online* de economía colaborativa ante el derecho de la competencia..... 7**
 - II.1. Innovaciones disruptivas y libre competencia..... 7
 - II.2. Plataformas colaborativas *online* como innovaciones disruptivas..... 11
 - II.3. Plataformas colaborativas *online*. Análisis de competencia..... 14
 - a. Mercado relevante..... 14
 - b. Poder de mercado. Competencia dinámica y barreras de entrada..... 17
 - c. Posibles abusos anticompetitivos y eficiencias..... 20
 - II.4. Plataformas Colaborativas. Desafíos regulatorios y rol de las autoridades de competencia. 22
- III. El tipo infraccional competencia desleal del artículo 3ª letra c) del DL 211..... 25**
 - III.1. Libre Competencia y Competencia Desleal..... 25
 - III.2. La competencia desleal tipificada por el DL 211 y la LCD..... 29
 - III.3. El tipo infraccional de competencia desleal del DL 211. *Test* de idoneidad..... 30
 - III.4. El Acto de Competencia Desleal Puro. Requisitos..... 36
 - III.5. La conducta denunciada por los Demandantes no se enmarca en el tipo infraccional del artículo 3ª letra c)..... 37
- IV. Incumplimiento normativo como competencia desleal y, en particular, como una infracción al DL 211..... 39**

IV.1. Acerca del incumplimiento normativo como Acto de Competencia Desleal Puro en las legislaciones que inspiraron la LDC..... 40

IV.2. Acerca del incumplimiento normativo como Acto de Competencia Desleal Puro en la LDC43

IV.3. Acerca del incumplimiento normativo como Competencia Desleal Anticompetitiva. 44

IV.4. Acerca de la competencia del TDLC para conocer de actividades que son objeto de regulación sectorial..... 44

IV.5. Acerca de la competencia del TDLC para calificar infracciones a la regulación sectorial.47

IV.6.....Casos de surgimiento de "nueva competencia" que no se ajusta a la estructura de la regulación sectorial..... 49

IV.7. Casos en sede de libre competencia en que se conoció la vulneración de normas como acto de competencia desleal. 53

IV.8. Síntesis..... 56

IV.9. Aplicación de los criterios al *caso Uber*..... 58

V. Comentario sobre la jurisprudencia sobre Plataformas Colaborativas de transporte. 60

VI. Conclusiones..... 64

I. Introducción.

Durante años los taxistas (o “Incumbentes”) han sido prácticamente los únicos en ofrecer servicios de transporte remunerado de pasajeros en vehículos no compartidos que permiten al usuario elegir el destino³ ⁴. Sin embargo, la innovación y el desarrollo tecnológico han favorecido la aparición de plataformas *online*, tales como la Aplicación Uber, las que contactan a propietarios de vehículos particulares dispuestos a prestar servicios de transporte en rutas específicas (“Socios Conductores”) con personas que requieren tales servicios por un precio predeterminado (“Socios Pasajeros”).

En este contexto, 150 taxistas (“los Demandantes”) han comparecido ante el TDLC acusando a Uber de incurrir en prácticas de competencia desleal del tipo “infracción a las normas jurídicas”. Según sostienen los actores, Uber competiría con los taxistas prestando servicios⁵ en abierta infracción a la regulación sectorial y, además, el señalado demandado posibilitaría que los Socios Conductores participen en el mercado referido, también en infracción a dicha normativa. En particular, la Aplicación Uber competiría con los Incumbentes sin cumplir con los requisitos que la regulación impone para prestar servicios de transporte público remunerado de pasajeros en relación con aspectos tales como las características de los vehículos, el tipo de licencia de los conductores y la existencia de una tarifa máxima.

Lo anterior, siempre según los demandantes, configuraría el tipo infraccional establecido en el artículo 3° letra c) del DL 211, pues (i) Uber, por medio de su aplicación tecnológica y los Socios Conductores, sería un verdadero prestador de servicios de transporte que compite con los taxistas; (ii) Uber tendría una posición dominante en el mercado, el que los actores circunscriben al del transporte público remunerado de pasajeros; (iii) Uber obtendría ventajas competitivas (ahorro de costos) respecto de los Incumbentes por medio de “infracción de normas jurídicas”; y, (iv) todo ello generaría un perjuicio a los taxistas, quienes sí cumplen dicha normativa.

La demanda pone énfasis en que la autoridad ha asumido un compromiso de exclusividad con los Incumbentes⁶, en el sentido de que sólo 44.287 vehículos registrados a nivel nacional están habilitados para prestar servicios de transporte público remunerado de pasajeros. Entonces, la presunta infracción normativa de Uber impediría que la autoridad cumpliera con el compromiso indicado.

³ La referencia a “vehículos no compartidos” se hace en contraposición a los vehículos que se comparten con otros pasajeros, tales como buses y taxis colectivos, por medio de los cuales se prestan servicios de transporte remunerado en una ruta específica determinada por la regulación sectorial.

⁴ Esta aseveración es descriptiva y en caso alguno pretende definir un mercado relevante. Ello excede el presente informe y requeriría de un análisis de sustituibilidad entre los servicios ofrecidos por los taxis y otros, tales como los ofrecidos por otros medios de transporte público (buses, taxi buses, metro) y otros medios de transporte privados, entre los cuales se incluyen los ofrecidos por los socios conductores de plataformas como las de Uber, Cabify, Easy Taxi, entre otras.

⁵ La demanda se circunscribe a la modalidad Uber X. En adelante se hará referencia a dicha modalidad cuando nos refiramos al servicio que se presta por medio de la Aplicación Uber.

⁶ Foja 44 de la demanda.

En su contestación, Uber explica que sus actividades se limitan a poner a disposición de los Socios Conductores una plataforma tecnológica que permite la intermediación o conexión de éstos con los Socios Pasajeros, cobrando una comisión por ello. Por tanto, alega no competir con los taxistas.

Asimismo, Uber sostiene que los Demandantes gozan de un monopolio artificial para prestar servicios de taxi en el mercado de transporte público de pasajeros, mientras que los Socios Conductores participan en el mercado de transporte privado de pasajeros. Destacan que, entre ambos servicios existen una serie de diferencias⁷, por lo que, incluso de considerar que Uber y los Socios Conductores conforman una unidad económica, no concurriría el primero de los requisitos de la competencia desleal: que los Incumbentes y Uber sean competidores.

Además, el demandado explica que (i) la regulación sectorial fue diseñada para corregir fallas de mercado que no están presentes en las actividades que desarrollan los Socios Conductores⁸; (ii) los servicios que éstos prestan por medio de la Aplicación Uber generan externalidades positivas que no concurren respecto de los servicios de taxis⁹; y, (iii) que la regulación del servicio público de transporte remunerado otorga a los taxistas una serie de prerrogativas¹⁰ de las cuales no gozan los Socios Conductores.

Todo ello conduciría a afirmar que los Socios Conductores no están sujetos a la regulación aplicable a los Incumbentes, por lo que no se verifica una infracción de normas jurídicas en los términos que alega la demanda.

En razón de los argumentos expuestos, Uber niega haber cometido actos de competencia desleal, pues (i) no compite con los taxistas o, en subsidio, carece de posición dominante en virtud de la existencia de otros medios de transporte y plataformas tecnológicas; (ii) no ha desviado clientela de los Incumbentes, sino que ha permitido el servicio de una demanda nueva o insatisfecha; (iii) no ha utilizado medios ilegítimos, sino que ha adquirido clientes a través de la competencia en los méritos y, en particular, por medio de la innovación; (iv) no es efectivo que incumpla las normas jurídicas invocadas en la demanda, ya que éstas sólo son aplicables a los taxistas; y, (v) el hecho de que los servicios intermediados por la

⁷ Entre ellas; (i) mientras los taxistas ejercen el “transporte espontáneo” los socios conductores realizan un “transporte agendado”; (ii) los taxistas circulan en vehículos claramente identificados, lo que permite distinguirlos; (iii) los taxistas tienen una serie de prerrogativas como el uso de vías exclusivas, la no aplicación de la restricción vehicular, entre otras; y, (iv) los taxistas se movilizan permanentemente en la vía pública para captar clientes. Fojas 105 y siguientes del expediente.

⁸ Las externalidades negativas que genera el servicio de taxis y que la regulación sectorial tuvo como objeto corregir se describen en la contestación a fojas 98 y siguientes.

⁹ Entre otras, (i) acceso al transporte de personas que se encuentran en sectores de la ciudad en que la oferta de servicios de transporte individual ha sido escasa e insuficiente; (ii) mayor comodidad y seguridad, puesto que la aplicación avisa al Socio Pasajero cuándo llegará el Socio Conductor, evitando eventuales peligros en la espera. Asimismo, la aplicación permite conocer los datos del Socio Conductor y su vehículo; (iii) los Socios Pasajeros cuentan con más información en relación a la distancia de viaje, precio y tiempo de espera; y, (iv) los Socios Pasajeros pueden evaluar al Socio Conductor, lo que genera un perfil reputacional al alcance de todos usuarios de la plataforma.

¹⁰ Entre otras; (i) derecho a usar vías exclusivas; (ii) la no aplicación para los taxis de restricción vehicular; (iii) acceso a un régimen tributario especial; y, (iv) los precios se fijan por la autoridad sectorial y deben utilizarse taxímetros.

Aplicación Uber no estén regulados no impide que puedan prestarse conforme a lo dispuesto en el artículo 19 N°21 de la Constitución Política de la República ("CPR").

Conforme a lo señalado, la resolución del conflicto descrito, al menos, descansará sobre la base de la consideración de los siguientes elementos de hecho, jurídicos y económicos: (i) si Uber conforma una unidad económica con los Socios Conductores; (ii) si Uber compete con los taxistas en el mercado relevante que se defina en el proceso y, en la afirmativa, si es dominante en dicho mercado, o si la conducta imputada le permite alcanzar dicha posición; (iii) si las actividades de Uber importan una infracción a la regulación sectorial que pueda ser calificada por el TDLC; (iv) si una eventual infracción regulatoria configura un acto de competencia desleal del tipo "infracción de normas", sancionable en virtud del artículo 3 letra c) del DL 211.

Para contribuir al análisis de estos aspectos, en primer lugar, el informe expondrá criterios jurídicos, en base a la literatura especializada y la jurisprudencia, nacional y comparada, que ilustran el tratamiento que el derecho de la competencia da a las innovaciones disruptivas y a plataformas de economía colaborativa como la Aplicación Uber. Como veremos, la acción infraccional entablada por los Demandantes es inadecuada, pues las autoridades de competencia están llamadas a fomentar este tipo de innovaciones, y no a prohibirlas como aquellos pretenden. A mayor abundamiento, la competencia dinámica que enfrenta Uber en el mundo *online*, en su calidad de operador de una plataforma de dos lados, hace poco plausible que las conductas acusadas por los Demandantes puedan generar efectos anticompetitivos sancionables en sede de libre competencia.

En segundo lugar, se estudiará el alcance del tipo infraccional consagrado en el artículo 3° letra c) del DL 211 y el desarrollo jurisprudencial de sus requisitos, a la luz del bien jurídico protegido por el derecho de la competencia. Ello se realizará en contraposición a la normativa contenida en la Ley 20.169 que Regula la Competencia Desleal ("LCD")

En tercer lugar, revisaremos el tipo de competencia desleal denominado "infracciones de normas jurídicas", de escaso desarrollo en nuestro medio, e intentaremos dilucidar bajo qué supuestos podría ser sancionable en sede de libre competencia. Como veremos, esta calificación requiere estudiar la forma en que se relaciona el derecho de la competencia y la regulación sectorial, y tomar en consideración el tipo de regulación que, de haberse infringido, podría dar lugar a un acto de competencia desleal.

Como fruto de este análisis jurídico, se llegará a la conclusión de que las infracciones regulatorias sólo pueden ser consideradas anticompetitivas en la medida de que se trate de normas de competencia *ex ante*. Infracciones a regulaciones sectoriales que buscan otros objetivos de política pública sólo podrían importar ilícitos anticompetitivos en la medida de que, efectivamente, vulneren el bien jurídico protegido por el DL 211.

En el caso de Uber, es dudoso que exista una infracción regulatoria y, en todo caso, dada la naturaleza de las normas que los Demandantes estiman infringidas, el TDLC no es el órgano del Estado llamado a realizar tal calificación jurisdiccional. Tampoco se advierte de qué modo la infracción acusada podría vulnerar la libre competencia.

878

II. Innovaciones disruptivas y plataformas *online* de economía colaborativa ante el derecho de la competencia.

En este capítulo se argumentará que la Aplicación Uber, así como muchas otras plataformas *online* de economía colaborativa, debe ser considerada como una innovación disruptiva y, por tanto, su desarrollo debe ser promovido desde el punto de vista del derecho de la competencia.

Asimismo, analizaremos el especial tratamiento de las plataformas *online* ante el derecho de la competencia, en el contexto de una explosiva penetración de los *smartphones* y los servicios de internet.

Como podrá advertirse, reparar en que la Aplicación Uber tiene una doble naturaleza, de innovación disruptiva y plataforma *online* de economía colaborativa, resulta esencial para cualquier análisis de competencia que se realice a su respecto.

II.1. Innovaciones disruptivas y libre competencia.

El derecho de la competencia tiene como objetivo la maximización del bienestar social y, en última medida, el de los consumidores¹¹. Por tanto, la competencia no es un fin en sí mismo, sino que un instrumento al servicio de la sociedad que busca que los consumidores tengan acceso a más bienes y servicios, de mejor calidad y a un precio más bajo.

¹¹ Si bien en el pasado existió cierta discusión al respecto, hoy en día el derecho de la competencia comparado y nacional convergen en que ésta es su finalidad, la que se alcanza por medio de la protección del "proceso competitivo". Así, el derecho de la competencia no protege a determinados competidores, sino sólo a aquellos que, en su caso, son excluidos por medios distintos a la "competencia en los méritos".

Así lo han destacado diversos autores en el derecho comparado, como, por ejemplo: (i) MOTTA, Massimo; *Competition Policy, Theory and Practice*; Cambridge University Press, Nueva York, 2004; pág. 17 y siguientes; (ii) WHISH, Richard y BAILEY, David; *Competition Law*; Oxford University Press, Nueva York, 2012; pág. 19 y siguientes; (iii) JONES, Alison y SUFRIN, Brenda; *EU Competition law*; Oxford University Press, Nueva York, 2014; pág. 4 y siguientes; (iv) GELLHORN, Ernest, KOVACIC, William y CALKINS, Stephen; *Antitrust Law and Economics*; Thomson West, Minnesota, 2004; pág. 44; (v) HYLTON, Keith; *Antitrust Law, Economic Theory and Common Law Evolution*; Cambridge University Press, Cambridge, 2003; pág. 40; y, (vi) GAVIL, Andrew, KOVACIC, William y BAKER, Jonathan; *Antitrust Law in Perspective: Cases, Concepts and Problems in Competition Policy*; Thomson West, Minnesota; 2002, pág. 16 y siguientes.

Asimismo, nuestra jurisprudencia ha reconocido este objetivo. Ver, por ejemplo, (i) Excm. Corte Suprema; rol 58909-2017; sentencia de fecha 8 de enero 2018; considerando tercero; (ii) Excm. Corte Suprema; rol 31222-2014; sentencia de fecha 11 de mayo de 2016; considerando tercero; (iii) TDLC; sentencia N°99-2010, de fecha 8 de abril de 2010; considerando cuadragésimo octavo; y, (iv) TDLC; sentencia N°138-2014, de fecha 30 de julio de 2014; considerando décimo quinto. A mayor abundamiento, el propio mensaje presidencial de la ley 19.911 que crea el TDLC señalaba que "(...) la libre competencia no resulta un fin en sí misma, sino un medio para preservar el derecho a participar en los mercados, promover la eficiencia y por esa vía el bienestar de los consumidores".

Es así como el TDLC ha señalado que “(...) lo que en definitiva se busca al cautelar el bien jurídico de la libre competencia es impedir que se produzcan conductas que la entorpezcan o eliminen, ocasionando así pérdidas de bienestar social o, en otras palabras, que afecten negativamente la eficiencia económica en el uso o asignación de recursos escasos¹².”

Tanto en nuestro país como en el derecho comparado, la innovación es considerada un pilar fundamental para la competencia¹³. En efecto, una disminución en la innovación es un fenómeno análogo al aumento de los precios o a la reducción del volumen de venta.

A su turno, aun cuando existen distintas teorías relativas a la forma en que se relaciona la competencia y la innovación, todas ellas convergen en su relevancia para la eficiencia asignativa y dinámica¹⁴.

La innovación, entendida como “el desarrollo y aplicación exitoso de un nuevo conocimiento”¹⁵, ha sido objeto de diversas clasificaciones doctrinarias¹⁶. En lo que a este informe respecta, la más relevante distingue entre innovaciones que mejoran incrementalmente la calidad de un producto, de aquellas que implican el desarrollo de un bien o servicio que genera discontinuidad en relación con los productos existentes¹⁷.

El segundo tipo de innovaciones -que responde a lo que Schumpeter denominaba “destrucción creadora”¹⁸, fue categorizado por Bower y Christensen¹⁹ bajo el concepto de “innovación disruptiva”. Estos autores definieron este tipo de innovación como aquella tecnología que “introduce un nuevo paquete de atributos, distinto de aquellos que los

¹² Así lo ha manifestado el TDLC en diversas oportunidades; (i) TDLC; Sentencia N°77/2008, de fecha 4 de noviembre de 2008; considerando décimo; (ii) TDLC; Sentencia N°92/2009, de fecha 29 de diciembre de 2009; considerando noveno; y, (iii) TDLC; Sentencia N°132/2013, de fecha 25 de octubre de 2013; considerando noveno.

¹³ Así por ejemplo, la Comisión Europea ha señalado que, al evaluar una operación de concentración, la reducción de la innovación se considera al mismo nivel que el aumento de precios o disminución de volumen de venta. COMISIÓN EUROPEA, *EU Merger Control and Innovation*; Competition Policy Brief; Abril, 2016. En el mismo sentido, en los Estados Unidos, ver DEPARTAMENTO DE JUSTICIA, *Horizontal Merger Guidelines*; 19 de agosto de 2010; sección 6.4. En el caso chileno, ver, por ejemplo: TDLC; Sentencia N° 94/2010, de fecha 7 de enero de 2010; considerando nonagésimo cuarto.

¹⁴ Por un lado, la teoría de la innovación continua y destrucción creativa de Schumpeter, postula que, al menos en ciertas industrias en que se compite principalmente en el desarrollo de nuevos productos (en lugar que en precio), un menor nivel de competencia incrementa los incentivos para invertir en innovación. En cambio, para Arrow la competencia en el producto fomenta la innovación, toda vez empuja a las empresas a producir bienes y servicios de un modo más eficiente. Con todo, conforme a Shapiro, ambas teorías son compatibles, toda vez que Arrow se enfoca en una mirada *ex ante*, en el sentido de que los mercados deben ser competitivos para promover la innovación, mientras que Schumpeter tiene una mirada *ex post*, ya que mientras más frutos pueda extraer una firma de la innovación, mayor será el incentivo para innovar. Así, en la medida de que la regulación promueva la competencia en los mercados y permita la apropiabilidad de los frutos de la innovación, se fomentará la innovación. Una síntesis de la discusión en: DE STREEL, Alexandre y LAROCHE, Pierre; *Disruptive Innovation and Competition Policy Enforcement*; OCDE Working Paper (2015), disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2678890

¹⁵ OCDE; *Hearing on Disruptive Innovation*; 28 de mayo de 2015; disponible en [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP\(2015\)3&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP(2015)3&docLanguage=En); pág. 2.

¹⁶ Sobre distintas clasificaciones de innovación, ver COMISIÓN EUROPEA (n 13).

¹⁷ RANCHORDAS, Sofía; *Does Sharing Mean Caring? Regulating Innovation in the Sharing Economy*; *Minnesota Journal of Law, Science & Technology* (2015) Vol. 16, N°1; pág. 431-432.

¹⁸ *Ibid.*, citando a SCHUMPETER, Joseph; *Capitalism, Socialism and Democracy*; Harper & Brothers, Nueva York, 1942.

¹⁹ BOWER, Joseph y CHRISTENSEN, Clayton; *Disruptive Technologies: Catching the Wave*; *Harvard Business Review* (1995) Vol.73, N°1; pág. 49.

consumidores históricamente valoraron²⁰. Ello, en contraposición al primer tipo de innovaciones, el que se enmarca bajo el concepto de “innovación sostenida”²¹ o también denominada “innovación incremental”²².

Si bien ambos tipos de innovaciones son fundamentales para promover la competencia, las innovaciones disruptivas han sido consideradas como el principal motor del crecimiento económico²³. Según se ha señalado, el retraso de las innovaciones disruptivas es más dañino para los consumidores que el retraso de las innovaciones incrementales²⁴. Y no podría ser de otro modo, pues el efecto propio de las innovaciones disruptivas es su capacidad de modificar la estructura de los mercados y desafiar –sino destruir– a las empresas incumbentes²⁵.

Ahora bien, el concepto de innovación disruptiva de Bower y Christensen ha sido superado por la literatura económica moderna. En efecto, aquel se enfoca únicamente en la evolución tecnológica y no incluye el desarrollo de nuevos modelos de negocios. Éstos, si bien no necesariamente alteran los atributos de los bienes y servicios en cuestión, igualmente pueden ser disruptivos respecto de los mecanismos de producción o distribución y, de ese modo, permiten a las empresas innovadoras desafiar a los incumbentes²⁶.

Conforme a lo anterior, la OCDE ha destacado como innovaciones disruptivas tanto el desarrollo de nuevos productos, como la implementación de nuevos procesos de producción y nuevos modelos de negocios²⁷. En el mismo sentido, se ha señalado que las innovaciones disruptivas no sólo engloban la “innovación tecnológica disruptiva”, sino además el desarrollo de productos radicalmente nuevos y la implementación de nuevos modelos de negocios, cada uno de los cuales tiene distintos efectos en la competencia²⁸.

Sin perjuicio de las distintas modalidades de innovación disruptiva, siguiendo a Fang Wei²⁹, todas ellas se caracterizan porque (i) imponen radicales cambios en la estructura de los mercados, ya sea reemplazando a las empresas incumbentes, expandiendo el tamaño del mercado o creando mercados nuevos³⁰; (ii) traspasan la cadena de valor que reporta el bien o servicio tradicional, aun cuando no modifiquen los atributos de éstos. Por ejemplo, las plataformas *over the top* como Netflix permiten acceder a contenidos similares o idénticos

²⁰ Ibid.

²¹ Ibid. Los autores la denominaron *sustaining innovation* (innovación sostenida), sin embargo, la literatura económica comúnmente trata a este tipo de innovaciones bajo el concepto de “innovación incremental”.

²² Algunos autores circunscriben el concepto de “innovación incremental” exclusivamente a las innovaciones tecnológicas, sin embargo, en este informe utilizaremos los conceptos “innovación incremental” e “innovación sostenida”, indistintamente, en contraposición a la “innovación disruptiva”. Para una explicación más detallada acerca de estos conceptos ver DE STREEL y LAROUCHE (n 14).

²³ OCDE (n 15).

²⁴ Ibid.

²⁵ FANG WEI, Hsin; *Does Disruptive Innovation “Disrupt” Competition Law Enforcement – The Review and Reflection*; International Conference on Competition Policy in the Global and Digital Economy (2016), disponible en <https://www.ftc.gov.tw/upload/636d4e6f-2570-4b26-b746-d0904c18e2db.pdf>; pág. 2.

²⁶ Ibid.; RANCHORDAS (n 17); pág. 422.

²⁷ OCDE (n 15).

²⁸ MARKIDES, Constantinos; *Disruptive Innovation: In Need of Better Theory*; The Journal of Product Innovation Management (2006) Vol. 23, N°1; pág. 16-25.

²⁹ FANG WEI (n 25); pág. 3.

³⁰ Ibid.

que la televisión de pago, pero el hecho de posibilitar su acceso vía *streaming* modifica la cadena de valor del contenido, en beneficio de los consumidores; y, (iii) configuran una estrategia comercial que permite entrar a un mercado de manera más fácil, más rápida y menos costosa. Una característica adicional de este tipo de innovaciones es que el internet permite que tengan un impacto a nivel global.

Luego, de Streele y Larouche³¹ distinguen dos escenarios posibles ante la implementación exitosa de una innovación disruptiva. Primero, la firma innovadora pasa a convertirse en un competidor relevante, desplazando a los incumbentes o abriendo nuevos mercados. Segundo, los incumbentes pueden adquirir a la firma innovadora y, de ese modo, la innovación disruptiva contará con más recursos para su implementación.

En general, ambos escenarios son deseables para la competencia y, en definitiva, para el bienestar social. Sin embargo, es usual que las empresas incumbentes (i) intenten impedir, por distintos medios, que la empresa innovadora sea exitosa en la implementación de su estrategia competitiva; o bien, (ii) adquieran al innovador disruptivo, no con el propósito de acelerar la innovación, sino que de frenarla o canibalizarla.

Siguiendo la recomendación de los referidos autores, la OCDE ha llamado a las autoridades de competencia a prevenir que los incumbentes adopten este tipo de conductas anticompetitivas³².

En definitiva, este tipo de innovaciones debe ser promovido por el derecho de la competencia, sin perjuicio de que su surgimiento pueda dificultar la definición de los mercados relevantes y la evaluación del poder de mercado de las empresas; y sin perjuicio, asimismo, de los desafíos regulatorios que, en su caso, puedan generarse a consecuencia de la llegada de estas innovaciones disruptivas.

Aclarados estos conceptos, no existe duda acerca de que plataformas *online* como la Aplicación Uber forman parte de una innovación disruptiva que debe ser promovida por el derecho de la competencia. En efecto, se trata de un modelo de negocios que permite a los consumidores acceder a servicios de transporte de un modo distinto al tradicional y, a su vez, permite brindar un servicio radicalmente distinto al ofrecido tradicionalmente por el transporte público y privado.

Además, es claro que plataformas como la Aplicación Uber vinieron a modificar la estructura de los mercados existentes, pues su implementación parece haber creado un nuevo mercado o, a lo menos, ha tenido la virtud de servir una demanda insatisfecha y, por tanto, aumentar el tamaño del o los mercados que comprenden los servicios de transporte intermediados por la plataforma.

Coincidente con ello, la generalidad de la doctrina comparada³³ y reportes sectoriales elaborados por órganos gubernamentales y no gubernamentales³⁴ considera este tipo de plataformas como innovaciones disruptivas.

³¹ DE STREEL y LAROCHE (n 14).

³² OCDE (n 15).

Así las cosas, la acción infraccional entablada por los Demandantes es un despropósito, toda vez que tiene por objeto obstaculizar aquello que las autoridades de competencia han sido llamadas a proteger y promover.

II.2. Plataformas colaborativas online como innovaciones disruptivas.

La “economía colaborativa” o “consumo colaborativo” podría definirse como un sistema en el que bienes y servicios son compartidos entre privados, gratuitamente o a un precio determinado^{35 36}.

No se trata de un fenómeno nuevo, pues los seres humanos a lo largo de la historia usualmente han compartido bienes y servicios para maximizar los beneficios derivados de su uso. Sin embargo, el acceso a internet y desarrollo de los *smartphones*, han propiciado el surgimiento explosivo de plataformas *online* que permiten distintas modalidades de economía colaborativa (“Plataformas Colaborativas”).

Entre este tipo de plataformas encontramos las aplicaciones para *smartphones* de Uber, Cabify y Lyft, las que posibilitan transacciones entre, por un lado, personas que necesitan transportarse desde un lugar a otro, y por el otro, propietarios de vehículos que están dispuestos a prestar tal servicio por un precio determinado. Otro tipo de Plataforma Colaborativa relacionada a servicios de transporte terrestre es BlaBlaCar, la que conecta a conductores que realizarán viajes de larga distancia con otras personas que pretenden realizar el mismo viaje y están dispuestos a compartir los gastos³⁷.

Las Plataformas Colaborativas han permeado distintos rubros de la economía en países extranjeros y algunas de ellas ya se han implementado en nuestro país. Así, por ejemplo, Airbnb y Couchsurfing destacan en hospedaje, Vinted permite arrendar o intercambiar vestuario, Spinlister se concentra en el equipamiento deportivo y Parkatmyhouse permite a particulares arrendar sus estacionamientos³⁸.

Por cierto, no toda plataforma *online* es una Plataforma Colaborativa. En efecto, internet es un canal que permite a muchos oferentes de bienes y servicios tradicionales distribuir sus bienes de modo más eficiente, sin que su utilización implique necesariamente un consumo

³³ RANCHORDAS (n 17); FANG WEI (n 25); GERADIN, Damien; *Should Uber be Allowed to Compete in Europe? And if so How?*; en “Competition and Regulation of Online Platforms”, editado por Aitor Ortiz; e-book Competition Policy International (2016); pág. 109 y siguientes; KATZ, Vanessa; *Regulating the Sharing Economy*; Berkeley Technology Law Journal (2015) Vol. 30, N°30; pág.1068-1069;

³⁴ La OCDE, al igual que sus Estados miembros, ha considerado en diversos reportes a plataformas como la Aplicación Uber como innovaciones disruptivas. Ver OCDE (n 15).

³⁵ DI AMATO, Alessio; *Uber and Sharing Economy*; The Italian Law Journal (2016) Vol. 2, N°1.

³⁶ Cabe destacar que el fenómeno de la economía colaborativa ha sido objeto de diversas definiciones y es conocido bajo distintas nomenclaturas. Una síntesis en: CODAGNONE, Cristiano y MARTENS, Bertin; *Scoping the Sharing Economy: Origins, Definitions, Impact and Regulatory Issues*; Institute for Prospective Technological Studies Digital Economy Working Paper (2016); 2016/01 JRC100369; pág. 6 y siguientes.

³⁷ www.blablacar.es

³⁸ Para conocer más ejemplos ver <https://www.theguardian.com/sustainable-business/eight-best-sharing-economy-companies>

colaborativo. Así, por ejemplo, muchas tiendas de *retail* venden sus productos por medio de plataformas *online*.

A la inversa, no toda plataforma de economía colaborativa es necesariamente *online*. A modo de ejemplo, plataformas de consumo colaborativo de automóviles ya habían tenido éxito en países europeos desde mediados del siglo XX, las que eran implementadas por pequeñas cooperativas comunitarias sin fines de lucro³⁹.

Es decir, las Plataformas Colaborativas no son innovaciones disruptivas -en los términos señalados en el capítulo precedente- en atención a que permiten el fenómeno del “consumo colaborativo”, ni tampoco por ser un mecanismo de comercialización *online*. Es la unión de ambos elementos lo que convierte a estas plataformas en innovaciones disruptivas, capaces de modificar la estructura de los mercados.

Sobre el particular, es relevante entender que la existencia previa de la economía colaborativa y del *e-commerce* no priva a las Plataformas Colaborativas de su calidad de innovaciones disruptivas, pues, en palabras de Schumpeter, “(...) no es el conocimiento lo que importa, sino el solucionar con éxito la tarea *sui generis* de poner en práctica un método no probado”⁴⁰.

En el mismo sentido, Tirole explica que la innovación en los productos y los servicios no siempre se deben a hallazgos técnicamente extraordinarios, sino también al éxito en la implementación de ideas simples: “(...) Uber, Chauffeurprivé, SnapCar, Lyft y otras compañías que utilizan una aplicación que pone en contacto a los conductores y los pasajeros han introducido unas ideas sencillas a los que los usuarios han dado su aprobación. Gracias a la geolocalización se puede seguir el itinerario y el tiempo que va a tardar en llegar el conductor, así como el trayecto utilizado hasta el destino. Esta trazabilidad protege al consumidor. El pago a través de una tarjeta de débito registrada previamente y el recibo electrónico que se envía directamente al usuario simplifican el modo de pago y, en su caso, de devolución. Otra innovación es el sistema de evaluación que permite a los conductores y a los usuarios labrarse una reputación de amabilidad y puntualidad”⁴¹.

Relacionado con la anterior, toda innovación -y en especial la disruptiva- es un concepto relativo⁴², pues se caracteriza por aumentar el bienestar social en la época y lugar en que es implementada. Por tanto, perfectamente una innovación puede ser disruptiva en un lugar y no en otro, como podría suceder con plataformas como la Aplicación Uber en países en que el transporte público o privado tiene un alto estándar de calidad y es ofrecido a un precio bajo.

³⁹ CODAGNONE y MARTENS (n 36); pág. 4.

⁴⁰ SCHUMPETER, Joseph; *La Inestabilidad del Capitalismo*; en “Ensayos”, Barcelona, Oikos-Tau, 1986; pág. 67.

⁴¹ TIROLE, Jean; *La Economía del Bien Común*; Editorial Taurus, Barcelona, 2017; pág. 384.

⁴² RANCHORDAS (n 17); pág. 429.

Si bien existen muchos tipos de Plataformas Colaborativas⁴³, éstas tienen ciertas características comunes que las distinguen de la forma tradicional de comercializar bienes y servicios⁴⁴.

En primer lugar, estas plataformas actúan como intermediarios y no como prestadores directos de bienes y servicios. Dicho de otro modo, se identifican tres partes en la transacción, el oferente, el intermediario y el aceptante⁴⁵.

La clave para realizar esta distinción es determinar si el operador ejerce completo control sobre las transacciones. En efecto, si bien todas las Plataformas Colaborativas ejercen algún grado de control sobre las transacciones, sólo aquellas que ejercen un control total sobre las mismas dejan de ser intermediarios y pasan a transformarse proveedores directos de bienes y servicios.

Así, algunas Plataformas Colaborativas crean un espacio virtual para que las partes de la transacción se comuniquen libremente y se limitan a definir el tipo de bienes o servicios que serán intermediados y a eliminar a aquellos usuarios u ofertas que no se condicen con el objetivo de la plataforma. Otras, en cambio, definen en mayor medida las características de la transacción, por ejemplo, fijando estándares mínimos de calidad, estableciendo el modo de pago e, inclusive, proveyendo un sistema que determina el precio de la transacción.

El grado de control, por cierto, puede ser relevante para efectos de calificar la responsabilidad civil de los operadores de la plataforma⁴⁶, así como para definir si es necesario que sean objeto de algún tipo de regulación. Sin embargo, sólo un control absoluto de la transacción transforma a la plataforma en un proveedor de bienes y servicios directo⁴⁷.

Es por esta razón que la Aplicación Uber y otras similares son consideradas como Plataformas Colaborativas, con independencia de que ejerzan un control relevante en la transacción, pues, en definitiva, son los Socios Conductores y los Socios Pasajeros quienes deciden si realizarán la transacción.

Como segunda característica, las Plataformas Colaborativas se distinguen por permitir que personas comunes y corrientes actúen como pequeños agentes económicos, sea obteniendo

⁴³ Un estudio empírico ha distinguido tres tipos de Plataformas Colaborativas principales: (i) plataformas de re-circulación de bienes (de segunda mano); (ii) plataformas que incrementan la utilización de los bienes; y, (iii) plataformas de intermediación de servicios. La Aplicación Uber tiene características de estas dos últimas. CODAGNONE y MARTENS (n 36).

⁴⁴ KATZ (n 33); pág. 1070 y siguientes.

⁴⁵ Algunos autores consideran que plataformas online que arriendan bienes a distintas personas son Plataformas Colaborativas, como por ejemplo Awto y Mobike. Sin perjuicio de que puedan ser consideradas como innovaciones disruptivas, no parece correcto considerarlas como Plataformas Colaborativas, pues el rol de intermediario de la plataforma se encuentra ausente. DI AMATO (n 35); pág. 185.

⁴⁶ Si bien la transacción principal (por ejemplo, contrato de prestación de servicio, de arriendo o de comodato) se verifica entre los usuarios de la plataforma, entre éstos y el operador de la plataforma se perfecciona un contrato de intermediación cuyo incumplimiento puede dar lugar a responsabilidad civil contractual, sin perjuicio de la responsabilidad civil que, asimismo, pueda originarse en conformidad al estatuto de responsabilidad extracontractual.

⁴⁷ CODAGNONE y MARTENS (n 36); Pág. 9.

beneficio de bienes de su propiedad que se encuentran subutilizados, o bien, ofreciendo directamente sus servicios en formato *freelance*. En otras palabras, se verifica una relación contractual “entre pares” y no una relación tradicional consumidor-empresa.

Finalmente, estas plataformas se caracterizan por reducir costos de transacción, principalmente de carácter informacional. Dado que es riesgoso contratar con extraños, las Plataformas Colaborativas permiten reducir dicho riesgo por diversos medios, como por ejemplo imponiendo requisitos para ingresar a la plataforma, proveyendo mecanismos de evaluación de los participantes en la plataforma y estandarizando las transacciones.

II.3. Plataformas colaborativas online. Análisis de competencia.

Lo expuesto hasta aquí permite afirmar que entre quienes proveen bienes y servicios por medio de una Plataforma Colaborativa y el operador de la respectiva plataforma no se conforma una unidad económica.

Ahora bien, lo anterior no significa que la intermediación de las Plataformas Colaborativas sea inocua para un análisis de competencia. Por el contrario, la naturaleza de estas plataformas exige modificar el análisis tradicional que se utiliza para definir los mercados relevantes en que se desenvuelven, así como para evaluar su eventual poder de mercado.

Lo anterior se debe a que las Plataformas Colaborativas participan en mercados dinámicos, de dos o más lados, en los que aquellas no sólo enfrentan la presión competitiva de otras plataformas similares, sino además se ven amenazados por plataformas que operan en mercados adyacentes, por proveedores tradicionales y por potenciales entrantes que, como corolario de la expansión de internet y los *smartphones*, pueden ingresar rápidamente a competir al mercado.

a. Mercado relevante.

En primer lugar, puede advertirse que las Plataformas Colaborativas, en los términos ya definidos, participan en mercados de dos o más lados⁴⁸.

El TDLC ha tenido la ocasión de analizar este tipo de mercados, y los ha definido como aquellos “(...) que se caracterizan por poseer una o más plataformas que ofrecen servicios que permiten la interacción entre diferentes tipos de usuarios finales, con demandas distintas”⁴⁹.

Tal como ha explicado la literatura económica⁵⁰, los mercados de dos lados se caracterizan porque (i) las firmas que participan en ellos operan una plataforma que ofrece bienes y servicios a dos grupos de consumidores claramente identificables; y, (ii) la demanda de cada grupo de consumidores no sólo depende del precio del bien o servicio, sino además de

⁴⁸ Para efectos de simpleza, lo que se señale a continuación en relación con los mercados de “dos lados”, también es aplicable a los mercados de “lados múltiples” (de tres o más lados).

⁴⁹ TDLC; Recomendación Normativa N°19, de fecha 13 de enero de 2017; considerando N°235.

⁵⁰ ROCHET, Jean-Charles y TIROLE, Jean; *Two-Sided Markets: A Progress Report*; RAND Journal of Economics (2006), Vol. 37, N°3; pág. 657.

la participación del otro grupo de consumidores en la plataforma. Es decir, se verifican efectos de red indirectos entre ambos lados del mercado y efectos de retroalimentación derivados de la interdependencia que existe entre ambos grupos⁵¹, lo que configura la característica principal de estos mercados⁵².

Este tipo de mercados “(...) permite la existencia de equilibrios en los que los precios no necesariamente reflejan los costos de cada mercado”⁵³ y, por tanto, con el objeto de alcanzar efectos de red indirectos, el operador de la plataforma usualmente ofrece gratuitamente -o inclusive subsidia- al grupo de consumidores cuya demanda es más elástica, sin que por ello incurra en precios predatorios. Así, un análisis conductual que se concentre exclusivamente en un lado de la demanda podría generar conclusiones erróneas para el derecho de la competencia.

En segundo término, el análisis de sustituibilidad que debe ser realizado para definir el mercado relevante en el caso de estas plataformas no puede basarse en una mirada estática de la competencia⁵⁴, sino que debe tener en consideración el dinamismo que genera el internet y los *smartphones*⁵⁵.

Así, al definir estos mercados no sólo debe repararse en el modo en que compiten las compañías, sino también en las alternativas que tienen los consumidores para obtener los bienes y servicios en cuestión⁵⁶. Ello puede ampliar sustancialmente el mercado relevante de producto, pues los consumidores no sólo tienen la alternativa de sustituir una plataforma por otra similar (por ejemplo, las aplicaciones de Uber y Cabify en nuestro país), sino además por:

- i) Otras Plataformas Colaborativas que implementan distintos modelos de negocios, pero que ofrecen bienes o servicios sustitutos. Por ejemplo, Airbnb y Couchsurfing pueden ser plataformas sustitutas, pese a que esta última intermedia el consumo colaborativo gratuito y la primera remunerado;
- ii) Plataformas *online* no colaborativas que ofrecen bienes y servicios sustitutos de un modo disruptivo. Por ejemplo, los servicios intermediados por la Aplicación Uber

⁵¹ EVANS, David; *Multisided Platforms, Dynamic Competition and the Assessment of Market Power for Internet-Based Firms*; en “Competition and Regulation of Online Platforms”, editado por Aitor Ortiz; e-book Competition Policy International (2016);_pág. 81 y siguientes.

⁵² HOVENKAMP, Erik; *Antitrust Policy for Two-Sided Markets*, Journal of Corporation Law (2018), pendiente de publicación; disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3121481

⁵³ TDLC (n 49); N°236.

⁵⁴ O’CONNOR, Daniel; *Understanding Online Platform Competition: Common Misunderstandings*, en “Competition and Regulation of Online Platforms”, editado por Aitor Ortiz; e-book Competition Policy International (2016);_pág. 11 y siguientes.

⁵⁵ BHARGAVA, Hemant, EVANS, David y MANI, Deepa; *The Move to Smart Mobile and its Implications for Antitrust Analysis of Online Markets*; en “Competition and Regulation of Online Platforms”, editado por Aitor Ortiz; e-book Competition Policy International (2016);_pág. 30 y siguientes. Los autores destacan que la aparición de los *smartphones* – en especial en economías emergentes- fuerza a modificar el análisis tradicional de los mercados relevantes, pues cobra relevancia el cambio de comportamiento de los consumidores derivado de la penetración de los *smartphones* y el desarrollo tecnológico, con todas sus dinámicas. En efecto, los *smartphones* permiten instalar aplicaciones libremente a los usuarios, a diferencia del antiguo modelo, en que los operadores móviles o los fabricantes de terminales móviles tenían el control sobre los servicios a los que podían acceder los usuarios por medio del teléfono.

⁵⁶ Ibid; O’CONNOR (n 54).

podrían ser sustituidos por plataformas como Awto y Mobike, las que permiten a sus usuarios arrendar automóviles y bicicletas, para luego restituirlas en cualquier lugar de destino; y,

- iii) Los proveedores de bienes y servicios tradicionales (“proveedores offline”) que ofrecen bienes y servicios similares a aquellos intermediados por la plataforma. Por ejemplo, en el caso de Airbnb, dicha plataforma enfrenta la presión competitiva de hoteles y hostales. En el mismo sentido, la Aplicación Uber podría enfrentar la presión competitiva del transporte público y privado tradicional.

Cabe destacar que, como fruto de la penetración del internet y los *smartphones*, en ocasiones los proveedores *offline* modifican sus modelos de negocios para adaptarse a las nuevas estructuras de los mercados, lo que puede aumentar el grado de sustituibilidad de sus bienes y servicios con respecto a los intermediados en las Plataformas Colaborativas. Así, por ejemplo, General Motors recientemente invirtió 500 millones de dólares para lanzar una aplicación que proveerá servicios de automóviles compartidos⁵⁷.

En tercer lugar, el análisis de sustituibilidad se vuelve aún más complejo por el lado de la oferta, pues es usual que constantemente las plataformas *online* existentes se extiendan a mercados adyacentes⁵⁸. Tal es el caso de Amazon, que a partir de la distribución de libros pasó a comercializar otro tipo de productos y, posteriormente, se convirtió en el proveedor líder de servicios *cloud*, cuyos competidores son Microsoft y Google⁵⁹. A su vez, Google está desarrollando e implementando una plataforma de servicios de transporte en automóviles autónomos (*Self Driving Car Project*), lo que constituye una de las principales amenazas competitivas para plataformas como la Aplicación Uber^{60 61}.

Y, en cuarto lugar, la definición del mercado relevante geográfico también se complejiza, dado que internet permite a las plataformas *online* competir globalmente.

De lo expuesto se sigue que definir los mercados en que participan las plataformas *online*, y en particular las Plataformas Colaborativas, constituye un gran desafío para las autoridades de competencia. Una mirada estática y simplista de los bienes y servicios que se transan por medio de estas plataformas podría conducir a resultados erróneos que posiblemente inhiban la innovación.

Un claro ejemplo de ello se grafica en el libelo de los Demandantes, al argumentar que los Incumbentes compiten con Uber en un mercado en que éste enfrenta menores costos, pues los Socios Conductores no cumplirían con los requisitos que supuestamente le impone la regulación sectorial. En efecto, tal aseveración olvida por completo que Uber (i) debe soportar el costo de adquisición de consumidores en ambos lados del mercado, para, de ese

⁵⁷ JUREYS, Paulius y TARAMOTO, Shinto; *Regulating Sharing economy: 3 Suggestions to Promote Innovation*; disponible en: <https://hackernoon.com/regulating-sharing-economy-3-suggestions-to-promote-innovation-396eed7faa4a>

⁵⁸ O’CONNOR (n 54).

⁵⁹ Ibid.

⁶⁰ Ibid.

⁶¹ <https://www.theverge.com/2015/12/16/10309960/google-vs-uber-competition-self-driving-cars>

modo, alcanzar efectos de red indirectos que hagan viable la plataforma; y, (ii) debe invertir en el desarrollo de propuestas innovadoras que permitan enfrentar la competencia de otras plataformas *online* similares, e incluso de otras de diversa naturaleza y que participan en mercados adyacentes.

Y lo anterior es sin perjuicio del nivel de sustituibilidad que pueda identificarse entre los servicios de transporte que prestan los Incumbentes y los que se intermedian en la Aplicación Uber, lo requeriría un análisis económico que excede este informe.

Con todo, *prima facie*, no es evidente que se trate de servicios comprendidos en el mismo mercado relevante, con independencia de que exista un grado de sustituibilidad entre ellos⁶². Lo que sí resulta claro es que estas plataformas sirven una demanda insatisfecha y, por tanto, han modificado la estructura de los mercados⁶³.

b. Poder de mercado. Competencia dinámica y barreras de entrada.

Su naturaleza de mercado de dos lados y de innovación disruptiva también incide en el modo en que debe ser analizado el eventual poder de mercado de las Plataformas Colaborativas. Al respecto, estas plataformas presentan características comunes con las plataformas *online* “de contenido” tales como Google, Facebook e Instagram⁶⁴.

Como consideración preliminar, todo lo expuesto con relación a la sustituibilidad por el lado de la oferta en el acápite precedente, si no tiene la virtud de llevarnos a una definición de mercados relevantes más amplios, al menos debe ser considerado para determinar el eventual poder de mercado de las plataformas⁶⁵.

Ello es especialmente cierto respecto de la competencia potencial que enfrentan las plataformas *online*, que es de tal nivel, que la literatura económica conoce este fenómeno como “competencia dinámica”.

Como ha sostenido Evans, las plataformas *online* constantemente invierten en innovación incremental para obtener ventajas de sus rivales y enfrentan frecuentemente la entrada de innovaciones disruptivas, de lo cual se sigue que la calificación de poder de mercado requiera tomar en consideración la competencia dinámica, así como los nuevos bienes y servicios que pueden surgir próximamente, aunque sean distintos de aquellos que son

⁶² En efecto, un estudio de la OCDE ha distinguido tres segmentos con relación a los servicios de taxi: los que se toman en la calle, los que se contratan en paraderos especialmente destinados al efecto y los que se solicitan previamente por algún medio tecnológico. Y si bien plataformas como Uber pueden sustituir en cierto grado a los servicios prestados por los taxistas, también presentan un grado de sustituibilidad con otro tipo de transporte público y se presentan como una alternativa para los consumidores a adquirir un vehículo propio. OCDE, *Taxi, Ride-Sourcing and Ride Sharing Services*, 2018, disponible en <http://www.oecd.org/daf/competition/taxis-and-ride-sharing-services.htm>, pág. 6.

⁶³ Ibid.

⁶⁴ Principalmente, estas plataformas tienen como objeto atraer la atención de cierto grupo de consumidores, por medio de diversos contenidos, para luego ofrecer servicios publicitarios a otro grupo de consumidores. Pese a no ser Plataformas Colaborativas, comparten muchas de sus características para los efectos de analizar su eventual poder de mercado, pues se trata de innovaciones disruptivas que operan *online* en mercados de dos o más lados.

⁶⁵ MOTTA (n 11); pág. 104.

ofrecidos o intermediados por la firma investigada⁶⁶. Como señala el mismo autor, fue esta consideración la que llevó a las autoridades de competencia de la Unión Europea y los Estados Unidos a aprobar las operaciones de concentración verificadas entre Facebook y Whatsapp, y entre Microsoft y Myspace⁶⁷.

Como veremos más adelante, la competencia dinámica no sólo encuentra su causa en la “competencia en la innovación”, sino además se explica por las bajas barreras a la entrada presentes en estos mercados *online*.

Luego, la generalidad de los autores coincide en que la participación de mercado de estas plataformas no es un buen *proxy* de su poder de mercado, lo que no es más que una consecuencia de la competencia dinámica que aquellas enfrentan.

En otras palabras, no debe caerse en la “trampa del éxito momentáneo”⁶⁸, tal como aconteció con Myspace. En efecto, dicha plataforma fue considerada como un monopolio natural a mediados de la década pasada, al mismo tiempo que el *start up* Facebook era lanzado en algunas universidades de los Estados Unidos. El resto de la historia es conocida: en un corto periodo de tiempo el *start up* derechamente sepultó al “monopolio natural”.

Relacionado con lo anterior, algunos autores⁶⁹ señalan que este tipo de plataformas compiten “por la cancha”, lo que también fuerza a prescindir de la participación de mercado para hacer el análisis de dominancia. Según sostienen, dado que la competencia se verificó *ex ante* al invertir en innovación, durante el “éxito momentáneo” el precio es fijado por el operador de la plataforma para alcanzar menores costos y aumentar la demanda, pues es inminente la aparición de una nueva innovación disruptiva. Es decir, por tratarse de innovaciones disruptivas, la competencia se verifica a nivel de definición de mercado relevante, pues el objeto del agente económico disruptivo es ofrecer un bien o servicio que no forma parte de un mercado relevante existente, pero que es capaz de atraer toda o parte de su demanda⁷⁰.

Si bien ello puede ser cierto con relación a ciertas plataformas *online*, las Plataformas Colaborativas generalmente no están expuestas a la situación descrita, pues la posibilidad de los usuarios de contar con varias plataformas simultáneamente (*multihoming*) y la presencia de proveedores *offline* hace siempre posible la competencia “en la cancha”. Es decir, no sólo estas plataformas deben invertir en innovación para hacer frente a la competencia dinámica, sino además son especialmente sensibles a la competencia actual.

⁶⁶ EVANS (n 51); pág. 79. En el mismo sentido, se ha señalado que la competencia en la innovación o “competencia dinámica” es una característica común a toda competencia que se verifica por medio de internet. ZHU LI, By; *Legal Boundaries of competition in the Area of Internet: Challenges and Judicial responses*; en “Competition and Regulation of Online Platforms”, editado por Aitor Ortiz; e-book Competition Policy International (2016); pág. 144-145.

⁶⁷ Ibid.

⁶⁸ O’CONNOR (n 54); pág. 22.

⁶⁹ BESANKO, David, DORASZELSKI, Ulrich y KRYUKOV, Yaroslav; *How Efficient is Dynamic Competition? The Case of Price as Investment*; NBER Working Paper No. 23829 (2017); disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3038657

⁷⁰ DE STREEL y LAROCHE (n 14); Pág. 6.

Finalmente, es posible apreciar que los mercados en que participan las plataformas *online* generalmente presentan bajas barreras a la entrada, lo que también debe ser considerado al analizar su poder de mercado.

En primer lugar, en atención a su carácter de plataforma que participa en mercados de dos o más lados, en general la teoría económica considera los efectos de red indirectos como una barrera a la entrada, pues tienden a la existencia de una plataforma líder, lo que genera un efecto *lock in* y otorga ventajas al “primer entrante”.

Sin embargo, no es efectivo que los efectos de red indirectos de las plataformas *online* sean siempre positivos o, al menos, no puede dejar de considerarse los efectos negativos que generan los mismos⁷¹. En efecto, la incorporación de nuevos usuarios genera congestión en la plataforma y aumenta la presencia de usuarios disruptivos o involucrados en actividades ilegales, entre otros inconvenientes. Así, “(...) el crecimiento de la red puede invitar a la competencia, en lugar de excluirla”⁷².

Además, los factores que llevan a considerar los efectos de red indirectos como barreras a la entrada desaparecen -o al menos resultan sustancialmente atenuados- por el *multihoming*, en especial respecto de aquellos casos en que la participación en las plataformas es gratuita⁷³. Así, nada obsta a que, por ejemplo, un usuario de la Aplicación Uber sea, a su vez, usuario de Cabify y decida utilizar una u otra plataforma en base a las tarifas o a la disponibilidad del servicio existentes al momento de requerir los servicios de transporte.

Por último, los efectos de red indirectos pueden contribuir a la caída de una plataforma líder, pues la pérdida de usuarios en un lado del mercado va a disminuir el número de usuarios del otro lado. Así, se posibilitan estrategias del tipo “dividir y conquistar”, por medio de las cuales los entrantes pueden generar una oferta atractiva -por ejemplo, a través de innovaciones disruptivas o subsidios- destinadas a atraer sólo a un grupo de los consumidores de la plataforma existente⁷⁴.

En segundo lugar, desde otra perspectiva, es posible advertir que el *multihoming* que afecta a las Plataformas Colaborativas redundante en la desaparición -o sustancial reducción- de los costos de cambio para los usuarios. Si tomamos el ejemplo de la Aplicación Uber, tanto los Socios Conductores como los Socios Pasajeros pueden estar adheridos a distintas plataformas.

En tercer lugar, la literatura económica destaca que, en los mercados *online*, y en particular en aquellos que se desarrollan por medio de aplicaciones para *smartphones*, las inversiones requeridas para competir son bajas. El desarrollo de páginas web, medios electrónicos de

⁷¹ O'CONNOR (n 54) pág. 22.

⁷² Ibid.

⁷³ GÜRKAYNAK, Gönenc y otros; *Multisided Markets and the Challenge of Incorporating Multisided Considerations into Competition Law Analysis*, Journal of Antitrust Enforcement (2017), Vol. 5, N°1; Pág. 7.

⁷⁴ Ibid. Pág. 6.

facturación y pago, servicios *cloud*, entre otras herramientas disponibles para los emprendedores, hacen más simple y menos costoso implementar plataformas *online*⁷⁵.

Finalmente, los autores modernos han comenzado a cuestionar el almacenamiento de *big data* como una barrera de entrada a nuevos entrantes, toda vez que se trata de información que no es rara, inimitable, insustituible, ni necesariamente valiosa para desafiar a una plataforma *online* existente⁷⁶. En el mismo sentido, O' Connor⁷⁷ señala que el *big data* no es indicativo de poder de mercado, porque (i) es sólo un insumo más para una plataforma, y hay muchas como Spotify que no lo han necesitado; (ii) no es exclusivo, pues puede ser utilizado por varias plataformas a la vez y, a su vez, un usuario puede entregar información a distintas plataformas; y, (iii) presenta economías de escala decrecientes.

Cabe destacar que lo expuesto en este capítulo no obsta a que una plataforma *online* –y en particular una Plataforma Colaborativa- pueda gozar de poder de mercado. Sin embargo, se trata un fenómeno de menor ocurrencia que en los mercados *offline* y que debe ser analizado cuidadosamente, tomando en consideración el especial dinamismo presente en los mercados en que participan estas plataformas.

c. Posibles abusos anticompetitivos y eficiencias.

Dado que la competencia dinámica no previene absolutamente que las Plataformas Colaborativas puedan gozar de substancial poder de mercado, es posible que aquellas abusen de dicha posición. Tampoco puede descartarse que estas plataformas puedan propiciar acuerdos horizontales anticompetitivos *inter-plataformas* o *intra-plataforma*.

En relación con los posibles acuerdos horizontales anticompetitivos, las Plataformas Colaborativas podrían propiciar carteles del tipo *hub and spoke*, en los que la plataforma actúa como *hub* y los proveedores como *spoke*.

En este contexto, taxistas o asociaciones gremiales de taxistas han alegado en ciertas jurisdicciones que la Aplicación Uber, al “fijar los precios de venta”, estaría incurriendo en este tipo de acuerdos colusivos.

Sin embargo, en lo que respecta a la denominada “tarifa dinámica” de Uber (*surge pricing*), es claro que no se verifican los presupuestos de un cartel de tal naturaleza, toda vez que aquella no constituye un mecanismo para fijar precios *supra* competitivos, sino que se trata de un algoritmo que adecúa el precio en base a la cantidad de Socios Conductores activos, para incentivar que otros Socios Conductores ofrezcan sus servicios y, de ese modo, baje la tarifa.

⁷⁵ O'CONNOR (n 54); pág. 15. El autor, citando al editor de una importante revista de tecnología, destaca que emprendimientos que antes requerían una inversión de 5 millones de dólares, hoy en día pueden implementarse por 50 mil dólares. En el mismo sentido, BHARGAVA, EVANS y MANI (n 55); pág. 49.

⁷⁶ LAMBRECHT, Anja y TUCKER, Catherine; *Can Big Data Protect a Firm from Competition?*; en “Competition and Regulation of Online Platforms”, editado por Aitor Ortiz; e-book Competition Policy International (2016); pág. 155 y siguientes.

⁷⁷ O'CONNOR (n 54); pág. 24.

Más bien, como ha distinguido E. Hovenkamp⁷⁸, se trata de una restricción vertical cuya finalidad es pro-competitiva, pues tiene el efecto de mantener una adecuada participación de usuarios en ambos lados de la plataforma, aumentando los efectos de red indirectos. En el mismo sentido, conforme al derecho de los Estados Unidos, se ha señalado que, al aceptar el uso del algoritmo de la plataforma, los Socios Conductores no están conspirando para fijar el precio de los servicios, sino que aceptan una restricción vertical que debe ser analizada bajo la regla de la razón y que, en el caso en cuestión, claramente es pro-competitiva⁷⁹.

Con todo, no puede descartarse que puedan existir riesgos de colusión en los mercados en que participan las Plataformas Colaborativas, por lo que las autoridades de competencia tienen un importante rol que jugar al respecto.

En relación con los abusos unilaterales, además de las conductas exclusorias o explotativas en las que las plataformas dominantes podrían incurrir, conforme a la teoría tradicional atingente a los mercados de dos lados, De Streel y Larouche han destacado una nueva teoría del daño anticompetitivo que afecta a los mercados *online* en cuanto catalizador de innovaciones disruptivas⁸⁰.

Según los autores, debe evitarse que las plataformas dominantes ejecuten conductas que inhiban a potenciales entrantes disruptivos, sea por medio de elevar los costos en los que éstos deben incurrir para desarrollar sus estrategias de negocios, o bien, adquiriendo estas empresas para evitar su entrada. Y, agregan, no es necesario que la empresa disruptiva sea competidora de la plataforma dominante para que se genere el daño anticompetitivo, toda vez que la competencia dinámica permite que las firmas se expandan rápidamente a mercados relevantes adyacentes.

Luego, el *test* que debe realizarse para comparar los efectos anticompetitivos y las eficiencias de las conductas ejecutadas por Plataformas Colaborativas dominantes debe ser realizado con el máximo cuidado, ya que si las autoridades de competencia prescinden de la realidad económica que genera internet y los efectos que se producen en ambos lados del mercado, puede provocarse más daño que beneficios para la competencia⁸¹.

Este problema se presenta con relación a los efectos de red indirectos propios de las Plataformas Colaborativas, los que, como se señaló en el acápite precedente, comúnmente se consideran como una barrera a la entrada en los mercados de dos lados.

Por ejemplo, si seguimos la teoría tradicional, el hecho de que una Plataforma Colaborativa dominante imponga un precio mínimo de venta a los proveedores podría ser considerado anticompetitivo. Sin embargo, tal restricción podría encontrar justificación en incentivar

⁷⁸ HOVENKAMP (n 52).

⁷⁹ EZRACHI, Ariel y STUCKE, Maurice; *Artificial Intelligence & Collusion: When Computers Inhibit Competition*; University of Illinois Law Review (2015), Vol. 2017, pág. 1787-1789. Y en este sentido se falló en los Estados Unidos: Southern District of New York – Caso 1:15-cv-09796, sentencia de fecha 31 de marzo de 2016.

⁸⁰ DE STREEL y LAROCHE (n 14); Pág. 6.

⁸¹ O'CONNOR (n 54); pág. 5.

que más proveedores se integren a la plataforma y, de ese modo, se generen efectos de red indirectos y efectos de retroalimentación positiva.

Desde el punto de vista del derecho de la competencia, ello no se aparta de la exigencia de que, por un lado, la parte que alega un abuso de posición dominante deba acreditar los efectos anticompetitivos de la conducta; y, por otro, que la empresa acusada tenga la carga de probar las eficiencias, en caso de que ello sea esgrimido como defensa⁸².

Ahora bien, según ha advertido Lamadrid⁸³, en las investigaciones infraccionales sobre mercados de dos lados, las autoridades de competencia suelen calificar cualitativamente los efectos de red indirectos como barreras de entrada, mientras que las eficiencias se miden conforme a un *test* más ácido, exigiendo su cuantificación para ser aceptadas como justificación de la conducta.

Lo anterior, conforme al señalado autor, no sólo vulnera el principio *in dubio pro reo* y eleva injustificadamente la carga probatoria de la empresa acusada, sino que responde a un errado análisis de las conductas ejecutadas en mercados *online*, en los que la competencia es dinámica y es usual que las conductas tengan efectos ambiguos. En efecto, las estrategias comerciales desplegadas por los operadores de plataformas *online* que generan efectos explotativos o exclusorios, generalmente son las mismas que, a su vez, benefician a los consumidores.

Por tanto, al analizar las conductas unilaterales de las Plataformas Colaborativas, las autoridades de competencia deben comparar los efectos anticompetitivos y las eficiencias de las conductas, al menos, bajo un mismo estándar probatorio, sin exigir que estas últimas deban ser cuantificadas en desmedro de las primeras.

II.4. Plataformas Colaborativas. Desafíos regulatorios y rol de las autoridades de competencia.

No hay mayor debate acerca de que las innovaciones disruptivas como la Aplicación Uber y otras Plataformas Colaborativas deben ser fomentadas desde la perspectiva del derecho de la competencia^{84 85}. En efecto, una de las principales preocupaciones de las autoridades de competencia debe ser prevenir que los proveedores *offline* frenen el despliegue de este tipo de innovaciones.

Ahora bien, tratándose de Plataformas Colaborativas por medio de las cuales se ofrecen bienes o servicios cuya comercialización, tradicionalmente, ha estado sujeta a regulación sectorial, se presentan dos problemáticas.

⁸² HOVENKAMP (n 52); pág. 17.

⁸³ LAMADRID, Alfonso; *The Double Duality of Two-Sided Markets*; en "Competition and Regulation of Online Platforms", editado por Aitor Ortiz; e-book Competition Policy International (2016); pág. 155 y siguientes.

⁸⁴ OCDE (n 62); pág. 19-22. FANG WEI (n 25); pág. 11-12.

⁸⁵ Ello, sin perjuicio de que estas plataformas no deben dejar de ser monitoreadas, en particular si alcanzan substancial poder de mercado o propician acuerdos anticompetitivos entre los proveedores que participan en la plataforma.

En primer lugar, en ocasiones la regulación sectorial impide a las autoridades de competencia ejercer la labor de promover la innovación, porque las acciones ejercidas por los incumbentes en conformidad a la regulación sectorial les otorgan inmunidad, o porque el diseño de la regulación encuentra objetivos de política pública que no pueden conciliarse con una competencia completamente abierta a este tipo de plataformas^{86 87}.

En estas ocasiones, cuando la regulación y las leyes configuran barreras de entrada para el desarrollo de las innovaciones disruptivas, a las autoridades de competencia les corresponde proponer las modificaciones necesarias para su remoción o su conciliación con otros objetivos de política pública bajo un criterio de proporcionalidad⁸⁸.

Así, en definitiva, será el legislador el que decida los contornos apropiados de la regulación, en base a un balance entre los objetivos de política pública sectoriales y las consideraciones que sean necesarias para promover la innovación y fomentar la competencia.

Sobre el particular, Geradin⁸⁹ ha señalado que existen dos respuestas regulatorias ante la entrada de las plataformas colaborativas: (i) resistirse a su entrada y enfrentarse a años de litigación; o, (ii) aceptar su entrada y modificar la regulación en caso de que ello sea necesario.

Conforme al mismo autor⁹⁰, la primera alternativa no es deseable, pues perjudica a los consumidores y se opone a una realidad inevitable, ya que las Plataformas Colaborativas “llegaron para quedarse”.

Preguntas más complejas dicen relación con el tipo de regulación que debe ser adoptada en caso de ser necesaria. ¿Es preferible una regulación común para todas las Plataformas Colaborativas, o cada sector debiese contemplar una regulación específica?; en este último caso, ¿los proveedores que participan en Plataformas Colaborativas deben estar sujetos a la misma regulación que los proveedores *offline*?; ¿tiene lógica que, por ejemplo, una persona que ofrece sus servicios esporádicamente por medio de la Aplicación Uber, esté sujeta a idénticas obligaciones regulatorias que un taxista?; ¿a qué nivel es apropiado regular una actividad para obtener determinados objetivos de política pública, sin frenar la innovación, el fenómeno de la economía colaborativa y el subsecuente beneficio a los consumidores?

Por cierto, se trata de preguntas que exceden el propósito del presente informe y que constituyen un desafío regulatorio. Con todo, sí podemos afirmar que las respuestas deben surgir en el marco de un análisis multidisciplinario en que las autoridades de competencia tienen un rol fundamental, pues las nuevas regulaciones sectoriales no debiesen limitarse a hacer frente a los riesgos que puedan generar los bienes y servicios intermediados en las

⁸⁶ OCDE (n 15); pág. 7.

⁸⁷ Además de los objetivos de política pública de la regulación sectorial que puedan verse afectados por las actividades intermediadas por estas plataformas, los temas más controversiales que se han planteado se refieren, entre otros, a seguros, impuestos, responsabilidad civil, derechos fundamentales, distinción entre servicio público o privado, y licencias. Ver KATZ (n 33); Pág. 1092 y siguientes.

⁸⁸ OCDE (n 15).

⁸⁹ GERADIN (n 33); pág. 109 y siguientes.

⁹⁰ Ibid.

Plataformas Colaborativas, sino que además debiesen fomentar -y no sólo intentar no inhibir- el proceso competitivo y la innovación⁹¹.

Una segunda problemática que surge con ocasión de las Plataformas Colaborativas y la regulación sectorial se refiere a determinar si las actividades intermediadas infringen la regulación sectorial o, más bien, se encuentran “fuera de la regulación”.

Como veremos en el Capítulo IV, éste es un aspecto que debe ser resuelto en una sede infraccional ajena al derecho de la competencia. Sin embargo, es atinente destacar que (i) una mirada restrictiva retardaría la entrada de las innovaciones disruptivas y, por tanto, disminuiría el bienestar social⁹²; y, (ii) no tiene sentido considerar infringida la regulación sectorial por innovaciones disruptivas, pues precisamente éstas no estaban en la mente del legislador a la época de su diseño.

Este último aspecto es especialmente cierto con relación a las Plataformas Colaborativas que intermedian servicios de transporte pues, como destacan diversos autores, las razones de política pública que motivaron el diseño de la regulación de servicios de taxis y otros similares, en general, no encuentran sustento en los servicios intermediados por plataformas como la Aplicación Uber.

En efecto, sin perjuicio de ciertas preocupaciones transversales a los servicios que prestan los taxistas y los proveedores de las Plataformas Colaborativas de transporte, medidas como la limitación del número de taxis, regulación de precios, exigencia de licencias especiales de conductor y contratación de seguros de responsabilidad civil, se adoptaron hace aproximadamente un siglo en base a que (i) un número ilimitado de taxis podría generar congestión; (ii) la ausencia de barreras a la entrada podría promover un nivel de competencia indeseable, que podría disminuir la calidad del servicio; y, (iii) la calidad del conductor y regulación del precio eran necesarias para corregir asimetrías de información⁹³.

Ahora bien, la experiencia demuestra que las medidas descritas han generado falta de oferta y un escaso incentivo a la innovación y a la mejora de la calidad de los servicios⁹⁴. Como es fácil advertir, se trata de efectos indeseados, propios de mercados monopólicos⁹⁵. Incluso en aquellos países en que se ha intentado flexibilizar la regulación para aliviar tales efectos, el único resultado obtenido fue el aumento del número de taxis, sin que mejorara la calidad del servicio, los tiempos de espera, ni los precios⁹⁶.

En cambio, las fallas de mercado que inspiraron la regulación de taxis se ven sustancialmente reducidas, sino eliminadas, con la aparición de las Plataformas Colaborativas de transporte, toda vez que éstas son capaces de reducir los costos de

⁹¹ RANCHORDAS (n 17); pág. 1121 y siguientes.

⁹² OCDE (n 15); Pág. 7.

⁹³ GERADIN (n 33); pág. 111.

⁹⁴ Ibid.

⁹⁵ Una muestra adicional de que los taxistas gozan de poder monopólico es el alto valor al que se transan las patentes para ejercer tal actividad, diametralmente mayor al que pagaron en su oportunidad quienes las adquirieron del Estado. OCDE (n 15); Pág. 7.

⁹⁶ GERADIN (n 33); pág. 111.

transacción entre los pasajeros y conductores⁹⁷. En efecto, la Aplicación Uber y otras similares proporcionan un algoritmo de tarifa dinámica, un sistema de evaluación de Socios Conductores y un sistema georeferencial que hace innecesaria la regulación de precios y atenúa -o elimina- la necesidad de exigir requisitos de calidad a los conductores. Tampoco es necesaria la limitación en el número de vehículos que puedan prestar los servicios, pues la economía colaborativa maximiza un uso eficiente de los vehículos particulares. A ello cabe agregar otros beneficios que generan las Plataformas Colaborativas de transporte, tales como el menor tiempo de espera y la posibilidad de no usar efectivo

La clara diferencia existente respecto de las fallas de mercado presentes en los servicios de taxi y los servicios intermediados por Plataformas Colaborativas de transporte empuja a considerar que la regulación sectorial no es aplicable a estos últimos y que, más bien, éstos se encuentran fuera del ámbito de tal regulación.

Ahora bien, lo expuesto es sin perjuicio de que la utilización de estas plataformas pueda requerir de algún nivel de regulación económica, principalmente en materia de responsabilidad civil, tributaria y de seguridad de los pasajeros.

III. El tipo infraccional competencia desleal del artículo 3º letra c) del DL 211.

III.1. Libre Competencia y Competencia Desleal.

Una de las garantías fundantes del orden público económico chileno es “(...) el derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen”⁹⁸. De este modo, junto a otras garantías constitucionales como el derecho a la propiedad y el principio de subsidiaridad, nuestra carta fundamental ha constitucionalizado el sistema económico⁹⁹. Por medio de esta garantía, “(...) el constituyente resuelve que el ejercicio privado de la libre empresa resulta vital para el desarrollo del país y para la efectiva vigencia de muchos de los demás derechos individuales (...)”¹⁰⁰.

Ahora bien, la misma garantía establece prohibiciones, entre las que se contemplan las normas de orden público contenidas en el DL 211 y en la LCD. Además, establece que las actividades económicas deben ejercerse conforme a las “normas legales que lo regulen”. Se

⁹⁷ RANCHORDAS (n 17); pág. 465 y siguientes.

⁹⁸ Chile, Constitución Política de la República, 1980, artículo 19 n°21.

⁹⁹ FERNANDOIS, Arturo; *Tomo II Derecho Constitucional Económico*; Ediciones UC, Santiago, 2014; pág. 47.

¹⁰⁰ *Ibid.*; pág. 119.

distinguen, entonces, las normas que prohíben cierto tipo de competencia¹⁰¹ y aquellas que la regulan.

A la infracción de este último tipo de normas -y a su relación con el DL 211- nos referiremos en el Capítulo IV. Por ahora, nos concentraremos en los estatutos que protegen la libre competencia y la competencia desleal.

El primero de estos estatutos normativos, consagrado en el DL 211, prohíbe conductas que “impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia en los mercados, o que tiendan a producir dichos efectos” y, asimismo, promueve la adopción de regulaciones o emisión de directrices que protejan y promuevan la libre competencia¹⁰². Por su parte, la LCD prohíbe cierto tipo de competencia cuyo objeto es arrebatarse clientela a los demás agentes económicos por medios que se oponen a la buena fe y a las buenas costumbres. En definitiva, este estatuto limita el uso abusivo de la libertad de empresa, prohibiendo la “competencia sucia” o carente de ética.

De este modo, en un extremo, el derecho de la libre competencia promueve la competencia agresiva que, por definición, tiene por objeto “dañar” a los agentes económicos competidores al sustraerles su clientela. Se trata de un daño deseable por nuestro ordenamiento jurídico, porque la competencia intensa y ruda deviene en menores precios, mayor volumen de producción y mejoras en la calidad e innovación. Y en el otro extremo, el derecho de la competencia desleal limita la competencia sucia, es decir, prohíbe que el daño consistente en “el desvío de clientela” se materialice de forma injusta.

Esta dicotomía con relación a la competencia no genera realmente un estado de tensión entre ambos estatutos¹⁰³, pues ambos protegen la “competencia en los méritos”, entendida como aquella que, por definición, excluye o margina a competidores menos eficientes y, por tanto, menos atractivos para los consumidores desde el punto de vista del precio, elección, calidad e innovación¹⁰⁴. En otras palabras, la competencia en los méritos es promovida por el derecho de la competencia y no es prohibida por el derecho de la competencia desleal.

Según se ha señalado, “(...) las relaciones entre ambas nociones –libre competencia y competencia desleal- se hallan en un proceso dinámico de retroalimentación, puesto a que las diferencias conceptuales tienden a desvanecerse (...)”¹⁰⁵. En este contexto, algunos autores enmarcan a ambos estatutos como dos dimensiones del Derecho de la Competencia y distinguen una tendencia a la unificación¹⁰⁶.

Ahora bien, sin perjuicio de que resulta efectivo que la libre competencia y la competencia desleal comparten el objetivo de proteger y promover un proceso competitivo sano, el que

¹⁰¹ Para estos efectos, entendemos por “competencia” el proceso de rivalidad entre empresas para disputarse clientela.

¹⁰² DL 211; artículo 18 n°3 y n°4, y artículo 39 letra q).

¹⁰³ MENCHACA, Tomás; *Libre competencia y competencia desleal en la ley N°20.169, ¿Existe contradicción entre ambas disciplinas?*; Cuaderno de extensión jurídica Universidad de los Andes, Chile, 2007; pág. 31.

¹⁰⁴ Tribunal de Justicia de la Unión Europea; caso C-413/14; sentencia de fecha 6 de septiembre de 2017.

¹⁰⁵ VALDÉS, Domingo; *Libre competencia y monopolio*; Editorial Jurídica, Santiago, 2006; pág. 88.

¹⁰⁶ MENCHACA (n 102); pág. 89.

se estima beneficioso para el bienestar social, se distinguen claramente en cuanto a su bien jurídico protegido inmediato¹⁰⁷.

Según fue explicado *supra*¹⁰⁸, la jurisprudencia del TDLC y la Excm. Corte Suprema ha establecido que el DL 211 no protege a competidores determinados, sino que busca maximizar el bienestar social por medio de la protección del proceso competitivo.

Por ello, salvo casos excepcionales en que el legislador presume la presencia de efectos anticompetitivos¹⁰⁹, la calificación de los atentados al DL 211 siempre requiere de un análisis de los efectos de las conductas, estándar que en el derecho norteamericano se conoce como “regla de la razón”¹¹⁰. Es fundamentalmente este análisis el que justifica la creación de un tribunal especial compuesto por abogados y economistas.

En cambio, el bien jurídico protegido inmediato de la LCD es la buena fe que debe imperar entre los competidores que participan en un mercado¹¹¹ y, por tanto, se tutela el interés particular de los agentes económicos que sufren el daño de pérdida de clientela a consecuencia de prácticas reñidas con la buena fe.

Ciertos autores entienden el bien jurídico protegido de la LCD con mayor amplitud¹¹², pues su artículo 2° señala que “(...) la ley tiene por objeto proteger a competidores, consumidores y, en general, a cualquier persona afectada en sus intereses legítimos por un acto de competencia desleal”¹¹³. Sin embargo, la propia referencia de la norma al concepto de “competencia desleal” requiere la pérdida injusta de clientela como elemento constitutivo del bien jurídico tutelado, fenómeno al cual sólo puede verse enfrentado un competidor. En efecto, la inclusión de los consumidores como objeto de protección de la LCD, más bien, se relaciona con el hecho de que en muchas ocasiones los actos de

¹⁰⁷ “a) El bien jurídico **inmediato**, específico, directamente tutelado, o, en sentido técnico, previamente referido auxilia como canon interpretativo. El elemento subjetivo del tipo debe abarcar especialmente el bien jurídico protegido. Además, su lesión o puesta en peligro es factor inexcusable para la subsunción. b) El bien jurídico **mediato** se vincula a la *ratio legis* o finalidad objetiva de la norma, esto es, los motivos por los que el legislador criminaliza una determinada conducta. Su coincidencia con el bien jurídico en sentido estricto no es necesaria, como tampoco la conciencia o realidad de su vulneración por el delincuente. Descartada la función interpretativa, sirve de límite y norte del *ius puniendi*, orienta en la función sistemática o clasificatoria de los grupos de delitos, y es oportuna su consideración en la dosimetría de la pena”. ALEMANY, Jesús; *la Manipulación de los Mercados de Valores*; DIJUSA, Madrid, 2001.

¹⁰⁸ Ver (n 11 y n 12).

¹⁰⁹ Dentro de los casos en que se presumen efectos anticompetitivos por el DL 211, se destacan los carteles *hard-core* tipificados por el artículo 3° a) y la infracción a las normas de *interlocking* contenidas en el artículo 3° d).

¹¹⁰ La regla de la razón califica la ilicitud de un acto por medio del balance de los efectos procompetitivos (eficiencias) y anticompetitivos de la conducta. Ver ELHAUGE, Einer y GERADIN, Damien; *Global Competition Law and Economics*; Hart Publishing, Oxford, 2011; página 75.

¹¹¹ En este sentido GONZALEZ, Marco Antonio; *Ley N° 20.169, que Regula la Competencia Desleal. Aspectos Generales*; Cuaderno de Extensión Jurídica Universidad de los Andes, Santiago; 2007; pág. 18; y, BARROS, Andrea; *Competencia Desleal y Protección al Consumidor*; Cuaderno de Extensión Jurídica Universidad de los Andes, Santiago, 2007; pág. 59.

¹¹² TAPIA, Mauricio; *Competencia Desleal por Culpa*; Revista Chilena de Derecho Privado (2017) N°29; pág. 165 y siguientes.

¹¹³ El profesor Oscar Contreras ha destacado como objetos de protección de la Competencia Desleal el establecimiento de comercio, los derechos de los consumidores y el mercado. CONTRERAS, Oscar; *La Competencia Desleal y el Deber de Corrección en la Ley Chilena*; Ediciones UC, Santiago, 2012. Sin embargo, dicho tratamiento estudia la competencia desleal en sus dos dimensiones, pura y anticompetitiva. La procedencia en Chile del tratamiento unitario de la competencia desleal, y los distintos sistemas que existen en el derecho comparado, excede el objeto de este informe. Sobre el particular ver ROBLES, Antonio; *Libre Competencia y Competencia Desleal*; La Ley, Madrid, 2001.

competencia desleal afectan también directamente a los consumidores, como acontece con los actos de confusión.

Una cuestión similar se verifica respecto de las infracciones anticompetitivas del tipo exclusorio que prohíbe el DL 211. Como es posible advertir, si bien estas conductas perjudican directamente a los competidores, ello no significa que el bien jurídico se identifique exclusivamente con la protección de éstos. En efecto, la exclusión de competidores sólo es ilícita en sede de libre competencia en la medida de que se vulnere el bien jurídico protegido.

Prueba de ello es el enfoque económico que prima en el análisis de los abusos de posición dominante exclusorios¹¹⁴, recogido, por ejemplo, en el *test* del competidor igualmente eficiente respecto del ilícito de estrangulamiento de márgenes¹¹⁵ y en la aplicación del *test* de los propios costos evitables y posibilidad de recuperación en los precios predatorios¹¹⁶. Para todos los casos, si bien el competidor excluido es el afectado por el ilícito anticompetitivo, su prohibición y sanción se sustenta en una modificación ineficiente de la estructura del mercado que disminuye el bienestar social y, en definitiva, perjudica a los consumidores.

Así entendido, se distinguen con claridad dos estatutos que protegen bienes jurídicos inmediatos diversos, con independencia de la relación que exista entre ellos desde la perspectiva del bien jurídico protegido mediato.

Por un lado, el derecho de la competencia desleal presenta las siguientes características: (i) protege el interés particular de los competidores; (ii) está construido bajo la lógica del derecho de la responsabilidad civil¹¹⁷; (iii) otorga legitimación activa al que ha sufrido el daño¹¹⁸; (iv) las acciones judiciales son conocidas por la justicia ordinaria; y, (v) su vulneración sólo puede ser objeto de sanciones de menor entidad, para casos excepcionalmente graves¹¹⁹.

En cambio, el derecho de la libre competencia se caracteriza por los siguientes aspectos: (i) protege el interés público en materia económica; (ii) forma parte del derecho sancionatorio; (iii) otorga legitimación activa a los afectados directa e indirectamente por el acto¹²⁰ y a un órgano público persecutor especializado (Fiscalía Nacional Económica o “FNE”); (iv) las acciones infraccionales e indemnizatorias son conocidas por un tribunal especializado; y,

¹¹⁴Sobre el enfoque económico, ver GUAL, Jordi y otros; *Un enfoque Económico del Artículo 82*; IESE Business School (2006) OP N°6/14; COMISIÓN EUROPEA; Guidance on Its Enforcement Priorities in Applying Article 82 of the EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings; OJ (2009) C45/17.

¹¹⁵ TDLC; Sentencia N°156/2017, de fecha 21 de marzo de 2017; considerando nonagésimo sexto.

¹¹⁶TDLC; Sentencia N°39/2006, de fecha 13 de junio de 2006; considerando vigésimo noveno.

¹¹⁷TAPIA, Mauricio; *Responsabilidad Civil por Actos de Competencia Desleal en el Derecho Chileno*, Cuaderno de Extensión Jurídica Universidad de los Andes, Santiago; 2007; pág. 87; e INOSTROZA, Mauricio; *El Ilícito Concurrencial General en la Ley N°20.169 sobre Competencia Desleal*; Revista Ius et Praxis (2017) Vol. 23, N°1; pág. 22.

¹¹⁸ POBLETE, Orlando; *Proceso Civil de Competencia Desleal* Cuaderno de Extensión Jurídica Universidad de los Andes, Santiago; 2007; pág. 108.

¹¹⁹Artículo 10 de la LCD.

¹²⁰ TDLC; Sentencia N°154/2016, de fecha 15 de septiembre de 2016; considerando quinto. TDLC; Sentencia N°86/2009, de fecha 30 de julio de 2009; considerando vigésimo quinto.

(v) contempla sanciones administrativas de alta entidad, y en algunos casos inclusive establece sanciones criminales.

III.2. La competencia desleal tipificada por el DL 211 y la LCD.

A pesar de que el bien jurídico protegido inmediato del DL 211 es diverso al de la LCD, igualmente aquel tipifica la competencia desleal como una infracción anticompetitiva.

Para entender esta dualidad, primero debemos recordar que, hasta antes de la dictación de la Ley 19.911 que creó el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, las H. Comisiones Preventivas y la H. Comisión Resolutiva tenían competencia para sancionar los actos de competencia desleal, “con independencia de si las conductas tenían o no un efecto en la estructura del respectivo mercado”¹²¹.

Podría decirse que, hasta antes de la promulgación de la ley recién citada, la competencia desleal era tratada unitariamente por el DL 211.

Sin embargo, desde la dictación de la referida Ley 19.911, al nuevo órgano jurisdiccional de libre competencia (TDLC) sólo se le otorgó competencia para sancionar y adoptar medidas relativas a “las prácticas predatorias o de competencia desleal, realizadas con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante”¹²².

Así, nuestro derecho de la libre competencia prohíbe y sanciona sólo el grupo de actos de competencia desleal que tiene, al menos, la aptitud objetiva de generar efectos anticompetitivos (“Competencia Desleal Anticompetitiva”). Sólo en la medida de que por medio de una competencia “sucia”, sea posible adquirir substancial poder de mercado, el bien jurídico protegido por el DL 211 se entiende vulnerado.

Los restantes actos de competencia desleal que no producen o no tienen la aptitud objetiva de generar efectos en el mercado, -denominados como “Competencia Desleal Pura” o “Actos de Competencia Desleal Puros”¹²³-, son irrelevantes para el derecho de la competencia.

Lo expuesto es consistente con el Derecho de la Competencia de la Unión Europea, el que si bien no tipifica la competencia desleal como un ilícito, sí ha sancionado conductas que tradicionalmente están comprendidas en el concepto de competencia desleal, tales como la litigación anticompetitiva y la publicidad engañosa¹²⁴, en la medida de que aquellas sean ejecutadas por empresas dominantes y que exista una relación de causalidad entre la conducta en cuestión y el mantenimiento o incremento del poder de mercado de la misma¹²⁵. Las demás conductas de competencia desleal son tratadas bajo el estatuto general

¹²¹ CONTRERAS (n 113), pág. 89 y 90. En el mismo sentido, TAPIA (N 117) pág. 85 y 86.

¹²² Chile, Decreto Ley N°211, 17 de diciembre de 1973, Fija las normas para la defensa de la Libre Competencia, artículo 3 letra c).

¹²³ TAPIA (N 117), pág. 86.

¹²⁴ O'DONOGHUE, Robert y PADILLA, Jorge; *The Law and Economics of Article 102 TFEU*; Hart Publishing, Oxford, 2013; pág. 680 y 681.

¹²⁵ Ibid..

del derecho de daños de cada uno de los estados miembros¹²⁶ -como sucede también en los Estados Unidos- o en estatutos específicos de competencia desleal, cuyo conocimiento, en algunas ocasiones, es entregado a la justicia ordinaria, y en otras, a las autoridades antimonopolios¹²⁷.

En este contexto, y hasta la dictación de la LCD, en nuestro país existió un vacío respecto de los Actos de Competencia Desleal Puros, sin perjuicio de las normas de responsabilidad civil que, de modo general, permitían obtener resarcimiento del daño ocasionado por ese tipo de conductas¹²⁸.

Ante la ausencia de regulación de los Actos de Competencia Desleal Puros y la insuficiente protección que brindaba el estatuto de la responsabilidad civil extracontractual, se dictó la LCD que entró en vigor en el año 2007. Este cuerpo legal prohíbe, de modo general, "toda conducta contraria a la buena fe o a las buenas costumbres que, por medios ilegítimos, persiga desviar clientela de un agente del mercado". Asimismo, contiene ejemplos no taxativos en los que el legislador presume que el acto es desleal.

Desde ese entonces, en nuestro país dos estatutos repelen la competencia desleal, cada uno desde la perspectiva de sus bienes jurídicos protegidos inmediatos. Así, todos los actos de competencia desleal, tanto aquellos que afectan la estructura del mercado como aquellos que no lo hacen, se encuentran expresamente prohibidos por ley.

III.3. El tipo infraccional de competencia desleal del DL 211. Test de idoneidad.

Conforme al citado artículo 3° letra c) del DL 211, desde su creación el TDLC exigió como requisitos de la conducta de Competencia Desleal Anticompetitiva dos condiciones copulativas: la realización del acto desleal propiamente tal y, enseguida, que el mismo haya tenido por objeto alcanzar, mantener o incrementar una posición de dominio del agente económico acusado¹²⁹.

Luego, desde la dictación de la LCD, la jurisprudencia del TDLC comenzó a recoger la definición legal de este ilícito que proporciona el artículo 3° del referido decreto ley¹³⁰. Por

¹²⁶ Sobre el tratamiento de la competencia desleal en Reino Unido y los Estados Unidos ver BANFI, Cristián; *Daños Entre Competidores: una Aproximación desde el Derecho Inglés*; Revista Chilena de Derecho Privado (2012) Vol. 8.

¹²⁷ ROBLES (n 113)

¹²⁸ GONZÁLEZ (N 111); pág. 17. Con todo, hay autores que consideran la LCD como una expansión del ámbito de aplicación de la responsabilidad civil. en este sentido TAPIA (N 117), pág. 85.

¹²⁹ Así lo ha confirmado el TDLC en diversas ocasiones; (i) Sentencia N°8/2004, de fecha 22 de septiembre de 2004, considerando cuarto; (ii) Sentencia N°10/2004, de fecha 24 de noviembre de 2004, considerando primero; (iii) Sentencia N°12/2004, de fecha 20 de diciembre de 2004, considerando séptimo; (iv) Sentencia N°17/2005, de fecha 20 de mayo de 2005, considerando séptimo; (v) Sentencia N°23/2005, de fecha 19 de julio de 2005, considerando tercero; (vi) Sentencia N°30/2005, 21 de septiembre de 2005, considerando quinto; (vii) Sentencia N°40/2006, de fecha 21 de junio de 2006 considerando sexto; (viii) Sentencia N°45/2006, de fecha 26 de octubre de 2006, considerando septuagésimo; (ix) Sentencia N°54/2007, de fecha 6 de junio de 2007, considerando undécimo; (x) Sentencia N°58/2007, de fecha 14 de agosto de 2007, considerando vigésimo quinto; y, (xi) Sentencia N°59/2007, de fecha 9 de octubre de 2007, considerando noveno.

¹³⁰ En la Sentencia N°60/2007 (caso *Bayer con Laboratorio Maver*) el TDLC recogió por primera vez la definición de competencia desleal de la LCD, sin perjuicio de que ella no estaba vigente al momento de la traba de la litis. Este criterio

tanto, para encontrarnos ante una conducta de Competencia Desleal Anticompetitiva, son requisitos copulativos (i) que exista un acto contrario a la buena fe o a las buenas costumbres que, por medios ilegítimos, persiga desviar clientela de un agente del mercado; y, (ii) que el acto tenga por objeto alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante.

Este último requisito, que distingue este ilícito del Acto de Competencia Desleal Puro, precisamente guarda relación con el bien jurídico tutelado en sede de libre competencia. En efecto, como ha señalado el TDLC, para que las conductas de competencia desleal infrinjan el DL 211, "(...) es menester que -junto con acreditar cada una de ellas y las especiales condiciones y requisitos que tanto la doctrina como la jurisprudencia han desarrollado para su procedencia-, se acredite también que quien las haya cometido tenga poder de mercado o pueda razonablemente adquirirlo en virtud de dichos comportamientos, pues sólo bajo esta condición cobra sentido la actuación de la institucionalidad de libre competencia en general y de este tribunal en particular ya que, de lo contrario, no existiría un conflicto de interés público que amerite dicha intervención, sino que se trataría de un interés privado que debería resolverse en otra sede"¹³¹.

Lo anterior, como también ha sostenido el H. Tribunal, porque "sólo constituyen infracción al Decreto Ley N°211 aquellos actos de competencia desleal que comprometen el bienestar general al atentar contra el bien jurídico que corresponde a este Tribunal resguardar, esto es, la libre competencia en los mercados"¹³².

En este orden de cosas, para que un ilícito de competencia desleal sea sancionado en conformidad al DL 211, se requiere de una evaluación y ponderación de los efectos procompetitivos y anticompetitivos de la conducta. Por tanto, la Competencia Desleal Anticompetitiva no difiere de otros ilícitos unilaterales de carácter exclusorio que tipifica el DL 211, con la particularidad de que respectó de este tipo infraccional no sólo se sanciona a las empresas dominantes, sino además a aquellas que, por medio del acto de competencia desleal, tienen la aptitud de alcanzar tal posición.

Ahora bien, la prescindencia de la dominancia en caso alguno suaviza la carga probatoria del actor en el sentido de que sea suficiente acreditar que la empresa acusada, por medio del acto de competencia desleal, "eventualmente" pueda alcanzar una posición dominante. Tampoco se sanciona "la mera intención" de adquirir una posición de dominio¹³³. Ello devendría en un absurdo, pues todo acto de competencia -leal y desleal- tiene por finalidad

se ha mantenido por las sentencias posteriores. Ver en este sentido: (i) Sentencia N°80/2009; (ii) Sentencia N°86/2009; (iii) Sentencia N°88/2009; (iv) Sentencia N°130/2013; y, (v) Sentencia N°131/2013. Finalmente, la sentencia N°155-2016 expresamente cita la LCD para definir el acto de competencia desleal.

¹³¹ TDLC, Sentencia N°125/2012, considerando sexto, de fecha 12 de octubre de 2012.

¹³² TDLC Sentencia N°60/2007, considerando trigésimo, de fecha 9 de octubre de 2007. En el mismo sentido, Sentencia N°80/2009, considerando trigésimo segundo; como también Sentencia N°131/2013, considerando décimo séptimo, de fecha 18 de octubre de 2013.

¹³³ Se ha señalado que es innecesario exigir que quien ejecute una práctica predatoria (y lo mismo podría decirse de la competencia desleal) deba gozar de poder de mercado, pues precisamente uno de los objetivos de la conducta sería alcanzar tal posición. CONTRERAS (n 113) pág. 73. No concordamos con dicha opinión, la que se fundamenta en una sentencia de la Excm. Corte Suprema (n 136) que ha sido objeto de críticas y que terminó siendo superada por la jurisprudencia posterior del TDLC y la misma Excm. Corte Suprema.

arrebatara clientela a los rivales, con la expectativa de adquirir algún grado de poder de mercado e, incluso, una posición de dominio.

En cambio, lo que exige la norma es la aplicación de un *test* de adecuación¹³⁴ o de idoneidad, en cuya virtud la conducta debe tener la aptitud objetiva de permitir al acusado alcanzar una posición de dominancia.

La aplicación de este *test* queda de manifiesto en procesos en que el TDLC ha conocido demandas por precios predatorios, que como sabemos, se encuentra tipificado conjuntamente con la Competencia Desleal Anticompetitiva en la letra c) del DL 211 y, por tanto, es atinente su análisis para estos efectos.

Respecto de casos en los que la empresa acusada de precios predatorios no es dominante, nuestra jurisprudencia ha exigido que aquella, al menos, tenga la razonable expectativa de recuperar, en el corto plazo, las pérdidas que supone comercializar bienes y servicios por debajo de los costos evitables¹³⁵. Así, la sentencia 39/2006 rechazó una demanda de precios predatorios por no existir expectativa razonable de recuperación en el corto plazo. La Excm. Corte Suprema revocó esta sentencia en un fallo dividido - a juicio de estos informantes criticable en varios aspectos- y recondujo el requisito de recuperación a “(...) la intención de obtener rentas sobre normales en el largo plazo”¹³⁶. Sin embargo, las sentencias 67/2008, 72/2008 y 78/2008 reiteraron el requisito de recuperación en el corto plazo. Las dos últimas fueron reclamadas y confirmadas por la Excm. Corte Suprema. De ahí en más, el requisito de recuperación se ha asentado invariablemente en la jurisprudencia del TDLC¹³⁷.

Parece lógico que el *test* de adecuación, respecto de los precios predatorios, se materialice en la exigencia de recuperación toda vez que, ausente la dominancia y la posibilidad cierta de recuperación, la fijación de precios bajo los costos relevantes no afecta el bienestar de los consumidores, sino todo lo contrario. En cambio, el requisito de recuperación no es exigido, por ejemplo, en el derecho de la Unión Europea, lo que se debe a que en esa jurisdicción este ilícito anticompetitivo se sanciona exclusivamente como abuso de posición dominante^{138 139}.

En el caso de la Competencia Desleal Anticompetitiva, el *test* de idoneidad también ha sido aplicado en cada uno de los casos en que el TDLC ha sancionado este ilícito. Por cierto, no se exige un requisito de recuperación, pues esta conducta no lleva aparejado, necesariamente, un perjuicio patrimonial para el infractor. Sin embargo, nuestra jurisprudencia ha establecido que el elemento del tipo consistente en “alcanzar una posición

¹³⁴ TAPIA, Javier; *Dime de Qué presumes y te Diré de Qué Careces: El Tratamiento Jurisprudencial de los Abusos de Dominancia en Chile*; Revista de Derecho de la Competencia CEDEC (2014) N°10; pág. 72.

¹³⁵ *Ibid.* Pág. 74.

¹³⁶ Corte Suprema, Sentencia en autos Rol 3.449-06, considerando sexto, de fecha 29 de noviembre de 2006.

¹³⁷ TDLC, Sentencia N°110/2011, de fecha 28 de enero de 2011, considerando vigésimo quinto; y, Sentencia N°151/2016, de fecha 16 de junio de 2016.

¹³⁸ O'DONOGHUE y PADILLA (n 124); pág. 316.

¹³⁹ Con todo, la prescindencia del requisito de recuperación respecto de los precios predatorios en aquellas jurisdicciones en que este ilícito es tratado como un abuso de posición dominante ha sido objeto de críticas por parte de la literatura económica. Ver *Ibid.* pág. 312 y siguientes.

dominante” no tiene una connotación intencional o eventual, sino que requiere que el demandado goce de cierto poder de mercado unido a condiciones que hagan, a lo menos razonablemente esperable, que, a consecuencia del acto de competencia desleal, se generará un efecto exclusorio que permitirá al hechor comportarse monopólicamente en el corto o mediano plazo.

Coincidente con lo anterior, en los casos en que el TDLC ha sancionado el ilícito de competencia desleal la empresa acusada ha sido calificada como dominante¹⁴⁰, o bien, se ha cumplido con el *test* de idoneidad precedentemente expuesto.

Respecto de este último grupo de casos, el TDLC acogió una demanda de competencia desleal entablada por un laboratorio contra una farmacia que se negó a comercializar un jarabe y lo reemplazó por una marca propia, en atención al poder de compra de la demandada y su importancia como canal de distribución¹⁴¹. Tiempo después, dicho demandante demandó por competencia desleal a un laboratorio competidor, por imitación del mismo jarabe, sin embargo, a pesar de acreditarse el acto de competencia desleal, la demanda fue rechazada en razón de la ausencia de poder de mercado¹⁴².

En el mismo sentido, el TDLC acogió una demanda de competencia desleal por el que una empresa pretendió adueñarse de un nombre genérico, lo que -dadas las características del producto- generaba un peligro objetivo de excluir a toda la competencia¹⁴³.

Luego de un periodo en el que el TDLC rechazó una serie de demandas de competencia desleal, la sentencia 103/2010 sancionó a una cadena de supermercado dominante a nivel nacional, pero que no gozaba de dicha posición en el mercado geográfico relevante en que se cometió la conducta¹⁴⁴. En la sentencia, el voto de mayoría consideró que la conducta era

¹⁴⁰ Sentencia N°8/2004, de fecha 24 de septiembre de 2004.

¹⁴¹ La sentencia 24/2005 del TDLC condenó a la entonces principal cadena de farmacias, que contaba con un considerable poder de compra y que fue considerada como un canal de distribución difícilmente sustituible, por negarse a comercializar el jarabe Paltomiel que había vendido durante años y, simultáneamente, reemplazarlo por uno de marca propia con una presentación y nombre de similares características. El TDLC consideró relevante que en las farmacias la venta tiene lugar con la intervención de un vendedor que tiene incentivos alineados con el dueño de la farmacia, lo que disminuye la posibilidad de que el consumidor se percate de que no está disponible la marca original. En mérito de estas circunstancias, tomando en especial consideración el poder de compra de la cadena de farmacias y "(...) que las conductas anticompetitivas, tienen incidencia directa en el valor y disponibilidad de los productos que son elaborados para satisfacer necesidades relacionadas con la salud de las personas", fue acogida la demanda por competencia desleal (TDLC, Sentencia N°24/2005, de fecha 28 de julio de 2005, considerando décimo sexto).

¹⁴² TDLC, Sentencia N°59/2007, de fecha 9 de octubre de 2007, considerando vigésimo quinto.

¹⁴³ La sentencia 30/2005 sancionó por competencia desleal a una empresa que, previo al auge de la comida japonesa en nuestro país, había registrado la marca *kanikama* que corresponde a una denominación genérica de un ingrediente de la comida nipona. La empresa había ejercido presiones y abusado del derecho de propiedad industrial para que el demandante retirara la producción que utilizara la expresión *kanikama*. Si bien el TDLC no contaba con información acerca de la participación de mercado de las partes, consideró que "(...) este hecho podría resultar en la expulsión de toda la competencia, apropiándose el 'dueño' del nombre genérico de la totalidad del mercado. En consecuencia, forzoso es arribar a la convicción de que los hechos imputados tienden a impedir el uso de una denominación genérica por la demandante, dificultando la libre competencia en el mercado del *kanikama*" (considerando séptimo).

¹⁴⁴ En particular, la sentencia acogió una acción por publicidad comparativa engañosa llevada a cabo por un supermercado en el mercado relevante geográfico correspondiente a la ciudad de Valdivia y sus alrededores. La empresa acusada pertenecía una cadena de supermercados que fue considerada como dominante a nivel nacional, y que participaba en una serie de mercados conexos, lo que le otorgaba importantes ventajas de costos para efectos de su expansión. En este contexto, pese a que la cadena acusada no contaba con una posición de dominio en el mercado relevante geográfico en que tuvo lugar la conducta acusada, ésta fue considerada idónea para alcanzar una posición dominante. Según declaró el

idónea para alcanzar posición de dominio en el territorio en cuestión, sin embargo, la disidencia sostuvo que la magnitud de la conducta no cumplía con el *test* de idoneidad. En otras palabras, esta última doctrina advirtió que el *test* de idoneidad debe sustentarse en una relación causa-efecto directa entre la conducta desleal y la expectativa razonable de alcanzar una posición de dominio en el corto o mediano plazo.

Finalmente, la sentencia N°130/2013 condenó a una empresa que contaba con el 71% de participación en el mercado relevante y que, a consecuencia del acto de competencia desleal que el TDLC consideró acreditado, pretendía excluir a la demandante y quedar en una situación de monopolio¹⁴⁵.

Como puede advertirse del mérito de la jurisprudencia analizada, el *test* de idoneidad aplicado a los casos de competencia desleal exige:

- i) Que la empresa denunciada tenga un considerable poder de mercado. Todos los casos de competencia desleal en que no se ha acreditado un considerable poder de mercado del demandado han sido desestimados, con independencia del tipo de conducta¹⁴⁶.

Empresas con altas participaciones en mercados (incluso superior a 40%) en los que no se identifican barreras a la entrada, han sido consideradas por el TDLC como

TDLC, “el carácter nacional y complementariedades de costo de que goza Líder confieren a esta última la aptitud de alcanzar una posición dominante en la ciudad de Valdivia, como ya ha ocurrido en otras localidades” (considerando vigésimo sexto) y además señaló que “(...) estas conductas podrían ser interpretadas por potenciales competidores como una señal de que Líder está dispuesto a actuar agresivamente por vías distintas a la libre competencia con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante, inhibiendo así el ingreso de nuevos actores al mercado local. Es justamente por esta razón que una conducta desleal de un actor de la envergadura de Líder es apta para afectar la competencia en el mercado, aunque en ese mercado local particular no sea el actor dominante” (considerando décimo tercero). Esta sentencia fue confirmada por la Excma. Corte Suprema, la que atribuyó especial relevancia al hecho de que la conducta denunciada “(...) aporta información inexacta a los consumidores, la que los puede impulsar a preferir una cadena de supermercados por sobre otras, en la creencia de estar en similitud de condiciones de calidad, comprando en un establecimiento sustancialmente más económico que otros (...)” (Excma. Corte Suprema, Sentencia de fecha 11 de julio de 2010, Rol 7500-2010)

¹⁴⁵ La conducta acusada se ejecutó en el mercado de distribución o comercialización de servicios de marcación abreviada *4 dígitos a nivel nacional. La conducta fue denunciada por la única empresa que competía con la demandada en ese mercado, y aquella consistía en una campaña de desprestigio y abuso de derechos de propiedad industrial que tenían por objeto advertir a los clientes que los servicios prestados por la actora eran informales y, de ese modo, excluirla del mercado. Si bien en esa oportunidad el TDLC no se formó la convicción de que la empresa acusada fuese dominante, pese a su alta participación de mercado, estableció que “(...) si la demandada OSS cree que, en el legítimo ejercicio de los derechos que le confiere la Ley N°19.039, puede enviar comunicaciones a las empresas de telefonía móvil y a potenciales clientes de competidores, señalando que tiene una patente sobre el servicio de marcación abreviada y que, en consecuencia, nadie más puede ofrecer dicho servicio -lo que, como se ha visto, es al menos discutible-, se está en presencia de actos de competencia desleal que tienden a impedir, restringir o entorpecer la libre competencia porque constituyen, en sí mismos, barreras artificiales a la entrada al mercado que, de ser completamente efectivas, podrían llevar a OSS a convertirse en la única prestadora del servicio en cuestión, por lo que parece del todo evidente que dichas conductas, cometidas por la empresa con mayor participación en el mercado relevante, tenían precisamente por objeto alcanzar una posición no simplemente dominante sino monopólica en el mismo” (considerando septuagésimo tercero). Y en idéntico sentido, al confirmar la sentencia, la Excma. Corte Suprema, consideró que “(...) la reclamante ha realizado actuaciones de competencia desleal que tenían por finalidad dejarla en una situación de monopolio” (Excma. Corte Suprema, sentencia de fecha 7 de enero de 2014, Rol 6264-2013).

¹⁴⁶En este sentido el TDLC: (i) Sentencia N°23/2005, de fecha 28 de julio de 2005; (ii) Sentencia N°40/2006, de fecha 21 de junio de 2006; (iii) Sentencia N°45/2006, de fecha 26 de octubre de 2006; (iv) Sentencia N°54/2007, de fecha 6 de junio de 2007; (v) Sentencia N°59/2007, de fecha 9 de octubre de 2007; (vi) Sentencia N°60/2007, de fecha 9 de octubre de 2007; (vii) Sentencia N°67 2008, de fecha 17 de junio de 2008; (viii) Sentencia N°80/2009, de fecha 8 de enero de 2009; (ix) Sentencia N°84/2009, de fecha 19 de mayo de 2009; y, (x) Sentencia N°123/2012, de fecha 4 de julio de 2012.

insuficientes como para configurar este requisito¹⁴⁷. Con mayor razón, acciones infraccionales en las que la empresa dominante acusa a un nuevo entrante de competir deslealmente han sido invariablemente rechazadas¹⁴⁸;

- ii) Que exista una relación causa-efecto entre el acto denunciado y una razonable expectativa de obtener una posición de dominio en el corto o mediano plazo. Casos en que no fue considerada idónea la conducta en estos términos también fueron invariablemente rechazados¹⁴⁹. Este requisito fue ratificado por el TDLC en una sentencia reciente¹⁵⁰.

La necesaria concurrencia de ambos requisitos se hace evidente en la Sentencia 58/2007, la que consideró la conducta denunciada como idónea para alcanzar una posición de dominio –es decir que satisfacía el requisito de causalidad-, pero que rechazó la demanda en atención a que “(...) no existen suficientes antecedentes en autos para establecer el poder de mercado de la demandada y los eventuales efectos de su conducta”¹⁵¹.

Asimismo, la sentencia N°131/2013 identifica claramente los requisitos mencionados, al considerar que “(...) dicho acto, que este Tribunal ha calificado como desleal, no es de aquellos que tengan por objeto alcanzar, incrementar o mantener una posición dominante en el mercado, aquí definido, atendido que, a juicio de este Tribunal (i) quien lo cometió – Nokia Chile- no habría gozado de poder de mercado, y en cualquier caso, no se acreditó que lo tuviera (...); y (ii) estas interferencias ilegítimas de Nokia en las negociaciones de Electrocenter tampoco se habrían efectuado con el objeto de alcanzar una posición dominante en el mercado, pues el efecto que podría producirse en virtud de las mismas sólo podía menguar su participación de mercado al venderse menos equipos de la marca Nokia con lo cual no se cumplen las hipótesis establecidas por el legislador en la letra c) del artículo 3° (...).”.

Sólo en el caso analizado referente a los supermercados, la jurisprudencia fue más laxa en cuanto al segundo de estos requisitos. A nuestro juicio, en este caso los votos disidentes se conforman de mejor manera con la restante jurisprudencia y con el *test* de idoneidad que, en virtud de la misma letra c) del artículo 3°, se aplica a los precios predatorios. Con todo, en ese caso no se prescindió absolutamente de la relación causa-efecto, pues igualmente se consideró probable que la empresa acusada pudiese alcanzar posición de dominio, como había ya acontecido en otros mercados relevantes geográficos en que participaba.

De este modo, el *test* de idoneidad de la conducta para afectar la libre competencia se encuentra asentado en nuestra jurisprudencia y, por cierto, encuentra su fundamento en el bien jurídico inmediato protegido por el DL 211.

¹⁴⁷TDLC Sentencia N°126/2012, de fecha 28 de noviembre de 2012, considerando cuadragésimo octavo.

¹⁴⁸TDLC Sentencia N°97/2010, de fecha 4 de marzo de 2010.

¹⁴⁹TDLC (i) Sentencia N°10/2004, de fecha 24 de noviembre de 2004, considerando séptimo; (ii) Sentencia N°12/2004, de fecha 20 de diciembre de 2004, considerando séptimo; y, (iii) Sentencia N°17/2005, de fecha 20 de mayo de 2005, considerando séptimo.

¹⁵⁰TDLC, Sentencia N°151/2016, de fecha 16 de junio de 2016, considerando décimo noveno.

¹⁵¹TDLC, Sentencia N°58/2007, de fecha 14 de agosto de 2007, considerando trigésimo séptimo.

III.4. El Acto de Competencia Desleal Puro. Requisitos.

Además, del *test* de idoneidad, la jurisprudencia del TDLC ha considerado el acto de competencia desleal debe cumplir los requisitos del artículo 3° de la LCD que contiene una definición legal del ilícito.

En general, la doctrina considera que son requisitos del acto de competencia desleal (i) la existencia de una conducta (acción u omisión); (ii) que la conducta sea contraria a la buena fe o a las buenas costumbres; (iii) que el agente haya empleado medios ilegítimos; y, (iv) que la conducta persiga desviar clientela de un agente del mercado¹⁵².

Los requisitos precedentes han suscitado discusión en la doctrina, en particular acerca de (i) si se admiten los ilícitos de peligro¹⁵³; (ii) el elemento subjetivo que debe concurrir en la conducta; y, (iii) si la exigencia de “medios ilegítimos” es redundante, pues siempre lo serían aquellos actos contrarios a la buena fe o a las buenas costumbres. Estas dos últimas discusiones se encuentran íntimamente relacionadas.

Así, Banfi sostiene que el daño que pudieren causarse los competidores solo debiese ser reparado si emana de conductas desleales, esto es, cometidas con dolo o culpa lata¹⁵⁴. En una línea contraria, Tapia considera que el acto de competencia desleal puede cometerse con dolo o culpa al no establecer la LCD en sus normas una excepción expresa al Derecho Común, para cuyo efecto asimila los actos contrarios a la buena fe en su dimensión objetiva, como un parámetro de conducta que –al igual que las buenas costumbres- debe ser respetado por todos los agentes económicos¹⁵⁵. Finalmente, también en base al concepto de buena fe objetiva, Contreras prescinde de la necesidad de acreditar el elemento subjetivo y concluye que la cláusula general del artículo 3° de la LCD impone un deber de corrección en virtud del cual “(...) el juez calificará la buena fe de una conducta según si ésta se adecúa o no a las creencias ético-valorativas imperantes en un tiempo definido, desde un punto de vista objetivo”¹⁵⁶.

¹⁵² INOSTROZA (N 117), pág. 21 y siguientes.

¹⁵³ TAPIA (N 112), pág. 168.

¹⁵⁴ BANFI, Cristián, *Responsabilidad Civil por Competencia Desleal: Estudio de Derecho Chileno y Comparado*; Legal Publishing, Santiago, 2013; pág. 230 y siguientes. Ello, pues no resulta lógico obligar a indemnizar perjuicios por conductas negligentes, pues los rivales en los mercados no están vinculados por deberes recíprocos. Por tanto, para armonizar la responsabilidad civil con la libertad de competir, se exige supeditar aquella a hechos intencionales o extremadamente imprudentes. Conforme al autor, si bien “ (...) la culpa ordinaria es la regla de clausura en gran parte de la responsabilidad aquiliana, ella es un criterio inapropiado en lo que respecta al daño económico derivado de la competencia. Una responsabilidad por este perjuicio infligido negligentemente coarta la libertad de competir, pues el daño es un efecto secundario de la competencia legítima. Asimismo, aunque los tribunales pueden negar la reparación del daño patrimonial causado culpablemente por ausencia de causalidad y/o incertidumbre del daño, los adversarios no están vinculados por deberes de cuidado recíprocos, sino que necesariamente se lastiman. Por lo tanto, el daño es un efecto colateral y justificado de su actividad”. Y agrega, “(...) de ahí la necesidad de pesar el derecho de la víctima a la indemnización contra la libertad de competir del dañador. La preservación de esta libertad exige restringir la responsabilidad por el daño económico causado entre rivales a los actos dolosos o sumamente descuidados”. *Ibid.*; pág. 237.

¹⁵⁵ TAPIA (N 112), pág. 192 y siguientes. Según el autor, sin que se requiera la intención de dañar, “(...) en materia de competencia desleal debe preguntarse si un competidor medianamente diligente, de la misma especialidad, habría debido prever la posibilidad de provocar daños injustos con su actuación a otro competidor, y si los medios que utilizó para competir y desviar clientela son los tolerables y aceptables en los usos del comercio en el momento en que actuó, y que se presume que conocía o debía conocer (...).

¹⁵⁶ CONTRERAS (n 113); pág. 154.

Como denominador común, los autores mencionados consideran que la exigencia de medios ilegítimos es redundante¹⁵⁷, pues tendrán ese carácter todos los actos contrarios a la buena fe y las buenas costumbres. En una lectura distinta, Inostroza coincide con Banfi en cuanto a que el dolo es un requisito del acto de competencia desleal, y también concuerda con los otros dos autores en relación con que debe primar un criterio de buena fe objetiva¹⁵⁸. Sin embargo, el autor agrega que los medios ilegítimos son “(...) el límite (que consiste en la utilización de tales medios) con que la ley estima que el agente ha dejado de observar el parámetro de conducta”¹⁵⁹ que impone la buena fe objetiva y las buenas costumbres. En este sentido, la exigencia de medios ilegítimos no sería redundante.

A nuestro juicio, la exigencia de dolo se conforma de mejor manera con el bien jurídico protegido por el derecho de la competencia desleal, debido a que la libertad de ejercer una actividad económica consagrada en el Art. 19 N°21 de la Constitución, de la que deriva la libertad de competir, supone la necesaria ocurrencia de perjuicios legítimos, de manera que las estrategias comerciales activas o agresivas por regla general no son fuente de responsabilidad entre competidores y sólo excepcionalmente, cuando existe intención de dañar por medios injustos, dicha conducta debe estar prohibida.

Con todo, en sede de libre competencia la discusión acerca del elemento subjetivo en general pierde relevancia, toda vez que es aplicable la noción de culpa infraccional^{160 161}. Por tanto, para calificar si la conducta es un acto de competencia desleal, el análisis debe concentrarse en calificar si ésta es contraria a la buena fe o las buenas costumbres, si ha utilizado medios ilegítimos y si ha sido realizada para desviar clientela que, en términos de competencia, no es otra cosa que la verificación del efecto exclusorio anticompetitivo.

De este modo, sea que se analice desde el punto de vista de la buena fe o las buenas costumbres, o bien desde el prisma de los medios ilegítimos, es necesario verificar si la conducta acusada como desleal se ajusta a los parámetros imperantes en el mercado relevante, tomando en consideración su estructura, características y dinámica de competencia.

III.5. La conducta denunciada por los Demandantes no se enmarca en el tipo infraccional del artículo 3º letra c).

¹⁵⁷(i) CONTRERAS (n 113), pág. 162; (ii) TAPIA (N 112), pág. 179; y, (iii) BANFI (n 154).

¹⁵⁸ INOSTROZA (n 117), pág. 31.

¹⁵⁹ Ibid., pág. 34. Al efecto el autor da un argumento histórico, pues el concepto de buena fe del artículo 3º tiene como antecedente la ley española, la que exige expresamente que el comportamiento sea objetivamente contrario a la buena fe.

¹⁶⁰“Al ser el legislador, o bien la autoridad de competencia, según el caso, el que establece el deber de cuidado en base a la prohibición de ciertas conductas tipificadas, debe aplicarse el principio de culpa infraccional propio del derecho administrativo sancionador, por lo que basta acreditar la infracción o mera inobservancia de la norma para dar por establecida la culpa”. Luis Cordero, *Lecciones de derecho administrativo*, Thomson Reuters, Chile, 2015 página 503 y siguientes, citando a Barros Bourie.

¹⁶¹Excm. Corte Suprema, Sentencia de fecha 14 de septiembre de 2016, Rol 821-2016, considerando octavo.

Conforme a lo expuesto en este capítulo y, en particular, desde la perspectiva del bien jurídico protegido por el DL 211, no es posible calificar la conducta acusada por los Demandantes como de aquellas que prohíbe el artículo 3° letra c).

En efecto, es difícil identificar que, como efecto de las conductas denunciadas, se produzca una disminución en el bienestar social y, en consecuencia, un perjuicio a los consumidores. Por el contrario, acoger la demanda limitaría la posibilidad de éstos de acceder a servicios intermediados por una innovación disruptiva, la que no debe ser inhibida -sino fomentada- por las autoridades de competencia. Desde otro punto de vista, en aplicación de la “regla de la razón”, no se evidencian efectos anticompetitivos que puedan superar los efectos procompetitivos de las actividades desarrolladas por Uber.

En definitiva, el único perjuicio que acusa la demanda dice relación con el incumplimiento de un compromiso de la autoridad con los Incumbentes, lo que, de ser cierto, (i) no sería más que un perjuicio que sufriría un grupo de competidores determinados, sin generar efectos negativos en el bienestar social; y, (ii) se trataría de un “incumplimiento” supuestamente asumido por el regulador sectorial, el que no debe ser conocido en sede de libre competencia.

En otro orden de cosas, y sin perjuicio de que se trata de aspectos que el TDLC deberá calificar en conformidad a la prueba rendida en el proceso, difícilmente la conducta acusada podría cumplir con el *test* de idoneidad aplicable a los actos de competencia desleal sancionados por el DL 211.

En primer lugar, una de las premisas de la demanda consistente en que los taxistas se verían en desventaja respecto de Uber, no es clara en lo absoluto. En efecto, en su calidad de Plataforma Colaborativa, Uber enfrenta costos en ambos lados del mercado y, además, está obligada a invertir constantemente en innovación para hacer frente a la competencia dinámica de los mercados *online*. Así, se trata de agentes económicos que no son comparables, con independencia de que los servicios intermediados en la Aplicación Uber puedan tener algún grado de sustituibilidad con los servicios que prestan los Incumbentes.

En segundo lugar, asumiendo para efectos teóricos que Uber conforma una unidad económica -lo que ha sido negado por la literatura especializada- y que participa en el o los mismos mercados relevantes que los taxistas -lo que tampoco es evidente, porque las innovaciones de este tipo modifican las estructuras de mercados tradicionales-, todo apunta a que aquel demandado no goza de poder de mercado. Lo anterior, por cuanto Uber enfrenta en Chile la actual competencia de proveedores *offline*, de otras plataformas similares (en particular Cabify) con la posibilidad de que los Socios Pasajeros realicen *multihoming*, de prestadores de servicios *online* que no tienen la naturaleza de Plataforma Colaborativa (como por ejemplo Awto y Mobike) e, inclusive, de la utilización de vehículos particulares, motorizados y no motorizados¹⁶².

¹⁶² Por cierto, la identificación de los competidores actuales requiere la definición previa del mercado relevante, en conformidad a la prueba económica que se rinda en el proceso.

Más importante aún, la competencia dinámica que enfrentan las Plataformas Colaborativas hace poco plausible que puedan alcanzar una posición de dominio en el corto o mediano plazo, toda vez que las bajas barreras de entrada que caracterizan a los mercados *online* y la amenaza continua del surgimiento de innovadores disruptivos generan una intensa competencia, que no sólo se plasma en los precios y calidad de los servicios intermediados, sino que especialmente en innovación. Esto es especialmente cierto en el caso de Uber, pues no se trata de una plataforma que compita “por la cancha” y que, por tanto, goce de las ventajas del “primer entrante”, sino que compite “en la cancha” con proveedores *online* y, a algún nivel, con proveedores *offline*.

En tercer lugar, no es la conducta acusada –presunto incumplimiento de normas- la que permitiría excluir a los taxistas del mercado, en caso de que tal exclusión fuese efectiva. Más bien, las conductas idóneas para provocar tal exclusión derivan de la naturaleza de innovación disruptiva del modelo de negocios de Uber, el que le ha permitido intermediar servicios de mejor calidad y a un menor precio. Es decir, se trataría de una exclusión provocada por la competencia en los méritos y, por tanto, no se verificaría la necesaria relación causa-efecto entre el acto de competencia desleal denunciado (incumplimiento de normas) y la razonable expectativa de alcanzar una posición dominante.

Finalmente, tampoco se evidencian los requisitos de un Acto de Competencia Desleal Puro, pues la falta de adecuación de la regulación sectorial ante las innovaciones disruptivas no puede ser interpretada de un modo que inhiba la competencia y perjudique a los consumidores. Los parámetros de conducta en los mercados *online* tampoco pueden oponerse a la innovación, pues precisamente ese es el mayor beneficio que permite el internet como canal de distribución potenciado por la masificación de los *smartphones*. Por tanto, incluso suponiendo la existencia de infracciones regulatorias, ello no se opone al estándar objetivo de comportamiento que exige el artículo 3º letra c) del DL 211.

IV. Incumplimiento normativo como competencia desleal y, en particular, como una infracción al DL 211.

En este capítulo analizaremos el incumplimiento de normas como eventual hipótesis de acto de competencia desleal tipificado en el artículo 3° letra c) del DL 211. Primero abordaremos esta figura como Acto de Competencia Desleal Puro. Como veremos, tiene escaso desarrollo en nuestro derecho y, de ser aplicado, debe hacerse en forma restrictiva. En segundo lugar, estudiaremos el incumplimiento de normas como Competencia Desleal Anticompetitiva. Por cierto, esta infracción requeriría cumplir con el *test* de idoneidad analizado en el capítulo anterior. Pero, además, desde el punto de vista del bien jurídico tutelado por el DL 211, tiene especial atinencia la determinación del tipo de regulación que se acusa infringida. Para estos efectos, ya que no existen casos en que se haya condenado a un agente económico por incumplimiento de normas en virtud de lo dispuesto en el artículo 3° letra c) del DL 211, resultará ilustrativo analizar la jurisprudencia general del TDLC y la Excma. Corte Suprema respecto de la relación entre la regulación sectorial y el derecho de la libre competencia.

IV.1. Acerca del incumplimiento normativo como Acto de Competencia Desleal Puro en las legislaciones que inspiraron la LDC.

La LCD encuentra como principales fuentes la legislación española, argentina y colombiana¹⁶³, por lo que es atinente revisar su contenido y aplicación en relación al incumplimiento normativo como un Acto de Competencia Desleal Puro.

En España la ley de Competencia Desleal reconoce expresamente la existencia de un tipo infraccional denominado “violación de normas”¹⁶⁴. Al respecto, el texto consolidado de la ley 3/1991, de 10 de enero de 1991, contempla en su artículo 15 tres hipótesis de esta clase de competencia desleal; (i) violación de normas para prevalerse en el mercado de una ventaja competitiva adquirida por medio de la infracción de leyes, para cuyo efecto “la ventaja ha de ser significativa”; (ii) la simple infracción de normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial; y, (iii) la contratación de extranjeros sin autorización para trabajar obtenida de conformidad con la legislación de extranjería.

Según Gustavo Martín¹⁶⁵, la segunda hipótesis recoge como tipo desleal la infracción de normas concurrenciales, entendiéndose como aquellas las que, al margen de su naturaleza civil o administrativa, configuran de forma directa la estructura del mercado y las estrategias y conductas propiamente concurrenciales de los agentes que operan en el mismo. Coincidente con lo anterior, el Tribunal Supremo español ha señalado que las normas que se refiere la segunda hipótesis deben tener por objeto la regulación de la actividad concurrencial, es decir, estar destinadas directamente a cumplir la función de ordenar el mercado y disciplinar las conductas competitivas de quienes participan en él¹⁶⁶.

¹⁶³ GONZÁLEZ (N 111), pág. 16, citando la historia de la Ley 20.169 de la Biblioteca del Congreso Nacional.

¹⁶⁴ España, Ley 3/1991, de fecha 10 de enero de 1991, artículo 15 “Violación de normas. 1. Se considera desleal prevalerse en el mercado de una ventaja competitiva adquirida mediante la infracción de las leyes. La ventaja ha de ser significativa.”

¹⁶⁵ MARÍN, Gustavo; *La Relación entre la Ley de Competencia Desleal y la Ley de Defensa de la Competencia en Derecho Español tras la Trasposición de la Directiva 2014/104/UE y los Recientes Pronunciamientos del Tribunal Supremo*; Revista Electrónica de Direito (2018) Vol. 15, N°1; pág. 181.

¹⁶⁶ Tribunal Supremo de España (Sala de lo Civil); Sentencia N°1473/2007, de fecha 3 de mayo de 2007.

En cambio, las normas a las que se refiere la primera hipótesis no integran el ordenamiento concurrencial. Al respecto, Alfaro Águila-Real¹⁶⁷ identifica un riesgo de generalización, por el cual se afirmarí el carácter de desleal de cualquier infracción legal, convirtiendo la sanción de deslealtad en una suerte de sanción general añadida a la prevista específicamente por la norma vulnerada. Por ello, según el autor, no cualquier infracción legal constituye competencia desleal, ni cualquier infracción legal es irrelevante para el derecho de la competencia desleal. El fundamento de la deslealtad por infracción de normas en el modelo social requiere la realización efectiva de la ventaja obtenida mediante su infracción¹⁶⁸. Conforme a lo anterior, el Tribunal Supremo español ha señalado que el legislador "(...) no pretende sancionar como desleal toda clase de violación normativa", pues en el caso del numeral 1 del artículo 15 exige que la infracción genere en beneficio del infractor una ventaja competitiva de la que no disfrutaría quien hubiera optado por cumplir el mandato legal¹⁶⁹.

Sobre el particular, es de interés una sentencia del Tribunal Supremo en que se rechazó una demanda entablada en contra de un fabricante de chalecos reflectantes por incumplimiento de determinadas condiciones técnicas. Al respecto, el referido tribunal declaró lo siguiente:

"Es cierto que una norma que impone al fabricante de chalecos reflectantes el cumplimiento de determinadas condiciones técnicas a las que ha de ajustarse la reacción fotométrica del material con el que se elaboran, en beneficio de la seguridad de los usuarios, condiciona la aptitud de los productos para ser objeto de lícito comercio. Pero la finalidad inmediata o directa de dicha norma no es regular comportamientos específicamente concurrenciales en el mercado de referencia, sino las condiciones técnicas que se entienden precisas para garantizar la seguridad y, al fin, la salud de los usuarios.

La infracción de esas normas merecerá la sanción que establezcan las mismas o las que las complementen, pero no las que vincula la Ley 3/1991 al tipo del artículo 15, apartado 2, ya que, no tienen como finalidad directa proteger la competencia en interés de todos los que participan en el mercado - artículo 1.

En conclusión, la infracción que se ha declarado probada ha de ser examinada sólo a la luz del apartado 1 del artículo 15, cuyo supuesto requiere, como se dijo, que el infractor se prevalega en el mercado de una significativa ventaja competitiva obtenida con la infracción.

Esa ventaja competitiva no se ha probado en el proceso, según declaró la Audiencia Provincial. Razón por la que las acciones declarativas y de condena ejercitadas en la demanda fueron correctamente desestimadas".

¹⁶⁷ ALFARO, Jesús; *Competencia Desleal por infracción de normas*; Revista de derecho Mercantil (1991) N°202; pág. 667 y siguientes.

¹⁶⁸ Ibid.

¹⁶⁹ Ibid.

En el caso de Colombia, la ley 256 de 1996 sanciona el caso de competencia desleal por violación de normas en su artículo 18, el que establece que “(...) se considera desleal la efectiva realización en el mercado de una ventaja competitiva adquirida frente a los competidores mediante la infracción de una norma jurídica. La ventaja ha de ser significativa”. Como puede advertirse, se trata de una hipótesis redactada en casi idénticos términos que la primera hipótesis de la normativa española.

Al respecto, la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia¹⁷⁰ ha aclarado que, en términos normales, la transgresión de una norma legal no debe ser analizada bajo el régimen de competencia desleal. Sólo cuando dicha vulneración resulta en la obtención directa de una ventaja al competir, la que además es significativa o relevante para mejorar o mantener una posición en el mercado, el infractor incurriría en un comportamiento desleal¹⁷¹.

Por su parte, en Argentina no existe a la fecha un cuerpo legal orgánico que trate la competencia desleal, pero esta figura es tratada inorgánicamente en distintas leyes¹⁷². Así, la ley 25.156 de Defensa de la Competencia -que reemplazó a la ley 22.262 y agregó un inciso 2º al artículo 1º-, prohíbe y sanciona “la obtención de ventajas competitivas significativas mediante infracción, declarada por acto administrativo o sentencia firme, de otras normas”. Ahora bien, para que la conducta sea considerada una infracción anticompetitiva, deben concurrir los supuestos del inciso 1º del mismo artículo, es decir, debe relacionarse “con la producción e intercambio de bienes y servicios, que tengan por objeto o efecto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o el acceso al mercado o que constituya un abuso de una posición dominante en un mercado, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general”.

Por consiguiente, en las jurisdicciones revisadas la “infracción de normas” como acto de competencia desleal es de carácter excepcional, pues de otro modo cualquier infracción regulatoria configuraría este tipo de ilícito y se desnaturalizaría la institución. Como criterio para definir el ilícito, es menester que la infracción, en sí misma y de manera directa, permita obtener una ventaja de carácter significativa.

Adicionalmente, en el derecho español se considera que las infracciones a regulaciones pro competencia que ordenan el funcionamiento de un mercado son también constitutivas de competencia desleal. Dado que éstas precisamente tienen por objeto regular el poder de mercado de los actores, la Ley supone que su infracción configura competencia desleal.

Finalmente, es posible apreciar que la legislación argentina es la más restrictiva, pues además de exigir prejudicialidad de la infracción regulatoria, esto es, que el incumplimiento de la normativa en cuestión sea previamente declarada por la judicatura competente y no

¹⁷⁰ Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia; *Preguntas frecuentes: Competencia Desleal*; Documento para la Divulgación de las Normas que Regulan la Competencia Desleal; pág. 18.

¹⁷¹ En el mismo sentido lo ha señalado Sentencia N° 012, Superintendencia de Industria y Comercio, Bogotá, 6 de agosto de 2010.

¹⁷² Por ejemplo, la ley 22.802 de Lealtad Comercial, la ley 22.362 de Marcas y Designaciones, la ley 24.766 de Confidencialidad y la ley 25.156 de Defensa de la Competencia.

9M

por la que ha de juzgar el acto de competencia desleal, es necesario que la conducta cumpla con los requisitos de la cláusula general de la Ley 22.261, es decir, la conducta tiene que generar, o ser capaz de generar, efectos anticompetitivos en el mercado.

IV.2. Acerca del incumplimiento normativo como Acto de Competencia Desleal Puro en la LDC

A diferencia de las legislaciones que le sirvieron de inspiración, la LCD no contempla dentro del catálogo de conductas de su artículo 4° la vulneración de normas como hipótesis de competencia desleal. Cabe destacar que, en el informe de la Comisión de Economía, Fomento y Desarrollo del Congreso Nacional, evacuado en el primer trámite constitucional de la LCD, algunos diputados formularon una indicación para incorporar como acto de competencia desleal “la infracción grave o reiterada de las leyes laborales, tributarias, aduaneras y de inmigración”.

Sin embargo, la indicación fue rechazada por cuanto (i) si bien cuando un empresario vulnera la ley tributaria o la ley laboral podría incurrir en acciones de deslealtad, dichas conductas ya tienen una sanción establecida por las normas correspondientes; (ii) la indicación podría perjudicar a PYMES o microempresarios que no tienen como cumplir oportunamente con sus obligaciones o cuyos informes comerciales presentan problemas, aun cuando no deseen infringir la ley; y, (iii) se podría abusar de esta norma, puesto que no existe un criterio claro acerca de qué se entiende por “grave y reiterada”.

Resulta notable que, entre las razones esgrimidas para rechazar el incumplimiento de normas como un tipo infraccional de competencia desleal, se incluya el caso de empresas que incumplen la normativa por razones exógenas (por ejemplo, por insolvencia) y no por “voluntad” de competir de manera desleal, en contravención al principio de buena fe o las buenas costumbres. Asimismo, el legislador consideró relevante no sancionar adicionalmente la comisión de conductas que ya llevan aparejada una sanción para los efectos de su disuasión.

El hecho de que la LCD no contemple la vulneración de normas como acto de competencia desleal en el catálogo del artículo 4°-a diferencia de las legislaciones que le sirvieron como fuente- es relevante, pues no se presume que una infracción regulatoria que otorga una ventaja competitiva, aún significativa, configura un acto de competencia desleal.

Con todo, nada obsta a que una infracción regulatoria, cometida en contradicción con el principio de buena fe o las buenas costumbres, conforme al parámetro objetivo analizado en el capítulo precedente, configure un acto de competencia desleal del tipo consagrado en la cláusula general del artículo 3°, en la medida de que se cumplan todos los requisitos que establece la norma. Además, al igual que en el derecho comparado, consideramos necesario que la infracción normativa (i) debiese otorgar de forma directa una ventaja competitiva; y, (ii) dicha ventaja debe ser sustancial o significativa. Finalmente, pensamos que la infracción regulatoria debe ser declarada por el regulador sectorial o la justicia ordinaria, según sea el caso o, al menos, no debe existir duda alguna acerca del incumplimiento regulatorio por parte de la empresa acusada.

IV.3. Acerca del incumplimiento normativo como Competencia Desleal Anticompetitiva.

Previo a analizar el incumplimiento de normas como Competencia Desleal Anticompetitiva, es necesario preguntarnos, en primer lugar, si el TDLC tiene competencia para sancionar una conducta relacionada con una actividad económica regulada y para calificar la existencia de una infracción a una normativa sectorial. Para estos efectos, analizaremos la jurisprudencia que existe sobre el incumplimiento de regulaciones sectoriales y su relación con la libre competencia. Luego, estudiaremos la escasa jurisprudencia relativa a demandas de competencia desleal por infracciones regulatorias.

Como fruto de este análisis, y de las conclusiones precedentes relativas a la vulneración de normas como Acto de Competencia Desleal Puro, identificaremos bajo qué supuestos las infracciones regulatorias pueden configurar una infracción al DL 211 del tipo consagrado en su artículo 3° letra c).

IV.4. Acerca de la competencia del TDLC para conocer de actividades que son objeto de regulación sectorial.

Ya es doctrina de la Excm. Corte Suprema que “(...) de un mismo acto pueden derivar consecuencias jurídicas de diversa naturaleza, y que el examen de legalidad ha de verificarse sólo por el órgano al que la ley ha conferido competencia en razón del tipo de la eventual transgresión”¹⁷³.

Este principio ha sido invariablemente recogido por el TDLC, en particular en materia de concesiones. Así, la sentencia 114/2011 consideró que el H. Tribunal era competente para conocer de un caso relacionado con una licitación y que también podía caer dentro de la esfera de competencia del Tribunal de Contratación Pública¹⁷⁴. Desde otro plano, luego de reiterar el principio ya asentado, la sentencia 121/2012 estableció que la conformidad con la regulación sectorial no es un eximente de responsabilidad en sede de libre competencia, en especial si no existe contradicción entre aquella y el DL 211¹⁷⁵.

¹⁷³ Excm. Corte Suprema; Sentencia de fecha 28 de enero de 2011; Rol 6100-2010, considerando sexto.

¹⁷⁴ Tal como se declaró en dicha oportunidad, “(...) las licitaciones para adquirir bienes, así como aquellas destinadas a asignar recursos económicos, son especialmente aptas para crear mercados nuevos, eliminar o reemplazar los existentes, o afectar positiva o negativamente la competencia en unos u otros (...)”. Y agregó que, “(...) en efecto, si lo que se pretende argumentar por el Consejo de Defensa del Estado al formular tal alegación es que el cumplimiento de dicha normativa especial excluye al organismo público demandado de la aplicación de las normas de defensa de la libre de competencia o lo exime de cumplirlas, cabe tener presente que ello no es así, especialmente cuando no existe contradicción entre unas y otras. Por el contrario, y tal como este tribunal ha resuelto anteriormente –por ejemplo en las sentencias N°77/2008 y N°89/2009- la circunstancia de que los actos y contratos que se cuestionen en esta sede se realicen con sujeción plena a los procedimientos administrativos de contratación con organismos públicos, no implica que dichos actos o contratos no deban sujetarse también a lo preceptuado en la legislación de defensa de la libre competencia que, por lo demás, también es de orden público. Ello por cuanto, si bien es cierto que hay bienes jurídicos que la legislación sobre contratación pública persigue resguardar, concurrentemente pueden verse afectados también otros bienes jurídicos, tales como aquellos tutelados en esta sede”. TDLC, Sentencia N°114/2011, de fecha 17 de noviembre de 2011 considerando vigésimo quinto.

¹⁷⁵ TDLC, Sentencia N°121/2012, de fecha 10 de mayo de 2011, considerandos noveno y quincuagésimo primero.

En síntesis, la jurisprudencia transcrita considera irrelevante si un hecho denunciado también está regulado e incluso sancionado por otras regulaciones, pues cada una de ellas tiene un bien jurídico protegido que le es propio para resolver el conflicto normativo sometido a su decisión. Lo anterior es sin perjuicio de que, en algunas ocasiones, una infracción regulatoria puede resultar, en sí misma, contradictoria con las normas de defensa de la libre competencia.

Sobre el particular, cabe advertir que la regulación económica -entendida como el conjunto de normas que establece la forma y normas bajo las cuales debe realizarse una determinada actividad económica¹⁷⁶, usualmente controladas o fiscalizadas por una agencia pública específica- puede tener distintas justificaciones o racionalidades.

Una de ellas es la corrección de fallas de mercado, esto es, cuando la "mano invisible" fracasa en producir resultados acordes al interés público¹⁷⁷. Entre las fallas de mercados¹⁷⁸ encontramos algunas que se relacionan directamente con la competencia, como la existencia de monopolios naturales, los abusos de poder de mercado (tanto por el lado de la oferta como la demanda), las asimetrías de información, entre otros. Ahora bien, también existen otras fallas de mercado que no se relacionan de manera directa con la competencia, sin perjuicio que su corrección también se sustente en la eficiencia económica. La presencia de externalidades y el racionamiento de recursos escasos son ejemplos de este tipo de fallas de mercado.

Luego, la regulación económica puede encontrar justificaciones distintas a las fallas de mercados, tales como la protección de derechos sociales u otros objetivos de política pública. Así, muchas veces una actividad económica puede estar condicionada por razones de justicia distributiva o protección de ciertos derechos fundamentales.

Aclarado lo anterior, cabe destacar que la regulación económica que se justifica en la corrección de fallas de mercado para promover la competencia corresponde precisamente a una de las dimensiones del "derecho de la competencia". Es así como podemos distinguir, por un lado, el derecho de la competencia *ex ante*, de aplicación en las políticas públicas y en el diseño de la regulación económica; y por otro, el derecho de la competencia *ex post*, de eminente carácter infraccional, que en nuestro país está consagrado en el DL 211.

Cuando se infringen normas que forman parte del derecho de la competencia *ex ante*, es natural que tal infracción sea, asimismo, contraria al bien jurídico tutelado por el DL 211. Es por ello que el TDLC se ha pronunciado sobre la infracción a este tipo de regulaciones, en el ámbito de su competencia, con independencia de que también sea sancionadas por la normativa sectorial.

En tales términos razonó la sentencia 100/2010 en materia de concesiones, al considerar que el cumplimiento de las bases de licitación de una concesión que otorga un monopolio

¹⁷⁶ Tribunal Constitucional, citado por FERNANDOIS (n 99), pág. 49.

¹⁷⁷ BALDWIN, Robert, CAVE, Martin y LODGE, Martin; *Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice*; Oxford University Press, Nueva York, 2012; pág. 15.

¹⁷⁸ Una completa revisión de este tipo de fallas de mercado en BALDWIN, CAVE y LODGE (n 177); pág. 15 y siguientes.

es esencial para garantizar el cumplimiento de las normas de Libre Competencia. Es por ello que el TDLC tiene competencia para conocer de estas infracciones, sin perjuicio de otras sedes en que pueda exigirse el cumplimiento de contrato de concesión¹⁷⁹.

Como contrapartida, cuando una infracción regulatoria no guarda relación con la libre competencia, su mera ocurrencia no es relevante para el DL 211, sin perjuicio de que, como se dijo, el hecho en cuestión igualmente pueda ser evaluado desde la perspectiva del bien jurídico tutelado en sede de libre competencia.

Así fue declarado por la Excma. Corte Suprema en el *Caso Sonda*¹⁸⁰. La sentencia reclamada había condenado en fallo dividido al Servicio de Registro Civil e Identificación ("Registro Civil") por infringir el DL 211 en el marco de un proceso de licitación, pues se consideró acreditado que esa repartición pública había incumplido las bases de licitación y ejecutado una serie de actos que excluyeron a determinados oferentes en beneficio de aquel que, finalmente, se adjudicó la licitación. Si bien el Registro Civil había alegado que las infracciones a las bases de licitación eran de competencia del Tribunal de Contratación Pública, ello fue rechazado por el TDLC en virtud de la doctrina arriba analizada, en el sentido de que un mismo hecho puede dar lugar a responsabilidades de diversa naturaleza, pues la regulación sectorial y la libre competencia protegen bienes jurídicos diversos¹⁸¹.

Siguiendo el voto disidente, la Excma. Corte Suprema revocó la referida sentencia, pues si bien el TDLC es competente para conocer de todo hecho que tenga por objeto impedir, restringir o entorpecer la libre competencia, en el caso en cuestión el Registro Civil sólo infringió el principio de estricta sujeción a las bases, lo que es de exclusivo conocimiento del Tribunal de Contratación Pública. Y concluyó que "(...) no se advierte, ni la demandante ha manifestado tampoco de manera convincente y clara, de qué manera las actuaciones reprochadas al demandado podrían haber puesto en entredicho o conculcado verdaderamente el bien jurídico por cuya preservación debe velar el tribunal de autos, esto es, la libre competencia en los mercados"¹⁸².

Como se advierte, la divergencia entre la sentencia del TDLC y la decisión de la Excma. Corte Suprema en el *Caso Sonda* radicó en que esta última consideró que la infracción a las bases de licitación denunciada en sede de libre competencia no guardaba relación con el bien jurídico tutelado por el DL 211. En este sentido, la sentencia del máximo tribunal no vino a modificar la doctrina de que un mismo hecho puede generar distintos tipos de responsabilidades y, por tanto, que el DL 211 es competente para conocer de conductas que se enmarcan en el contexto de la regulación sectorial. Sin embargo, el fallo es relevante, pues reafirma que la intervención del derecho de la libre competencia en las actividades económicas reguladas se circunscribe únicamente a casos en que la conducta acusada vulnera el bien jurídico protegido por el DL 211.

¹⁷⁹TDLC, Sentencia N°100/2010, de fecha 21 de julio de 2010; considerando quincuagésimo.

¹⁸⁰El denominado *Caso Sonda* corresponde a la Sentencia N°132/2013, revocada por Sentencia de la Excma. Corte Suprema.

¹⁸¹TDLC, Sentencia N°132-2013, de fecha 25 de octubre de 2013, considerando décimo quinto y décimo sexto.

¹⁸²Excma. Corte Suprema, Sentencia de fecha 6 de agosto de 2014, Rol 13.972-2013, considerando décimo sexto.

En virtud de lo expuesto, y con el objeto de sintetizar los criterios jurisprudenciales analizados, podemos advertir los siguientes principios acerca de la competencia del tribunal en relación a conductas que se enmarcan en mercados regulados: (i) si una actividad está regulada por la normativa sectorial, ello no obsta a que el TDLC pueda analizarla desde la perspectiva del bien jurídico tutelado por el DL 211; (ii) cuando la normativa sectorial forma parte del derecho de la competencia *ex ante*, generalmente el TDLC es competente para calificar la infracción regulatoria y sancionarla como una infracción al DL 211, sin perjuicio de las sanciones adicionales que pueda aplicar el regulador sectorial o la justicia ordinaria; (iii) el cumplimiento de la regulación sectorial no configura una defensa relevante para el acusado en sede de libre competencia, a menos de que exista una contradicción entre dicha regulación y la normativa de libre competencia¹⁸³; y, (iv) a *contrario sensu*, el mero incumplimiento de la regulación sectorial no configura un atentado a la libre competencia, a menos que se vea afectado el bien jurídico tutelado por el DL 211, como podría suceder con las infracciones a regulaciones que forman parte del derecho de la competencia *ex ante*.

De este modo, podría plantearse que nuestra jurisprudencia sigue la línea de la Unión Europea en cuanto a la relación que debe existir entre la regulación sectorial y la libre competencia. En efecto, en el derecho comunitario las reglas de competencia *ex post* juegan un rol residual en relación a la regulación sectorial y sólo exceptúan a las entidades reguladas de la aplicación del derecho de la competencia en caso de que éstas se vean obligadas a actuar de la manera cuestionada, conforme a la regulación sectorial¹⁸⁴. En cambio, en otras jurisdicciones como la de los Estados Unidos la regulación sectorial repele la aplicación del derecho de la competencia *ex post* cuando el órgano jurisdiccional es llamado a la aplicación de ambas, en consideración a que éstas persiguen distintos objetivos de política pública¹⁸⁵.

IV.5. Acerca de la competencia del TDLC para calificar infracciones a la regulación sectorial.

Ya aclarado que el TDLC tiene plena competencia para conocer de actividades reguladas, y los principios aplicables al efecto, resta preguntarnos si dicho tribunal tiene competencia para calificar una infracción a la regulación sectorial, cuando la acción infraccional o la defensa del acusado invitan a dicho tribunal a pronunciarse al respecto.

Ello ha acontecido, por ejemplo, en casos en que la empresa acusada de una conducta exclusoria alega como defensa que la actividad de la empresa excluida es ilegal o informal. Así, a propósito de un caso de precios predatorios¹⁸⁶, en el que la FNE requirió a dos

¹⁸³ En un sentido similar, el TDLC ha señalado que la ausencia de fiscalización, e incluso ausencia de regulación, no obsta a que los agentes económicos que participan en un mercado regulado cumplan con el DL 211. TDLC, Sentencia N°61/2007, de fecha 27 de diciembre de 2007, considerando decimotavo.

¹⁸⁴ ALEXIADIS, Peter; *Balancing the Application of Ex Post and Ex Ante Disciplines Under Community Law in Electronic Communications Markets: Square Pegs in Round Holes?*, Rights and Remedies in a Liberalised and Competitive Internal Market; Universidad de Malta, 2012; pág. 143.

¹⁸⁵ Ibid.

¹⁸⁶ La conducta imputada por la FNE fue “competencia desleal”, pero la acusación consistía en la venta por debajo de los costos.

compañías por competir recíprocamente a través de precios por debajo de sus costos, la defensa de una de las empresas consistió en que la otra operaba informalmente. Sobre el particular, el TDLC señaló que “(...) la alegación formulada en estrados en cuanto a que TV Cable Loncomilla sea una empresa que opera en forma ilegal o ‘pirata’, ya que no tendría relaciones formales con los proveedores, se trata de una alegación ajena a la litis, respecto de la cual nada se ha acreditado en autos y, adicionalmente, su conocimiento y sanción correspondería a la justicia ordinaria, por lo que este Tribunal no se pronunciará sobre ella”. Una conclusión similar se aprecia en el *Caso Voissnet* y el *Caso Reoriginadores*, los que serán analizados en un acápite separado por su especial relevancia.

Otro grupo de casos en que el TDLC ha sido llamado a pronunciarse sobre incumplimientos de la regulación sectorial, se ha presentado cuando el respectivo demandante incluye en su reproche de ilegalidad, no sólo una vulneración al DL 211, sino además una infracción regulatoria en sí misma.

Por ejemplo, en un caso en que se acusó a Iansa por una serie de abusos de posición dominante en el mercado del azúcar, entre ellos acciones ante órganos públicos para obtener un aumento de arancel al azúcar, incorporación de salvaguardias a la importación de fructosa, la inclusión de ciertas preparaciones alimenticias en la banda de precios de azúcar y evitar restricciones para participar en el mercado del azúcar libre de aranceles, el TDLC declaró que “(...) son materias que están bajo la jurisdicción de organismos que han actuado dentro de la esfera de sus atribuciones que les entregan leyes especiales (...) en el curso de procedimientos legalmente establecidos”. Sin embargo, “(...) la conclusión anterior no obsta en modo alguno al ejercicio de las facultades de este Tribunal para analizar los mercados en que incide la presente denuncia”. Con todo, concluyó que “(...) en el presente caso, las conductas denunciadas están dentro del proceso de debate y de implementación de instrumentos de política comercial regidos por leyes especiales; y, a mayor abundamiento, no se aportaron argumentos suficientes para determinar la existencia de conductas de Iansa que pudiesen producir efectos restrictivos en la competencia, más allá de aquellos que puedan estimarse inherentes a dichos instrumentos”¹⁸⁷.

En el mismo sentido se pronunció el TDLC al conocer casos en que la demanda solicitaba un pronunciamiento sobre: (i) si la imposición de uniforme escolar se ajustaba a la normativa del Ministerio de Educación¹⁸⁸; (ii) si una municipalidad había dado cumplimiento a su deber de fiscalizar a los competidores de un *apart hotel*¹⁸⁹; y, (iii) si se había dado cumplimiento a tratados internacionales.

¹⁸⁷TDLC, Sentencia N°27/2005, de fecha 23 de agosto de 2005, considerando séptimo.

¹⁸⁸ En este caso, se acusó a un colegio de abusar de su posición de dominio en relación a la comercialización de uniformes escolares diseñados exclusivamente para ese establecimiento. El TDLC consideró que no le correspondía pronunciarse acerca de si la imposición de uniforme escolar se ajustaba a la normativa del Ministerio de Educación, ni tampoco declarar la nulidad de registros de marcas. Sólo se consideró competente para velar si en ese mercado se cumple con la libre competencia y, en relación a la marca, que solo le corresponde verificar si el ejercicio de la exclusividad que confiere una marca comercial constituye una infracción al DL 211 (...) TDLC, Sentencia N°62/2008, de fecha 12 de marzo de 2008, considerando trigésimo cuarto.

¹⁸⁹ En este caso un *apart hotel* denunció a una municipalidad por haberle clausurado sus locales al no contar con patente comercial, y no ejercer la misma fiscalización contra sus competidores. Sin perjuicio de que no se acreditaron efectos en el mercado que permitiesen sancionar la conducta denunciada, el TDLC consideró que dicha fiscalización se encontraba en el ámbito de atribuciones de las municipalidades y no configuraban actos arbitrarios con efectos excluyentes. Además,

De la jurisprudencia citada, es posible apreciar que (i) la infracción de normas sectoriales en general no es relevante para el TDLC cuando ellas no forman parte del derecho de la competencia *ex ante*; y, (ii) en todo caso, tales infracciones deben ser conocidas y calificadas por el órgano jurisdiccional, especializado u ordinario, correspondiente. Es decir, es un requisito la prejudicialidad.

Con todo, respecto de la prejudicialidad, el TDLC en el *Caso Sonda* consideró que ella no era necesaria, "(...) pues de lo contrario se llegaría a situaciones absurdas como las que podrían plantearse respecto de los casos de competencia desleal que conoce este Tribunal, en los que habría que esperar el juicio de la Justicia Civil sobre el carácter de desleal o no del acto antes de poder conocer el requerimiento o demanda en esta sede"¹⁹⁰.

Sin embargo, no consideramos que esta decisión se oponga al requisito de prejudicialidad sobre las infracciones regulatorias que no forman parte del derecho de la competencia *ex ante*. Primero, porque el propio fallo entendió en ese caso que la infracción a las bases de licitación era una norma de competencia *ex ante*, por lo que tenía plena competencia para calificarla; y, segundo, porque el fallo no señala que el TDLC tenga competencia para calificar una infracción a la normativa que regula las compras públicas, sino que para calificar si los mismos hechos son contrarios al DL 211.

Cabe recordar que este fallo fue revocado por la Excm. Corte Suprema, pero ésta no se pronunció en particular acerca del problema de la prejudicialidad.

Finalmente, es posible apreciar que la doctrina analizada en este acápite ha sido recogida por el TDLC de manera invariable en casos de competencia desleal en que, si bien no se imputó la vulneración de normas como tipo de Competencia Desleal Anticompetitiva, igualmente incluyó como parte de la acusación la concurrencia de una infracción a la regulación sectorial.

Así, en relación a las denuncias por infracción al derecho de propiedad industrial, la sentencia 23/2005 estableció que no son de su competencia aquellas materias "(...) que se refieren exclusivamente al derecho de propiedad industrial y que en este caso están siendo conocidas en las instancias correspondientes"¹⁹¹. Misma consideración realizaron las sentencias N°24/2005, N°40/2006, N°60/2007 y N°71/2008, así como las sentencias N°17/2005, N°30/2005, N°25/2012 y N°68/2008, estas últimas en relación a infracciones al derecho marcario y sanitario.

IV.6. Casos de surgimiento de "nueva competencia" que no se ajusta a la estructura de la regulación sectorial.

señaló que, aun cuando los demás entes regulados no cumplieren con la normativa, ello no obsta a que la demandante deba cumplirla. TDLC, Sentencia N°91/2009, de fecha 17 de diciembre de 2009.

¹⁹⁰ TDLC, Sentencia N°132-2013, de fecha 25 de octubre de 2013, considerando décimo tercero.

¹⁹¹ TDLC, Sentencia N°23/2005, considerando séptimo, de fecha 19 de julio de 2005.

Hay dos casos de especial interés para el presente informe en que el TDLC fue llamado a pronunciarse sobre la conformidad de una actividad económica con la regulación sectorial, ambos atinentes a la industria de las telecomunicaciones.

En un principio esta regulación estaba diseñada, entre otras razones de política pública, para la corrección de monopolios naturales. Ahora bien, como fruto del desarrollo tecnológico tal racionalidad se ha ido atenuando, sin perjuicio de que aún es relevante, entre otros motivos, para corregir el eventual poder de mercado de los operadores de telecomunicaciones¹⁹².

En el caso *Voissnet*, en que se había acusado al principal operador de telefonía en ese entonces por abuso de posición dominante, el demandado sostuvo -como defensa y como argumento de su demanda reconventional-, que la demandante prestaba servicios de telefonía IP en condiciones de informalidad, esto es, sin contar con la concesión de telecomunicaciones respectiva. Para tales efectos, la defensa dio especial relevancia a que la presencia de la competencia informal no le permitiría financiar una actividad regulada sujeta a tarifas máximas.

En esa oportunidad el TDLC analizó si la actividad de la demandante era un servicio público telefónico o una aplicación más de internet y, por tanto, actividades reguladas; o si tenía una naturaleza distinta a las anteriores.

La sentencia distinguió de aquellos servicios que la ley definió *ex ante* como públicos, y que requerían de una concesión habilitante, de aquellos que se desarrollan bajo un régimen de iniciativa privada. Tal como consideró el TDLC, "(...) las disposiciones del Reglamento de Servicio Público Telefónico no pueden ser aplicadas a los servicios de Telefonía IP que presta Voissnet, ya que éstos no se pueden considerar servicios de telefonía fija, ni móvil, ni de larga distancia, pues participan de algunas características de cada uno de ellos, y tienen a su vez características que los diferencian de los mismos"¹⁹³. En definitiva, consideró que había una ambigüedad en la regulación, "(...) pues no existe una regulación específica que permita hacer aplicables dichas normas a la telefonía IP, la que, como se ha indicado, es una nueva tecnología que tiene características diferentes a los servicios públicos tradicionales, que no se encuentra regulada y a la que no puede aplicarse, ni aún por analogía, la regulación que se aplica a los mismos. En efecto, el artículo 19 N°21 de nuestra Constitución Política establece el derecho constitucional a desarrollar cualquier actividad económica lícita, respetando las normas que la regulen. Ahora bien, a juicio de este Tribunal, las normas que regulen o limiten las garantías constitucionales deben ser específicas, deben interpretarse restrictivamente y no pueden aplicarse por analogía"¹⁹⁴. Sobre esto último, el TDLC dio especial relevancia al principio de reserva legal para limitar el desarrollo de actividades económicas.

¹⁹² En efecto, por la existencia de economías de escala o porque los recursos naturales -como el espectro radioeléctrico- son escasos, se puede ver limitado el número de operadores que, de un modo eficiente, pueden competir explotando una red de telecomunicaciones.

¹⁹³ TDLC, Sentencia N°45/2006, considerando vigésimo noveno, de fecha 26 de octubre de 2006.

¹⁹⁴ Ibid., considerando trigésimo sexto, y considerandos septuagésimo séptimo y septuagésimo octavo en términos similares.

Cuestión distinta -como estableció también el fallo en comentario- es el debate acerca de si la regulación en cuestión es adecuada para resolver los desafíos que impone la nueva tecnología, lo que, en todo caso, debe ser resuelto por legislador¹⁹⁵.

Finalmente, la sentencia hizo presente que la regulación sectorial no previene que los entes regulados enfrenten la competencia de agentes no regulados cuyos servicios presenten algún grado de sustitución. Y el hecho de que dicha nueva competencia dificulte el financiamiento de los incumbentes es irrelevante para el derecho de la competencia, pues toda actividad, incluso la regulada, enfrenta el riesgo de la aparición de nuevos competidores, en especial de aquellos que surgen como fruto de la innovación. Lo anterior "(...) obliga a las empresas preexistentes a adaptarse a las nuevas condiciones de mercado o, de lo contrario, disminuir su rentabilidad. Ello es propio de nuestro sistema económico y no sólo es legítimo sino también positivo desde el punto de vista del bienestar social, pues lleva el desplazamiento de los recursos productivos hacia sus usos más eficientes"¹⁹⁶.

Es destacable que, en este caso, el TDLC prescindió de la prejudicialidad emanada del regulador para calificar si los servicios del demandante eran objeto de la regulación sectorial. Ahora bien, ello se explica porque:(i) tal como razonan los considerandos 72 a 80 de la sentencia, la normativa en cuestión precisamente tenía por objeto regular, en la época de su diseño, un monopolio natural, es decir, su finalidad era recrear condiciones de competencia, y la aplicación de dicha regulación a la nueva tecnología carece de fundamento jurídico, y con mayor razón económico, cuestión que es sustancial en lo que se refiere al bien jurídico tutelado por el DL 211; (ii) la prescindencia de la prejudicialidad se explica por la aplicación directa por parte del TDLC de preceptos constitucionales, en particular el derecho a desarrollar cualquier actividad económica y el principio de reserva legal; y, (iii) la ilegalidad de los servicios no sólo se reclamó como constitutiva de competencia desleal, sino además como justificación razonable del abuso de posición dominante acusado, el que debía ser analizado en su mérito.

El *Caso Reoriginadores*¹⁹⁷ presentó similares características. Una serie de empresas de telecomunicaciones que prestaban servicios de terminación de llamadas fijo-móvil *on-net*, demandaron a una empresa de telefonía móvil por discriminación de precios aguas arriba y bloquear elementos básicos para la prestación del servicio en que ambas competían aguas abajo. La defensa del demandado, entre otras razones, se fundamentó en que el servicio prestado por las empresas demandantes era ilegal y proporcionado de manera clandestina.

El TDLC consideró que correspondía "(...) analizar si la supuesta ilegalidad del servicio que prestan las demandantes, alegada por TMCH, constituye o no justificación suficiente de las conductas que se le imputan"¹⁹⁸.

A diferencia del caso Voissnet, en este caso el regulador sectorial había formulado cargos respecto de los demandantes, sin embargo, el TDLC rechazó la defensa correspondiente por cuanto (i) reiteró el criterio de que los entes regulados no están exentos de enfrentar

¹⁹⁵Ibid., considerando trigésimo noveno.

¹⁹⁶Ibid., considerando quincuagésimo sexto.

¹⁹⁷ TDLC, Sentencia N°88/2009, de fecha 15 de octubre de 2009.

¹⁹⁸ Ibid., considerando sexagésimo séptimo.

competencia de los agentes económicos innovadores no regulados, y ese riesgo se refleja en la tasa de costo de capital que en el caso de las telecomunicaciones –por el avance tecnológico- es mayor que en otros mercados regulados¹⁹⁹; (ii) cuestionó la decisión del regulador sectorial en cuanto a proteger los ingresos del agente económico regulado ante la innovación²⁰⁰; y, (iii) exigió prejudicialidad para considerar la actividad como ilegal.

Cabe destacar que dos ministros que concurrieron a lo dispositivo del fallo, previnieron que “(...) no le corresponde a este Tribunal declarar la legalidad o ilegalidad de una actividad económica o de una conducta desde la perspectiva de la legislación de telecomunicaciones”, sin embargo, si ello hubiese sido declarado –que no fue el caso- ello no hubiese sido inocuo, porque “(...) no es el objetivo de la legislación sobre libre competencia validar una actividad económica que, por decisión firme, pueda ser considerada, en su integridad, ilegal por los organismos competentes”²⁰¹.

Si bien este razonamiento sobre prejudicialidad y especialidad del DL 211 parece correcto y es consistente con la jurisprudencia antes revisada, cabe tener en consideración que la infracción regulatoria, en este caso, debía analizarse como justificación razonable del abuso de posición dominante, por lo que un análisis de ello, sin que requiriese una calificación técnica propia de la regulación sectorial, era inevitable para el TDLC.

Este fallo fue confirmado por la Excma. Corte Suprema, la que confirmó el criterio de prejudicialidad al señalar que “(...) los cargos han sido formulados en un procedimiento que se encuentra en plena tramitación, sin que haya dictado sentencia infraccional. De esta forma, si no existe un pronunciamiento cierto acerca de la ilegalidad de la conducta de los demandantes, no se puede justificar un actuar anticompetitivo por parte de Telefónica, ya que ni al momento de los actos denunciados, ni al momento de las demandas ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, ni al momento de la dictación de la sentencia que se revisa ha habido un pronunciamiento claro de la aludida legalidad”.

Finalmente, la Excma. Corte Suprema concluyó que, “(...) en definitiva, el valor del juicio de los dictámenes provenientes de Subtel depende de su contenido. Es así que si se trata de materias técnicas los tribunales pueden considerarlos como una opinión especializada, en tanto si se trata de cuestiones jurídicas pueden ser estimados como un parecer ilustrado. En el caso de autos el fallo que se revisa analiza los dictámenes de esta institución respecto de la materia y en el marco de su competencia los desestima dando las razones para ello. De esta forma, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia no podía inhibirse de actuar por ilícitos puestos en su conocimiento, los que existirían con prescindencia de lo que pueda resolverse en la instancia administrativa respecto de la actividad de las demandantes”.

En definitiva, el caso *Voissnet* y el caso *Reoriginadores*, nos conducen a la misma conclusión. El TDLC ha revisado si las actividades de un agente son ilegales en relación con la regulación sectorial que forma parte del derecho de la competencia *ex ante*, cuando

¹⁹⁹ Ibid., considerando septuagésimo séptimo y reiterado en el considerando centésimo vigésimo segundo.

²⁰⁰ Ibid. considerando septuagésimo octavo.

²⁰¹ Ibid. Disidencia, considerando 16°.

es alegado como justificación razonable por la empresa acusada por abuso de posición dominante. Sin embargo, las defensas se han descartado cuando (i) no existe perjudicialidad; e, (ii) incluso existiendo pronunciamiento al respecto por parte del regulador sectorial que avala la tesis de la ilegalidad, la regulación que se estima infringida es ambigua o no está diseñada en consideración a agentes económicos nuevos, que imponen presión competitiva a los incumbentes regulados, y que han surgido fruto de la innovación o el desarrollo tecnológico. Además, cabe destacar, que en el análisis de la regulación sectorial se tuvo especialmente presente la aplicación de preceptos constitucionales como el derecho a desarrollar cualquier actividad económica y el principio de legalidad.

IV.7. Casos en sede de libre competencia en que se conoció la vulneración de normas como acto de competencia desleal.

No existen casos en que el TDLC haya condenado a una empresa por Competencia Desleal Anticompetitiva en su vertiente “vulneración de normas”. Por cierto, además de los requisitos previstos para el Acto de Competencia Desleal Puro, la infracción regulatoria debiese cumplir con el *test* de idoneidad propio de los actos de competencia desleal prohibidos por el DL 211.

La primera acusación de este tipo conocida por el TDLC fue el *caso Voissnet*, el que ya fue analizado.

Luego, un estudio jurisprudencial ha destacado que lo que resulta “(...) repudiable desde el punto de vista de la competencia desleal es el hecho de que, a través del incumplimiento de determinada normativa, un agente alcance condiciones ilegítimamente más favorables para competir en el mercado, logrando con ello la preferencia de consumidores, que de otra forma no lo habrían elegido”²⁰². Y, al efecto, cita una decisión de la Comisión Resolutiva Central que condenó a una empresa que no cumplió con sus obligaciones tributarias y, producto de ello, pudo ofrecer pasajes aéreos a un precio imposible de igualar para la competencia. Asimismo, cita dos sentencias del TDLC en la que, si bien no se condenó a los agentes económicos acusados, dicho tribunal especial se habría pronunciado acerca de la ilegalidad de sus actividades como potenciales actos de competencia desleal.

En primer lugar, la decisión de la Comisión Resolutiva reseñada *supra*²⁰³ no merece mayor comentario en relación con esta sección, pues fue dictada con anterioridad a la promulgación de la Ley 19.911 que tipificó el acto de competencia desleal en los términos actuales del artículo 3° letra c) del DL 211. No obstante, es destacable que el incumplimiento tributario denunciado no fue considerado *per se* como un acto de competencia desleal, sino que lo fue en razón de que dicha infracción regulatoria otorgó la habilidad de vender a precios injustificadamente más bajos que su competidora. En otras palabras, discutible o no en base a los hechos acreditados en el proceso respectivo, la infracción regulatoria fue considerada la causa directa de la ventaja competitiva y dicha ventaja fue considerada significativa.

²⁰² RIVAS, María, *Los Ilícitos de Competencia Desleal en la Jurisprudencia Chilena*; Thomson Reuters, Santiago, 2012, pág. 85.

²⁰³ Comisión Resolutiva, Resolución N°568, de fecha 29 de marzo 2000.

Si bien la decisión de la Comisión Resolutiva fue confirmada por la Excma. Corte Suprema, es dable subrayar la opinión del Fiscal Judicial vertida en ese caso, quien estuvo por acoger la reclamación del demandado:

“Más en el caso de que se trata la competencia no ha sido anulada; ocurre que una empresa ha ofrecido planes al público más favorables y por lo cual éste tiende a acceder a su mercado. Esto, indudablemente, perjudica a las demás empresas, pero no perjudica al público que utiliza el servicio. En el espíritu de la ley está implícita la idea de que el monopolio que se quiere evitar es sólo aquel que perjudica al consumidor. Un problema distinto es la posible evasión tributaria de la empresa denunciada, situación que está investigando el Servicio de Impuestos Internos, pero ello no justifica, en concepto de esta fiscalía, la sanción aplicada.”²⁰⁴;

La opinión precedente fue desestimada por la Excma. Corte sin mayor fundamento, pero pueden subrayarse dos puntos de interés. Primero, dado que el caso fue decidido antes de la entrada en vigencia de la Ley 19.911, es previsible que bajo el *test* que exige el artículo 3° letra a) la opinión del Fiscal del máximo tribunal hubiese prevalecido, pues una simple infracción tributaria, por mucho que pueda perjudicar a los competidores, no necesariamente perjudica el bienestar social (y, por tanto, a los consumidores) y existe un órgano público encargado de perseguir el cumplimiento de tales normas. Segundo, sólo en la medida de que la infracción genere una exclusión tal que permita en el corto o mediano plazo que la empresa infractora pueda imponer rentas monopolísticas, la infracción podría ser relevante para el derecho de la competencia.

Luego, la primera de las sentencias analizadas por el referido estudio jurisprudencial²⁰⁵, también dice relación con hechos acaecidos con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 19.911. En este caso, se acusó a un supermercado por vender productos en un estadio sin pagar patente municipal, pero con un permiso *ad hoc* emitido por la municipalidad respectiva. Si bien se absolvió al acusado por haber cumplido con la normativa al estar amparado por el permiso municipal, se previno a la municipalidad de no otorgar ese tipo de permisos en forma reiterada, pues podían otorgar condiciones ventajosas a los supermercados respecto del comercio establecido. Como se advierte, el TDLC no entró a conocer el acto de competencia desleal en este caso, sino que cuestionó un acto de autoridad potencialmente exclusorio, sin perjuicio de que ello no había sido objeto de la *litis*²⁰⁶.

²⁰⁴Excma. Corte Suprema, Sentencia fecha 4 de julio de 2000, Rol 1548-2000.

²⁰⁵TDLC, Sentencia N°19/2005, de fecha 14 de junio de 2005.

²⁰⁶ Sobre el particular, cabe recordar que una característica propia del derecho de la libre competencia en nuestro país es que los actos de autoridad pueden ser objeto de escrutinio y sanción en virtud del artículo 3° inciso primero del DL 211. En efecto, para que sea lícito que un acto de autoridad discrecional pueda generar distorsiones a la libre competencia, debe perseguir un objetivo de política pública y cumplir con un *test* de proporcionalidad que, en síntesis, exige que dichas distorsiones sean estrictamente necesarias para alcanzar el objetivo de política pública y, en lo posible, también sean mitigadas. Así lo ha declarado el TDLC, por ejemplo, en las siguientes sentencias (i) N°121/2012, de fecha 10 de mayo de 2011, considerando décimo séptimo; (ii) N°105/2010, de fecha 22 de octubre de 2010, considerando décimo cuarto y siguientes; (iii) N°132/2013, de fecha 15 de enero de 2014, considerando quinto; (iv) N°92/2012, de fecha 29 de diciembre de 2009; (v) N°113/2011, de fecha 19 de octubre de 2011; (vi) Sentencia N°114-2011, de fecha 17 de noviembre de 2011; y, (vii) N°138/2014, de fecha 30 de julio de 2014, considerando séptimo. Asimismo, este principio ha

La segunda de las sentencias²⁰⁷, en lo que interesa, resolvió un caso en el que CONAF fue acusada por conductas de competencia desleal, consistentes en prestar servicios aéreos de extinción de incendios en predios privados sin contar con la habilitación legal necesaria. Según alegaban los demandantes, ello acabaría por destruir a la oferta privada al transformarse en un competidor desleal financiado con recursos públicos. La defensa de la demandada consistió, principalmente, en que CONAF no desarrollaba actividades empresariales y que sólo cumplía con una función pública sin cobrar realmente un precio, pues se limitaba a recuperar los costos de operación.

Luego de establecer que CONAF sí realizaba una actividad económica y que la recuperación de costos configuraba un precio, el TDLC consideró que la mencionada corporación no se encontraba habilitada para cobrar por servicios y que estaba en una situación tributaria relativamente más favorable, sin que se haya dictado una ley de quórum calificado que estableciese esa excepción. Así, “(...) de acuerdo a las normas constitucionales citadas, lo dispuesto en el artículo 93 del Código Aeronáutico y el ‘Certificado de Operador Aéreo No Comercial’ otorgado a CONAF por la DGAC, este Tribunal ha llegado al convencimiento de que CONAF se encuentra impedida de desarrollar el servicio de extinción aérea de incendios de manera remunerada”²⁰⁸. Y concluyó, que “(...) si bien resulta entendible que los organismos públicos en ocasiones actúen con extremo celo en el cumplimiento de sus funciones, ello no puede justificar la infracción de las restricciones constitucionales y legales establecidas respecto de su participación en actividades económicas”²⁰⁹.

Si bien CONAF no fue sancionada porque no se acreditó que la conducta haya tenido por objeto alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante, el TDLC consideró que la conducta acusada “podría” ser constitutiva de conducta desleal, sin ser, en todo caso, concluyente al respecto.

El valor jurisprudencial de este fallo –que no fue objeto de recurso de reclamación– es discutible, porque en definitiva no resolvió acerca del bien jurídico tutelado por el DL 211, sino que aplicó directamente las normas constitucionales para verificar si una corporación de derecho público estaba habilitada o no para desarrollar una actividad económica. Al respecto, cabe anotar que existe jurisprudencia encontrada del TDLC respecto de la aplicación directa de los preceptos constitucionales a casos de libre competencia²¹⁰.

sido recogido por la Excm. Corte Suprema (sentencia dictada en autos Rol 6100-2010), la FNE (*Guía Sector Público y Libre Competencia*, 2012) y la doctrina nacional (NEHME, Nicole; *Aplicación de las normas de defensa de la competencia a los organismos de la administración del Estado*; La Libre Competencia en el Chile del Bicentenario; Thomson Reuters, Santiago, 2011; pág. 317 y siguientes).

²⁰⁷TDLC, Sentencia N°67/2008, de fecha 17 de junio de 2008.

²⁰⁸Ibid. considerando quincuagésimo segundo.

²⁰⁹Ibid. considerando quincuagésimo noveno.

²¹⁰Así, la Sentencia N°105/2010 señaló que la Libre competencia es parte esencial del orden público económico, en tanto está destinada a tutelar derechos garantizados por la propia constitución que deben ser respetados por los privados y el Estado, como tutelar el 19 N° 21 y 19 N°22, siempre que dichas vulneraciones digan relación con una vulneración a la libre competencia. En el mismo sentido, la Sentencia N°121/2012, estableció que “(...) existe una estrecha relación entre las normas de defensa de la libre competencia y la garantía contenida en el artículo 19 N°21 de la Constitución Política de la República, ya que el derecho de la libre competencia que este Tribunal está llamado a resguardar, en el ejercicio de sus atribuciones, se fundamenta en la mencionada garantía” (considerando décimo sexto). No obstante, a continuación, aclara

Con todo, lo reprochado en ese caso por el TDLC, más que el acto de competencia desleal, fue la legalidad de la función pública que ejercía CONAF desde el punto de vista del principio de subsidiaridad.

En un caso similar, se denunció que la Dirección de Bienestar Social de la Armada por incurrir en prácticas de competencia desleal al instalar un supermercado que comercializaba productos a la generalidad de los consumidores, y no sólo al personal de la Armada²¹¹. La demandada habría gozado de una serie de privilegios en materia de costos, que le permitían vender a precios irreplicables, y no estaría habilitada legalmente para desarrollar dicha actividad económica, lo que contravendría el artículo 19 N°21 de la CPR y una resolución de la H. Comisión Resolutiva. La discusión, en parte, se centró en si el concepto de “personal” se refería al personal "activo", o si también incluía sus familias y el personal “en retiro”

La demanda fue desestimada por no haberse acreditado que la demandada hubiese comercializado productos a personas distintas que al “personal” y, por tanto, el TDLC no se pronunció respecto de la infracción a la decisión de la Comisión Resolutiva y la vulneración al 19 N°21 de la CPR. En todo caso, el razonamiento 39° de la sentencia consideró que la interpretación del alcance del término “personal activo” correspondía a Contraloría General de la República.

Como es posible advertir, al igual que el *caso CONAF*, se trata de una acusación que, más bien, se relaciona con las distorsiones en el mercado que puede generar el ejercicio de funciones públicas.

Así, sin perjuicio del *caso Voissnet* ya analizado, todos los casos conocidos por el TDLC en relación a la vulneración de normas como acto de competencia desleal, más bien, se relacionan con la legalidad de actos de autoridad o con el ejercicio de funciones públicas, en el sentido de que pueden poner en ventaja al estado empresarial en desmedro de los privados. Y en todos esos casos, el análisis se realiza en aplicación del principio de subsidiaridad y otros principios y garantías constitucionales, no obstante la jurisprudencia encontrada acerca de la aplicación directa de los preceptos constitucionales en sede de libre competencia.

IV.8. Síntesis.

De lo expuesto en este capítulo es posible concluir que el TDLC tiene plena competencia para conocer de conductas que digan relación con el desarrollo de actividades reguladas, sin

que dicha relación “(...) no implica que este Tribunal deba amparar todas las manifestaciones y posibles concreciones de la garantía en cuestión; Por ello, este Tribunal sólo se pronunciará sobre la eventual transgresión al principio de subsidiaridad denunciada en la medida de que sea vulnerado como consecuencia de una infracción al DL 211”.

En la sentencia N°152/2016, por su parte, el TDLC fue llamado a pronunciarse sobre si el artículo 19 N°21 de la CPR había derogado tácitamente un monopolio legal de Correos de Chile. En esa oportunidad el TDLC evitó aplicar directamente las normas de la CPR (Considerando sexto) y, entre otras razones, rechazó la demanda. Con todo, en voto dividido, la Excm. Corte Suprema revocó la sentencia en aplicación del principio de subsidiaridad y de no discriminación arbitraria.

²¹¹TDLC, Sentencia N°123/2012, de fecha 4 de julio de 2012.

embargo, dicha competencia se circunscribe a pronunciarse sobre si las conductas se conforman con el DL 211 y no para calificar la existencia de una infracción a la regulación sectorial. Lo anterior encuentra como excepción el caso en que la regulación en cuestión forme parte del derecho de la competencia *ex ante*, pues en ese caso generalmente la infracción regulatoria genera un efecto anticompetitivo y no requiere un análisis técnico propio de la regulación sectorial.

Asimismo, cuando las empresas acusadas por conductas exclusorias en sede de libre competencia esgrimen como defensa la ilegalidad de las actividades desarrolladas por las empresas demandantes, el TDLC, o bien le ha restado importancia por no guardar relación con regulaciones que forman parte del derecho de la competencia *ex ante*, o bien, ha exigido prejudicialidad y dado primacía a la garantía de la libertad de desarrollar actividades económicas, en particular cuando la regulación es ambigua o está diseñada sin tomar en consideración a nuevos competidores que surgen como fruto de la innovación o el desarrollo económico.

Aplicando estos conceptos a la vulneración de normas como Competencia Desleal Anticompetitiva, de escaso desarrollo jurisprudencial en nuestro derecho, los siguientes requisitos debiesen concurrir para vulnerar el DL 211 y, en particular, el artículo 3° letra c) de dicho cuerpo legal:

- i) Debe cumplir con los requisitos de la vulneración de normas como Acto de Competencia Desleal Puro. Es decir, se requiere prejudicialidad, la infracción debe otorgar directamente una ventaja competitiva, tal ventaja debe ser significativa y el incumplimiento debe ser contrario a la buena fe o las buenas costumbres. Cabe recordar que en nuestro derecho no se presume que las vulneraciones de normas que otorgan ventajas competitivas significativas sean actos de competencia desleal, por lo que su aplicación debe ser restrictiva.
- ii) En aplicación del principio de especialidad del DL 211 y del bien jurídico tutelado, no cualquier vulneración de normas es relevante para configurar una infracción al DL 211. En particular, las normas que se estiman infringidas deben guardar relación con el derecho de la competencia *ex ante*, pues solo entonces la infracción regulatoria podría reducir el bienestar social o bienestar económico total.
- iii) Aun si existe prejudicialidad y la regulación infringida se relaciona con el derecho de la competencia *ex ante*, la vulneración de normas no configura un acto de competencia desleal si la regulación sectorial es ambigua, si está diseñada sin tomar en consideración la "nueva competencia" que surge del desarrollo tecnológico y la innovación, o si se opone a las garantías que conforman el sustrato constitucional del DL 211.
- iv) Finalmente, la vulneración de normas debe cumplir con el *test* de idoneidad propio de los actos de competencia desleal prohibidos por la letra c) del artículo 3° del DL 211, estudiado en el capítulo anterior. Por cierto, este *test* será determinante para evaluar si se cumplen los requisitos referidos en el número i) precedente, esto es, acerca de si la

ventaja obtenida directamente por la infracción regulatoria otorga una ventaja "significativa".

IV.9. Aplicación de los criterios al caso Uber.

Es evidente que la regulación que se estima infringida por los Demandantes no guarda relación con el derecho de la competencia *ex ante*.

En primer lugar, tal como ha distinguido Farmandois²¹², las razones de política pública por las cuales se adoptó en el año 1998 la decisión de congelar el parque de taxis -discutible o no- fue la protección del medio ambiente, la salud y vida de las personas, que para el caso concreto se consideraron de mayor entidad que la libertad de trabajo y la libertad económica. Como señala el autor en cuestión, el registro de taxis encuentra su génesis en propósitos estrictamente estadísticos, pero se convirtió en una barrera de entrada a la actividad y cuyo congelamiento afectó gravemente derechos constitucionales que, en su oportunidad, sólo fueron justificados por su carácter transitorio²¹³. Sin embargo, las prórrogas sucesivas de la vigencia de esta normativa -Ley 19.593- "(...) consagran entonces una formidable restricción al derecho a emprender una actividad económica, a no ser discriminado arbitrariamente, a adquirir toda clase de bienes (...) y otros adicionales"²¹⁴.

Al respecto, los Demandantes a fojas 44 de su libelo destacan que las regulaciones, en general, norman situaciones de monopolio u oligopolio y promueven el ingreso de nuevos competidores. Sin embargo, en este caso la lógica es la inversa, pues se trata de un mercado atomizado y porque la regulación se justificó en la necesidad de corregir externalidades negativas²¹⁵.

Esta alegación de los demandantes corrobora que la normativa que se acusa como infringida no guarda relación con la promoción de la competencia. Con todo, llama la atención que aquellos agentes económicos que se desenvuelven en un mercado presuntamente atomizado y que funcionarían en condiciones de competencia, reaccionen de manera hostil ante la entrada de nuevos competidores.

En segundo lugar, es posible advertir que el grupo de normas que imponen requisitos para prestar servicios de transporte público -sin entrar a discutir aquí si los Socios Conductores de Uber prestan tal tipo de servicios- ha sido establecido por medio de un reglamento contenido en un decreto del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones. De este modo, se trata de una regulación *infra* legal que no puede ser tutelada en sede de libre competencia para efectos de lo dispuesto en el artículo 19° N°21 de la CPR, tal como fue establecido en el *caso Reoriginadores*.

Y, en tercer lugar, la vulneración de normas planteada por los Demandantes no difiere de lo discutido y conocido en el *caso Voissnet* y el *caso Reoriginadores*, en cuanto a que la

²¹²FERMANDOIS (n 99); pág. 79 y siguientes

²¹³Ibid.

²¹⁴Ibid. pág. 81.

²¹⁵ Ello es sin perjuicio de que el monopolio artificial que generó la regulación fue objeto de regulación de precios.

normativa sectorial que se estima infringida no fue diseñada para regular a la "nueva competencia" que ha surgido por medio de la Aplicación Uber y otras Plataformas Colaborativas similares. La conclusión, por tanto, no debiese diferir de las decisiones adoptadas en tales procesos: el hecho de que los taxistas sean agentes económicos regulados no los inmuniza del riesgo de la competencia derivada de la innovación y el desarrollo tecnológico. Una conclusión distinta iría en contra del bien jurídico tutelado por el DL 211.

Aclarado lo anterior, no se cumplen los requisitos anotados en el acápite precedente en el caso *Uber*, incluso si suponemos que -contrario a la literatura económica- la Plataforma Colaborativa configura una unidad económica con los Socios Conductores y compiten con los taxistas en algún mercado relevante. En efecto:

- i) De verificarse una ventaja, ella deriva de la falta de regulación, y no de la vulneración de normas. En todo caso, (a) todo apunta a que no existe una ventaja, porque los Socios Conductores no gozan de muchas de las prerrogativas de los taxistas²¹⁶ y porque la Aplicación Uber incurre en una serie de costos para obtener efectos de red indirectos y hacer frente a la competencia dinámica; (b) imaginando que existe una ventaja, ésta no es significativa, pues la preferencia de los consumidores por los servicios que se prestan por medio de la Aplicación Uber -asumiendo que son servicios sustitutos al que prestan los taxis- ha sido adquirida como fruto de la competencia en los méritos y, principalmente, por medio de la innovación;
- ii) Incluso asumiendo, para efectos teóricos, que existe una vulneración normativa, ella no se ha verificado en contradicción a la buena fe o las buenas costumbres. Por el contrario, Uber ha promovido una reacción legislativa para hacer frente al vacío regulatorio relacionado a su actividad y se ha mostrado llano a cumplir con la nueva regulación que se adopte;
- iii) Las normas que se estiman infringidas no guardan relación con el derecho de la competencia *ex ante*. En cambio, se trata de normativas calificadas como inconstitucionales por parte de la doctrina, que restringen las garantías fundamentales que sirven de sustrato constitucional al DL 211;
- iv) No se cumple con el requisito de prejudicialidad necesario para que el TDLC tome en consideración la vulneración normativa para su análisis;
- v) Acoger la pretensión de los Demandantes, por medio de la tutela de leyes y regulaciones *infra* legales cuyos efectos son anticompetitivos, iría en contra del bienestar social que es precisamente el bien jurídico protegido por el DL 211. Es más, ello pugnaría con el llamado que la OCDE y la literatura económica ha realizado a las autoridades de competencia, para que éstas prevengan que los Incumbentes adopten medidas para frenar las innovaciones disruptivas.

²¹⁶ Ver nota al pie N° 7.

En otras palabras, el supuesto compromiso estatal con los Incumbentes para preservar su “monopolio” no es exigible en sede de libre competencia, pues los entes regulados deben soportar el riesgo de la competencia innovadora²¹⁷; y,

- vi) Como fue explicado en el capítulo anterior, en este caso difícilmente podría cumplir con el *test* de idoneidad exigible para configurar la infracción del artículo 3° letra c) del DI 211.

V. Comentario sobre la jurisprudencia sobre Plataformas Colaborativas de transporte.

En línea con lo argumentado en los capítulos precedentes, no existe jurisdicción en el mundo en que se haya sancionado a un operador de Plataformas Colaborativas de transporte en consideración a que eventuales infracciones a la regulación sectorial constituyan, a su vez, una vulneración a las normas de libre competencia.

En efecto, en los países en que se han formulado acusaciones a Uber por incurrir en ilícitos anticompetitivos, tales como en Brasil, Uruguay²¹⁸ e India²¹⁹, éstas han sido rechazadas por falta de dominancia o por inexistencia de infracciones a dicho estatuto, con independencia de eventuales incumplimientos regulatorios que puedan ser conocidos en la sede jurisdiccional correspondiente.

Lo mismo ha acontecido en los Estados Unidos, en el que se han entablado nueve demandas por precios predatorios, obtención de ventajas anticompetitivas o fijación de precios, las que han sido invariablemente rechazadas²²⁰. Así, la Corte del Distrito Este de Pensilvania inició su análisis recordando que recae sobre el actor la carga “(...) de acreditar que la conducta acusada afecta el precio, la cantidad o la calidad de los bienes y servicios, y no solamente el bienestar del propio demandante”²²¹, para luego rechazar la acción precisamente porque los taxistas demandantes sólo intentaron probar daños sufridos por ellos mismos. Como concluyó la referida corte, “(...) aun cuando los taxistas hayan podido

²¹⁷ A mayor abundamiento, los monopolios legales sólo se otorgan de manera expresa por la ley, tal como lo señala el artículo 4° del DL 211, y en este caso no existe ley que confiera el monopolio del transporte de pasajeros a los taxistas. Sobre el particular, es destacable que en aquellos casos en que se otorga un monopolio legal, se selecciona al monopolista mediante procesos de competencia “por la cancha” para emular la ausencia de competencia “en la cancha”. Lo anterior no acontece respecto de los taxistas, por lo que no se aprecia por qué razón el “monopolio” cuya protección reclaman los Demandantes podría ser objeto de protección en sede de libre competencia. Sobre esto último ver: TDLC Sentencia N°121/2012, considerando trigésimo primero, de fecha 10 de mayo de 2012. El fallo fue revocado por la Excm. Corte Suprema, pero no fue cuestionada esta consideración.

²¹⁸ Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia de Uruguay; Asunto N°4/2016.

²¹⁹ Comisión de Competencia de India; Casos N°81 de 2015 y N°96 de 2005,

²²⁰ RAFKIN, Brian y PASSARO, Nick; *Ride-Hailing Roundup: A Survey of Antitrust Cases Involving Uber Technologies*; American Bar Association: Transportation, Energy & Antitrust (2018); pág. 3 y siguientes.

²²¹ Corte del Distrito Este de Pensilvania, sentencia de fecha 3 de noviembre de 2016, Caso 2:16-cv-01207,

sufrir un daño por la entrada de Uber, la competencia no ha sufrido daño alguno, sino todo lo contrario”.

Fuera del ámbito litigioso, siguiendo recomendaciones de la OCDE y otros organismos, las autoridades de competencia han realizado esfuerzos de *advocacy* para que la regulación no inhiba el desarrollo de las Plataformas Colaborativas de transporte. Tal es el caso de países como Australia, Brasil, Canadá, Colombia, Finlandia, Francia, Italia, México, Noruega, Polonia, Portugal, Singapur, España, el Reino Unido y los Estados Unidos²²².

Este contexto internacional refuerza lo expuesto en este informe, en el sentido de que no existe un “caso de competencia” en la alegación de los Incumbentes.

Aclarado lo anterior, en ciertas jurisdicciones se han ejercido acciones en contra de Uber, entabladas bajo el estatuto de la Competencia Desleal Pura. Mientras en algunos países estas demandas han sido rechazadas²²³, en otros se encuentran pendientes de resolución. En este último grupo encontramos a España e Italia, cuyos tribunales han decretado medidas precautorias en contra de Uber que prohíben la utilización de su plataforma.

Con todo, muchos de los países han prevenido la litigación, pues las regulaciones sectoriales fueron rápidamente adaptadas para el desarrollo de las Plataformas Colaborativas de transporte²²⁴, lo que parece ser el camino que adoptará Chile prontamente²²⁵.

Finalmente, hay dos fallos que merecen análisis, pues, si bien no se pronuncian sobre casos de competencia, sí se refieren, entre otros temas, a si la Aplicación Uber y los Socios Conductores funcionan como “una empresa” de transportes²²⁶.

En primer lugar, la Corte de Justicia de la Unión Europea²²⁷ se pronunció al respecto al ser referida por un juzgado español para determinar si Uber es una empresa de “servicios en el ámbito de los transportes” o una empresa “servicios de la sociedad de la información”. La pregunta es relevante, porque estas últimas empresas están amparadas por el artículo 56 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (“TFUE”), la Directiva 2000/31/CE y la Ley 34/2002, las que otorgan libertad para prestar estos servicios y, en general, los exceptúan a las regulaciones sectoriales de los estados miembros. Por tanto, si se considera

²²² OCDE (n 62); pág.20.

²²³ Por ejemplo, en Brasil. Ver Octavo Juzgado Civil de Brasilia, sentencia de fecha 25 de julio de 2016; y, Trigésimo Séptimo Juzgado Civil de Rio de Janeiro, sentencia de fecha 6 de agosto de 2016;

²²⁴ Por ejemplo, México, el Reino Unido y muchos estados de los Estados Unidos.

²²⁵ Congreso Nacional, Boletín N°10.937-15, ingresado el 25 de octubre de 2016. Esto es sin perjuicio de las críticas que pueda merecer el proyecto desde la perspectiva de la innovación y eficiencia económica, lo que excede el objeto del presente informe.

²²⁶ No nos hacemos cargo en este informe sobre la consideración de Uber como una empresa de transporte bajo la perspectiva del derecho laboral, pues el concepto de “unidad económica” aplicable a dicho estatuto es diversa que aquella utilizada por el derecho de la competencia. Con todo, cabe hacer presente que la respuesta del derecho laboral en las distintas jurisdicciones ha sido variada. Por ejemplo, en los Estados Unidos algunos estados han considerado que existe una relación laboral, mientras que otros consideran a los conductores como agentes económicos independientes, al igual que el Reino Unido. OCDE (n 62); pág.24. La inexistencia de relación laboral también ha sido la respuesta adoptada en el derecho chileno. Ver: Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, sentencia de fecha 14 de julio de 2015, Rol O-1388-2015.

²²⁷ Corte Europea de Justicia, sentencia de fecha 20 de diciembre de 2017, Asunto C-434/15.

a Uber como una empresa de servicios de la sociedad de la información, la regulación sectorial española le sería inaplicable y, por tanto, no se verificaría la supuesta vulneración de normas acusada por los taxistas en España como competencia desleal.

La referida corte consideró que Uber presta un “(...) servicio de intermediación que forma parte integrante de un servicio global cuyo elemento principal es un servicio de transporte y, por lo tanto, que no responde a la calificación de servicio de la sociedad de la información”²²⁸. Al efecto, dio especial importancia a que (i) sin la Aplicación Uber, los Socios Conductores no estarían en condiciones de prestar servicios de transporte; y, (ii) que el operador de la plataforma ejerce influencia decisiva en las transacciones que intermedia su plataforma.

Dicha decisión se contrapone a la literatura especializada²²⁹. En efecto, se trata de servicios provistos desde distancia, por medios electrónicos, a requerimiento individual de las personas que requieren el servicio y normalmente es remunerado²³⁰. Además, el principal propósito de Uber no es prestar servicios de transporte, sino que intermediar servicios entre Socios Pasajeros y Socios conductores, sin que sea empleador de estos últimos ni propietario de sus vehículos. De lo contrario, Uber se transformaría en la empresa con más empleados y más activos del mundo²³¹.

Ahora bien, cabe destacar esta sentencia parece tener un sustrato más político que jurídico²³², pues una decisión inversa hubiese limitado sustancialmente a los Estados Miembros la posibilidad de regular este tipo de plataformas colaborativas y, por tanto, de este modo cada uno de ellos será soberano para responder desde un punto de vista regulatorio a los desafíos que presentan estas innovaciones disruptivas. Con todo, debemos hacer presente que esta decisión de la Corte Europea de Justicia, en caso alguno, se enmarca en el contexto de una investigación por infracciones a los artículos 101 y 102 del TFUE que prohíben los ilícitos anticompetitivos. Así, nada previene de que las Plataformas Colaborativas, enfrentadas a investigaciones de libre competencia, sean consideradas como intermediarias para efectos de un análisis económico destinado a definir el mercado relevante en que participan y su eventual poder de mercado.

En segundo lugar, la Corte del Séptimo Circuito de los Estados Unidos²³³ rechazó dos demandas en las que asociaciones de taxistas cuestionaron una ordenanza que imponía una regulación “más favorable” respecto de las actividades intermediadas por Plataformas Colaborativas de transporte. En su sentencia, redactada por el juez Posner, se consideró que Uber era una red de proveedores de transporte, que tenía un modelo de negocios

²²⁸ Ibid. Pág. 40.

²²⁹ Ver, por ejemplo, GERADIN, Damien; *Online Intermediation Platforms and Free Trade Principles – Some Reflections on the Uber Preliminary Ruling Case*; en “Competition and Regulation of Online Platforms”, editado por Aitor Ortiz; e-book Competition Policy International (2016); pág. 119 y siguientes.

²³⁰ Ibid. pág. 125.

²³¹ Ibid.

²³² Se ha criticado jurídicamente esta decisión por adolecer de un sesgo. En efecto, la opinión del Abogado General de la Corte se inicia citando uno de los pocos artículos académicos que apoyaban la tesis de que Uber era una empresa de transporte, sin analizar la abundante literatura académica en contrario. Corte Europea de Justicia, Opinión Abogado General Szpunar, de fecha 11 de mayo de 2017; Asunto C-434-15.

²³³ Corte del Séptimo Circuito de los Estados Unidos, sentencias de fecha 19 de septiembre de 2016, Casos N°16-2009 y N°16-1008.

completamente distinto al de los taxistas y que los servicios eran también radicalmente distintos.

Luego, el fallo señala que la propiedad sobre las patentes para taxis es “sólo una licencia para operar en un mercado”, pero no incluye un “derecho a no enfrentar competencia”, ni tampoco un derecho a excluirla²³⁴. En efecto, “(...) cuando una nueva tecnología o nuevo modelo de negocios aparece, un resultado común es el declive o desaparición de las viejas tecnologías y modelos”, y una inhibición de ello pondría en peligro el progreso económico²³⁵. Y la sentencia finaliza señalando que existen serias diferencias entre los servicios de taxis y aquellos intermediados por una red de proveedores de transporte, lo que precisamente justifica la imposición de distintas cargas regulatorias²³⁶.

Cabe destacar la clara similitud entre el razonamiento de esta sentencia y lo establecido por el TDLC en el *Caso Voissnet* y el *Caso Reoriginadores*.

Por último, hacemos presente que, en nuestro país, los tribunales superiores se han pronunciado sobre recursos de protección interpuestos por asociaciones de taxistas y cuyo objeto ha sido paralizar el funcionamiento de la Aplicación Uber.

El primero de estos recursos fue conocido por la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago²³⁷. Si bien el fallo no despierta mayor interés, pues rechaza el recurso de protección por extemporaneidad, sí es relevante el informe que evacuó el regulador sectorial en el proceso, pues señaló que actualmente “(...) la regulación de sistemas tecnológicos que operen como intermediarios entre los pasajeros y los prestadores de servicios no se encuentra regulada en forma especial desde el punto de vista del transporte, por tanto en su funcionamiento y operación deberán cumplir con las exigencia de cualquier actividad económica”²³⁸.

Luego, la Iltma. Corte de Apelaciones de Temuco también rechazó un recurso de protección, al considerar que Uber no presta servicios regulados, sino que “(...) realiza actos comerciales atípicos o innominados, que se inscribe en lo que se ha denominado ‘el principio de libre prestación de servicio’, actividad propia del derecho privado y que en nuestro país no se encuentra actualmente regulada”²³⁹. En el mismo sentido, la Iltma. Corte de Apelaciones de Iquique coincidió en que Uber es un intermediario de servicios cuya plataforma “(...) es una manifestación de la libertad para desarrollar una actividad económica que genera beneficios a los usuarios”²⁴⁰. Y, al confirmar esta última sentencia, la Excma. Corte Suprema reiteró que “(...) se trata de una actividad en vías de regulación, en la que no se ha establecido el marco regulatorio que permita cotejar la legalidad o ilegalidad de la misma (...)”²⁴¹

²³⁴ Ibid.

²³⁵ Ibid.

²³⁶ Ibid.

²³⁷ Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 39.936-2016.

²³⁸ Informe del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, de fecha de julio de 2016, evacuado en los autos Rol 39.936-2016, seguidos ante la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago,

²³⁹ Iltma. Corte de Apelaciones de Temuco, Sentencia de fecha 7 de junio de 2017, Rol 459-2017.

²⁴⁰ Iltma. Corte de Apelaciones de Iquique, Sentencia de fecha 17 de marzo de 2017, Rol 51-2017

²⁴¹ Excma. Corte Suprema, Sentencia de fecha 31 de julio de 2017, Rol 10.210 2017.

Finalmente, la Corte de Apelaciones de la Serena²⁴² rechazó un recurso de protección por no encontrarse acreditada la vulneración de derechos constitucionales alegada. Esta sentencia fue confirmada por la Excma. Corte Suprema, la que dio especial importancia al proyecto de ley actualmente en tramitación y que tiene por objeto regular Plataformas Colaborativas de transporte. Y, finalmente, el máximo tribunal del país estableció que “(...) lo pretendido por los recurrentes discurre sobre una materia de política pública que, como se ha dicho, no corresponde que sea dilucidada por el presente recurso, desde que la actividad reprochada a la recurrida, que nace fruto de los avances de tecnologías de las comunicaciones y de la geolocalización, es de reciente aparición (...), y en razón de ello, si bien se encuentra actualmente en vías de regulación, lo cierto es que carece de en nuestro país de un marco regulatorio de rango legal que permita cotejar su nivel de ajuste al mismo o, como se pretende en el recurso, concluir que lo transgrede (...)”²⁴³.

Es decir, nuestro regulador sectorial y los máximos tribunales del país coinciden en que Uber es un intermediario, que desarrolla actividades innovadoras, no reguladas y que actualmente se encuentran en vías de regulación. Por tanto, no se verifica prejudicialidad respecto del supuesto incumplimiento alegado por los Demandantes y, por el contrario, existe conceso en que nos encontramos ante una actividad que se encuentra “fuera de la regulación”.

VI. Conclusiones.

Conforme a lo analizado en este informe, podemos arribar a las siguientes conclusiones respecto de la acusación de los Demandantes en contra de Uber:

- (i) Las Plataformas Colaborativas son innovaciones disruptivas que deben ser promovidas por el derecho de la competencia. Desde esta perspectiva, la acción de los demandantes es improcedente, pues solicita prohibir aquello que debe ser fomentado por las autoridades de competencia;
- (ii) La acción infraccional de los Demandantes constituye una reacción típica que los incumbentes adoptan para frenar las innovaciones disruptivas. En efecto, la OCDE ha llamado a las autoridades de competencia a estar atentas a este tipo de conductas, pues retrasan los beneficios de la innovación y afectan directamente a los consumidores;
- (iii) Las Plataformas Colaborativas participan en mercados de dos lados en que existe competencia dinámica. Ello hace que el análisis tradicional para definir los mercados relevantes y evaluar el poder de mercado de las empresas no sea el adecuado.

²⁴² Itma. Corte de Apelaciones de la Serena; Rol 228-2017, sentencia de fecha 4 de mayo de 2017.

²⁴³ Excma. Corte Suprema, Sentencia de fecha 7 de septiembre de 2017, Rol 19.012-2017.

En este contexto, Uber enfrenta la presión competitiva de otras plataformas similares, de proveedores *online* y *offline*, y de plataformas que participan en mercados adyacentes. Así, Uber no sólo compite en precio y calidad -manteniendo un equilibrio derivado de los efectos de red indirectos que genera la plataforma-, sino que además debe competir en innovación para, de ese modo, poder disputar clientela a posibles innovadores disruptivos que puedan ingresar al mercado. Por cierto, esto no es más que “competencia en los méritos” y beneficia a los consumidores;

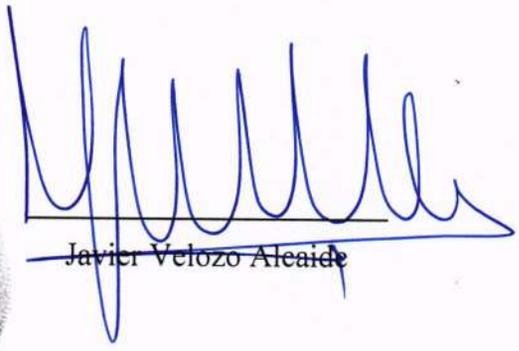
- (iv) El *multihoming*, en particular, y las bajas barreras de entrada que la literatura económica ha identificado para desarrollar plataformas *online*, en general, hacen que sea improbable que Uber pueda gozar de poder de mercado;
- (v) Nuestra jurisprudencia aplica un *test* de adecuación o idoneidad respecto de los actos de competencia desleal del artículo 3° letra c) del DL 211, criterio que deriva del bien jurídico inmediato protegido por el derecho de la competencia. Este *test* exige que el demandado goce de cierto poder de mercado y que se verifique una relación causa-efecto entre, por un lado, la conducta acusada y, por el otro, una razonable expectativa de obtener una posición de dominio en el corto o mediano plazo. Dadas las características del mercado en que participa Uber -sin perjuicio de que su definición precisa debe ser realizada por el TDLC en base a la evidencia del proceso-, todo indica que no se cumplen estos presupuestos.

Prima facie, tampoco se evidencian los requisitos propios de un Acto de Competencia Desleal Puro pues, de existir desvío de clientela, ello se debería a la competencia en los méritos. Tampoco se divisa que Uber se aparte de los parámetros de conducta que deban imperar en la industria *online*, en la que la innovación juega un papel crucial;

- (vi) A diferencia de las jurisdicciones que inspiraron la LCD, en Chile la infracción de normas jurídicas que otorga ventajas competitivas no fue tipificada como un acto de competencia desleal.

Lo anterior es sin perjuicio de que la conducta pueda ser considerada desleal bajo la hipótesis general del artículo 3° de la LCD. Ahora bien, para estos efectos, además de acreditar el desvío de clientela, la infracción regulatoria debe ser cometida en contradicción con el principio de buena fe y con las buenas costumbres. Este aspecto no concurre respecto de Uber, pues: (i) los tribunales superiores de justicia y el regulador sectorial han establecido que se trata de actividades que no se encuentran reguladas; y, (b) Uber no parece haber actuado con la intención de infringir normas para obtener ventajas competitivas. Por el contrario, ha instado a las autoridades para que se regule la actividad económica que desarrollan por medio de su plataforma;

- (vii) A mayor abundamiento, no concurren los requisitos que en el derecho comparado se ha exigido para que la infracción de normas configure un Acto de Competencia Desleal Puro. En efecto, (i) Uber no obtiene ventajas significativas que deriven directamente de una eventual infracción regulatoria. En cambio, de disfrutar de alguna ventaja, ello se debería a su innovador modelo de negocios, el que permite a Socios Conductores y Socios Pasajeros conectarse y contratar incurriendo en bajos costos de transacción; y, (ii) Uber es operador de una Plataforma Colaborativa y, por tanto, en materia de costos no puede compararse con los proveedores *offline* de servicios de transportes. En efecto, Uber debe invertir en innovación y enfrenta costos en ambos lados del mercado para mantener un número equilibrado de usuarios;
- (viii) La infracción regulatoria acusada por los Demandantes es de carácter técnico, no guarda relación con el derecho de la competencia *ex ante* y no ha sido declarada en la sede administrativa o jurisdiccional correspondiente. Por tanto, el TDLC no es el órgano llamado a declarar esta infracción, sin perjuicio de su plena competencia para conocer de conductas ejecutadas en mercados regulados, en la medida de que configuren una infracción al DL 211; y,
- (ix) En casos similares, en los que la regulación es ambigua o ha sido diseñada sin tomar en consideración nuevos tipos de competidores -que han surgido como fruto de la innovación- el TDLC y la Excm. Corte Suprema ha dado primacía a la garantía de la libertad para desarrollar actividades económicas. En efecto, tal como razonó el TDLC en el *Caso Voissnet* y el *Caso Reoriginadores* -y en el mismo sentido el Juez Posner en el fallo analizado *supra*- la licencia para operar en un mercado regulado no otorga el derecho para excluir a nuevos competidores que nacen como fruto de la innovación y cuya aparición beneficia a los consumidores.



Javier Velozo Alcaide



Pablo Pardo Murillo

AUTORIZO las firmas de de don **JAVIER EDUARDO VELOZO**
ALCAIDE cedula de identidad N°8.867.592-4 y don **PABLO**
ANDRES PARDO MURILLO cedula de identidad N°15.549.995-8.
SANTIAGO, 12 de SEPTIEMBRE de 2018.nsl.FRC.-

