UNIVERSIDAD ADOLFO IBÁÑEZ

GRADO DE DEFERENCIA DE LA CORTE SUPREMA CON EL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

CeCo UAI - Mayo 2022

CentroCompetencia

Presentación

En un reporte[1] de la consultora Deloitte del año 2020, encargado por CeCo UAI, para conocer la percepción que tienen los abogados y abogadas especialistas chilenos en derecho de competencia, un 32,6 % de los encuestados consideró que la Corte Suprema era muy poco o nada deferente con el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC). Es más, un 62,8 % de los encuestados calificó con un valor igual o menor a 3, en una escala de 1 a 7, el nivel de deferencia de las decisiones de la Corte Suprema en relación al análisis del TDLC.

A pesar de que no existe una definición unívoca del concepto de deferencia, Tapia y Cordero (2015) han señalado que ésta se refiere a que, cuando el significado de una norma es impreciso sobre la cuestión de derecho que se trata de resolver o cuando se le entrega específicamente una autorización a la Administración, "la judicatura debiera rehusar considerar el mérito legal de la interpretación utilizada en la decisión de la instancia previa".

Así, aunque las divergencias entre el órgano primario y el órgano que revisa sus decisiones son esperables -y, hasta cierto punto, saludables- dentro de un régimen de protección de competencia, el escenario actual suscita algunas interrogantes que amerita profundizar: ¿Qué factores inciden en la probabilidad de condena del TDLC y la Corte Suprema? ¿Cuán deferente es la Corte Suprema respecto de las decisiones del TDLC? y, por último, al interior de la Corte misma ¿Cómo votan sus Ministros en los casos de libre competencia?

En una serie de tres investigaciones realizadas por el Centro de Competencia (CeCo) de la Universidad Adolfo Ibáñez se abordan estas preguntas, a partir de datos públicos desde la fecha en que se creó el TDLC hasta diciembre de 2021.

El objetivo de cada una de las investigaciones es el siguiente:

1. Estudiar los determinantes de la probabilidad de condena del TDLC y de la Corte Suprema, en aquellas sentencias impugnadas vía recurso de reclamación.
2. Analizar el grado de deferencia de la Corte Suprema con el TDLC.
3. Analizar los votos de los Ministros que componen (y han compuesto) la Tercera Sala de la Corte Suprema y la posible creación de coaliciones dentro de ella.

[1] Deloitte & CeCO UAI (2020). "Percepción sobre las Autoridades Chilenas en materia de Libre Competencia".

Grado de deferencia de la Corte Suprema con el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

CeCo UAI**

Resumen Ejecutivo[1]

Este trabajo analiza el grado de deferencia de la Corte Suprema con el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Para el análisis se consideran dos *"definiciones"*. La primera categoría -revoca- se obtiene a partir de la clasificación del TDLC. La segunda categoría -no deferente- son aquellas decisiones revocadas donde los argumentos de la Corte Suprema se distancian de los argumentos esgrimidos por la Fiscalía o del TDLC, y, más bien, sigue su propia linea argumental en aspectos sustantivos o de carácter técnico. Se concluye que la deferencia que ha mostrado la Corte Suprema depende de la definición que se tome de ella. Sin perjuicio de lo anterior, la percepción de abogados expertos en derecho de competencia de la menor deferencia de la Corte Suprema con los órganos técnicos, podría explicarse por el alza en la proporción de casos tanto revocados como no-deferentes, en particular, de los años 2017 y 2019 y, en general, a partir del año 2016.

**Informe elaborado por los economistas del equipo de CeCo UAI, Aurora Acevedo y Daniel Redel.

[1]Agradecemos especialmente a Claudio Agostini y Alexander Galetovic, consejeros económicos de CeCo, por su continua orientación y valiosos comentarios para llevar a cabo la investigación.

Executive Summary[2]

This paper analyzes the degree of deference of the Supreme Court with the Chilean Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC). For the analysis, two *"definitions"* are considered. The first category -revokes- is based on the TDLC database. The second category -non-deference- considers those cases where the Supreme Court follows its line of argument, which does not coincide with the position of any of the technical bodies or the dissenting vote of the Ministers from the TDLC. It is concluded that the deference shown by the Supreme Court depends on the definition. Nonetheless, the perception of expert lawyers in competition law of the diminished deference of the Supreme Court with the technical bodies could be conditioned by the rise, in particular, of the years 2017 and 2019 and, in general, from 2016 onwards.

[2]Special thanks to Claudio Agostini and Alexander Galetovic, economic advisors at CeCo, for their continued guidance and valuable comments in carrying out the investigation.

Índice

1. Introducción **4**

2. Marco Institucional chileno de libre competencia **7**

3. Datos **8**

4. Estadística Descriptiva **9**

4.1. Procedimientos Contenciosos 9

4.1.1. Tipo de Conducta 9

4.1.2. Otras características 14

4.2. Procedimientos No Contenciosos 15

4.2.1. Tipo de Consulta 15

4.2.2. Otras características 18

5. Deferencia Corte Suprema - Tribunal de Defensa de la Libre Competencia **19**

6. Conclusión **25**

7. Anexos **26**

1. Introducción

La posibilidad de que el poder judicial revise las decisiones de tribunales administrativos con competencias específicas es considerado fundamental para un sano funcionamiento del sistema. En materia de competencia, las decisiones del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) son susceptibles de revisión ante la Corte Suprema (CS). Ahora bien, en el sistema institucional chileno, ¿cuán deferente ha sido esta magistratura frente a las decisiones del TDLC?

Según Tapia y Cordero (2015)[3], cuando existe un organismo de revisión generalista, es deseable que éste sea deferente con el organismo técnico y especializado. Es decir, el órgano revisor debería pronunciarse sobre cuestiones de derecho y no sobre cuestiones de hecho y política pública.

Este trabajo es un esfuerzo del Centro Competencia (CeCo) UAI por analizar el grado de deferencia de la Corte Suprema con las sentencias y resoluciones del tribunal especializado -el TDLC-.

Para efectos de este trabajo, se consideran dos *"grados"* de deferencia, uno más general y otro más particular. La primera definición, gruesa, utiliza el criterio del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia para clasificar los casos revocados por la Corte Suprema.

En términos generales, desde la creación del Tribunal hasta diciembre de 2021, un 68,4 % de las sentencias -en procedimientos contenciosos- del TDLC fueron impugnadas ante la Corte Suprema (117 de 171 sentencias del TDLC). De las 117 sentencias reclamadas, la Corte Suprema confirmó un 76 % de las decisiones del Tribunal (89 de 117) y revocó un 17 % (20 de 117).

En el caso de consultas que siguen un procedimiento no contencioso, entre los años 2004 y 2021, 15 de las 64 resoluciones finales emitidas por el TDLC fueron reclamadas ante la Corte Suprema, representando un 23 % del total. De las causas reclamadas, la Corte Suprema confirmó el 47 % de los casos (7 de 15) y revocó un 40 % de ellos (6 de 15). El 13 % restante corresponde a causas en tramitación o que finalizaron con desistimiento de las partes.

En base a la evolución de casos revocados y el total de sentencias pronunciadas por la Corte Suprema (sobre procedimientos contenciosos y no contenciosos), se observa que durante los años 2017 y 2019, la Corte Suprema revocó una mayor proporción de decisiones: 67 % (2 de 3) y 80 % (4 de 5),

[3] Javier Tapia y Luis Cordero. "La Revisión Judicial de las Decisiones Regulatorias: Una Mirada Institucional". Estudios Públicos 139 *(otoño 2015)*.

respectivamente.

La segunda definición desagrega los casos revocados en dos categorías. Para efectos de esta investigación, se considera que la Corte Suprema es:

- *Deferente:* en aquellas decisiones revocadas por la Suprema tomando en cuenta los argumentos vertidos por la Fiscalía Nacional Económica en el procedimiento, el voto de minoría del TDLC o bien, acreditando la conducta anticompetitiva pero modificando las sanciones impuestas por el TDLC.
- *No deferente:* en aquellas causas donde los argumentos de la Corte Suprema se distancian de los argumentos esgrimidos por la Fiscalía o del TDLC. Y, más bien, la Corte Suprema sigue su propia linea argumental en aspectos sustantivos o de carácter técnico.

Cabe señalar que, en las Sentencias TDLC N°152/2016[4] y N°163/2018[5] la Corte Suprema se pronuncia sobre cuestiones de derecho procesal o de interpretación legal de una norma o normas específicas y, por ello, son excluidas del grupo de *no-deferencia* e incluidas en el grupo de deferencia[6].

Tomando en cuenta estas nuevas categorías, en un 46 % de los casos revocados (12 de 26) encontramos que la Corte Suprema fue deferente con el TDLC y en el 54 % restante (14 de 26), encontramos que la Corte Suprema no fue deferente con la posición de la Fiscalía Nacional Económica o del TDLC.

En síntesis, la deferencia que ha mostrado la Corte Suprema depende de la definición que se tome de ella. En ese sentido, es posible afinar la definición según lo que se espera de su pronunciamiento: si se espera que se pronuncie solamente sobre cuestiones de carácter formal o procesal, excluyendo interpretaciones sustantivas en materia de libre competencia o bien, si puede y/o debe tomar posiciones y contravenir aspectos técnicos y económicos de la decisión, tal como la definición de mercado relevante, la constatación de poder de mercado, entre otros.

Así, si solamente se toma la variable revoca para determinar si la Corte Suprema fue deferente o no con las decisiones del TDLC, la deferencia es menor que si se restringe esa definición al concepto

[4] WSP Servicios Postales contra Superintendencia de Salud.

[5] Alimentos BioBio contra Alimentos y Frutos.

[6] En la Sentencia N° 152 el TDLC se pronuncia sobre si el monopolio de Correos de Chile se encuentra amparado legalmente y si el DFL N°171 de 1960 se encuentra vigente o ha sido derogado tácitamente por la Constitución. En la Sentencia N°163 se discute sobre la posibilidad de pronunciarse acerca de la conducta imputada a pesar de los desistimientos presentados.

"no-deferente" utilizado aquí. Pese a ello, efectivamente se observa un aumento de los casos tanto revocados como no-deferentes a partir del año 2016 y, en particular, de los años 2017 y 2019. Ello podría explicar los resultados de la encuesta Deloitte & CeCo (2020), según la cual la percepción general de los abogados expertos en derecho de competencia es que la Corte Suprema tiende a ser muy poco deferente con el TDLC.

En lo que sigue, el artículo se estructura de la siguiente manera: en la sección 2 se explica brevemente el régimen de libre competencia chileno, especialmente en relación a las funciones que cumplen la FNE, el TDLC y la Corte Suprema. Luego, la sección 3 describe los datos y las variables construidas para el análisis. La sección 4 realiza un análisis estadístico descriptivo para las causas contenciosas y no contenciosas. Por último, en la sección 5 se presentan conclusiones respecto al grado de deferencia de la Corte Suprema con el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

2. Marco Institucional chileno de libre competencia

El régimen de libre competencia chileno se estructura en torno a la operación de un servicio público especializado y administrativo, la FNE; un tribunal especializado, el TDLC; un tribunal que funciona como instancia de revisión, la Corte Suprema; y la participación de actores privados, que pueden intervenir como demandantes, demandados o terceros interesados en los procedimientos del TDLC, o como notificantes de una operación de concentración ante la FNE.

La FNE es el organismo encargado de la investigación y persecución en materias de libre competencia, sometido a la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción. Entre las atribuciones del Fiscal Nacional Económico se encuentran la de instruir investigaciones, actuar como parte ante el TDLC y los Tribunales de Justicia, emitir los informes que solicite el TDLC, revisar notificaciones de las operaciones de concentración, realizar estudios de mercados, entre otras facultades.

El TDLC, por su parte, es el órgano judicial especializado, compuesto por tres abogados y dos economistas, que resuelve y sanciona los casos de libre competencia. Sus decisiones pueden ser revisadas por la Corte Suprema a través del recurso de reclamación. Entre las atribuciones del TDLC, se encuentra la de dictar sentencias en procedimientos contenciosos, resoluciones en procedimientos no contenciosos, instrucciones de carácter general –vinculantes para las industrias–, informar en casos específicos por aplicación de leyes especiales, y proponer, a través de recomendaciones normativas al Presidente de la República, la modificación o derogación de preceptos legales y reglamentarios que estime contrarios a la libre competencia.

Los procedimientos ante el Tribunal pueden terminar por (i) declaración de inadmisibilidad; (ii) conciliación, en el caso de los procedimientos contenciosos; (iii) desistimiento; (iv) sentencia o resolución; o bien, estar aun en tramitación. La sentencia o resolución definitiva del TDLC puede ser impugnada ante la Corte Suprema, por cualquiera de las partes que intervinieron en el procedimiento.

3. Datos

Los datos utilizados para realizar esta investigación fueron extraídos del sitio web del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia[7], organismo que publica información relevante de las causas contenciosas y no contenciosas ingresadas. Al momento de la descarga para la elaboración de esta investigación, los datos se encontraban actualizados al 30-04-2020.

El Centro de Competencia UAI actualizó la base con datos hasta el 31 de diciembre de 2021, incorporando cinco nuevos fallos del TDLC en la base de datos y sus respectivos recursos de reclamación ante la Corte Suprema[8] y cinco fallos de la Corte Suprema[9].

En relación a la clasificación de deferencia el criterio fue el siguiente. Primero, se tomó la clasificación del TDLC sobre el resultado de las impugnaciones de sentencias o resoluciones ante la Corte Suprema. Luego, los casos clasificados como "revocados" se clasificaron en dos categorías. El primer sub-grupo lo constituyen las causas del TDLC que fueron revocadas por la Corte Suprema siguiendo los argumentos esgrimidos en el procedimiento por la Fiscalía Nacional Económica, los argumentos vertidos por el voto de minoría en la sentencia del TDLC, o bien acreditando la conducta anticompetitiva pero modificando solamente las sanciones impuestas. También se consideran pronunciamientos que tratan de cuestiones procesales (Sentencia N°163) o de interpretación legal (Sentencia N°152). Este grupo lo llamaremos *deferente*. El segundo sub-grupo es categorizado como *no-deferente* e incluye aquellas decisiones del TDLC revocadas por la Corte Suprema siguiendo su propia linea de argumentación en aspectos técnicos o económicos, es decir, no basándose en argumentos desarrollados por la Fiscalía o el TDLC.

[7]Estadísticas Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.
[8]Sentencias TDLC N° 174, N° 175, N° 176 y N° 178
[9]Respecto a las Sentencias TDLC N° 164, N° 169, N° 171, N° 172 y N° 173.

4. Estadística Descriptiva

4.1. Procedimientos Contenciosos

4.1.1. Tipo de Conducta

Desde la creación del Tribunal al 31 de diciembre de 2021, El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia emitió 171 sentencias, de las cuales un 40 % constituyeron fallos condenatorios (69 sentencias) y un 60 % fallos absolutorios (102 sentencias). De las 171 sentencias del TDLC, un 68,4 % de ellas ha sido reclamada en la Corte Suprema (117). La Corte Suprema ha confirmado un 76 % de las sentencias del Tribunal (89 de 117) y ha revocado un 17,1 % (20 de 117)[10].

Cuadro 1: Corte Suprema

	N°	%
N° Reclamaciones	**117**	
Confirma	89	76,1
Revoca	20	17,1
En Corte Suprema	4	3,4
Conciliación	3	2,6
Desistimiento	1	0,9
N° Sentencias	**109**	

La Figura 1 muestra el número de causas que ingresaron en el periodo estudiado vía recurso de reclamación a la Corte Suprema (117 causas) cada año, es decir, el número de recursos de reclamación presentados ante la Corte Suprema. También, se observan aquellas causas que ya concluyeron con

[10] Al 31 de diciembre de 2021, se encontraban en la Corte Suprema las siguientes causas: "Demanda Banco Bice contra Banco Estado", "Requerimiento FNE en contra de Sociedad de Transportes Avda. Alemania - P. Nuevo y otros", "Demanda del Sindicato de Trabajadores Independientes Chile Taxi contra Maxi Mobility Chile II SpA y otros" y "Demanda de Servicios de Correspondencia Envía Limitada contra Correos de Chile".

un fallo de la Corte Suprema, según el año de la sentencia (109 causas). En términos generales, se observa una disminución tanto en el ingreso de causas como en el número de causas contenciosas finalizadas año a año.

Figura 1: Procedimientos en Corte Suprema

En el Cuadro 2 se desagregan las tres principales conductas anticompetitivas revisadas por los organismos de competencia -colusión, abuso de posición dominante e incumplimientos de medidas o resoluciones-, y se observa la interacción entre el resultado en el TDLC y la decisión de la Corte Suprema. Para las dos primeras conductas, se puede ver que la Corte Suprema confirmó aproximadamente un 85 % de los casos.

En particular, un 77,1 % de los casos de **colusión** (27 de 35) han sido reclamados ante la Corte Suprema, quien ha confirmado la sentencia del TDLC un 85,2 % de las ocasiones y ha revocado un 14,8 % de ellas. Respecto a los casos de colusión, las cuatro sentencias revocadas por la Corte Suprema han sido las siguientes:

- **Sentencia TDLC N°38/2006:** Asoex y FNE c. Ultramar, Agencias Universales, SAAM, y otros por colusión en el mercado de transporte marítimo de exportación.
- **Sentencia TDLC N°43/2006:** FNE c. Air Liquide, Indura, AGA y Praxair por colusión en el mercado de provisión de oxígeno líquido medicinal a hospitales del sistema público de salud.
- **Sentencia TDLC N°113/2011:** FNE c. Abercrombie & Kent, ADSmundo, Cocha CTS y Turavión por colusión en servicios turísticos.

- **Sentencia TDLC N°160/2017:** FNE c. CMPC y SCA por colusión en el mercado de productos de papel tissue.

Cuadro 2: Sentencia TDLC según Conducta

Decisión CS	Absolutorio	Condenatorio	Total	%
Colusión				
Confirma	3	20	**23**	**85,2**
Revoca	1	3	**4**	**14,8**
Total	4	23	**27**	
Abusos				
Confirma	42	20	**62**	**83,8**
Revoca	6	6	**12**	**16,2**
Total	48	16	**74**	
Incumplimiento				
Confirma	1	3	**4**	**50**
Revoca	2	2	**4**	**50**
Total	3	5	**8**	

Luego, en el Cuadro 3 se desagregan los casos de abusos de posición dominante, siguiendo la clasificación del Tribunal. En el caso de revisión de conductas relacionadas con el alzamiento de barreras a la entrada, la Corte Suprema ha revocado un 50 % de los casos, en actos de autoridad un 38 % y en precios predatorios un 25 %.

Cuadro 3: Sentencia CS en Casos de Abuso

Abusos Unilaterales	Confirma	Revoca	% Revoca	Total
Abuso de Posición Dominante	39	5	11,4	44
Actos de Autoridad	5	3	37,5	8
Barreras a la entrada	3	3	50	6
Competencia Desleal	12	0	0	12
Precios Predatorios	3	1	25	4
Total	62	12	74	

Respecto a los casos de **abusos de posición dominante,** un 60,1 % de ellos han sido reclamados ante la Corte Suprema. La Corte Suprema ha confirmado la sentencia del TDLC un 83,8 % de los casos y ha revocado un 16,2 %. En particular, ha revocado la decisión en 12 ocasiones, donde la mitad de ellas contaba con un fallo condenatorio del TDLC. Las sentencias del Tribunal sobre abusos de posición dominante revocadas por la Corte Suprema han sido las siguientes:

- **Sentencia TDLC N°34/2005:** Enasa c. Municipalidad Cauquenes por acto de autoridad en licitación de residuos.
- **Sentencia TDLC N°39/2006:** Quimel y Cementa c. James Hardie por precios predatorios en planchas lisas de fibrocemento.
- **Sentencia TDLC N°81/2009**: FNE c. JAC por licitación frecuencias aéreas Santiago-Lima.
- **Sentencia TDLC N°100/2010**: Nutripro c. Puerto Terrestre y el Fisco por bases de licitación y tarifas abusivas.
- **Sentencia TDLC N°104/2010**: FNE c. Telefónica Móviles y otros por prácticas exclusorias en telefonía móvil.
- **Sentencia TDLC N°121/2012**: Naviera Valdivia y Otros c. MOP y Somarco por tarifas exclusorias de concesiones.
- **Sentencia TDLC N°132/2013**: Sonda c. Registro Civil por licitación documentos de identidad.

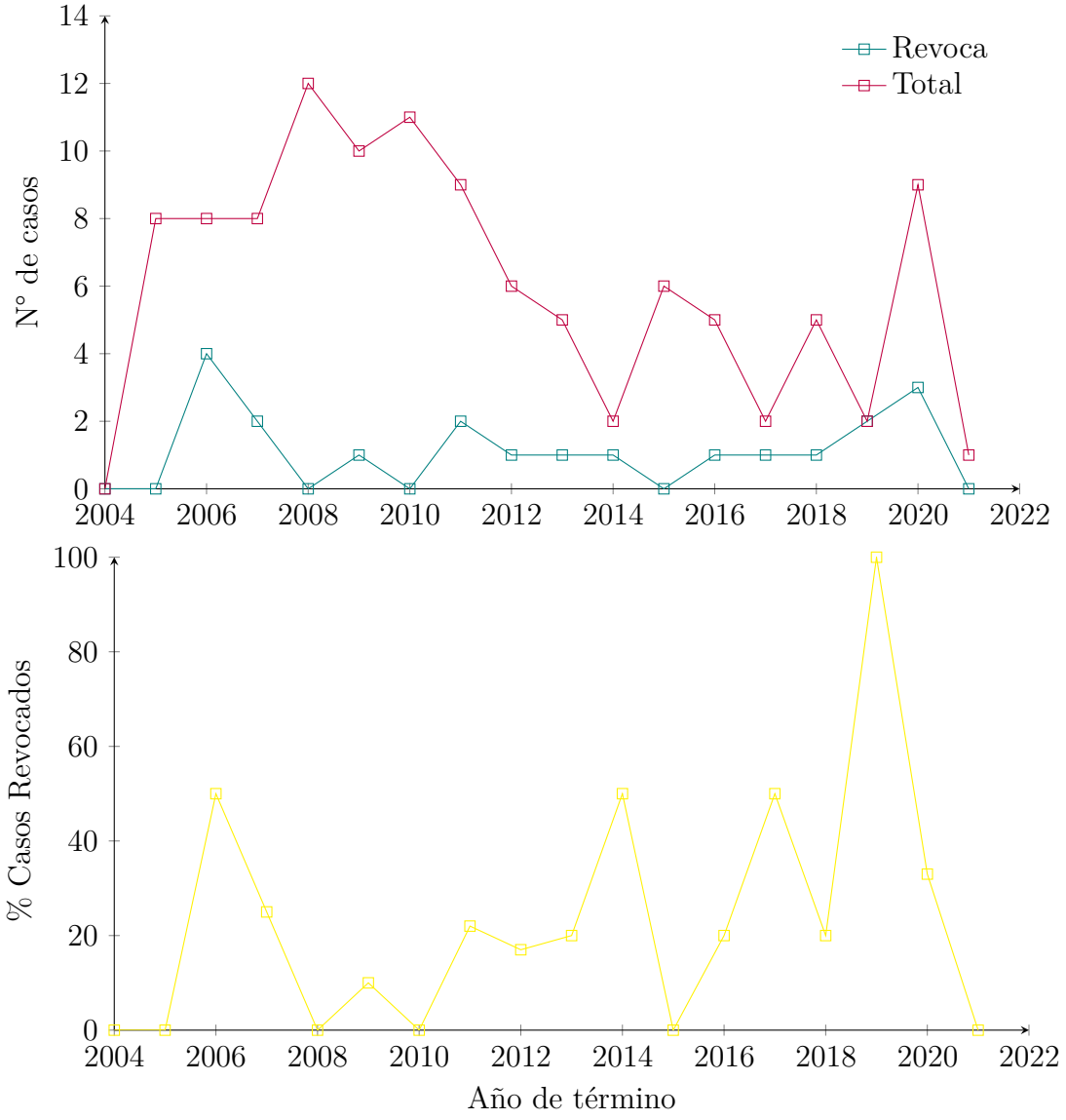
- **Sentencia TDLC N°146/2015**: Conadecus c. Movistar, Claro y Entel por exceso límites concurso 700 MHz.
- **Sentencia TDLC N°152/2016**: WSP c. Superintendencia de Salud por exclusividad cartas certificadas.
- **Sentencia TDLC N°154/2016**: Conadecus c. Movistar, Claro y Entel por exceso límites concurso 700 MHz II.
- **Sentencia TDLC N°163/2018**: Alimentos Bío Bío y otras c. Alifrut y otras por abuso proveedores franquiciados.
- **Sentencia TDLC N°164/2018**: Morales c. Trefimet por lanzas térmicas.

Por ultimo, la Corte Suprema ha revocado 4 sentencias del TDLC relacionadas a **incumplimientos de resoluciones o medidas.** Las sentencias han sido las siguientes:

- **Sentencia TDLC N°41/2006**: Chile Ciudadano y otros c. CAR por incumplimiento de resolución financiera.
- **Sentencia TDLC N°53/2007**: Distribuidores de combustibles c. Shell por incumplimiento Dictamen CPC.
- **Sentencia TDLC N°159/2017**: Conadecus c. Cencosud por incumplimiento al operar inmueble en Valdivia.
- **Sentencia TDLC N°161/2018**: TVI c. VTR por incumplimiento de resolución.

A modo de síntesis, la Figura 2 muestra el total de casos fallados por la Corte Suprema, el número de sentencias en que revocaron la decisión del TDLC y la proporción de casos revocados, según el año en que la Corte Suprema dictó su sentencia.

Figura 2: Estadísticas Sentencias Corte Suprema



4.1.2. Otras características

Respecto a los mercados involucrados, Telecomunicaciones está presente en un 17 % de los fallos contenciosos de la Corte Suprema -con 4 de 20 sentencias revocadas-, seguido por el sector Farmacéutico con un 11 % -y ninguna sentencia revocada- y Transporte con un 11 % -con 2 de 13 sentencias revocadas-.

Por ultimo, en el Cuadro 4 se observa el número de páginas promedio por sentencia y días hábiles que tarda la Corte Suprema en resolver. Se observa que, en promedio, la Corte tarda más y sus sentencias son más extensas en aquellos casos donde revoca la decisión del TDLC. Además, en casos

en que la FNE participó como requiriente en el juicio ante el TDLC, la Corte confirmó la sentencia del TDLC en un 85 % de las causas; si la FNE no participó, la cifra desciende a un 78 %. En relación con la forma en que se votó la causa por parte del TDLC, la Corte Suprema revocó un 19 % de las causas con voto dividido ante el TDLC y un 18 % de aquellas causas acordadas por unanimidad.

Cuadro 4: Corte Suprema

	Confirma	Revoca	Total
Promedio días hábiles	153	231	167
Promedio N° páginas	26	38	28
FNE no participa	47	13	60
FNE participa	42	7	49
Voto unanimidad TDLC	59	13	72
Voto dividido TDLC	30	7	37

4.2. Procedimientos No Contenciosos

4.2.1. Tipo de Consulta

Para el caso de las consultas, el TDLC ha emitido 65 resoluciones hasta diciembre de 2021. En particular, ha aprobado un 78,5 % (51 de 65) de las consultas y rechazado un 21,5 % (14 de 65). Las tres categorías más consultadas ante el TDLC han sido las aplicaciones de resolución (28,1 % - 18 pronunciamientos), operaciones de concentración (25 % - 16 pronunciamientos) y bases de licitación (20,3 % - 13 pronunciamientos).

Luego, un 24,6 % (16 de 65) de las resoluciones de procedimientos no contenciosos del TDLC han sido reclamadas ante la Corte Suprema. De ellas, la Corte Suprema ha confirmado un 43,7 % de las causas (7 de 16) y ha revocado un 37,5 % (6 de 16)[11].

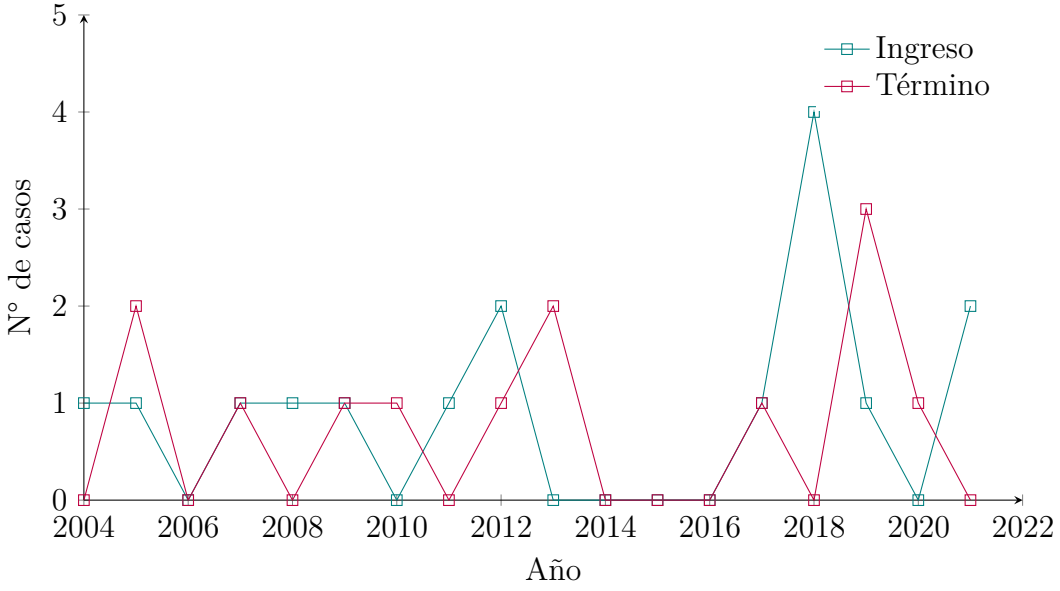
[11] Al 31 de diciembre de 2021, se encontraban en la Corte Suprema las siguientes causas: "Consulta de Transbank S.A. sobre el sistema tarifario implementado por Transbank desde el 1º de abril de 2020" y "Consulta de Cencosud S.A. sobre contrato de arrendamiento y Resolución N°43/2012".

Cuadro 5: Corte Suprema

	N°	%
N° Reclamaciones	**16**	
Confirma	7	43,75
Revoca	6	37,5
En Corte Suprema	2	12,5
Desistimiento	1	6,25
N° Sentencias	**13**	

La Figura 3 muestra el número de casos no contenciosos ingresados vía recurso de reclamación a la Corte Suprema (16 causas) y las causas que concluyeron con fallo de la Corte (13 causas), según el año de la dictación de la decisión.

Figura 3: Corte Suprema en No Contenciosos



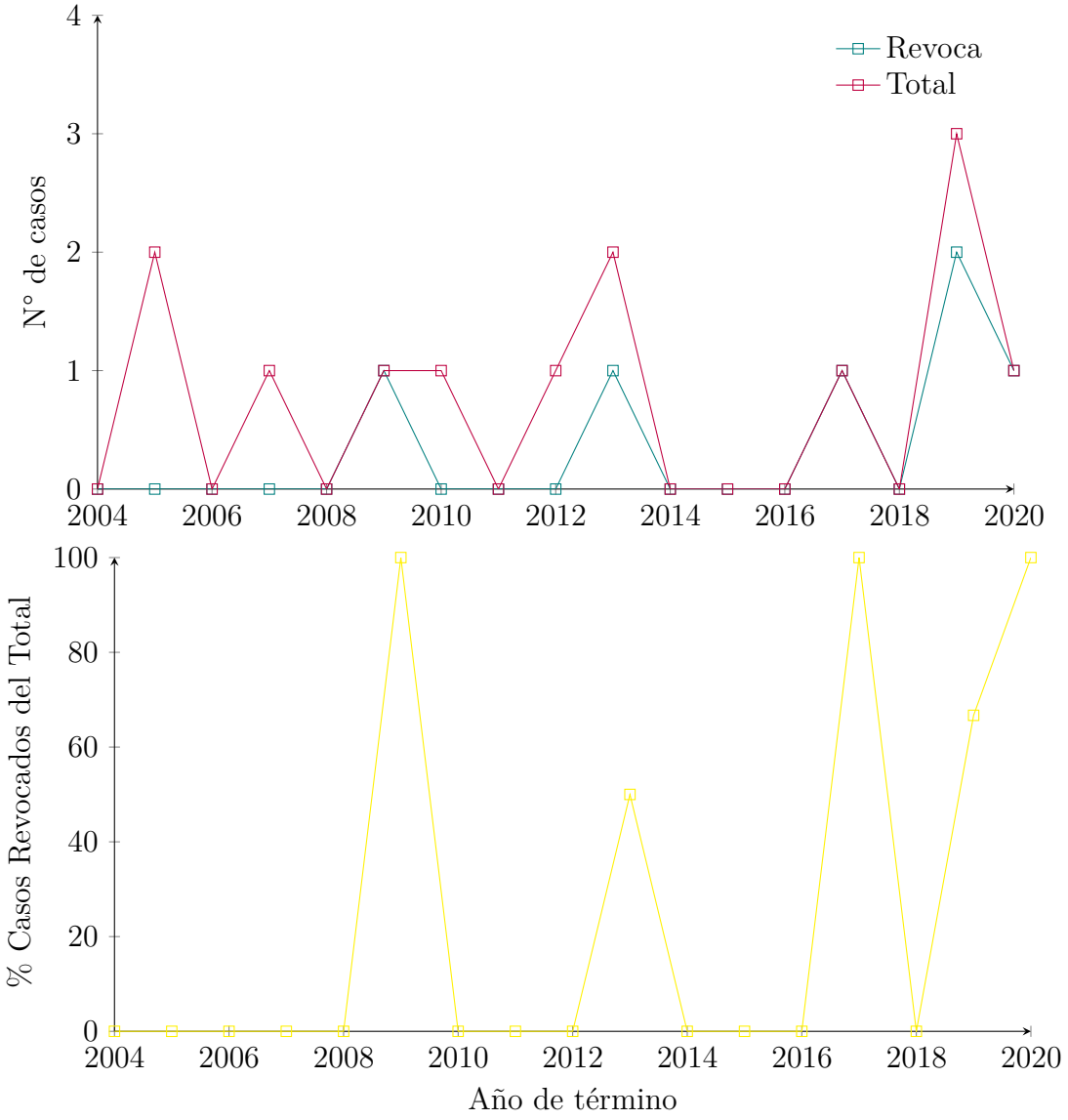
Al desagregar las seis causas revocadas por la Corte Suprema, se observa que en tres de ellas el Tribunal había rechazado la consulta y en las restantes las había aprobado. Las resoluciones son las siguientes:

- **Resolución TDLC N°27/2008:** Subtel sobre participación en concurso 3G.

- **Resolución TDLC N°39/2012:** Terpel sobre adquisición de activos por Quiñenco (Shell).
- **Resolución TDLC N°50/2017:** Asilfa sobre bases licitación de medicamentos.
- **Resolución TDLC N°53/2018:** Cruz Verde sobre merchant discount de Transbank.
- **Resolución TDLC N°54/2018:** ACHET sobre fusión LATAM con American Airlines y otras.
- **Resolución TDLC N°59/2019:** Subtel sobre límite espectro radioeléctrico.

A modo de síntesis, la Figura 4 muestra el total de causas no contenciosas falladas por la Corte Suprema, el número de veces en que la Corte revocó la decisión del TDLC y la proporción de casos revocados, según el año en que emite la sentencia.

Figura 4: Estadísticas Sentencias Corte Suprema en No Contenciosos



4.2.2. Otras características

Similar a los procedimientos contenciosos, el mercado más involucrado en causas no contenciosas ha sido el de Telecomunicaciones con un 38 % de los casos totales -la Corte confirmó 3 y revocó 2-, seguido por Transporte con un 15 % de los casos totales -y 1 de 2 casos revocados-.

En el Cuadro 6 se observa que, en promedio, en aquellos casos en que la Corte revoca la decisión del TDLC, la sentencia de la Corte Suprema tiende a ser más extensa. Sin embargo -y en contraste con el Cuadro 4- el promedio de días hábiles es similar para ambos casos. En aquellos casos que la FNE participa en el procedimiento ante el TDLC -es decir, si realiza la solicitud de consulta o aporta antecedentes-, la Corte confirma la sentencia del TDLC en un 55 % de las causas. En cambio, si la FNE no participa, la cifra desciende a un 50 %.

Cuadro 6: Corte Suprema

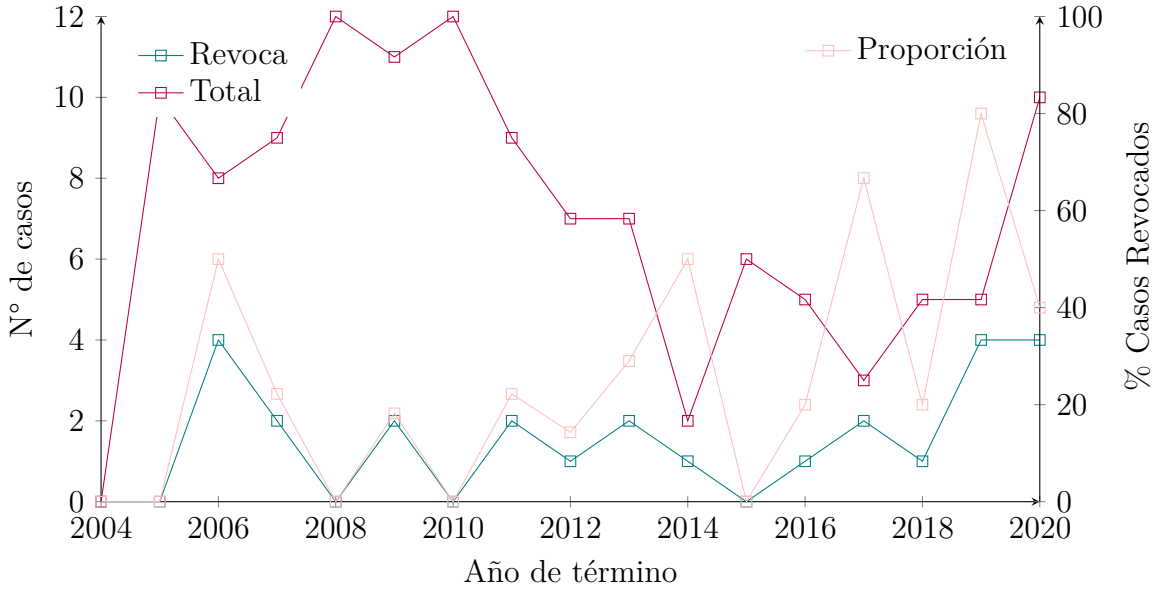
	Confirma	Revoca
Promedio días hábiles	171	174
Promedio N° páginas	28	67
FNE no participa	1	1
FNE participa	6	5

5. Deferencia Corte Suprema - Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

Tomando en consideración los datos expuestos sobre las causas revocadas y confirmadas por la Corte Suprema, es posible preguntarse en definitiva **¿Cuán deferente es la Corte Suprema respecto de las decisiones que dicta el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia?**

A modo de síntesis, la Figura 5 presenta la totalidad de casos -contenciosos y no contenciosos- revocados por la Corte Suprema, siguiendo el criterio del Tribunal y, la proporción de casos revocados sobre el total. En particular, los años 2017 y 2019 presentan una alta proporción de casos revocados, que alcanzan valores de 66,7 % y 80 % respectivamente.

Figura 5: Casos finalizados en Corte Suprema



Ahora bien, si se sigue la definición de deferencia de Tapia y Cordero, es posible concluir que, aunque la Corte Suprema revoque una sentencia, esta puede seguir siendo deferente en la medida en que se alinea con los argumentos sustantivos, ya sea técnicos o económicos del organismo especializado encargado de resolver la materia -ya sea el TDLC en su voto de mayoría o minoría o la Fiscalía Nacional Económica-. Así puede decirse que sucedió, por ejemplo, en los casos que a continuación se describen:

- En la Sentencia N°53/2007 (Demanda de Labbé, Haupt y Cía. Limitada contra Shell Chile) la Corte Suprema revocó la decisión del Tribunal ya que -a su juicio y, en línea con el informe

de la FNE presentado en la causa- el Tribunal *"carece de competencia para determinar alguna sanción en contra de Shell S.A.C.I luego de atribuirle el incumplimiento de un dictamen dictado por la Comisión Preventiva Central."*.

- En la Sentencia N°41/2006 (Demanda de Fundación Chile Ciudadano y otro contra Car S.A.) la Corte Suprema acogió el recurso de reclamación solamente en relación a la determinación del monto de la multa (incrementándola a 1.000 UTM), pero consideró el recurso inadmisible en lo demás.

- En la Resolución N°39/2012 (Consulta de Organización Terpel Chile relativa a la adquisición por parte de Quiñenco S.A. de los activos de las Sociedades Petróleos Transandinos S.A. y Operaciones y Servicios Terpel Limitada) el Tribunal rechazó la adquisición de activos de Terpel por Quiñenco (Shell), ya que no vislumbró medidas de mitigación suficientes para restablecer los niveles de competencia existentes. Sin embargo, la Fiscalía, quien reconoció que la operación aumentaría los riesgos de coordinación, propuso la adopción de medidas de desinversión de estaciones de servicio en aquellas comunas en que operaban Enex y Terpel. Por su parte, el voto de minoría (Ministros Menchaca y Peña) estuvo por aprobar la operación de manera pura y simple. La Corte Suprema acogió el recurso de reclamación de Terpel Chile, Quiñenco, Enex y Petróleos Trasandinos, del que la Fiscalía se hizo parte y aprobó la operación sujeto a medidas de mitigación.

De esta manera, de aquellos casos revocados por la Corte Suprema, según el criterio del mismo TDLC, es posible agrupar las causas en dos grupos, según la línea de argumentación que siguió la Corte Suprema en su fallo, para determinar si ésta fue o no deferente con los argumentos técnicos del TDLC o FNE:

1. **Deferente:** aquellas causas revocadas donde la Corte Suprema coincidió con los argumentos de la Fiscalía, el voto de minoría del TDLC o acreditó la conducta pero modificó las sanciones. También se consideran pronunciamientos en que la Corte difirió con el TDLC únicamente en cuestiones de carácter procesal (Sentencia N°163/2018) o en base a la diferencia de interpretación sobre la legalidad de oficios emanados de una Superintendencia (Sentencia N°152/2016), no sustentadas en argumentos técnicos.

2. **No-deferente:** aquellas causas revocadas donde la Corte Suprema siguió su propia línea de argumentación, en aspectos sustantivos o de carácter técnico, alejándose de las posiciones adoptadas por la Fiscalía o el TDLC.

Como se mencionó *supra,* se utilizan dos *definiciones* de deferencia, tal como se muestra en la Figura 6. La primera definición utiliza el criterio del Tribunal, quien considera que 26 sentencias o resoluciones han sido revocadas por la Corte Suprema en el periodo estudiado. La segunda definición[12] identifica 12 decisiones en las que, aún siendo revocadas, la Corte Suprema ha sido deferente con la opinión de la Fiscalía o con el voto de minoría del Tribunal y 14 decisiones en las que no ha sido deferente.

Figura 6: Clasificación deferencia Corte Suprema

<table>
<tr><th>Primera definición</th><th>Segunda definición</th></tr>
<tr><td rowspan="2">Revoca (26)</td><td>Deferente con FNE, minoría TDLC, Sentencia N°152/2016, Sentencia N°163/2018 (12)</td></tr>
<tr><td>No deferente (14)</td></tr>
</table>

Corte Suprema es deferente

Usando esta clasificación, es posible concluir que en 12 de las 26 decisiones revocadas (46 %), la Corte Suprema ha sido deferente con los argumentos técnicos o económicos sustentados por la FNE o con el voto de minoría del TDLC. Así, en las Sentencias TDLC N° 53/2007[13], N°104/2010[14] y N°113/2011[15] la Corte Suprema se alineó con el argumento esgrimido por la Fiscalía. Es más, en los últimos dos casos, el TDLC no había acogido el requerimiento de la FNE y había absuelto a las demandadas. Sin embargo, la Corte Suprema decidió revocar las decisiones y acoger las reclamaciones de la Fiscalía.

[12]Ver Anexo 7.5. para la clasificación detallada de deferencia.
[13]Demanda de Labbe, Haupt contra Shell Chile.
[14]Requerimiento FNE contra Telefónica Móviles de Chile y otros.
[15]Requerimiento FNE contra Abercrombie & Kent y otros.

Análogamente, tratándose de casos no contenciosos, en las Resoluciones del TDLC N° 27/2008[16], N°39/2012[17] y N°54/2018[18] la Corte Suprema recogió los argumentos de la FNE, a pesar de haber revocado las resoluciones emitidas por el Tribunal. En particular, en la Resolución TDLC N°27/2008 la Corte Suprema estableció un límite máximo de tenencia de espectro radioeléctrico en la industria de telecomunicaciones de 60 MHz, solicitado por la FNE; en la Resolución TDLC N°39/2012 aprobó la operación de concentración entre Terpel y Quiñenco con medidas de mitigación estructurales, en concordancia con los argumentos esgrimidos por la Fiscalía y el voto de minoría del TDLC (Ministros Menchaca y Peña). Por último, en la Resolución TDLC N°54/2018 la Corte prohibió la operación de concentración entre LATAM y American Airlines e Iberia, por considerar que las medidas de mitigación eran insuficientes, al igual que la FNE.

Por su parte, en las Sentencias TDLC N°41/2006[19] y N°160/2017[20] la Corte Suprema fue deferente con la decisión del Tribunal en la configuración del ilícito anticompetitivo. Sin embargo, esta decidió aumentar las multas impuestas por el TDLC (de 200 UTM a 1.000 UTM) y quitar el beneficio de delación compensada, respectivamente.

Por último, en las Sentencias TDLC N°43/2006[21] y N°132/2013[22] en su sentencia revocatoria la Corte Suprema decidió alinearse con el voto de minoría del TDLC, en ambos casos, del Ministro Tomás Menchaca.

Corte Suprema no es deferente

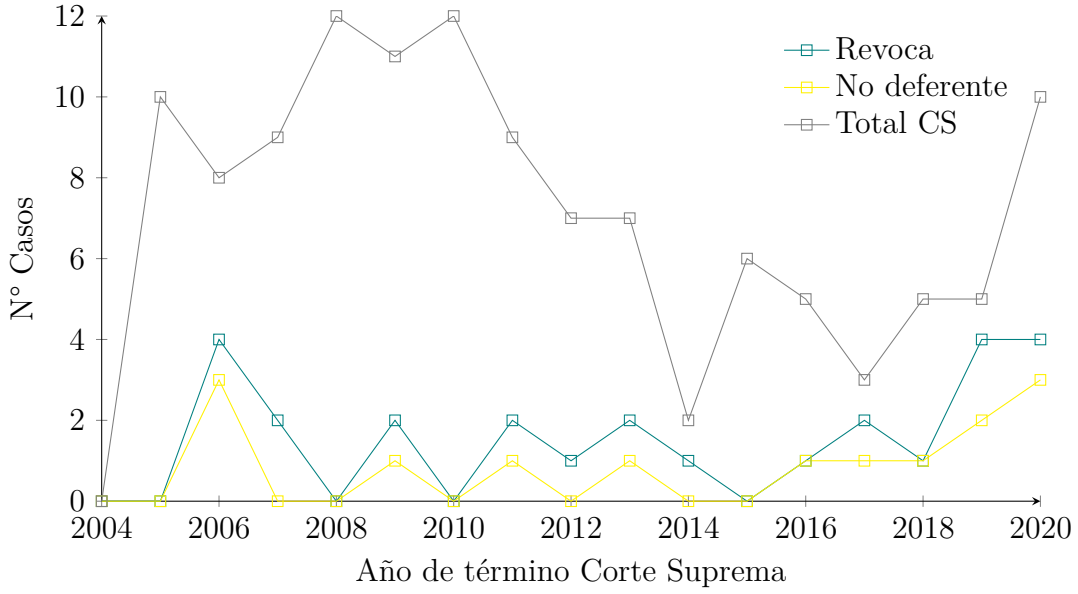
Por el contrario, en 14 de las 26 decisiones revocadas, el voto de mayoría de la Corte Suprema no fue deferente con la posición de la Fiscalía Nacional Económica ni el TDLC[23]. En la Tabla N°10 -disponible en el Anexo 6.4- se observa el número de casos, año a año, en los que la Corte Suprema,

[16]Consulta SUBTEL participación concesionarios de telefonía móvil en concurso público de telefonía móvil digital.
[17]Consulta Terpel y Quiñenco relativa a la adquisición de activos.
[18]Consula ACHET sobre la operación de concentración de LATAM, American Airlines y otros.
[19]Demanda de la Fundación Chile Ciudadanos contra CAR.
[20]Requerimiento FNE contra CMPC Tissue y otros.
[21]Requerimiento FNE contra Air Liquide Chile y otros.
[22]Demanda de Sonda contra Servicio de Registro Civil e Identificación.
[23]En las Sentencias 34/2005 (Enasa c. Municipalidad de Cauquenes), 38/2006 (FNE c. Ultramar y otros), 39/2006 (Quimel y Cementa c. James Hardie), 81/2009 (FNE c. JAC), 100/2010 (Nutripro c. Puerto Terreste Los Andes), 121/2012 (Naviera Valdivia c. MOP), 146/2015 (Conadecus c. Movistar, Claro y Entel), 154/2016 (Conadecus c. Movistar, Claro y Entel II), 159/2017 (Conadecus c. Cencosud, 161/2018 (FNE c. CMPC y SCA), 164/2018 (Oscar Morales c. Trefimet) y Resoluciones 50/2017 (Asilfa sobre bases de licitación de medicamentos), 53/2018 (Cruz Verde sobre merchant discount de Transbank) y 59/2019 (Subtel sobre límite máximo espectro radioeléctrico).

según el criterio utilizado aquí, no fue deferente con los órganos técnicos.

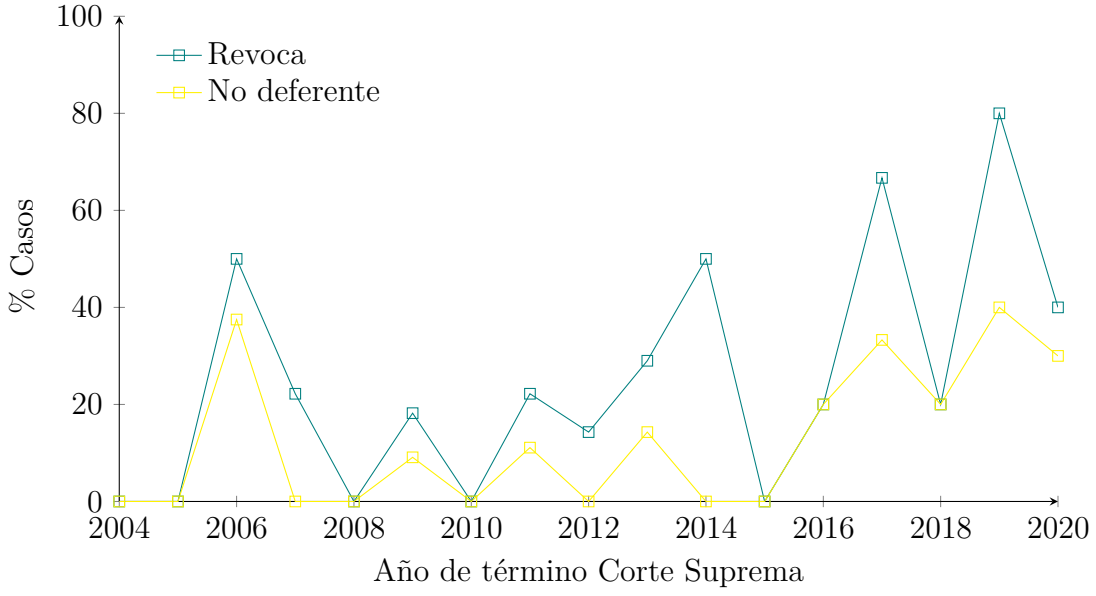
En la Figura 7 se observa el número de sentencias totales de la Corte Suprema y la deferencia según las dos definiciones mencionadas previamente. A grandes rasgos, es posible observar dos *periodos.* En el primer periodo, desde 2004 a 2015-2016, el número de sentencias totales de la Corte Suprema (en gris) fue mayor, en promedio, al periodo de 2015-2016 en adelante. Asimismo, a partir de los años 2017-2018, según la definición que se considere, se observa un mayor número de casos clasificables como *no-deferentes*.

Figura 7: Deferencia Corte Suprema con Organismos de Libre Competencia



En la Figura 8 se muestra el porcentaje de casos, para cada una de las definiciones propuestas, sobre el total de casos revisados por la Corte Suprema. La primera categoría -revoca- se basa en la base de datos del TDLC; la segunda -no deferente- considera aquellas causas donde la Corte Suprema sigue su propia línea de argumentación en aspectos sustantivos o técnicos, que no coincide con la posición ni de la FNE ni del TDLC. Con todo, al analizar año a año los casos en los que la Corte Suprema ha emitido decisiones que caben en la definición de *no-deferente*, es posible observar un alza en el porcentaje de este tipo de casos durante los años 2017 y 2019, con valores de 33 % y 40 % respectivamente, respecto del total de causas de libre competencia revisadas por la Corte.

Figura 8: Deferencia Corte Suprema con Autoridades Técnicads



En síntesis, la deferencia que ha mostrado la Corte Suprema depende de la definición que se tome de ella. En ese sentido, es posible afinar la definición según lo que se espera del pronunciamiento de la Corte Suprema: si se espera que se pronuncie solamente sobre cuestiones cuestiones de carácter formal o procesal, excluyendo interpretaciones sustantivas en materia de libre competencia, o bien, si puede y/o debe tomar posiciones y contravenir aspectos técnicos y económicos de las decisiones del TDLC o las opiniones de la FNE vertidas en los procedimientos, tales como la definición de mercado relevante o la existencia de poder de mercado.

En este caso, se consideró como deferencia cuando la Corte Suprema tomó argumentos propios del órgano técnico especializado -la FNE- o del voto de minoría del TDLC para revertir una decisión del Tribunal.

Así, si solamente se toma la variable revoca para determinar si la Corte Suprema fue deferente o no con las decisiones del TDLC, la deferencia es menor que si se restringe esa definición al concepto *"no-deferente"* utilizado aquí. Pese a ello, como se puede evidenciar en la Figura 8, efectivamente se observa un aumento de los casos tanto revocados como no-deferentes a partir del año 2016 y, en particular, de los años 2017 y 2019. Ello podría explicar los resultados de la encuesta Deloitte & CeCo (2020), según la cual la percepción general de los abogados expertos en derecho de competencia es que la Corte Suprema tiende a ser poco deferente con el TDLC.

6. Conclusión

Esta investigación analizó el grado de deferencia de la Corte Suprema respecto de las decisiones del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Para ello, se utilizaron dos definiciones. A partir de la base de datos del TDLC, la primera definición utilizó la variable *revoca* como indicador de la ausencia de deferencia de la Corte Suprema con las decisiones del Tribunal. La segunda definición se construyó a partir del sub-grupo de causas revocadas, las que fueron categorizadas en causas deferentes y *no-deferentes.*

Las causas *deferentes* las definimos como aquellas causas revocadas donde la Corte Suprema coincidió con los argumentos de la Fiscalía, el voto de minoría del TDLC o acreditó la conducta pero modificó las sanciones impuestas por el TDLC. También incluimos en esta categoría pronunciamientos en que la Corte difirió con el TDLC únicamente en cuestiones de carácter procesal (Sentencia N°163/2018) o en base a la diferencia de interpretación sobre la legalidad de oficios emanados de una Superintendencia (Sentencia N° 152/2016), no sustentadas en argumentos técnicos. Las consideradas *no-deferentes* incluyen aquellas causas revocadas donde la Corte Suprema siguió su propia línea de argumentación, en aspectos sustantivos o de carácter técnico, alejándose de las posiciones adoptadas por la Fiscalía o el TDLC en el procedimiento.

En términos generales, la Corte Suprema revocó un 17,1 % (20 de 117) de las decisiones del TDLC en materia de asuntos contenciosos y un 37,5 % (6 de 16) de las decisiones del TDLC en materia de consultas no contenciosas dentro del periodo estudiado. Considerando la definición de no-deferencia propuesta, las cifras disminuyen a un 9,4 % (11 de 117) en procedimientos contenciosos y un 19 % (3 de 16) en consultas no contenciosas.

Luego, al analizar año a año la proporción de casos revocados -contenciosos y no contenciosos- sobre el total de sentencias emitidas por la Corte Suprema, se observó un alza para los años 2017 y 2019, alcanzando el 66,7 % y 80 % respectivamente. Sin embargo, al realizar el mismo análisis bajo la definición más acotada de *"no-deferencia"* aquí propuesta, las cifras para los años 2017 y 2019 disminuyen a un 33,3 % y 40 %.

Pese a estas conclusiones, se pudo observar un aumento de los casos tanto revocados como *"no-deferentes"* a partir del año 2016 y, en particular, de los años 2017 y 2019. Ello podría explicar los resultados de la encuesta Deloitte & CeCo (2020), según la cual la percepción general de los abogados expertos en derecho de competencia es que la Corte Suprema tiende a ser poco deferente con el TDLC.

7. Anexos

7.1. Contenciosos en Corte Suprema

Cuadro 7: Contenciosos en Corte Suprema

	Confirma	Revoca	Total	% Revoca
2005	8	0	8	0
2006	4	4	8	50
2007	6	2	8	25
2008	12	0	12	0
2009	9	1	10	10
2010	11	0	11	0
2011	7	2	9	22,2
2012	5	1	6	16,7
2013	4	1	5	20
2014	1	1	2	50
2015	6	0	6	0
2016	4	1	5	20
2017	1	1	2	50
2018	4	1	5	20
2019	0	2	2	100
2020	6	3	9	33,3
2021	1	0	1	0

7.2. No Contenciosos en Corte Suprema

Cuadro 8: No Contenciosos en Corte Suprema

	Confirma	Revoca	Total	% Revocados
2005	2	0	2	0
2006	0	0	0	0
2007	1	0	1	0
2008	0	0	0	0
2009	0	1	1	100
2010	1	0	1	0
2011	0	0	0	0
2012	1	0	1	0
2013	1	1	2	50
2014	0	0	0	0
2015	0	0	0	0
2016	0	0	0	0
2017	0	1	1	100
2018	0	0	0	0
2019	1	2	3	66,7
2020	0	1	1	100

7.3. Casos Total en Corte Suprema

Cuadro 9: Totalidad Casos en Corte Suprema

	Revoca	Total	% Revoca
2004	0	0	0
2005	0	10	0
2006	4	8	50
2007	2	9	22,2
2008	0	12	0
2009	2	11	18,2
2010	0	12	0
2011	2	9	22,2
2012	1	7	14,3
2013	2	7	29
2014	1	2	50
2015	0	6	0
2016	1	5	20
2017	2	3	66,7
2018	1	5	20
2019	4	5	80
2020	4	10	40
2021	0	1	0
Total	26	122	

7.4. Corte Suprema no deferente con órganos técnicos

Cuadro 10: CS no deferente

	No Deferente	Total	% Revoca
2004	0	0	0 %
2005	0	10	0 %
2006	3	8	38 %
2007	0	9	0 %
2008	0	12	0 %
2009	1	11	9 %
2010	0	12	0 %
2011	1	9	11 %
2012	0	7	0 %
2013	1	7	14 %
2014	0	2	0 %
2015	0	6	0 %
2016	1	5	20 %
2017	2	3	67 %
2018	1	5	20 %
2019	3	5	60 %
2020	3	10	30 %
2021	0	1	0 %

7.5. Clasificación deferencia

N° Sent.	N° Resol.	Fin CS	Grado de deferencia	Comentarios
53		2007	Deferente con FNE	Contrario sentencia TDLC
104		2011	Deferente con FNE	Contrario sentencia TDLC
113		2012	Deferente con FNE	Minoría CS deferente con TDLC
	27	2009	Deferente con FNE	Minoría CS deferente con TDLC
	54	2019	Deferente con FNE	
	39	2013	Deferente con FNE y minoría	
43		2007	Deferente con minoría	Contrario mayoría TDLC y FNE
132		2014	Deferente con minoría	
41		2006	Deferente en lo técnico	Aumenta multa
160		2020	Deferente en lo técnico	Acredita cartel
152		2017	Deferente	Interpretación legal
163		2019	Deferente	Cuestiones procesales
34		2006	No deferente	
38		2006	No deferente	
39		2006	No deferente	
81		2009	No deferente	
100		2011	No deferente	
121		2013	No deferente	
146		2016	No deferente	Minoría CS deferente con TDLC
154		2018	No deferente	Minoría CS deferente con TDLC
159		2020	No deferente	
161		2019	No deferente	
164		2020	No deferente	Minoría CS deferente con TDLC
	50	2017	No deferente	
	53	2019	No deferente	
	59	2020	No deferente	Minoría CS deferente con TDLC/FNE

- **Sentencia 34 - Enasa c. Municipalidad de Cauquenes**: El TDLC acogió con voto unánime la demanda de Enasa *"por incorporar en las Bases de Licitación disposiciones contrarias a las normas de libre competencia como la cláusula que hacía inadmisibles reclamos posteriores, y la que facultaba a la Municipalidad para poner término a los contratos en forma inmediata, anticipada, sin necesidad de justificación y sin derecho a reclamo ni indemnización alguna"*. La Corte Suprema revocó la sentencia reclamada y la rechazó en todas sus partes: *"el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, al disponer lo que se reprocha -acoger la denuncia- ha actuado fuera de sus facultades, y además apartándose del mérito del proceso, situación que amerita entonces el acogimiento de la reclamación intentada por la I. Municipalidad de Cauquenes"*. Se acordó con el voto minoritario de los Ministros Sres. Yurac y Oyarzún, *"quienes fueron de opinión de rechazar el recurso de reclamación de fojas 352, en contra de la sentencia de fojas 328, teniendo en consideración para ello los propios fundamentos de esta última"*.

- **Sentencia 38 - FNE c. Ultramar y otros**: Requerimiento de la FNE, a su juicio, las partes *"han incurrido en un acuerdo o práctica concertada, para hacer efectivo un cobro improcedente, simultáneo y tarifariamente similar"*. El Tribunal acogió el requerimiento, toda vez que *"se formó la convicción de que en este caso existió una imposición concertada, por parte de los agentes de naves requeridos, de cobros por servicios no solicitados por los exportadores"*. Sin embargo, la Corte Suprema acogió el recurso de reclamación, *"los cargos formulados no lograron ser establecidos ni probados, desde que el mencionado artículo 3º letra c) (...) establece una serie de actuaciones que deben ser voluntarias o dolosas, esto es, que tengan la intención de provocar determinado resultado. Por lo tanto, no puede comprender figuras en que la voluntad esté ajena, (...) no puede sancionárseles por supuestas o presuntas "colusiones" como fue calificada la actuación de éstas por la propia FNE"*.

- **Sentencia 39 - Quimel y Cementa c. James Hardie**: TDLC rechazó la demanda al considerar que la conducta *"no infringió las normas de libre competencia, por cuanto (a) no se puede inferir que la parte demandada haya detentado (...) de suficiente poder de mercado como para formarse una expectativa razonable de poder recuperar a futuro las pérdidas de corto plazo asociadas a la práctica materia de esta causa, ni (b) tampoco se demostró en el proceso que la parte demandada haya comercializado su producción de planchas lisas de fibrocemento bajo los costos evitables relevantes"*. Sin embargo, la Corte Suprema acogió el recurso de reclamación e impuso una multa a James Hardie Fibrocementos S.A. por 1.000 UTA. A su juicio, *"no es necesario para estar frente a una práctica predatoria que quien la ejerza tenga una posición dominante en el mercado, desde que uno de sus objetivos es justamente alcanzar ésta precisa-*

mente por no tenerla"; además, *"poseía los mecanismos necesarios para financiar las pérdidas económicas asociadas a la realización de dicha conducta, desde que obtenía utilidades por las exportaciones de tejas de fibrocemento a Estados Unidos de Norteamérica".*

- **Sentencia 41 - Chile Ciudadano y otros c. CAR**: TDLC acogió la demanda interpuesta por Fundación Chile Ciudadano y sancionó a CAR S.A. con una multa a beneficio fiscal ascendente a 200 unidades tributarias mensuales, por haber incumplido las instrucciones generales establecidas en la Resolución N° 666. La Corte Suprema acogió el recurso de reclamación, solo en relación al aumento de la multa a 1.000 UTM y consideró inadmisible lo demás.

- **Sentencia 43 - FNE c. Air Liquide y otros**: FNE presentó un requerimiento contra Air Liquide Chile, Indura, AGA y Praxair Chile por repartirse el mercado de provisión de oxígeno líquido medicinal a hospitales del sistema público de salud. El TDLC acogió parcialmente el requerimiento y acreditó que '*"incurrieron en una conducta concertada con el objeto de hacer fracasar la licitación convocada por la Central Nacional de Abastecimiento del Sistema Público de Salud, Cenabast, para proveer a los hospitales públicos de oxígeno líquido del año 2004"*. Sin embargo, fue acordada con el voto en contra del Ministro Tomás Menchaca Olivares: *"a juicio de este disidente no se encuentra acreditado en forma legal el hecho que las requeridas hayan actuado coludidas en la licitación..."*; y que *"la decisión de mayoría llegó a la conclusión de que las requeridas habrían estado coludidas fundamentalmente por vía conjetural, a partir del único hecho de que en las primeras etapas de la licitación todas las requeridas ofrecieron precios muy superiores al precio de referencia al que finalmente se adjudicaron los contratos y del análisis de las diversas hipótesis que explicarían tal comportamiento de las requeridas, llegando a la conclusión que es más plausible la hipótesis de colusión"*. La Corte Suprema siguió la linea argumental de Menchaca, por cuánto *'los documentos que acompañó [LA FNE] no demuestran la existencia de una concertación"*; *"no existen hechos probados que sirvan de indicios suficientes para acreditar que las requeridas actuaron concertadamente. La sentencia lo concluye del único hecho acreditado, cual es, que en las primeras etapas de la licitación las empresas de autos ofrecieron precios muy superiores al precio que cobraran a los hospitales antes de dicho proceso, y por cierto mayor que el precio de referencia..."*.

- **Sentencia 53 - Distribuidores de combustible c. Shell**: El TDLC acogió la demanda de la sociedad "Labbé Haupt y Compañía Limitada", sólo en cuanto declaró que *"Shell Chile ha infringido el Dictamen Nº 435 de la H. Comisión Preventiva Central, aclarado por el Dictamen Nº 438 de la misma Comisión"*. la Corte Suprema revocó la decisión ya que, *"aparece entonces que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en el caso de autos, carece de competencia*

para determinar alguna sanción en contra de Shell S.A.C.I luego de atribuirle el incumplimiento de un dictamen dictado por la Comisión Preventiva Central, de manera que la reclamación interpuesta por dicha empresa ha de ser acogida"; Por su parte, la Fiscalía Nacional Económica revisó el proceso, y emitió un informe *"sin que encontrara mérito para hacerse parte ni reprochara a Shell conducta alguna atentatoria contra la libre competencia. Señala que el propio tribunal reconoció que las presuntas infracciones por las que fue sancionado no formaron parte del litigio, desde que tal materia no fue incluida como punto controvertido en la resolución que recibió la causa a prueba".*

- **Sentencia 81 - FNE c. JAC**: EL TDLC acogió el requerimiento de la FNE y ordenó modificar las Bases de Licitación elaboradas por la Junta de Aeronáutica Civil con el objeto de adjudicar siete frecuencias aéreas restringidas directas entre las ciudades de Santiago y Lima. La Corte Suprema rechazó el requerimiento formulado por la Fiscalía Nacional Económica, quedando sin efecto en consecuencia las medidas ordenadas adoptar a la Junta de Aeronáutica Civil.

- **Sentencia 100 - Nutripro c. Puerto Terreste Los Andes**: TDLC acogió la demanda interpuesta por Nutripro S.A en contra de Puerto Terrestre Los Andes Sociedad Concesionaria (PTLA) por cobrar la tarifa máxima regulada en las Bases de la Licitación para el servicio de estiba y desestiba (TEDO), por un servicio diferente y de menor costo al regulado por ésta. La Corte Suprema acogió el recurso de reclamación, en línea con los argumentos del recurrente, por cuanto el TDLC sería incompetente en la materia, que infringe las reglas legales de interpretación de los contratos y, *"que el pronunciamiento sobre la racionalidad económica de la tarifa TEDO puesta en la BALI transgrede la Ley del Contrato de Concesión y la Ley de Concesiones de Obras Públicas y desnaturaliza el contrato".*

- **Sentencia 104 - FNE c. Telefónica y otras**: TDLC rechazó el requerimiento FNE en contra de las empresas de telefonía móvil Movistar, Entel y Claro, al no acreditarse los requisitos para configurar las conductas exclusorias denunciadas, entre ellas, la negativa de venta. La Corte Suprema revocó la decisión del TDLC, condenando a las requeridas.

- **Sentencia 113 - FNE c. Abercrombie & Kent y otros**: El TDLC rechazó el Requerimiento de la FNE por un un acuerdo anticompetitivo destinado a obtener que una empresa operadora de hoteles de lujo en el país -Explora Chile- subiera la comisión que paga a las requeridas por los servicios que éstas le presta. Si bien el TDLC confirmó indicios de coordinación, la conducta *"no tuvo aptitud causal para conferirles (. . .) un poder de mercado suficiente del que pudiesen valerse en forma abusiva respecto de Explora, como exigía la letra a) del artículo*

3° del DL211". La Corte Suprema acogió el recurso de reclamación de la FNE y Explora, *"basta para configurar el ilícito allí sancionado, el ejecutar actos que tiendan a producir como efecto el impedir, restringir o entorpecer la libre competencia, sin que sea necesario que se haya producido efectivamente dicho resultado, ni tampoco que el abuso de posición que el acuerdo entre los agentes económicos permite alcanzar, mantener o incrementar, sea requisito para que exista la colusión que la ley sanciona"*.

- **Sentencia 121 - Naviera Valdivia c. MOP**: El TDLC acogió la demanda de Naviera Valdivia y Otros contra el Fisco y Somarco, *"el Fisco diseñó una licitación que facultó al concesionario a cobrar una tarifa exclusoria de competidores, y en que Somarco –el concesionario– efectivamente cobró una tarifa que produce estos efectos, pudiendo libremente haber establecido una que no excluyera o tendiese a excluir a sus competidores"*. La Corte Suprema revocó la decisión del Tribunal, ya que, a su juicio, *"la actividad comercial de las denunciantes ha podido continuar desarrollándose en términos razonables, tanto es así que han convenido la tarifa a pagar, la cual se enmarca también dentro de los parámetros que había fijado la licitación y de esta forma todos los actores partícipes de este mercado continúan operando en él"* y que *"los consumidores se han visto beneficiados por cuanto a través de la licitación se les ha dotado de un medio de transporte permanente y continuo"*.

- **Sentencia 132 - Sonda c. Registro Civil**: El TDLC acogió la demanda de Sonda por estimar discriminatoria la conducta del Registro Civil, al excluirla de la licitación internacional convocada para prestar servicio de sistema de identificación, documentos de identidad y viaje y servicios relacionados. La Corte Suprema revocó la decisión ya que, en línea con el voto en contra del Ministro Tomás Menchaca, *"la materia sometida al conocimiento y decisión del TDLC (...) escapa por completo el ámbito e su competencia y se inscribe de lleno en aquel que es propio del Tribunal de Contratación Pública, órgano de la judicatura a quien corresponde exclusivamente decidir en torno a la existencia de actos u omisiones arbitrarios o ilegales verificados con ocasión de procedimientos administrativos de contratación con organismos públicos"*.

- **Sentencia 146 - Conadecus c. Movistar, Claro y Entel**: El TDLC rechazó la demanda de Conadecus contra Telefónica Móviles Chile y otros, ya que *"el demandante carece de legitimación activa para presentar una demanda por actos exclusorios, al no ser los consumidores los sujetos pasivos inmediatos de las conductas denunciadas en autos"* y, *"sólo la Fiscalía Nacional Económica tiene la representación del interés público en materia de libre competencia y, en consecuencia, los particulares que demandan en esta sede deben tener un interés legítimo distinto de tal interés general"*. Sin embargo, la Corte Suprema revocó la decisión del TDLC

y ordenó que vuelvan los autos al TDLC, *"Conadecus está revestida de la legitimación activa para deducir la demanda de autos, actuando en representación del interés de los consumidores frente a una conducta que califica de anticompetitiva"*.

- **Sentencia 153 - WSP Servicios Postales c. Superintendencia de Salud**: El TDLC rechazó la demanda de WSP, empresa privada de servicios postales, contra la Superintendencia de Salud por entregar exclusividad a Correos de Chile en el envío de cartas certificadas de Instituciones de Salud Previsional dirigidas a sus afiliados. La discusión en el TDLC se centra en torno a si se encuentra amparado legalmente el monopolio de Correos de Chile respecto a las cartas certificadas. La Corte Suprema acoge el recurso de reclamación de WSP y ordenó a la Superintendencia modificar sus oficios que conferían la exclusividad, ya que la interpretación de la Superintendencia carecería de sustento legal y restringiría la libre competencia, al establecer barreras injustificadas a la entrada, "sin asidero legal".

- **Sentencia 154 - Conadecus c. Movistar, Claro y Entel II**: El TDLC rechazó la demanda de Conadecus. A su juicio, la participación de las demandadas en el concurso para otorgar concesiones del espectro radioeléctrico, excediendo los límites del que pueden disponer (60MHZ) no atenta contra la libre competencia. La Corte Suprema revocó la decisión y señaló que *" el TDLC descartó que las empresas demandadas tengan una posición de dominio en el mercado relevante (...). Sin embargo, esta Corte no comparte tal apreciación, puesto que son varios los factores, estructurales y de conducta, que determinan que una empresa se encuentre en una posición de dominio, entre los que cabe destacar las barreras de entrada"*. Entre otros, la Suprema estableció que, *"a diferencia del TDLC, las participaciones de mercado deben analizarse de manera conjunta (y alcanzan un 83 %) y no de manera individual"*.

- **Sentencia 159 - Conadecus c. Cencosud**: El TDLC rechazó incumplimiento de Resolución 43 y sobre el contrato de arrendamiento, este no recayó sobre un supermercado sino que sobre local semi-vacío, por lo que no constituye una operación de concentración. Por lo tanto, no incumplió el Avenimiento. Sin embargo, la Corte Suprema concluyó que el razonamiento del Tribunal fue erróneo y solicitó el término de contrato de arrendamiento (desinvertir inmueble) o realizar consulta.

- **Sentencia 160 - FNE c. CMPC y SCA**: TDLC acreditó colusión y reconoció las delaciones compensadas. Definió coacción como violencia física o sicológica. Sin embargo, la Corte Suprema revocó la decisión y quitó el beneficio de la delación compensada. A su juicio constituye coacción *"la amenaza a uno de sus competidores con llevarlo a la quiebra en caso de que no se pliegue*

o no se mantenga en un cartel".

- **Sentencia 161 - TVI c. VTR**: El TDLC rechazó la demanda contra VTR. La demandada carecería de incentivos para negar la compra ni existen barreras a la entrada significativas. Además, VTR no tendría poder de mercado. La Corte Suprema revocó la decisión y señala que, *"en razón de las consideraciones anteriores, esta Corte se avoca a realizar el examen omitido por el Tribunal, es decir, determinar si efectivamente VTR incumplió la Condición Quinta al terminar unilateralmente el contrato que mantenía vigente con TVI, toda vez que lo equivale a una negativa de compra"*. La Corte Suprema ordenó el cese de la conducta, abrir un periodo de negociaciones o terminar el contrato, según los términos previamente establecidos.

- **Sentencia 163 - Alimentos Bíobío c. Alimentos y Frutos**: El TDLC rechaza la demanda, por cuanto no es posible pronunciarse acerca de la conducta imputada de modo conjunto sin hacerlo acerca de la eventual responsabilidad de G&N, lo que no resulta materialmente posible en atención a los desistimientos presentados. Por esto, la demanda contra los proveedores por esta conducta no puede perseverar. La Corte Suprema acoge el recurso de reclamación de Alimentos Bíobío, se anula de oficio la sentencia y se remiten autos al TDLC para que jueces no habilitados se pronuncien sobre el fondo.

- **Sentencia 164 - Oscar Morales c. Trefimet**: TDLC acoge demanda por actos de competencia desleal para alcanzar, mantener o incrementar posición dominante. Sin embargo, la Corte Suprema acogió el recurso de reclamación de Trefimet. Las comunicaciones que constituyen el centro de la controversia no pueden ser calificadas como ilegítimas (no se adujo existencia de disposiciones legales o contractuales que prohíban la comunicación) y, en consecuencia, no pueden entenderse como acto de competencia desleal. Además, las conclusiones del TDLC recaerían sobre asuntos jurídicos que no son de su competencia e idoneidad (plausibilidad infracción que recae sobre Tribunal de Propiedad Intelectual).

- **Resolución 27 - Subtel sobre participación en concurso 3G**: TDLC resolvió que no es procedente excluir a actuales concesionarios en el concurso de tecnología 3G, imponiendo tres condiciones: (i) implementar portabilidad numérica y (ii) subdividir banda de frecuencia y (iii) definir plazos de ejecución y de puesta en servicio. La Corte Suprema acogió parcialmente los recursos de reclamación interpuestos, elimina la Condición Primera y reemplaza la Condición Segunda, estableciendo un límite máximo de 60 MHz, soliicitado por la FNE.

- **Resolución 39 - Terpel sobre adquisición de activos de Quiñenco (Shell)**: el Tribunal rechazó la adquisición de activos de Terpel por Quiñenco (Shell) ya que no vislumbró medidas

de mitigación suficientes para restablecer los niveles de competencia existentes, producto de la desaparición de un rival importante y la baja probabilidad de entrada. Sin embargo, la Fiscalía, quien reconoció que la operación aumentará los riesgos de coordinación, propuso la adopción de medidas de desinversión de estaciones de servicio en aquellas comunas en que operan tanto Enex como Terpel. Por su parte, el voto de minoría (Ministros Menchaca y Peña) estuvo por aprobar la operación de manera pura y simple. La Corte Suprema acogió el recurso de reclamación de Terpel Chile, Quiñenco, Enex y Petróleos Trasandinos, del que la Fiscalía se hace parte y aprobó la operación sujeto a medidas de mitigación.

- **Resolución 50 - Asilfa sobre bases de licitación de medicamentos**: TDLC aprobó las bases de licitación. Es necesario definir mercado relevante y la enumeración genérica de productos no permite determinarlo. El bajo porcentaje de CENABAST (máximo 10 %) permite desestimar eventual infracción. La Corte Suprema acogió el recurso de reclamación de Asilfa. La CS establece que Cenabast tendría poder de compra. A su juicio, todas las falencias en las Bases Tipo evidencian que, dentro del mercado relevante de aprovisionamiento de medicamentos e insumos médicos a establecimientos públicos, Cenabast ha utilizado su posición de dominio, a fin de establecer condiciones de mercado que hacen soportar a los oferentes las consecuencias de la mora de los deudores.

- **Resolución 53 - Cruz Verde sobre merchant discount de Transbank**: TDLC resuelve que el Plan de Autorregulación no cumple con establecer merchant discounts públicos, objetivos, de general aplicación y no discriminatorios. Transbank deberá proponer un nuevo PAR, bajo ciertas condiciones. Se acoge el recurso de reclamación de Transbank, dejando sin efecto la Resolución 53/2018 del TDLC. Transbank deberá adaptar el PAR con merchant discounts públicos, motivados, objetivos, razonables, de general aplicación, no discriminatorios y que respeten la garantía constitucional de igualdad ante la ley. Asimismo, no podrá diferenciar por volúmenes de operaciones, montos totales en períodos predeterminados, categorías ni por rubros a los comercios que reciban pagos mediante tarjetas de crédito o de débito.

- **Resolución 54 -ACHET sobre fusión LATAM con American Airlines y otras**: El TDLC aprueba la operación de concentración entre (i) LATAM y American Airlines para el transporte de pasajeros y carga entre América del Sur y Norteamérica y entre (ii) LATAM e Iberia y British Airways para el transporte de pasajeros y carga entre América del Sur y Europa. La Corte Suprema acoge el recurso de reclamación de la Fiscalía y otros y concluyó que las medidas de mitigación decretadas por el TDLC eran insuficientes para neutralizar los riesgos detectados para el transporte de pasajeros.

- **Resolución 59 - Subtel sobre límite máximo espectro radioeléctrico**: TDLC acogió la consulta y fijó límites de espectro para cada una de las macrobandas. Sin embargo, rechazó las medidas adicionales propuestas por la SUBTEL. La Corte Suprema acogió los recursos de reclamación de Conadecus, WOM y Netline y CS modificó los límites, en linea con límites propuestos por la SUBTEL. En particular, aprobó parte de las medidas adicionales que fueron propuestas por Subtel pero rechazadas por el TDLC.

Este documento se encuentra sujeto a los términos y condiciones de uso disponibles en nuestro sitio web:
http://www.centrocompetencia.com/terminos-y-condiciones/

Cómo citar este artículo:
CeCo UAI, “Grado de deferencia de la Corte Suprema con el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia”, *Investigaciones CeCo* (mayo, 2022),
http://www.centrocompetencia.com/category/investigaciones

Envíanos tus comentarios y sugerencias a **info@centrocompetencia.com**
CentroCompetencia UAI – Av. Presidente Errázuriz 3485,
Las Condes, Santiago de Chile