

TRIBUNAL DE DEFENSA
27 NOV 2021 20:00
DE LA LIBRE
COMPETENCIA

En lo Principal: Interponen recurso de reclamación; En el Otrosí: Solicitan lo que indica.

H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

Ramiro Mendoza Zúñiga y Matías Mori Arellano, abogados, en representación de Correos de Chile (“Correos”) en autos caratulados “Servicios de Correspondencia Envía Limitada con Correos de Chile y otro”, Rol C-359-2018, Cuaderno Principal, al H. Tribunal, con respeto, decimos:

Que por el presente acto, y en conformidad con lo dispuesto en el artículo 27 del Decreto Ley N° 211 de 1973, que Fija Normas para la Defensa de la Libre Competencia (“DL 211”) venimos en interponer fundado recurso de reclamación en contra de la sentencia definitiva N° 178/2021, dictada por el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“H. Tribunal” o “TDLC”) de fecha 15 de noviembre de 2021 y notificada personalmente a esta parte con fecha 16 de noviembre de 2021, a fojas N° 3654 (“Sentencia Reclamada”), que acogió la demanda interpuesta por Servicios de Correspondencia Envía Limitada (“Envía” o “Demandante”), por supuestas infracciones a las normas contempladas en los literales b) y c) del artículo 3° del DL 211.

Solicitamos asimismo al H. Tribunal tener por interpuesto el presente recurso para ante la Excm. Corte Suprema y admitirlo a tramitación, para que ésta, conociendo de él, revoque la Sentencia Reclamada conforme a los fundamentos de hecho, derecho y económicos que se expondrán a continuación, dejando en consecuencia sin efecto la multa interpuesta a Correos, así como también la condena en costas. En subsidio, solicitamos a la Excm. Corte Suprema que la multa en cuestión sea reducida sustancialmente, y se exima a esta parte de la condena en costas.

El presente recurso atiende a los siguientes vicios adjetivos y sustantivos en que incurre la Sentencia Reclamada, los que serán desarrollados a continuación:

En primer lugar, a pesar de la excesiva demora en su pronunciamiento, cercana al año contado desde la vista de la causa, la Sentencia Recurrída: (a) infringe las normas aplicables sobre la forma de las sentencias, (b) contiene una decisión incompleta y carente de orden lógico, empleando terminología en idioma extranjero en sus enunciados, (c) contradice en su parte considerativa sentencias interlocutorias dictadas en el mismo proceso, y (d) omite de manera flagrante exponer etapas procesales del juicio.

En segundo lugar, la Sentencia Recurrída desconoce por completo las discusiones que tuvieron lugar con oportunidad de las medidas prejudiciales discutidas previo a la interposición de la demanda, así como también desconoce las importantes consecuencias jurídicas que se siguen de haber acogido

las excepciones dilatorias deducidas por nuestra representada y por el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones (“MTT”). Resolución que excluyó del proceso al MTT y ordenó a la Demandante corregir íntegramente su demanda original.

En tercer lugar, la Sentencia Reclamada yerra en la determinación del mercado relevante del producto, ignorando las particularidades que permiten diferenciar el mercado de grandes clientes corporativos respecto de las empresas de menor tamaño. Ello, en relación con el poder de negociación de los clientes, en este caso, particularmente del sector financiero, frente a los proveedores de servicios de correspondencia, y el bajo costo de sustitución de un proveedor por otro. El TDLC definió el mercado relevante de una manera más amplia de lo que había sido solicitado por Envía.

En cuarto lugar, la Sentencia Reclamada incurre en graves vicios al momento de pronunciarse acerca de la excepción de prescripción extintiva deducida por Correos respecto de las conductas relacionadas con la licitación del Banco Santander ocurridas el año 2014. Lo anterior, contraviniendo el tenor literal de la norma y la jurisprudencia asentada tanto por el TDLC como por esta Excm. Corte Suprema.

En quinto lugar, la Sentencia Reclamada argumentó deficientemente su decisión de acoger la imputación de conducta desleal respecto de Sociedad de Cobranzas Payback S.A. (“Ripley Payback o Payback”), desconociendo los dichos de los propios representantes de dicha empresa que aclararon la ausencia de presiones por parte de nuestra representada para que Ripley Payback contratase con Correos de Chile, lo que en todo caso no llegó a ocurrir. Incluso dos Ministros abogados del TDLC votaron, conforme a derecho, por su rechazo.

En sexto lugar, la Sentencia Reclamada se limitó a realizar un análisis genérico de las tres conductas individualizadas como supuestas infracciones al literal b) del artículo 3 del DL 211, descuentos exclusorios constitutivos de abuso de posición dominante, relacionados con los clientes CMR Falabella, Scotiabank y Banco Santander, omitiendo pronunciarse sobre las defensas específicas expuestas por Correos.

Asimismo, el TDLC aplica un test mucho más riesgoso en términos de política de competencia, que restringe excesivamente la posibilidad de ofrecer descuentos beneficiosos desde el punto de vista de la competitividad de los mercados. Lo anterior, al punto que la Sentencia Reclamada condena a Correos aun cuando no se acreditó ningún efecto exclusorio derivado de las conductas de Correos, toda vez que, Envía sigue compitiendo en el mercado relevante. La metodología de análisis de los descuentos consideró insumos numéricos respecto de los cuales el mismo TDLC reconoce no existir consenso sobre su utilización como se señalan en las tablas 8 y 9 elaboradas por el TDLC.

En séptimo lugar, la Sentencia Reclamada establece una multa a beneficio fiscal en abierta contravención a los criterios establecidos en el artículo 26 del DL 211. El cálculo del beneficio económico obtenido no se condice con la realidad, y no existe una adecuada aplicación de los criterios que el legislador establece para la determinación de la multa, vulnerando principios del derecho administrativo sancionador. Además, infringe lo establecido por la jurisprudencia del propio TDLC en la materia.

En octavo lugar, la Sentencia Reclamada impone una condena en costas a nuestra representada en abierta contravención del artículo 144 del Código de Procedimiento Civil (“CPC”), toda vez que tuvo motivo plausible para litigar, y atendida la existencia de un voto de minoría fundado en derecho de dos de los ministros abogados de un tribunal colegiado.

Finalmente, una decisión como la reclamada evidencia un análisis desprolijo de los antecedentes de un pleito tramitado durante más de 3 años (iniciado el 2018) con un expediente de 3655 fojas y que fuera iniciado por dos operadores postales privados, Envía y WSP, este último excluido del litigio al pretender hacerse parte, que tiene por finalidad un ajuste de cuentas entre competidores en un mercado de una alta intensidad competitiva.

Cualquier persona esperaría que un fallo dictado en un plazo de un año desde la fecha de los alegatos, verificados el 30 de noviembre de 2020, tuviese un estudio acabado y profundo análisis de los antecedentes, cuestión que, como expondrá esta parte, no ocurrió. A continuación, encontrará un índice de contenidos.

Contenido

- 1. VICIOS FORMALES DE LA SENTENCIA RECLAMADA: LA SENTENCIA RECLAMADA INFRINGE DISTINTAS NORMAS ADJETIVAS RESPECTO DE LA FORMA DE LAS SENTENCIAS. HABIENDO TRANSCURRIDO 350 DÍAS DESDE LA VISTA DE LA CAUSA 6
 - 1.1. PRIMER VICIO FORMAL DE LA SENTENCIA RECLAMADA: EL TDLC INFRINGIÓ LAS NORMAS LEGALES APLICABLES SOBRE EL PLAZO PARA DICTAR EL FALLO RECLAMADO: 337 DÍAS EN ESTUDIO Y 350 DESDE LA VISTA DE LA CAUSA 6
 - 1.2. SEGUNDO VICIO FORMAL DE LA SENTENCIA RECLAMADA: EL FALLO INFRINGE LAS NORMAS LEGALES QUE REGULAN LA FORMA DE LAS SENTENCIAS..... 8
 - 1.3. TERCER VICIO FORMAL DE LA SENTENCIA RECLAMADA: LA SENTENCIA NOTIFICADA CONTIENE UN FALLO INCOMPLETO Y CONSIDERANDOS ENUNCIADOS EN IDIOMA EXTRANJERO 10
 - 1.4. CUARTO VICIO FORMAL DE LA SENTENCIA RECLAMADA: LA CONTROVERSIA SOBRE EL DERECHO DE CONDUCCIÓN FUE EXCLUIDA DEL DEBATE POR RESOLUCIÓN DEL TDLC. EL FALLADOR OMITE EXPONER ESTA DECISIÓN, PERO LA MISMA FORMA PARTE DE SU RESOLUCIÓN 14

1.5. QUINTO VICIO FORMAL DE LA SENTENCIA RECLAMADA: LA SENTENCIA EXCLUYE Y OMITI EXPONER LAS ETAPAS DEL PROCESO, NARRANDO UN PROCESO DISTINTO AL QUE CONSTA EN EL EXPEDIENTE.....	15
1.5.1. PRIMERA MEDIDA PREJUDICIAL PROBATORIA DE EXHIBICIÓN DE DOCUMENTOS PLANTEADA POR ENVÍA.....	15
1.5.2. SEGUNDA MEDIDA PREJUDICIAL INTERPUESTA POR ENVÍA.....	16
1.5.3. EXCEPCIONES DILATORIAS OPUESTAS POR CORREOS DE CHILE: TDLC ORDENA EXCLUIR AL MTT DEL PLEITO.....	16
1.5.4. SOLICITUD DE WSP DE HACERSE PARTE EN EL JUICIO.....	17
1.6. CONCLUSIONES PARCIALES SOBRE LOS VICIOS FORMALES DE LA SENTENCIA RECLAMADA.	18
2. VICIOS SUSTANTIVOS DE LA SENTENCIA RECLAMADA: ERRORES DE ANÁLISIS ECÓNOMICO Y DE DERECHO: NUEVAS TEORÍAS PARA ANALIZAR CONDUCTAS YA RESUELTAS JURISPRUDENCIALMENTE POR EL TDLC Y LA EXCMA. CORTE SUPREMA.....	18
2.1. PRIMER VICIO SUSTANTIVO DE LA SENTENCIA RECLAMADA: IGNORA LAS PARTICULARIDADES DEL MERCADO DE SERVICIOS DE CORRESPONDENCIA DE GRANDES CLIENTES CORPORATIVOS, QUE DERIVA EN ERRORES VALORATIVOS SOBRE EL PODER DE MERCADO DE CORREOS Y EL ANÁLISIS DE LAS ACUSACIONES DE ENVÍA.....	18
2.1.1. EL MERCADO RELEVANTE ES EL DE LOS SERVICIOS OFRECIDOS A SOLO GRANDES CLIENTES CORPORATIVOS Y NO INCLUYE A PERSONAS JURÍDICAS DE DERECHO PÚBLICO SEGÚN LA DEMANDA.....	19
2.1.2. CORREOS NO POSEE PODER DE MERCADO SOBRE SUS COMPETIDORES, SOBRE TODO SI COMPITEN POR ATENDER A IMPORTANTES ACTORES DEL SECTOR FINANCIERO.	24
2.2. SEGUNDO VICIO SUSTANTIVO DE LA SENTENCIA RECLAMADA: EL TDLC RECHAZA LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN PARA EL CASO SANTANDER, INFRINGIENDO EL TENOR DEL DL 211 Y DE LA JURISPRUDENCIA TANTO DEL TDLC COMO DE LA EXCMA. CORTE SUPREMA....	27
2.3. TERCER VICIO SUSTANTIVO DE LA SENTENCIA RECLAMADA: INSUFICIENTE MOTIVACIÓN DEL TDLC AL ACOGER LA IMPUTACIÓN DE CONDUCTA DESLEAL RESPECTO DE LA EMPRESA RIPLEY PAYBACK: LOS PROPIOS REPRESENTANTES DE LA EMPRESA, PRESENTADOS COMO TESTIGOS POR ENVÍA, NEGARON LA VERSIÓN DE LOS HECHOS SOSTENIDA, ACREDITANDO LA AUSENCIA DE UN ILÍCITO ANTICOMPETITIVO DE COMPETENCIA DESLEAL (VOTO DE MINORÍA).....	34
2.3.1. EL CONCEPTO DE COMPETENCIA DESLEAL DEL ARTÍCULO 3° DE LA LEY N°20.169: EXIGENCIA DE UNA CONDUCTA CONTRARIA A LA BUENA FE O LAS BUENAS COSTUMBRES QUE PERSIGA UN DESVÍO DE CLIENTELA.....	36
2.3.2. IMPOSIBILIDAD DE CALIFICAR JURÍDICAMENTE LA CONDUCTA DE CORREOS DE CHILE COMO CONTRARIA A LA BUENA FE O LAS BUENAS COSTUMBRES.	39
2.3.3. NO SE SUSCRIBIÓ CONTRATO ALGUNO ENTRE CORREOS DE CHILE Y PAYBACK.....	42
2.4. CUARTO VICIO SUSTANTIVO DE LA SENTENCIA RECLAMADA: EL ANÁLISIS REALIZADO POR EL TDLC DE LAS ACUSACIONES POR INFRACCIÓN AL ARTÍCULO 3 B) DEL DL 211 DEJA DE LADO LAS PARTICULARIDADES DE CADA CASO, Y SIENTA UN PELIGROSO PRECEDENTE DE POLÍTICA DE COMPETENCIA.....	44
2.4.1. AUSENCIA DE ANÁLISIS DE CADA CASO EN PARTICULAR: EL TDLC NO ANALIZÓ EL EXPEDIENTE E IGNORÓ LOS REALES MOTIVOS QUE TUVO CADA CLIENTE PARA CONTRATAR CON CORREOS DE CHILE, IGNORANDO LAS DEFENSAS PARTICULARES ESGRIMIDAS EN LOS CASOS DE SANTANDER, SCOTIABANK Y CMR FALABELLA.....	44
2.4.2. EL ESTÁNDAR FIJADO POR EL TDLC EN ESTE CASO AMENAZA CON SANCIONAR COMO ANTICOMPETITIVAS POLÍTICAS DE DESCUENTO QUE SON LEGÍTIMAS Y FORTALECEN LA COMPETENCIA.....	51

2.5. QUINTO VICIO SUSTANTIVO DE LA SENTENCIA RECLAMADA: LA SENTENCIA NO DESARROLLA LOS CRITERIOS UTILIZADOS PARA LA PONDERACIÓN DE LA PRUEBA 63

2.6. SEXTO VICIO SUSTANTIVO DE LA SENTENCIA RECLAMADA: LA SENTENCIA IMPUSO UNA SANCIÓN A CORREOS QUE INFRINGE EL ARTÍCULO 26 DEL DL 211 Y PRINCIPIOS BÁSICOS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR 63

2.6.1. LA MULTA IMPUESTA A CORREOS INFRINGE LAS REGLAS PARA SU DETERMINACIÓN, ESTABLECIDAS EN EL ARTÍCULO 26 DEL DL 211..... 64

2.6.2. LA CONDENA EN COSTAS IMPUESTA A CORREOS EN LA SENTENCIA ES IMPROCEDENTE, POR INFRINGIR LOS ARTÍCULOS 144 Y 146 DEL CPC..... 74

1. VICIOS FORMALES DE LA SENTENCIA RECLAMADA: LA SENTENCIA RECLAMADA INFRINGE DISTINTAS NORMAS ADJETIVAS RESPECTO DE LA FORMA DE LAS SENTENCIAS. HABIENDO TRANSCURRIDO 350 DÍAS DESDE LA VISTA DE LA CAUSA

1.1. PRIMER VICIO FORMAL DE LA SENTENCIA RECLAMADA: EL TDLC INFRINGIÓ LAS NORMAS LEGALES APLICABLES SOBRE EL PLAZO PARA DICTAR EL FALLO RECLAMADO: 337 DÍAS EN ESTUDIO Y 350 DESDE LA VISTA DE LA CAUSA

1. Como punto de inicio de los reproches que esta parte realizará de la sentencia definitiva de fecha 15 de noviembre de 2021 dictada por el TDLC, se destaca la excesiva demora en la dictación de la Sentencia Reclamada.
2. En efecto, consta en el expediente que la vista de la causa C-359-2018 tramitada ante el TDLC, tuvo lugar el 30 de noviembre de 2020, según consta en el Certificado de Vista que rola a fojas 3844. En dicha certificación, la Sra. Secretaria dio fe que la causa quedó en estado de estudio:

CERTIFICADO

Certifico que a la hora fijada en autos se llevó a efecto la vista de la causa ante los Ministros Sr. Enrique Vergara Vial, Presidente, Sra. Daniela Gorab Sabat, Sra. María de la Luz Domper Rodríguez, Sr. Ricardo Paredes Molina y Sr. Jaime Barahona Urzúa, alegando el apoderado de la demandante, Envía Servicios de Correspondencia Limitada y el apoderado de la demandada, Empresa Correos de Chile.

La causa quedó en estado de estudio ante los Ministros señalados, a contar de esta fecha.

Santiago, treinta de noviembre de dos mil veinte.

Rol C N° 359-18

3. Posteriormente, no hubo ningún movimiento, durante casi un año corrido hasta el día 2 de noviembre de 2021 en el que el TDLC dictó el decreto de vigencia del estado de acuerdo según consta en la resolución de fojas 3567:

**REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

Santiago, dos de noviembre dos mil veintiuno.

A fojas 3560: téngase presente.

Rija el estado de acuerdo a contar de esta fecha.

Notifíquese por el estado diario.

Rol C N° 359-18

Certifico que, con esta fecha, se notificó por el estado diario la resolución precedente.

4. Es decir, desde la vista de la causa el expediente estuvo en estado de estudio por **337 días**. Luego, con fecha 2 de noviembre de 2021 rige el estado de acuerdo y la Sentencia Reclamada se dicta con fecha 15 de noviembre de 2021 y se notificó a las partes por la propia secretaria abogada del TDLC en audiencia celebrada por medios telemáticos el día 16 de noviembre del presente. La demora en la tramitación se grafica en la siguiente tabla:

Vista de la causa, estado de estudio y estado de acuerdo: días transcurridos con la causa en estado de estudio y en estado de acuerdo.

Desde	Hasta	Número de días
Causa en estado estudio (30 de noviembre de 2020)	Causa en acuerdo (2 de noviembre de 2021)	337 días
Causa en estado de acuerdo (2 de noviembre de 2021)	Dictación de la sentencia definitiva (15 de noviembre de 2021)	13 días
Vista de la causa (30 de noviembre de 2020)	Dictación de la sentencia definitiva (15 de noviembre de 2021)	350 días

5. En relación con el extenso tiempo utilizado por el Tribunal, es necesario señalar que esta demora infringe con creces la norma legal que regula la dictación de sentencias por parte del TDLC, esto es, el inciso primero del artículo 26 del DL 211. La norma citada dispone que:

“La sentencia definitiva será fundada, debiendo enunciar los fundamentos de hecho, de derecho y económicos con arreglo a los cuales se pronuncia. En ella se hará expresa mención de los fundamentos de los votos de minoría, si los hubiere.

Esta sentencia deberá dictarse dentro del plazo de cuarenta y cinco días, contado desde que el proceso se encuentre en estado de fallo.”

6. El TDLC, luego de la vista de la causa, ordenó el “estudio” de la causa para subvertir el plazo antes citado, tal como consta en el Certificado de Vista de **fecha 30 de noviembre de 2020**, ya que respecto de dicho estado no corre el plazo de 45 días para dictar la sentencia definitiva según la norma transcrita. De esa forma, el TDLC dejó pasar **337 días** sin realizar actividades que impulsen la dictación de la sentencia definitiva, para luego decretar el “estado de acuerdo” respecto del cual debe respetar el plazo del artículo 26 del DL 211.
7. El TDLC da una apariencia de obediencia de las normas aplicables al dictar la sentencia en el plazo de 13 días contados desde que rige el estado de acuerdo (2 de noviembre de 2021) hasta la dictación de la Resolución reclamada (15 de noviembre de 2021). La utilización estratégica de los conceptos de “estado de estudio” y “estado de acuerdo” solo tienen por fin eludir el espíritu del artículo 26 del DL 211, esto es, **que la sentencia se dicte dentro del plazo**

de 45 días. Pese a ello, el TDLC pretende omitir el tiempo excesivo procurándose un plazo, de casi un año, para la dictación de la sentencia definitiva mediante variaciones en los estados procesales de la redacción del fallo de suyo impropios.

8. La demora no fue imperceptible para esta parte, al punto que se la hizo presente al TDLC¹, y tampoco lo ha sido en otras ocasiones para esta Excma. Corte, que en su sentencia reciente de fecha 8 de enero de 2018, conociendo de un recurso de reclamación², en causa Rol N° 58.909-2016, llamó la atención de a los jueces del TDLC por el excesivo tiempo y demora en la tramitación de la causa C-287-2014.

“Se previene que los Ministros Sr. Muñoz. y Sr. Aranguiz fueron de parecer de llamar la atención a los jueces del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia atendido el excesivo tiempo empleado en la tramitación de estos autos y la consiguiente demora que ello ha provocado”³.

9. Lo anterior, deja en evidencia que para esta Excma. Corte no es un asunto baladí la infracción de las normas que establecen los plazos para la dictación de las sentencias.

1.2. SEGUNDO VICIO FORMAL DE LA SENTENCIA RECLAMADA: EL FALLO INFRINGE LAS NORMAS LEGALES QUE REGULAN LA FORMA DE LAS SENTENCIAS

10. La Sentencia Reclamada, además, infringe las normas legales aplicables a la forma de las sentencias contenidas en el Auto Acordado de la Corte Suprema sobre la forma de las sentencias del año 1920, y en el Código Orgánico de Tribunales (“COT”), cuerpo normativo aplicable por expresa remisión del DL 211.
11. La Excma. Corte Suprema en su Auto Acordado sobre la forma de las sentencias ha señalado que toda sentencia definitiva dictada por un Tribunal colegiado **debe expresar la identidad del ministro redactor del fallo**. En efecto, el numeral 15° del Auto Acordado citado, indica:

“15° El nombre del ministro redactor de la sentencia si fuere ésta dictada por un tribunal colegiado”.

¹ Escrito de fojas 3531.

² Deducido en contra de la Sentencia N° 153/2016 dictada por el TDLC, en autos caratulados “Demanda de Contetel Ltda. Contra Telefónica Móviles Chile S.A.”.

³ Sentencia Excma. Corte Suprema, Rol 58.909-2016, de fecha 8 de enero de 2018. En la parte final de la resolución se encuentra la prevención de los Sres. Ministros.

- 12. Tal exigencia no fue observada por el TDLC. Lo anterior consta en la sentencia definitiva N° 178/2021 dictada el 15 de noviembre de 2021, en que no se individualizó su redactor:

Pronunciada por los Ministros Sr. Enrique Vergara Vial, Presidente, Sra. Daniela Gorab Sabat, Sra. María de la Luz Domper Rodríguez, Sr. Ricardo Paredes Molina y Sr. Jaime Barahona Urzúa. Autorizada por la Secretaria Abogada (S), Angélica Burmester Pinto.

- 13. Adicionalmente, la indeterminación del redactor de la Sentencia Reclamada no observa las normas pertinentes contenidas en el COT, aplicables en esta materia, por expresa remisión del inciso segundo del artículo 9° del DL 211:

*“El quórum para sesionar será de a lo menos tres miembros, y los acuerdos se adoptarán por simple mayoría, dirimiendo el voto de quien presida en caso de empate. **En lo demás se estará a lo dispuesto en el Párrafo 2 del Título V del Código Orgánico de Tribunales, en cuanto fuere aplicable**”.*

- 14. Los acuerdos adoptados en el TDLC se regulan por las normas aplicables a los acuerdos de las Cortes de Apelaciones. El artículo 85 del COT en lo pertinente dispone:

*“[...] Aprobada la redacción, se firmará la sentencia por todos los miembros del tribunal que hayan concurrido al acuerdo, a más tardar en el término de tercero día; **y en ella se expresará, al final, el nombre del ministro que la hubiere redactado.***

De la designación del ministro que deba redactar el fallo acordado se dejará constancia en el proceso en un decreto firmado por todos los ministros que concurrieron al acuerdo. Este decreto será puesto en conocimiento de las partes el día de su fecha.

El secretario certificará, en una diligencia estampada en los autos, la fecha en que el ministro entregue redactado el proyecto de sentencia”.

- 15. Por lo tanto, que el fallo dictado por el TDLC haya sido elaborado por un “redactor anónimo”, configura una transgresión a las normas contenidas en el Auto Acordado de 1920, el COT y el DL 211. Además, el certificado estampado por la secretaria abogada del TDLC infringe la norma e incumple sus deberes ministeriales establecidos en la Ley.

1.3. TERCER VICIO FORMAL DE LA SENTENCIA RECLAMADA: LA SENTENCIA NOTIFICADA CONTIENE UN FALLO INCOMPLETO Y CONSIDERANDOS ENUNCIADOS EN IDIOMA EXTRANJERO

16. De una simple lectura de la Sentencia Reclamada se podría arribar a la idea de que ésta contiene 175 (ciento setenta y cinco) considerandos que, lógicamente, comienzan en el considerando primero y finalizan en el considerando centésimo septuagésimo quinto. Sin embargo, una mirada detalla del fallo permite observar **la incorporación de encabezados en los considerandos de la sentencia escritos en idioma extranjero:**

One hundred fourth: Que, así, mientras la predación exige como uno de sus requisitos que la empresa dominante venda todas las unidades bajo los costos medios

One hundred ninth: Que, aclarado lo anterior, la conducta de una empresa dominante tendiente a impedir o dificultar el acceso de otros competidores a los clientes de un mercado (en este caso, a través de descuentos exclusorios) puede generar que

One hundred seventieth: Que, en cuanto a la gravedad de la conducta y su efecto disuasivo, es importante destacar que los abusos de posición de dominio y los actos de competencia desleal, si bien no son los atentados más graves en contra de la libre

17. La inclusión de las expresiones “one hundred fourth”, “one hundred ninth”, “one hundred seventieth” vulneran la necesaria secuencia lógica que deben seguir los considerandos que exponen el razonamiento del TDLC. Esta parte desconoce cuáles son las razones que tendría un tribunal para traducir “de oficio” una sentencia ni tampoco si la versión en idioma español que fue notificada a esta parte es una versión completa de la misma. No es legal, justo ni racional traducir un fallo ni incorporar encabezados en idioma extranjero. Esta Excma. Corte ha señalado la necesidad de coherencia lógica de los considerandos de una sentencia. En causa Rol N° 5184-2021, señaló:

*“Que dicha exigencia dice relación con el imperativo de fundamentación que recae sobre las resoluciones judiciales, **el que no se satisface sino con la claridad, congruencia, armonía y lógica en los razonamientos que deben contener las sentencias**, de modo tal que la falta de fundamento no se lo se configura por la ausencia de motivaciones o argumentos, **sino también cuando***

⁴ Considerando ubicado en la página 56 de la Sentencia Reclamada.

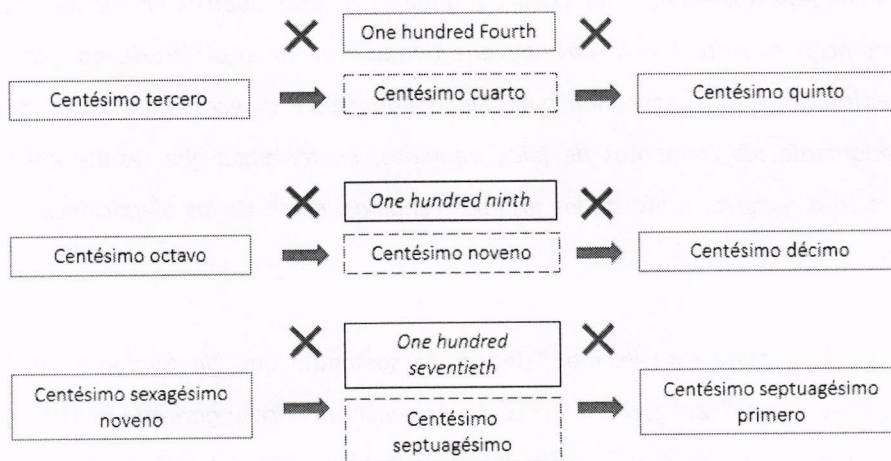
⁵ Considerando ubicado en la página 57 de la Sentencia Reclamada.

⁶ Considerando ubicado en la página 82 de la Sentencia Reclamada.

los expresados son parciales o insuficientes o cuando existe incoherencia interna o irracionalidad. Ello porque la exigencia de fundamentación de las sentencias no solo dice relación con un asunto exclusivamente procesal referido a la posibilidad de recurrir, sino que además se enmarca en la necesidad de someter al examen que puede hacer cualquier ciudadano de lo manifestado por el juez y hace posible, asimismo, el convencimiento de las partes en el pleito, evitando la impresión de arbitrariedad al tomar éstas conocimiento del porqué de una decisión judicial.”⁷⁻⁸.

- 18. En consecuencia, si se aplica lo resuelto por esta Excma. Corte al fallo reclamado, se puede concluir que la sentencia no tiene 175 (ciento setenta y cinco) considerandos, sino que solo 172 (ciento setenta y dos) considerandos expresados en español y tres considerandos enunciados en inglés. Desde luego el idioma oficial de la redacción de las sentencias pronunciadas por tribunales chilenos no es el inglés.

Considerandos Ausentes de la Sentencia Reclamada



- 19. Siguiendo ese razonamiento, los 172 considerandos expresados en español no observan un encadenamiento consecutivo ya que faltan tres considerandos para que la Sentencia Reclamada pueda guardar un orden consecutivo que permita el convencimiento de esta parte de los fundamentos del fallo.
- 20. Se reitera que la Sentencia Reclamada fue producto de una reflexión y “estudio” de 350 días y, pese a ello, adolece de coherencia interna y lógica. **La Excma. Corte Suprema ha sido clara**

⁷ Sentencia Excma. Corte Suprema, Rol 5184-2018, de fecha 8 de julio de 2019, considerando 11°.

⁸ En el mismo sentido, Sentencia Excma. Corte Suprema, Rol 40.166-2017, de fecha 21 de enero de 2019, considerando 4°.

al señalar que cualquier ciudadano debe poder analizar la sentencia y formarse la convicción de que no existe arbitrariedad en lo resuelto.

21. A mayor abundamiento, y además de la traducción de “oficio”, resulta derechamente improcedente que un órgano jurisdiccional especializado del Estado de Chile realice una constante invocación a jurisprudencia y doctrina extranjera⁹. El fallador anónimo invoca doctrina europea y jurisprudencia extranjera sin incluir ninguna referencia a los guarismos que cita para ubicar dichos “documentos”. Si esto fuera a modo ilustrativo, podría entenderse, pero es impropio invocarlo como un argumento jurídicamente vinculante y fundante de un acto decisorio procesal que pone fin a la instancia imponiendo multas. No es posible para esta parte formarse la convicción de que no existe arbitrariedad, producto del descuido en la redacción del fallo, en lo resuelto.
22. En definitiva, este conjunto de ilegalidades en la forma de desarrollar el razonamiento judicial afecta gravemente la motivación de la Sentencia Reclamada, exigencia esencial del debido proceso.
23. Como lo ha señalado esta Excm. Corte Suprema “... no cabe duda que la fundamentación de las sentencias constituye una garantía que tiende a evitar la arbitrariedad, pues permite conocer los motivos que sostienen la decisión e impone a los jueces la obligación de estudiar razonadamente los elementos de juicio reunidos, en términos que resulte entendible la aceptación o rechazo, tanto de las pruebas rendidas, como de las alegaciones y defensas planteadas”¹⁰.
24. En el mismo sentido este Excmo. Tribunal ha sostenido que “la fundamentación de las resoluciones es un deber judicial (...) como exigencia política y garantía constitucional del debido proceso acorde con el inciso 5° del numerando 3° del artículo 19 de la actual Constitución Política que requiere un racional y justo procedimiento. Se ha señalado al respecto que el debido proceso es un valor admitido por la Constitución cuya finalidad es la declaración del derecho en un caso concreto y que corresponde formular a los jueces en la sentencia. Se trata de un acto integrante del procedimiento “racional” requerido por el

⁹ Por ejemplo, ver Considerando 64°: “Asimismo, la Comisión Europea ha señalado que “[l]as cuotas de mercado proporcionan una primera indicación útil para la Comisión en lo que respecta a la estructura del mercado y a la importancia relativa de las distintas empresas activas en el mercado. (...)” (*Comunicación de la Comisión — Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes, 2009/C 45/02, § 13; se funda en múltiples casos de la Unión Europea, V.gr. Asunto 85/76, Hoffmann-La Roche & Co./Comisión, Rec. 1979, p. 461, apartados 39 a 41; Asunto C-62/86, AKZO/Comisión, Rec. 1991, p. I-3359, apartado 60; asunto T-30/89, Hilti AG/Comisión, Rec. 1991, p. II-1439, apartados 90 a 92; asunto T-340/03, France Télécom/Comisión, Rec. 2007, p. II-107, apartado 100*);...”

¹⁰ Sentencia Excm. Corte Suprema, Rol 82.511-2016, de fecha 8 de agosto de 2017, considerando 9°.

Constituyente, racionalidad que a su turno impone cierta exigencia que la ciudadanía percibe como un bien o valor: la fundamentación o motivación de la misma.”¹¹

25. Por lo mismo, la racionalidad constituye un requisito natural y jurídico para que las partes conozcan los motivos que han provocado la persuasión y certeza de la decisión jurisdiccional.
26. Desde luego, no se trata de exigir a los órganos jurisdiccionales una argumentación extensa y pormenorizada que responda a cada una de las argumentaciones de las partes, ni de impedir la fundamentación concisa de los jueces. Lo importante es que las pretensiones de las partes se resuelvan argumentada y razonablemente.
27. La importancia de cumplir las normas que regulan la forma de las sentencias, tanto las del Código de Procedimiento Civil (“CPC”) como las del auto acordado respectivo, ha sido acentuada por esta Excma. Corte Suprema en diversas oportunidades, como una exigencia para la claridad, congruencia, armonía y lógica en los razonamientos que deben observar los fallos.
28. Por su importancia, la jurisprudencia de la Excma. Corte Suprema ha señalado que se falta a la debida fundamentación de las sentencias no sólo cuando ésta se encuentra ausente, sino que también cuando la ausencia es parcial o son insuficientes los fundamentos expresados, o **existe incoherencia interna, arbitrariedad e irracionalidad.**
29. Los tribunales y la doctrina han hecho hincapié en esta obligación de motivar o fundamentar las sentencias, por cuanto tal exigencia no sólo dice relación con un asunto exclusivamente procesal, referido a la posibilidad de recurrir, que implica impugnar una resolución de manera de evitar errores y arbitrariedades -derecho consagrado en la Carta Fundamental, que importa la idea del racional, justo y debido proceso que debe alcanzarse en la sentencia - sino porque, además, se relaciona con un tema externo a la procesabilidad referida, que se enmarca en la necesidad de someter al examen que puede hacer cualquier ciudadano de lo manifestado por el juez y que hace posible, asimismo, el convencimiento de las partes en el pleito, evitando la impresión de arbitrariedad al tomar éstas conocimiento del porqué de una determinación.¹²

¹¹ Sentencia Excma. Corte Suprema, Rol 8169-2008, de fecha 16 de agosto de 2010, prevención Ministro Sr. Bates.

¹² Sentencia Excma. Corte Suprema, Rol 6183-2007, de fecha 3 de diciembre de 2008.

1.4. CUARTO VICIO FORMAL DE LA SENTENCIA RECLAMADA: LA CONTROVERSIA SOBRE EL DERECHO DE CONDUCCIÓN FUE EXCLUIDA DEL DEBATE POR RESOLUCIÓN DEL TDLC. EL FALLADOR OMITE EXPONER ESTA DECISIÓN, PERO LA MISMA FORMA PARTE DE SU RESOLUCIÓN

30. La Sentencia Reclamada en los considerandos 29° y 30° evoca la discusión acerca del Derecho de Conducción. La controversia acerca de la vigencia del Derecho de Conducción fue expresamente excluida del debate de autos por el TDLC. Lo anterior, debido a que Correos, a fojas 567, dedujo una excepción dilatoria de corrección del procedimiento, la cual fue acogida por el TDLC a fojas 767, señalando en el considerando 14° de dicha resolución¹³ lo siguiente:

*“Que, en consecuencia, las pretensiones del demandante en relación con la dictación del D.S. N° 116/2015 por parte del MTT **no pueden ser objeto de un procedimiento contencioso**, por lo que se acogerán las excepciones de corrección del procedimiento opuestas por los demandados a este respecto;”.*

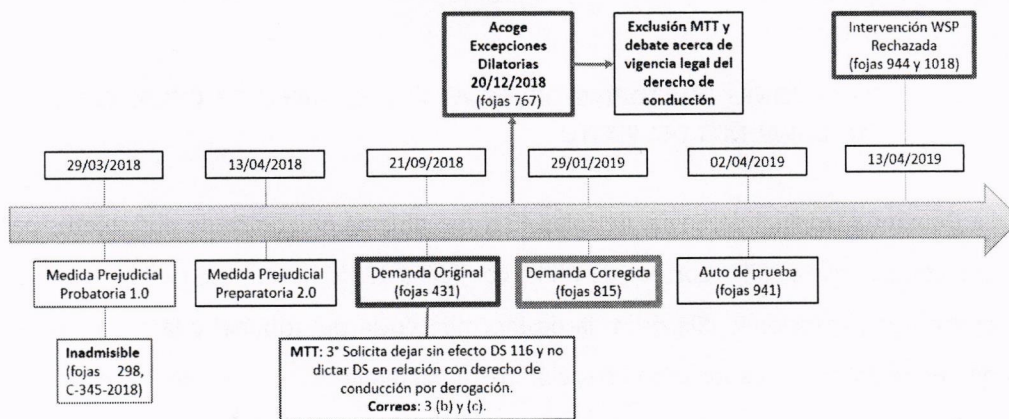
31. Por ende, la sentencia definitiva que debía resolver esta controversia no podría pronunciarse sobre el Derecho de Conducción, sin contradecir su decisión.
32. La mencionada contradicción, configura una afectación al artículo 170 del CPC en sus numerales 3° y 6°, ya que es deber de todo Tribunal realizar la “*enunciación de las excepciones o defensa alegadas por el demandado*” y en la decisión del asunto controvertido “*comprender todas las acciones y excepciones que se hayan hecho valer en el juicio*”.
33. Conforme a lo anterior, el TDLC para incluir, en los considerandos 29° y 30° de la Sentencia Reclamada, cualquier mención al Derecho de Conducción debió haber hecho la enunciación de la excepción dilatoria y su resolución en la parte expositiva. En términos simples, el TDLC desarrolla un razonamiento impropio sin que previamente haya analizado en lo expositivo las incidencias del proceso, lo anterior resulta contradictorio y derechamente ilegal.

¹³ Resolución dictada por el TDLC con fecha 20 de diciembre de 2018, a fojas 767 de estos autos.

1.5. QUINTO VICIO FORMAL DE LA SENTENCIA RECLAMADA: LA SENTENCIA EXCLUYE Y OMITI EXPONER LAS ETAPAS DEL PROCESO, NARRANDO UN PROCESO DISTINTO AL QUE CONSTA EN EL EXPEDIENTE.

34. La Sentencia Reclamada, además, omite explicar etapas de relevancia jurídica en este litigio. A saber, la primera y segunda medida prejudicial, la excepción dilatoria que resultó en la exclusión del MTT del litigio como demandado, la corrección de la demanda original de Envía y la exclusión de WSP como tercero coadyuvante. La complejidad del litigio se grafica de la siguiente manera:

Desarrollo efectivo del procedimiento seguido ante el TDLC omitido de la Sentencia Reclamada



1.5.1. PRIMERA MEDIDA PREJUDICIAL PROBATORIA DE EXHIBICIÓN DE DOCUMENTOS PLANTEADA POR ENVÍA

35. Con fecha 28 de marzo de 2018, Envía interpuso ante el TDLC una solicitud de medida prejudicial probatoria en contra de esta parte. Dicha solicitud tenía como fundamento que el TDLC ordenara a Correos la exhibición de dos partidas de documentos. La primera, decía relación con la oferta formulada por Correos a Scotiabank y la segunda partida buscaba la exhibición de las actas de sesiones del Directorio de Correos¹⁴. Con fecha 10 de abril de 2018, el TDLC no dio lugar a la solicitud de Envía debido a que la exhibición de documentos se solicitó erróneamente como una medida prejudicial probatoria y no como medida prejudicial preparatoria¹⁵:

¹⁴ Página 24 de la medida prejudicial probatoria de fojas 198.

¹⁵ En efecto. El artículo 274 del Código de Procedimiento Civil establece que "El juicio ordinario podrá prepararse, exigiendo el que pretende demandar de aquel contra quien se propone dirigir la demanda: (...) 3° La exhibición de sentencias, testamentos, inventarios, tasaciones, títulos de propiedad u otros instrumentos públicos o privados que por su naturaleza puedan interesar a diversas personas".

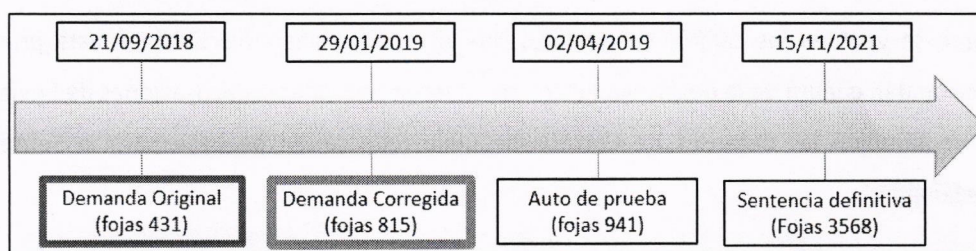
1.5.2. SEGUNDA MEDIDA PREJUDICIAL INTERPUESTA POR ENVÍA

36. Posteriormente, Envía corrigió su error procesal y con fecha 12 de abril de 2018 interpuso ante el TDLC una segunda solicitud de medida prejudicial. En dicha oportunidad solicitó que el TDLC ordenara a Correos la exhibición de las mismas partidas de documentos (Oferta formulada a Scotiabank y actas de las sesiones de Correos de Chile). El TDLC, con fecha 17 de abril de 2018, acogió la solicitud de medida prejudicial preparatoria y ordena a Correos de Chile exhibir los documentos pertinentes. La audiencia de exhibición de documentos se verificó el 17 de mayo de 2018, quedando en acta que Correos de Chile cumplió íntegramente con lo ordenado por el TDLC.
37. De esta etapa procesal no existe mención alguna en la Sentencia Reclamada.

1.5.3. EXCEPCIONES DILATORIAS OPUESTAS POR CORREOS DE CHILE: TDLC ORDENA EXCLUIR AL MTT DEL PLEITO

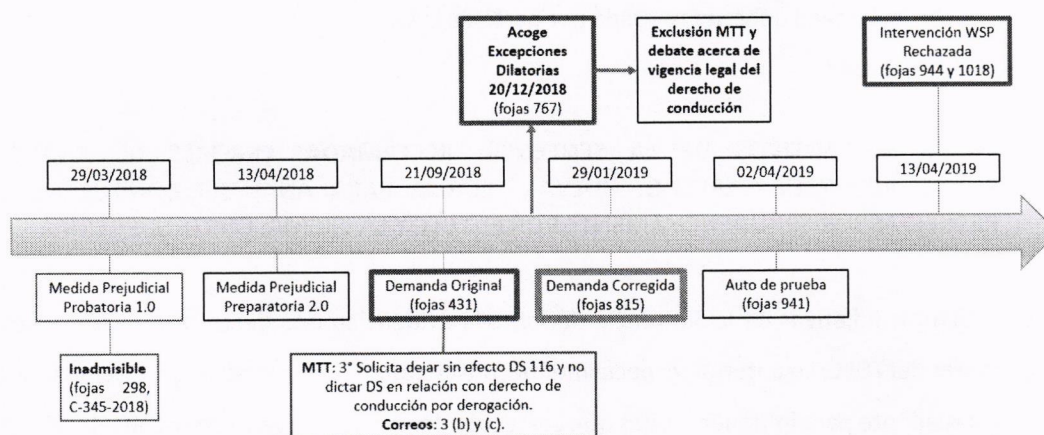
38. La Demanda Original de Envía, de fojas 431, fue dirigida en contra de dos sujetos pasivos: Correos de Chile y MTT. Correos de Chile, con fecha 12 de noviembre de 2018, a fojas 567, opuso dos excepciones dilatorias: la de incompetencia del tribunal y la de corrección del procedimiento. En cuanto a la corrección del procedimiento, Correos señaló expresamente que: (i) el procedimiento contencioso era improcedente para la discusión sobre del Derecho de Conducción; (ii) el MTT como demandado carecía de capacidad procesal; y (iii) no se cumplían con los requisitos del artículo 18 del CPC respecto del litisconsorcio pasivo, lo anterior porque las acciones ejercidas por Envía eran de diversa naturaleza, fundadas en hechos distintos en contra de la Empresa de Correos de Chile y MTT.
39. Con fecha 20 de diciembre de 2018, a fojas 767, el TDLC resuelve acoger la excepción de corrección de procedimiento y, por tanto, ordena a Envía corregir su demanda. Conforme a lo anterior, por orden del TDLC, Envía dirigió su Demanda Corregida únicamente en contra de Correos, quedando fuera de la discusión los puntos 6, 7 y 9 de la Demanda Original. Las diferencias entre las etapas que constan en el expediente y la sentencia se muestran a continuación:

Desarrollo del procedimiento según la Sentencia Reclamada



40. Sin embargo, la realidad del proceso fue omitida por el fallador:

Desarrollo efectivo del proceso



1.5.4. SOLICITUD DE WSP DE HACERSE PARTE EN EL JUICIO

41. El TDLC tampoco mencionó el intento de la empresa WSP Servicios Postales por hacerse parte en estos autos. Dicha intervención solo da cuenta que las acciones dirigidas en contra de nuestra representada son consecuencia de un actuar coordinado en grupo de dos operadores del mercado. Se hace presente que los abogados de Envía y WSP forman parte de un mismo estudio de profesionales.
42. Como consta a fojas 944 del expediente, WSP -competidor privado de Correos de Chile- solicitó impropia mente su acceso a este litigio. La solicitud de WSP fue desechada por incumplir las normas procesales aplicables en la especie. Lo anterior, cuestión omitida también en la Sentencia Reclamada.
43. La pretendida intervención de WSP es ilustrativa de la alta intensidad competitiva de la industria de servicios postales para grandes clientes corporativos.

1.6. CONCLUSIONES PARCIALES SOBRE LOS VICIOS FORMALES DE LA SENTENCIA RECLAMADA

44. Como se verá en los capítulos siguientes, los vicios formales advertidos en esta primera sección dan cuenta de la desprolijidad con que fueron revisadas las acusaciones de Envía, así como también las defensas de Correos de Chile, que sirven de base para la Sentencia Reclamada.
45. La sentencia definitiva, como punto de término de una instancia, debe satisfacer un estándar de legalidad mínimo tanto adjetivo como sustantivo. No existen las sentencias perfectas en su forma. Sin embargo, la Sentencia Reclamada luego de un extenso “estudio” ha sido dictada de manera impropia e imperfecta, con gruesos errores formales que impiden a esta parte conocer a cabalidad la reflexión del fallador, haciéndola devenir en un fallo arbitrario. La Sentencia Reclamada debe ser revisada por parte de la Excma. Corte Suprema, y en definitiva, debe ser revocada.

2. VICIOS SUSTANTIVOS DE LA SENTENCIA RECLAMADA: ERRORES DE ANÁLISIS ECÓNOMICO Y DE DERECHO: NUEVAS TEORÍAS PARA ANALIZAR CONDUCTAS YA RESUELTAS JURISPRUDENCIALMENTE POR EL TDLC Y LA EXCMA. CORTE SUPREMA

46. Las fracturas adjetivas de la Sentencia Reclamada evidencian una descuidada labor judicial por parte del TDLC. Lo anterior, especialmente considerando que este acto jurisdiccional sirve de antecedente para imponer multas que corresponden en definitiva a una manifestación del poder punitivo estatal. Por lo mismo, es posible considerar que la Sentencia Reclamada no puede razonablemente fundar una condena. Esto último, también sirve de antecedente causal a los vicios sustantivos que se explican en este capítulo.

2.1. PRIMER VICIO SUSTANTIVO DE LA SENTENCIA RECLAMADA: IGNORA LAS PARTICULARIDADES DEL MERCADO DE SERVICIOS DE CORRESPONDENCIA DE GRANDES CLIENTES CORPORATIVOS, QUE DERIVA EN ERRORES VALORATIVOS SOBRE EL PODER DE MERCADO DE CORREOS Y EL ANÁLISIS DE LAS ACUSACIONES DE ENVÍA

47. El TDLC en su considerando 56° señala que para configurar un abuso de posición dominante es necesaria la concurrencia de dos elementos: uno estructural y el otro conductual.
48. El elemento estructural, según el TDLC, es la posición de dominio que le permite a un agente económico con poder de mercado actuar de manera independiente de otros competidores, clientes y proveedores. Por su parte, el elemento conductual se vincula con el ejercicio abusivo de dicho poder de mercado, o bien el actuar ilícito del agente que detenta el

mencionado poder de mercado, en la medida que aquellos produzcan efectos anticompetitivos, o tengan la potencialidad de hacerlo.

49. Pues bien, la adecuada valoración del elemento estructural depende de la definición de mercado relevante, pues dicha definición permitirá determinar las participaciones de mercado de los competidores y de las condiciones de acceso al mismo para, en definitiva, determinar si cuentan o no con poder de mercado. La definición de mercado relevante entregada por TDLC no considera lo solicitado por Envía en su Demanda y se extiende más allá de lo solicitado en este pleito, incluyendo entidades que no fueron señaladas en las demandas de Envía.

2.1.1. EL MERCADO RELEVANTE ES EL DE LOS SERVICIOS OFRECIDOS A SOLO GRANDES CLIENTES CORPORATIVOS Y NO INCLUYE A PERSONAS JURÍDICAS DE DERECHO PÚBLICO SEGÚN LA DEMANDA

50. Envía señaló que el mercado relevante corresponde a *“los servicios de distribución de correspondencia para empresas (“B2C”) en el ámbito nacional”, definición que no distingue según las características de los servicios de correspondencia ofrecidos a las empresas que actúan como clientes de los agentes económicos que ofrecen dichos servicios de distribución”*¹⁶.
51. Correos definió el mercado relevante como *“los servicios de correspondencia con origen en Santiago y destino en el territorio nacional, provistos a clientes corporativos, para cada uno de los productos que ofrece Correos, Carta Comercial y Carta Más”*¹⁷.
52. Tomando en consideración ambos conceptos, el TDLC señala que las partes entregan definiciones que difieren en los siguientes aspectos¹⁸: (i) *“Se debe incluir al segmento empresas en general o solo aquel segmento corporativo o grandes clientes conforme a la definición entregada por Correos “; y (ii) “Si los productos ofrecidos por ambas partes forman parte del mismo mercado relevante”*.
53. Llama la atención el razonamiento utilizado por el TDLC para arribar a un concepto sobre mercado relevante y si este debe incluir al segmento empresas en general o, únicamente, a aquel segmento corporativo o de grandes clientes según señalara Correos, conforme al punto (i) previamente citado. Lo anterior, porque el TDLC indica que no existen en autos antecedentes suficientes para distinguir al segmento de grandes clientes corporativos como

¹⁶ Considerando 42° de la Sentencia Reclamada.

¹⁷ Considerando 48° de la Sentencia Reclamada.

¹⁸ Considerando 49° de la Sentencia Reclamada.

un mercado relevante distinto de aquel que considera el servicio entregado a clientes de menor tamaño, tal como se desprende del considerando 50°:

*“Que, en relación con el primer punto, **no existen en autos antecedentes suficientes que permitan sostener que el servicio de correspondencia ofrecido a grandes empresas sea un mercado relevante distinto al servicio de correspondencia ofrecido a empresas de menor tamaño.** En efecto, bajo la óptica planteada por Correos, existiría un mercado relevante por cada precio ofrecido a sus clientes, precios que variarían según la cantidad demandada por cada uno de ellos. Sin perjuicio de lo anterior, cabe señalar que Envía no refuta ni cuestiona que CMR Falabella, Santander y Scotiabank –empresas respecto de las cuales se basa la imputación de descuentos exclusorios– pertenezcan al segmento empresas en general y específicamente al subsegmento corporativo (fojas 3195)”.*

54. Es impreciso lo sostenido por el TDLC sobre la ausencia de antecedentes que permitiese hacer una distinción entre clientes, toda vez que esta parte acompañó el Informe Económico de Butelmann Consultores (“Informe Butelmann”)¹⁹, -insumo utilizado por el fallador en distintos considerandos- que da cuenta de la efectividad que el segmento de los grandes clientes corporativos es distinto al de las empresas en general. Solo a modo de ejemplo, en el Informe Butelmann se señala: *“Dentro del segmento empresas, las empresas privadas de correspondencia sólo participan o compiten con Correos en este último subsegmento (clientes corporativos), pues es el menos costoso de atender.”*²⁰⁻²¹.
55. Asimismo, uno de los Ministros del TDLC que cesó en sus funciones, Sr. Saavedra, pudo observar *in situ*, en el contexto de una diligencia de inspección personal del tribunal realizada en el Centro Tecnológico Postal de Correos de Chile²², los ahorros de procesos que suponen el procesar cartas para grandes clientes corporativos. Ya que los clientes corporativos entregan su correspondencia procesada y ordenada de manera tal que, entre otros, no es necesaria su clasificación manual. Esta última labor es costosa, ya que sólo puede ser realizadas por personas altamente calificadas, con un conocimiento detallado de cada

¹⁹ Acompañado por esta parte a fojas 1527.

²⁰ Informe Butelmann, página 14.

²¹ En el mismo sentido, Informe Butelmann en su página 15: *“Luego, el mercado relevante de producto en el que incidirían las conductas denunciadas en la demanda corregida de Envía es el de la distribución nacional de correspondencia de grandes clientes corporativos, para los mercados que incluyen cada uno de estos productos (Carta+ y Carta Comercial, que son los relevantes en la demanda de Envía).”*; y página 17: *“En síntesis, el mercado relevante en atención a los cargos formulados en la demanda corregida de Envía, corresponde a los servicios de correspondencia con características comparables a los productos de CorreosChile Carta Comercial, por un lado, y Carta+, por otro, provistos a grandes clientes corporativos, que son susceptibles de ser disputados por empresas privadas de correspondencia, a nivel nacional.”*

²² Cuya acta rola a fojas 1987.

cuadrante y calles de la ciudad. Sin embargo, el fallador se limitó a enunciar la realización de esta diligencia, sin ponderarla de ningún modo en la Sentencia Reclamada. A lo anterior, también se debe considerar, el video acompañado por Correos omitido por el fallador que muestra en soporte audiovisual dicho proceso y sus ahorros (fojas 1075). La liviana revisión de los antecedentes del proceso incide en las definiciones sustantivas del expediente.

56. El fallo dispone en el considerando 50°: **“Envía no refuta ni cuestiona que CMR Falabella, Santander y Scotiabank [...] pertenezcan al segmento empresas en general y específicamente al subsegmento corporativo”**. Aún así, el TDLC resuelve tener por no acreditado el hecho de que el mercado relevante de los grandes clientes corporativos es distinto del de los servicios ofrecidos a empresas de menor tamaño, teniendo a la vista los antecedentes del proceso e incluso la propia definición de Envía.
57. En otras palabras, el TDLC ignorando la prueba rendida por Correos y **ante un hecho controvertido** por las partes indica que el mercado relevante es aquel que corresponde al segmento empresas en general, como lo señala en el considerando 55°:

“Que, en definitiva, el mercado relevante será definido como el servicio de distribución de correspondencia para personas jurídicas, de derecho público y privado, sin distinguir por tipo de destinatario –residenciales o comerciales–, dentro del territorio nacional. Dentro del concepto de “servicios de distribución” se consideran las cuatro etapas indicadas en el considerando triquéscimo quinto anterior, sin perjuicio de que el hecho de que una determinada empresa no preste alguno de los servicios incluidos en dichas etapas, no lo excluye del mercado relevante antes definido.”

58. El TDLC define un mercado más amplio que aquel propuesto por Envía y descarta la tesis de Correos y la prueba que consta en el expediente, y al mismo tiempo reconoce la **“inexistencia de antecedentes suficientes”**. En ninguna parte de la demanda de Envía se solicita hacer extensiva la definición de mercado a entidades de derecho público infringiendo el fallador su deber de congruencia entre lo solicitado y lo resuelto.
59. El concepto del TDLC en materia de mercado relevante, es deficiente e impreciso y no es el idóneo para definir el mercado relevante del servicio de distribución de correos, debido a las siguientes razones:
- i) La demanda de Envía por abuso de posición dominante dice relación con los siguientes clientes de Correos de Chile: (i) Banco Santander, (ii) Scotiabank, (iii) y CMR Falabella,

ninguno de los cuales podría llegar a ser considerado como persona jurídica de derecho público.

- ii) En el mercado corporativo, los clientes, además de contar con un mayor volumen de imposiciones, asumen obligaciones²³ que permiten a Correos eliminar completamente, o reducir sustancialmente, los costos de diversos procesos connaturales al despacho de correspondencia y su clasificación.
 - iii) Para atender el segmento corporativo no se requiere de una extensa red de sucursales para recibir o captar la correspondencia a ser distribuida.
 - iv) El segmento corporativo tiene un mayor número de oferentes. Es el único mercado en el que Correos compite con las empresas privadas de correspondencia (como Envía). Esto no fue un hecho controvertido por las partes, tal como señaló el TDLC en el considerando 50°.
 - v) En el segmento corporativo de grandes empresas, Correos negocia con los clientes las tarifas o gana licitaciones. Este mercado, precisamente por ser un mercado en el que existen diferencias importantes entre unos clientes y otros (además del volumen), no se aplican precios de lista, ni precios de lista descontados. **Se aplican los precios resultantes de negociaciones particulares o licitaciones porque el "servicio" es distinto para cada cliente con las consecuentes diferencias en costos.**
 - vi) En el segmento de empresas de menor tamaño, las condiciones comerciales se encuentran en contratos de adhesión que otorgan facilidades de crédito y sus precios se encuentran previamente definidos. Por el contrario, los grandes clientes bancos y grandes tiendas tiene un alto poder de negociación con los proveedores, y un bajo costo de sustitución de sus proveedores de servicios postales. Lo anterior, reconocido por el dueño de Envía en audiencia.
60. El error en la definición de mercado relevante en que incurre el TDLC lo conduce a comparar equivocadamente los precios lista que se cobran al segmento de empresas de menor tamaño con los precios que Correos negoció u ofertó a los tres grandes clientes referidos en el juicio. Probablemente, el aludido error de análisis del fallador es la base y antecedentes de todos los yerros sustantivos que hacemos presentes. De no haber errado en la definición de mercado relevante, la demanda interpuesta no hubiese prosperado.

²³ En el caso de la Carta Comercial, se requiere dirección del remitente y del destinatario. En el caso de la Carta+, se requiere, además, normalización de base de datos y código de seguimiento pre-inyectado.

61. Los clientes sobre los que versa la demanda no solo demandan productos que tienen menos procesos o costos para Correos y que representan volúmenes sustancialmente mayores (como reconoce el TDLC). Sino que, adicionalmente, **se trata de productos con diferentes atributos, clientes que asumen obligaciones que permiten mecanizar procesos**, que no utilizan sucursales, que negocian sus condiciones y que difieren entre sí de tal forma que no es viable siquiera comparar los precios entre clientes del segmento de grandes empresas del corporativo, ya que se trata de precios derivados de negociaciones bilaterales y servicios personalizados, que no pueden en modo alguno compararse con los precios lista aplicables a empresas de menor tamaño y que están estandarizados.
62. Yerra el fallador al omitir la distinción entre empresas que son grandes clientes corporativos y aquellas que carecen de dicha condición. Ello, ya que, los precios por servicios prestados difieren en cada mercado. Los grandes clientes negocian con sus proveedores con plena libertad y autonomía. Las pequeñas empresas solo tienen acceso a la lista de precios que publica Correos²⁴ y que corresponde a un mercado relevante distinto de aquel objeto de la Demanda.
63. Definido el mercado relevante de manera idónea, se debe descartar la concurrencia del elemento estructural imputado -erróneamente- por el TDLC. Conforme con lo anterior, el mercado relevante definido presenta características que hacen inviable que nuestra representada ejerza un poder de mercado en el segmento de grandes clientes corporativos. El dueño de Envía, Sr. Castellón, explicó largamente el bajo poder de negociación de los proveedores de servicio de correspondencia frente a los clientes corporativos de la industria financiera.
64. Finalmente, el fallador comete un doble error al incluir dentro del mercado relevante los servicios de correspondencia a entidades de derecho público. Ello, ya que, la demanda no hace referencia a este tipo de entidades, y, además, pone en evidencia el desconocimiento del fallador respecto de aquello que fuera resuelto por esta Excma. Corte en la causa Rol 47.555-2016, donde se reconoce expresamente el monopolio parcial y limitado de Correos en un segmento de los servicios de correspondencia:

²⁴ En efecto, el considerando 1° del Decreto 642 de 2005 del MTT que Fija Estructura, Nivel y Mecanismos de Indexación Tarifaria a los Servicios Regulados Provistos por la empresa de Correos de Chile señala que: *"Que de conformidad a lo dispuesto en el artículo 60° del decreto supremo N° 5.037, de 1960, en relación con los artículos 1° y 26° del decreto con fuerza de ley N° 10, de 1981, precedentemente citados, **corresponde al Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones fijar, a propuesta o previo informe del Directorio de la Empresa de Correos de Chile, las tarifas del servicio de correo de personas ordinario nacional y correo de personas ordinario internacional**".*

“Con los ejemplos citados es posible entender y concluir que tanto en los casos en que la ley se refiere expresamente a la Empresa de Correos de Chile, como en aquellos en que se cita a “Correos”, esto es, con letra mayúscula, la intención del legislador ha sido la de la utilización de la señalada empresa. Sin embargo, no es posible llegar a tal conclusión en aquellas situaciones en que no se alude expresamente a la institución o, como en el caso que nos ocupa, cuando solamente se hace mención de la “carta certificada”.”²⁵

65. El fallador deja en evidencia su desconocimiento sobre la jurisprudencia de esta Excma. Corte en materia de servicios postales.

2.1.2. CORREOS NO POSEE PODER DE MERCADO SOBRE SUS COMPETIDORES, SOBRE TODO SI COMPITEN POR ATENDER A IMPORTANTES ACTORES DEL SECTOR FINANCIERO

66. El fallador anónimo, yerra al definir el mercado relevante y también al concluir que Correos detenta poder de mercado, debido a una mala caracterización del mercado relevante. Lo anterior, trae como consecuencia lo siguiente:

a) Error en la determinación de las participaciones del mercado

67. Si bien, es un elemento que no entra dentro del análisis que efectúa el TDLC es importante reiterar que, en rigor, sólo debió computarse las ventas de servicios de correspondencia de Correos en el segmento de grandes clientes corporativos, y contrastarlas con las de sus competidores, que sólo participan en ese mercado. Si bien, ni esta parte ni Envía podían calcular correctamente las participaciones de mercado por no contar con la información de su competencia, el TDLC pudo oficiar a aquellas empresas que no eran parte del juicio, a fin de determinarlas; cuestión que no hizo. Por lo mismo, las conclusiones del TDLC sobre dominancia de Correos no están adecuadamente fundadas.
68. La alta participación en el mercado de Correos no basta, por sí sola, para configurar el poder de mercado como elemento estructural del abuso de posición dominante. Lo anterior, es reconocido por el propio TDLC en el considerando 64° de la Sentencia reclamada:

“Que es preciso tener presente que este Tribunal ha señalado que la participación de un agente económico en el mercado relevante es solo indicativa de su importancia y de las empresas que compiten en él (véase Sentencia 174/2020, c° 125). Así lo entiende la doctrina y jurisprudencia comparadas,

²⁵ Sentencia Excma. Corte Suprema, Rol 47.555-2016, de fecha 4 de octubre de 2017. Considerando 12°.

cuando enfatizan que se deben considerar además otros aspectos estructurales del mercado y la evidencia económica, distinta de las participaciones de mercado, para determinar si existe una posición de dominio."

b) Error en la calificación de la Exención de IVA de Correos como barrera de entrada

69. El TDLC yerra al señalar que en todos los casos la exención de IVA es una ventaja que le permite cobrar menos a Correos. Desde un punto de vista económico, tal afirmación desconoce que Correos no puede deducir el IVA de las compras de sus insumos productivos que se encuentran afectos a dicho impuesto. Este punto fue específicamente tratado en el Informe Económico del profesor Tomás Flores²⁶ y omitido por el fallador. Desde un punto de vista de derecho, también constituye un error al reprocharle a Correos una decisión soberana del legislador contenida en un acto legislativo.

c) Error en la calificación de la red de cobertura nacional de Correos como barrera de entrada

70. El hecho de que Correos cuente con una red de distribución con cobertura nacional y que sirve comunas que sus competidores prestan servicios, no provee a Correos una ventaja respecto de su competencia ni es una barrera de entrada en el mercado relevante que definió el propio Envía.
71. Todo lo contrario, la cobertura de la red de Correos es mayor porque Correos debe cumplir con obligaciones de Servicio Postal Universal, lo que obliga a nuestra representada a cubrir comunas y zonas no rentables. Estos costos hundidos son una carga, no una ventaja respecto de competidores que sólo cuentan con cobertura en las zonas más densamente pobladas y rentables.
72. Ello es especialmente cierto cuando los clientes pueden contratar empresas privadas de correspondencia para esas zonas más densas y competitivas, y contratar con Correos exclusivamente la correspondencia destinada a zonas en las que esos operadores privados no tienen cobertura, que son las más costosas de servir. De ello se sigue, por una parte, que para Correos no es ninguna ventaja ser un socio comercial inevitable para los clientes en lo que concierne a los envíos destinados a zonas no cubiertas por competidores. Es una carga, porque implica asumir costos que sus competidores no toman de su cargo.

²⁶ Acompañado por Correos de Chile a fojas 1460.

- 35
73. Santander, Scotiabank y CMR Falabella pueden efectivamente disciplinar cualquier eventual poder de mercado de Correos, ya que disponen de esta alternativa (contratar servicios con Correos para zonas no competitivas y no rentables a tarifas subsidiadas, y con operadores privados en zonas competitivas o rentables) y, de hecho, lo hacen.
 74. Adicionalmente, no es efectivo que Correos tenga menores costos unitarios por el hecho de tener mayores economías de escala que su competencia al tener una red de distribución con mayor cobertura, puesto que cubre zonas no densas por obligación, y no porque sea rentable. Si bien, Correos tiene una mayor escala dada la cobertura nacional, esa mayor escala tiene mucho mayores costos (derivados de las deseconomías de densidad asociadas a la cobertura en zonas poco densas), de modo que no necesariamente tiene costos unitarios más bajos que su competencia.
 75. Finalmente, y como fue expuesto durante la vista de la causa, la red de Envía a nivel nacional cubre un 98% de la población nacional. Por lo mismo, en este juicio, en este mercado y en los casos de los clientes que se abordarán en lo que sigue, Envía no se encontraba obligada a contratar con Correos. Ello, ya que la cantidad de cartas enviadas a zonas extremas no es relevante para este pleito y Envía no alegó que así lo fuera.

d) Demanda en declinación como barrera de entrada

76. El hecho de que la demanda de servicios de correspondencia esté en declinación no es correctamente interpretado por el TDLC. Aunque es cierto que una demanda en declinación reduce los incentivos para ingresar a un mercado por parte de nuevos competidores, **también es cierto que fomenta o intensifica la competencia entre los incumbentes por los clientes remanentes y disputables, esto es, los grandes clientes corporativos.** Ello justifica la formulación de ofertas más competitivas por parte de Correos que la Sentencia Reclamada cuestiona y reprocha.
77. En suma, el TDLC realiza una deficiente e imprecisa definición y caracterización del mercado relevante en el que Correos compite con operadores privados de correspondencia de grandes clientes corporativos. Por lo demás, no es efectivo que Correos tenga poder de mercado en el mercado de servicios de correspondencia para grandes clientes empresas. Al contrario, es un mercado disputable al no requerir sucursales –dado que los clientes corporativos no imponen en sucursales- y atendidas las obligaciones que asumen este tipo de cliente.
78. Conforme a todo lo anterior, analizadas las características del mercado de distribución de correspondencia de grandes clientes (Santander, Scotiabank y CMR Falabella), se puede

apreciar que Correos no posee ninguna ventaja o poder de mercado que permita configurar el elemento estructural del abuso de posición dominante.

- 79. De hecho, lo anterior fue reconocido por el Sr. Agustín Castellón, dueño de Envía, en la audiencia de absolución de posiciones de fecha 23 de septiembre de 2019²⁷. En dicha oportunidad, no solo reconoció que el mercado relevante de grandes clientes corporativos era distinto del de las empresas de menor tamaño, además afirmó, en su calidad de absolvente que Correos no ejercitaba ningún poder de mercado. Tal como declaró al tenor del pliego de posiciones:

*“Ministro: Nueve. Para que diga el absolvente que es efectivo que Correos **no detenta un monopolio legal en el mercado de correspondencia del segmento de grandes clientes corporativos.***

*Agustín Castellón: **En el segmento de grandes clientes corporativos ningún monopolio**”.*

- 80. Este antecedente rola en el expediente y, pese a ello, el TDLC a lo largo de la Sentencia Reclamada señala reiteradamente que no existían en el expediente prueba o antecedentes para definir correctamente el mercado relevante como uno de grandes clientes corporativos, hecho que no fue controvertido por Envía. Pareciera que la confesión del señor Castellón no fue analizada en su integridad por el fallador.

2.2. SEGUNDO VICIO SUSTANTIVO DE LA SENTENCIA RECLAMADA: EL TDLC RECHAZA LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN PARA EL CASO SANTANDER, INFRINGIENDO EL TENOR DEL DL 211 Y DE LA JURISPRUDENCIA TANTO DEL TDLC COMO DE LA EXCMA. CORTE SUPREMA

- 81. Una de las conductas que fueron sancionadas a título de abuso de posición dominante por vía descuentos exclusorios en la Sentencia Reclamada, fue el contrato suscrito por nuestra representada con Banco Santander. Correos y Envía participaron de un procedimiento licitatorio organizado por la empresa contratada para dichos efectos por Santander (Aquanima). Se adjudicó el servicio de distribución de correspondencia a Correos. Esta parte desconocía que Envía también había resultado adjudicataria.
- 82. En lo que se refiere a esta acusación, nuestra representada sostuvo que la acción derivada de los hechos narrados por Envía se encontraba prescrita, atendido a que al momento de

²⁷ Cuya acta de audiencia rola a fojas 2198.

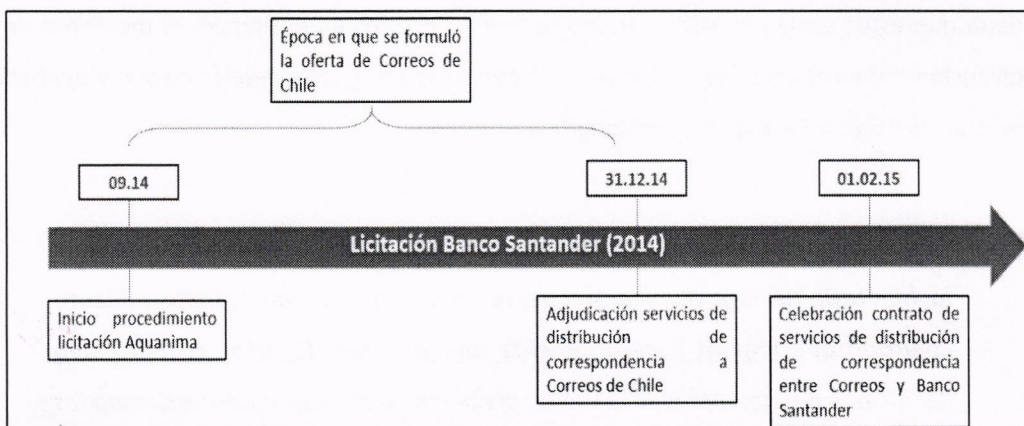
notificación de la medida prejudicial preparatoria solicitada por la Demandante, esto es, el 2 de mayo del 2018, había transcurrido con creces el plazo de tres años contemplado en el artículo 20 del DL 211. Lo anterior, toda vez que la adjudicación de los servicios licitados había tenido lugar el 31 de diciembre del 2014, mientras que la suscripción del contrato respectivo tuvo lugar el 1 de febrero del 2015.

83. Sobre este punto, Envía sostuvo -sin asidero legal alguno- que el plazo de prescripción debió comenzar en el momento que ésta tomó conocimiento de la decisión del Banco Santander de limitar los servicios contratados a Envía, lo que habría ocurrido el 7 de enero de 2016, por lo que el plazo de prescripción no habría transcurrido íntegramente al momento de la presentación de la demanda y este debiese comenzar a correr desde la toma de conocimiento de Envía y no desde la verificación del acto.
84. La tesis de Envía, en la práctica, implica que el inicio del plazo de prescripción de su acción dependería de un hecho de la propia Demandante: Envía se demoró 1 año en manifestar su preocupación con Santander, y pretende que la prescripción comience a correr recién desde aquel momento. Bajo esta lógica: ¿si Envía hubiere reclamado en el año 2020, debiese considerarse ajustado a derecho que la prescripción corre desde de ese momento?
85. Pues bien, con el objeto de dilucidar esta circunstancia, el TDLC fijó el hecho sustancial, pertinente y controvertido N°3, que señala:

“3. Época en que Correos ofreció el servicio y contrato de distribución masiva de estados de cuenta a Banco Santander.”

86. Haciéndose cargo del punto de prueba, esta parte aportó abundante evidencia que permite acreditar que, entre la época en que Correos ofreció el servicio, o bien contrató con el Banco Santander, y la época en que fue notificada la medida preparatoria en contra de Correos, esto es, el 2 de mayo de 2018, había transcurrido con creces el plazo de prescripción de tres años aplicable en la especie.

Fechas relevantes de la licitación del Banco Santander el año 2014



- 87. En efecto, el contrato celebrado el 1 de febrero de 2015 entre el Banco Santander y Correos de Chile²⁸ fue el resultado de un proceso licitatorio iniciado por un tercero independiente, "Aquanima" el mes de septiembre del año 2014, y adjudicado el 31 de diciembre del mismo año²⁹.
- 88. De lo anterior, se sigue que, incluso adoptando un criterio conservador, el TDLC debió haber considerado el momento de la celebración del contrato entre el Banco Santander y Correos de Chile, esto es, el **1 de febrero de 2015**, como el momento en el que inicia el cómputo del plazo de la prescripción extintiva, de modo tal que éste ya se encontraba cumplido con creces al **2 de mayo de 2018**, fecha en que se notificó la medida prejudicial preparatoria a Correos. Lo anterior, en consonancia con lo que indican los criterios jurisprudenciales vigentes, y el tenor literal de la norma aplicable.
- 89. En efecto, es necesario recordar en primer lugar que, conforme a lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 20 del DL 211, "*las acciones contempladas en esta ley, prescriben en el plazo de tres años, contado desde la ejecución de la conducta atentatoria de la libre competencia en que se fundan. [...]*"³⁰
- 90. Pues bien, siendo lo decisivo para el cómputo del plazo de prescripción en esta sede el momento de *ejecución de la conducta*, tanto el TDLC como la Excm. Corte Suprema han establecido que para efectos de determinar cuándo ocurre la ejecución de una conducta particular es necesario distinguir si ésta consiste en un acto de ejecución instantánea, o bien, se trata de una sucesión de actos en el tiempo (también referido como acto de ejecución permanente).

²⁸ Exhibido por Correos a solicitud de Envía en audiencia de 21 de agosto de 2019 (fojas 1751).

²⁹ La carta de adjudicación respectiva fue acompañada por esta parte a fojas 3144.

³⁰ Énfasis añadido. En lo que sigue, salvo que se indique lo contrario, todos los énfasis han sido añadidos.

91. Así entonces, al referirse a **acuerdos colusorios**, la Excm. Corte Suprema ha sostenido que, dado que éstos suelen consistir en una sucesión de actos en el tiempo, el momento de la ejecución de la conducta se prolonga *“mientras se mantenga la determinación y aplicación de precios pactados entre competidores”*:

*“En aquello relativo específicamente a la libre competencia, se ha resuelto que la hipótesis de infracción permanente se vincula con un comportamiento colusorio que **implica necesariamente una sucesión de actos en el tiempo** destinados a mantener el acuerdo de precios para así seguir aprovechando los beneficios esperados. Así, **lo relevante es que se debe entender que subsiste la conducta infraccional, mientras se mantenga la determinación y aplicación de precios pactados entre competidores**, por acción u omisión, pues el ilícito de colusión sólo cesa una vez que ha terminado la voluntad, expresa o tácita, de sus partícipes de permanecer en él.”³¹*

92. En el mismo sentido se ha pronunciado el TDLC, analizando un caso de abuso de posición dominante en el que una filial de Lan Airlines S.A., cobraba **unilateralmente** una tarifa excesiva por el servicio de transporte de carga, sostuvo que:

*“La explotación abusiva de posición dominante -que es la materia sub lite-, **en este caso implica una sucesión de actos en el tiempo**, destinados a mantener la conducta abusiva y así prolongar sus beneficios esperados; por tanto, debe entenderse que subsiste tal abuso -esto es, que **el mismo está siendo ejecutado- mientras se mantenga el sistema de determinación y aplicación de precios** que sean imputados como abusivos.”³²*

93. Por el contrario, cuando se trata de actos de ejecución instantánea, como es típicamente el caso de la celebración de un contrato (sobre todo cuando este pone término a un proceso de licitación, como ocurre en el caso del Banco Santander), la jurisprudencia en esta sede ha sido consistente en establecer que ese es precisamente el momento en que se ejecuta la conducta eventualmente atentatoria contra la libre competencia.

94. En este sentido, la Excm. Corte, al analizar en qué momento se *materializa una conducta atentatoria contra la libre competencia*, **en un pronunciamiento citado por el propio TDLC en la Sentencia Reclamada** (Caso KDM), ha advertido categóricamente:

³¹ Sentencia Excm. Corte Suprema, Rol 15.005-2019, de fecha 14 de agosto de 2020, considerando 35°.

³² Sentencia TDLC, N° 55/2007, de fecha 10 de octubre de 2007, considerando 10°.

"cabe señalar que de estimarse que ha existido una conducta atentatoria contra la libre competencia ella no se materializa al momento de la aplicación de dicha cláusula sino a la fecha de celebración de los contratos que la contemplan"³³

95. Lo propio sostuvo el TDLC, refiriéndose al mismo caso revisado por esta Excma. Corte:

"en otras palabras, el ejercicio de los derechos y obligaciones que un contrato libremente pactado establece para las partes es el efecto natural del mismo y no puede, por lo tanto, cuestionarse el ejercicio de tales derechos sin atacar la fuente de los mismos que, en la especie, corresponde al Contrato Original y sus Adhesiones."³⁴

96. Pues bien, aun teniendo presente la contundente y reiterada jurisprudencia respecto al momento de inicio de la prescripción en materia de libre competencia, el TDLC optó derechamente por tergiversar lo dicho hasta ahora, al señalar que *"cuando el acto abusivo proviene de un acto unilateral o de un contrato en el que el afectado no participó en su celebración, la conducta en estos casos no se entiende ejecutada en la época de ejecución del acto o celebración del contrato, sino cada vez que se aplica dicho acto o contrato; en otras palabras, se ha considerado para efectos de la prescripción, como una actividad continuada o de tracto sucesivo."³⁵*

97. El error del TDLC en este punto es evidente: so pretexto de extender artificial e ilegalmente el momento de la *ejecución de la conducta*, la Sentencia Reclamada **pretende asimilar el contrato entre Correos y el Banco Santander a una conducta unilateral y de tracto sucesivo**, desdibujando absolutamente categorías de la teoría del acto jurídico que han sido fundamentales para el desarrollo jurisprudencial de la institución de la prescripción en materia de libre competencia.

98. En efecto, en lo que tiene que ver con el análisis del momento de ejecución de la conducta, el caso que se analiza es idéntico al caso KDM: un tercero, la FNE, dedujo un requerimiento contra Kiasa Demarco S.A. y una serie de municipalidades, por celebrar contratos que fijaban barreras de entrada artificiales a potenciales competidores en el mercado de tratamiento y disposición de residuos sólidos. En este caso, de manera consistente con la jurisprudencia y el tenor del DL 211, se determinó que el momento de inicio del plazo de prescripción **era precisamente el de la celebración de los respectivos contratos.**

³³ Sentencia Excma. Corte Suprema, Rol 2255-2012, de fecha 7 de diciembre de 2012, considerando 6°.

³⁴ Sentencia TDLC, N° 118-2012, de fecha 9 de enero de 2012, considerando 16°.

³⁵ Considerando 19° de la Sentencia Reclamada.

99. Pues bien, como consecuencia de lo anterior, el TDLC llega al extremo de concluir que, en el caso que nos ocupa, *“la conducta se entiende ejecutada cada vez que Correos aplica el descuento [contenido en un contrato] que **Envía considera exclusorio al Banco Santander**”* (Considerando 20°), y que, atendido que *dicho contrato se ha mantenido hasta, por lo menos, el año 2019*” (considerando 21°), al momento de la notificación de la medida prejudicial preparatoria **el plazo de prescripción extintiva aún no habría comenzado a transcurrir**. De este modo, el TDLC sostuvo una tesis incluso más audaz que aquella reclamada por la propia Demandante. Aparentemente, el fallador desconoce que Envía, al momento de su reclamo, se mantuvo prestando servicios para el Banco Santander. Sin embargo, la Demandante, se considera excluida.
100. Sin perjuicio de lo anterior, lo cierto es que la celebración de un contrato, como en el caso de Banco Santander que el fallador debió tener en vista, opera de modo tal que al acordarse libremente su contenido por las partes, los efectos anticompetitivos que se puedan generar tendrán lugar precisamente debido a la ejecución del mismo.
101. En este sentido, la misma sentencia en el caso KDM (causa Rol 2255-2012), pronunciada por esta Excma. Corte, en un extracto convenientemente omitido por el TDLC señala:
- “Yerra la Fiscalía Nacional Económica al estimar que el establecimiento de tal cláusula sería un acto preparatorio del atentado a la libre competencia y por ende impune, atentado que sólo se produciría al momento de su aplicación, ya que las partes al renovar tácitamente los contratos se limitaron a dar cumplimiento a las estipulaciones pactadas al momento de la celebración de los contratos en cuestión. Es decir, la aplicación de la cláusula que contempla la renovación tácita no es más que una prerrogativa de las partes contemplada en los contratos suscritos, de manera que de estimarse que tal facultad atenta contra la libre competencia, ella se materializó al momento de la celebración de los respectivos contratos.”* (Considerando 6°).
102. Por el contrario, el motivo por el que en algunos casos de abuso de posición dominante es posible sostener que estamos frente a actos de ejecución permanente, análogos a los de colusión, es precisamente porque los mismos se derivan de la imposición, por parte del agente con poder de mercado, de cláusulas o condiciones fijadas unilateralmente, de modo tal que **cada vez que dicha cláusula es impuesta a un cliente por parte de un proveedor con poder de mercado, tiene lugar nuevamente la conducta contraria a la libre competencia y en estricto rigor, la celebración de un contrato**. Lo anterior, de ninguna manera se condice con los contratos celebrados por el Banco Santander y nuestra representada, que carecen de todo tipo de restricciones que les impidan a sus clientes el cambio de proveedor. Correos no

detenta poder de mercado frente a Banco Santander, y éste puede sustituir a sus proveedores de servicios postales de manera inmediata.

103. Esto último explica que no se entienda por qué la Sentencia Reclamada se aventura a sostener en su Considerando 20° que *“la situación fáctica que se presenta en esta litis se asemejaría más este último tipo de casos, y por lo tanto debería seguirse el mismo razonamiento”* sostenido en las sentencias N° 76/2008 y 173/2020.
104. En efecto, en la Sentencia N° 76/2008 se analiza la conducta de EFE consistente, de acuerdo con el Visto N° 1, en *“aplicar y a cobrar, en forma retroactiva, las tarifas por los servicios de atravesos, paralelismos y apoyos (el mercado relevante), **basándose en la aplicación de un Reglamento Interno de la empresa**”*. Claramente estamos frente a la imposición unilateral de un reglamento interno, siendo procedente por lo tanto el criterio aplicable a un acto jurídico unilateral.
105. En lo que respecta a la Sentencia N° 173/2020, la hipótesis de hecho que se ventiló en aquella oportunidad decía relación con la exigencia, por parte de la Asociación Nacional de Fútbol Profesional, de una cuota de incorporación como requisito para ascender a la Primera División B del fútbol profesional chileno (Visto N° 1). Nuevamente, estamos frente a una imposición unilateral de condiciones eventualmente anticompetitivas por parte de una *“corporación de derecho privado, distinta e independiente de sus miembros”*. El carácter unilateral del acto es el que justifica su tratamiento como una conducta de ejecución permanente, puesto que se trata en verdad de una seguidilla de convenciones.
106. Es por todo lo anterior que la tesis de la Sentencia Reclamada, consistente en que *“la conducta se entiende ejecutada cada vez que Correos aplica el descuento que Envía considera exclusorio al Banco Santander”* no tiene asidero legal ni jurisprudencial alguno y, además, pone en evidencia un desconocimiento de instituciones básicas del derecho al confundir la aplicación de contratos (aplicables en este caso) con la imposición de actos jurídicos unilaterales, como serían los reglamentos internos de una empresa (caso EFE) o una imposición unilateral de condiciones (caso ANFP). Finalmente, revela que el redactor desconocido nunca tuvo a la vista el contrato entre Correos de Chile y Banco Santander.
107. Resulta evidente que el plazo de prescripción de tres años que contempla el DL 211 comenzó a computarse con la celebración del contrato entre el Banco Santander y Correos, esto es, el **1 de febrero de 2015**, que por cierto es la hipótesis más lejana temporalmente del inicio del proceso de licitación. Así las cosas, y considerando que la notificación de la medida preparatoria tuvo lugar recién el **7 de mayo de 2018**, debe concluirse forzosamente que la acción en cuestión se encuentra prescrita.

108. Por lo demás, la extensión impropia del momento de la “*ejecución de la conducta*”, produce una tensión constitucional no advertida por el fallador ¿Qué versión de la ley se debe aplicar para la determinación de la multa? Si seguimos la tesis del TDLC, la norma aplicable debiese ser la vigente el año 2019, pero resulta curioso que de todas maneras el H. Tribunal reconozca que la norma aplicable es la que fija un monto máximo en 20.000 UTA, norma que claramente aplica a conductas ejecutadas antes de agosto del año 2016.³⁶

2.3. TERCER VICIO SUSTANTIVO DE LA SENTENCIA RECLAMADA: INSUFICIENTE MOTIVACIÓN DEL TDLC AL ACOGER LA IMPUTACIÓN DE CONDUCTA DESLEAL RESPECTO DE LA EMPRESA RIPLEY PAYBACK: LOS PROPIOS REPRESENTANTES DE LA EMPRESA, PRESENTADOS COMO TESTIGOS POR ENVÍA, NEGARON LA VERSIÓN DE LOS HECHOS SOSTENIDA, ACREDITANDO LA AUSENCIA DE UN ILÍCITO ANTICOMPETITIVO DE COMPETENCIA DESLEAL (VOTO DE MINORÍA)

109. Envía denunció una supuesta conducta constitutiva de competencia desleal por parte de Correos, que habría sido ejecutada durante el año 2018. En palabras de Envía, Correos de Chile “amedrentó”³⁷ al cliente Ripley Payback, con el objeto de que se abstuviera de implementar el proyecto piloto que se encontraba evaluando con la Demandante y, en su lugar, contratara con Correos. El “amedrentamiento” fue desconocido por el ejecutivo de Ripley Payback, Sr. Carlos Rivero, en audiencia testimonial solicitada por Envía.
110. Dicha acusación fue examinada por el TDLC en los considerandos 136° a 161° de la Sentencia Reclamada, concluyendo en definitiva que la infracción denunciada había tenido lugar, aplicando por este concepto una multa de entre 600 y 850 U.T.A.³⁸ en contra de Correos de Chile, con el voto en contra de dos Ministros abogados del referido tribunal especial. El TDLC, al fijar la multa en su considerando 169°, señala:

“Centésimo sexagésimo noveno: Que, en relación con la conducta de competencia desleal, no se cuenta con antecedentes que permitan determinar el beneficio económico que Correos pudo haber obtenido con motivo de dicha infracción, sin perjuicio de lo cual la multa que se aplicará considera esta infracción;”

³⁶ El artículo 26 del DL 211 fue modificado por la Ley 20.945, publicada en el Diario Oficial el 30 de agosto de 2016. Por lo mismo, la ley sancionatoria aplicable al caso del Banco Santander era aquella vigente al momento de la ejecución de la conducta, esto es, el 1 de febrero de 2015.

³⁷ Véase la Demanda Corregida, p.53.

³⁸ La Sentencia Reclamada avalúa el beneficio económico obtenido por esta competencia desleal en 600 U.T.A. Sin embargo, el voto de minoría que estuvo por eliminar este cargo propone una reducción de la multa impuesta a Correos en 850 U.T.A. De esta manera, de haberse acogido la opinión de la minoría en competencia desleal la multa final para Correos hubiese sido de 5.150 U.T.A.

111. Pues bien, el fallador desconoce el beneficio económico de Correos y acto seguido aplica una multa: ¿pareciera que lo resuelto carece de motivación?
112. Nos parece que en este punto la Sentencia Reclamada incurre en graves falencias que deben ser enmendadas por esta Excma. Corte, tanto en lo que se refiere a la apreciación de la prueba obrante en el expediente que debió ser observada por el TDLC, como en lo que se refiere a una correcta aplicación de la Ley N°20.169, que Regula la Competencia Desleal y los supuestos típicos que contempla la misma.
113. En particular, y luego de un discreto análisis de la infracción imputada a la luz de la prueba rendida en el expediente y la legislación aplicable, la Sentencia Reclamada establece en su considerando 160°:

“Que en consecuencia y aplicando las reglas de la sana crítica, se puede inferir de la lectura del correo electrónico de 1° de junio de 2018, enviado por Carlos Riveros a Francisco Montes, que Payback fue presionado por Correos para no celebrar el proyecto piloto con Envía, lo que naturalmente tiene un impacto mayor debido a la entidad del agente económico involucrado (Correos). En este sentido, las explicaciones entregadas por Correos al Sr. Riveros, de Payback, no aparecen como plausibles y no tienen justificación en la lógica comercial aplicada por la demandada en los servicios que presta conforme lo declara en autos. De esta forma, aun cuando el Sr. Riveros afirmó que la decisión adoptada por Payback no obedeció a una amenaza de Correos sino al resultado de negociaciones iniciadas con el objeto de obtener mejores tarifas, el condicionamiento efectuado por Correos, empresa dominante en el mercado, es una interferencia ilegítima en las negociaciones que se estaban efectuando con un competidor, ya que condicionaban un descuento a un cliente solo si éste no contrataba con Envía, y por ende, tiene por único objeto desviar clientela del competidor. Se recalca, al efecto, que la conducta desplegada por Correos, consistente en esta amenaza, puede tener un efecto mayor en desmedro de sus competidores toda vez que se trata de la empresa dominante en el mercado y que representa un socio comercial inevitable para los clientes debido a su red de cobertura nacional;”

114. Se debe destacar que Carlos Riveros, gerente de Ripley, compareció como el único testigo ante el TDLC presentado por Envía sobre este punto. Su declaración contradice lo que fuera resuelto por el TDLC. El fallador evidentemente no leyó la declaración del señor Riveros (a fojas 1377). Ripley no contrató con Envía por desconfianza en la calidad de sus servicios, al no tener relación comercial previa con ellos. El Sr. Riveros declaró que no sólo se contactó con

Correos, sino que también con otros proveedores, ya que la instrucción comercial en Ripley era buscar una reducción de gastos a nivel central.

115. Pues bien, la Sentencia Reclamada incurre además en un grave error de derecho al condenar a nuestra representada por haber incurrido en el ilícito contemplado en el artículo 3° letra c) del DL 211, en circunstancias de que, tal como señala el voto de minoría de los Ministros abogados Vergara y Gorab, la prueba aportada por Envía es insuficiente para tener por acreditada la hipótesis de competencia desleal:

*“7. En conclusión, los dichos de Carlos Riveros, **que no fueron objetados por la demandante**, dan cuenta que las razones que consideró Payback para no contratar con Envía **obedecieron exclusivamente a una decisión comercial**. Del mismo modo, **proporcionan una explicación alternativa razonable a la interpretación que se hace del citado correo electrónico** [de 1° de junio de 2018], por lo que este, **por sí solo, es insuficiente para tener por acreditada la acusación de competencia desleal.**”*

116. La conducta contraria a la libre competencia que se consideró en la especie tiene la particularidad de requerir dos elementos copulativos para su configuración, tal como ha explicado esta Excma. Corte Suprema:

*“(i) un **elemento normativo**, consistente en la existencia de una práctica de competencia desleal; y (ii) un **elemento subjetivo**, traducido en el objeto o finalidad de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante en el mercado”³⁹*

117. En lo que sigue expondremos los motivos por los que debe descartarse la concurrencia en la especie del elemento normativo, ya que no se satisfacen los elementos del tipo que contempla la Ley 20.169.

2.3.1. EL CONCEPTO DE COMPETENCIA DESLEAL DEL ARTÍCULO 3° DE LA LEY N°20.169: EXIGENCIA DE UNA CONDUCTA CONTRARIA A LA BUENA FE O LAS BUENAS COSTUMBRES QUE PERSIGA UN DESVÍO DE CLIENTELA

118. El ilícito “genérico” de competencia desleal se encuentra descrito en el artículo 3° de la Ley N°20.169 como “*toda conducta contraria a la buena fe o a las buenas costumbres que, por medios ilegítimos, persiga desviar clientela de un agente del mercado.*”

³⁹ Sentencia Excma. Corte Suprema, Rol 26.525-2018, de fecha 8 de junio de 2020, considerado 9°.

119. A su vez, el artículo 4° del mismo cuerpo normativo establece una enumeración no taxativa de distintas hipótesis específicas de competencia desleal, sin perjuicio de lo cual ninguna resulta aplicable en la especie, toda vez que la conducta que se imputa a Correos consistiría en “amedrentar” al cliente Ripley Payback, para que se abstuviera de implementar el proyecto piloto que se encontraba evaluando con la Demandante.
120. Pues bien, corresponde entonces analizar los elementos propios del “tipo” general de competencia desleal contenido en el artículo 3° de la Ley N°20.169. Dichos elementos son, en concepto de la Excm. Corte Suprema, “(i) la ejecución de una conducta; (ii) que ésta sea contraria a la buena fe o las buenas costumbres; (iii) que dicha conducta sea ejecutada a través de medios ilegítimos; y, (iv) que el hechor persiga desviar clientela a otro agente de mercado.”⁴⁰
121. De lo anterior se puede advertir que resulta decisiva en la especie la determinación de si el comportamiento de Correos respecto de Payback corresponde a una práctica comercial aceptable en un contexto competitivo, o si bien la misma infringe normas de comportamiento que imponen el principio de buena fe o las buenas costumbres.
122. Analizando precisamente estos elementos, esta Excm. Corte ha precisado el estándar que debe alcanzar una práctica comercial para ser calificada como constitutiva de competencia desleal:

*“3° Que la Ley N° 20.169, según lo dispone el artículo 1°, tiene por objeto proteger a competidores, consumidores y, en general, a cualquier persona afectada en sus intereses legítimos por un acto de competencia desleal; y conforme lo que señala su artículo 3°, lo constituye, en general, toda conducta contraria a la buena fe o las buenas costumbres que, por medios ilegítimos, persiga desviar clientela de un agente del mercado. Entonces, consiste en la **conculcación de normas objetivas de comportamiento**, a saber, **la honestidad comercial o los usos mercantiles** que establecen deberes de abstención o prohibiciones que constriñen a los operadores del mercado a **no utilizar o evitar emplear medios viles, torcidos, fraudulentos en su actividad competitiva con una finalidad precisa y determinada, atraer una clientela que sin esas maniobras podría dirigirse a otra.** [...]”*

4° Que, conforme a dichos postulados para que se configure un acto de competencia desleal, en los términos señalados en el artículo 3 de la Ley N

⁴⁰ Sentencia Excm. Corte Suprema, Rol 26.525-2018, de fecha 8 de junio de 2020, considerado 11°.

20.169, se debe acreditar, por los medios de prueba legal, lo siguiente: **una amenaza suficientemente idónea** para que se concrete o su materialización, sea por acción u omisión; **que dicha conducta, activa o pasiva, importa un atentado a la buena fe o buenas costumbres mercantiles**, sea respecto a los competidores entre sí o de éstos en relación a los consumidores; y los medios ilegítimos que fueron utilizados para desviar la clientela, o a los que se recurrió para distorsionar o engañar la voluntad del consumidor medio, los que, obviamente, serán contrarios al deber de corrección exigible conforme a la ley. [...]”⁴¹

123. En este orden de ideas, al analizar un caso concreto a la luz del artículo 3° de la Ley N°20.169 es necesario tener en especial consideración que el contexto de análisis corresponde a una dinámica en la que cada firma persigue sus legítimos intereses, siendo la disputa por clientes de las firmas rivales un elemento de la esencia de todo mercado competitivo. Este es precisamente el motivo por el que la ley exige además la existencia de medios ilegítimos, que para parte de la doctrina parece ser un requisito redundante con el de una conducta contraria a la buena fe o las buenas costumbres.
124. Sobre este punto es esclarecedora la historia del mencionado artículo 3°, cuya redacción final recogió una indicación propuesta por tres Honorables Senadores. Al justificar la inclusión de la voz “medios ilegítimos”, sus proponentes señalaron:

*“La segunda precisión contenida en los fundamentos de la indicación, se refiere a la conveniencia de efectuar alguna referencia que oriente a los jueces en el sentido de que **la competencia desleal no puede ser un instrumento que entrase la competencia fuerte, pero legítima. La competencia dura es perfectamente lícita e incluso estimulada en el derecho nacional**. Por esto, parece adecuado conservar una referencia al propósito del acto de competencia desleal objeto de represión, esto es, desviar ilícitamente la clientela de terceros. Aunque la mención de la vulneración de las buenas costumbres comerciales envuelve una referencia a la ilicitud, **podría hacerse una reiteración de esta idea para excluir la hipótesis de que la ley contra la competencia desleal pueda ser usada para fines contrarios a la competencia lícita.**”⁴²*

125. Es evidente entonces que el estándar aplicable en la especie debe ser exigente con la conducta, puesto que el propósito expreso del legislador al fijar el texto definitivo del artículo 3° de la Ley N°20.169 fue justamente evitar que el mismo fuera empleado de manera

⁴¹ Sentencia Excm. Corte Suprema, Rol 15.267-2018, de fecha 29 de mayo de 2020, considerados 3° y 4°.

⁴² Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Historia de la Ley 20.169, página 100.

oportunista para evitar una competencia vigorosa en el mercado, bien jurídico de innegable valor en el derecho nacional.

2.3.2. IMPOSIBILIDAD DE CALIFICAR JURÍDICAMENTE LA CONDUCTA DE CORREOS DE CHILE COMO CONTRARIA A LA BUENA FE O LAS BUENAS COSTUMBRES.

126. Pues bien, dilucidado el estándar que ha sido delineado por esta Excma. Corte respecto al concepto de competencia desleal de la Ley 20.169, corresponde ahora revisar la prueba rendida en autos a la luz de dicho estándar.
127. En primer lugar, el análisis del correo de 1 de junio de 2018 entre personal de Payback y Envía, que ha sido el principal antecedente considerado por el TDLC para condenar a Correos, debe ser adecuadamente contextualizado en las circunstancias de hecho previas y posteriores al mismo.
128. Así, un primer elemento fundamental para la adecuada ponderación de la prueba es qué motivó a Ripley a mantener negociaciones simultáneas con proveedores de servicios de correspondencia. Lo anterior, toda vez que fue Ripley Payback -y no Correos- la que solicitó, entre abril y mayo de 2018, renegociar los contratos que mantenía con nuestra representada.

<p>De: Carlos Riveros Bravo (CL) [mailto:criverosb@ripley.cl] Enviado el: jueves, 26 de abril de 2018 8:31 Para: Jorge Andres Cardenas Barros CC: Claudia Jaque Vergara (CL) Asunto: RE: Carta + Autosobre Clientes CURA (AMF)</p> <p>Jorge, gusto en saludar. Te quería comentar que estamos en un <u>proceso de plan de ahorro</u> en la compañía y queremos revisar que opciones hay para lograr economías en el envío de Cartas. Quedamos muy atentos. Atte. Carlos Riveros.</p>	43
--	----

129. Fue a raíz de esta solicitud que se llevó adelante la negociación de abril-mayo de 2018, en cuyo contexto Envía asevera, injustificadamente, que Correos habría incurrido en una práctica de competencia desleal para que Payback no contratara un proyecto piloto con Envía.
130. Al contrario de lo que sostienen Envía y el TDLC, resulta evidente la ausencia de mala fe por parte de nuestra representada, que se limitó a dar respuesta a un requerimiento comercial de un importante cliente. ¿Espera el TDLC que cualquier actor en un mercado, se niegue a considerar una mejora de condiciones comerciales solicitada por su cliente? Es claro que la conducta de Correos es lo que haría cualquier empresario mínimamente diligente.

⁴³ Correo contenido en el archivo titulado "VP_RE Carta + Ripley.msg", el que a su vez se encuentra dentro de la carpeta "Punto 2", acompañada por Payback. Este aspecto fue confirmado por el Sr. Carlos Riveros (Payback) en el contexto de su declaración como testigo de la demandante, según consta de la transcripción de fojas 1377, p.3.

131. Junto con lo anterior, el testigo de Envía declaró que no existió una “advertencia” o “amedrentamiento” por parte de Correos a Payback. El Sr. Carlos Riveros (Payback) confirmó que no existieron presiones por parte de Correos para evitar que contratase con otro proveedor, y que la decisión comercial de Payback de no contratar los servicios de Envía fue adoptada libremente en atención a factores distintos al precio. El Sr. Riveros (Payback) mencionó factores tales como: (i) la experiencia del proveedor, (ii) el porcentaje de entregas, y (iii) el tiempo de distribución. En síntesis, el señor Riveros señaló que existía “desconfianza” por parte de Payback en torno a la capacidad profesional que tendría Envía para asumir las labores de despacho postal.

“Ministra: Efectividad de que Correos de Chile advirtió a Empresas Ripley que no mantendría los descuentos ofrecidos a Payback... Payback Ripley se refiere, en el caso que esta última contratase con otro proveedor los servicios de distribución de correspondencia. Efectos en la competencia. ¿Qué nos puede decir acerca de los hechos relacionados a este punto?

*Carlos Riveros: Eh bueno lo que... esto ocurre en medio de una...nosotros necesitamos bajar gastos como grupo, entonces **nos pidieron de la administración central que debíamos bajar gastos y una de las líneas que nos produce harto gasto es el tema de correspondencia**, dado que nosotros enviamos cerca de 4 millones de cartas al año. Entonces, en ese contexto, nosotros empezamos a ver opciones para bajar esos gastos...opciones era traer a más proveedores para que nos dijeran "oye como pueden ustedes bajarnos el, digamos, apoyarnos en la baja del costo".*

***Entonces llegó una empresa que era Envía**, digamos, que dentro de otras empresas y a Envía le pedí cotización por este servicio y **ellos nos cotizaron una, un porcentaje más bajo que Correos digamos... que era como entre un diez por ciento más bajo que la tarifa que tenemos actualmente** [con Correos]. Entonces dado eso, para nosotros nos era interesante pilotear con ellos la opción de enviar correo, **pero igual con la desconfianza, por eso piloteábamos**, de que eh la efectividad de la entrega sea la misma dado las capacidades que tiene Correos en todo Chile, que entiendo que no son muy comunes a la competencia. Entonces queríamos pilotear que tiempos de entrega tenía, si tenía los mismos tiempos de respuesta en la entrega, si la cantidad de entrega, el porcentaje de cartas entregadas era similar, entonces porque... no era llegar y tomar la decisión por costos, **había que evaluar otras alternativas, otras opciones también**”⁴⁴.*

132. La explicación del Sr. Riveros es del todo lógica. Payback tenía interés en revisar su estructura de costos buscando lograr eficiencias competitivas, razón por la cual Envía presentó su piloto cotizando un precio más bajo que el que tenía contratado el cliente a la fecha. **Se trató de un significativo ahorro del 10%**⁴⁵. A pesar de lo atractivo de esta oferta, el cliente optó por no

⁴⁴ Transcripción de fojas 1377, p.3.

⁴⁵ La magnitud del ahorro que Envía es capaz de ofrecer a sus clientes respecto de los precios de Correos demuestra que Envía puede ofrecer precios competitivos, elemento de contexto relevante para evaluar el

tomar el piloto atendido que no veía en él los ahorros esperados. Esa es la razón de la no contratación del piloto. Payback no confiaba en los servicios de Envía.

133. Además, es necesario poner de relieve que lo ofrecido por Envía era un proyecto **piloto**. Es decir, eran **tratativas** de cara a la **evaluación de la decisión eventual** de contratar con Envía. Por tanto, no existía vinculación contractual alguna entre el cliente y la Demandante, encontrándose Payback en todo su derecho de retractarse del piloto ofrecido. Y en todo caso, de haber existido una vinculación de índole convencional entre Payback y Envía, cualquier diferencia derivada de la misma no puede serle atribuida a Correos que, valga la pena reiterar, sólo se limitó a acceder a la solicitud de la propia Payback de revisar el precio de sus servicios.
134. En suma, en su declaración, el Sr. Riveros -quien fue la misma persona que envió el correo de 1 de junio de 2018- confirmó que (i) no hubo presión de parte de Correos de Chile, y (ii) la decisión comercial de no contratar el proyecto **piloto** ofrecido por Envía, simplemente se debió a que los precios cobrados por Correos para distribuir únicamente a los sectores no cubiertos por la demandante -zonas extremas y menos densas- no serían convenientes⁴⁶. Ese es el contexto en el que tiene que ponderarse el correo de 1 de junio de 2018, del siguiente tenor:

----- Mensaje reenviado -----
 De: **Carlos Riveros Bravo (CL)** <criverosb@ripley.cl>
 Fecha: viernes, 1 de junio de 2018
 Asunto: Re: RE: Nueva Propuesta Correo ENVIA - Distribución Cartas Cobranzas
 Para: Francisco Montes <fmontes@mvservicios.cl>

Francisco, nosotros nos juntamos con correos de Chile hace una semana y nos bajaron la tarifa, además nos comentaron que si tenemos otro proveedor, ellos nos van a cobrar el precio que corresponde a destinos en que el proveedor no tenga cobertura ,por lo que como un todo nos saldrá mucho más caro.

Es por esta razón que no vemos ahorros en realizar un piloto con ustedes.
 Si gustan podemos conversar para explicarles esto personalmente y ver cómo puedo justificar el realizar el piloto.
 Saludos.
 Carlos

47

135. Pues bien, a la luz de lo hasta aquí expuesto, recién es posible determinar el verdadero sentido y alcance de dicho correo. En éste, se da cuenta de lo dicho por nuestra representada a Payback, en el sentido de que, si bien logró reducir la tarifa a solicitud de este último, le hizo

abuso de posición de dominio que se imputa respecto de los clientes Scotiabank, CMR Falabella y Banco Santander.

⁴⁶ **Esta circunstancia, además, confirma la efectividad del descreme geográfico que se verifica en el mercado relevante de autos, toda vez que el Sr. Riveros se refiere a que el único porcentaje de los envíos que no sería asumido por Envía -de realizarse el piloto- correspondería a "zonas extremas"**. Véase la declaración testimonial del Sr. Carlos Riveros, que rola a fojas 1377 y siguientes del expediente. En particular, véase la foja 1380.

⁴⁷ Acompañado por Envía a fojas 431.

presente asimismo a Payback que si tenía otro proveedor, Correos cobraría el precio que corresponde a los destinos en que dicho proveedor no tenga cobertura.

136. Lo dicho por Correos a Payback es enteramente razonable: si Payback decidía contratar con otro proveedor del servicio de correspondencia, aquello implicaba necesariamente que los destinos servidos por Correos hasta ese momento se verían reducidos, viéndose naturalmente afectadas las eficiencias de escala y geográficas que hacían posibles, en primer lugar, las condiciones comerciales ofrecidas por Correos. En suma, lejos de tratarse de alguna conducta deshonesto, o mucho menos de una amenaza, Correos se limitó a transparentar con Payback, en el contexto de negociaciones llevadas de buena fe y a solicitud de la propia Payback, las limitaciones a las que se encontraba sujeta la oferta comercial con que Correos se esforzó en acceder a lo solicitado por Payback.
137. La conclusión anterior se ve reforzada por el Informe Butelmann que analizó la legitimidad de la conducta desplegada por Correos desde una perspectiva económica, concluyendo que no se verifica el tipo de competencia desleal explicado en la demanda:

“Por último, aun de ser cierto el relato de Envía, no es posible divisar cómo los hechos descritos por Envía en este punto podrían configurar una conducta de competencia desleal. Por el contrario, es legítimo que Correos cobre “lo que corresponde” a las empresas que usan su red exclusivamente en las zonas menos densas y más costosas de atender. De hecho, no hay nada “ilegítimo” en aplicar un menor descuento en estos casos; probablemente, ni siquiera cubra los mayores costos de proveer servicio en esas zonas”.

138. En suma, ponderados adecuadamente los documentos exhibidos por Payback y las declaraciones del propio testigo de Envía, Sr. Riveros, y en concordancia además con las consideraciones económicas contenidas en el Informe Butelmann, forzoso es concluir que Correos de Chile no ha incurrido en acto alguno que pueda ser calificado como constitutivo de competencia desleal. Concluir lo contrario, sin fundamentos ni revisión del expediente deviene en una decisión arbitraria e ilegal del TDLC. La declaración de Carlos Riveros no fue objetada por Envía.

2.3.3. NO SE SUSCRIBIÓ CONTRATO ALGUNO ENTRE CORREOS DE CHILE Y PAYBACK

139. Como si lo anterior no fuera suficiente para desechar los cargos formulados por Envía, es importante hacer presente que la propia Ripley Payback también aportó información que da cuenta de que la negociación desarrollada entre abril y junio de 2018 entre Correos y Payback **no fue exitosa**, no existiendo acuerdo respecto del precio. Lo anterior, justamente debido a

que nuestra representada se vio imposibilitada, tras una negociación de buena fe, de llegar al precio solicitado por su cliente.

De:	Jorge Andres Cardenas Barros <jorge.cardenas@correos.cl>
Enviado el:	miércoles, 16 de mayo de 2018 8:29
Para:	Claudia Jaque Vergara (CL); Carlos Riveros Bravo (CL)
CC:	Karen Donoso Farias
Asunto:	RE: programación envios / Propuesta Servicio Especial Postal Ripley codigo 524538

Buen día Claudia y Carlos

Me confirman que ya hicimos nuestro mejor esfuerzo en la propuesta de tarifas presentada y no tenemos opción de llegar al número que indican. Más aún cuando no incluimos el reajustes de IPC en marzo de 2018.

En espera de su comprensión.

Atentamente.

Jorge Cárdenas Barros

Ejecutivo de Cuentas Corporativas

Fono: 73774925 / 956 5526

Gerencia de Ventas

48

140. A mayor abundamiento, el Sr. Carlos Riveros (Payback), testigo de Envía, quien participó activamente de la negociación tanto con Envía como con Correos, confirmó que Correos no celebró ningún contrato con Payback en el período señalado por Envía, esto es, abril-mayo de 2018.

*“Abogado Correos: Para que diga el testigo **si en junio de 2018 se celebró un contrato entre Payback y Correos de Chile.***

*Carlos Riveros: Que yo entienda, o que yo lo maneje **no, no.**”*⁴⁹.

141. En suma, quedó acreditado en autos que entre abril y mayo de 2018 Correos y Payback negociaron servicios postales especiales -a instancias de Payback, cuyos ejecutivos cumplían una orden general de reducción de costos- y no existió acuerdo respecto del precio por lo que no se celebró ningún acto o contrato a su respecto. Esto dificulta la posibilidad de que Correos haya “amedrentado” o “desviado clientela”, como lo exige el elemento normativo del tipo de competencia desleal, según jurisprudencia de esta Excma. Corte.
142. La conducta denunciada no era objetivamente idónea para que Correos pudiese alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante, ya que, en el segmento corporativo de

⁴⁸ Correo que forma parte de la cadena de correos electrónicos exhibida por Empresas Ripley. Véase el archivo “VP_RE programación envios Propuesta Servicio Especial Postal Ripley código 524538 - 16 MAYO.msg”, contenido en la carpeta Punto 2, de las versiones públicas definitivas acompañadas por Empresas Ripley el 18 de marzo de 2020 (fojas 2904).

⁴⁹ Transcripción de la declaración testimonial del Sr. Carlos Riveros (fojas 1399), página 11.

grandes clientes Correos enfrenta competencia de numerosos operadores privados. No existió un amedrentamiento como fue declarado por Carlos Riveros de Ripley.

143. Por lo anteriormente expuesto, esta parte estima respetuosamente que el análisis de derecho llevado a cabo en torno al sentido y alcance del artículo 3° de la Ley N°20.169 es por completo insuficiente. Esto, al punto que el voto de minoría fue de hecho suscrito por dos de los tres Ministros abogados integrantes del TDLC, ofreciendo un análisis de mucho mayor rigor jurídico que el obrante en la Sentencia Reclamada.

2.4. CUARTO VICIO SUSTANTIVO DE LA SENTENCIA RECLAMADA: EL ANÁLISIS REALIZADO POR EL TDLC DE LAS ACUSACIONES POR INFRACCIÓN AL ARTÍCULO 3 B) DEL DL 211 DEJA DE LADO LAS PARTICULARIDADES DE CADA CASO, Y SIENTA UN PELIGROSO PRECEDENTE DE POLÍTICA DE COMPETENCIA

144. El fallador no hace referencia a las defensas esgrimidas por esta parte. Por ejemplo, para el caso de Scotiabank no se pronuncia sobre el hecho que dicha empresa sufrió perjuicios derivados de un mal servicio de Envía. Además, la Sentencia Reclamada innova en contra de las recomendaciones de expertos en materia económico llevando adelante un análisis de conducta basada solo en precios. Aún, sin contar con los insumos relevantes para lograr acreditar fehacientemente el daño anticompetitivo.

2.4.1. AUSENCIA DE ANÁLISIS DE CADA CASO EN PARTICULAR: EL TDLC NO ANALIZÓ EL EXPEDIENTE E IGNORÓ LOS REALES MOTIVOS QUE TUVO CADA CLIENTE PARA CONTRATAR CON CORREOS DE CHILE, IGNORANDO LAS DEFENSAS PARTICULARES ESGRIMIDAS EN LOS CASOS DE SANTANDER, SCOTIABANK Y CMR FALABELLA

145. Un primer gran reparo que merece el análisis de fondo realizado por el TDLC, está relacionado con la completa omisión de las importantes defensas levantadas por Correos en lo que se refiere a los tres casos de supuestos descuentos exclusorios, las que correctamente apreciadas, llevan forzosamente a concluir que las acusaciones relacionadas con Banco Santander, CMR Falabella y Scotiabank deben ser descartadas por esta Excma. Corte, según la jurisprudencia vigente en esta materia y los antecedentes que obran en el expediente.

2.4.1.1. Caso Santander: el contrato celebrado con Correos fue el resultado de una licitación en la que Envía también resultó adjudicataria

146. Tal como fue explicado, al referirnos a la prescripción de la acción, el contrato celebrado entre Correos de Chile y Banco Santander fue antecedido por un proceso licitatorio administrado por un tercero contratado por el Banco Santander. Licitación en la que también resultó

adjudicataria Envía. De esta circunstancia es posible extraer importantes antecedentes para una calificación jurídica correcta de la conducta de Correos y la intensidad competitiva del mercado.

147. Un primer antecedente es que los términos ofrecidos por Correos fueron los mismos que constan en la carta de adjudicación de 31 de diciembre de 2014 y en el contrato de 1 de febrero de 2015. No hay más. Correos no desplegó un comportamiento dirigido a “arrebatarle” la carga a Envía, al punto que sólo en el contexto de este procedimiento nuestra representada advirtió que la Demandante también había sido adjudicataria en dicha licitación.
148. Lo anterior es relevante, puesto que da cuenta de la total ausencia de una intención por parte de Correos de Chile de lograr condiciones de exclusividad en su relación comercial con el Banco Santander. Santander adjudicó servicios a Correos y otros competidores según ofertas presentadas en la licitación. Lo anterior, sin perjuicio de que **el mismo competidor que en estos autos alega estar siendo excluido del mercado, fue de hecho adjudicatario junto con Correos en la licitación de Santander y se mantuvo prestando servicios.**
149. Sin perjuicio de lo expuesto, conviene analizar en detalle el correo electrónico mediante el cual el Sr. Germán Morong explica a Envía las razones por las cuales **no utilizarían los servicios de Envía (carta con tecnología)** para distribuir los estados de cuenta:

Estimado Enrique, la adjudicación por parte de Aquanima fue por las cartas con tecnología como se llamó en su minuto, lo que se buscaba era tener un precio para un futuro próximo en caso de requerir este tipo de despacho, por tanto era una adjudicación hipotética puesto que a la sazón no había un producto a distribuir con tales características, y ese producto eventualmente podía ser el EECC de tarjetas de crédito que administraba Nexus. Hoy en día en que el Banco desde enero realiza el proceso de generación del EECC de la tarjeta de crédito, ha decidido realizar la distribución bajo la modalidad de correo corriente a través de Correos de Chile. Por ahora no están desarrolladas las condiciones técnicas para generarlo y realizar la distribución bajo la modalidad de carta con tecnología.

Atte
Germán Morong

50

150. La causa por la que Banco Santander optó por distribuir las cartas a través del servicio “carta normal” (también llamada “carta comercial”) se explica claramente: **las necesidades comerciales del cliente cambiaron**, por lo que optaron por un producto que se adaptara mejor a dichas necesidades. De nuevo, no existe antecedente alguno de que la decisión de Santander pasara por cumplir exigencias de volumen de cartas impuestas por Correos, porque

⁵⁰ Correo electrónico acompañado por Envía a fojas 431.

aquello derechamente jamás ocurrió. Además, este correo deja en evidencia que Envía ofreció “cartas con tecnología” que Santander dejó de requerir.

151. En suma, en este caso ni siquiera existe evidencia de que se haya desplegado, en los hechos, una conducta como la que describe Envía, esto es, una oferta de “altas tasas de descuento”, con independencia de los efectos económicos que le atribuye (que tampoco son efectivas).
152. Los únicos términos ofertados, en el contexto de un procedimiento licitatorio en igualdad de condiciones, son aquellos que constan en la carta de adjudicación y el respectivo contrato celebrado entre Correos y Banco Santander. **El TDLC, sin embargo, omite por completo estas importantes consideraciones al decidir imponer multas.**
153. **Finalmente, y como sucede también en los demás casos, Envía se mantuvo prestando servicios para Banco Santander, circunstancia que desvirtúa por sí misma el carácter exclusorio de la conducta de Correos de Chile.**

2.4.1.2. Caso Scotiabank: El TDLC endosó a Correos de Chile la responsabilidad derivada de la prestación deficiente de servicios postales por parte de Envía

154. Pues bien, si los problemas de análisis son evidentes en el caso Banco Santander, en el caso de Scotiabank, las omisiones en el análisis del TDLC son derechamente incomprensibles y groseras, y refuerzan nuestra convicción de que el redactor del fallo no leyó el expediente.
155. En primer lugar, en este caso resulta clave una pregunta que jamás se plantea el TDLC, esto es, los poderosos motivos por los que en primer lugar Scotiabank decidió poner término a su relación comercial con Envía, que decían relación fundamentalmente con lo deficiente del servicio de correspondencia prestado por Envía y los perjuicios que había sufrido el Banco como consecuencia de lo mismo.
156. En este sentido, la declaración jurada de doña Karen Donoso⁵¹, Subgerente Comercial de Grandes Cuentas de la Empresa Correos de Chile, resulta particularmente ilustradora:

*“Cuando me reuní con la gente de Scotiabank en esa oportunidad, me comentaron que estaban muy interesados en integrarse en la negociación que nosotros manteníamos con Cencosud. **Nos manifestaron que no habían tenido muy buenos resultados en la operatividad y cumplimiento del nivel del servicio con Envía, por eso estaban buscando proveedores alternativos.**”*

⁵¹ Acompañada por Correos de Chile como prueba documental, a fojas 3144.

Después, cuando finalmente tomamos a Scotiabank por la fusión, los mismos usuarios del servicio, que son los que en definitiva nos pasan la carga, nos manifestaron que hoy estaban funcionando mucho mejor que antes en operatividad y que ellos habían pedido cambio de proveedor.

Después, la encargada del contrato por parte de Scotiabank, Erika Díaz, nos comentó también que ellos se habían cambiado de proveedor por calidad del servicio."

- 157. Dicha declaración jurada encuentra correlato, a su vez, con la cadena de correos que la propia Scotiabank exhibió en estos autos⁵². En dicha cadena de correos, se encuentra un correo electrónico enviado por la Sra. Viviana Kaschel Wulf, Gerente General de Scotiabank Corredora de Seguros, el 18 de noviembre de 2016, que se refiere a los problemas que Scotiabank experimentó con Envía:

"No sé si estás al tanto, pero tenemos un problema con la empresa de correspondencia Envía, en la cual estamos sufriendo perjuicios económicos por la entrega de un servicio deficiente y no ajustado a contrato.

[...] Las entregas realizadas por Envía no cumplen las especificaciones requeridas y frente a los reclamos de clientes que no fueron informados del término de cobertura y que actualmente presentan siniestros de cesantía, implica que a la fecha hayamos asumido el pago de siniestros por un monto de MM\$4,5 aprox".

- 158. La deficiente prestación del servicio por parte de Scotiabank llevó a que el cliente comenzara a generar procesos para decidir qué hacer respecto del proveedor y los perjuicios ocasionados por él. El problema es recogido en el documento titulado "**Minuta caso Envía 30-11-2016**"⁵³, el que detalla:

"A la fecha de hoy se reportan 8 siniestros que la Corredora está absorbiendo por un monto de MM\$8,00. Dado que los vouchers se encuentran objetados por los clientes, los cuales, aluden a que ellos realmente no han recibido la correspondencia".

⁵² Audiencia de exhibición documental de fecha 13 de septiembre de 2019, a fojas 2079. En particular, la referencia alude al archivo titulado "*Razones para poner término al contrato de prestación de Servicios con Envía*", contenido en la carpeta designada como "*Razones para poner término al Ctto*".

⁵³ Documento contenido en la carpeta "Antecedentes de la evaluación de los servicios de Envía". El detalle de los gastos también es desglosado en el documento titulado "Resumen Reclamos y gastos Scotiabank - Envía Ltda", contenido en la carpeta, "Antecedentes de Formulación de Quejas y Reclamos". Documento exhibido por Scotiabank en audiencia de 13 de septiembre de 2019 (fojas 2079), acompañado por Correo en escrito de fojas 2455.

159. Los antecedentes anteriores permiten comprender los motivos por los que Scotiabank -sin injerencia alguna de Correos de Chile- hubiese perdido absoluta confianza en la calidad del servicio de la Demandante, razón por la cual, se definieron los siguientes pasos a seguir, dentro de los cuales se encontraba **buscar un reemplazo para Envía**:

PLAN DE ACCION DE ACCION / PROXIMOS PASOS:		
Descripción	Fecha de Entrega	Responsable
Terminar de depurar base de datos para realizar carta por el segundo envío.	02-12-2016	MD
Enviar formulario de cuantificación del riesgo a Gerencia 1B	Enviado. 30-11-2016	Jl
Realizar Procedimiento de envío de correo crítico para filiales y departamentos del Banco. Éste, debe incorporar la forma en la que se debe evaluar el riesgo por parte de la Corredora con objeto de definir previamente el tipo de servicio de despacho.	15-12-2016	Jl
Contar con empresa alternativa para reemplazar a proveedor actual de correo privado, en caso de que sea necesario.	15-12-2016	Jl
Citar a reunión tripartita entre: Ejecutiva de Correos de Chile, SSGG y Corredora de Seguros para decidir acerca del tipo de envío de la segunda carta.	05-12-2016	GV
Revisar póliza de seguros entre Cardif y la Corredora de seguros, para determinar el alcance de las responsabilidades de envío del correo a los clientes, junto con ello, intentar obtener el apoyo de Cardif para realizar verificación de recepción de correspondencia por parte de los clientes involucrados.	09-12-2016	CV

54

160. Los problemas de servicio que se verificaron entre Scotiabank y Envía fueron además reconocidos en audiencia de absolución de posiciones por el señor Agustín Castellón, representante legal de Envía:

369	Ministro: Cuarenta y cinco. Para que diga el absolvente que es efectivo
370	que durante el tiempo en el cual Envía prestó servicios de
371	correspondencia a Scotiabank recibió reclamos de estas por deficiencias
372	en los servicios prestados.
373	Agustín Castellón: Hubo un problema con dos cartas, de una... de los
374	seguros que no eran clientes nuestros y que nos enviaron esas cartas sin
375	nosotros saber cuál era el tratamiento que se requería para esas... para
376	esas cartas.

55

161. En definitiva, es posible concluir que, de existir una lectura del expediente por parte del TDLC, como resulta naturalmente exigible a un tribunal especializado luego de un extenso período de estudio, debió descartarse por completo la acusación de Envía en relación con Scotiabank, toda vez que fue el cliente quien tomó la decisión de cambiar de proveedor, atendido su mal servicio que le ocasionó perjuicios.

⁵⁴ Documento titulado "Minuta caso Envía 30-11-2016", exhibido por Scotiabank en audiencia de 13 de septiembre de 2019 (fojas 2079). El destacado es nuestro.

⁵⁵ Transcripción de fojas 2165, página 14.

162. De este modo, queda meridianamente claro que la estructura de descuentos ofrecida por Correos a Scotiabank -que no merece reproche alguno, como se verá en el apartado siguiente- nunca ha sido el antecedente que indujo a esta última a poner término al contrato que mantenía con Envía. Correos de Chile, al igual que en el caso de Ripley Payback, se limitó a ofrecer precios competitivos a un valioso cliente. Sin embargo, dado que esta conducta le parece del todo reprochable al TDLC, surge la pregunta: **¿cuál sería, entonces, la conducta pro competitiva que espera observar el fallador?**

2.4.1.3. Caso CMR Falabella: La Sentencia Reclamada tiene el efecto de prohibir dinámicas competitivas propias del mercado de servicios de correspondencia.

163. Tal como se ha visto en los dos casos analizados previamente, la omisión en cuanto a revisar los antecedentes particulares de las negociaciones entre Correos de Chile y cada cliente, le impide al TDLC advertir que lo que en definitiva está prohibiendo son prácticas comerciales propias de la dinámica competitiva del mercado relevante que se analiza. La provisión de servicios a grandes clientes corporativos de gran escala se caracteriza por intensas negociaciones entre los grandes clientes corporativos y los proveedores de servicios de correspondencia. Es evidente que ningún proveedor de servicios de correspondencia detenta un poder de mercado frente a empresas como Santander, Scotiabank o CMR Falabella.
164. Pues bien, prohibidas estas prácticas comerciales, cuesta vislumbrar un modo de competencia que satisfaga el estándar que el TDLC pretende fijar en la Sentencia Reclamada, y al mismo tiempo sea practicable sin poner en grave riesgo la operación de nuestra representada. El caso de CMR Falabella sólo viene a corroborar esta conclusión.
165. En efecto, el mismo representante legal y dueño de Envía, Sr. Agustín Castellón, reconoció al **absolver posiciones que los clientes cambian de proveedor en busca de ahorros**, y el hecho de que es común que distintos competidores sirvan a un mismo cliente de manera simultánea.

313 **Ministro:** Treinta y ocho. Para que diga que es efectivo que un cliente
314 del segmento corporativo puede mantener contratos simultáneos de
315 prestación de servicios de correspondencia con distintas empresas
316 competidoras.

317 **Agustín Castellón:** Es efectivo de hecho varios lo hacen.

318 **Ministro:** Treinta y nueve. Para que diga el absolvente que es efectivo
319 que no existen costos especiales para un cliente de cambiarse de un
320 proveedor de servicios de correspondencia a otro.

321 **Agustín Castellón:** Generalmente cuando se cambian es por ahorrar más
322 que por tener mayores costos.

56

166. De la confesión judicial del dueño de Envía es dable concluir que esa es la forma en que los clientes llegan a cotizar con la demandante y las demás empresas competidoras de Correos: buscando ahorros. No existe ilicitud alguna en responder a las necesidades del cliente, en la medida que se respeten las normas que rigen la libre competencia en los mercados y Correos así lo ha hecho, encontrándose todos sus precios justificados económicamente. Además, queda en evidencia una alta intensidad competitiva entre proveedores de correspondencia en que rivales atienden al mismo cliente. Correos no incluye en sus contratos cláusulas de exclusividad ni otras formas de amarre contractual.
167. Esto fue precisamente lo que ocurrió con CMR Falabella, un cliente con gran poder de negociación, salió al mercado a buscar ofertas que le permitieran lograr eficiencias de costos de operación, ante lo cual Correos de Chile se limitó a dar respuesta a la solicitud con la mejor oferta que podía ofrecer.
168. Por lo demás, el hecho de que Envía considere que los precios que fueron finalmente ofrecidos por Correos constituyan una *“situación similar a una exclusividad de facto”*⁵⁷, es incompatible con la **circunstancia de que Envía de todas maneras siguió prestando el servicio de Correspondencia denominado “Superavance” a CMR Falabella y con el hecho de que Envía no fue excluido del mercado.**
169. En efecto, no existen cerrojos contractuales entre Correos y CMR, y además, los precios cobrados se encuentran sobre los costos de Correos, lo que permite descartar cualquier ilicitud de la conducta que se revisa.

⁵⁶ Transcripción de fojas 2165, p.12.

⁵⁷ Escrito de observaciones a la prueba de Envía, a fojas 3172, p. 158.

2.4.2. EL ESTÁNDAR FIJADO POR EL TDLC EN ESTE CASO AMENAZA CON SANCIONAR COMO ANTICOMPETITIVAS POLÍTICAS DE DESCUENTO QUE SON LEGÍTIMAS Y FORTALECEN LA COMPETENCIA

170. Habiendo desarrollado las reiteradas deficiencias que constan en la Sentencia Reclamada, al omitir analizar las particularidades de cada uno de los casos, creemos que es necesario detenernos también en el grave precedente que fija la Sentencia Reclamada en cuanto a las políticas de descuento. Lo anterior, porque ésta se aparta de la jurisprudencia tanto del TDLC como de esta Excma. Corte de manera inédita, con el riesgo adicional de producir serios efectos competitivos y afectación a los consumidores.

2.4.2.1. La Sentencia Reclamada se aparta de la jurisprudencia que se refiere a descuentos exclusorios

171. La Sentencia Reclamada analiza erradamente las prácticas de descuento por volumen, al punto que es posible que la misma, de ser confirmada por esta Excma. Corte Suprema, tenga por efecto eliminar los descuentos en ciertas industrias, en circunstancias que es unánime el acuerdo en torno a que las políticas de descuentos son beneficiosas para la competencia y los consumidores.

172. En efecto, al analizar el caso Fósforos, donde la hipótesis era precisamente de descuentos por fidelidad, el TDLC señaló:

“Centésimo sexto: Que si bien en principio tales descuentos pueden producir efectos positivos (menores precios e incentivos para los distribuidores), en algunos casos podrían llevar a producir efectos anticompetitivos en la medida que reduzcan la transparencia en los precios o que excluyan a competidores del mercado o restrinjan o impidan artificialmente el ingreso de competidores potenciales o no tengan una justificación económica racional.”⁵⁸

173. Este reconocimiento lo hace incluso el Informe Económico Islas acompañado por Envía⁵⁹, cuyo análisis de precios predatorios y descuentos exclusorios parte de la siguiente base:

“Los descuentos pueden tener un impacto positivo en los consumidores, a la vez que pueden responder a razones de eficiencia, generando ganancias de bienestar. Por ejemplo, los descuentos pueden dar certeza al vendedor e incentivarlo a realizar inversiones específicas a un comprador o pueden ser una respuesta competitiva eficiente frente a la baja general de precios por parte de

⁵⁸ Sentencia TDLC, N° 90/2009, de fecha 14 de diciembre de 2009, considerando 106°.

⁵⁹ Acompañado por la Demandante a fojas 431.

un competidor. Los descuentos también pueden reflejar la existencia de economías de escala (y permitir al vendedor, por lo tanto, aprovechar de mejor forma tales economías). Finalmente, los descuentos también pueden servir como mecanismo de autoselección, permitiendo al vendedor identificar a los clientes con mayor sensibilidad al precio.”

174. Así entonces, atendido este carácter *prima facie* lícito, y aún más, pro competitivo de las políticas de descuentos, como es el caso de los descuentos por volumen de Correos que el TDLC pretende sancionar a título de descuentos exclusorios, es sumamente relevante constatar que el tribunal que impone la sanción en cuestión la haya podido justificar fehacientemente.
175. En este sentido, la decisión del TDLC en este caso expande sensiblemente la jurisprudencia existente sobre la materia, conforme a la cual habían sido **objeto de reproche únicamente** los descuentos por exclusividad, o los descuentos por fidelidad, pero en la medida que éstos, en la práctica, se asemejaban a los primeros. Dicha jurisprudencia ha sido desarrollada en las Sentencias del TDLC N° 26/2005 (caso Chiletabacos) y N° 90/2009 (caso Fósforos).
176. Particularmente relevante al respecto resulta la Sentencia N° 90/2009 -cuyo razonamiento fue confirmado por esta Excma. Corte-⁶⁰, que fija la regla de análisis de los descuentos por fidelidad -a los que se pretende asimilar los descuentos ofrecidos por Correos-, estableciendo que éstos serían sancionables en la medida que, en la práctica, operen como descuentos de exclusividad:

*“Centésimo tercero: Que de los ejemplos descritos precedentemente puede observarse que los incentivos en cuestión son, en general, de carácter indivisible, esto es, que **están estructurados de tal manera que el distribuidor sólo pueda obtener el premio o incentivo pactado en aquellos casos en los que cumpla, dentro del período que para cada caso se indica, el total del objetivo de ventas asignado:***

*Centésimo cuarto: Que asimismo, y tal como se explicará más adelante, en muchos de estos nuevos contratos se asignó al distribuidor un nivel de ventas -necesario para obtener el premio- asumiendo como punto de partida o piso el último nivel de ventas alcanzado por el distribuidor en cumplimiento del contrato de exclusividad que antes lo unía con CCF y que se vino a reemplazar con el sistema de incentivos por cumplimiento de metas de venta en comento. **Todo lo***

⁶⁰ Sentencia Excma. Corte Suprema, Rol 277-2010, de fecha 2 de junio de 2010, considerandos 103°, 104° y 158°.

anterior, de tal forma que, para lograr el descuento, era prácticamente indispensable no ofrecer el producto de otros proveedores;"

[...] **Centésimo quincuagésimo octavo:** Que entonces, y ya a modo de conclusión,

este Tribunal ha llegado a la convicción de que CCF ha explotado abusivamente su posición de dominio en el mercado relevante, al establecer barreras artificiales a la entrada de nuevos competidores, consistentes (i) en la **imposición de las cláusulas de exclusividad** señaladas precedentemente, (ii) en el establecimiento de sistemas de incentivos por el cumplimiento de metas de venta **diseñados con el objeto de mantener la exclusividad** antes indicada, y (iii) en el establecimiento de sistemas de incentivos por cumplimientos de metas de venta no vinculados a contratos de exclusividad anteriores, pero con el fin excluyente antes mencionado, al **no obedecer a parámetros generales, uniformes y objetivos y al carecer de razones de eficiencia o de economías de escala o de costos que los justifiquen**; infringiendo de esta forma el artículo 3º del Decreto Ley Nº 211, por lo que corresponde imponer la multa y demás medidas que se indican en lo resolutive de esta sentencia;

- 177. De los fallos anteriores es posible concluir la relevancia de considerar los incentivos incluidos en los contratos para delinear límites que permitan analizar adecuadamente conductas que son *prima facie* competitivas, evitando de este modo sanciones que entorpezcan la competencia y que en definitiva afecten adversamente a los consumidores.
- 178. En efecto, la Sentencia 90/2009 establece tres niveles de análisis. El primero es examinar la **existencia de cláusulas de exclusividad** en los contratos que celebre el agente con poder de mercado. El segundo, se refiere a casos en que el **sistema de incentivos del contrato se encuentra diseñado para provocar los mismos efectos de exclusividad**. Finalmente, un tercer nivel de análisis se refiere casos en los incentivos, sin perjuicio de no provocar una situación de exclusividad, no obedecen a **parámetros generales, uniformes y objetivos y carecen de razones de eficiencia o de economías de escala o de costos que los justifiquen**.
- 179. En el expediente constan los contratos de Correos, y es posible advertir que éstos no cumplen con el estándar jurisprudencial de reproche en términos de exclusividad. Además, el señor Castellón, dueño de Envía, ha insistido en la alta intensidad competitiva del mercado, y el bajo costo de sustitución de los consumidores de servicios de correspondencia (Banco Santander, Scotiabank, CMR Falabella y Ripley Payback) frente a los proveedores de estos.

180. Pues bien, en la Sentencia Reclamada, el TDLC decide ir varios pasos más allá de lo que venía siendo el estándar aplicable a este tipo de prácticas, al sostener, en el considerando 134°, que los descuentos analizados habrían tenido el carácter de exclusorios, sin que haya sido necesario asimilar éstos a los descuentos por exclusividad, ni se hayan revisado las defensas planteadas por Correos en el expediente, de acuerdo con la jurisprudencia vigente.
181. Lo anterior, aun cuando esta parte se encargó de explicar que el carácter bilateral de las negociaciones en el mercado de grandes clientes corporativos hacía imposible la existencia de parámetros generales o uniformes en los contratos que Correos de Chile suscribe con clientes con alto poder de mercado. Asimismo, se aportó abundante evidencia en torno a los ahorros en costos que significaba el servicio de correspondencia con grandes clientes corporativos, al existir procesos que asume el cliente.
182. De lo anterior, se deduce que el fallador tampoco revisó los contratos, ya que se omite toda referencia a ellos, sin analizar incentivos, las dinámicas de negociación que los anteceden, ni otras características relevantes desde el punto de vista del análisis competitivo.

*“Que, en síntesis, el análisis efectuado permite sostener que Correos **cobró precios discriminatorios a sus clientes, sin tener una justificación de costos para ello.** La demandada ejecutó esta conducta mediante la realización de ofertas diseñadas “a medida” de cada uno de los tres clientes mencionados y **así poder levantárselos a su competidor Envía,** acción que, como se explicó, **puede generar efectos exclusorios.** Lo anterior, porque la repetición de esta conducta **tiene el potencial de generar que los competidores de Correos no alcancen la escala mínima eficiente** que haga viable su permanencia en el mercado debido a la existencia de costos fijos en la distribución. Este último elemento adquiere especial relevancia cuando se considera que los descuentos dirigidos a CMR Falabella y Scotiabank implicaron que Envía redujera su volumen de envíos en un [60 – 70]%, mientras que el descuento ofrecido a Santander privó a Envía de incrementar su tráfico en un [100 - 110]% (de conformidad con lo señalado en el considerando centésimo décimosexto), lo que da cuenta del impacto que pudo tener la acción denunciada sobre la escala y, consecuentemente, la viabilidad operacional de una empresa de menor tamaño como es Envía. Ello, en definitiva, da cuenta de que la conducta ejecutada por Correos **tuvo al menos la potencialidad de restringir la libre competencia;**”. (Considerando 134°).*

183. La Sentencia Reclamada innova, ignorando jurisprudencia, y aparentemente haciendo innecesaria la revisión de contratos ni eficiencias. El TDLC, de manera apresurada y

considerando insumos económicamente insuficientes, sanciona sólo en base a precios. Junto con lo anterior, además se ignoran e infringen estándares internacionales de política de competencia que son aplicables en la materia, lo que permitirá mostrar, en primer lugar, que el test propuesto por Correos de Chile (precios predatorios) ofrece un camino mucho más seguro en el análisis de este tipo de conductas que el empleado por el TDLC, desde la perspectiva de evitar falsos positivos, como creemos que ocurre en este caso.

184. ¿Cómo puede conocer el fallador la escala mínima eficiente de Envía? Esta duda es del todo procedente, ya que ninguna de las partes rindió prueba sobre aquel punto, e incluso, Envía, en su reposición al auto de prueba, ni siquiera menciona como un hecho sustancial, pertinente y controvertido, la escala mínima eficiente.
185. Sin perjuicio de la ausencia de antecedentes suficientes, se mostrará que el examen llevado a cabo por el TDLC es defectuoso en sus propios términos, ya que no contó con antecedentes o insumos adecuados para el test aplicado, lo que redundó en una desprolijidad -al no contar con información suficiente- que desatiende por completo lo sensible que resulta la decisión de condenar una política de descuentos **basada únicamente en precios**.

2.4.2.2. Los estándares exigibles al delimitar una regla de análisis en materia de libre competencia: a nivel comparado se reconoce la importancia de evitar falsos positivos, atendido lo perjudicial que resultan condenas erradas en esta materia

186. Advirtiendo el importante cambio jurisprudencial que importa la Sentencia Reclamada, creemos que es fundamental tener presente las directivas que ha fijado la propia OCDE al momento de establecer reglas de análisis de competencia. Lo anterior, sobre todo cuando la regla que se pretende implementar en el fallo es más restrictiva que la vigente, puesto que en estos casos la agencia o tribunal que evalúa dicha posibilidad debe tener especialmente en consideración la importancia de evitar el riesgo de sancionar "falsos positivos":

"La postura prevalente en la literatura es que el derecho de la competencia debería tener particular atención con el costo de error en los casos de "falsos positivos" -i.e. los costos de condenar equivocadamente comportamientos pro-competitivos. Como Fran Easterbook explicó, la aplicación del marco teórico del costo de error debe comenzar:

'con la presunción de que es probable que los costos de condenas equivocadas en el contexto de la libre competencia sean significativamente mayores que los costos de absoluciones erradas, toda vez que los errores judiciales que excusan

equivocadamente prácticas anticompetitivas podrían eventualmente ser corregidas por fuerzas competitivas atraídas por la presencia de rentas monopólicas. Por el contrario, es probable que los errores judiciales que erradamente condenan una conducta pro-competitiva tengan costos sociales más significativos, debido a que dichas prácticas beneficiosas son abandonadas por las firmas y no son compensadas por fuerzas de mercado que tiendan a mitigar su impacto.

Esta perspectiva ha sido adoptada por la Corte Suprema de Estados Unidos, que sostuvo que:

‘Contra los limitados beneficios de la intervención de libre competencia aquí, debemos ponderar un análisis realista de sus costos (...) Inferencias erradas y el resultado de una condena errónea son especialmente costosas, porque éstas entorpecen la propia conducta que las leyes de libre competencia están diseñadas para proteger.

*Desde este punto de vista, el derecho de la competencia debería aplicar un estricto estándar para las prácticas de negocios cuyos efectos no son claros, las que sólo debiesen ser prohibidas si es que hay abundante y convincente evidencia de que la práctica relevante es anticompetitiva.*⁶¹

187. Pues bien, resulta importante que, atendidos los riesgos levantados por la propia OCDE, esta Excm. Corte evalúe si son adecuadamente evitados en la Sentencia Reclamada, toda vez que la misma sienta un precedente que, de no estar fehacientemente justificado, provocará el paradójico efecto de que la propia Sentencia Reclamada es el acto que en definitiva restringe o entorpece la libre competencia en el mercado de correspondencia.

⁶¹ OCDE. 2017. DAF/COMP (2017)9, Safe Harbours and Legal Presumptions in Competition Law. pp. 11 y ss. Traducción libre. Texto original en inglés: “The prevailing view in the literature is that competition law should be particularly concerned with the error cost of ‘false positives’ –i.e. the costs of mistakenly condemning pro-competitive behaviour. As Frank Easterbrook explained, the application of the error-cost framework must begin: “with the presumption that the costs of false convictions in the antitrust context are likely to be significantly larger than the costs of false acquittals, since judicial errors that wrongly excuse an anticompetitive practice may eventually be undone by competitive forces attracted by the presence of monopoly rents. Conversely, judicial errors that wrongly condemn a procompetitive practice are likely to have more significant social costs because such beneficial practices are abandoned by firms and not offset by equilibrating market forces tending to mitigate their impact.” This perspective was adopted by the US Supreme Court, which held that: “Against the slight benefits of antitrust intervention here, we must weigh a realistic assessment of its costs (...) Mistaken inferences and the resulting false condemnations ‘are especially costly, because they chill the very conduct the antitrust laws are designed to protect’”. From this point of view, competition law should apply a strict standard for business practices whose effect is not certain, which should only be prohibited if there is extensive and convincing evidence that the relevant practice is anticompetitive.⁵⁰ For example, a prohibition of price fixing between competitors is justified because both economic theory and experience demonstrate that such a practice very rarely has positive effects, and almost always reduces competition.”

2.4.2.3. El TDLC se equivocó al descartar el test precio-costo propuesto en el Informe Butelmann

188. Atendido que, en los hechos, la práctica de Correos corresponde a lo que en doctrina se denomina una “conducta basada únicamente en precios”, una primera cuestión a dilucidar dice relación con qué test es el más adecuado para evaluar los potenciales efectos anticompetitivos de la misma, sobre todo considerando que, por regla muy general, ésta es una práctica de hecho competitiva. Este punto fue abordado específicamente mediante el Informe Butelmann, que sostuvo que *“es posible utilizar las metodologías de análisis de conductas de precios predatorios para analizar esta acusación de descuentos exclusivos.”*⁶²
189. Lo anterior, atendido que tal como indica la misma doctrina citada por el H. Tribunal, el profesor Massimo Motta:

*“Ciertamente existen paralelos entre los precios predatorios y la discriminación de precios (exclusoria). (...) Dado el paralelo con predación, y **dado que no hay bases para prohibir la discriminación de precios en general ([...] que puede tener efectos beneficiosos para los consumidores,** por ejemplo expandiendo el mercado), **puede ser natural adoptar una regla de política que primero evalúe la existencia de una posición de dominio y luego prevenga que una firma dominante ofrezca descuentos que impliquen precios por debajo de los costos para algunos grupos de consumidores.***

*Al igual que para la predación, de forma de **contar con una regla administrable, y para evitar el riesgo de enfriar la competencia legítima,** se propone adoptar un “safe harbour” para los esquemas de descuentos que resulten en precios por encima del costo. En principio, entonces, se puede proponer un test de precio-costo para los casos de descuentos, estableciendo que, **si los precios de una firma dominante están por encima de un límite superior de costos,** el caso debería ser rechazado.”⁶³*

190. Sin perjuicio de los poderosos motivos por los que esta aproximación resulta más adecuada en el caso que se analiza, ésta fue descartada por la Sentencia Reclamada, la que estimó en cambio que este caso debe ser analizado a la luz del test conocido en la doctrina comparada como “aumentos de costos de los rivales”, el que por cierto **fue adoptado de oficio por el TDLC,** sin que Correos ni Envía lo haya propuesto a lo largo del expediente.

⁶² Informe Butelmann, página 36.

⁶³ Informe Butelmann, página 37. Traducción libre de: Chiara Fumagalli, Massimo Motta y Claudio Calcagno. *Exclusionary Practices – The Economics of Monopolization and Abuse of Dominance*. Cambridge University Press, 2018. Páginas 194-195.

“Centésimo séptimo: Que, en este orden de ideas, la doctrina y jurisprudencia extranjera han desestimado que el enfoque o el test de precios predatorios sea la herramienta adecuada para analizar el potencial anticompetitivo que presentan políticas de descuentos como las descritas en autos. Por ejemplo, se ha resuelto que no es correcto desestimar una denuncia por prácticas exclusorias en base a un test que evalúe si el precio final, es decir, neto del descuento, se encuentra por sobre los costos de la firma que lo ofrece [...].

One hundred ninth: Que, aclarado lo anterior, la conducta de una empresa dominante tendiente a impedir o dificultar el acceso de otros competidores a los clientes de un mercado (en este caso, a través de descuentos exclusorios) puede generar que una firma entrante o en expansión sea incapaz de obtener los ingresos suficientes que le permitan cubrir sus costos y mantener una operación viable en el mercado. Si las firmas afectadas por la conducta exclusoria anticipan que sus ventas caerán bajo la escala mínima que las vuelve viables, no tendrán los incentivos para permanecer en el mercado. Es más, aun cuando como consecuencia de la conducta señalada siga siendo viable la operación de los afectados por ella, ésta igualmente puede limitar sus ventas y sus beneficios, lo que podría relegarlos a ciertos nichos de mercado dónde estos no sean una amenaza para la empresa que ejecuta la conducta, afectando, en última instancia, a los consumidores. En síntesis, no es correcto limitar el análisis económico a si la conducta conlleva el cierre o la salida de la empresa, puesto que caben conductas diferentes, incluyendo descuentos por sobre una medida relevante de costos que puedan ser o tender a ser exclusorias. Lo relevante para efectos del análisis de competencia es evaluar si una firma dominante puede mantener o incrementar dicha dominancia aumentando el costo de sus rivales.”

191. Pues bien, dado que el análisis del TDLC se limita únicamente a comprobar si la política de descuentos de Correos se encontraba completamente justificada en costos (Considerando 124°), es posible sostener que, en concepto del TDLC, de lograr acreditarse la infracción analizada, la conducta reclamada sería una de exclusión, cuya pertinencia solamente consideraría los precios como elemento de análisis, dejando de lado así el análisis de exclusividad contractual y/o de incentivos que ha sido la métrica de análisis tradicional en la jurisprudencia de esta Excma. Corte y del propio TDLC.

192. Sin embargo, el análisis que llevó a cabo el TDLC se enfrentó a tres problemas insalvables, como se pasa a exponer.
193. El **primer problema** radica en que, para el cálculo de la magnitud de los descuentos de precios -que debían justificarse completamente en costos- se emplea como base de cálculo una base incorrecta, esto es, **los precios de lista**, toda vez que éstos no son precios aplicables en el mercado relevante de clientes corporativos⁶⁴. En efecto, de aplicarse los precios de lista en este mercado -como parece querer el TDLC- sería absolutamente imposible que un cliente corporativo contratara los servicios de Correos de Chile.
194. El **segundo problema** radica en que, para analizar la reducción de costos -que debiese explicar completamente los descuentos en precios- **se emplean datos provistos en el Informe Butelmann, que fueron elaborados para un test distinto -el de los precios predatorios-**, y por lo tanto no determinó los menores costos de atender a los clientes corporativos respecto de las empresas de menor tamaño.
195. Lo que en cambio determina el Informe Butelmann es el costo de atender a Banco Santander, Scotiabank y CMR Falabella. **Por lo mismo, y como ninguno de estos clientes impone la correspondencia en sucursales, como ocurre con las empresas de menor tamaño, ese informe no estima ese costo de admisión, ni contiene referencia al mismo.**
196. El mercado de grandes clientes corporativos se caracteriza por importantes ahorros en costos de proceso ya que, como fue presenciado por un Ministro del TDLC en la diligencia de inspección personal del tribunal de fojas 1987, los procesos de clasificación manual de la correspondencia no resultan necesarios. Ello, ya que, los grandes clientes procesan de forma previa su correspondencia antes de hacer entrega de la misma a Correos.
197. En otras palabras, dado que lo que evalúa el TDLC es si acaso los descuentos de precio -tomado como base los precios de lista y comparándolos con los descuentos a clientes corporativos- están completamente justificados en reducciones de costos, **lo esperable es que la base de cálculo de los costos fueran aquellos costos que efectivamente importa el servicio postal a empresas de menor tamaño, que son los que sí acceden al precio de lista, a diferencia de los clientes corporativos.**
198. Sin perjuicio de lo anterior, lo cierto es que resulta del todo improcedente la comparación entre los costos que originan los clientes corporativos y las empresas de menor tamaño, toda vez que -nuevamente- se trata de mercados de producto diferentes. **En este sentido, los**

⁶⁴ Véase al respecto el capítulo 2.1. de esta presentación.

datos con que contaba el TDLC eran insuficientes para realizar su test, porque no consideró todas las diferencias de costos existentes.

199. El **tercer problema**, radica en que, para que una discriminación de precios sea contraria a la libre competencia, debe carecer de una justificación económica “razonable”. El principio de razonabilidad reconoce que, **por regla general, los descuentos no suelen tener una relación aritmética precisa con la disminución de costos**. Por lo mismo, el hecho de que un descuento deba estar “**completamente**” justificado en menores costos es una exigencia inventada por el TDLC (considerando 124°) que no se desprende de la doctrina citada para justificar el test empleado.
200. La exigencia planteada por el TDLC, además, es imposible de cumplir en un mercado basado en negociaciones, como precisamente ocurre en el mercado de clientes corporativos, quienes cuentan con un gran poder de negociación. Esto lleva a preguntarnos nuevamente ¿cuál sería la conducta lícita desde un punto de vista competitivo que debería adoptar Correos de Chile, sin que la misma importe su incapacidad de competir en un mercado de gran intensidad competitiva?
201. Estos problemas tienen una raíz común: el TDLC aplicó una “teoría de daño de oficio”, sin que haya sido discutida en el expediente. Lo anterior, determinó necesariamente que la prueba rendida no aportara la información que requería el TDLC para emplear el aludido test de manera adecuada. En este sentido, la decisión del TDLC resulta incluso temeraria, puesto que decidió aplicar un test restrictivo a una práctica que por regla muy general es pro competitiva, sin contar con la información necesaria para aplicarlo. El riesgo de falso positivo es más que evidente.

2.4.2.4. Incluso en sus propios términos, el test del TDLC fue aplicado con deficiencias metodológicas.

202. Ahora bien, incluso si la Excm. Corte coincidiera con el TDLC en el test que corresponde aplicar en este caso, es necesario hacer notar los errores metodológicos en que incurre la Sentencia Reclamada al aplicar la doctrina de los “aumentos de costos de los rivales”.
203. El mismo artículo que utiliza el TDLC en su análisis de la conducta de nuestra representada⁶⁵ señala que, “*el hecho de que uno o más competidores sufra de un cierre de mercado no implica automáticamente que exista daño a los consumidores. **El análisis basado en la regla de la razón bajo el paradigma del RRC evalúa poder sobre los precios; si el cierre de mercado***”

⁶⁵ S. Salop, *The raising rivals’ cost foreclosure paradigm, conditional pricing practices, and the flawed incremental price-cost test*, en *Antitrust Law Journal*, volumen 81, 2017.

permite al acusado alcanzar, incrementar o mantener poder de mercado que conduzca a perjudicar a los consumidores⁶⁶.

- 204. Ese daño a los consumidores no se produce cuando, por una parte, existe suficiente competencia de competidores remanentes o no excluidos y, por otra, también cuando las eficiencias asociadas a la conducta compensan los supuestos efectos anticompetitivos, de modo que permiten un mayor bienestar de los consumidores en términos agregados.
- 205. Lo primero es evidente, ya que existen -además de Envía- otros competidores de Correos en el segmento corporativo que -incluso de desaparecer Envía- continuarían ejerciendo una presión competitiva para Correos. La Tabla 1 de la Sentencia identifica, entre otros, a WSP, Chile Parcels, Chile Post, y otros actores de menor tamaño. No existe requisito de autorización regulatoria para despachar correspondencia, como reconoce el Sr. Castellón, dueño de Envía.
- 206. En segundo lugar, las eficiencias también son claras. De hecho, lo que precisamente consideró el TDLC, es que -de no mediar la conducta- los precios cobrados a los tres clientes en cuestión serían superiores o más cercanos a los precios lista del segmento de empresas de menor tamaño.
- 207. Es decir, en ausencia de las prácticas de descuento que el TDLC considera reprochables, se producirá una evidente pérdida de bienestar. En este sentido, el mismo artículo que usa el TDLC señala que *“Cuando las Prácticas de Precios Condicionales suponen menores precios pagados por los clientes directos en relación con el escenario contrafactual, entonces las Prácticas de Precios Condicionales pueden beneficiar a los consumidores.”*⁶⁷
- 208. En efecto, en los mismos términos del análisis del TDLC, los descuentos que éste califica de exclusorios son necesarios para alcanzar los beneficios a los que se refiere el profesor Salop, porque el escenario contrafactual de precios incondicionales o precios lista, es completamente inviable en el segmento corporativo atendidas las numerosas diferencias que existen entre estos clientes y los clientes empresa de menor tamaño y también entre grandes clientes.
- 209. Es decir, esas eficiencias no se pueden alcanzar de manera distinta o por vías diferentes de los descuentos “a medida” que cuestiona la sentencia. Cada cliente corporativo demanda

⁶⁶ S. Salop, *The raising ...* p. 401. Versión original en inglés: the fact that one or more rivals suffer from foreclosure does not automatically imply that there is consumer harm. The rule of reason analysis under the RRC paradigm also would evaluate “power over price,” whether the foreclosure likely would permit the defendant to achieve, enhance, or maintain market power that could lead to consumer harm.

⁶⁷ S. Salop, *The raising ...* p. 401. Versión original en inglés: If CPPs involve lower prices paid by direct customers relative to the but-for world, then CPPs can benefit consumers.

- productos y servicios distintos, personalizados, y asume obligaciones distintas que hacen imposible parametrizar sus precios. Así entonces, hay evidentes eficiencias que se siguen de los descuentos ofrecidos por Correos, los que son por completo ignorados por el TDLC, aun cuando el propio test que emplea alude a ellas como un importante factor de análisis.
210. Otro elemento que da cuenta de las desprolijidades metodológicas del TDLC consiste en que, si bien en este mercado existen eficiencias de escala derivadas de la existencia de costos fijos, el TDLC no identificó o determinó la escala mínima eficiente de Envía que le permitiría cubrir tales costos fijos; y, se basó únicamente en lo señalado por la demandante en su absolución de posiciones (Considerando 117°) para aseverar que la conducta de Correos sería exclusoria por tener el **posible efecto** de hacer operar a sus rivales bajo una escala mínima eficiente.
211. Atendido lo novedoso del test **aplicado de oficio por el TDLC**, y lo limitada de la información disponible con la prueba rendida en juicio, resulta esperable que, en uso de sus facultades, el TDLC hubiese oficiado a los demás actores del mercado relevante, de modo tal que fuera posible un empleo diligente del test propuesto. Las partes tampoco rindieron prueba sobre lo mismo, atendido que no fue mencionado en el auto de prueba de este juicio.
212. Sin perjuicio de lo anterior, es importante tener presente que las economías de escala existen para todos los participantes y no sólo para los operadores privados o para Envía. De hecho, para Correos, el segmento de clientes corporativos de gran tamaño representa la mayor parte de sus ingresos, y no se le puede pedir que no dispute activamente a clientes en este segmento o que cobre más caro a esos clientes para que competidores menos eficientes se los puedan arrebatar.
213. Justamente a ello nos referimos cuando advertimos esta Excm. Corte de los riesgos de falso positivo que es necesario considerar en la aplicación de una nueva regla de competencia, sobre todo si aquello se llevará a cabo con información insuficiente para aplicarla adecuadamente. En la práctica, lo que se le está pidiendo a Correos de Chile, además de restringir la competencia que existe hoy en el mercado de correspondencia, implicaría enormes pérdidas de bienestar para los clientes y para Correos, que también podría quedar por debajo de la escala mínima eficiente.
214. **En síntesis, la Sentencia Reclamada presenta un contrasentido y una confusión típica de las agencias de competencia, que esta Exma. Corte debe enmendar, y que consiste en confundir la protección de la libre competencia, con la protección de los competidores. Lo anterior, en circunstancias que la protección de los competidores, especialmente de competidores menos eficientes, daña la competencia porque tiende a incrementar los precios y a reducir el bienestar general de los consumidores.**

2.5. QUINTO VICIO SUSTANTIVO DE LA SENTENCIA RECLAMADA: LA SENTENCIA NO DESARROLLA LOS CRITERIOS UTILIZADOS PARA LA PONDERACIÓN DE LA PRUEBA

215. Conforme se expone en la Sentencia Reclamada, el TDLC ha ponderado la prueba rendida en autos ya sea acudiendo a pautas generales -como cuando invoca la sana crítica, en el considerando 160º-, ya sea empleando criterios de ponderación particulares desarrollados por la jurisprudencia de libre competencia -como el balance de probabilidades que subyace en los considerandos 96º y 120º.
216. Sea como fuere, se debe advertir que no basta la mera invocación de uno u otro criterio, ni el empleo de expresiones formularias para dar por satisfecha la exigencia de motivar la sentencia, explicando el razonamiento judicial que sirve de fundamento a la sentencia.
217. Ni aun de forma escueta y concentrada, la Sentencia Reclamada no explica las razones que le llevan a valorar las alegaciones de la Demandante y a descartar las excepciones y defensas de la Demandada.
218. Lo dicho es especialmente grave en aquella parte en que se resuelven las multas impuestas a Correos. En efecto, como se dirá en su oportunidad, el TDLC ha asimilado las conductas imputadas a Correos a las más graves contravenciones al derecho de la competencia, en especial a la colusión, no obstante lo cual, para tenerlas por configuradas, le ha bastado la sana crítica o el balance de probabilidades.
219. Las graves y desproporcionadas medidas que se vienen imponiendo en la Sentencia Reclamada hacían exigible que en su acreditación se acudiera a la prueba clara y concluyente, que el mismo Tribunal ha fijado como pauta para su prueba y ponderación en numerosas sentencias.⁶⁸

2.6. SEXTO VICIO SUSTANTIVO DE LA SENTENCIA RECLAMADA: LA SENTENCIA IMPUSO UNA SANCIÓN A CORREOS QUE INFRINGE EL ARTÍCULO 26 DEL DL 211 Y PRINCIPIOS BÁSICOS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

220. La Sentencia Reclamada impuso una multa a Correos basándose en: i) supuestas conductas que “*tienden a la exclusión de competidores*”⁶⁹, ii) beneficio económico obtenido por Correos estimado por el H. Tribunal, y iii) el efecto disuasivo de la sanción y la gravedad de la conducta.

⁶⁸ Véanse en este sentido las Sentencias 136/2014, 141/2014, 148/2015 y 160/2017 del TDLC.

⁶⁹ Considerando 173º de la Sentencia Reclamada.

Sin embargo, veremos que el TDLC infringió también lo dispuesto en el artículo 26 del DL 211 y los principios básicos del derecho administrativo económico sancionador, así como la garantía constitucional a un debido proceso, todos los cuales rigen a esta clase de procedimientos, y en especial la imposición de sanciones por parte del Estado.

2.6.1. LA MULTA IMPUESTA A CORREOS INFRINGE LAS REGLAS PARA SU DETERMINACIÓN, ESTABLECIDAS EN EL ARTÍCULO 26 DEL DL 211

221. La Sentencia Reclamada impuso a Correos una multa consistente en 6.000 U.T.A., en base a las consideraciones ya mencionadas, sin embargo, esta no se ajusta a las reglas que contempla el DL 211 para estos efectos.
222. Es así como, en una **primera etapa**, la Sentencia Reclamada decidió imponer la multa en función del beneficio económico obtenido por Correos, decisión que no justificó en modo alguno, aun cuando existe la alternativa de determinar la sanción en función de las ventas, tampoco indicó los motivos para no optar por ello. En la **segunda etapa** aumentó el monto obtenido en la primera etapa en atención a la pretendida gravedad de la conducta y el efecto disuasivo de la sanción. Finalmente, en una **tercera etapa**, descartó la concurrencia de circunstancias atenuantes. Sin embargo, veremos que todas estas etapas fueron desarrolladas erróneamente por el TDLC.

2.6.1.1. Consideración inicial: Correspondía una reducción sustancial de multa, por encontrarse prescrita la acción imputada respecto del contrato celebrado con Banco Santander.

223. Como ya fuera desarrollado latamente en esta reclamación, la Sentencia Reclamada rechazó la excepción de prescripción opuesta por esta parte tergiversando la asentada jurisprudencia del TDLC y de la Excma. Corte Suprema respecto de estas materias, desnaturalizando las distintas categorías de los actos jurídicos y confundiendo un contrato con actos jurídicos unilaterales, para efectos de extender artificial e ilegalmente el plazo de cómputo de prescripción de las acciones de libre competencia, en abierta infracción al artículo 20, inciso tercero, del DL 211. SS. Excma., el TDLC decidió fijar como fecha para contabilizar el plazo una fecha **errada** y que ni siquiera fue propuesta en estos términos por la Demandante.
224. Es así como, si el TDLC hubiera interpretado los hechos acontecidos conforme a derecho, habría tenido que necesariamente declarar la prescripción de la acción relativa al contrato celebrado por Correos con Banco Santander, en razón de haber transcurrido más de tres años entre la ejecución de la conducta imputada por la Demandante y el 2 de mayo de 2018, fecha en que se notificó la medida prejudicial preparatoria a Correos.

225. Por lo anterior, correspondía una reducción sustancial de la multa por parte del H. Tribunal, atendido que el beneficio económico y la gravedad de las conductas fueron estimados considerando una acción que se encontraba evidentemente prescrita.
226. Solo para efectos de que esta Excm. Corte Suprema pueda estimar la reducción que corresponde a la multa aplicada en la Sentencia, se utilizará la tabla confeccionada por el TDLC para determinar el beneficio económico de la conducta sancionada:

Cálculo del beneficio económico obtenido por Correos, según TDLC

Tabla N° 13 – Cálculo del beneficio económico					
Clientes	Volumen de cartas	Precio unitario (\$)	Costo unitario (\$)	Beneficio económico (\$ pesos)	Beneficio económico (U.T.A.)
Santander	[20 – 30] MM	[70 – 80]	[15 – 25]	[1.000 – 2.000] MM	[2.500 – 3.000]
CMR Falabella	[10 – 20] MM	[70 – 80]	[15 – 25]	[500 – 1.500] MM	[1.500 – 2.000]
Scotiabank	[1 – 2] MM	[60 – 70]	[15 – 25]	[0 – 500] MM	[0 – 500]
Total	[40 – 50] MM		-	[2.000 – 3.000] MM	[4.000 – 4.500]

70

227. En consecuencia, de haberse acogido la excepción de prescripción opuesta por parte de Correos respecto del contrato celebrado con Banco Santander, habría correspondido una reducción sustancial de la multa consistente en al menos 2.500 – 3.000 U.T.A., esto es una reducción de hasta un 50%, tomando en consideración solo el beneficio económico estimado por el H. Tribunal que sirvió para la posterior determinación de la multa, sin considerar la gravedad de la conducta ni el efecto disuasivo de la sanción que tuvieron efectos en la determinación de la sanción improcedente.

2.6.1.2. Deficiencias en la primera etapa: errónea estimación del supuesto beneficio económico obtenido por Correos como consecuencia de las conductas imputadas.

228. En la primera etapa para la determinación de la multa, la Sentencia Reclamada decidió aplicar el criterio del beneficio económico obtenido por la conducta, aun cuando el mismo DL 211 considera alternativamente la posibilidad de determinar la multa en “*un treinta por ciento de las ventas del infractor correspondientes a la línea de productos o servicios asociada a la infracción*”.
229. Dado que la multa impuesta por el TDLC corresponde al ejercicio de la potestad punitiva estatal, un mínimo estándar exigible en una sentencia, es que el fallador indique los motivos

⁷⁰ Considerando 168° de la Sentencia Reclamada.

para elegir un criterio y abandonar la alternativa, cuestión ausente en la Sentencia Reclamada.

230. Pues bien, en lo que se refiere a la determinación del beneficio económico obtenido a consecuencia de supuestas conductas de **competencia desleal**, debemos hacer presente graves inconsistencias e indeterminación de la circunstancia considerada en la Sentencia Reclamada, que deben ser corregidas por esta Excma. Corte.
231. Es así como, el H. Tribunal señaló *“Que, en relación con la conducta de competencia desleal, **no se cuenta con antecedentes que permitan determinar el beneficio económico que Correos pudo haber obtenido con motivo de dicha infracción (...)**”⁷¹, solo para agregar en un considerando posterior que el beneficio económico obtenido por la conducta de competencia desleal sería *“avaluado prudencialmente en 600 U.T.A. (...)*”⁷².*
232. Esta parte no desconoce la facultad del TDLC para avaluar prudencialmente el monto de una sanción, pero consideramos que era de especial importancia para la motivación de la Sentencia Reclamada, que los razonamientos detrás de dicha evaluación prudencial fueran al menos dados a conocer en la misma, considerando especialmente que el TDLC utilizó un criterio expresamente contenido en el artículo 26 del DL 211, sin embargo, no entregó **ningún argumento o razón económica o de derecho que explicara por qué evaluaba en dicho monto el beneficio económico obtenido.**
233. El vicio anterior es de especial gravedad, y ha sido desarrollado por la jurisprudencia de esta Excma. Corte Suprema en relación con la necesidad de motivación y justificación para la imposición de sanciones pecuniarias en libre competencia:

*“Los basamentos tenidos en consideración para la determinación de la cuantía de la multa en el fallo que se reclama no contienen un mayor desarrollo de los elementos enunciados en el párrafo anterior [elementos del artículo 26 del DL 211], por lo que la aplicación de la misma **aparece construida casi como una facultad discrecional, sin suficientes motivos, razones y circunstancias sobre los parámetros para la fijación del monto de las sanciones. El desarrollo de tales razonamientos es necesario para el logro de un debido proceso, entendido tanto en su dimensión formal o adjetiva como en su extensión sustantiva o sustancial; sobretodo, considerando que esta última se vincula directamente con el principio de razonabilidad y proporcionalidad, de manera***

⁷¹ Considerando 169° de la Sentencia Reclamada.

⁷² Considerando 174° de la Sentencia Reclamada.

tal que permita también a las partes procurar una adecuada y clara defensa e interponer los debidos recursos.⁷³

234. Pareciera ser que el TDLC considera cumplidos los requisitos que establece el artículo 26 del DL 211 tan solo con enunciarlos, sin necesidad de examinar cada uno de ellos.

2.6.1.3. Deficiencias en la segunda etapa: la gravedad de la conducta estimada por la Sentencia Reclamada carece de justificación

235. La segunda etapa para la determinación de la multa consistió en aumentar el monto obtenido en la primera etapa, en consideración a una supuesta "gravedad de la conducta" y en el efecto disuasivo de la sanción.⁷⁴

236. Pues bien, como fuera señalado, en la primera etapa el H. Tribunal estimó un beneficio económico de la conducta avaluado entre 4.000 – 4.500 U.T.A. para las conductas exclusorias, y de 600 U.T.A. para las conductas de competencia desleal, totalizando ambas imputaciones entre 4.600 – 5.100 U.T.A. El monto final por el que se condenó a Correos fue de 6.000 U.T.A.

237. De esta forma, el TDLC avaluó la sanción en 900 – 1.400 U.T.A., respectivamente, en consideración a la supuesta gravedad de la conducta y efecto disuasivo de la sanción.

Determinación de la multa TDLC (U.T.A.)

Primer paso: Beneficio económico	
Conductas exclusorias	4.000 - 4.500
Competencia desleal	600
Total	4.600 - 5.100
Segundo paso: Gravedad de la conducta y efecto disuasivo	
Gravedad de la conducta	900 - 1.400
Multa impuesta	6.000

238. Sin embargo, vemos que, nuevamente, la Sentencia Reclamada incurre en una contradicción, ya que el TDLC estimó que "es importante destacar que los abusos de posición de dominio y los actos de competencia desleal, si bien **no son los atentados más graves en contra de la libre competencia** (como es la colusión), son también perjudiciales para el correcto

⁷³ Sentencia Excma. Corte Suprema, Rol 5505-2008, de fecha 26 de noviembre de 2008, considerando 17°.

⁷⁴ Considerando "One hundred seventieth" de la Sentencia Reclamada.

*funcionamiento de los mercados*⁷⁵, para luego imponer una multa superior final de 6.000 U.T.A. al supuesto beneficio económico total calculado por el TDLC entre 4.600 y 5.100 U.T.A., asimilándola en su rango de gravedad al ilícito de colusión, considerado como el más grave en el ámbito de libre competencia por la Excm. Corte Suprema y el propio TDLC:

*“Que, en primer lugar respecto de la gravedad de la conducta, tanto este Tribunal como la Excm. Corte Suprema han resuelto en diversas oportunidades que la colusión es el más grave de los atentados contra la libre competencia, y que **la multa a aplicar debe ser equivalente al menos al beneficio económico obtenido por dicha infracción**”⁷⁶*

239. De esta forma, al establecer una sanción que contempló todo el beneficio económico obtenido por Correos estimado por el TDLC, más un aumento de un 17,64 – 30,43%, se impuso una sanción perfectamente equiparable en su gravedad al ilícito más grave en libre competencia, lo cual no se condice con los hechos de autos, ni tampoco con lo que señala el propio fallo.
240. Posteriormente, luego de establecer la gravedad de la conducta, la Sentencia Reclamada determina que “(...) *si bien las conductas sancionadas tienden a la exclusión de competidores como la demandante de autos, **en este caso dicha exclusión no ocurrió toda vez que Envía sigue operando en el mercado** (...)”⁷⁷.*
241. Lo anterior es relevante para efectos de la justificación de la gravedad de la conducta por parte del TDLC que, a pesar de reconocer expresamente que las conductas de autos no son las más graves en materia de libre competencia y que no tuvieron siquiera el efecto de excluir a un competidor, **de todas formas, aplicó una sanción superior incluso al beneficio económico estimado por el TDLC, asimilándola en su determinación al ilícito más grave de colusión.**
242. A mayor abundamiento, y para efectos de mostrar la falta de proporcionalidad de la multa, se debe recalcar que en las conductas imputadas a Correos **no hubo afectación de consumidores**, como sí existió en casos reconocidos de colusión⁷⁸. Además, los clientes en este mercado son entidades financieras y no pequeños emprendimientos.

⁷⁵ Considerando “*One hundred seventieth*” de la Sentencia Reclamada.

⁷⁶ Sentencia TDLC, N° 139/2014, de fecha 25 de septiembre de 2014, considerando 347°.

⁷⁷ Considerando 173° de la Sentencia Reclamada.

⁷⁸ Véase, por ejemplo, caso sobre colusión en carne de pollo fresca, reclamación Excm. Corte Suprema Rol 9361-2019, de fecha 8 de abril de 2020, considerando 28°: “*Aquello que se reprocha de las requeridas radica en que la fijación de sus precios promocionales no fue libre, (...) y significó que el valor de venta al consumidor final de carne de pollo fresca no se estableció a la luz de la oferta y la demanda, sino que se vio intervenido*”

243. Más aún, como reconoce la propia Sentencia Reclamada, los productos o servicios del mercado relevante pertinente no son de primera necesidad y su demanda se encuentra en declinación a causa del fenómeno inevitable de la digitalización de la correspondencia.
244. Finalmente, la Sentencia Reclamada reconoció la ausencia de efectos exclusorios como consecuencia de las conductas imputadas, lo cual debía haber sido considerado como circunstancia suficiente para eliminar o reducir significativamente la gravedad de la conducta, no siendo suficiente que las conductas “*tienden a la exclusión de competidores.*”⁷⁹
245. Lo anterior, puesto que el otorgamiento de descuentos forma parte de las estrategias comerciales legítimas con que cuentan las empresas para competir, y la exclusión de competidores menos eficientes, es el resultado esperado de un mercado competitivo. De esta forma, la Sentencia Reclamada tiene el potencial efecto de disuadir conductas que son, de hecho, pro competitivas.

2.6.1.4. Deficiencias en la tercera etapa de la determinación de la multa: la Sentencia Reclamada desconoce factores atenuantes contemplados en la ley y acreditados en autos

246. En la tercera etapa de la determinación de la multa, la Sentencia Reclamada consignó correctamente la calidad de no reincidente de Correos, por no haber sido condenado previamente por infracciones anticompetitivas durante los últimos diez (10) años.
247. En cuanto a circunstancias atenuantes, determinó la Sentencia Reclamada, luego de efectuar una errónea referencia al “*artículo 26 inciso final*”⁸⁰ (cuando correspondía referirse al inciso final de la letra c) del artículo 26), que, al haber sido iniciada la demanda por un particular, no procedía considerar la colaboración que una eventual demandada hubiera podido prestar en una investigación de la Fiscalía Nacional Económica para el esclarecimiento de los hechos.
248. Sin embargo, la Sentencia no consideró dos atenuantes que procedían en este caso: i) la capacidad económica del demandado, y, ii) la existencia de cláusulas protectoras de la libre competencia.
249. **En primer lugar**, la Sentencia dispuso que no procedía considerar la capacidad económica de nuestra representada ya que “*Correos no alegó la capacidad económica como atenuante*”⁸¹.

por un patrón de conducta de los oferentes, **con el consiguiente perjuicio a los consumidores en relación a un producto altamente demandado a nivel nacional y difícilmente sustituible.**”

⁷⁹ Considerando 173° de la Sentencia Reclamada.

⁸⁰ Considerando 172° de la Sentencia Reclamada.

⁸¹ Considerando 172° de la Sentencia Reclamada.

De esta forma, el TDLC nuevamente ha incurrido en un grave error de derecho que genera gran perjuicio a esta parte, al excusarse en aplicar la ley, condicionando el ejercicio adecuado de su labor sancionatoria al impulso procesal de parte.

250. Lo anterior puesto que, como ha resuelto la Excm. Corte Suprema, las circunstancias que dispone el artículo 26 del DL 211 para la determinación de la multa **deben ser consideradas por el Juez al momento de imponer una sanción**, sin perjuicio de poder considerar además otros elementos no contemplados en el artículo 26. Es así como ha resuelto la Excm. Corte Suprema respecto de las circunstancias a considerar para la imposición de una multa:

*“Por otro lado, la ley no es taxativa en cuanto a las circunstancias que **se deben tener en consideración** para determinar la cuantía de la multa, por lo que **se pueden atender otros aspectos no establecidos en ella** (...)”⁸²*

251. El no considerar la capacidad económica de esta parte para soportar una multa de la magnitud impuesta por la Sentencia, podría poner en peligro la viabilidad de una empresa como Correos de Chile. Lo anterior, se puede observar en el siguiente cuadro resumen, confeccionado a partir de información de público conocimiento contenida en los estados financieros auditados de Correos de Chile⁸³, en el período relevante de autos:

Resultado operacional de Correos de Chile

Tabla: Resultado Operacional de Correos de Chile (2017-2020)				
Concepto	2017 M\$	2018 M\$	2019 M\$	2020 M\$
Ingresos de actividades ordinarias	105.026.709	105.986.494	111.095.121	112.055.299
Costo de ventas	- 90.505.817	- 94.853.451	- 95.555.516	- 96.611.968
Ganancia bruta	14.520.892	11.133.043	15.539.605	15.443.331
Gastos de administración	- 11.948.674	- 12.614.067	- 15.228.618	- 15.083.962
Otros gastos, por función	- 1.294.625	- 1.599.236	- 1.037.504	- 6.532.212
Otras ganancias	1.267.064	1.066.429	1.190.531	1.068.353
Pérdida (Ganancia) de actividades operacionales	2.544.657	- 2.013.831	464.014	- 5.104.490

252. Cabe señalar del cuadro anterior que el pago de multas se comprende en el concepto de “Otros gastos, por función”, de lo que se deriva que Correos actualmente no cuenta con la

⁸² Sentencia Excm. Corte Suprema, Rol 6264-2013, de fecha 7 de enero de 2014, considerando 17°.

⁸³ Disponibles en: <https://correostransparente.correos.cl/estados-financieros.html> (consultado el 25 de noviembre de 2021).

capacidad económica suficiente para solventar una multa de la magnitud impuesta en la Sentencia Reclamada, sin poner en peligro su pervivencia.

253. **En segundo lugar**, la Sentencia no consideró las cláusulas protectoras de la libre competencia y la ausencia de cláusulas de exclusividad en los contratos celebrados por Correos con sus clientes, como fueron exhibidos en autos. Lo anterior, debía ser considerado como eximente o circunstancia atenuante de responsabilidad.
254. **Respecto del contrato con Banco Santander**: Sin perjuicio de lo dicho respecto de la prescripción de esta acción, cabe destacar que la oferta efectuada por Correos a Santander se situó en el contexto de una licitación administrada por un tercero (Aquamina), en la que Correos resultó legítimo adjudicatario. Cabe destacar que el contrato finalmente celebrado y exhibido por Banco Santander, no contiene cláusulas de exclusividad, y que en todo caso Envía fue adjudicatario de parte de los servicios licitados por Banco Santander.
255. **Respecto del contrato con Scotiabank**: Como ya fuera expuesto, la decisión de terminar el contrato con Envía se debió a la deficiencia en la prestación de servicios, lo que le ocasionó perjuicio. Sin perjuicio de lo anterior, en el contrato celebrado con Correos, se incluyó una cláusula que permite expresamente el término anticipado del contrato, sin necesidad de pagar ninguna indemnización o multa por dicho concepto.
256. **Respecto del contrato con CMR Falabella**, cabe mencionar que no existen cerrojos a la competencia, ni cláusulas de exclusividad pactados en el mismo, por el contrario, en dicho contrato se incorporó expresamente una cláusula protectora de la libre competencia, acordada libremente por las partes:

VIGESIMO TERCERO: El pleno respeto de las normas que regulan la libre competencia es condición esencial de las relaciones que mantiene el Cliente con sus proveedores, de tal manera que, cualquier incumplimiento por parte de Correos de Chile en estas materias, faculta al Cliente para poner término inmediato a cualquiera de sus contratos. El Cliente declara que no consiente en ningún tipo de práctica anticompetitiva. En consecuencia, Correos de Chile deberá mantener un comportamiento adecuado al respeto de la normativa vigente.

257. **Respecto de la conducta imputada en negociación con Payback**: Como quedó acreditado en autos, en las negociaciones entre Correos y Payback para servicios postales especiales no se alcanzó acuerdo respecto del precio por lo que no se celebró ningún acto o contrato a su respecto, por lo que las acusaciones de competencia desleal simplemente no son posibles, al no existir desvío de clientela, ni ilicitud en la conducta de Correos, al haber actuado de buena fe. Existe un voto de minoría que explica la fragilidad del fallo.

258. De esta forma, yerra la Sentencia Reclamada al no ponderar circunstancias similares a las que han sido consideradas por la Excma. Corte Suprema en otros casos para efectos de determinar el monto de la sanción pecuniaria. Dichas circunstancias dan cuenta de la buena fe con la que actuó Correos en las negociaciones con sus clientes, y la falta de intención exclusoria para con la Demandante u otro competidor, en la celebración de dichos contratos.

2.6.1.5. La Sentencia Reclamada infringió el principio de proporcionalidad aplicable a toda sanción pecuniaria impuesta por el Estado en ejercicio del *ius puniendi* estatal, y el debido proceso o “justo y racional procedimiento” constitucional, que deben ser observados en todo procedimiento

259. En primer lugar, cabe destacar el carácter de sanción que posee la multa dispuesta por el TDLC en base al artículo 26 del DL 211, lo que la sitúa en los márgenes del *ius puniendi* estatal, como fuera asentado por la jurisprudencia de la Excma. Corte Suprema y del H. Tribunal Constitucional.

260. De lo anterior se derivan importantes consecuencias: (i) los principios aplicables a la imposición de toda pena deberán ser aplicados a la imposición de multas del TDLC, esto es, los principios inspiradores del orden penal establecido en la Constitución, con cierta moderación^{84 85}; y (ii) las sanciones impuestas por el TDLC deberán encontrarse suficientemente justificadas, para efectos de dar cumplimiento con el debido proceso constitucional o “justo y racional procedimiento”⁸⁶.

261. En cuanto a los principios y derechos señalados, nuestra Constitución Política de la República actual en su artículo 19 N° 3 establece que los procedimientos serán siempre **racionales y justos**. Lo anterior también se vincula estrechamente con el principio de igualdad sustantiva que reconoce la Carta Fundamental en el artículo 19 N° 2, en el cual se **asegura a toda persona que no recibirá de la ley ni de autoridad alguna, diferencias arbitrarias**.

262. Lo contrario a un procedimiento justo y racional, es aquel que deviene -por hechos o razones anteriores o coetáneas a su tramitación- en desproporcionado o irracional.

⁸⁴ Sentencia H. Tribunal Constitucional, Rol 480-2006, de fecha 27 de julio de 2006, considerando 48°.

⁸⁵ Sentencia Excma. Corte Suprema, Rol 2746-2012, de fecha 17 de julio de 2013, prevención ministro Sr. Muñoz.

⁸⁶ Sentencia Excma. Corte Suprema, Rol 5505-2008, de fecha 26 de noviembre de 2008, considerandos 17° y 18°.

263. Sobre el particular, el **principio de proporcionalidad** cuya fuente normativa la jurisprudencia constitucional lo ubica precisamente en los artículos antes mencionados⁸⁷⁻⁸⁸, ha sido calificado por la doctrina como un "*principio de razonabilidad y sentido común*"⁸⁹, que apunta "*a la interdicción de las actuaciones o intervenciones excesivas por parte de los poderes públicos*"⁹⁰.
264. En términos simples, **este principio dice relación con una prohibición de exceso** cuyo fin último es garantizar una relación de equivalencia entre las conductas y las sanciones o penas. Este principio, además, es exigible respecto de la decisión final del juez o de la autoridad, y **debe verificarse en todas las fases del procedimiento**.
265. De lo expuesto en esta reclamación se evidencian los excesos en que ha incurrido la Sentencia Reclamada, y específicamente en la imposición de la multa. Es así que Correos ha debido desplegar una defensa respecto de una sanción que ha sido erróneamente determinada e insuficientemente justificada en la Sentencia Reclamada.
266. Sólo a mayor abundamiento podemos señalar que, no obstante haber establecido la Sentencia Reclamada que las conductas imputadas a Correos tendrían la aptitud para eventualmente excluir a Envía o a otros actores del mercado, no dispuso medidas para evitar una supuesta y eventual exclusión de actores del mercado; solamente se limitó a imponer una multa a Correos.
267. Esta multa es a todas luces inidónea para satisfacer las medidas solicitadas por Envía y proteger la libre competencia y los consumidores, así como innecesaria ante la existencia de medios menos lesivos para lograr el mismo fin, como sería, por ejemplo, la adopción de medidas por parte del TDLC en un mercado que, según sostiene la propia Sentencia Reclamada, poseería características que dificultan la competitividad.
268. Finalmente debemos recalcar la importancia en que la determinación de la multa impuesta por el TDLC sea proporcionada a la verdad de los hechos, gravedad de las conductas, efectos sobre la libre competencia y existencia de perjuicio a los consumidores.

⁸⁷ Entre otras, Sentencia H. Tribunal Constitucional, Rol 5018-2018, de fecha 23 de abril de 2019, considerando 4°.

⁸⁸ El Tribunal Constitucional ha señalado que el derecho a un procedimiento justo y racional se refiere tanto aspectos adjetivos como sustantivos. Sobre el particular, por ejemplo, Sentencia H. Tribunal Constitucional, Rol 1518-2010, de fecha 21 de octubre de 2010, considerando 28°.

⁸⁹ Antonio Pereira Menaut, *Sistema político y constitucional de Alemania. Una introducción*. Tórculo Edicions, Santiago de Compostela, 2003, pág 4.

⁹⁰ Arnold Rainer, José Ignacio Martínez Estay, y Francisco Zúñiga Urbina, *El principio de proporcionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Estudios Constitucionales, Vol. 10, N° 1, Talca, 2012, pág. 68.

269. Lo anterior, puesto que la imposición de una multa impropia cuantiosa establece la base para la indemnización de perjuicios que será solicitada posteriormente por Envía, por lo que estimamos que la sanción debe tener un mayor asidero en la realidad, no correspondiendo su justificación en construcciones teóricas sobre eventuales efectos en el mercado.
270. Por ejemplo, la multa impuesta en relación con el contrato celebrado con Banco Santander, fue firmado en febrero de 2015, sin embargo, para rechazar la excepción de prescripción, amplía la vigencia temporal de la “*ejecución de la conducta*” a 2019. Esto es particularmente relevante, ya que no solo constituye un error de análisis jurídico, sino que además deviene en que la sanción sea desproporcionada.

2.6.2. LA CONDENA EN COSTAS IMPUESTA A CORREOS EN LA SENTENCIA ES IMPROCEDENTE, POR INFRINGIR LOS ARTÍCULOS 144 Y 146 DEL CPC

271. La Sentencia también merece reparos en su aplicación de las reglas de condena en costas, las que se encuentran reguladas en los artículos 139 a 144 del CPC, en el Título XIV “De las costas”, ubicado en el Libro Primero, sobre “Disposiciones comunes a todo procedimiento”, debiendo en consecuencia ser observadas por TDLC, en virtud de lo dispuesto en el artículo 29 del DL 211, que dispone:

“Las normas contenidas en los Libros I y II del Código de Procedimiento Civil se aplicarán supletoriamente al procedimiento mencionado en los artículos precedentes, en todo aquello que no sean incompatibles con él.”

272. Por otra parte, resulta importante traer a consideración también el carácter colegiado del H. Tribunal, conforme a lo dispuesto en el artículo 9 del DL 211, que dispone en cuanto al funcionamiento del tribunal que “*el quórum para sesionar será de a lo menos tres miembros, y los acuerdos se adoptarán por simple mayoría, dirimiendo el voto de quien presida en caso de empate. En lo demás se estará a lo dispuesto en el Párrafo 2 del Título V del Código Orgánico de Tribunales, en cuanto fuere aplicable”.*
273. Se destaca la remisión que efectúa la norma al Título V del Código Orgánico de Tribunales (“Los acuerdos de las Cortes de Apelaciones”), por cuanto el mismo trata sobre la forma en que deben adoptar los acuerdos las Cortes de Apelaciones, así como normas sobre la redacción de las sentencias. Específicamente, el artículo 89 del COT refiere que en las sentencias definitivas que adopten los tribunales colegiados se especificará qué miembros del tribunal han concurrido con su voto a formar sentencia, y qué miembros han sostenido una opinión contraria, consignándolo en la misma sentencia.

274. Pues bien, la Sentencia Reclamada resolvió finalmente en su parte resolutive: i) rechazar la excepción de prescripción opuesta por Correos, ii) acoger la demanda interpuesta por Envía, y iii) condenar en costas a Correos.
275. En cuanto a las conductas imputadas por Envía, estas consistieron, por una parte, en conductas contrarias a la libre competencia establecidas en el artículo 3 letra b) del DL 211 (descuentos exclusorios en abuso de posición dominante), y por otra, en conductas de competencia desleal establecidas en el artículo 3 letra c) del DL 211.
276. De las imputaciones señaladas, se adoptó acuerdo y acogió finalmente con el voto favorable de todos los Ministros la referida a descuentos exclusorios, y respecto de la imputación de conductas de competencia desleal, **se acogió con el voto en contra de los Ministros Vergara (Presidente del Tribunal) y Gorab, quienes estuvieron por desestimar dicha imputación** y aplicar una multa menor a Correos, reconociendo una explicación alternativa razonable a la conducta imputada, basándose en la declaración del señor Carlos Riveros, y en los argumentos presentados en el Informe Butelmann acompañado por esta parte al proceso (a fojas 1464). Esto es, reconociendo la plausibilidad de los argumentos y defensas esgrimidos por Correos a lo largo del procedimiento, relativos a la inexistencia de conductas de competencia desleal que interfirieran en las negociaciones entre Payback y Envía.
277. Lo anterior resulta del todo relevante a la luz de lo dispuesto en el artículo 146 del CPC, que establece reglas aplicables en materia de condena en costas para el caso de los tribunales colegiados, en forma de imperativo legal. En este sentido la norma aludida señala "**No podrá condenarse al pago de costas cuando se hayan emitido, por los jueces que concurran al fallo en un tribunal colegiado, uno o más votos favorables a la parte que pierde la cuestión resuelta.**"
278. En lo que importa a este acápite, debemos señalar que la Sentencia Reclamada resolvió "*condenar en costas a Correos de Chile, por haber sido totalmente vencida*", por lo que el H. Tribunal aplicó supletoriamente el artículo 144 del CPC, siendo que en realidad correspondía que, en lo que fuera aplicable al procedimiento, también aplicara las restantes normas del Título V relativo a la condena en costas.
279. En nuestra opinión, el TDLC habría pasado por alto aplicar el precepto legal, al no considerar que, precisamente por haber sido acordada la sentencia por dos votos favorables a esta parte en lo relativo a uno de los cargos imputados, procedía aplicar el artículo 146 del CPC ya reseñado.
280. El sentido de la norma es claro, por lo que solo cabe concluir que la parte que ha obtenido un voto favorable en un tribunal colegiado -en el caso de autos son dos votos-, ha tenido

necesariamente motivos plausibles para litigar, al haber sido acogidas, al menos en parte, sus defensas y excepciones opuestas.

281. Lo anterior queda en evidencia al interpretarla en concordancia con el artículo 144 del CPC que dispone: *“La parte que sea vencida totalmente en un juicio o en un incidente, será condenada al pago de las costas. **Podrá con todo el tribunal eximir de ellas, cuando aparezca que ha tenido motivos plausibles para litigar**, sobre lo cual hará declaración expresa en la resolución.”* Por lo que, si el tribunal podrá eximir de la condena en costas por haber tenido “motivos plausibles para litigar” a quien fuera totalmente vencido, con mayor razón deberá eximir del pago de las costas a quien obtuvo votos favorables en el fallo.
282. Es así como esta Excma. Corte Suprema ha asentado criterios por medio de su jurisprudencia, para determinar la improcedencia de la condena en costas cuando el vencido obtiene votos a su favor por parte de los magistrados, como es el caso de Correos:

*“(…) **para eximir del pago de las costas a la ISAPRE Masvida**, tuvo presente, además, que el artículo 146 del Código de Procedimiento Civil, inserto en el Título XIV del Libro Primero, relativo a las disposiciones comunes a todo procedimiento (anterior al recurso de apelación), establece expresamente: “No podrá condenarse al pago de costas cuando se hayan emitido, por los jueces que concurren al fallo en un tribunal colegiado, **uno o más votos favorables a la parte que pierde la cuestión resuelta**” que es precisamente la situación de autos, en que existe un voto que está por rechazar el recurso de protección.”⁹¹*

283. Por lo que solo cabe concluir que la parte que ha obtenido un voto favorable en un tribunal colegiado -en el caso de autos son dos votos-, ha tenido necesariamente motivos plausibles para litigar, al haber sido acogidas, al menos en parte, sus defensas y excepciones opuestas. Por tanto, si el tribunal puede eximir de la condena en costas por haber tenido “motivos plausibles para litigar” a quien fuera totalmente vencido, con mayor razón debe eximir del pago de las costas a quien obtuvo dos votos favorables en el fallo.
284. Tal como ya se ha explicado, la Sentencia Reclamada adolece de graves defectos al pretender dar por acreditadas las infracciones imputadas a Correos, entendiendo que basta invocar la sana crítica -como una simple expresión-, como prueba y ponderación de las conductas reprochadas.

⁹¹ Sentencia ltma. Corte de Apelaciones de Concepción, Rol 2150-2015, de fecha 8 de julio de 2015, considerando 12°. Confirmada por Sentencia Excma. Corte Suprema Rol 9138-2015, de fecha 24 de noviembre de 2015. Véase en el mismo sentido, Sentencias Excma. Corte Suprema, Roles 9281-2015, 9139-2015, 9141-2015, 9136-2015, 9282-2015, 9313-2015, entre otras.

285. Ello resulta más grave en el capítulo de las multas impuestas a Correos, puesto que, asimilándolas a la colusión, la sentencia estima acreditadas las infracciones por un mero balanceo de probabilidades, sin la exigencia de la prueba clara y concluyente propia de ese ilícito.
286. Se advierte también en esto la desproporción de las sanciones impuestas en la Sentencia Reclamada, puesto que para aplicar las más gravosas que prevé la ley, no acude a los criterios y exigencias que el mismo TDLC ha estimado necesarios para castigar la colusión. Esta asimetría entre la sanción impuesta y los criterios de ponderación para acreditar las conductas que se sancionan, son otra expresión de la desmesura de las multas que se vienen aplicando.

Por tanto, y en mérito de lo expuesto,

Solicito al H. Tribunal, tener por interpuesto fundado recurso de reclamación, para ante la Excm. Corte Suprema, en contra de la sentencia N° 178/2021, dictada por el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en causa Rol C-359-2018, con fecha 15 de noviembre de 2021 y notificada personalmente a esta parte con fecha 16 de noviembre de 2021, concederlo y elevarlo a la Excm. Corte Suprema, para que dicho tribunal enmiende la sentencia N° 178/2021 conforme a derecho, declarando en cambio que:

- (i) por las ilegalidades que contiene la Sentencia Reclamada y que se demuestran en esta reclamación, se rechaza la demanda deducida por Servicios de Correspondencia Envía Limitada en contra de Correos de Chile, y en todo caso, se enmiende la sentencia conforme a las alegaciones vertidas que ponen en evidencia la ilegalidad y contradicciones de la decisión que se reclama impropias de un tribunal especializado como el que ha dictado la decisión impugnada;
- (ii) se deja sin efecto la multa impuesta en contra de Correos de Chile;
- (iii) se deja sin efecto la condena en costas contenida en la Sentencia Reclamada al infringir la norma legal aplicable en la especie; y
- (iv) todo lo anterior, con expresa condena en costas.

En subsidio, se solicita a la Excm. Corte Suprema en el improbable caso de no acoger lo solicitado anteriormente ordene:

- (i) reducir sustancialmente la multa impuesta en contra de Correos de Chile, conforme a los argumentos vertidos en materia de proporcionalidad, racionalidad e interdicción de la arbitrariedad que se han desarrollado en el cuerpo de esta reclamación; y
- (ii) dejar sin efecto la condena en costas, debido a que esta parte tuvo motivos plausibles para litigar y no fue totalmente vencida, conforme dan cuenta los votos disidentes que contiene la sentencia impugnada.

Otrosí: Solicitamos al H. Tribunal tener presente que, atendido que el presente es un escrito de plazo, el mismo será presentado a través de correo electrónico, de acuerdo con lo dispuesto en la Actualización del Protocolo por Emergencia Sanitaria COVID-19, publicado en la página web del TDLC con fecha 9 de septiembre de 2021, y que entró en vigor el 13 de septiembre del presente.

**RAMIRO
ALFONSO
MENDOZA
ZUNIGA**
Firmado digitalmente por RAMIRO ALFONSO MENDOZA ZUNIGA
Fecha: 2021.11.27 20:03:05 -03'00'

**MATIAS
MORI
ARELLANO**
Firmado digitalmente por MATIAS MORI ARELLANO
Fecha: 2021.11.27 20:04:02 -03'00'