

Santiago, veinticuatro de mayo de dos mil veinticuatro.

Vistos:

En estos autos, Rol CS N° 95.523-2021 Correos de Chile (en adelante Correos) dedujo reclamación en contra de la sentencia dictada por el Tribunal de Defensa de Libre Competencia (en lo sucesivo TDLC) que rechazó la excepción de prescripción extintiva que entabló respecto de la acusación relativa al cliente Banco Santander y acogió la demanda interpuesta por Servicios de Correspondencia Envía Limitada (reclamante o "Envía") condenándola al pago de una multa de 6.000 Unidades Tributarias Anuales (UTA) por infringir las normas previstas en las letras b) y c) del artículo 3° del Decreto con Fuerza de Ley N° 1 de 2004, que fija el texto refundido del Decreto Ley N° 211 (D.L. N° 211), por:

(i) Haber abusado de su posición dominante, mediante el otorgamiento de descuentos exclusivos en el Mercado Nacional de distribución de correspondencia respecto de tres clientes: Banco Santander, Banco Scotiabank y CMR Falabella.

(ii) Incurrir en práctica de competencia desleal, con el objeto de mantener o incrementar su posición de dominio en el mercado respecto de Payback Ripley.

Antecedentes.

I.- Demanda:

El día 6 de septiembre de 2018, Servicios de Correspondencia Envía Limitada demandó a Correos de Chile y al Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones ("MTT"),



acción que luego fue corregida por orden del TDLC, al acoger la excepción dilatoria, eliminando a este último como demandado.

La reclamante, en lo pertinente, expuso que, es una empresa chilena de distribución de correspondencia que opera desde el año 1986 de una amplia cobertura nacional, proveedora de los servicios de mecanización, distribución de correspondencia, muestras y volantes, siendo sus principales clientes aquellos pertenecientes al segmento corporativo. Preciso que, el proceso de distribución de correspondencia se compone de cuatro etapas: (i) recolección, (ii) clasificación de entrada, (iii) transporte y (iv) distribución; añadiendo que, para el caso de los clientes corporativos, se agrega una etapa previa, denominada "mecanización", donde se prepara la correspondencia que se entregará.

Explicó que, para los efectos de estos autos, la etapa que interesa es la de distribución, respecto de sus clientes corporativos enviada a consumidores, puesto que, representa su mayor fuente de ingresos, atendido que la industria, debido a la correspondencia electrónica, ha bajado en su utilización, lo cual los ha obligado a diversificarse.

Añadió que, en el segmento de distribución, se identifican tres tipos de competencia: i) competencia "Origen-Destino" ("End to End"), esto es, cuando los participantes tienen su propia infraestructura para proveer el servicio de distribución, participando en todas las etapas



del proceso productivo; (ii) competencia basada en el acceso a la red, en la cual se utilizan los recursos de la red incumbente para desarrollar una o más etapas del proceso de distribución de correspondencia y, (iii) competencia mixta, en la cual los entrantes competirían en una parte del territorio en "origen-destino", mientras que en otras utilizarían la red incumbente.

Platea que, en Chile, la empresa privada compite solo en la primera modalidad, porque Correos no se encuentra obligado a dar acceso a su red. Se trata de una industria caracterizada por la presencia de operadores con posición dominante, que gozan de economías de red y que en muchos casos mantienen privilegios de exclusividad sobre parte del mercado, como ocurre con Correos cuando la ley expresamente les entrega esa función.

Manifiesta que, la industria chilena de distribución de correspondencia reuniría las características necesarias para que se originen prácticas de descuentos exclusorios, por parte de la empresa dominante, que pueden tener fines anticompetitivos atendido que: (i) Correos tiene la ventaja de ser el designado por el Estado de Chile en el marco de la Unión Postal Universal; (ii) La posición pivotal de Correos que le permitiría satisfacer gran parte de la demanda de mercado; (iii) Opacidad de los precios que cobra Correos en el segmento corporativo; y (iv) Concentración en los compradores y economías de escala.



Sostiene que, Correos goza de ventajas competitivas que lo sitúan en calidad de competidor privilegiado, tales como: (i) la exención al pago del Impuesto al Valor Agregado por disposición legal expresa, prevista en el artículo 13 N°6 letra e) del Decreto Ley N°825 de 1974; (ii) el pago, por parte del destinatario de la correspondencia, del "Derecho de Conducción" a los carteros que trabajan en Correos, ascendente a \$50, figura que se establecería por medio de decretos supremos del Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones, figura que permite a Correos que pague a sus carteros una remuneración por debajo de nivel de mercado, implicando, en definitiva, un subsidio solapado de los costos de remuneraciones de la empresa respecto a su planta de carteros; y (iii) ejercer una posición privilegiada en la dictación de regulaciones atinentes a la industria de distribución de correspondencia.

En este contexto, define el mercado relevante como aquel que refiere a los servicios de distribución de correspondencia de empresas a personas o "B2C" en el ámbito nacional, cuya modalidad de uso es "End to End" debido a la no obligación de correos de dar acceso a la red del incumbente y su dimensión geográfica es de alcance Nacional.

Respecto de este mercado, Envía afirma que, Correos es dominante, porque mantiene un 70% de la cuota del mismo y existen importantes barreras de entradas, tales como, a) La imposibilidad del nuevo competidor de tener alcance nacional;



b) Correos mantiene ventajas que lo sitúan en calidad de competidor privilegiado; c) Es el operador para el tráfico internacional de correspondencia en virtud de los acuerdos adoptados por Chile ante la Unión Postal Universal; d) la demanda estaría en declinación; y e) Correos tendría ventajas para la obtención de financiamiento por parte del Estado, de las cuales no dispondrían las empresas privadas de correspondencia.

Añade que, respecto a las tarifas, hasta el año 2009 el Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones las fijó con cierta periodicidad y respecto de algunos productos como lo era la carta nacional ordinaria y la carta internacional ordinaria según sus pesos y luego se determinó que éstas se reglamentaran por el Decreto Supremo N°642 del 26 de octubre de 2004 de la referida cartera ("DS 642/2004"), publicado en el Diario Oficial de 12 de enero de 2005 y al efecto se acompañó una tabla sobre tarifas.

Asimismo, se publicaba la tabla de descuentos máximos por volumen, lo cual, también ocurrió solo hasta el año 2009, impidiendo al resto de los actores del mercado conocer los descuentos que Correos ofrece y verificar si encuentran dentro de una racionalidad económica, lo cual dice que facilita a que Correos pueda discriminar precios entre sus clientes, ofreciendo descuentos selectivos a determinados clientes corporativos de sus competidores, todo lo cual se traduce en descuentos exclusorios.



En concreto, sostiene que, Correos habría incurrido en las siguientes conductas antijurídicas:

Abuso de posición dominante, que se traduciría en:

Ofertar descuentos de alta magnitud respecto de los precios de lista que publica para empresas, los cuales califica como "descuentos exclusorios".

Señala que, la aplicación de estos descuentos habría sido ejecutada con diversos clientes corporativos, especificando tres casos:

i) "Caso Scotiabank": Indica que, con fecha 17 de agosto de 2017, Envía habría sido notificada del término anticipado del contrato de servicios de correspondencia que tenía suscrito con dicho cliente, el cual era de carácter indefinido y que se haría efectivo a partir del 31 de octubre de 2017. Agrega que, unas semanas después, Scotiabank les habría solicitado acelerar el término al contrato, comunicándole que el nuevo proveedor sería Correos.

ii) "CMR Falabella": Señala que, el 6 de septiembre de 2017, fue notificada por este cliente de la decisión de mantener con ellos solo el servicio de distribución de correspondencia para el producto financiero "Súper Avance" y poniendo término de aquel para el caso los "Estados de Cuenta".

iii) "Licitación Banco Santander": Expone que, el 31 de diciembre de 2014, Envía se adjudicó el servicio de distribución masiva de "Estados de Cuenta" con tecnología GPS



y el servicio de distribución de carta certificada, licitados por el Banco Santander, no obstante, solo este último servicio fue contratado. Requeridas las explicaciones de dicha decisión, el 7 de enero de 2016, Santander les habría informado que la licitación sobre aquellos productos, solo tenía el carácter de hipotético y que a partir de ese mismo mes, se había asignado el servicio de distribución masiva de estados de cuenta, bajo la modalidad de correo corriente, a la empresa de Correos de Chile, haciéndole presente que Envía también disponía de una modalidad equivalente, pero no se le permitió igualar la oferta.

Para todos los casos, indica que, el incentivo para persuadir a dichos clientes de contratar volúmenes significativos de distribución de correspondencia con Correos, para el segmento empresa-consumidor (B2C), necesariamente fue el económico, basado en que Correos habría ofrecido una elevada tasa de descuento respecto del precio de lista publicada para ese servicio (de un 70% a un 90%), la cual habría sido formulada desde la posición dominante que le asiste en el mercado nacional de distribución de correspondencia, situándola en la categoría de descuento excluyente de carácter anticompetitivo, cuestión que indica fue corroborada por el informe Islas, acompañado por su parte.

Explicó que, como lo ha expresado la Comisión Europea sobre el tema, si bien, las empresas pueden ofrecer estos



descuentos para captar más demanda y beneficiar a los consumidores, en el caso que una empresa dominante en el mercado, sea la que concede estos descuentos, dichos descuentos pueden tener efectos reales o potenciales de cierre del mercado similares a las obligaciones de compra exclusiva. Así entonces, los descuentos condicionales pueden producir los mismos efectos, sin entrañar necesariamente un sacrificio para la empresa dominante.

Precisó, en relación con la imputación sobre competencia desleal, que, la demandada ofreció a un potencial cliente suyo, Payback de empresas Ripley ("Payback"), una tarifa menor indicándoles, además, que, si tenían otro proveedor, Correos les cobraría el precio que correspondía a destinos donde dicho proveedor no tenga cobertura.

Envía indica que la conducta de Correos bloqueó la realización del piloto comercial, que ya se encontraba aprobado con la empresa Payback pues, el amedrentamiento experimentado por esta última, frente al condicionamiento de los descuentos que le otorgaba la demandada habría sido completamente eficaz.

La demandante, conforme a lo expuesto, solicitó al TDLC:

1. Se declare que, la Empresa de Correos de Chile ha incurrido en prácticas de descuentos exclusorios, como consecuencia de la explotación abusiva de su posición dominante en perjuicio de la libre competencia y de Envía, en



abierta infracción a lo dispuesto por el artículo 3° letra b) del Decreto Ley N°211;

2. Se declare que, la Empresa de Correos de Chile ha incurrido en una práctica de competencia desleal, con el objeto de mantener o incrementar su posición dominante en el mercado de distribución nacional de correspondencia a empresas, en perjuicio de la libre competencia y de Envía, en abierta infracción a lo dispuesto por el artículo 3° letra c) del Decreto Ley N°211;

3. Se prohíba a la Empresa de Correos de Chile ejecutar en el futuro las conductas antes descritas, ya sea directa o indirectamente, bajo el apercibimiento de ser considerada reincidente;

4. Se le imponga a la demandada una multa por la suma de 1.000 Unidades Tributarias Anuales o el monto que este Tribunal estime ajustado a derecho; como asimismo, condenarla expresamente al pago de las costas de la presente causa.

5. Se ordene a Correos, adoptar las medidas que enumera en su libelo.

II.- Contestación de Correos:

Solicitó el rechazo de la demanda en todas sus partes con costas.

Expuso que, el mercado en que incide la acción corresponde al de distribución de correspondencia en el segmento empresa, en el cual no es posible que se verifiquen las conductas imputadas, al tratarse de un mercado abierto,



desregulado, competitivo y donde no existirían barreras a la entrada, lo cual quedaría en evidencia al existir un alto número de competidores privados que participarían en él.

Señala que, Correos es una entidad perteneciente a la Administración del Estado, a la que le resultan aplicables todas las obligaciones y normativas propias del sector público, cuyo mandato legal es cumplir con el Servicio Postal Universal, debiendo procurar que todos los usuarios y clientes puedan acceder a una oferta de servicios postales básicos de calidad, prestados en forma permanente en todos los puntos de sus respectivos territorios, lo cual no constituye una ventaja competitiva, por el contrario, significa para Correos una gravosa carga organizativa, logística y financiera que ninguna de las demás empresas del rubro se encontraría obligada a soportar y de hecho no lo hacen por los costos que ello genera sin retorno.

En cuanto al mercado relevante, expuso que, Envía no indicó los productos específicos con los cuales competiría con Correos y omitiría mencionar las características y atributos de los que ella ofrece. Agrega que, lo anterior, es relevante porque los productos que oferta Correos, esto es, "Carta Comercial y Carta Más, para el segmento empresas, no serían sustitutos de los ofrecidos por Envía, debiendo la demandante probar lo contrario.

Adiciona de que, Correos solo compite con empresas privadas en el segmento corporativo o grandes clientes, el



cual comprende un número más de 30.000 envíos mensuales y donde los clientes, asumen ciertas etapas del proceso que generan ahorros para Correos, lo cual se traduciría en un porcentaje de descuento que luego se reflejan en la tarifa. Explicó que las empresas entregan a Correos directamente la correspondencia, la que viene ya clasificada e incluso aquella que no es posible de entregar, es el mismo cliente quien la retira de las oficinas de Correos, de manera que su labor se limita a la distribución, ahorrando recursos humanos y técnicos.

Concluye que, el mercado relevante afectado por las conductas denunciadas "corresponde a los servicios de correspondencia con origen en Santiago y destino en el territorio nacional, provistos a clientes corporativos".

Conforme a lo expuesto, señala que, se advierten las falencias de la definición de mercado relevante propuesta por Envía, porque a su juicio, las características y los atributos de los productos ofrecidos por la demandante -como la capacidad de realizar el seguimiento de los envíos- difieren de los productos que ofrece Correos en el segmento empresa, que carece de ese elemento. De esta forma, señala que, si no se logra acreditar la existencia de una sustitución real en la demanda entre los productos ofrecidos por ambas empresas, no quedaría más que concluir que la competencia entre Correos y Envía ocurre en mercados relevantes distintos, lo cual hace improcedente la demanda.



En cuanto al mercado geográfico, señala que corresponde al territorio nacional.

Indica que, no es efectivo que existan barreras de entrada al mercado de correspondencia corporativa, porque existen un diverso número de competidores, siendo uno de ellos la demandante. Explica que, toda la demanda geográfica de Correos es plenamente disputable y que la condición de Correos como operador postal universal no supondría una ventaja pues, operaría como un subsidio a la competencia cuando hay una tarifa plana que no distingue entre zonas más y menos densas o costosas de atender. Lo anterior, ya que el precio que cobra Correos por utilizar su red para llegar a las zonas más alejadas o de menor densidad no alcanza a cubrir el costo real en que incurre, por prestar ese servicio, sostiene que, los operadores privados no sólo tendrían acceso efectivo a las zonas apartadas, sino que, adicionalmente, accederían a precios subsidiados.

En relación con la exención del Impuesto al Valor Agregado (IVA), que arguye la demandante, Correos sostiene que, el análisis realizado por la actora sería incompleto, puesto que, desconoce que esa exención le impide a su parte deducir dicho gravamen de la compra de insumos que la empresa realiza.

Respecto de los descuentos exclusorios:

Expuso que, en los casos "Banco Scotiabank"; "Banco Santander"; y "CMR Falabella", los descuentos ofrecidos se



justifican en los menores costos de proveer el servicio a esos clientes, los cuales, como se dijo, derivarían del volumen de cartas que imponen y de los procesos que se ahorra Correos en virtud de las obligaciones que asumen los clientes corporativos, al entregarles la carga normalizada y preclasificada directo en la Planta; además de retirar ellas mismas, la correspondencia no entregada a destinatario.

A continuación, opuso la excepción de prescripción, en lo referido al "Caso de la Licitación Banco Santander" (en lo sucesivo caso Banco Santander), porque los hechos acaecieron en el año 2014, habiéndose adjudicado el servicio licitado el 31 de diciembre de ese año, lo cual excedería con creces el término de prescripción establecido por el D.L. N° 211 y aun si ese lapso se contara desde la fecha de suscripción del contrato, esto es, el 15 de enero de 2015, también, excedería el plazo de tres años para que opere a su respecto, la prescripción habida cuenta que la medida preparatoria que antecedió a la presente demanda le fue notificada el día 7 de mayo de 2018.

En lo relativo a la imputación sobre conducta de competencia desleal, controvierte que el proyecto piloto se hubiese encontrado aprobado por Payback, afirmando que, esta última "ni siquiera se encontraba en la posición de potencial cliente respecto de Envía, no existiendo relación contractual de ninguna índole entre las partes". Añade que, Correos no celebró ningún contrato con la empresa Ripley en relación con



los servicios descritos por Envía, lo cual evidenciaría la falta de rigor de las acusaciones pues, si el descuento presuntamente ofrecido hubiese sido efectivo, el resultado comercial habría sido distinto del que se verificó en la práctica.

Por lo demás, alega que, el formular una oferta de servicios, por sí solo, no configura un acto de competencia desleal.

Termina solicitando que: (i) Se acoja la excepción de prescripción impetrada; (ii) Se rechace la demanda en todas sus partes; (iii) Se declare que Correos de Chile no ha incurrido en conductas contrarias a libre competencia según dispone el artículo 20 inciso tercero del D.L. N° 211; y (iv) Se condene en costas a la demandante.

III.- Sentencia del TDLC:

a) La excepción de prescripción opuesta por Correos en relación con el "caso Santander":

En cuanto a la ejecución de la conducta, declaró "Que no se acompañaron antecedentes ni prueba sobre la fecha exacta en la que dichos descuentos habrían sido ofrecidos por Correos, pero si existe evidencia de que los mismos se debieron producir en una época que media entre diciembre de 2014 y enero de 2015" [...]

[...] "Que de lo anterior se colige que al momento de adjudicar los servicios de distribución masiva de estados de cuenta con tecnología GPS, el Banco Santander sólo tenía la



oferta de Envía y que, con posterioridad, presumiblemente recibió una mejor oferta de Correos, que contendría los descuentos exclusorios imputados, ya que, finalmente, dicho banco contrató esos servicios, bajo la modalidad "cuenta corriente", el 1° de febrero del año 2015."

Para resolver sobre cuándo se entiende ejecutada una conducta, para los efectos de la prescripción, sostuvo que:

"Vigésimo: Que, en el presente caso, no debe entenderse ejecutada la conducta imputada a Correos en alguna de las épocas que señala la demandada (oferta al Banco Santander, adjudicación del contrato a Correos o fecha de celebración del contrato), ya que, en todas estas situaciones, Envía no participó en dichos actos y, por consiguiente, no procede aplicar la primera tesis [...] "y, por lo tanto, debe seguirse el mismo razonamiento seguido en la Sentencias N° 76/2008 y N° 173/2020, esto es, que la conducta se entiende ejecutada cada vez que Correos aplica el descuento que Envía considera exclusorio al Banco Santander.

Vigésimo primero: Que, de este modo, de acuerdo con el contrato celebrado entre Correos y el Banco Santander, exhibido en audiencia cuya acta rola a fojas 2082, el mismo tenía una vigencia de 36 meses a contar del 1° de febrero de 2015, (hasta el 1° de febrero de 2018), plazo que se entiende renovado tácitamente por períodos de 12 meses salvo que las partes den el aviso previo contemplado en la cláusula pertinente. A su vez, de acuerdo con las facturas exhibidas



por Banco Santander en la audiencia cuya acta rola a fojas 2026, se puede inferir que dicho contrato se ha mantenido hasta, por lo menos, el año 2019”

Por tanto, teniendo presente que la notificación de la medida preparatoria que antecedió a la presente demanda para interrumpir la prescripción alegada por Correos fue realizada el día 7 de mayo de 2018, no cabe sino concluir que la acción ejercida por Envía respecto de la conducta que imputa a Correos por el denominado caso Banco Santander no se encuentra prescrita y, por consiguiente, se rechazará la excepción de prescripción opuesta por la demandada a fojas 899.”

En lo relativo a los descuentos exclusorios:

Señaló que, para configurar un abuso de posición dominante, era necesaria la concurrencia de dos elementos, uno estructural y otro conductual. Respecto del primero, analizó los siguientes factores a) participación de mercado y nivel de concentración; (b) barreras de entrada y a la expansión; y (c) poder de contrapeso de los clientes de la demandada.

En cuanto a la participación, concluyó que, Correos tiene una alta participación en el mercado de distribución de correspondencia, la que asciende a un 70% aproximadamente, en cambio, la de sus competidores no alcanza el 10%, estimando que, ese solo porcentaje, según el derecho europeo, hace presumir su posición de dominancia en el mercado relevante,



pero que, en todo caso, igualmente, no era suficiente para configurarla.

Debido a lo anterior, se analizaron la existencia de barreras de entrada y de expansión y poder de contrapeso por parte de los clientes.

Sin perjuicio de declarar que constituyen ventajas competitivas para Correos, el Derecho de Conducción que beneficia exclusivamente a los carteros de Correos y la exención del pago de Impuesto al Valor Agregado para Correos, precisando respecto del primero que, atendido que no es posible determinar su magnitud, no era posible considerarla como una barrera a la entrada o a la expansión, pero si para el caso del segundo.

Por otra parte, respecto de la calidad de Correos como operador designado del Servicio Postal Universal por Ley, el TDLC coligió que, aquella daba lugar a economías de escala significativas, las que limitan el número de participantes que pueden operar en el mercado a un mínimo costo, transformándose con ello en una barrera a la entrada porque, a entender de los jueces de base, un potencial competidor debía incurrir en costos hundidos y simultáneamente lograr una escala mínima eficiente, que es la que permitiría rentabilizar la inversión en una infraestructura similar a la de Correos, lo cual le sería improbable, desincentivando el ingreso de nuevos actores al mercado o la expansión de los existentes. Concluye que esto conlleva a que Correos sea un



socio comercial inevitable para los clientes que requieren enviar correspondencia a zonas que no se encuentran cubiertas por el resto de los de los operadores postales.

También, se consideró como una barrera de entrada y expansión, la declinación de la demanda del servicio porque, por un lado, las economías de escala presentes en este mercado hacen necesario que se deba alcanzar una escala mínima eficiente para que sea rentable la operación y, por otra, la menor demanda implica que, a su vez, un menor número de empresas cumplan con ese tamaño mínimo eficiente, que incentivará su ingreso, por el contrario.

En lo relativo al poder de contrapeso de los clientes de Correos, se declara que, teniendo presente que Correos es la única empresa de distribución de correspondencia que cuenta con una red de cobertura Nacional, colige que no tienen un poder de contrapeso que neutralice o atenúe su posición dominante, porque Correos se presenta como su única alternativa para realizar envíos a zonas donde los demás operadores privados no llegan.

El Tribunal, en cuanto a la defensa de Correos relativa a la justificación de los descuentos ofrecidos, hizo un análisis del precio efectivo por carta pagado por Santander, CMR Falabella y Scotiabank, según el volumen de cartas enviadas y las ofertas que realizó Correos, para luego compararlo con el precio que habrían pagado con la tarifa "lista" del segmento empresas, concluyendo que: (i) existe un



porcentaje significativo de los descuentos realizados por Correos que no se encontraría justificado en ahorros de costos; y (ii) el porcentaje de los descuentos que no se encontraría justificado en ahorros de costos, varía significativamente entre Santander, CMR Falabella y Scotiabank.

Por tanto, se trató de descuentos injustificados, descartando la existencia de otros motivos de eficiencia y/o en ahorro de costos, realizados a la medida de cada cliente, con el fin de conseguir por Correos mantener esos clientes y excluir a los competidores, lo cual restringe la competencia.

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]%, 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.

Competencia Desleal.

“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.

Que, debido a lo expuesto anteriormente, la conducta desplegada por Correos respecto de las negociaciones con Payback constituye un acto de competencia desleal, razón por la cual la demanda también será acogida en esta parte".

En contra de la referida sentencia, la parte demandada dedujo recurso de reclamación.

Se trajeron los autos en relación.

Considerando:

Primero: Que, en el recurso de reclamación, se acusa en primer término, la concurrencia de vicios formales de la sentencia impugnada.

a.- El TDLC infringió lo dispuesto en el artículo 26 del D.L. N° 211, en cuanto, dispone que la sentencia debe dictarse dentro del plazo de cuarenta y cinco días, contado desde que el proceso se encuentre en estado de fallo. Sin embargo, en la especie aquello ocurrió transcurridos 350 días desde la vista de la causa.



b.- El fallo infringió las normas legales que regulan la forma de las sentencias del año 1920, el artículo 9 del D.L. N° 211 y el artículo 85 del Código Orgánico de Tribunales porque no se señaló quien fue el redactor del fallo impugnado.

c.- La sentencia se encuentra incompleta, porque tres de sus considerandos fueron individualizados en idioma inglés, de manera que, en ese entendido, a juicio de la reclamante, la sentencia quedaría discordante y carente de un encadenamiento consecutivo de su razonamiento.

Añade dentro de este acápite que, resulta derechamente improcedente que un órgano jurisdiccional especializado, como el TDLC, realice una constante invocación a jurisprudencia y doctrina extranjera, sin incluir ninguna referencia a los guarismos que cita para ubicar dichos "documentos", sin perjuicio que la misma, tampoco podría ser vinculante para los litigantes.

d.- La controversia sobre el derecho de conducción fue excluida del debate por resolución del TDLC, al acoger la excepción dilatoria que indica. Sin embargo, nada de ello se expuso en la sentencia que se revisa e incluso se incorpora como parte de esta a través de sus considerandos 29° y 30°, contrariando lo dispuesto en los numerales 3 y 6 del artículo 170 del Código de Procedimiento Civil.

e.- La sentencia excluye y omite exponer las etapas previas del proceso, narrando uno distinto al que consta en



el expediente y restándole la complejidad que ha tenido el mismo.

Lo anterior, se produce porque se omitió explicar la primera y segunda medida prejudicial deducidas por Envía, en virtud de las que se pidió a Correos la exhibición de diversos documentos, la excepción dilatoria que resultó en la exclusión del MTT del litigio como demandado y, por consiguiente, la corrección de la demanda original de Envía y la exclusión de WSP Servicios Postales por hacerse parte en estos autos como tercero coadyuvante, intervención que señala da cuenta que las acciones dirigidas en contra Correos son consecuencia de un actuar coordinado en grupo de dos operadores del mercado y que además ilustra la alta intensidad competitiva de la industria de servicios postales para grandes clientes corporativo.

Segundo: Que, a continuación, el reclamante expone los vicios sustantivos en que habría incurrido la sentencia:

Expone que el fallo 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.

Explica que, conforme lo expuso el TDLC, para configurar un abuso de posición dominante es necesaria la concurrencia de dos elementos: uno estructural y otro conductual. El primero, refiere a 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 y, el segundo, se vincula con el ejercicio abusivo de dicho poder de mercado o bien el actuar ilícito del agente, en la medida que aquellos produzcan efectos anticompetitivos, o tengan la potencialidad de hacerlo.

Precisa que, el mercado relevante es el de los servicios ofrecidos a solo grandes clientes corporativos, y no incluye a personas jurídicas de derecho público tal como se desprende de la demanda.

Sin embargo, el TDL expuso que 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. No obstante que Envía no refutó ni cuestionó que CMR Falabella, Santander y Scotiabank, pertenezcan al segmento empresas en general y específicamente al subsegmento corporativo y desconoce la inspección personal que hizo el Ministro Sr. Saavedra al Centro Tecnológico Postal de Correos de Chile, en la cual constató la disminución de fases que asume Correos respecto de esa correspondencia, porque aquella es realiza por los clientes corporativos.

En ese entendido, indica que, la definición de mercado relevante del servicio de distribución de correos, entregada por TDLC no considera lo solicitado por Envía en su demanda,



se extiende más allá de lo pedido en el pleito, incluyendo entidades que no fueron señaladas por la actora y es deficiente e impreciso por 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, y (iii) CMR Falabella, ninguno de los cuales puede 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 obligaciones 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, sino que éstos son 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.

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. Dichos clientes demandan no solo 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, solo las pequeñas empresas tienen acceso a la lista de precios que



publica Correos y que corresponde a un mercado relevante distinto de aquel objeto de la Demanda.

De allí la imposibilidad que Correos ejerza un poder de mercado en el segmento de grandes clientes corporativos, siendo más bien, el cliente corporativo el que posee mayor poder de mercado en la industria.

Por último, indica que esta Corte en los autos Rol N° 47.555-2016 reconoció el monopolio parcial y limitado de Correos, solo en aquellos casos en que la ley expresamente ordene que la distribución de la correspondencia deba efectuarse por dicha vía.

Añade que, Correos no posee poder de mercado sobre sus competidores, sobre todo si compiten por atender a importantes actores del sector financiero, conclusión que se debe a la mala caracterización del mercado relevante y que trae como consecuencia los siguientes yerros:

a) Error en la determinación de la participación en el mercado de Correos, primero, porque el propio TDLC reconoce que no tiene los antecedentes para efectuar el cotejo que era necesario y segundo debido a que 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, sino que se deben considerar otros aspectos estructurales del mercado y la evidencia económica.



b) Error en la calificación de la Exención de IVA de Correos como barrera de entrada, lo cual desconoce que, por ese hecho, igualmente, Correos no puede deducir el IVA de las compras de sus insumos afectos a dicho impuesto. Este punto fue específicamente tratado en el Informe Económico del profesor Tomás Flores 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.

El hecho de que Correos cuente con una red de distribución con cobertura nacional, y que sirva comunas que sus competidores prestan servicios, no lo provee de una ventaja respecto de su competencia ni es una barrera de entrada en el mercado relevante que definió el propio Envía, esto porque su deber es cumplir con su obligación de Servicio Postal Universal, asumiendo esta como una carga y no una ventaja, para proveedores como el demandante que sólo cuentan con cobertura en las zonas más densamente pobladas y rentables.

d) El hecho que la demanda de servicios de correspondencia se encuentre en declinación y que, si bien, reduce los incentivos para ingresar a un mercado por parte de nuevos competidores, pero a su vez, a diferencia de lo concluido por el TDLC intensifica la competencia entre los



incumbentes por los clientes remanentes y disputables, esto es, los grandes clientes corporativo.

Concluye que, 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, puesto que, en este segmento, no se requiere sucursales y atendidas las obligaciones que asumen los clientes.

Por último, indica que el fallo insiste en que no existían antecedentes para diferenciar y definir correctamente el mercado relevante como uno de grandes clientes corporativos, desconociendo, entre otros, la confesión del Sr Castellón, dueño de Envía quien reconoció que Correos no tiene ningún monopolio en el segmento de grandes clientes corporativos.

Tercero: Que, en el siguiente vicio sustantivo, sostiene que se verifica, porque el TDLC rechazó la excepción de prescripción para el caso Santander, infringiendo el tenor del artículo 20 D.L. N° 211 y de la jurisprudencia tanto del TDLC como de la esta Corte Suprema.

Explicita que, participó en el procedimiento de licitación organizado por la empresa contratada para dichos efectos por Santander (Aquanima), adjudicándose la misma con fecha 31 de diciembre de 2014 y suscribiendo el contrato



respectivo el 1 de febrero de 2015, mientras que la medida prejudicial preparatoria solicitada por la demandante, en virtud de la cual se inició el proceso, le fue notificada a su parte con fecha 2 de mayo del 2018, esto es, habiendo transcurrido con creces el plazo de tres años contemplado en el artículo 20 del DL 211.

Envía por su parte, sostuvo que, el plazo en comento debe ser contado desde que tomó conocimiento de la decisión de Santander de limitar los servicios que ella le prestaba, lo cual ocurrió el 7 de enero de 2016, tesis que significa que el inicio del plazo dependería de un hecho de la propia demandante.

Sostiene que, siguiendo la jurisprudencia de esta Corte al referirse a los acuerdos colusorios, esta 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". Por el contrario, cuando se trata de actos de ejecución instantánea, como es el caso de la celebración de un contrato (sobre todo cuando este pone término a un proceso de licitación, como ocurre con el Banco Santander), la conducta atentatoria contra la libre competencia se materializa a la fecha de celebración del contrato.

Sin embargo, el TDLC modificó esa jurisprudencia y declaró 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”.

De manera que, el TDL asimila el contrato entre Correos y el Banco Santander a una conducta unilateral y de tracto sucesivo, desconociendo la jurisprudencia citada, las categorías del acto jurídico y yendo incluso más allá de lo expuesto por Envía.

Cuarto: Que el tercer vicio sustantivo que se denuncia consiste en la falta de motivación de la imputación de conducta desleal respecto de la empresa Ripley Payback. Se sostiene que fueron los propios representantes de aquella, las que negaron la versión de los hechos y que por lo demás el voto de minoría así también lo reconoce.

Quinto: Que el siguiente vicio sustantivo que se alega, refiere a que, el análisis que realizó el TDLC de las acusaciones por infracción al artículo 3 letra b del D.L. N° 211 no contempló cada caso en particular, sentando un peligroso precedente, en cuanto a sancionar las políticas de descuentos, desconociendo que aquellas son legítimas y fortalecen la competencia.



Caso Santander, reitera que, el contrato celebrado entre éste y Correos de Chile, fue en el marco de un proceso licitatorio administrado por un tercero contratado por el Banco Santander. Licitación en la que también resultó adjudicataria Envía y que hasta la fecha de la demanda siguió prestando servicios, lo cual por sí solo, a su entender, descarta cualquier conducta anticompetitiva.

Adiciona que, sin perjuicio de lo anterior, conforme al correo electrónico enviado por el representante legal de Aquanima, explicó a Envía que no utilizaría sus servicios (carta con tecnología) optando por la carta normal de Correos, debido a que las necesidades comerciales del cliente cambiaron y no pasa por cumplir exigencias de volumen de cartas impuestas por Correos o por una oferta de "altas tasas de descuentos, porque aquello derechamente jamás ocurrió.

Elementos que dice, fueron ignorados por los sentenciadores.

Caso Scotiabank, expresa que, el TDLC desconoció un hecho acreditado, cual fue que el termino del contrato de éste con Envía se produjo por el deficiente servicio de correspondencia que le prestó Envía a Scotiabank y los perjuicios que, en razón de aquello, sufrió éste último, tal como lo declaró Subgerente Comercial de Grandes Cuentas de la Empresa Correos de Chile, doña Karen Donoso y que, sostiene se corrobora con la cadena correos de la Gerenta Scotiabank, en virtud de los cuales se da cuenta a dicho problema; el



documento exhibido por dicho Banco en audiencia de 13 de septiembre de 2019 y en audiencia de absolución de posiciones por el señor Agustín Castellón, representante legal de Envía.

Caso Falabella, indica que, es necesario recordar que en este segmento, las empresas se encuentran en una constante búsquedas de mejorar el rendimiento económico de sus conglomerado, es el mismo representante legal y dueño de Envía, Sr. Agustín Castellón, quien 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, lo cual deja en evidencia la una alta intensidad competitiva entre proveedores.

Tal como dice 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 y que en todo caso Envía siguió prestando servicios a dicha empresa a través del servicio denominado "Superavance", no siendo excluido del mercado.

En cuanto a los descuentos propiamente tales, señala que, de la jurisprudencia, especialmente caso Tabaco y fósforos, se colige que, se debe realizar 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 y, por último, si 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.

En ese contexto, indica que los contratos de Correos no cumplen con el estándar jurisprudencial de reproche en términos de exclusividad y menos pueden ser considerados como exclusorios, teniendo presente lo declarado por el dueño de Envía Sr. Castellon quien insistió 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. Reitera que, las negociaciones con los grandes clientes corporativos hacen imposible la existencia de parámetros generales o uniformes en los contratos, porque se trata de clientes con alto poder de mercado unido a las fases que, con ellos, se indicó, se eliminan del proceso de remisión de cartas que igualmente, ayudan a disminuir los costos.

Añade que, el TDLC carecía de antecedentes técnicos para conocer y establecer la escala mínima eficiente de Envía de manera tal que condena por una política de descuentos que



analiza basada únicamente en precios, dañando con ello en definitiva la libre competencia,

En ese orden de ideas, expone que, la sentencia equivoca al descartar el test "precio-costo" propuesto por el Informe Butelmann, en que se coteja los precios predatorios con los descuentos exclusorios y en cambio utiliza el denominado "aumentos de costos de los rivales".

Ahora bien, indica que, el análisis del TDLC es errado, porque 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, los cuales no son aplicable a los clientes corporativos porque con ellos la negociación es libre y fundada en las etapas que realmente se desarrollan para ejecutar el trabajo. De allí el siguiente problema del examen del TDLC; porque no consideró los importantes ahorros en costos del proceso que se obtiene con ellos, puesto que, ellos clasifican su correspondencia y la remiten a la oficina, como también luego se la llevan respecto de las cartas no llegadas a destino.

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", así no es cierto que un descuento deba estar completamente justificado en la disminución de costos, más aún en un mercado basado en negociaciones como es el de los



clientes corporativos quienes cuentan con un gran poder de negociación.

Adicionalmente que, aun cuando se utilizara la doctrina aplicada por el TDLC relativa al "aumentos de costos de los rivales", su aplicación por los sentenciadores, igualmente, incurre en errores metodológicos, puesto que, lo cierto es que en el segmento corporativo, existen otros competidores, no solo se trata de Envía y Correos, que los precios cobrados a estos, en caso no existiera la negociación cuestionada, serían más altos, cercanos a los precios de listas y del segmento de empresas de menor tamaño. Es decir, en ausencia de las prácticas de descuento que el TDLC considera reprochables, se producirá una evidente pérdida de bienestar.

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, 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.

Sexto: Que, en el quinto vicio sustantivo, refiere a que, el fallo no motivó la sanción impuesta y, especialmente, la determinación de la multa, desde que no justificó su



decisión. Al respecto analiza, detalladamente, las circunstancias que señala no fueron correctamente ponderadas por el fallo.

En mérito de lo expuesto, sostiene que, la sanción es desproporcionada, obligando a Correos a desplegar una defensa respecto de una sanción que ha sido erróneamente determinada e insuficientemente justificada en la Sentencia Reclamada y que se corrobora sobre la base que fue sancionada por excluir a otros actores del mercado, no obstante, no dispuso medidas para evitar una supuesta y eventual exclusión, porque en definitiva no existió.

Por último, indica que, no es procedente la condena en costas, porque las conductas imputadas no fueron totalmente aceptadas por todos los integrantes del Tribunal, desde que, respecto de la competencia desleal, se estimó por los Ministros Sr. Vergara (Presidente del Tribunal) y Sr. Gorab, que no se acreditó dicha conducta en su voto, razón por la que era aplicable lo dispuesto en el artículo 146 del Código de Procedimiento Civil.

I.- EN CUANTO A LOS VICIOS FORMALES.

Séptimo: Que resulta pertinente precisar que, el recurso de reclamación que consagra el artículo 27 de D.L. N° 211 constituye un medio de impugnación que tiene por objeto revocar, modificar y/o enmendar la sentencia dictada por el TDLC, resguardo el derecho al recurso de la parte agraviada y, en su mérito, el debido proceso, consagrado en el artículo



19 N° 3 de la Carta Fundamental. En esta materia, se debe consignar que, la regulación del recurso descansa sobre la idea del agravio, pues el objeto final de aquel es obtener, como se dijo, enmendar y/o revocar el fallo, siempre que se constate que aquel no se ajustó a la legislación vigente, produciéndole un menoscabo al reclamante, esto es, no ha obtenido el todo o parte de lo pedido por el litigante recurrente.

Lo anterior permite materializar el principio de trascendencia que gobierna la declaratoria de nulidad y/o en este caso la revocación de un fallo por la concurrencia de vicios que tengan la entidad para ello.

Octavo: Que, en ese orden de ideas, el recurrente denunció como vicios formales de la sentencia y que, a su juicio, ameritaban que aquella fuese revocada, con el fin de dejar sin efecto la multa que le fue impuesta: a) la demora en la dictación de la sentencia por parte del TDLC, b) la falta de designación en el fallo de un ministro redactor sobre el mismo, c) la individualización en idioma inglés de tres de sus considerandos, y que se citaran párrafos en inglés dentro de ella, sin precisar su referencia bibliográfica, d) se incluyera dentro de su razonamiento "el derecho de conducción" y e) el que se haya omitido exponer las etapas previas del proceso.

Noveno: Que, de la sola lectura de los hechos expuestos, se advierte que, aquellos carecen de la envergadura necesaria



para dejar sin efecto el fallo en estudio, porque, en definitiva, no representan la causal real del agravio al que alude el demandado, puesto que, aquel se ocasiona con la decisión de los sentenciadores de acoger la demanda de Envía, en virtud de la cual se declaró que Correos, habría abusado de su posición dominante mediante el otorgamiento de descuentos exclusorios a los clientes corporativos que se indican e incurriendo en prácticas de competencia desleal con el objeto de mantener o incrementar esa posición de dominio en el mercado relevante, nada de lo cual se aborda por los vicios en comento.

En estas condiciones, dichos yerros pierden toda finalidad, pues, el objeto perseguido por aquellos no tendrá ninguna influencia en lo que viene decidido por los jueces del TDLC, esto es, que la acción entablada por Envía era improcedente conforme lo sostiene el recurrente, porque para ello se requiere de conocer y analizar el fondo del asunto de manera de verificar si lo decidido se ajusta al ordenamiento legal económico.

Lo anterior, es sin perjuicio de lo que se expondrá en lo resolutivo del fallo en relación, con los vicios antes descritos.

II.- EN CUANTO A LOS VICIOS SUSTANCIALES.

Décimo: Que, en el análisis de la reclamación, es indispensable tener presente ciertas consideraciones relacionadas con la naturaleza de la legislación que regula



la materia de autos. En este aspecto, tal como se ha señalado en otros fallos, la materia puesta en conocimiento de esta Corte está regulada en el Decreto Ley N° 211, que tiene un carácter económico, entre cuyos objetivos se encuentra la regulación y cautela de la libre competencia, como, asimismo, de un modo más general, la pureza del orden público económico del país. Es así como el Constituyente ha desarrollado una especial profundización de las normas que integran este marco regulatorio, tanto al establecer la competencia del Estado, como al referirse a las garantías individuales.

Así, diferentes normas constitucionales desarrollan lo que se ha denominado la "Constitución Económica", que busca precisar y resguardar a las personas su derecho a planificar, desarrollar y ejecutar sus proyectos de vida personal y de realización material, para concretar y llevar adelante su capacidad de emprendimiento. Los artículos 1°, 3°, 8°, 19 N° 2, 21, 22, 23, 24, 25 y 26; 20, 21, 38 y 108 de la Constitución Política de la República dan origen a un abanico de disposiciones en que las personas encuentran seguridad en los enunciados anteriores.

Undécimo: Que, en el campo del derecho económico, se estructuraron las nociones de orden público económico, libre competencia y competencia desleal, en que se asocia la libre competencia con el artículo 19 N° 21 de la Constitución Política, por consignar el derecho a desarrollar cualquier actividad económica lícita, al cual se unen la reserva legal



en materia de regulación económica, igualdad ante la ley, ante la justicia y ante las cargas tributarias, proscribiendo cualquier discriminación, que comprende la de igualdad de trato económico que debe entregar el Estado y sus órganos, la libre apropiación de los bienes, la consagración del derecho de propiedad en las distintas especies que contempla la Constitución y ciertamente, la "garantía de las garantías", esto es, la seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio. Conjuntamente con lo anterior, debe considerarse la estructura económica basada en la autoridad reguladora del Banco Central, para luego desarrollar toda una institucionalidad en materia de orden público económico, sustentado en un conjunto de principios y normas jurídicas que organizan la economía del país y facultan a la autoridad para regularla en armonía con los valores de la sociedad nacional formulados en la Constitución (José Luis Cea Egaña) o *"la recta disposición de los diferentes elementos sociales que integran la comunidad - públicos y privados- en su dimensión económica, de la manera que la colectividad estime valiosa para la obtención de su mejor desempeño en la satisfacción de las necesidades materiales del hombre"* (V. Avilés Hernández, citado por



Sebastián Vollmer, Derechos Fundamentales y Colusión, Universidad de Chile).

Duodécimo: Que resulta pertinente destacar, también, que, nuestro ordenamiento jurídico ha realizado ciertas definiciones con rango constitucional con la finalidad de orientar el quehacer de la actividad mercantil: **a)** la libre iniciativa particular en materia económica de todas las personas, sin más limitación que respetar el ordenamiento jurídico imperante, en que podrán obtener una justa rentabilidad o retribución; **b)** el Estado tendrá siempre un papel subsidiario a menos que se trata de servicio público; **c)** se podrá regular y conceder las funciones de servicio público que no sean estratégicas, como tampoco las que monopólicamente le correspondan al Estado; **d)** para participar el Estado en materia económica deberá ser previamente autorizado por el legislador; **e)** el Estado se ha reservado la titularidad del dominio respecto de ciertos bienes; **f)** se ha regulado el principio de solidaridad y bien común mediante la función social de la propiedad, conforme a la cual queda sujeta a determinadas restricciones; **g)** las limitaciones de las facultades esenciales del dominio deben ser compensadas mediante el pertinente procedimiento expropiatorio; **h)** los intereses particulares ceden a favor del beneficio general de la población, por lo que el Estado se encuentra facultado para realizar las expropiaciones que imponga el bien común; **i)** el Estado debe garantizar efectivamente el ejercicio de



todos los derechos, entre ellos los de propiedad y los vinculados a las materias económicas; **j)** se han contemplado acciones constitucionales y legales destinadas a requerir de las autoridades administrativas y judiciales la vigencia efectiva de las garantías de los particulares, como para exigir el respeto de las restricciones a la actividad estatal, entre otros principios que informan el derecho público económico.

Décimo tercero: Que, la legislación de la libre competencia, en particular el Decreto Ley N° 211, se erige como una norma perteneciente al orden público económico, que tiene distintas funciones respecto de la garantía antes referida, puesto que, por una parte, vela porque la libertad de emprendimiento y el derecho a desarrollar cualquier actividad económica sea respetado tanto por los particulares como por el Estado; sin embargo, desde otra perspectiva, limita el ejercicio de tal derecho, puesto que como se ha dejado asentado, el atentado contra la libertad puede provenir no sólo del Estado, sino también de particulares, circunstancia que en último término se traduce en una afectación del bienestar de la generalidad de los miembros de la Nación.

Décimo cuarto: Que el sistema jurídico establecido en nuestro ordenamiento corresponde a los aspectos orgánicos y substanciales, destinados a resguardar el mercado, propender a la sana competencia entre quienes desarrollan actividades



económicas, permitiendo de esta forma que se conjuguen diferentes leyes del mercado, entre ellas la libre iniciativa en materia económica, en que el precio de los bienes y servicios queda fijado por la ley de la oferta y la demanda, con lo cual la sociedad pueda obtener equilibrio entre la mejor calidad y menores precios posibles de los bienes y servicios transables comercialmente, con la justa ganancia de los actores del mercado. Es por ello que, el Derecho de la Competencia se ha definido como *"el conjunto de normas jurídicas que pretenden regular el poder actual o potencial de las empresas sobre un determinado mercado, en aras del interés público"* (Robert Merkin, citado por Alfonso Miranda Londoño y Juan Gutiérrez Rodríguez, "Fundamentos económicos del derecho de la competencia: los beneficios del monopolio vs. los beneficios de la competencia", Revista de Derecho de la Competencia, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia). Es así como *"el derecho de la competencia prohíbe la realización de prácticas restrictivas de la competencia, la adquisición de una posición de dominio en el mercado a través de la realización de dichas prácticas y el abuso de la posición dominante"* (obra citada).

Décimo quinto: Que, en este mismo sentido, se ha señalado que el análisis de la defensa de la libre competencia se realiza controlando los comportamientos de los operadores del mercado buscando reprimir las prácticas



concertadas y los abusos de una posición dominante y, además, se materializa controlando las estructuras del mercado.

De acuerdo con lo expuesto, entonces, el Derecho de la Competencia, tiene como objetivo primordial neutralizar posiciones de poder de mercado de los agentes económicos y, en tal sentido, forma parte de la Constitución económica de un orden basado en que la libertad es un medio a través del cual se consolida el bienestar de la Nación y, es ese el sentido y alcance, el que debe ser analizado por esta Corte para estudiar el fallo impugnado.

A.- Excepción de prescripción opuesta por Correos, respecto del caso Banco Santander.

Décimo sexto: Que el reclamante expuso que, las acusaciones que se le imputan se basan en la ocurrencia de tratativas comerciales a propósito de un proceso de licitación entre Correos y el Banco Santander que tuvieron lugar a finales del año 2014 y cuyo servicio le fue adjudicado en el mes de diciembre de dicho año, fecha que excede, a juicio del reclamante, el plazo de prescripción contemplado por el artículo 20 del D.L. N° 211.

En su escrito de observaciones a la prueba, Correos añadió que, el respectivo contrato de prestación de servicios fue suscrito el 1° de febrero de 2015, que su oferta fue presentada en el marco de dicha licitación y antes de su adjudicación en diciembre de 2014, razón por la cual a la fecha de notificada la medida preparatoria que antecedió a la



demanda, esto es, el 7 de mayo de 2018, dicha acción se encontraba prescrita.

Envía, por su parte, refiere que, la conducta imputada a Correos por el denominado caso Banco Santander, se sustenta sobre la base de la ejecución del contrato en cuestión, lo cual solo habría ocurrido a partir del 7 de enero de 2016 y, por tanto, hasta la fecha de la interposición de la demanda, no ha transcurrido el plazo de prescripción.

Décimo séptimo: Que la sentencia en análisis estableció a este respecto, los siguientes hechos:

a.- Los descuentos fueron ofrecidos por Correos en una época que media entre diciembre de 2014 y enero de 2015.

b.- Correos y el Banco Santander celebraron el contrato sub lite el día 1 de febrero de 2015, y tendría una vigencia de 36 meses a contar de esa fecha (hasta el 1° de febrero de 2018), plazo que se entiende renovado tácitamente por períodos de 12 meses salvo que las partes den el aviso previo contemplado en la cláusula pertinente.

c.- Por tanto, dicho contrato se mantuvo vigente hasta, por lo menos, el año 2019.

d.- La medida preparatoria que antecedió a la demanda, fue notificada con fecha 7 de mayo de 2018.

e.- La Demanda fue presentada con fecha 6 de septiembre 2018, la que fue corregida el día 20 ese mismo mes y año y notificada a Correos el 17 de octubre de la misma anualidad.



Décimo octavo: Que el fallo en alzada desestimó la prescripción alegada por Correos y al efecto declaró que:

La conducta imputada a este último debe entenderse ejecutada cada vez que Correos aplicó el descuento que Envía considera exclusorio al Banco Santander, esto es, siguiendo la tesis que refiere: "cuando el abuso 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. Por tanto, considerando que el contrato tenía una vigencia de 36 meses a contar del 1° de febrero de 2015, plazo que se entiende renovado tácitamente por períodos de 12 meses, salvo aviso previo de una de las partes, infiere que, el mismo se mantuvo vigente, por lo menos, hasta el año 2019. De esta forma, entendiendo que la conducta de Correos refiere a una actividad continuada o de tracto sucesivo, la acción ejercida por Envía respecto de la conducta que imputa a Correos por el denominado caso Banco Santander no se encuentra prescrita porque la medida preparatoria que antecedió a la demanda fue realizada el día 7 de mayo de 2018.

Décimo noveno: Que lo relevante en este caso es determinar, en los términos del artículo 20 del Decreto Ley N° 211, desde cuando se inicia el cómputo del plazo de prescripción.



Tal disposición preceptuaba, en lo pertinente que:

"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".

Esta Corte ha resuelto con anterioridad la problemática relativa a la unidad y pluralidad de acciones en materia de libre competencia, lo cual permite determinar la fecha en que se ejecutó la conducta imputada, esto es, el abuso de posición dominante que habría tenido Correos en el mercado de relevante, al otorgar al Banco Santander descuentos que se califican como exclusorios.

En ese orden de ideas, cabe señalar que, a propósito de la colusión, esta Corte ha expresado (SCS N°s 6249-2014, 9361-2019 y 15.005-2019) que, la unidad jurídica de acción se produce en situaciones en que el hecho típico se compone de varias acciones u omisiones que se complementan. Así, en materia penal, se ha conceptualizado el delito permanente como *"aquellos en los que se crea una situación fáctica tal que cada momento de su duración puede ser imputado a consumación (...) crea una situación de hecho jurídicamente indeseable, cuya perduración en el tiempo depende de la voluntad del autor, pues éste podría ponerle fin si quisiera. Por tal motivo, el sujeto compromete dicha voluntad en un esfuerzo por mantener el estado de las cosas, y lo hace momento a momento en tanto éste se prolonga (...) con su actividad el sujeto crea la situación fáctica jurídicamente*



desaprobada; omitiendo hacerla cesar, provoca la perdurabilidad del efecto desvalorado por el ordenamiento" (Enrique Cury Urzúa. Derecho Penal, Parte General. Tomo II. Editorial Jurídica de Chile. Año 1985, pág. 272)

El mismo autor se refiere al delito continuado expresando: "*se habla de delito continuado para referirse a varias acciones ejecutadas en tiempos diversos, cada una de las cuales, considerada en forma independiente, realiza completamente las exigencias de tipos delictivos de la misma especie, no obstante, lo cual han de ser tratadas como un todo y castigadas como un solo hecho punible, en virtud de la relación especial que media entre ellas"* (Obra citada, pág. 275).

Vigésimo: Que, en ese contexto, se hace necesario, también, analizar el tipo administrativo. Cabe señalar que, aquél fue introducido por la Ley N° 19.911 del año 2003, en virtud del cual se incorporó, la letra a) relativo a los acuerdos ilícitos, en la letra b) a los abusos de posición dominante y en la letra c) a los actos de competencia desleal y las prácticas predatorias que tuvieran por objeto alcanzar, mantener o incrementar una posición de dominio.

En la discusión de dicha ley, se advierte que, si bien, el foco en la época, estaba centrado en los delitos de colusión, lo cierto es que el legislador tenía por objeto, es este punto, ampliar los plazos de prescripción con el fin de reforzar la persecución de dichos ilícitos a la libre



competencia, entendiendo que aquellos atendida su naturaleza, modo de ejecución y características particulares de su configuración, hacía necesario ampliar el plazo de prescripción, reduciendo la seguridad jurídica e intereses del infractor, porque dichas prácticas atentan, en definitiva, en contra el ordenamiento constitucional económico, afectando a la sociedad civil en su conjunto (Biblioteca del Congreso Nacional 2023. Historia de la Ley N°20.361). Lo cual, hacía necesario reforzar la persecución de aquellos, porque dichos ilícitos no se comenten en un solo acto, y para configurarlos, deben tener cierta materialidad en el tiempo, que permita juzgar la conducta del infractor.

Vigésimo primero: Que, asentado el marco fáctico, jurídico y teórico de la discusión, es posible colegir que, para la exégesis del tipo administrativo en estudio, habrá de estarse a su núcleo sustantivo, esto es, "la explotación abusiva del agente económico de su posición dominante en el mercado", el cual nos devela desde ya, que las tesis expuestas por el Tribunal, en relación a la forma de contabilizar el plazo a partir de un hecho específico - contrato o un acto unilateral- no es el correcto, porque olvida no solo el tipo antes descrito, sino que además, la historia de la ley y la naturaleza del ilícito, por consiguiente, como indica la reclamante, dichas tesis no son aplicables en la especie de manera literal a este caso específico.



Vigésimo segundo: Que, por tanto, al tratarse de una conducta definida como acciones desplegadas por una empresa - que mantiene un poder de mercado- destinadas a disminuir y/o eliminar el proceso competitivo entre las industrias participantes de ese mercado, la actividad que se le imputa a Correos, refiere no a un hecho en concreto o particular, realizado en determinadas circunstancias - contrato y/o reglamento- , sino que se trata de una "conducta" que se va desarrollando en el tiempo, a través de varios actos, que se van repitiendo y cada uno de ellos representa ese actuar, lo cual impide que aquella sea estudiada en forma fraccionada porque, como se analizó por los legisladores, a propósito de la reforma de la Ley N° 19.911, en materia de libre competencia los hechos que comprenden los ilícitos administrativos en comento, se configuran a partir de un "actuar" -en el sentido de ejecutar-, desde que importa "abusar de una posición dominante", y aquello no se obtiene en un solo acto sino en una secuencia de los mismos, porque solo aquello permite atisbar que se trata de una conducta y se verifican sus consecuencias anticompetitivas en el tiempo.

Esta exégesis amplia del tipo administrativo en estudio se ratifica desde una perspectiva gramatical y doctrinal. Lo primero, porque el artículo 3° letra b) del D.L. N° 211, reconoce dos elementos básicos para identificar la concurrencia del verbo en análisis: (i) la posición de dominio en el mercado y (ii) la explotación abusiva de dicha



posición por parte de un agente económico o de varios de ellos, lo cual da cuenta de que se trata, entonces, como se dijo, de "un hacer".

Desde la doctrina nacional, hay quienes han señalado que el legislador del D.L. N° 211, no tuvo por objeto desarrollar un catálogo particular de conductas anticompetitivas, sino que, "[los contenidos del D.L. N° 211 (...), son eminentemente orgánicos y procedimentales, antes que descriptivos y reguladores del bien jurídico tutelado (...). De esta forma, el desarrollo de los principios jurídicos que informan el derecho de la libre competencia y la descripción detallada de los hechos, actos o convenciones atentatorios contra dicho bien jurídico tutelado ha sido labor eminente de la jurisprudencia judicial y administrativa del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia". (Valdés D. 2010. Libre Competencia y Monopolio. Chile. Editorial Jurídica de. p. 239).

Vigésimo tercero: Que, así concebido el ilícito en estudio, queda en evidencia que, la imputación que se realiza a Correos no se encontraría prescrita, porque aquella se configura con la ejecución de una conducta, esto es, una secuencia de actos que se va desarrollando en el tiempo. De forma que una vez que se prueba esa serie, es posible colegir, por un lado, la intención del autor de disminuir la competencia, sobre la base de los efectos que aquella produce en el mercado relevante y, además, razonar que se genera cada



vez que el imputado la ejecute, porque ese acto, dentro de esta secuencia, por sí mismo, importa una conducta anticompetitiva, desde que siempre fue esa la intención del autor.

Ahora bien, en el caso particular, y solo para los efectos de resolver sobre la prescripción en el caso del Banco Santander, el actuar que configura la unidad de la secuencia que se viene razonando, corresponde a los descuentos que se imputa correos hizo a la institución bancaria, de manera que, cada vez que se hicieron efectivo los descuentos, se renovó la concurrencia del supuesto acto ilícito que se imputa al demandado, lo cual acontece, conforme los hechos establecidos en el proceso, hasta el año 2019. Por tanto, así expuesto los hechos, se concluye que habiéndose notificado la medida preparatoria que antecedió a la demanda, con fecha 7 de mayo de 2018, no se configura la excepción de prescripción alegada por la actora, razón por la que se desestimara esa parte del reclamo, sin perjuicio del análisis que se hará más adelante para determinar si esa conducta constituye un abuso de posición dominante.

B.- Descuentos Exclucorios

Vigésimo cuarto: Que, conforme se señaló precedentemente, la reglamentación de la libre competencia y en particular el D.L. N° 211, constituye una norma que informa el orden público económico y que cumple distintas funciones, puesto que, por una parte vela por la libertad de



emprendimiento y el derecho a desarrollar cualquier actividad económica y, desde otra perspectiva, limita y acota el ejercicio de tal derecho, porque la infracción a dichas libertades puede provenir desde el Estado o de particulares que esgrimiendo su propia libertad pretenden alcanzar y ejercer poder en el mercado, vulnerando el derecho de otros competidores, afectando con ello con los intereses de los consumidores, lo cual en último término se traduce en la afectación del bienestar de la generalidad de los miembros de la sociedad.

También se ha sostenido que, en *"economía esta lucha [la competencia] es por la conquista del cliente. El competidor se propone apartar a los demás para ser el primero. En los países civilizados tal lucha no ha sido jamás libre, en el sentido de ilimitada, arbitraria o desenfrenada. Pues si toda forma de convivencia humana está sometida al Derecho, es claro que las relaciones económicas están sometidas también a él. La competencia es, pues, un fenómeno jurídico, aunque los móviles sean económicos"*, a lo que se añade que *"Libre competencia en sentido jurídico significa igualdad jurídica de los competidores"*. (Joaquín Garrigues, "La defensa de la competencia mercantil", en *Temas de Derecho Vivo*. Editorial Tecnos, página 142).

Vigésimo quinto: Que, por consiguiente, la libre competencia comprende principalmente los derechos y libertades de los productores de bienes y servicios, pero sin



desconocer el interés colectivo de los consumidores y el interés público del Estado de conservar un mercado altamente competitivo, con el fin último de beneficiar a la colectividad toda, pues, el bien jurídico protegido es el interés de la comunidad de que se produzcan más y mejores bienes y se presten más y mejores servicios a precios más convenientes, lo cual se consigue asegurando la libertad de todos los agentes económicos que participen en el mercado. (Resolución N° 368, considerando 2°, Comisión Resolutiva, citada por Domingo Valdés Prieto en "Libre Competencia y Monopolio", página 190).

Vigésimo sexto: Que, asentado lo anterior, conviene recordar que, el artículo 3 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1 de 2004, que fija el texto refundido del Decreto Ley N° 211 dispone, a la letra: *"El que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos, será sancionado con las medidas señaladas en el artículo 26 de la presente ley, sin perjuicio de las medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan disponerse en cada caso."*

Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia o que tienden a producir dichos efectos, los siguientes:



b) *La explotación abusiva por parte de un agente económico, o un conjunto de ellos, de una posición dominante en el mercado, fijando precios de compra o de venta, imponiendo a una venta la de otro producto, asignando zonas o cuotas de mercado o imponiendo a otros abusos semejantes.*

c) *Las prácticas predatorias, o de competencia desleal, realizadas con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante”.*

Vigésimo séptimo: Que, en relación con la figura de abuso de posición dominante, contemplada en la letra b) recién transcrita, es pertinente expresar que, según se ha sostenido, *“consiste en la injusta explotación de un monopolio estructural que ya se ostenta, prevaliéndose en forma dolosa o culposa el autor del injusto del poder de mercado que ese monopolio generalmente confiere. El ilícito de abuso no es otra cosa que el ejercicio antijurídico del poder de mercado de que dispone el monopolista estructural, lo que se verifica a través de hechos, actos o convenciones vulneradoras de la libre competencia. Si no existe vulneración de la libre competencia, el ejercicio del poder de mercado respectivo no podrá ser calificado de antijurídico, al menos desde una perspectiva antimonopólica”.* (Domingo Valdés Prieto, obra citada, página 545).

Al tenor de lo hasta aquí manifestado, para que se verifique la conducta reprochada a la demandada, vale decir, el abuso de posición dominante contemplado en el artículo 3



letra b) del Decreto Ley N° 211, resulta indispensable que se acrediten, a lo menos, las siguientes circunstancias: que la reclamada ostente, de manera efectiva y respecto de un mercado relevante determinado, una posición dominante o poder de mercado; que haga un uso abusivo de esa posición y aquello produzca efectos anticompetitivos en dicho mercado .

El abuso imputado a Correos, consiste en que otorgaba a las empresas que se indicaron descuentos de tal magnitud que excluían a los competidores del mercado relevante, es necesario acreditar ese supuesto fáctico - "descuentos exclusorios"- y como éste, produjo la eliminación de competidores del mercado o la imposibilidad de estos de participar en igual de condiciones, respecto de los tres casos que expuso la demandante.

Vigésimo octavo: Que, para analizar la decisión del TDLC, es importante efectuar un examen de los elementos sobre los cuales aquella se sustentó, y determinar si esa decisión se ajustó al ordenamiento jurídico económico.

Para cumplir dicha labor, resulta necesario recordar que, respecto de la figura de abuso de posición dominante, no existe una definición propiamente tal de dicho concepto, sino que la norma se limita a enumerar una serie de conductas que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia.

La doctrina ha distinguido entre mantener una posición dominante en el mercado y el abuso de ella en el mismo, de allí que la primera, no está prohibida, como tampoco implica



ningún reproche para quien goza de aquella, sin perjuicio de lo cual, para quienes tengan esa posición, se les exige una mayor responsabilidad y cuidado de su actuar en el mercado.

La Fiscalía Nacional Económica ha indicado que, el abuso de posición dominante *"se refiere a las conductas realizadas por una empresa o un grupo de empresas que detentan una posición dominante que tienen por objeto impedir, restringir o entorpecer la competencia, o tienda a producir dichos efectos. El abuso de posición dominante puede ser de tipo exclusorio (cuando la empresa dominante intenta limitar la habilidad de sus rivales actuales o potenciales para competir, con el objeto de mantener o aumentar su posición de dominio), o de tipo explotativo (cuando la empresa dominante utiliza su posición para extraer sobre-rentas u otras ventajas de los consumidores)"* (Fiscalía Nacional Económica (2021): "Antimonopolios" https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/07/csse_78_2010.pdf)

Vigésimo noveno: Que, en relación con la figura de abuso de posición dominante contemplada en la letra b) del artículo 3 del D.L N° 211, es pertinente expresar que, se ha sostenido que *"consiste en la injusta explotación de un monopolio estructural que ya se ostenta, prevaleciéndose en forma dolosa o culposa el autor del injusto del poder de mercado que ese monopolio generalmente confiere. El ilícito de abuso no es otra cosa que el ejercicio antijurídico del poder de mercado de que dispone el monopolista estructural, lo que se verifica*



a través de hechos, actos o convenciones vulneradoras de la libre competencia. Si no existe vulneración de la libre competencia, el ejercicio del poder de mercado respectivo no podrá ser calificado de antijurídico, al menos desde una perspectiva antimonopólica". (Resolución N° 368, considerando 2°, Comisión Resolutiva, citada por Domingo Valdés Prieto en "Libre Competencia y Monopolio", página 545).

También es definida como: "*prácticas restrictivas de la competencia que pueden ser realizadas por una empresa que ocupa un lugar preponderante en el mercado relevante, ya sea para mantener o aumentar su participación en el mercado.*" Yrrarázabal, Arturo (2012): Diccionario Jurídico Económico (Santiago, Ediciones UC).

Trigésimo: Que, siguiendo el análisis formulado, cabe señalar que, se estará el mercado relevante definido en la sentencia en estudio, el cual corresponde al "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.

Entendiendo que el concepto de "servicios de distribución" considera las siguientes etapas:

(a) Recolección de los objetos de correspondencia desde las oficinas del cliente, o bien, la entrega directa de la correspondencia, por parte del cliente, en el centro de



clasificación de la empresa de distribución de correspondencia.

(b) Clasificación de entrada, realizado en el centro de clasificación de correspondencia consistente en separar la correspondencia según su tipo y destino.

(c) Transporte de la correspondencia desde el centro de clasificación al centro de entrega correspondiente, lugar donde se realiza un nuevo proceso de clasificación previo a la distribución final.

(d) Distribución de la correspondencia para que sea entregada a los clientes residenciales y comerciales".

Lo anterior permite desvirtuar *in limine* las alegaciones de la reclamante en cuanto a que existe un error en la configuración del referido concepto, puesto que, conforme al criterio de la razonabilidad y, como así también lo declararon los jueces del TDLC, es posible colegir que lo discutido por las partes refiere, en concreto, a la distribución de las cartas del segmento empresa a consumidores, sean estos personas naturales, jurídicas, públicas o privadas e independiente de si el servicio cuenta o no con GPS u otro dispositivo adicional, porque - se insiste- lo requerido por el cliente, en los tres casos, es la prestación del servicio elemental, es decir, el que las cartas sean distribuidas y se tenga un control del itinerario de la misiva de carácter básico, que le permita al proveedor saber si se entregó ésta, de manera que, el que dicho



servicio cuente o no, con una tecnología más avanzada para cumplir ese fin, no lo excluye del mercado relevante que el cliente requiere según quedó establecido.

Trigésimo primero: Que, asentadas las ideas anteriores y, con el fin de efectuar el análisis legal antes propuesto, cabe señalar que, no existe controversia en que Correos ostenta dentro del mercado una posición dominante y que geográficamente se extiende a todo el territorio nacional, así por lo demás lo reconocen las partes y los innumerables informes económicos que se adjuntaron a los autos.

En efecto, según el Índice de Herfindahl Hirschman (HHI), el cual mide el índice de concentración del mercado respecto de las empresas dominantes con relación con las otras industrias que no tienen esa calidad, Correos mantiene una participación de porcentaje en volumen dentro del mercado que fluctúa entre un 60 -70 % y en valor 70 -80% y, por el contrario, todos los demás competidores tienen una intervención menor a un 10% en ambos ítems, esto es, más de 4500 puntos, lo cual refleja presencia de un mercado altamente concentrado (Informe Butelmann).

Trigésimo segundo: Que, ahora bien, resulta importante reiterar que, la posición dominante de una empresa, en este caso Correos, no importa *per se* la concurrencia del abuso al que alude el tipo administrativo en estudio, sino que es necesario que exista un "uso abusivo de esa posición", y que aquello produzca efectos anticompetitivos en el mercado



relevante que afecten la libre competencia. De allí la necesidad de analizar otros elementos del mercado, que permitan declarar si la referida conducta se configura.

La sentencia impugnada, para construir la "dominancia de Correos", entendiendo este concepto, como un dominio que afecta al mercado relevante, expresó que, era necesario determinar la concurrencia de dos elementos, uno estructural y otro conductual. Respecto del primero, analizó a) la participación de mercado y nivel de concentración; (b) barreras de entrada y/o a la expansión; y (c) poder de contrapeso de los clientes de la demandada.

En cuanto al literal a), como se explicitó, no existe controversia del predominio de Correos en el mercado relevante. Sin embargo, la sentencia añadió que, conforme al derecho europeo, la participación de mercado de un agente que supere un 50%, permite presumir, legalmente, su posición de dominio. Aseveración que carece de sustento en la legislación nacional, porque conforme lo dispone el artículo 1712 del Código Civil las presunciones judiciales, esto es, las que deduce el juez deberán ser graves, precisas y concordantes, a su vez, el inciso segundo del artículo 426 del Código de Procedimiento Civil, indica que una sola presunción puede constituir plena prueba "*cuando, a juicio del tribunal, tenga caracteres de gravedad y precisión suficiente para formar su convencimiento*". Ergo, la concurrencia de una presunción legal consagrada en el derecho europeo, no la hace aplicable



ipso iure al nuestro, sino que se requiere de otros elementos del mercado que permitan llegar a esa conclusión, razón por la cual, dicha afirmación no podrá ser considerada en esos términos por estos sentenciadores.

Trigésimo tercero: Que, a continuación, los jueces del TDLC, siguiendo la doctrina extranjera que latamente citan en su fallo, concluyeron que Correos mantiene ventajas competitivas y barreras de entrada o expansión en el mercado relevante unido al nulo poder de control que presentan sus clientes en relación con la prestación de servicios que ofrece, lo cual, les impide, en el marco de la escala mínima de eficiencia, que otros oferentes puedan ingresar.

En ese entendido, establecieron que constituyen ventajas legales: (i) El derecho de conducción que perciben exclusivamente los carteros de Correos, (ii) La exención legal del Impuesto al Valor Agregado que aplica únicamente para Correos y (iii) La demanda asegurada a Correos debido al Servicio Postal Universal. Por otra parte, en cuanto a las barreras de entrada y/o expansión citaron las siguientes: (i) Los costos hundidos y economías de escala derivadas de la red de distribución de correspondencia a nivel nacional, red de la cual solo Correos dispone en la actualidad, derivada del cumplimiento de su deber de Posteo Universal, transformándolo en un socio comercial inevitable y (ii) La declinación de la demanda en este mercado, lo cual reduce la posibilidad de alcanzar un tamaño mínimo eficiente para otras empresas que



impiden o hacen muy difícil que existan interesados en ingresar.

Por último, señaló que, los clientes de Correos no representan un contrapeso para la empresa, que permita impedir que ejerza un poder de control en el mercado.

Es sobre la base de los referidos elementos que, los jueces de del TDLC declararon que Correos se encuentra en una posición de dominancia en el mercado relevante, atendida la asimetría con sus competidores y el hecho de ser un "socio comercial inevitable", sumado a las circunstancias legales que otorgan ventajas competitivas y a las condiciones del Mercado Relevante que dificultan la entrada de nuevos competidores y la expansión del existente, así como también la falta de un poder de contrapeso por parte de los clientes que atenúe su poder de mercado.

Trigésimo cuarto: Que, conforme lo explicado precedentemente, y teniendo presente lo concluido por la sentencia, *"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"*.

Ahora bien, de la sola lectura de los elementos estructurales sobre los cuales el fallo construyó la posición de dominancia que se imputó al demandado y el análisis conductual que sustentó, el efecto negativo que los descuentos ofrecidos por Correos a Banco Santander, CMR



Falabella y Scotiabank, producirían en el mercado relevante, es posible advertir que aquellos no concurren en la especie y, por tanto, no se configura el ilícito en estudio.

En efecto, en primer lugar, el fallo impugnado estableció de manera ambigua y sin consideraciones de hechos y de derecho las que denominó "ventajas competitivas" a favor de Correos.

Respecto del Derecho de Conducción, expresó que, constituye un beneficio adicional que corresponde exclusivamente a los carteros de la demandada "*por lo que [...] debe resultar en algún tipo de ventaja para Correos*" y luego añadió que -sin embargo- "*no es posible determinar la magnitud de esta ventaja ni tampoco se puede señalar con certeza que esto constituya una barrera a la entrada o a la expansión*" (Considerando sexagésimo noveno). Planteamiento que así expuesto, aparece como arbitrio, al no contener una explicación que permita comprender dicha aseveración -"algún tipo de ventaja"-, sin tampoco limitar su contenido y extensión, fundándose solo en el Derecho extranjero y desconociendo que es una situación que se genera por disposición legal, lo cual lo hace improcedente *in limine*, al carecer de argumentos que lo sustente en cuanto a los hechos y el derecho, que permitan comprender la razón por la cual, luego que la propia sentencia le restó valor para considerarlo como un factor determinante de la dominancia del mercado, acto seguido, de manera confusa, sí lo considera



para los efectos de construir dicho elemento estructural del abuso de la posición dominante que se imputa a Correos.

En igual sentido, la segunda ventaja competitiva que se alude por la sentencia, consistente en la exención legal del pago del Impuesto al Valor Agregado que tendría Correos y que le permite cobrar tarifas más bajas a algunos de sus clientes (Considerando centésimo primero), no puede ser considerada como tal, porque su análisis es sesgado e incompleto, desde que olvida que - también en este caso-, es la Ley la que estableció esta exención, con el fin de procurar un bien común, que es hacer accesible el sistema de correos a los ciudadanos, llegando a lugares del país, que otras compañías no lo harían por carecer de interés financiero. Por otra parte, el fallo no consideró que aquella falta de afectación impositiva también es inversa para Correos, que debe pagar dicho tributo, respecto de sus insumos y no los puede descontar tributariamente.

Por lo demás, el Informe Complementario de don Gonzalo Islas Rojas, sostiene que aquel genera un beneficio financiero y no tributario como es el que analiza el fallo en estudio, cuestión que conforme lo dicho, tampoco, en todo caso, se explicita por los jueces de base de manera de comprenderlo como atingente dentro de nuestro Derecho de Libre Competencia.

Trigésimo quinto: Que, en relación con las barreras de entrada, cabe precisar que se desarrollara un estudio en



conjunto de la cobertura de alcance nacional que tiene Correos y la ventaja competitiva a la que aduce el fallo, que refiere al Servicio de Posteo Universal en relación con los costos hundidos y economías de escala derivadas de la red de distribución de correspondencia, por la estrecha vinculación que, en los hechos, dichos factores presentan en la dinámica del ejercicio de la conducta económica que se está analizando.

Esta Corte, en relación con el tema, ha expuesto que, Correos de Chile es una empresa del Estado regida por el Decreto con Fuerza de Ley N°10, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, cuenta con patrimonio propio y personalidad jurídica, estando sujeta a la fiscalización de la Contraloría General de la República.

En cuanto ente encargado del servicio postal del país, tiene también a la obligación de cumplir con los acuerdos y obligaciones que emanan de los Convenios y Tratados Postales suscritos por el Estado de Chile.

Se debe precisar que, el Decreto con Fuerza de Ley N°171 de 18 de marzo de 1960 del Ministerio de Hacienda que fija el texto de la Ley Orgánica del Servicio de Correos y Telégrafos (cuyo texto refundido se contiene en el Decreto N° 5037 de 6 de octubre de 1960), normativa que en su artículo 2° dispuso: *"El Estado ejercerá, por intermedio del Correo, el monopolio para la admisión, transporte y entrega de los objetos de correspondencia. Se denominan objetos de correspondencia, las*



cartas, tarjetas postales sencillas y con respuesta pagada, papeles de negocios, diarios e impresos de toda naturaleza, comprendidos en ellos las impresiones en relieve para el uso de los ciegos, muestras de mercaderías, pequeños paquetes hasta de un kilo y fono postales.

Sin perjuicio de lo anterior, los particulares podrán hacer libremente el reparto de diarios, revistas y periódicos.

El monopolio postal no se aplicará:

a) A las cartas y demás objetos de correspondencia de un solo remitente que una persona lleve consigo para entregar directamente a otra en forma gratuita;

b) Al reparto de correspondencia ya franqueada por el Correo que particulares efectúen bajo el control del Servicio de Correos y Telégrafos;

c) Al transporte de los objetos que la Dirección General no acepte o acepte condicionalmente, y

d) A los objetos con respecto a los cuales la Dirección General autorice que queden exentos del monopolio postal".

Trigésimo sexto: Que, por su parte, la Constitución Política de la República de Chile reforzó la idea de libertad económica, mediante su artículo 19 N° 21 y en el mismo año, se dictó el Decreto Supremo N°203, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, que aprueba la Política Nacional Postal y en su artículo 6 letra a) se dispuso: "El Estado es responsable de implementar un servicio de envío de



correspondencia dentro de todo el territorio nacional. No obstante, pueden existir otras entidades dedicadas a esta misma prestación a disposición de los usuarios, con carácter de encargo, cuya modalidad y precios se regirán por acuerdo entre las partes". Luego, en la letra b) del texto se señala: "En lo que respecta a otras prestaciones postales, el Estado estimula la participación del sector privado. Estas se regirán en cuanto a su modalidad y precio por convenio entre las partes, sin responsabilidad del Estado".

Con posterioridad, se dictó la Ley N°18.016 de 22 de julio de 1981, en cuya virtud se "Autoriza al Estado para desarrollar actividades empresariales relacionadas con prestaciones telegráficas, y faculta al Presidente de la Republica para transformar el servicio de correos y telégrafos en una entidad de la naturaleza que indica".

Trigésimo séptimo: Que, en el ejercicio de la facultad delegatoria conferida por la indicada ley, se procedió a la dictación del Decreto con Fuerza de Ley N°10 de 24 de diciembre de 1981, que "Crea la Empresa de Correos de Chile, dispone la constitución de Télex Chile Comunicaciones Telegráficas S.A. y pone término a la existencia legal del Servicio de Correos y Telégrafos".

Este texto legal, a diferencia de los estatutos anteriores referidos a la actividad postal, no incluyó la alusión al monopolio postal dentro de su articulado.



Trigésimo octavo: Que, finalmente, en lo que concierne a ese punto, es necesario precisar que, el Decreto Ley N°211, Ley de Defensa de La Libre Competencia estatuye en su artículo 4°: *"No podrán otorgarse concesiones, autorizaciones, ni actos que impliquen conceder monopolios para el ejercicio de actividades económicas, salvo que la ley lo autorice"*.

De esta última disposición, es posible colegir que, en general no es posible otorgar o conceder monopolios para ejercer actividades económicas, a menos que la ley expresamente lo autorice, de tal forma que la figura monopólica resulta ser del todo excepcional, puesto que el examen debe construirse a la luz de un pilar fundamental del orden público económico, como es el principio de subsidiariedad.

En consecuencia, tratándose de la actividad económica de cargo del Estado, corresponde tener presente que, no le está prohibido desarrollar actividades empresariales y resulta fundado que junto a los particulares que las ejecuten o, de manera complementaria a éstos, exista autorización expresa de una ley que así lo consagre, puesto que es el legislador el que decide lo anterior. Cobra, en la situación expuesta, igual eficacia el principio de igualdad ante la ley en materia económica, de manera que, en resguardo de la actividad de los particulares, el Estado ha de respetar las normas aplicables a la misma, sin que tenga el carácter de un



competidor privilegiado. Lo expresado, es sin perjuicio de otras actividades económicas que, atendida su entidad y carácter, corresponde que sean asumidas por el Estado (SCS Rol N° 47.555-2016).

Trigésimo noveno: Que, conforme a lo expuesto, nuevamente, el fallo realiza un análisis de la realidad económica del mercado relevante, que es sesgado y sobre la base de realidades extranjeras que no son aplicables en la especie y/o que atentan contra la lógica.

En efecto, Correos mantiene un mandato legal, en virtud del cual, se encuentra obligado a otorgar el Servicio Postal Universal, cuyo fin último es que el Estado cumpla un rol social, lo cual implica asegurar a los ciudadanos su conectividad mediante su presencia y cobertura a lo largo de todo Chile como también los correspondientes a los 192 países de la Unión Postal Universal, pero dicha amplia cobertura territorial no lo considera, como se dijo, en un competidor privilegiado.

En ese contexto, el hecho que Correos cuente con una infraestructura en gran parte del territorio nacional, al constituir ésta una obligación legal, que tiene por objeto cubrir una necesidad social, no puede constituir una barrera a la entrada, sino que, una condición del mercado que debe ser sorteada por los oferentes, mediante el establecimiento de sus modelos de negocios, por ejemplo, proponiendo un aumento de costos de inversión, buscar alianzas u otras



estrategias que permitan el desarrollo de su empresa. Pero, además, la conclusión del fallo en examen carece de soporte desde que, para Correos al igual que la empresa incumbente, no le es rentable cubrir las zonas extremas, sin embargo, por ley debe hacerlo, lo cual importa asumir esos costos hundidos, debiendo buscar el demandado, al igual que sus competidores, "estrategias para mantener una escala mínima eficiente" si fuese posible, que permita el desarrollo de la actividad.

Por otra parte, la sentencia es estudio consideró que, la declinación de la demanda del servicio de correspondencia, debido a la sustitución del correo físico por medios electrónicos, constituye una barrera a la expansión y que, adicionalmente, hace más difícil a los oferentes alcanzar el tamaño mínimo eficiente, esto es, el desarrollo de su actividad económica de manera tal que le permita solventar el negocio. Lo cierto es que, en primer lugar, Envía es un competidor incumbente que participa en el mercado desde al menos el año 2014, no se trata de un competidor nuevo que intenta incorporarse al Mercado ya es partícipe de éste. Pero, además y lo más importante, de acuerdo a las reglas de la lógica, jamás la declinación de la demanda de la distribución de la correspondencia, podría ser considerada como un elemento de la estructura del Mercado que permita imputarle al demandado, una responsabilidad antimonopólica, porque constituye un supuesto fáctico ajeno a su actuar,



puesto que, es un hecho público y notorio, que aquella baja es consecuencia de un avance tecnológico que afecta a todos los mercados de distribución de correspondencia y, por ende, a los agentes económicos que actúen en el mismo, debiendo cada uno de ellos, elaborar mecanismos para soslayar esa dificultad.

Cuadragésimo: Que, por último, en cuanto al poder de mercado que dice la sentencia no tienen CMR Falabella, Scotiabank y Banco Santander, el fallo lo argumenta de manera genérica, exponiendo que Correos cuenta con una cobertura nacional para la distribución de correspondencia, razón por la cual, lo tilda de socio inevitable. Sin embargo, no existen antecedentes en el proceso que permitan determinar que estas grandes corporaciones carezcan de ese poder de negociación ante Correos, desde que, no existe prueba que acredite las veces que cada una de ellas requiere de ese servicio y/o el volumen de este, que permitiese efectuar dicho calculo, porque solo en esas condiciones, se podría determinar si cuentan o no con un poder de contrapeso frente a Correos.

Se debe agregar que, tampoco, es posible aplicar por analogías las listas de precios que Correos mantenía para sus clientes menores, no solo por aquellas, como tal ya no existen, según lo afirmaron las partes, sino porque, además, se trata de un mercado abierto, lo cual quedaría en evidencia



al existir un alto número de competidores privados que participarían en él.

Cuadragésimo primero: Que, conforme lo analizado precedentemente, queda en evidencia que, ninguno de los factores sobre los cuales el fallo edificó el factor estructural del abuso de posición dominante que se imputó al demandado, se configuran en la especie, porque como se dijo, no es posible imputar a Correos, que la exención del Impuesto al Valor Agregado, el Derecho de Conducción que por Ley tienen los carteros de esa empresa, la declinación de la demanda de la distribución de Cartas o su deber de cumplir con el posteo Universal constituyan ventajas competitivas y/o barreras de entrada o de expansión, desde que éstos corresponden a condiciones que presenta el mercado relevante en la actualidad, los cuales -en las dimensiones analizadas-, deben ser sorteadas no solo por el potencial competidor sino también por Correos, de manera que cada uno de los participantes deberá desarrollar, para mantener su presencia en el Mercado, estrategias de negocios y/o planes de trabajo que le permita competir en este, teniendo en especial consideración el reducido porcentaje de distribución de correspondencia que existe hoy, debido al avance de la tecnología.

Por tanto, en ese contexto, tampoco, resulta efectivo que Correos se presente como su única alternativa para realizar envíos a zonas extremas, primero, porque, -se



insiste- no se acreditó cuanto es lo realmente requerido por las Corporaciones respecto de ese servicio y no se consideró que para Correos, el mantener sucursales en zonas extremas, importa asumir altos costos hundidos que afectan, también, el desarrollo de su negocio, pero que está obligado a cumplir por su deber legal de mantener el Posteo Universal.

Cuadragésimo segundo: Que, sin perjuicio que lo anterior es suficiente para desestimar la configuración del abuso de posición dominante que le fue imputada a Correos mediante el otorgamiento de descuentos, por faltar uno de los elementos que lo configuran, igualmente, se examinará la procedencia del factor conductual.

En este tipo administrativo, dicho factor corresponde al "abuso de posición dominante" en que habría incurrido Correos al celebrar con CMR Falabella, Scotiabank y Banco Santander contratos, en virtud de los cuales, con el fin de conseguir la preferencia de dichos clientes, otorgó descuentos que tendrían el carácter de exclusorios y que, por consiguiente, afectaría a Envía.

Resulta pertinente precisar, para iniciar este análisis, que, el fallo impugnado estimó que dichos descuentos son condicionales de carácter retroactivo o sobre unidades vendidas, definidos como *"estructuras tarifarias en las que se otorga un descuento sobre la totalidad de las unidades adquiridas por parte de un cliente, una vez que, en un lapso determinado, este alcanza cierta meta previamente establecida"*



por el proveedor (véase Fumagalli, C., Motta, M., & Calcagno, C. (2018). *Exclusionary Practices: The Economics of Monopolisation and Abuse of Dominance*. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 127-129)" (Considerando Centésimo decimonoveno).

Declaró que los descuentos tienen la calidad de anticompetitivos, siempre que concurren las siguientes condiciones que: (i) La firma dominante que los aplica tenga la capacidad para discriminar precios entre sus clientes dependiendo si estos aceptan comprarle todos o casi todos sus requerimientos; (ii) Existan economías de escala o una escala mínima eficiente de producción que permita la viabilidad de las empresas; (iii) La firma dominante tenga ventajas que le aseguren una porción de la demanda -parte no contestable de la demanda-, ya sea por la existencia de costos de cambio o porque dicha empresa es considerada como un socio comercial inevitable; y (iv) que la demanda no se encuentre en expansión, de modo que los competidores de la firma dominante dependan exclusivamente de la base de clientes existentes en el mercado para alcanzar una escala de producción suficiente (Considerando Centésimo vigésimo).

En ese contexto, los jueces de base concluyen que, se cumplen dichos requisitos porque "(i) Correos tiene posición dominante y, según los contratos ofrecidos a Santander, CMR Falabella y Scotiabank, tuvo la capacidad de discriminar precios a clientes relevantes induciéndolos a contratar una



gran proporción de sus requerimientos para acceder a los descuentos; (ii) en esta industria existen costos fijos de producción -especialmente relacionados a infraestructura-, por lo que la escala de producción cumple un rol relevante en la capacidad que tienen las firmas para cubrir estos costos fijos, es decir, necesariamente existe una escala mínima eficiente...; (iii) Correos es un socio comercial esencial o inevitable por la extensa cobertura que tiene dicha empresa; de hecho, alrededor del 20% de la población del país no es cubierta por sus competidores...; y (iv) la demanda por distribución de correspondencia no está en expansión, al contrario, se encuentra en franca declinación”... (Considerando Centésimo vigésimo segundo).

Cuadragésimo tercero: Que, en el derecho comparado, se han construido diversos estándares para determinar cuándo una conducta es abusiva y, por tanto, daña la competencia, entre ellos y, en lo pertinente, surge la Teoría de Exclusión por Incremento del Costo de los Rivales o Raising Rival Costs, que refiere a las conductas del competidor dominante, cuyo objeto es afectar los costos de los rivales para aumentar o mantener su posición de dominio, sin perjuicios de existir otros test que buscan explicar el mismo fenómeno.

Así, en el análisis económico y jurídico de las conductas exclusorias, ha sugerido dos paradigmas de exclusión por parte de empresas dominantes, el de precios predatorios y el de ya señalado raising rivals' costs



("RRC"), y que corresponde aquellos que crean potenciales efectos en la generación de barreras artificiales a la entrada, tales como, que las conductas exclusorias aumentan significativamente los costos de los potenciales entrantes y fortalecerán el poder de subir los precios de las empresas establecidas en el mercado siendo, en palabras del autor Hovenkamp, una herramienta útil pero insuficiente, razón por la cual, la adopción de alguno de esos criterios por parte de las autoridades de competencia tendría, necesariamente, que ser complementada con alguno de los otros test de imputación, para establecer su concurrencia como tal, desde que la regla general es que los descuentos sean procompetitivos y no al revés, caso en el cual deberá ser probado dicho efecto. Respecto de RRC, que es el utilizado por el fallo en análisis, se lo define como aquellas conductas que desarrolla un partícipe del mercado, que posee una posición monopólica, para incrementar o mantener ésta, mediante acciones que le permitan aumentar los costos de sus rivales y con ello el precio producto o una reducción de su oferta, limitando al competidor a marginar sólo mediante precios supra-competitivos (HOVENKAMP, H. 2008. The Harvard and Chicago Schools and the Dominant Firm. En: How the Chicago School Overshot the Mark: The Effect Of Conservative Economic Analysis on U.S. Antitrust, editado por Robert Pitofsky, Oxford University Press. New York. Pag 318-319). Esta práctica exclusoria es menos conservadora, porque no requiere



un sacrificio de utilidades, no exige la salida de competidores del mercado o la disminución de su capacidad de producción, no es más costoso en el corto plazo para el dominante que para sus víctimas y es posible advertir el daño a los consumidores de inmediato.

En este contexto, se hace indispensable para economías pequeñas y concentradas como es el caso chileno que, al considerar la protección del bien jurídico tutelado por el artículo 3° letras b) y c) del DL 211, bajo la idea de RRC, que se debe implementar un estándar que no sea excesivamente permisivo con las conductas abusivas, pero que, al mismo tiempo, permita promover una competencia amplia en el mercado. En la práctica, se ha traducido en que, para estar frente a un ilícito de libre competencia, deba existir un peligro concreto a ésta.

Cuadragésimo cuarto: Que, conforme los supuestos fácticos descritos y ponderados precedentemente en relación con la estructura del Mercado Relevante, es posible colegir que, no se configuran ninguna de las hipótesis expuestas por la sentencia para configurar el abuso de posición dominante, fundado en el otorgamiento por el demandado de supuestos descuentos exclusorios.

Por el contrario, lo cierto es que la sentencia impugnada, arribó a conclusiones que se construyen sobre la base de elementos externos no imputables a Correos, además, de no efectuar un análisis particular por cada corporación.



Igualmente, desconoce que es posible aplicar precios de lista, porque no existen para este segmento, sino que los valores a cobrar, son resultado de negociaciones particulares o licitaciones se promueven por los usuarios, porque el "servicio" es distinto para cada cliente, según su modelo de negocios, sus expectativas y/o necesidades, con las consecuentes diferencias en costos, tal como quedó demostrado en el juicio, debiendo tener presente también, que Envía no fue excluida del mercado relevante o dejada en un menor porcentaje de la actividad económica que hasta a esa fecha presentaba, debido a que tampoco se estableció, que aquella se encontrara operando bajo una escala mínima eficiente, sino que se consideró por los sentenciadores que podría verse amenazada de no alcanzarla, por las conducta que a su juicio, desarrollaría Correos.

Lo anterior se verifica desde que, en el caso del Banco Santander, los descuentos ofrecidos por Correos se hicieron en el marco de una licitación realizada, incluso, por un tercero contratado por dicha institución financiera, en que Envía -en todo caso-, no fue desplazada del mercado relevante porque, si bien, se habría adjudicado el servicio de distribución masiva de estados de cuenta con tecnología GPS y el de distribución de cartas certificadas, el Banco decidió contratar con ella, sólo este último, porque el primero, le fue entregado a Correos, fundado en que renunció a la tecnología GPS que ofrecía la demandante, prefiriendo la



modalidad de carta corriente ofrecida por Correos. Decisión que así expuesta, resulta viable y no anticompetitiva, sino que, es propia de un cliente que modificó su modelo de negocio, prefiriendo un servicio y no otro, no siendo aquello atribuible a Correos por ofrecer un descuento, que ya estaba en la licitación.

En cuanto a CMR Falablella, al igual que en el caso anterior, Envía siguió prestando servicios para ese cliente, por tanto, no se configura un daño concreto a la libre competencia, por cuanto tampoco se probó, como se explicó antes que, debido a esta negociación, Envía haya operado bajo a la escala mínima eficiente que describió el fallo.

Por último, en el caso Scotiabank, es un hecho de la causa y que no fue ponderado en el fallo impugnado que, esa empresa decidió cambiar a Envía como proveedor, debido a la deficiente prestación servicio que había recibido de la demandante, la que incluso la llevo a tener perjuicios económicos por ese actuar y que calificó de negligente, de manera que tampoco es un hecho que pueda ser atribuible a Correos.

Lo anterior da cuenta que, la exclusión de un competidor sobre la base de un mejor de modelo de negocio o estrategia de mercado, no puede ser considerada como una vulneración a la libre competencia, sino que se trata de un mecanismo que privilegia la eficiencia del agente económico, en la medida que se den los demás factores que hemos analizados dentro del



mercado relevante, debiendo tener presente, además, que cada uno de dichos contratos, contemplaban una cláusula que permitía a las Corporaciones a poner término al contra sin expresión de causa, otro elemento que permite comprender que no se pacta una fidelización con Correos.

Cuadragésimo quinto: Que, en estas condiciones, se colige que, no se acreditó que Correos abuso de su posición dominante en el mercado relevante, al ofrecer a los tres corporativos, los descuentos que se expusieron. Primero, porque el elemento estructural, conforme lo diseño el fallo, es improcedente y no se ajustó a la realidad del citado mercado relevante, confundiendo la estructura de aquel con las condiciones, que en la actualidad éste presenta y que, no pueden ser imputables, a ninguno de los partícipes, los que, por el contrario, deberán ir sorteando dichas dificultades o en su caso creando nuevos mercados dentro del rubro que les permita mantener el negocio dentro del mismo.

Por otra parte, en relación con el aspecto conductual, tampoco se probó que los descuentos ofrecidos por Correos obligaran a las corporaciones a fidelizarse con éste y, lo más, importante, que en razón de dichos descuentos Envía haya sido excluida del Mercado relevante o disminuida a un grado de imposibilitarle trabajar a una escala mínima de eficiencia, porque, como se dijo y lo reconoce la demandante, siguió prestando servicio para Banco Santander y CMR Falabella, solo que bajo otras modalidades de distribución de



correspondencia y que respecto Scotiabank no lo hizo, debido a la mala prestación de servicios que, según la institución bancaria en comento, la actora le habría prestado, lo cual nada tiene que ver con el tema en análisis.

Cuadragésimo sexto: Que, en otras palabras, se coincide con la doctrina en cuanto a que aumentar los costos de los competidores, no implica necesariamente una conducta reprochable desde la perspectiva de la libre competencia y solo lo será, en el caso que: a) el agente económico tenga la capacidad de aumentar los costos de sus rivales por medio del ejercicio de prácticas exclusorias; y, b) las condiciones en el mercado sean tales que lo habiliten para aumentar el precio, antes de incrementar los costos de sus rivales, esto es, debe tener poder de mercado.

Nada de lo cual se estableció en autos, conforme se analizó precedentemente, confundiendo una práctica competitiva con una infracción a la libre competencia que no se genera en la especie. Es más, analizados los casos en particular, y siguiendo la estructura de la propia sentencia, es posible advertir que, de acuerdo al informe Butelmann, se acreditó que los descuentos otorgados a los tres grandes clientes, se justifican en los menores costos que implica para Correos realizar la distribución de las cartas respecto de ellos, lo cual deriva no solo del volumen de cartas -economías de escala - sino también de la disminución de las etapas que debe realizar para efectuar dicha tarea, en razón



de las obligaciones que asumen las empresas en el proceso, al que, no le es aplicable el precio de lista de segmento empresas, porque a la demandada se maneja bajo la regla de la libre competencia, conforme se explicitó a propósito del Posteo Universal.

No habiéndose, de igual forma, acreditado el daño efectivo y real que los descuentos habrían producido a Envía, porque el fallo solo estableció que aquella se hallaría próxima a caer bajo la escala mínima eficiente, si se mantienen los descuentos, efectuando un juicio hipotético y/o de probabilidad, ante un caso, en el que no se dan, los demás elementos del mercado relevante para considerar la concurrencia del abuso de la posición dominante, de acuerdo con lo razonado precedentemente, razón por la que la demanda, respecto de dicho acápite también será desestimada.

C.- Competencia desleal.

Cuadragésimo séptimo: Que, conforme lo expone la sentencia impugnada, la práctica de competencia desleal que se imputó a Correos, habría consistido en que advirtió a la empresa Payback de Ripley que no mantendría los descuentos ofrecidos a esta última por sus servicios, en el caso que aquella contratase con otro proveedor, cobrándole el precio que corresponda a destinos donde aquella no tenga cobertura, conducta que habría provocado que Payback cancelara la realización de un plan piloto de exhibición de servicios de distribución de correspondencia que tenía aprobado con Envía.



Supuesto fáctico que se tuvo por acreditado, sobre la base del correo electrónico de 1 de junio de 2018, remitido por el Sr. Riveros, de Payback, al Sr. Montes, intermediario de Envía, en el cual se daría cuenta que aquella habría sufrido una presión indebida de Correos para no continuar con el proyecto piloto, amenaza que estaría inserta en la frase *"además nos comentaron [Correos] que si tenemos otro proveedor, ellos nos van a cobrar el precio que corresponde a destinos en que el proveedor no tenga cobertura"*, y porque estimaron que no es creíble que Correos haya justificado el alza de tarifas solo en virtud del factor distancia, atendido que dicho factor, no sería un criterio considerado por la demandada para diferenciar precios.

Cuadragésimo octavo: Que, según lo dispone el artículo 1° de la Ley N° 20.169, 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. [...]

Cuadragésimo noveno: 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 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. [...]” (SCS Rol 15.267-2018).

Quincuagésimo: Que, en este orden de ideas, al analizar el caso concreto, se comparte lo declarado por el voto disidente, en cuanto a que no se acreditó el ilícito en estudio, puesto que, no basta un correo electrónico para probar el ilícito si su contenido, posteriormente, fue desmentido por quien lo suscribió, el Sr. Riveros, quien en su declaración ante el TDLC, expresó que, la razón de no seguir con el Plan Piloto, se trató de una decisión comercial fundada en una nueva propuesta de Correos, respecto de la



cual no hubo presión de nadie para adoptarla, sino que se analizó y sopeso los elementos en contra y favor que tenía para su empresa el cambiar de proveedor.

Explicó que, por requerimiento de la administración central de Grupos Ripley para que su filial Payback, se ordenó la reducción de costos, razón por la cual solicitaron a Envía, una cotización para la prestación de servicios especiales -envíos a zonas extremas- como programa piloto, la cual presentó un proyecto. Sin embargo, paralelamente, no confiaban en la prestación de servicios que la demandante podría proporcionar por carecer de la cobertura geográfica en todo Chile, y porque aquello importaba, también, realizar una nueva logística, debiendo crear y ejecutar otra orgánica, lo cual representaba a para su empresa, un nuevo costo administrativo, de manera que el ahorro que se debía obtener con Envía, tenía que justificar el cambio de proveedor, en esos términos, en caso contrario no les convenía, razón por la que declara, decidieron renegociar con Correos, quien les remitió una nueva propuesta con valores más altos de los normales, pero que se justificaban, porque la distribución iba destinada a zonas extremas y no debían realizar una nueva logística con dicho proveedor.

Quincuagésimo primero: Que, por tanto, tal como lo exponen los disidentes, efectivamente, resultan verosímiles las explicaciones entregadas por el testigo, pudiendo concluir que, la decisión de Payback se trató de una razón de



negocios, que consistió en una renegociación con Correos para que éste mejorara la tarifas por los servicios que mantenía con dicha empresa, lo cual constituye una práctica comercial normal. Unido lo anterior al Informe Butelman, el que indica "que es razonable que Correo ofreciera una tarifa mayor a un cliente que solo realizará envíos a zonas que son extremas, atendido que dicho servicio, en su totalidad, será más costoso y menos rentable que uno de cobertura geográfica nacional. Entonces, si Payback solo hubiese requerido contratar con Correos los envíos de cartas a zonas extremas, tiene lógica que la prestación de servicios a un cliente que solo imponga dichos envíos tenga una tarifa superior, o sea, "el precio que corresponde", según refiere el correo electrónico".

Quincuagésimo segundo: Que, en consecuencia, de lo expuesto, no cabe sino concluir que, el demandado no ha incurrido en los atentados en contra de la libre competencia que le han sido atribuidos, al no configurarse un uso abuso de la posición de dominancia que ostenta Correos en el mercado relevante, como tampoco las conductas de descuentos exclusorios y de competencia desleal que se le imputaron.

Y de conformidad, asimismo, con lo que disponen los artículos 1°, 2°, 3°, 20 y 27 del Decreto Ley N° 211, **se acoge el** recurso de reclamación interpuesto en representación de Correos de Chile S.A, contra la Sentencia N° 178/2021, de quince de noviembre de dos mil veintiuno, solo en cuanto



acogió la demanda deducida por Envía y, en su lugar, la rechaza en todas sus partes, sin costas, por tener motivo plausible para litigar la actora.

Se llama 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, unido a la falta de pulcritud respecto de la redacción de la sentencia en estudio, lo cual se anotará en su hoja de vida funcionaria.

Regístrese y devuélvase, con sus agregados.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Carroza

Rol N° 95.523-2021.-

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros (as) Sr. Sergio Muñoz G., Sra. Ángela Vivanco M., Sr. Mario Carroza E., Sra. María Cristina Gajardo H., y la Ministra Suplente Sra. María Loreto Gutiérrez A. No firma el Ministro Sr. Muñoz y la Ministra Suplente Sra. Gutiérrez, no obstante haber concurrido ambos a la vista del recurso y acuerdo del fallo, por estar con permiso el primero, y haber cesado en su suplencia la segunda. Santiago, 24 de mayo de 2024.





HWXGXNQXYHT

Pronunciado por la Tercera Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros (as) Angela Vivanco M., Mario Carroza E., Maria Gajardo H. Santiago, veinticuatro de mayo de dos mil veinticuatro.

En Santiago, a veinticuatro de mayo de dos mil veinticuatro, se incluyó en el Estado Diario la resolución precedente.

