

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA
LIBRE COMPETENCIA

SENTENCIA N° 200/2025

Santiago, dieciséis de enero de dos mil veinticinco

PROCEDIMIENTO	:	Contencioso
ROL	:	C N° 382-19
DEMANDANTES	:	1. Enjoy S.A. 2. Casino del Lago S.A. 3. Casino de Puerto Varas S.A.
DEMANDADOS	:	1. Sun Dreams S.A. 2. Casino de Juegos Puerto Varas S.A. 3. Casino de Juegos Pucón S.A.

CONTENIDO

I.	PARTE EXPOSITIVA.....	3
A.	DEMANDA DE ENJOY S.A., CASINO DEL LAGO S.A. Y CASINO DE PUERTO VARAS S.A.	3
B.	EXCEPCIONES DILATORIAS DE INCOMPETENCIA ABSOLUTA, FALTA DE CAPACIDAD DE LAS DEMANDANTES, INEPTITUD DEL LIBELO Y CORRECCIÓN DEL PROCEDIMIENTO OPUESTAS POR CASINO DE JUEGOS PUCÓN S.A. Y CASINO DE JUEGOS PUERTO VARAS S.A.....	4
C.	EXCEPCIONES DILATORIAS DE INEPTITUD DEL LIBELO Y CORRECCIÓN DEL PROCEDIMIENTO OPUESTAS POR SUN DREAMS S.A.....	4
D.	CONTESTACIÓN DE SUN DREAMS S.A.	4
E.	CONTESTACIÓN DE CASINO DE JUEGOS PUCÓN S.A. Y CASINO DE JUEGOS PUERTO VARAS S.A.....	5
F.	RESOLUCIÓN QUE RECIBE LA CAUSA A PRUEBA.	6
G.	LLAMADO A AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN	6
H.	ANTECEDENTES PROBATORIOS	7
I.	INFORMES ECONÓMICOS Y EN DERECHO	8
J.	OBSERVACIONES A LA PRUEBA.....	9
K.	AUTOS EN RELACIÓN Y VISTA.....	9
II.	PARTE CONSIDERATIVA.....	9
A.	RESUMEN DE LA CONTROVERSIA	9
B.	HECHOS ESTABLECIDOS EN EL PROCESO	12

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

C. EXCEPCIONES DE FALTA DE LEGITIMACIÓN PASIVA OPUESTAS POR SUN DREAMS S.A., CASINO DE JUEGOS PUCÓN S.A. Y CASINO DE JUEGOS PUERTO VARAS S.A.....25

D. EXCEPCIÓN DE FALTA DE LEGITIMACIÓN ACTIVA DE ENJOY OPUESTA POR CASINO DE JUEGOS PUCÓN S.A. Y CASINO DE JUEGOS PUERTO VARAS S.A.30

E. MERCADO RELEVANTE Y POSICIÓN DOMINANTE31

F. ANÁLISIS DE LAS CONDUCTAS IMPUTADAS37

III. PARTE RESOLUTIVA.....73

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

I. PARTE EXPOSITIVA

VISTOS:

A. DEMANDA DE ENJOY S.A., CASINO DEL LAGO S.A. Y CASINO DE PUERTO VARAS S.A.

1. A fojas 81, el 12 de agosto de 2019, comparecen Rodrigo Larraín Kaplan, ingeniero civil, y Eduardo Sboccia Serrano, abogado, ambos en representación de Enjoy S.A., Casino del Lago S.A. y Casino Puerto Varas S.A., empresas del giro casinos de juego (conjuntamente, las “Demandantes” o “Enjoy”), todos domiciliados para estos efectos en Avenida Presidente Riesco 5711, piso 15, Las Condes, quienes deducen demanda (“Demanda”) por infracción a lo dispuesto en los artículos 3° inciso primero e inciso segundo literal c) del Decreto Ley N° 211 (“D.L. N° 211”) contra Sun Dreams S.A., representada por Jaime Roberto Wilhelm Giovine, profesión u oficio desconocido, Casino de Juegos Puerto Varas S.A. (“Casino de Juegos Puerto Varas”), y Casino de Juego Pucón S.A. (“Casino de Juegos Pucón”), ambas representadas por Claudio Tessada Pérez, ingeniero comercial, todos domiciliados en Av. Panamericana Sur S/N, kilómetro 57, San Francisco de Mostazal, Mostazal, Región del Libertador Bernardo O’Higgins (conjuntamente, las “Demandadas” o “Sun Dreams”), solicitan sea acogida y que este Tribunal:

- (a) Declare que una o más de las empresas demandadas ha(n) ejecutado conductas contrarias a la libre competencia, consistentes en conductas de competencia desleal, en infracción al artículo 3° incisos primero y segundo letra c) del D.L. N° 211;
- (b) Ordene el cese inmediato de las conductas anticompetitivas o de competencia desleal de una o más de las Demandadas que motivan esta presentación;
- (c) Disponga la remoción de los efectos producidos por dichas conductas anticompetitivas de competencia desleal, mediante la imposición a una o más de las Demandadas de las medidas preventivas, correctivas y prohibitivas que estime adecuadas para restaurar la vigencia de la libre competencia en los mercados afectados, como por ejemplo, que se ordene a las Demandadas la publicación de la sentencia condenatoria en un diario de circulación nacional y en diarios de circulación regional, y/o que se oficie a la Superintendencia de Casinos de Juego, informando acerca de los actos de competencia desleal incurridos por las empresas demandadas para los fines propios de las competencias de dicho organismo;
- (d) Imponga a las empresas demandadas una multa a beneficio fiscal por el monto de 15.000 unidades tributarias anuales (“UTA”) o, en subsidio, por

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

el monto superior o inferior que el Tribunal estime pertinente conforme al mérito de los antecedentes y dentro de los límites que fija la letra c) del artículo 26 del D.L. N° 211, y que a su juicio resulte apropiado para reprimir las graves y reiteradas conductas descritas en esta demanda así como generar a su respecto un necesario efecto disuasivo; y,

- (e) Condene a las empresas demandadas al pago de las costas de la presente causa.

B. EXCEPCIONES DILATORIAS DE INCOMPETENCIA ABSOLUTA, FALTA DE CAPACIDAD DE LAS DEMANDANTES, INEPTITUD DEL LIBELO Y CORRECCIÓN DEL PROCEDIMIENTO OPUESTAS POR CASINO DE JUEGOS PUCÓN S.A. Y CASINO DE JUEGOS PUERTO VARAS S.A.

2. A fojas 300, Casino de Juegos Puerto Varas y Casino de Juegos Pucón, filiales de Sun Dreams, opusieron excepciones dilatorias de (a) incompetencia absoluta; (b) falta de capacidad de las Demandantes fundada en la falta de legitimación activa de Enjoy; (c) ineptitud del libelo atendida la falta de participación de Enjoy en los hechos acusados; y, (d) corrección del procedimiento por falta de legitimación activa de Enjoy e incumplimiento de requisitos para la configuración del litisconsorcio en autos. Todas ellas fueron rechazadas, con costas.

C. EXCEPCIONES DILATORIAS DE INEPTITUD DEL LIBELO Y CORRECCIÓN DEL PROCEDIMIENTO OPUESTAS POR SUN DREAMS S.A.

3. A fojas 347, Sun Dreams S.A. opuso excepciones dilatorias de (a) ineptitud del libelo por contener imprecisiones y omisiones que le impedían ejercer su derecho a defensa; y, (b) corrección del procedimiento en caso de que las Demandantes no precisen ni aclaren la Demanda, ordenando se excluya a Sun Dreams S.A. Ambas fueron rechazadas, con costas.

D. CONTESTACIÓN DE SUN DREAMS S.A.

4. A fojas 428, el 29 de octubre de 2019, Sun Dreams S.A. contestó la Demanda, solicitando su rechazo, con costas. Opone excepción perentoria de falta de legitimación pasiva, sobre la base de que no habría dado orden alguna ni participado en la decisión de iniciar las acciones legales ni vías de hecho cuestionadas, siendo ella una decisión independiente de sus filiales. La sociedad tampoco habría iniciado las acciones que constituirían la litigación abusiva. En cualquier caso, plantea que las acciones legales iniciadas por sus filiales no

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

constituyen competencia desleal toda vez que no tienen aptitud para alcanzar ni mantener una posición dominante en el mercado, no suspenden la ejecución de los permisos adjudicados y que las Demandantes omitieron que no han iniciado la construcción de los casinos por razones ajenas a los hechos denunciados.

E. CONTESTACIÓN DE CASINO DE JUEGOS PUCÓN S.A. Y CASINO DE JUEGOS PUERTO VARAS S.A.

5. A fojas 468, el 29 de octubre de 2019, Casino de Juegos Pucón y Casino de Juegos Puerto Varas contestaron la Demanda, solicitando su rechazo, con costas, en atención a que los reclamos de Enjoy no se verifican en los hechos, ni satisfacen los requisitos que exigen las normas para fundar su pretensión, pues los permisos de operación en cuestión no pueden ser “arrebatados”, y porque no se cumplen los requisitos establecidos en los incisos primero y segundo letra c) del artículo tercero del D.L. N° 211.

6. Además, alegan: **(a)** falta de legitimación activa de Enjoy, por cuanto esta nunca ha participado de las acciones –judiciales y administrativas– y vías de hecho denunciadas; y, **(b)** falta de legitimación pasiva de Casino de Juegos Pucón respecto de todas las acciones y vías de hecho que dicen relación con el procedimiento concursal para el otorgamiento de un permiso de operación para la comuna de Puerto Varas, así como de Casino de Juegos Puerto Varas en relación a las acciones y vías de hecho relacionadas con el procedimiento concursal para el otorgamiento de un permiso de operación para la comuna de Pucón.

7. Plantean también que la Demanda abulta el número real de acciones, que, respecto a las acciones incoadas antes de la adjudicación, las demandantes Casino del Lago y Casino de Puerto Varas no tenían intereses que pudieran ser afectados y, en relación con las acciones interpuestas luego de la adjudicación, que éstas no tenían la virtud de suspender los efectos de los permisos. Agregan que los proyectos de las Demandantes no se han ejecutado porque no cumplen con la normativa urbanística aplicable. En cuanto a las vías de hecho, señalan que se ajustan al derecho de petición y no son efectivas en los términos relatados en el libelo.

8. Por último, indican que los mercados relevantes de autos se encuentran regulados y se estructuran sobre la base de monopolios legales, contexto en el cual no puede verificarse una conducta que tenga la aptitud de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

F. RESOLUCIÓN QUE RECIBE LA CAUSA A PRUEBA.

9. A fojas 573, el 30 de diciembre de 2019, se dictó la resolución que recibió la causa a prueba, la que fue modificada a fojas 612, fijándose como hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos, los siguientes:

1. Estructura, características y condiciones de competencia del o los mercados en que incidirían las conductas imputadas en autos, desde septiembre del año 2017 hasta la interposición de la demanda. Participación de las partes en dicho o dichos mercados.
2. Efectividad que las demandadas entregaron a la Superintendencia de Casinos de Juego, antes de la interposición de la demanda, la siguiente información: "1) nómina actualizada de los trabajadores con contrato vigente al 11 de agosto de 2015; (2) nómina de asociaciones de trabajadores o sindicatos en su representada, con la individualización de sus dirigentes y participación respecto del total de trabajadores y, 3) nómina y copia de convenios colectivos vigentes", de conformidad al Oficio Res. N° 705/2019 y al Oficio Res. N° 857/2019 de dicha autoridad.
3. Hechos y circunstancias que demostrarían que la interposición de acciones judiciales y recursos administrativos, y las vías de hecho ejercidas por parte de las demandadas tuvo por finalidad entorpecer o impedir la realización de los proyectos de las demandantes respecto de la adjudicación de los casinos ubicados en las ciudades de Pucón y Puerto Varas. Participación de cada una de las demandadas en las conductas indicadas.
4. Efectos en la competencia de las conductas imputadas.
5. Circunstancias que incidirían en la determinación de una eventual sanción.

G. LLAMADO A AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN

10. A fojas 3394 se aprobó el acuerdo mediante el cual las partes convinieron renunciar a los términos especiales de prueba concedidos por resolución de fojas 2273, corregida a fojas 2872 y 2955, así como el tercer término de prueba especial que no se encontraba concedido a esa fecha, según llamados a conciliación de fojas 3365 y 3379, en virtud de lo señalado por la Fiscalía Nacional Económica a fojas 3361.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

H. ANTECEDENTES PROBATORIOS

H.1 Prueba documental

11. Enjoy acompañó prueba documental a fojas 81, 356, 1069, 1144, 1236, 1604, 1618, 1686, 1717, 1782, 1822, 1906, 2641, 2732, 2779, 2845, 2867, 2888, 2970, 3046, 3060, 3155, 3326, 3468, 3486, 3490, 3494, 3498 y 3501.

12. Por su parte, Casinos de Juegos de Pucón y Casinos de juegos de Puerto Varas aportaron prueba documental a fojas 300, 730, 762, 787, 831, 904, 922, 937, 989, 1002, 1047, 1056, 1181, 1197, 1403, 1423, 1510, 1552, 1567, 1580, 1635, 1740, 1775, 1840, 1848, 1852, 1856, 1868, 1932, 2016, 2134, 2583, 2588, 2595, 2770, 2901, 2985, 3038, 3094, 3195, 3223, 3266, 4812, 5214 y 5248, mientras que Sun Dreams S.A. acompañó prueba documental a fojas 347, 428, 568, 625, 644, 699, 704, 778, 856, 1007, 1525, 1538, 1547, 1665, 1706, 1752, 1766, 1792, 1804, 1836, 1885, 1926, 1995, 2541, 2747, 2916, 3301, 3510, 3677, 3768, 3791 y 3825.

H.2 Exhibición de documentos

13. La Superintendencia de Casinos de Juego (“SCJ” o “Superintendencia”) exhibió documentos según consta en acta de fojas 2497, los cuales fueron agregados al expediente según consta en certificado de fojas 2607; Enjoy S.A. exhibió documentos según consta en acta de fojas 2551; Sun Dreams S.A. exhibió documentos según consta en acta de fojas 2565, los cuales fueron agregados al expediente según consta en certificado de fojas 2625; la Dirección de Obras Municipales de la Municipalidad de Pucón exhibió documentos según consta en actas de fojas 2849, los cuales fueron agregados al expediente según consta en certificado de fojas 3028. Igualmente, exhibió un documento según consta en acta de fojas 3296; Casinos de Juegos Pucón y Casinos de Juegos Puerto Varas exhibieron documentos según consta en acta de fojas 2858, los cuales fueron agregados al expediente según consta en certificado de fojas 3030; Casino del Lago exhibió documentos según consta en acta de fojas 3077, los cuales fueron agregados al expediente según consta en certificado de fojas 3277; y, Raúl Ramírez Rebolledo –gerente de infraestructura de Sun Dreams S.A.– exhibió documentos según consta en acta de fojas 3227, los cuales fueron agregados al expediente según consta en certificado de fojas 3279.

H.3 Prueba testimonial

14. Enjoy presentó como testigos a Pier-Paolo Zaccarelli Fasce (cuya acta de audiencia rola a fojas 1967 y la respectiva transcripción a fojas 2044), Esteban Rigo-Righi Baillie (cuya acta de audiencia rola a fojas 1974 y la respectiva transcripción a fojas 2158), Manuel Zárate Campos (cuya acta de audiencia rola a fojas 2036 y la respectiva transcripción a fojas 2350), y Hugo

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Marcelo Bofill (cuya acta de audiencia rola a fojas 2631 y la respectiva transcripción a fojas 2652).

15. Por su parte, las Demandadas presentaron como testigo a Lorena Fuentes Espinoza (cuya acta de audiencia rola a fojas 2281 y la respectiva transcripción a fojas 2309).

H.4 Absolución de posiciones

16. Absolvieron posiciones en estos autos (i) Rodrigo Larraín Kaplan, en representación de Enjoy, (cuya acta de audiencia rola a fojas 2556 y la transcripción a fojas 2568); (ii) Rodrigo Bórquez Soudy, en representación de Casinos de Puerto Varas y de Casino del Lago (cuyas actas de audiencia rolan a fojas 2946 y 2953 y las transcripciones a fojas 3100 y 3110, respectivamente), y (iii) Eliseo Gracia Martínez, en representación de Enjoy, (cuya acta de audiencia rola a fojas 2966 y la transcripción a fojas 3127).

H.5 Oficios

17. Se ofició a la Ilustre Municipalidad de Puerto Varas quien respondió a fojas 2831.

H.6 Audiencias de percepción documental

18. A solicitud de Casinos de Juegos Pucón y Casinos de Juegos Puerto Varas, de fojas 720 y 3269, se realizaron audiencias de percepción documental cuyas actas rolan a fojas 2781 y 3354, documentos que fueron agregados al expediente según consta en los certificados de fojas 5005 y 3356, respectivamente.

I. INFORMES ECONÓMICOS Y EN DERECHO

19. Enjoy presentó a fojas 3155 un informe económico en calidad de confidencial elaborado por Juan Pablo Montero y Fernando Coloma Ríos titulado “*Evaluación económica de las conductas de competencia desleal alegadas por Enjoy en contra de Sun Dreams*”, de 26 de agosto de 2021 (“Informe Montero & Coloma”), cuya versión pública definitiva consta en el expediente según certificado de fojas 3313. Asimismo, presentó a fojas 3468 un informe en derecho elaborado por Carlos Carmona Santander titulado “*El abuso de acciones judiciales por carecer de fundamento racional en el otorgamiento de permisos de operación de Casinos de juego*”, de 11 de noviembre de 2020 (“Informe Carmona”).

20. Casinos de Juegos Pucón y Casinos de Juegos Puerto Varas presentó los siguientes informes: (i) a fojas 4812, informe en derecho elaborado por Eduardo Cordero Quinzacara titulado “*Sobre la falta de idoneidad de determinadas acciones administrativas, jurisdiccionales y vías de hecho para*

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

configurar un ilícito anticompetitivo. A propósito de la demanda deducida por las sociedades Enjoy S.A. en contra de las sociedades Sun Dreams S.A. ante el Tribunal de Defensa de Libre Competencia por infracción al Decreto Ley N°211, de 1973, que fija normas para la Defensa de la Libre Competencia”, de 27 de agosto de 2020 (“Informe Cordero”), y (ii) un informe económico elaborado por Patricio Arrau Pons, titulado “Informe a Propósito de la Demanda por Competencia Desleal por Litigación Abusiva Presentada por Enjoy S.A. y sus filiales en contra de Sun Dreams S.A. y sus filiales, ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia”, de 2 de agosto de 2020 (“Informe Arrau”).

21. Por su parte, Sun Dreams S.A. presentó a fojas 3825 un informe en derecho elaborado por el profesor Jaime Arancibia Mattar titulado “*La impugnación de actos licitatorios y adjudicatorios de un concurso monopolístico como hipótesis de ilícito anticompetitivo de competencia desleal de litigación abusiva: El caso de los permisos de operación de casinos de juego*”, de 21 de diciembre de 2020 (“Informe Arancibia”).

J. OBSERVACIONES A LA PRUEBA

22. A fojas 3536, 4862 y 5007, Enjoy, Sun Dreams S.A., y Casinos de Juegos Pucón y Casinos de Juegos Puerto Varas, respectivamente, realizaron sus observaciones a la prueba.

K. AUTOS EN RELACIÓN Y VISTA

23. El 17 de agosto de 2023, a fojas 3399, este Tribunal declaró vencido el término probatorio y ordenó traer los autos en relación. A fojas 3405 y 3483, a solicitud de Enjoy y de Casinos de Juegos Pucón y Casino de Juegos Puerto Varas, respectivamente, se suspendió la vista de la causa, la que finalmente se efectuó en audiencia del 21 de febrero de 2024, según consta en el certificado de fojas 5173, quedando la causa en estado de acuerdo con la misma fecha.

II. PARTE CONSIDERATIVA

Y CONSIDERANDO:

A. RESUMEN DE LA CONTROVERSIA

Primero: Que Enjoy S.A., Casino del Lago S.A. y Casino de Puerto Varas S.A. acusaron a Sun Dreams S.A., Casino de Juegos Puerto Varas S.A. y Casino de Juegos Pucón S.A. (matriz y filiales, respectivamente) de haber infringido el inciso 1° y la letra c) del inciso segundo del artículo 3° del D.L. N° 211, es decir, en relación al ilícito genérico de atentado a la libre competencia y el haber

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

efectuado prácticas de competencia desleal con el objetivo de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante, por medio de la interposición de diversas acciones judiciales, administrativas y de *facto*. Dicho comportamiento se habría iniciado en 2017 con la interposición de recursos de protección contra las resoluciones que dieron curso a los procedimientos de licitación por permisos de operación y se habrían extendido hasta julio de 2019, con entrevistas a medios de comunicación;

Segundo: Que las Demandantes individualizan un total de 15 acciones, ya sea en sede administrativa (Superintendencia de Casinos de Juego) o en sede jurisdiccional (Ilma. Corte de Apelaciones de Santiago, Excmo. Tribunal Constitucional y Excma. Corte Suprema): **(a)** ocho de ellas fueron interpuestas entre septiembre de 2017 y mayo de 2018, contra las resoluciones de la Superintendencia que iniciaron el proceso de licitación para los permisos de casinos de juegos relativos a las comunas de Pucón y Puerto Varas; y **(b)** las siete acciones restantes fueron presentadas entre junio de 2018 y junio de 2019. Seis de ellas se dirigieron contra las resoluciones de la Superintendencia de adjudicación de permisos de operación para las comunas señaladas, mientras que la restante corresponde a un recurso de queja contra los ministros de la Sexta Sala de la Ilma. Corte de Apelaciones de Santiago, cuya sentencia refrendó esas resoluciones de adjudicación.

Adicionalmente, acusan cinco conductas de *facto* o vías de hecho, efectuadas durante los meses de junio y julio de 2019, ante distintas autoridades públicas, relativas a presentaciones que habrían incluido información falsa **(i)** al Seremi de la Región de la Araucanía y **(ii)** a la Dirección de Obras Municipales de Pucón; **(iii)** una solicitud improcedente efectuada al Consejo Resolutivo de la SCJ; **(iv)** la negativa a una petición de información de la Superintendencia; y, **(v)** declaraciones en medios públicos locales sembrando incertidumbre sobre los negocios de Enjoy y anticipando la posibilidad de seguir litigando;

Tercero: Que las Demandantes fundamentan su acusación en que las acciones descritas realizadas por la matriz y filiales de Sun Dreams configuran un cúmulo organizado, reiterado y sistemático de acciones judiciales, administrativas y de *facto* dirigidas a excluir a Enjoy de los mercados relevantes, arrebatarle los permisos de operación de casinos de juego que le fueron adjudicados para las comunas de Pucón y Puerto Varas y, alternativamente, incrementar la incertidumbre jurídica y de negocios que la afecta y sus costos, hasta hacer inviable su operación;

Cuarto: Que las filiales de Sun Dreams demandadas opusieron excepciones dilatorias de **(a)** incompetencia absoluta del Tribunal; **(b)** falta de capacidad de la demandante; **(c)** ineptitud del libelo; y, **(d)** corrección del procedimiento. Por su parte, la matriz de Sun Dreams opuso excepciones de **(i)** ineptitud del libelo y **(ii)** corrección del procedimiento, ordenando su exclusión en caso de

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

que las Demandantes no precisaran ni aclararan su demanda. Todas las excepciones referidas precedentemente fueron rechazadas, con costas, a fojas 405;

Quinto: Que las Demandadas contestaron la Demanda, solicitando su total rechazo, con costas.

Sun Dreams S.A. opuso excepción perentoria de falta de legitimación pasiva, sobre la base de que no habría dado orden alguna ni participado en la decisión de iniciar las acciones legales ni vías de hecho cuestionadas, siendo ella una decisión independiente de sus filiales. La sociedad tampoco habría iniciado las acciones que constituirían la litigación abusiva. En cualquier caso, plantea que las acciones legales iniciadas por sus filiales no constituyen competencia desleal toda vez que no tienen aptitud para alcanzar ni mantener una posición dominante en el mercado, no suspenden la ejecución de los permisos adjudicados y que las Demandantes omitieron que no han iniciado la construcción de los casinos por razones ajenas a los hechos denunciados.

Por otro lado, Casino de Juegos Pucón y Casino de Juegos Puerto Varas, filiales de Sun Dreams S.A., argumentaron que los reclamos de Enjoy no se verifican en los hechos, ni satisfacen los requisitos que exigen las normas para fundar su pretensión, pues los permisos de operación en cuestión no pueden ser “arrebataados”, y porque no se cumplen los requisitos establecidos en los incisos primero y segundo letra c) del artículo tercero del D.L. N° 211.

Además, alegan: **(a)** falta de legitimación activa de Enjoy, por cuanto esta nunca ha participado de las acciones –judiciales y administrativas– y vías de hecho denunciadas; y, **(b)** falta de legitimación pasiva de Casino de Juegos Pucón respecto de todas las acciones y vías de hecho que dicen relación con el procedimiento concursal para el otorgamiento de un permiso de operación para la comuna de Puerto Varas, así como de Casino de Juegos Puerto Varas en relación a las acciones y vías de hecho relacionadas con el procedimiento concursal para el otorgamiento de un permiso de operación para la comuna de Pucón.

Plantean también que la demanda abulta el número real de acciones, que, respecto a las acciones incoadas antes de la adjudicación, las demandantes Casino del Lago y Casino de Puerto Varas no tenían intereses que pudieran ser afectados y, en relación con las acciones interpuestas luego de la adjudicación, que éstas no tenían la virtud de suspender los efectos de los permisos. Agregan que los proyectos de las Demandantes no se han ejecutado porque no cumplen con la normativa urbanística aplicable. En cuanto a las vías de hecho, señalan que se ajustan al derecho de petición y no son efectivas en los términos relatados en el libelo.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Por último, las filiales indican que los mercados relevantes de autos se encuentran regulados y se estructuran sobre la base de monopolios legales, contexto en el cual no puede verificarse una conducta que tenga la aptitud de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante;

Sexto: Que, en lo sucesivo se seguirá el siguiente orden: **(a)** se describirán los hechos asentados a partir de la prueba aportada al proceso; **(b)** se resolverán las excepciones de falta de legitimación pasiva y activa opuestas por las Demandadas; **(c)** se determinará el mercado relevante de autos, para evaluar si las Demandadas podían alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante en dicho mercado; y, **(d)** se analizarán las conductas acusadas sobre la base del estándar aplicable, en particular, acciones judiciales, administrativas y de *facto* dirigidas contra el otorgamiento de los permisos de operación de casinos en las comunas de Pucón y Puerto Varas, o en contra de los proyectos allí emplazados;

B. HECHOS ESTABLECIDOS EN EL PROCESO

Séptimo: Que, previo al análisis de las conductas imputadas, resulta necesario referirse a los hechos que han quedado asentados a partir de la prueba aportada en autos;

B.1 Acciones previas a la adjudicación de licitaciones por permisos de operación de casinos de juegos

Octavo: Que la Resolución Exenta N° 192 de 17 de mayo de 2016 declaró abierto el proceso de otorgamiento del permiso de operación del casino de Pucón. Dicho proceso fue suspendido como consecuencia de una orden de no innovar, decretada por la Ilma. Corte de Apelaciones de Santiago en el recurso de protección Rol N° 78.295-2016 (interpuesto por una sociedad no involucrada en esta disputa). Eliminado ese impedimento, el 8 de septiembre de 2017, la SCJ dictó la Resolución Exenta N° 411 (“RE N° 411”) que modificó la resolución anterior, fijando como nueva fecha para la entrega de ofertas el 25 de septiembre de 2017 (fojas 4471 y 4472, en documento acompañado por presentación de fojas 4812);

Noveno: Que, en relación con el proceso de licitación correspondiente a la comuna de Puerto Varas, no se encuentra controvertido que el 14 de septiembre de 2017 se dictó la Resolución Exenta N° 422 (“RE N° 422”) que declaró abierto el proceso de licitación del permiso de operación de un casino en esa comuna, fijando la presentación de ofertas el 29 de septiembre de 2017;

Décimo: Que Enjoy acusa la interposición por las Demandadas de una serie de acciones previas a la adjudicación de los permisos de operación de casinos de juego, las que se resumen en el siguiente cuadro:

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

CUADRO N° 1
Acciones administrativas o judiciales mencionadas en la demanda, previas a la adjudicación de los permisos de operación de casinos de juego

N°	Fecha	Acción administrativa o judicial	Comuna afectada	Sede	Resultado	Fecha del resultado
A1	23.09.2017	Recurso de protección contra RE N° 411 que da curso a la licitación (fojas 1, documento N° 1)	Pucón	Corte de Apelaciones de Santiago	Rechazado (fojas 1, documento N° 3)	31.05.2018
A2	23.09.2017	Recurso de protección contra RE N° 422 que da curso a la licitación, acumulado a A1 (fojas 1, documento N° 2)	Puerto Varas			
A3	25.09.2017	Reclamo ilegalidad contra RE N° 411 (fojas 1, documento N° 6)	Pucón	Corte de Apelaciones de Santiago	Rechazado (fojas 1, documento N° 9)	12.01.2018
A5	25.09.2017	Reclamo ilegalidad contra RE N° 411, acumulado a A3 (fojas 1, documento N° 8)				
A4	25.09.2017	Reclamo ilegalidad contra RE N° 411 (fojas 1, documento N° 7)	Pucón	Corte de Apelaciones de Santiago	Archivado	s/f
A6	30.09.2017	Reclamo ilegalidad contra RE N° 422 que da curso a la licitación (fojas 1, documento N° 12)	Puerto Varas	Corte de Apelaciones de Santiago	Rechazado (fojas 1, documento N° 13)	24.08.2018
A7	19.01.2018	Recurso de queja contra sentencia que rechazó A3 y A5 (fojas 1, documento N° 10)	Pucón	Corte Suprema	Rechazado (fojas 1, documento N° 11)	27.02.2018
A8	31.05.2018	Recurso de apelación contra sentencia que rechazó A1 y A2 (fojas 1, documento N° 4)	Pucón y Puerto Varas	Corte Suprema	Rechazado (fojas 1, documento N° 5)	20.08.2018

Fuente: Elaboración propia a partir de los documentos acompañados por presentaciones de fojas 81, fojas 1069 y 3501.

Undécimo: Que estos recursos alegaban, entre otras irregularidades, que el Consejo Resolutivo no podía licitar u otorgar permisos de operación mientras se incumpliera la normativa de exclusividad territorial.

Los recursos de protección A1 y A2 fueron rechazados el 31 de mayo de 2018 (dispositivo de almacenamiento electrónico de fojas 1, documento N° 3, acompañado por presentación de fojas 81), resolución contra la cual se intentó el recurso de apelación A8, rechazado el 20 de agosto del mismo año (*ibid.*, documento N° 5). El recurso A4 fue archivado, mientras que los recursos A3 y

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

A5 fueron rechazados el 12 de enero de 2018 (*ibid.*, documento N° 9), frente a lo cual se interpuso recurso de queja A7 (*ibid.*, documento N° 10, Rol N° 1.171-18), el que fue rechazado el 27 de febrero de 2018 (*ibid.*, documento N° 11). Finalmente, el recurso A6 fue rechazado el 24 de agosto de 2018 (*ibid.*, documento N° 13);

B.2 Licitaciones por permisos de operación de casinos de juegos relacionados a la controversia

Duodécimo: Que el 13 de mayo de 2016 se publicaron las bases de licitación para el otorgamiento de permisos de operación de casinos de juegos de las comunas de Pucón y Puerto Varas, a través de las resoluciones exentas de la Superintendencia N° 185 y N° 186, respectivamente (que rolan a fojas 1137, acompañadas por presentación de fojas 1144). Consta del cronograma de dichas bases que el plazo de presentación de ofertas técnicas y económicas se previó para el 4 de noviembre de 2016. No obstante, a raíz de lo señalado *supra* en la subsección B.1, estas fechas se aplazaron al 25 y 29 de septiembre de 2017, para las comunas de Pucón y Puerto Varas, respectivamente;

Decimotercero: Que, en ambos casos, de acuerdo con las bases del concurso y la regulación pertinente, el proceso tuvo dos etapas. La primera, consistió en una evaluación de la oferta técnica, donde se especificaron distintas características del proyecto. En caso de obtenerse al menos el 60% del puntaje total, los postulantes pasaban a una segunda etapa, donde la competencia fue por oferta económica. Cada una de estas etapas se explica en detalle a continuación:

- (a) **Primera etapa:** La evaluación de la oferta técnica se compuso de cinco criterios, descritos en el artículo 33 del Decreto N° 1722, que aprueba el reglamento para la tramitación y otorgamiento de permisos de operación de casinos de juego y deroga el Decreto Supremo N° 211, del Ministerio de Hacienda, de 2005 (en adelante, “Reglamento de Casinos”): **(i)** un informe de la Intendencia Regional respecto del mérito de la comuna de la propuesta y el impacto del proyecto en la estrategia de desarrollo regional; **(ii)** un informe de la Municipalidad sobre el impacto y factibilidad técnica de llevar a cabo el proyecto; **(iii)** un informe del Servicio Nacional de Turismo acerca de la calidad del territorio turísticamente consolidado; **(iv)** un informe del Ministerio del Interior y Seguridad Pública sobre las consideraciones de seguridad y orden público que reúna el lugar propuesto y su entorno; y, **(v)** las cualidades del proyecto y su plan de operación, donde se analizó el incremento de la oferta turística en la zona, la ubicación, diseño y calidad de las instalaciones, la relación armónica con el entorno, la conexión con servicios y vías públicas, los efectos económico-sociales de la instalación del proyecto y el monto de la inversión total por la sociedad oferente. Cada

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

uno de ellos se evaluó hasta con 100 puntos, a excepción del punto (v) que otorgaba 600 puntos, sumando un total de 1.000 puntos. De esta forma, el puntaje mínimo para pasar a la segunda etapa era de 600 puntos.

- (b) **Segunda etapa:** La oferta económica, por su parte, se define en el artículo 14 del Reglamento de Casinos y corresponde al monto anual de dinero expresado en unidades de fomento (“UF”), ofrecido por una sociedad postulante, a ser pagado anualmente a la municipalidad correspondiente;

Decimocuarto: Que, respecto al permiso de operación de casino de juegos de la comuna de Pucón, presentaron ofertas las empresas Casino del Lago S.A. y Casino de Juegos Pucón S.A., filiales de Enjoy y Sun Dreams, respectivamente. Por otra parte, en relación con el permiso de operación en Puerto Varas, presentaron propuestas las sociedades Casino de Puerto Varas S.A. y Casino de Juegos Puerto Varas S.A., también filiales de las empresas matrices indicadas, respectivamente. Los resultados de estas ofertas se muestran a continuación:

CUADRO N° 2
Ofertas presentadas para permisos de operación de casino de juegos en las comunas de Pucón y Puerto Varas

Sociedad matriz del oferente	Comuna de Pucón		Comuna de Puerto Varas	
	Puntaje oferta técnica	Oferta económica	Puntaje oferta técnica	Oferta económica
Enjoy	862,95	121.000 UF	749,55	151.501 UF
Sun Dreams	729,54	60.011 UF	790,36	110.100 UF

Fuente: Elaboración propia, a partir de las resoluciones exentas N° 358 y N° 359 de la Superintendencia, que rolan a fojas 1224 y 3143, acompañadas en presentaciones de fojas 1236 y 3155, respectivamente.

Decimoquinto: Que, como se observa del cuadro anterior, para ambas comunas, las ofertas superaron el requisito de obtener al menos un 60% del puntaje total en materia técnica. El 15 de junio de 2018, mediante las resoluciones exentas N° 358 y N° 359 de la Superintendencia (que rolan a fojas 1224 y 3143, acompañadas por presentaciones de fojas 1236 y 3155, respectivamente), los permisos de operación para los casinos de Pucón y Puerto Varas fueron adjudicados a las filiales de Enjoy –es decir, Casino del Lago S.A. y Casino de Puerto Varas S.A.– por haber presentado ofertas económicas más altas;

B.3 Acciones impetradas luego de la adjudicación de los permisos de operación de casinos de juego en Pucón y Puerto Varas

B.3.1 Comuna de Pucón

Decimosexto: Que contra la Resolución Exenta N° 358 de 15 de junio de 2018 (“RE N° 358”, fojas 1224, p. 8), el 28 de junio de 2018, Casino de Juegos Pucón –filial de Sun Dreams– presentó ante la SCJ el recurso de reposición

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

contemplado en el inciso primero del artículo 27 bis de la Ley N° 19.995 que establece bases generales para la autorización, funcionamiento y fiscalización de casinos de juego (“Ley de Casinos” o “Ley N° 19.995”, dispositivo de almacenamiento electrónico de fojas 1, documento N° 16, acompañado por presentación de fojas 81). Este se basaba en que la resolución recurrida hizo suyos antecedentes erróneos que determinaron una evaluación improcedente de las condiciones presentadas por el proyecto de Casino del Lago S.A., en específico, lo referido a la calificación de la vía aledaña al proyecto (a saber, la calle Clemente Holzapfel) como vía “de servicio”. El recurso argumenta que no debió otorgarse puntaje al proyecto en ciertos factores, pues correspondía que se enfrentara con vías “colectoras, troncales o expresas”. Lo anterior, de acuerdo con la recurrente, repercutió en que el oferente adjudicado pudo presentar un proyecto con menores costos, lo que a su vez le permitió presentar una oferta económica superior a la de Sun Dreams;

Decimoséptimo: Que se acompañó a fojas 3501 el Certificado de Informaciones Previas (“CIP”) N° 566 de 10 de septiembre de 2016, emitido por la DOM de Pucón, que clasificó la calle Clemente Holzapfel como vía “estructurante” (dispositivo de almacenamiento electrónico de fojas 3500, documento N° 19, acompañado por presentación de fojas 3501). Según da cuenta la transcripción de la audiencia testimonial de fojas 2327, la testigo Lorena Fuentes, en ese entonces funcionaria de la DOM, precisó que “[e]l certificado de informaciones previas es un documento que emiten las direcciones de obras a petición de un interesado, donde se singulariza a modo informativo la propiedad, para darle una ubicación dentro de la espacialidad del Plano Regulador, y en el cual ... el objetivo que tiene el certificado es informar las normas urbanísticas aplicables a dicho predio (...)” (líneas 12 a 15). Por otra parte, no resultó controvertido que el 20 de octubre de 2017 la misma DOM emitió los CIP N° 688 y N° 691, que cambiaron la clasificación de la referida calle como vía “de servicio” (fojas 478, párrafo 34 y nota al pie N° 18);

Decimoctavo: Que, el 10 de julio de 2018, el recurso de reposición fue rechazado por Resolución Exenta N° 428 (dispositivo de almacenamiento electrónico de fojas 1, documento N° 17, acompañado por presentación de fojas 81) que adujo que, aun de otorgársele cero puntos a la sociedad adjudicataria en los factores objetados por Sun Dreams, no se afectaba el resultado de la evaluación, atendida la diferencia en el puntaje con la recurrente y que, además, igualmente habría cumplido con el puntaje mínimo solicitado. Asimismo, se consideró que la solicitante perseguía dejar sin efecto la evaluación técnica realizada en la Resolución Exenta N° 313, de 25 de mayo de 2018, respecto de la cual los plazos legales de impugnación ya habían transcurrido.

Luego, el 26 de julio de 2018, la misma filial de Sun Dreams interpuso ante la Ilma. Corte de Apelaciones de Santiago el recurso de reclamación especial de la

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Ley de Casinos contra la RE N° 358, tramitado bajo el Rol N° 323-18 Contencioso Administrativo. En este recurso se alegó que la interpretación sobre la extemporaneidad del recurso no era tal, teniendo en consideración que el “Informe de evaluación de la oferta técnica del proyecto Casino del Lago” no estuvo disponible al público sino hasta el 18 de junio de 2018 y que el acto reclamado hace suyas las consideraciones formuladas en el referido informe. En específico, alegó que el proyecto se ubicaría frente a la calle Clemente Holzapfel, la que según los CIP es una vía “de servicio”, calidad incompatible con la escala de equipamiento del casino, vulnerando la legalidad urbanística y de orden público. Por lo anterior, no se le debió haber entregado puntaje en el factor asociado ni adjudicársele un proyecto que no podía ser desarrollado en los términos propuestos. Asimismo, cuestionó que el proyecto tampoco cumplía con las exigencias mínimas de un hotel cuatro estrellas, siendo ello un requisito de las bases. En subsidio, interpuso reclamación contra la ya referida Resolución Exenta N° 428, por los mismos argumentos descritos (dispositivo de almacenamiento electrónico de fojas 1, documento N° 21, acompañado por presentación de fojas 81).

En el marco de este proceso, el 29 de noviembre de 2018, Casino de Juegos Pucón presentó requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del inciso quinto del artículo 27 bis de la Ley de Casinos, en específico, la oración final que dispone que “*contra la resolución de la Corte de Apelaciones no procederá recurso alguno*” (dispositivo de almacenamiento electrónico de fojas 1, documento N° 22, acompañado por presentación de fojas 81). Este fue declarado inadmisibile el 14 de enero de 2019, por carecer de fundamento plausible, en decisión dividida (dispositivo de almacenamiento electrónico de fojas 3500, documento N° 14, acompañado por presentación de fojas 3501). Las Demandantes adujeron que se suspendió la tramitación de la gestión pendiente entre el 17 de diciembre de 2018 y el 23 de enero de 2019, sin embargo, no consta en autos la resolución que concedió la referida suspensión, sino únicamente su alzamiento por medio de la resolución que declaró inadmisibile el recurso.

La reclamación fue finalmente rechazada el 29 de mayo de 2019 (dispositivo de almacenamiento electrónico de fojas 1, documento N° 24, acompañado por presentación de fojas 81). La Ilma. Corte desestimó la extemporaneidad del recurso, sin embargo, lo rechazó teniendo en consideración que el reproche recaía en la evaluación técnica y que la autoridad llamada por ley a pronunciarse sobre el proyecto no lo rechazó, sino que estableció condiciones para que se llevara a cabo. Asimismo, de arribarse a una conclusión distinta, ello resultaba intrascendente, toda vez que el proyecto alcanzaba igualmente el 60% de la suma total de los puntajes ponderados aun si se otorgaba cero puntos a dicho factor.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Además, los sentenciadores señalaron que el proyecto seleccionado contaba con dos años, más una eventual prórroga por un año adicional, para ajustar su propuesta, por lo que no podía calificarse de ilegal la situación relativa al cumplimiento de la regulación urbanística, máxime si para la evaluación de la oferta económica era necesaria la suscripción y presentación de un “compromiso de cumplimiento” de las condiciones especiales, entre ellas, la observancia de la normativa de urbanismo y construcción. La Ilma. Corte también rechazó la solicitud subsidiaria;

Decimonoveno: Que, en paralelo a la tramitación de las acciones anteriores, el 31 de agosto de 2018, la DOM de Pucón dictó los CIP N° 525 y N° 526 (fojas 1309 y 1312, respectivamente, acompañados por presentación de fojas 1403), los que clasificaban la calle Clemente Holzapfel como “colectora distribuidora”, lo cual hacía viable al proyecto de Enjoy. Sin embargo, posteriormente, el 27 de septiembre de 2018 y el 3 de mayo de 2019, dicha DOM emitió los CIP N° 600 y N° 368, respectivamente, que volvieron a clasificar la calle como vía “de servicio” (fojas 478, párrafo 34 y nota al pie N° 18), lo que fue refrendado en la declaración testimonial de Lorena Fuentes (fojas 2323);

Vigésimo: Que, adicionalmente, el 7 de mayo de 2019, la Contraloría General de la República (“Contraloría”) emitió el Dictamen N° 12.256, respondiendo a la solicitud del H. Diputado Sebastián Álvarez Ramírez, donde descarta referirse a la juridicidad de los CIP N° 526 y N° 600, por tratarse de una materia sometida en ese momento al conocimiento de los tribunales de justicia (Dictamen N° 12.256, Contraloría General de la República, 7 de mayo de 2019, p. 2. Disponible en: <https://www.camara.cl/verDoc.aspx?prmTIPO=OFICIOFISCALIZACIONRESPUESTA&prmID=77930&prmNUMERO=103&prmRTE=1744>);

Vigésimo primero: Que, el 20 de mayo de 2019, la filial de Enjoy –Casino del Lago– ingresó a la Seremi de Vivienda y Urbanismo de la Región de la Araucanía una carta, fechada el 17 de mayo de ese año, para que esta “*proceda a reclasificar la calle Clemente Holzapfel, en el tramo en que se ubica el proyecto de mi representada, esto es frente a la plaza, como vía ‘colectora’, y a ordenar que la Dirección de Obras Municipales de Pucón así lo consigne, ya sea rectificando el CIP N° 368 o bien en un nuevo y definitivo Certificado de Información Previas que al efecto deberá emitir*” (dispositivo de almacenamiento electrónico de fojas 1, documento N° 27, p. 9). Fundó su solicitud en que la clasificación de la vía por la DOM de Pucón “*ha sido contradictoria en el tiempo, sin que hayan cambiado las características físicas de la vía objeto de evaluación, y sin que hayan aparecido otras razones de carácter técnico que justifiquen los continuos cambios de parecer*” (p. 2, *ibid.*);

Vigésimo segundo: Que, el 4 de junio de 2019, Casino de Juegos Pucón, filial de Sun Dreams, interpuso recurso de queja contra los ministros de la Ilma. Corte de Apelaciones de Santiago que rechazaron la reclamación, tramitado ante la

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Excma. Corte Suprema bajo el Rol N° 15.019-19 (dispositivo de almacenamiento electrónico de fojas 1, documento N° 25, acompañado por presentación de fojas 81), sobre la base de que los jueces recurridos hicieron suya la infracción de la SCJ, apartándose del tenor de la ley. El recurso fue rechazado el 30 de octubre de 2019, sobre la base de que el agravio denunciado consistía en una discordancia entre lo pedido y lo otorgado, lo que es propio de un recurso de apelación. Además, la petición principal de adjudicar el permiso en sede jurisdiccional escapaba del objeto de recurso en cuestión (dispositivo de almacenamiento electrónico de fojas 1067, documento N° 1 acompañado por presentación de fojas 1069);

Vigésimo tercero: Que, el 6 de junio de 2019, aun estando pendiente el pronunciamiento de la Excma. Corte Suprema sobre el recurso de queja contra la sentencia que rechazó el reclamo de ilegalidad, se producen tres eventos: **(a)** envío de carta de la filial de Sun Dreams, Casino de Juegos Pucón, al Seremi de Vivienda y Urbanismo de la Región de la Araucanía (dispositivo de almacenamiento electrónico de fojas 1, documento N° 28); **(b)** audiencia de *lobby* entre la matriz de Sun Dreams y Lorena Fuentes, funcionaria de la DOM de Pucón (documento N° 14 en dispositivo de almacenamiento electrónico de fojas 1067, acompañado por presentación de fojas 1069); y, **(c)** envío de carta del gerente de infraestructura de Sun Dreams S.A. a Lorena Fuentes (dispositivo de almacenamiento electrónico de fojas 1, documento N° 30, acompañado por presentación de fojas 81).

En la carta reseñada en la letra (a), Casino de Juegos Pucón indicó que “[d]e *acoger dicha solicitud* [de recalificación de la calle Clemente Holzapfel], *se contribuiría a que Enjoy comience a ejecutar el permiso de operación de casino de juegos que le fuera adjudicado ilegalmente por la Superintendencia de Juegos*” (p. 2, dispositivo de almacenamiento electrónico de fojas 1, documento N° 28, acompañado por presentación de fojas 81). A grandes rasgos, la carta hace presente que **(i)** la adjudicación del permiso de operación de casino de juegos de Pucón fue reclamada ante la Ilma. Corte de Apelaciones de Santiago y que el asunto se encontraba ante la Excma. Corte Suprema; **(ii)** la única autoridad competente para determinar la clasificación de una vía o calle dentro de un territorio comunal es la DOM respectiva, por la vía de un CIP; y, **(iii)** la Seremi debe abstenerse o inhibirse de intervenir en asuntos discutidos ante tribunales de justicia, al igual que lo hizo Contraloría a través del Dictamen N° 12.256. Además, solicitó hacerse parte interesada en el procedimiento relacionado con la clasificación de la calle Clemente Holzapfel.

Por su parte, del documento N° 14 acompañado a fojas 1069 se da cuenta que la materia a tratar en la audiencia de *lobby* reseñada en la letra (b) precedente fue “*revisar situación de proyecto Enjoy casino*”.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Por último, Raúl Ramírez Rebolledo, gerente de infraestructura de Sun Dreams S.A. envió la carta signada con la letra (c). En ella informó sobre “*irregularidades revisadas del proyecto Casino Enjoy Pucón*”, en particular, que este (i) sobrepasa las cargas de ocupación que puede soportar la vía que enfrenta, es decir, la calle Clemente Holzapfel, atendida su clasificación; y (ii) considera un coeficiente de ocupación de suelo superior al máximo permitido. Además, hace presente a la DOM de Pucón que, antes de otorgar cualquier permiso de edificación, en el contexto de los 184 estacionamientos que contemplaba la propuesta de Enjoy, el propietario debía contar con la recepción municipal de los estacionamientos (sea en compra, arriendo u otro título). Finaliza indicando que la DOM debía exigir la regularización de lo anterior por dos vías: demoler el sector que infringe la normativa y, posteriormente, regularizar la propiedad del hotel con la nueva solución; o, subdividir y fusionar simultáneamente el área del predio que incumplía la normativa (dispositivo de almacenamiento electrónico de fojas 1, documento N° 30, acompañado por presentación de fojas 81);

Vigésimo cuarto: Que, finalmente, el 24 de junio de 2019, se emite una nota de prensa del diario Austral Araucanía, donde Pablo Artigas, en ese entonces Seremi de Vivienda y Urbanismo de La Araucanía, señaló respecto de la calificación de la calle Clemente Holzapfel y el proyecto de casino de juegos de Enjoy en Pucón, lo siguiente: “[h]oy día hay muchas especulaciones y nosotros no nos podemos pronunciar más allá hasta que se zanje el tema en la justicia” (dispositivo de almacenamiento electrónico de fojas 1068, documento N° 25, acompañado en presentación de fojas 1069);

B.3.2 Comuna de Puerto Varas

Vigésimo quinto: Que, en relación con el permiso de operación para un casino de juegos en la comuna de Puerto Varas, la Resolución N° 359 (“RE N° 359”), de 15 de junio de 2018, lo adjudicó a Casino de Puerto Varas, filial de Enjoy (fojas 3143, acompañado a fojas 3155). El 28 de junio del mismo año, Casino de Juegos Puerto Varas, filial de Sun Dreams y única competidora de la adjudicada en la licitación, interpuso recurso de reposición contra esa resolución, el que se basó en que la SCJ hizo suyos antecedentes erróneos que determinaron una evaluación improcedente de las condiciones del proyecto de la sociedad adjudicada. Entre otros cuestionamientos, objetó que la calle en que se emplazaría el proyecto (calle Klenner) por haber sido clasificada como “no estructurante” por el CIP N° 74 de la DOM de Puerto Varas, lo que no era compatible con el equipamiento requerido para el proyecto. Señala que ello permitió que el oferente adjudicado presentara un proyecto con menores costos asociados, lo que le llevó a presentar una oferta económica de mayor valor. En definitiva, solicitó que (a) se dejara sin efecto la RE N° 359 en la parte que adjudicó el permiso de operación a Casino Puerto Varas; (b) se dejara sin efecto la asignación de puntaje a Casino Puerto Varas en las partidas en que su oferta

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

incumplió las bases y (c) se dictara el correspondiente acto de reemplazo, adjudicando el permiso de operación a la filial de Sun Dreams en Puerto Varas (dispositivo de almacenamiento electrónico de fojas 1, documento N° 14). La reposición fue rechazada el 10 de julio de 2018 por Resolución Exenta N° 427 (dispositivo de almacenamiento electrónico de fojas 1, documento N° 15, acompañado por presentación de fojas 81). La autoridad administrativa tuvo presente que, aun asignando cero puntos a Casino de Puerto Varas en los factores reclamados, no se habría producido efecto alguno en el resultado final de la evaluación, por cuanto esta sociedad alcanza un puntaje superior al 60% requerido. Asimismo, se consideró que la solicitante perseguía dejar sin efecto la evaluación realizada en la Resolución Exenta N° 314 de 25 de mayo de 2018, habiendo transcurrido el plazo legal para reponer en su contra;

Vigésimo sexto: Que, luego, el 26 de julio de 2018, la filial de Sun Dreams, Casino de Juegos Puerto Varas, interpuso reclamo de ilegalidad ante la Ilma. Corte de Apelaciones de Santiago (Rol N° 322-2018), solicitando dejar sin efecto la RE N° 359 y que se ordenara a la reclamada dictar el correspondiente acto de reemplazo otorgándole el permiso de operación, o en subsidio, dejar sin efecto la RE N° 359 y todas aquellas necesarias para instruir un nuevo procedimiento de licitación. En subsidio de lo anterior, reclama contra la RE N° 427 (dispositivo de almacenamiento electrónico de fojas 1, documento N° 18, acompañado por presentación de fojas 81). El recurso se fundó en que el acto administrativo terminal no se ajustaría a derecho, toda vez que el proyecto adjudicado no cumplía con la normativa vigente y las bases técnicas de dicha licitación, lo que le permitió considerar menores costos, presentando una oferta económica más atractiva. Asimismo, se arguyó que la interpretación sobre la extemporaneidad del recurso no era tal, teniendo en consideración que el “Informe de evaluación de la oferta técnica del proyecto Casino del Lago” no estuvo disponible al público sino hasta el 18 de junio de 2018 y que el acto reclamado hacía suyas las consideraciones formuladas en el referido informe. El recurso fue rechazado el 9 de diciembre de 2019, teniendo en consideración que las infracciones denunciadas ocurrieron en el proceso de evaluación, en la determinación del puntaje por parte del Comité Técnico y que el hecho que la RE N° 359 reproduzca lo informado por este no puede importar una nueva instancia de revisión de lo decidido en la RE N° 324. Asimismo, la sentencia señala que el eventual error en la asignación de puntaje no hacía variar el resultado final, toda vez que esta sociedad contaba con puntaje suficiente para la apertura de su oferta económica. Por lo anterior, se rechazó el reclamo, con costas (dispositivo de almacenamiento electrónico de fojas 1067, documento N° 2, acompañado por presentación de fojas 1069);

Vigésimo séptimo: Que, en el marco de este proceso, Casino de Juegos Puerto Varas presentó un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

ante el Excmo. Tribunal Constitucional respecto del inciso quinto del artículo 27 bis de la Ley N° 19.995, en específico, la oración final que dispone que “*contra la resolución de la Corte de Apelaciones no procederá recurso alguno*” (dispositivo de almacenamiento electrónico de fojas 1, documento N° 19, acompañado por presentación de fojas 81). Este fue declarado inadmisibile el 14 de enero de 2019 por carecer de fundamento plausible, en los mismos términos que la acción de inaplicabilidad referida en el considerando decimoctavo anterior (dispositivo de almacenamiento electrónico de fojas 1, documento N° 20, acompañado por presentación de fojas 81). Las Demandantes adujeron que se suspendió la tramitación de la gestión pendiente entre el 10 de diciembre de 2018 y el 24 de enero de 2019, sin embargo, en autos no consta la resolución que concedió la referida suspensión, sino que únicamente su alzamiento por medio de la resolución que declaró inadmisibile el recurso;

Vigésimo octavo: Que, el 12 de junio de 2019 se declara admisible el recurso de queja individualizado en el considerando vigésimo segundo (dispositivo de almacenamiento electrónico de fojas 3500, documento N° 15, acompañado por presentación de fojas 3501). Este recurso de queja terminó siendo rechazado el 30 de octubre de 2019 (dispositivo de almacenamiento electrónico de fojas 1067, documento N° 1, acompañado por presentación de fojas 1069);

Vigésimo noveno: Que, el 25 de abril de 2019, la filial de Enjoy en Puerto Varas presentó una solicitud de autorización a la Superintendencia de Casinos para introducir modificaciones al proyecto ya autorizado, complementada el 6 de mayo del mismo año. El 4 de junio de 2019, esta solicitud se pone en conocimiento del Consejo Resolutivo de la SCJ, el cual acuerda sesionar al respecto el 24 de ese mes (dispositivo de almacenamiento electrónico de fojas 3500, documento N° 16, acompañado por presentación de fojas 3501).

Luego, el 13 de junio de 2019, representantes de las filiales de Sun Dreams en Pucón y Puerto Varas solicitaron que se les permitiera comparecer a la sesión de 24 de junio recién indicada para “*tratar (entre otras) aquellas materias referidas a los permisos de operación de casinos adjudicados al Grupo Enjoy en las comunas de Puerto Varas y Pucón*” (dispositivo de almacenamiento electrónico de fojas 1068, documento N° 26, acompañado por presentación de fojas 1069). El 21 de junio de 2019 la solicitud fue denegada, por Resolución Exenta N° 415 de la SCJ, debido a que “*el Consejo Resolutivo se impone de las peticiones a través de su Secretaría Ejecutiva, a cargo de la Superintendencia de Casinos de Juego, estando vedada de esta forma incluso la presencia de representantes de los peticionarios que plantean requerimientos que deban ser sometidos al análisis y resolución del mencionado Consejo*” (dispositivo de almacenamiento electrónico de fojas 1, documento N° 32, acompañado por presentación de fojas 81).

Por último, el 8 de agosto de 2019 la SCJ emitió la Resolución Exenta N° 545 que autorizó las modificaciones propuestas por Casino de Puerto Varas, filial de

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Enjoy, a su proyecto integral (dispositivo de almacenamiento electrónico de fojas 3500, documento N° 16, acompañado por presentación de fojas 3501);

Trigésimo: Que, por otro lado, el 5 de junio de 2019 la SCJ envió el oficio reservado N° 705 a Plaza Casino S.A., filial de Sun Dreams que operaba en ese entonces el Casino Municipal de Puerto Varas, solicitando la siguiente información: *“a. Nómina actualizada de trabajadores con contrato vigente al 11 de agosto de 2015, indicando al menos su nombre completo, RUT, fecha de contratación, cargo actual y cargo desempeñado, su remuneración bruta, y si fuera el caso, la empresa de subcontratación de servicios a la que pertenece. b. Nómina de asociaciones de trabajadores o sindicatos vigentes en su representada, con la individualización de sus dirigentes y participación respecto del total de trabajadores. c. Nómina y copia de convenios colectivos vigentes”* (véase, dispositivo de almacenamiento electrónico de fojas 3500, documento N° 21, acompañado por presentación de fojas 3501), con plazo hasta el 10 de junio de ese año para su entrega.

La solicitud de información fue reiterada por la SCJ el 4 de julio de 2019, mediante oficio reservado N° 857 (fojas 4635, acompañado por presentación de fojas 4812, documento N° 56), otorgando un nuevo plazo de cinco días hábiles para responder. Consta de los antecedentes acompañados a fojas 4812 que el 9 de julio de ese año, es decir, previo a la interposición de la demanda de autos, Jaco Pretorius, gerente general de Plaza Casino S.A., respondió a dicha solicitud entregando la información solicitada (fojas 4637, acompañado por presentación de fojas 4812);

Trigésimo primero: Que, el 11 de julio de 2019, se publica en el diario local El Llanquihue una entrevista a Robert Gillmore, representante abogado de Casino de Juegos Puerto Varas, filial de Sun Dreams en varias de las acciones referidas anteriormente. El abogado indica que, en su opinión, la SCJ entregó en forma errónea el permiso de casino de juegos en Puerto Varas y, por tanto, que lo considera ilegal y que espera que se anule la concesión otorgada a Enjoy y se adjudique tal permiso a la filial de Sun Dreams, o bien, que se realice una nueva convocatoria (dispositivo de almacenamiento electrónico de fojas 1, documento N° 33, acompañado por presentación de fojas 81);

Trigésimo segundo: Que, con ocasión de los hechos antes establecidos, se ha acreditado en autos la interposición de diversas acciones judiciales y administrativas, así como recursos por parte de las Demandadas contra los actos administrativos que otorgaron permisos de operación de casinos de juego en las comunas de Pucón y Puerto Varas, las que se resumen en el siguiente cuadro:

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

CUADRO N° 3
Acciones administrativas o judiciales mencionadas en la demanda

N°	Fecha	Acción administrativa o judicial	Comuna afectada	Sede	Resultado	Fecha del resultado
A9	28.06.2018	Reposición Art. 27 bis inciso primero contra RE N° 358 que adjudica permiso (fojas 1, documento N° 16).	Pucón	SCJ	Rechazado (fojas 1, documento N° 17)	10.07.2018
A10	28.06.2018	Reposición Art. 27 bis inciso primero contra RE N° 359 que adjudica permiso (fojas 1, documento N° 14).	Puerto Varas	SCJ	Rechazado (fojas 1, documento N° 15).	10.07.2018
A11	26.07.2018	Reclamo de ilegalidad contra RE N° 358 (fojas 1, documento N° 21).	Pucón	Ilma. Corte de Apelaciones de Santiago	Rechazado (fojas 1, documento N° 24)	29.05.2019
A12	26.07.2018	Reclamo de ilegalidad contra RE N° 359 (fojas 1, documento N° 18)	Puerto Varas	Ilma. Corte de Apelaciones de Santiago	Rechazado, con costas (fojas 1067, documento N° 2)	09.12.2019
A13	29.11.2018	Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en el marco de A11 (fojas 1, documento N° 22).	Pucón	Excmo. Tribunal Constitucional	Inadmisible (fojas 3501, documento N° 14).	14.01.2019
A14	29.11.2018	Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en el marco de A12 (fojas 1, documento N° 19)	Puerto Varas	Excmo. Tribunal Constitucional	Inadmisible (fojas 1, documento N° 20)	14.01.2019
A15	04.06.2019	Recurso de queja contra sentencia que rechazó A11 (fojas 1, documento N° 25)	Pucón	Excma. Corte Suprema	Rechazado (fojas 1067, documento N° 1)	30.10.2019

Fuente: Elaboración propia a partir de los documentos que rolan a fojas 1, 1067 y 3501.

Trigésimo tercero: Que, en el mismo sentido, se han acreditado las siguientes conductas relacionadas con los hechos en disputa, que las Demandantes califican como vías de hecho:

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

CUADRO N° 4
Vías de hecho mencionadas en la Demanda

N°	Fecha	Vía de hecho	Comuna relacionada
V1	04.06.2019	Carta al Seremi de la Región de la Araucanía (fojas 1, documento N° 28).	Pucón
V2	04.06.2019	Audiencia de <i>lobby</i> y Carta a la DOM de Pucón (fojas 1, documento N° 30 y fojas 1069, documento N° 14).	Pucón
V3	13.06.2019	Solicitud para participar de sesión del Consejo Resolutivo (fojas 1069, documento N° 26).	Puerto Varas
V4	04.07.2019	No entrega de nómina de trabajadores a SCJ (fojas 3501, documento N° 21 y fojas 4812, documentos N° 56 y N° 57)	Puerto Varas
V5	11.07.2019	Afirmaciones en diario local El Llanquihue (fojas 1, documento N° 33).	Puerto Varas

Fuente: Elaboración propia a partir de los documentos acompañados a la demanda, que rolan a fojas 1, fojas 1067 y 3501.

Trigésimo cuarto: Que, finalmente, consta en autos que el permiso de operación otorgado a Casino de Puerto Varas fue revocado por Resolución Exenta N° 169 de 10 de marzo de 2022, frente a lo cual, dicha sociedad interpuso reclamo de ilegalidad que fue rechazado por la Primera Sala de la Ilma. Corte de Apelaciones de Santiago. Contra esta última sentencia, Casino de Puerto Varas presentó recurso de queja, el que también fue rechazado el 4 de julio de 2024 (documento de fojas 5218, acompañado a fojas 5248);

C. EXCEPCIONES DE FALTA DE LEGITIMACIÓN PASIVA OPUESTAS POR SUN DREAMS S.A., CASINO DE JUEGOS PUCÓN S.A. Y CASINO DE JUEGOS PUERTO VARAS S.A.

Trigésimo quinto: Que, previo al análisis de la conducta acusada y el mercado relevante en que esta incidiría, procede pronunciarse sobre la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por Sun Dreams S.A. y sus filiales en sus contestaciones;

Trigésimo sexto: Que Sun Dreams S.A., empresa matriz del grupo, alega que no participó de la decisión de iniciar acciones legales contra las Demandantes. En efecto, señala que no se le ha imputado ninguna acción anticompetitiva concreta. Plantea que las Demandantes pretenden acomodar una teoría de supuestas presunciones legales que no existen en esta sede y generar la impresión de una posible presunción judicial que tampoco sería aplicable al caso. Indica que en Chile no existe una presunción legal ni judicial que permita

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

imputar a la matriz la decisión de las filiales. Por lo tanto, no pueden atribuirse o mirarse como equivalentes los actos realizados por una filial respecto de su sociedad matriz. Agrega que las Demandantes reconocen que tratándose de un caso de abuso de acciones judiciales o administrativas resulta necesario determinar si éstas han sido iniciadas por el competidor acusado, lo que se contradice con que Sun Dreams no haya iniciado dichas acciones, lo que deviene en la falta de legitimación pasiva;

Trigésimo séptimo: Que, para fundamentar su excepción, indica que en la reunión de directorio de Sun Dreams S.A. de 27 de junio de 2018 –la primera luego de publicados los resultados del proceso de adjudicación de los permisos– no se discutió la posibilidad de iniciar acciones (contestación Sun Dreams, fojas 444, documento N° 13, cuya versión pública se encuentra disponible a fojas 5295). Misma situación se replica en la sesión ordinaria de accionistas de 8 de agosto de 2018 (documento “Doc. 39. Sesión Ordinaria de Directorio Sun Dreams S.A. (08.08.2018)” en dispositivo de almacenamiento electrónico de fojas 855, acompañado por presentación de fojas 856). En conclusión, sostiene que no es posible afirmar que el directorio de Sun Dreams S.A. estaría involucrado en la conducta de litigación abusiva reclamada y que las filiales operan con autonomía en sus campos de negocio. Asimismo, argumenta que sus directores siempre han sido diferentes de aquellos que componen sus filiales y aporta documentos relativos a estados financieros y sesiones de su junta ordinaria de accionistas que, a su juicio, permitirían arribar a esta conclusión (dispositivo de almacenamiento electrónico de fojas 855, documentos N° 30 a 50, acompañados por presentación de fojas 856);

Trigésimo octavo: Que, por su parte, Casino de Juegos Pucón y Casino de Juegos Puerto Varas opusieron excepciones de falta de legitimación pasiva respecto de todas las acciones judiciales, administrativas y vías de hecho que digan relación con el procedimiento concursal para el otorgamiento de un permiso de operación de casinos para las comunas en que cada sociedad no participó (contestación filiales, fojas 545);

Trigésimo noveno: Que las Demandantes plantean en sus observaciones a la prueba que las defensas de la matriz para eludir la responsabilidad que le cabe se probaron falsas, improcedentes o ineptas (observaciones a la prueba Enjoy, fojas 3326 vuelta). Sostienen que Sun Dreams es una única unidad económica y que en autos se acreditó que: **(a)** la sociedad matriz controla a las filiales que participan en este juicio en un 100%; **(b)** el negocio principal en cuestión es la construcción, operación y administración de casinos de juego; **(c)** algunos de los principales ejecutivos de Sun Dreams S.A. tienen posiciones de dirección en las filiales, en particular, los tres directores de las filiales correspondían, a la época de los hechos, al gerente general, al gerente de administración y finanzas y al contralor de la sociedad matriz; y **(d)** el grupo económico tiene un interés

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

o propósito común (observaciones a la prueba Enjoy, fojas 3627). Respecto a la diferencia entre los directores de la matriz y sus filiales, plantea que este es un hecho irrelevante que no muestra independencia entre las sociedades (fojas 945, escrito de fojas 940). Enjoy afirma, además, que las filiales no gozan de real autonomía para determinar su conducta competitiva en el mercado (*ídem*). Añade que debe considerarse que, en atención a exigencias legales, los grupos empresariales que participan en la industria constituyen sociedades *ad hoc* para cada postulación, por lo que las filiales difícilmente podrían tener autonomía si fueron constituidas con el único objeto de competir por la adjudicación de un permiso de operación.

En suma, postula que atendido que Sun Dreams constituye una única unidad económica, resulta irrelevante que la sociedad matriz no haya tomado parte en los actos por los que desplegó el plan anticompetitivo y desleal en estudio, por lo que la excepción de falta de legitimación pasiva debe ser desechada (observaciones a la prueba Enjoy, fojas 3627);

Cuadragésimo: Que este Tribunal se ha referido previamente a la aplicación de la doctrina de la “única unidad económica”, en virtud de la cual varias entidades jurídicas distintas son tratadas como una sola, destacando para su análisis ciertos elementos que, sin ser copulativos, permiten discernir cuándo ésta debe ser aplicada, de modo que *“las decisiones que adopten las entidades que son jurídica y formalmente diferentes deben ser tratadas como una mera distribución de funciones al interior del mismo grupo empresarial y, por consiguiente, acciones como la de autos en que la filial ejecuta las instrucciones de su matriz podrían ser dirigidas, indistintamente, en contra de cualquiera de ellas”* (Sentencia N° 176/2021, c. 8°). En particular, se ha resaltado la existencia de una unidad de dirección o de interés común entre dos empresas relacionadas (v.g., sentencias N° 167/2019, c. 80°-81°; y N° 154/2016, c. 10°; y Excma. Corte Suprema, sentencia de 8 de abril de 2020, Rol N° 9361-2019, c. 2°) y el control o propiedad mayoritaria de una matriz sobre una filial (v.g., Sentencia N° 176/2021, c. 7° y 9°). En ese sentido, se ha resuelto, en relación con esta doctrina, que *“desde el punto de vista de la libre competencia lo relevante es determinar si una sociedad tiene o no la capacidad de adoptar decisiones competitivas en el mercado como un agente autónomo o independiente del grupo empresarial de que forma parte”* (sentencias N° 139/2014, c. 294° y N° 103/2010, c. 46°);

Cuadragésimo primero: Que, en ese orden de ideas, en primer lugar, cabe tener presente que las sociedades filiales de Sun Dreams demandadas en autos fueron constituidas en virtud de lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley de Casinos, que dispone que sólo podrán optar a un permiso de operación las sociedades anónimas cerradas constituidas en Chile, y su letra g) indica que *“[e]l domicilio de la sociedad deberá corresponder al lugar en que se explotará el*

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

casino de juego cuya autorización de operación se solicita". De esta manera, la sociedad matriz debe necesariamente constituir filiales en las comunas en que postulará para poder optar al permiso de operación. Así, la misma Sun Dreams S.A. indicó al contestar la demanda que *"se involucra exclusivamente al momento de determinar respecto de qué licitación sería conveniente participar"* (fojas 451), lo que da cuenta de que la filial se crea a raíz de la decisión de la matriz, empresa que determina las condiciones de la oferta que la primera presenta en la licitación;

Cuadragésimo segundo: Que, en segundo lugar, de los antecedentes allegados a autos se da cuenta que Sun Dreams S.A. tiene el 99,9 % de la propiedad de las filiales y exclusiva (y un 100% si se toma en consideración el porcentaje restante de una empresa relacionada). En efecto, se demostró **(a)** que la matriz ostenta un 99,9% de la propiedad de ambas filiales demandadas mientras que la sociedad Casinos del Sur SpA cuenta con el 0,1% restante (documentos "2. CONSTITUCION CASINO DE JUEGOS PUERTO VARAS S.A." y "3. CONSTITUCION - CASINO DE JUEGOS PUCON S.A.", ubicados en la carpeta de fojas 2624, exhibidos por Sun Dreams S.A. según acta de fojas 2565); y **(b)** que Dreams S.A., que pasó a llamarse Sun Dreams luego de fusionarse con Novosun S.A. (documento "1. NUEVOS PODERES SUNDREAMS S.A. 20-09-16.pdf", que rola a fojas 2624, agregado por certificado de fojas 2625), suscribió el 100% de las acciones de Casinos del Sur SpA (documento "4. CONSTITUCIÓN CASINOS DEL SUR SPA", ubicado en dispositivo de almacenamiento electrónico de fojas 2624, agregado por certificado de fojas 2625, exhibido por Sun Dreams S.A. según acta de fojas 2565);

Cuadragésimo tercero: Que, en tercer lugar, se ha acreditado que los ejecutivos centrales de Sun Dreams S.A. formaban parte del directorio de las filiales, durante la época de las conductas acusadas. Así, **(i)** Jaime Wilhelm Giovine, gerente general de la matriz entre al menos septiembre de 2016 y marzo de 2020, fue designado como director provisorio de las filiales hasta la primera junta ordinaria de accionistas, calidad que mantuvo hasta al menos junio de 2021; **(ii)** Claudio Tessada Pérez, gerente de administración y finanzas de la matriz durante el mismo período, también fue director provisorio de las filiales hasta la misma fecha que el señor Wilhelm, y además se desempeñó como gerente general de cada filial; y **(iii)** Francisco de Nordenflytch Bresky, contralor de la matriz dentro del período previamente indicado, fue igualmente designado como director provisorio de las filiales durante la misma época. Todo lo anterior se resume en el siguiente cuadro:

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

CUADRO N° 5
Relación entre ejecutivos de la matriz y filiales de Sun Dreams,
entre 2017 y 2019

Ejecutivo	Función en matriz de Sun Dreams	Función en filiales de Sun Dreams en Pucón y Puerto Varas
Jaime Wilhelm Giovine	Gerente general	Miembro del directorio
Claudio Tessada Pérez	Gerente de administración y finanzas	Miembro del directorio y gerente general
Francisco de Nordenflytch Bresky	Contralor	Miembro del directorio

Fuente: Elaboración propia a partir de documentos “1. NUEVOS PODERES SUNDREAMS S.A. 20-09-16”, “5. Memoria Anual 2018” y “6. Listado CMF - gerentes, ejecutivos principales Sun Dreams S.A.”, en dispositivo de almacenamiento electrónico de fojas 2624; documentos “1. CERTIFICADO CASINO DE JUEGOS PUERTO VARAS S.A. 17.06 – Firmado” y “2. CERTIFICADO CASINO DE JUEGOS PUCON S.A. - 17.06 – Firmado”, en dispositivo de almacenamiento electrónico de fojas 3029, exhibidos en audiencia cuya acta se encuentra a fojas 2858; y documentos “3. EP. Sesión de Directorio Casino de Juegos Puerto Varas S.A. (06.10.2016)” y “4. EP. Sesión de Directorio Casino de Juegos Pucón S.A. (02.11.2016)”, en dispositivo de almacenamiento electrónico de fojas 3029, exhibidos en audiencia cuya acta se encuentra a fojas 2858.

Cuadragésimo cuarto: Que, por último, no puede pasar desapercibido que **(a)** por un lado, la prueba instrumental acompañada al proceso da cuenta de que la matriz declaró en sus estados financieros de junio de 2018 que “[l]as filiales son entidades controladas por el Grupo. (...) El Grupo controla a una entidad cuando está expuesto, o tiene derecho, a rendimientos variables procedentes de su implicación en la participada y tiene la capacidad de influir en esos rendimientos a través de su poder sobre ésta” (dispositivo de almacenamiento electrónico de fojas 855, documento N° 30, acompañado por presentación de fojas 856), y luego informó en sus estados financieros de diciembre del mismo año que “el Grupo presentó reclamo judicial en contra de la resolución de la SCJ por ilegalidad de los procesos de licitación de los casinos de Puerto Varas y Pucón, interponiendo en consecuencia un recurso de reclamación ante la I. Corte de Apelaciones de Santiago” (dispositivo de almacenamiento electrónico de fojas 355, documento N° 5 acompañado por presentación de fojas 356; y dispositivo de almacenamiento electrónico de fojas 855, documento N° 32, acompañado por presentación de fojas 855); y **(b)** por otro lado, según se describió en la consideración vigésimo tercera, fue un hecho establecido en la causa que Raúl Ramírez Rebolledo, gerente de infraestructura de Sun Dreams S.A., envió una carta a la DOM de Pucón con observaciones relativas al proyecto de Enjoy en esa comuna, y que ese mismo día se llevó a cabo una audiencia de *lobby* entre la matriz y una funcionaria de dicha DOM, donde la materia tratada fue “revisar situación de proyecto Enjoy casino”;

Cuadragésimo quinto: Que, de esta forma, los antecedentes aportados en autos permiten presumir que Sun Dreams es el núcleo de toma de decisiones

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

que incide en las filiales desde el momento de su constitución –al ser la matriz quien las constituye para efectos de postular a un permiso y desenvolverse así en el mercado– hasta su actuar en las respectivas comunas, al contar con una dirección en común, lo que se plasma en que las Demandadas compartan ejecutivos en cargos relevantes que guíen a un actuar coordinado entre matriz y filiales, con el fin de velar por los intereses del grupo empresarial como una única entidad en el ámbito competitivo. Así, no se observa un desenvolvimiento individual de cada filial, máxime si la misma matriz participó directamente de los hechos acusados, apoyando la tesis de su filial en Pucón y proporcionando argumentación al respecto.

Así, sólo puede concluirse que las filiales son controladas por Sun Dreams S.A., que ellas no operan de manera independiente en el mercado, teniendo en consideración su carácter instrumental para que ese grupo empresarial pueda explotar un casino de juego en una comuna en particular. Por lo tanto, la excepción opuesta por Sun Dreams S.A. debe ser desechada;

Cuadragésimo sexto: Que, asimismo, en relación con la excepción opuesta por las filiales de Sun Dreams, Casino de Juegos Puerto Varas y Casino de Juegos Pucón, cabe colegir que, en virtud de lo expuesto y razonado precedentemente, esta excepción también debe ser rechazada;

**D. EXCEPCIÓN DE FALTA DE LEGITIMACIÓN ACTIVA DE ENJOY
OPUESTA POR CASINO DE JUEGOS PUCÓN S.A. Y CASINO DE
JUEGOS PUERTO VARAS S.A.**

Cuadragésimo séptimo: Que, además, las filiales de Sun Dreams alegaron la falta de legitimación activa de Enjoy, por cuanto esta no ha participado en las acciones judiciales o administrativas y vías de hecho que se denuncian (contestación filiales Sun Dreams, fojas 544);

Cuadragésimo octavo: Que, al respecto, las Demandantes plantearon que esta excepción debe ser rechazada por cuanto el conflicto de autos es uno entre dos grupos económicos donde la participación de las filiales responde a la forma en que dichos grupos participan en los distintos mercados relevantes geográficos en particular. Además, Enjoy en su calidad de matriz del grupo económico demandante se encuentra legitimada, pues, aun prescindiendo de la doctrina de la única unidad económica, ha sido afectada por los actos de competencia desleal desplegados por Sun Dreams toda vez que una revocación de los permisos de operación afectaría su patrimonio (observaciones a la prueba Enjoy, fojas 3638);

Cuadragésimo noveno: Que en esta sede se ha fallado que el interés para interponer una acción privada –o demanda– por infracción al D.L. N° 211 se adquiere al tener la calidad de sujeto pasivo inmediato de la conducta imputada

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

que pueda constituir una infracción a este, para lo cual, además, dicho sujeto pasivo debe participar actual o potencialmente en el o los mercados afectados (sentencias N° 180/2022, N° 98/2010 y N° 156/2017). En particular, sobre esta materia, la Sentencia N° 98/2010 indicó que “(...) *para que un agente económico pueda ser considerado víctima directa de un atentado en contra de la libre competencia, ha de participar actual o potencialmente en el mercado que es directamente afectado por la presunta actividad anticompetitiva de otro agente económico (...)*”. Posteriormente, la Sentencia N° 156/2017 refrendó lo anterior, al indicar que: “*al respecto, la Sentencia N° 98/2010 señala que el demandante particular debe tener la calidad de sujeto pasivo inmediato de una conducta determinada que pueda constituir una infracción al D.L. N° 211, para lo cual debe participar actual o potencialmente en el o los mercados afectados*” (c. 16°);

Quincuagésimo: Que Enjoy expone que ha actuado como demandante atendida su calidad de sociedad matriz en Chile y última controladora de Enjoy Gestión Ltda., Casino del Lago S.A. y Casino de Puerto Varas S.A. y, adicionalmente, por sus filiales directamente afectadas (Demanda, fojas 94);

Quincuagésimo primero: Que, siguiendo el razonamiento expuesto en la sección precedente, teniendo en consideración que las filiales de Enjoy no operan autónomamente, sino que son controladas por ella y forman parte de una unidad económica, Enjoy goza de la legitimidad suficiente para comparecer como demandante en representación de su propio interés –afectado en última instancia por las conductas reprochadas– así como el de sus filiales, toda vez que actúan como unidad económica. Por estas razones, la excepción opuesta será rechazada;

E. MERCADO RELEVANTE Y POSICIÓN DOMINANTE

E.1. Marco normativo

Quincuagésimo segundo: Que en 2005 se dictó la Ley N° 19.995. Esta ley define al casino de juego como “*el establecimiento, inmueble o parte de un inmueble, consistente en un recinto cerrado, en cuyo interior se desarrollarán los juegos de azar autorizados, se recibirán las apuestas, se pagarán los premios correspondientes y funcionarán los servicios anexos. Lo anterior es sin perjuicio de lo señalado en el artículo 63*” (artículo 3° letra c).

La Ley de Casinos establece que esta actividad requiere de un permiso especial, que corresponde a “*la autorización que otorga el Estado, a través de la Superintendencia, para explotar un casino de juego, incluidas en él las licencias de juego y los servicios anexos*” (Ley de Casinos, artículo 3° letra e).

El Título IV de la Ley de Casinos regula el permiso de operación y su otorgamiento. El artículo 16 de la citada ley dispone que sólo podrán autorizarse

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

y funcionar “hasta 24 casinos de juego en el territorio nacional, previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que establece la presente ley; uno en cada una de las regiones del país y el resto a ser distribuidos a nivel nacional, no pudiendo autorizarse la instalación de más de tres casinos de juegos en una misma región. Con todo, en la Región Metropolitana no se podrá autorizar la instalación de casinos de juegos”. Asimismo, establece que no podrá autorizarse la instalación de nuevos casinos de juego a una distancia vial inferior a 70 kilómetros, sea entre ellos o respecto de otros en actual funcionamiento.

El artículo 19 describe el procedimiento para el otorgamiento de permisos de operación o renovación de éstos, según corresponda. El proceso considera la elaboración de bases técnicas por parte de la Superintendencia, que deben cumplir las sociedades postulantes para ser evaluadas, y la entrega de **(a)** una oferta técnica, que contiene, entre otros aspectos, el proyecto integral, su plan de operación, el cronograma de ejecución y el programa de inversiones directas y complementarias del proyecto (artículos 3° letra l) y 20); y **(b)** una oferta económica, que corresponde al monto de dinero expresado en UF, ofrecido por la sociedad postulante, que se pagará anualmente a la municipalidad correspondiente a la comuna en que se ubique el casino (artículo 3° letra k).

Por su parte, el artículo 25 dispone que “[p]ara obtener un permiso de operación se debe alcanzar, al menos, el 60% de la suma total de los puntajes ponderados establecidos en el reglamento y, a su vez, haber presentado la oferta económica más alta. El empate de las ofertas técnicas y económicas deberá ser dirimido conforme a lo establecido en el reglamento”. El artículo 5° del Reglamento de Casinos, regula en detalle el procedimiento de obtención de los permisos;

Quincuagésimo tercero: Que el inciso 3° del artículo 26 de la Ley de Casinos señala que el permiso de operación se otorgará por un plazo de quince años contados desde la entrega de un certificado expedido por la Superintendencia, en el que conste que el operador se encuentra en condiciones de iniciar la operación del casino de juego;

Quincuagésimo cuarto: Que el artículo 27 de la referida ley contempla el régimen recursivo respecto de las resoluciones de evaluación y otorgamiento, denegación o renovación de los permisos de operación, el cual consiste en: **(a)** recurso de reposición contemplado en el artículo 10 de la Ley N° 18.575 orgánica constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (“LOCBGAE”), en el plazo de cinco días hábiles contado desde el día siguiente a la notificación de la respectiva resolución, teniendo la Superintendencia diez días hábiles para resolverlo (inciso primero); y, **(b)** reclamación ante la Corte de Apelaciones de Santiago, dentro del plazo de diez días hábiles contado desde la notificación, en caso de estimar que las resoluciones de la Superintendencia no se ajustan a la ley, a los reglamentos o disposiciones que le corresponda aplicar (inciso segundo).

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

El inciso tercero del mismo artículo 27 señala que por la interposición del reclamo no se suspenderán los efectos del acto reclamado, ni podrá la Corte decretar medida alguna con ese objeto mientras se encuentre pendiente la reclamación.

Por su parte, el artículo 28 dispone que la *“sociedad deberá desarrollar el proyecto integral autorizado dentro del plazo establecido en el plan de operación, el cual no podrá exceder de dos años contados desde la publicación de la resolución que otorga el permiso de operación. Lo anterior, sin perjuicio que, antes del vencimiento del referido plazo, la sociedad hubiere obtenido de la Superintendencia una prórroga, la que sólo podrá otorgarla por razones fundadas. Vencido el plazo o la prórroga, sin que se haya dado cumplimiento a las actividades correspondientes, el permiso de operación se entenderá revocado para todo efecto, no pudiendo aquél solicitarse nuevamente por el mismo peticionario sino una vez transcurrido tres años, contados desde el vencimiento del respectivo plazo o de la prórroga, según corresponda”*. En este caso, además, la Superintendencia hará efectiva la boleta de garantía entregada por la sociedad adjudicada a la que le fue revocada el permiso;

Quincuagésimo quinto: Que el Reglamento de Casinos regula algunos aspectos posteriores al otorgamiento de los permisos. En particular, su artículo 47 letra b) indica que la prórroga para la ejecución del casino, que puede otorgar la Superintendencia a solicitud de la sociedad adjudicada, no puede exceder los 12 meses, debiendo renovarse oportunamente las respectivas garantías.

Asimismo, el inciso primero del artículo 48 de dicho reglamento señala que *“el Consejo Resolutivo, a proposición de la Superintendencia, podrá excepcionalmente aprobar modificaciones al proyecto autorizado, en el tiempo que media entre el otorgamiento del permiso de operación y la respectiva certificación, en la medida que dichas modificaciones propuestas no signifiquen reducir, disminuir, restringir o atenuar las condiciones, cualitativas y/o cuantitativas que se establecieron en el permiso de operación, teniendo en consideración los fundamentos del otorgamiento del permiso de operación correspondiente y lo dispuesto en el artículo 23 Nos 1 y 2 de la ley N° 19.995. En caso de aumento en el monto de la inversión total del proyecto, deberá ser igualmente caucionado de modo de dar estricto cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 46 de este reglamento”*;

Quincuagésimo sexto: Que, finalmente, el Título V le confiere a la Superintendencia la atribución de otorgar, denegar, renovar y revocar los permisos de operación de casinos de juego (artículo 37). Señala, además, que esta atribución corresponde exclusivamente a su Consejo Resolutivo, sobre la base de la proposición que al efecto le formule el Superintendente (artículo 38);

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Quincuagésimo séptimo: Que, sin perjuicio de lo anterior, el artículo segundo transitorio de la Ley de Casinos establece que los casinos de juego en operación al momento de su publicación continuaban rigiéndose por las normas legales, administrativas y contractuales que les son propias, hasta la fecha en que el respectivo contrato de concesión o su prórroga o renovación, vigentes a esa misma fecha, se extinga definitivamente por cualquier causa. En esta situación estaban los casinos ubicados en las comunas de Arica, Iquique, Coquimbo, Viña del Mar, Pucón, Puerto Varas y Puerto Natales.

Con todo, el artículo tercero transitorio de la misma Ley de Casinos estableció que esas leyes “*se entenderán derogadas desde la fecha en que las concesiones amparadas por dichas leyes se extingan definitivamente por cualquier causa y, en todo caso, a partir del 1 de enero de 2018*”, estableciéndose que el proceso de asignación de las futuras concesiones se desarrollaría de la misma forma y condiciones que las descritas en los considerandos anteriores, con ciertas excepciones;

Quincuagésimo octavo: Que, finalmente, la Resolución Exenta N° 176, de 5 de mayo de 2016, de la Superintendencia (“RE N° 176”) que aprueba condiciones especiales determinadas por el Consejo Resolutivo para las comunas de Arica, Iquique, Coquimbo, Viña del Mar, Pucón, Puerto Varas y Puerto Natales, en relación con el artículo tercero transitorio de la Ley de Casinos, estableció condiciones especiales para el otorgamiento del permiso de operación en dichas comunas. Entre ellas, destaca que para las comunas de Pucón y Puerto Varas se exigió que la infraestructura correspondiera a un hotel de al menos cuatro y cinco estrellas, respectivamente, y que, en ambas, al menos un 80% de los trabajadores que se desempeñaban para el actual concesionario continuaran prestando servicios (véanse, puntos 5 y 6 de la referida resolución);

E.2. Mercado relevante

Quincuagésimo noveno: Que Enjoy señala que los mercados relevantes en los que concurrieron las acciones acusadas corresponden a la “*prestación de servicios de juegos de azar autorizados por ley en casinos y sus anexos –perspectiva del producto– en la zona de exclusión vial de 70 kilómetros*” alrededor de los casinos de Pucón y de Puerto Varas (fojas 155-156). Precisa que, para Pucón, aun de considerarse un área de influencia mayor e incluir al casino de Sun Dreams en Temuco, sus conclusiones no cambiarían, y que, para Puerto Varas, no sería plausible la competencia con los casinos ubicados en Osorno o Chiloé;

Sexagésimo: Que Enjoy acompañó un informe económico elaborado por Juan Pablo Montero y Fernando Coloma (fojas 3155), el que define el mercado relevante en el que se enmarca la Demanda como aquel que incluye “*únicamente a la provisión de servicios de juegos de azar por parte de casinos de juegos legales*”, incluyendo sus servicios anexos (pp. 20-23). En lo que respecta a la dimensión

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

geográfica del mercado, los autores indican que no observan que existan grupos urbanos importantes emplazados en una zona tal que otros casinos de juego puedan ejercer presión competitiva, por lo que corresponde circunscribirse a las áreas de influencia centradas en los casinos de las comunas de Pucón y Puerto Varas (pp. 23-34);

Sexagésimo primero: Que, por su parte, si bien Sun Dreams S.A. no discrepa de la definición de mercado relevante de Enjoy, señala que su participación sólo podría ser evaluada a nivel nacional (fojas 451-452). Las filiales de Sun Dreams agregan que la *“competencia se produce en el contexto del procedimiento de otorgamiento del permiso para adjudicarse la explotación de un casino distinto en cada uno de esos radios geográficos”* (fojas 492-493).

Las filiales de Sun Dreams acompañaron al proceso un informe económico elaborado por Patricio Arrau Pons (que rola a fojas 4730, acompañado por presentación de fojas 4812, documento N° 61). El autor discrepa de la definición de mercado relevante de las Demandantes, señalando que en realidad *“corresponde al que define el proceso licitatorio de los respectivos permisos de operación para la provisión de juegos de azar y sus servicios anexos y complementarios en las comunas de Pucón y Puerto Varas”*. Especifica que en estos casos la competencia se ejecuta de forma *ex ante* o “por la cancha”, de manera que no existe competencia *ex post* o “en la cancha”. Así, el grado de rivalidad competitiva depende únicamente del Reglamento de Casinos y de las respectivas bases del concurso, sin que exista un área de influencia común con otro casino que comparta clientes que puedan trasladarse a uno u otro (fojas 4762-4763);

Sexagésimo segundo: Que, siguiendo la jurisprudencia de este Tribunal en el contexto de licitaciones (v.g., sentencias N° 196/2024, c. 82°; N° 186/2023, c. 138°; y N° 168/2019, c. 10° y 11°), cuando la SCJ licita los permisos de operación de casinos de juego, lo hace como un ente regulador que asigna derechos o recursos escasos, reemplazando la competencia *en el* mercado por competencia *por el* mercado, para que el adjudicatario sirva un mercado de manera monopólica por un período de tiempo. En casos como este, el mercado relevante es precisamente la licitación (Sentencia N° 138/2014, c. 10°), tal como es señalado por el Informe Arrau de las filiales de Sun Dreams;

Sexagésimo tercero: Que, en efecto, el permiso de operación de un casino de juego **(a)** es un derecho o recurso escaso, por cuanto sólo podrán autorizarse y funcionar hasta 24 casinos de juego en el territorio nacional, con un máximo de tres casinos en una misma región y sin que su instalación esté permitida dentro de la Región Metropolitana; **(b)** se otorga para ser explotado de manera monopólica, en atención a que el permiso de operación habilita la explotación de un casino de juego en una comuna en particular, sin que pueda emplazarse otro casino a una distancia vial de menos de 70 kilómetros; **(c)** se otorga por un

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

período de 15 años desde que el adjudicatario se encuentre en condiciones de iniciar la operación del casino; y, **(d)** se adjudica mediante una licitación competitiva a través de una propuesta que considera el atractivo del proyecto para la comuna y el monto a pagar a la municipalidad correspondiente (véanse, los artículos 16, 26 y 29 de la Ley N° 19.995);

Sexagésimo cuarto: Que, por consiguiente, las conductas acusadas inciden en dos mercados relevantes distintos, que corresponden a las licitaciones convocadas para adjudicar los permisos de operación de casinos de juego ubicados en las comunas de Pucón y de Puerto Varas, respectivamente;

Sexagésimo quinto: Que Sun Dreams S.A. esgrime que no participa del mercado relevante, ya que no es un competidor directo de las filiales aguas abajo y tampoco es un agente del mismo. En ese sentido, se involucra exclusivamente al momento de determinar en cuáles licitaciones sería conveniente participar, donde compite a nivel nacional y de forma técnica y económica según las normas aplicables. Así también lo habrían indicado las Demandantes en sus memorias anuales de 2008 y 2015 (dispositivo de almacenamiento electrónico de fojas 567, documentos N° 14 y N° 15, acompañados por presentación de fojas 568). Adicionalmente, indica que su participación sólo podría ser evaluada a nivel nacional, donde no podría detentar ni alcanzar una posición dominante. Resalta que posee, a la fecha de su contestación, un 27% del número total de casinos de juego en el país, lo que es insuficiente para dañar o poner en riesgo la libre competencia, máxime si Sun Dreams no tiene la capacidad de asegurar su participación en el mercado de forma permanente. Sobre esto último, señala que se trata de un mercado altamente desafiante, sin barreras a la entrada ni costos hundidos importantes, cuyos permisos duran 15 años y luego vuelven a ser licitados, y que en 2023 serían licitados cinco casinos operados por sus filiales (fojas 451-455). Ambos puntos los complementa acompañando memorias anuales y estadísticas de la industria de casinos (fojas 644);

Sexagésimo sexto: Que, por su parte, el Informe Montero & Coloma acompañado por las Demandantes a fojas 3155 señala que no detectaron motivaciones alternativas de Sun Dreams para justificar las prácticas acusadas, más que las de mantener y alcanzar una posición dominante en las comunas de Pucón y Puerto Varas, respectivamente, de forma ilegítima. Así, resultaría muy probable que, si Enjoy perdiera los permisos de operación de dichas comunas, eventualmente Sun Dreams se los adjudique. Agrega que, en el caso de Puerto Varas, el sólo retraso en la entrada en operaciones de Enjoy tiene como efecto inmediato que Sun Dreams prolongue su posición dominante (versión pública definitiva contenida en dispositivo de almacenamiento electrónico de fojas 3312, agregado por certificado de fojas 3313, pp. 38-47). Estos mismos

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

argumentos fueron replicados por Enjoy en sus observaciones a la prueba de fojas 3618-3620);

Sexagésimo séptimo: Que, como se aprecia, la argumentación de Sun Dreams S.A. se sustenta en las mismas razones que fundan su excepción de falta de legitimación pasiva, la que fue desestimada en la sección D *supra*, toda vez que Sun Dreams S.A. y sus filiales constituidas para participar en las licitaciones de Pucón y Puerto Varas actúan como una única unidad económica. Así, no es posible concluir que la matriz no participa del mercado relevante de autos, en tanto ella misma afirma que interviene en el proceso de postulación para permisos de operación, que es precisamente aquella instancia en donde se compite *por el* mercado.

En segundo lugar, resulta efectivo que toda acción destinada a revocar los permisos de Enjoy en Pucón y Puerto Varas implicaría ya sea la adjudicación del permiso al postulante que obtuvo el segundo lugar, en ambos casos, las filiales de Sun Dreams, ya sea, volver a licitar un permiso de operación de casino de juegos para dichas comunas, permitiendo a Enjoy –y a cualquier otro oferente– *alcanzar* o acceder al monopolio local que se licita en un nuevo concurso. Sumado a lo anterior, Sun Dreams ya se encontraba operando un casino municipal en Puerto Varas y, según consta en el artículo 3° transitorio de la Ley de Casinos, “[l]os casinos de juego que a la fecha de entrada en vigencia de esta ley se encuentren en actual operación en razón de una concesión municipal, podrán seguir operando (...) hasta la fecha en que se dé inicio a la operación de los nuevos permisos otorgados”. De este modo, cualquier retraso en el inicio de operación del proyecto de Enjoy, contribuye a *mantener* el monopolio de Sun Dreams en la zona, toda vez que sigue operando el casino de la comuna.

Por lo anterior, para efectos del análisis de las conductas acusadas en autos, que dicen relación con los procesos licitatorios de las comunas de Pucón y Puerto Varas, no resulta atingente examinar la desafiabilidad del mercado relevante ni la participación de Sun Dreams a nivel nacional, en tanto siempre que una sociedad se adjudique un permiso de operación, va a detentar la explotación exclusiva de un casino de juego en una comuna en particular por el período definido por la ley;

Sexagésimo octavo: Que, en conclusión, las conductas imputadas tuvieron la aptitud objetiva para que Sun Dreams pudiera (a) *alcanzar* u obtener el monopolio relativo a la explotación de un casino de juego en Pucón; y (b) *mantener* el mismo monopolio local en relación con el casino emplazado en la comuna de Puerto Varas;

F. ANÁLISIS DE LAS CONDUCTAS IMPUTADAS

F.1. Relación entre ilícitos de competencia y los de competencia desleal

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Sexagésimo noveno: Que, a continuación, se revisarán las conductas establecidas en autos, a fin de determinar si constituyen o no una infracción a las normas de defensa de la libre competencia.

A juicio de Enjoy, las distintas conductas desarrolladas por las Demandadas, analizadas en su conjunto, configuran una infracción a la letra c) del inciso segundo del artículo 3° del D.L. N° 211, por estar destinadas a entorpecer el ingreso de un nuevo agente al mercado relevante, y también al inciso primero del mismo artículo, porque habrían impedido, restringido o entorpecido la libre competencia;

Septuagésimo: Que, para el correcto análisis de los hechos establecidos en el proceso es necesario, previamente, determinar la relación entre el ilícito establecido en la letra c) del inciso segundo del artículo 3° del D.L. N° 211 y el inciso primero de la misma norma, así como el estándar aplicable para establecer la existencia de los ilícitos imputados;

Septuagésimo primero: Que las infracciones al derecho de la competencia están descritas en el artículo 3° del D.L. N° 211, el cual dispone, en lo pertinente:

“Artículo 3°.- 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:

a) Los acuerdos o prácticas concertadas que involucren a competidores entre sí, y que consistan en fijar precios de venta o de compra, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado o afectar el resultado de procesos de licitación, así como los acuerdos o prácticas concertadas que, confiriéndoles poder de mercado a los competidores, consistan en determinar condiciones de comercialización o excluir a actuales o potenciales competidores.

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.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

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

d) La participación simultánea de una persona en cargos ejecutivos relevantes o de director en dos o más empresas competidoras entre sí, siempre que el grupo empresarial al que pertenezca cada una de las referidas empresas tenga ingresos anuales por ventas, servicios y otras actividades del giro que excedan las cien mil unidades de fomento en el último año calendario. Con todo, sólo se materializará esta infracción si transcurridos noventa días corridos, contados desde el término del año calendario en que fue superado el referido umbral, se mantuviere la participación simultánea en tales cargos”;

Septuagésimo segundo: Que la referida disposición establece un supuesto infraccional amplio en su inciso primero, junto a cuatro casos ejemplares en su inciso segundo, como denota la frase “entre otros”, incluida en su encabezado (vid., sentencias N° 160/2017, N° 167/2019, N° 172/2020 y N° 185/2023). Corresponde, por tanto, establecer cuál es el sentido de la estructura utilizada por el legislador. Una primera opción es la seguida por Valdés, quien, sobre la base de la tesis de que los ilícitos de competencia requieren de antijuridicidad y culpabilidad, afirma que las conductas del inciso segundo del artículo 3° corresponden a meros ejemplos del tipo general del inciso primero, no debiendo considerarse ni siquiera como presunciones (Valdés, D. *Libre Competencia y Monopolio*. Santiago: Editorial Jurídica, 2006, pp. 390-391). Con todo, de seguirse esa tesis, no tendría sentido analizar los supuestos de hecho contenidos en el inciso segundo, pues cualquier conducta –sea o no subsumible en ellos– debiera revisarse igualmente bajo el supuesto genérico del inciso primero. Una interpretación alternativa es considerar los supuestos del inciso segundo ya sea como presunciones de conductas que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia –simplemente legales o incluso de derecho en algunos casos–, ya sea como infracciones a la libre competencia independientes. Esta segunda alternativa resulta más coherente con la estructura normativa utilizada por el legislador, pues la primera priva de sentido a las circunstancias referidas en el inciso segundo, contradiciendo las reglas de la hermenéutica.

A mayor abundamiento, esta misma opción interpretativa ha sido utilizada por la Excma. Corte Suprema en relación con la Ley N° 20.169, de Competencia Desleal (“LCD”), que utiliza una técnica legislativa análoga al D.L. N° 211, esto es, un ilícito general (Ley N° 20.169, artículo 3°), seguido de tipos específicos (enumerados en el artículo 4° de la misma ley). Así, se ha resuelto que debe recurrirse al ilícito genérico “cuando no exista un tipo específico de deslealtad aplicable” y que las conductas establecidas en el artículo 4° de la Ley N° 20.169 “son expresión de la conducta genérica descrita en la cláusula general, que comprende dos elementos, i) se trata de una conducta contraria a la buena fe o a

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

las buenas costumbres y ii) tal conducta persigue desviar clientela de un agente de mercado, a través de medios ilegítimos. Dicho en otros términos, la norma establece una presunción en el sentido que las conductas que describe en el artículo 4°, son contrarias a la buena fe o a las buenas costumbres y persiguen desviar clientela de un agente de mercado, de manera que basta con acreditar el tipo específico que se invoca, para entender que se está ante un acto de competencia desleal” (Excma. Corte Suprema, sentencia de 31 de agosto de 2021, Rol N° 20.987-2020, c. 6°; Excma. Corte Suprema, 21 de noviembre de 2016, Rol N° 15.897-2015, c. 6°);

Septuagésimo tercero: Que la letra c) del inciso segundo del artículo 3° del D.L. N° 211 sanciona la realización de *“prácticas predatorias, o de competencia desleal, realizadas con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante”*. Ante todo, respecto de las *“prácticas predatorias, o de competencia desleal con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante”* el legislador refiere al *objetivo perseguido* al desarrollar ciertas conductas. En un sentido, para que se configure la infracción establecida en la letra c), se requiere una precalificación de la antijuridicidad de la conducta, sin perjuicio de que para que se configure la infracción al derecho de la competencia las conductas deben haber sido ejecutadas con el objetivo allí señalado.

En principio, las estrategias comerciales de una empresa, por agresivas que sean, son lícitas aun cuando generen un daño a un competidor, con el límite de la competencia desleal, la cual corresponde a un ilícito civil, esto es, con repercusiones únicamente patrimoniales entre privados.

Por su parte, la Ley N° 20.169 en su artículo 3° define la competencia desleal como la *“conducta contraria a la buena fe o a las buenas costumbres que, por medios ilegítimos, persiga desviar clientela de un agente del mercado”*, para luego consignar, en su artículo 4°, una serie de figuras típicas, utilizando –como se señaló– la misma estructura que el D.L. N° 211 (*“se considerarán actos de competencia desleal los siguientes:”*). Como se aprecia, la definición legal de competencia desleal es análoga a la de abuso y, a su vez, presenta caracteres comunes con las nociones de dolo y culpa grave. Con todo, la competencia desleal es un ilícito civil, que afecta relaciones entre particulares; para que una conducta de competencia desleal constituya un ilícito de libre competencia, necesariamente debe vincularse a un debilitamiento de las condiciones de competencia y a un resultado lesivo del bienestar de los consumidores (o bien, que la conducta tenga la aptitud para producir ese resultado), esto es, el que a través de ella, un agente alcance, mantenga o incremente una posición dominante (i.e., el objetivo establecido en la letra c) del inciso 2° del artículo 3° del D.L. N° 211). Es precisamente el que la conducta se realice en función de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante lo que torna a la conducta de competencia desleal en una que puede lesionar u otorgarle la aptitud para lesionar el bien jurídico libre competencia.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

En este contexto normativo, el ilícito establecido en la letra c) requiere invocar un estatuto distinto al D.L. N° 211 –en particular, el que regula la competencia desleal– para la calificación de la conducta de que se trate. En otras palabras, el hecho que la LCD determine que una conducta constituye competencia desleal es indicativo de que, por ese solo hecho, es una conducta antijurídica, sin perjuicio de la necesidad de referirse a la aptitud objetiva de la o las conductas para alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante del agente o, en este caso, su monopolio local según se explicó *supra*, para que sean consideradas ilícitas en esta sede;

F.2. Imputación de abuso de acciones judiciales

Septuagésimo cuarto: Que parte de las conductas imputadas a las Demandadas se superponen con la figura de competencia desleal expresamente descrita en la letra g) del artículo 4° de la Ley N° 20.169, por cuanto se ha alegado el ejercicio manifiestamente abusivo de acciones judiciales. Luego, para determinar si las conductas corresponden a ilícitos de competencia desleal, deben aplicarse los requisitos establecidos por el legislador para esa conducta –esto es, un hecho voluntario, subsumible, ya sea en el ilícito genérico del artículo 3°, ya sea en una de las figuras del artículo 4°– toda vez que, asumiendo la misma interpretación que se dio a ese ordenamiento legal, se entenderá que esas figuras del artículo 4° de la Ley N° 20.169 constituyen infracciones independientes, a lo que se agregará el requisito de tener un objetivo anticompetitivo;

Septuagésimo quinto: Que el ejercicio de acciones judiciales se enmarca en el derecho a la acción, el cual corresponde a una garantía constitucional. A este respecto, la Declaración Universal de Derechos Humanos establece en su artículo décimo que *“toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal”*. En nuestro derecho, se ha señalado que *“este derecho se encuentra consagrado en el inciso 1° del numeral 3° del artículo 19 de la Constitución Política de la República, cuando ésta establece la garantía de ‘igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos’”* (Bordalí, Andrés. El derecho fundamental de acción: Un intento de configuración en el orden constitucional chileno, *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales*, Tomo XCVII N° 3, 2000, p. 3).

Asimismo, el Excmo. Tribunal Constitucional ha resuelto que *“[d]ebemos reafirmar entonces que el derecho a la tutela judicial efectiva tiene una doble dimensión, por una parte adjetiva, respecto de los otros derechos e intereses, y por la otra, sustantiva, pues es en sí mismo un derecho fundamental autónomo, que tiene por finalidad que las personas accedan al proceso como medio ordinario de resolución de los conflictos jurídicos, lo que resulta un presupuesto mínimo de todo Estado de derecho”* (STC, 19 de agosto de 2018, Rol INA N° 815-07, c. 10°).

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

En el mismo sentido, la Excma. Corte Suprema ha establecido que “[e]n el actual estado de desarrollo del derecho nacional interpretando la garantía constitucional de acceso a la justicia con un criterio finalista, amplio y garantista, cualquier limitación por vía de interpretación que obste a la tutela judicial, aparece despojada de la razonabilidad y justificación que precisaría para ser aceptada como admisible a la luz de lo dispuesto en el N° 26 del artículo 19 de la Carta Fundamental” (Excma. Corte Suprema, 8 de junio de 2022, Rol N° 16.963-21, c. 5°). En línea con lo anterior, se ha resuelto que “conviene tener presente que el derecho al recurso, que se traduce en el de impugnar las resoluciones judiciales para proveer a su revisión, integra el amplio espectro del derecho al debido proceso. Ligado a lo dicho están los demás derechos, de acceso a la justicia, de tutela judicial efectiva que conduce a que en el proceso de interpretación de normas se prefiera aquella que permite el acceso a la jurisdicción, a obtener una sentencia motivada y, en su caso, el cumplimiento de lo resuelto. En la perspectiva recién indicada, surge con nitidez, entonces, la necesidad de interpretar restrictivamente las normas que pudieran dar pábulo a limitar o restringir tales derechos o garantías” (Excma. Corte Suprema, 1° de junio de 2023, Rol N° 7895-23, c. 5°).

Por último, la doctrina procesal ha señalado que “[l]a protección de los derechos subjetivos o de los intereses legítimos en el campo del proceso civil se realiza a través del ejercicio del derecho de acción. En efecto, cuando ellos han sido desconocidos o amenazados, el justiciable puede solicitar al órgano jurisdiccional que proceda a otorgarle resguardo, para que no pierdan eficacia” (Romero, A. *Curso de Derecho Procesal*, Tomo I, 2ª ed. Santiago: Thomson Reuters, 2014, p. 16). Desde otra perspectiva, se ha dicho que el derecho a la acción tiene el carácter de un derecho potestativo, de modo que resulta muy excepcional que su ejercicio configure una conducta ilícita, debiendo aplicarse un estándar especialmente exigente (vid., Barros, ob. cit., p. 690; Banfi, Cristián. La función del dolo en la responsabilidad por ejercicio abusivo de acciones judiciales por quien tiene una posición de dominio en el mercado relevante, *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, N° 237, 2017, pp. 17 y ss., Concepción (Chile): Universidad de Concepción).

En consecuencia, el solo hecho que una acción no tenga un resultado exitoso no le da el carácter de ilícita. Para ello, se requiere que esta carezca completamente de mérito, de forma que resulte evidente que tras su interposición no esté la legítima intención de ejercer un derecho o de defender una posición jurídica que se estima lícita. En otras palabras, para tener el ejercicio de acciones por abusivo, debe establecerse en forma clara y convincente que se ha tratado de una instrumentalización del ejercicio de la jurisdicción por parte de los tribunales de justicia para la obtención de un fin ilícito. Este fin ilícito, en el caso de la competencia desleal está dado por el desvío de clientela, de conformidad al artículo 3° de la Ley N° 20.169, mientras que, en sede de libre competencia,

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

debe tratarse de un objetivo anticompetitivo, que en nuestra ley es la intención de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante;

Septuagésimo sexto: Que, de esta forma, para la ilicitud de la interposición de acciones judiciales en sede de libre competencia se requiere: **(a)** que se establezca objetivamente que la acción interpuesta no tiene mérito alguno, para luego **(b)** evaluar si su interposición respondió a un fin anticompetitivo. En el mismo sentido se ha pronunciado la doctrina, señalando que un acusado infractor de patentes puede defenderse señalando que el titular de la misma abusó de su posición dominante o intentó monopolizar el mercado relevante. Esta defensa *“solo podrá prosperar si se acredita que (i) las acciones interpuestas son objetivamente infundadas en el sentido que ningún litigante medianamente razonable podría haber previsto ganar el pleito basándose en el mérito de la acción y (ii) dichas acciones fueron ejercidas con la intención subjetiva de interferir directamente con las relaciones comerciales del competidor utilizando el proceso como un arma o vehículo anticompetitivo”* (Banfi, ob. cit., p. 21). De acuerdo con el mismo autor, incluso en caso de detectar que *“una acción es fundada y razonable, ni siquiera es necesario examinar la mala fe de quien la ejerce”* (ibídem, p. 23).

En sede de competencia la jurisprudencia ha señalado que la defensa de intereses contradictorios mediante acciones judiciales es indicativa de que las acciones son meramente instrumentales y carecen de mérito (Sentencia N° 47/2006, FNE con Sal Punta Lobos S.A., c. 10°). Asimismo, se ha fallado que para configurar una acción abusiva debe tratarse de *“un proceso jurisdiccional infundado, en el que la carencia de razón es manifiesta –esto es fácilmente predicable–, cuya existencia sólo puede explicarse porque constituye un medio a los efectos de generar algún tipo de ventaja indebida”* (Excma. Corte Suprema, Telmex Servicios Empresariales S.A. con Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A., sentencia de 13 de octubre de 2009, Rol N° 1966-09, c. 25°), y que tratándose de *“(…) actuaciones que constituyen el ejercicio del derecho de acción, no puede menos que esperarse que de manera particularmente rigurosa quede de manifiesto que la verdadera intención de las acciones que siguieron al proceso de concesión no era ya el acceso al mercado sino, únicamente, retardar de modo injusto la entrada de Telmex”* (ídem).

Por el contrario, si del análisis de las acciones interpuestas se obtiene que el ejercicio de las mismas está justificado materialmente por un interés legítimo y razonable en litigar, demostrado por la existencia de “dudas razonables” (Sentencia N° 46/2006, c. 20°) o “argumentos medianamente atendibles” (Sentencia N° 83/2009, c. 16°), no se podrá tener por establecido que se trata de una conducta abusiva. En efecto, no resulta pertinente recalificar la idoneidad de los argumentos contenidos en las acciones supuestamente infundadas más allá de lo resuelto por el tribunal que las conoció en su

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

momento. En otras palabras, la falta de mérito de las acciones debe ser establecida en forma objetiva;

Septuagésimo séptimo: Que, por lo tanto, atendido que en la sección E anterior se estableció que los mercados relevantes sobre los que inciden las acciones de las Demandadas son las licitaciones convocadas para adjudicar los permisos de operación de casinos de juego ubicados en las comunas de Pucón y de Puerto Varas, como también que Sun Dreams detenta un monopolio en él o puede alcanzarlo, según sea el caso, y el plan denunciado tiene la aptitud para mantener o alcanzar dicho monopolio, se analizará si se configura un ilícito anticompetitivo;

F.3. Abuso de acciones administrativas y competencia desleal

Septuagésimo octavo: Que las filiales de Sun Dreams han planteado que las acciones administrativas denunciadas no cumplen con la descripción típica de la norma cuya infracción se ha reclamado, pues esta solo incluiría a las acciones judiciales que hayan sido manifiestamente abusivas (Contestación filiales, fojas 557);

Septuagésimo noveno: Que la letra g) del artículo 4° de la Ley N° 20.169 dispone:

“Artículo 4°.- En particular, y sin que la enumeración sea taxativa, se considerarán actos de competencia desleal los siguientes: (...)

g) El ejercicio manifiestamente abusivo de acciones judiciales con la finalidad de entorpecer la operación de un agente del mercado”.

Octogésimo: Que la referida figura corresponde, como se señaló, a una hipótesis de hecho en la cual se presume que se configuran los elementos para considerar que una conducta es constitutiva de competencia desleal, establecidos en el artículo 3° de la Ley N° 20.169. Por lo mismo, la existencia de conductas que no se subsuman exactamente en esa hipótesis de hecho no supone su licitud, sino simplemente que a su respecto no podrá presumirse que ellas sean constitutivas de competencia desleal, recayendo la carga de acreditarlo sobre la parte que lo alegue.

Para el caso particular, aun cuando se estimase que la conducta descrita en la letra g) de su artículo 4° debe interpretarse en forma literal, esto es, excluyendo el ejercicio de acciones en sede administrativa, ello no impide analizar si los elementos del artículo 3° de la Ley N° 20.169 están presentes en las conductas acusadas por las Demandantes;

Octogésimo primero: Que, por lo demás, las acciones administrativas también pueden ser utilizadas con fines anticompetitivos. Con todo, a nivel comparado no se les ha reconocido, provisionalmente, el mismo estatus en relación con la litigación en sede judicial. En efecto, estas acciones no se fundan en el derecho

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

fundamental a iniciar procedimientos, como ocurre con las acciones civiles en sede jurisdiccional. Sin embargo, *“es importante que la substancia del procedimiento y el impacto en la ‘víctima’ sea considerado en cada caso en lugar de simplemente considerar la forma del procedimiento. Por ejemplo, en muchos casos, las autoridades nacionales fuera de la esfera de las cortes civiles pueden tener discreción limitada para no actuar cuando cierta información es presentada”* (traducción libre de O’Donoghue y Padilla. *The Law and Economics of article 102 TFEU*, 2020, pp. 763 y 764);

Octogésimo segundo: Que, sin perjuicio de lo anterior, por tratarse de una conducta que presenta una analogía significativa con la hipótesis de hecho descrita en la letra g) del artículo 4° de la Ley N° 20.169, y que, por lo demás, esa hipótesis se basa en una calificación jurídica, como es que el ejercicio de las acciones haya sido “manifiestamente abusivo”, no es razonable distinguir, a priori, entre la potencialidad del ejercicio de acciones judiciales y el ejercicio de acciones administrativas para configurar un ilícito de competencia desleal;

Octogésimo tercero: Que, en este mismo sentido, la Excma. Corte Suprema resolvió que *“una interpretación más ajustada a los fines de la ley, exige también considerar las otras actuaciones de naturaleza administrativa desplegadas por los demandados, pues aunque la expresión empleada por la Ley N° 20.169 es clara en cuanto a su tenor, no excluye por ello las acciones administrativas, no sólo porque, por una parte, el propio legislador no lo hizo y ello queda comprobado del texto del inciso 1° del artículo 4° (...) lo que demuestra que las conductas allí descritas no son las únicas censurables, pudiendo configurarse otras; sino que, y por otra parte, al reducir la interpretación a la literalidad de la expresión ‘acciones judiciales’, se burlaría el fin de la ley, excluyéndose acciones ante los órganos administrativos del Estado, muchas de las cuales son condición previa para el ejercicio de acciones judiciales, con las cuales, finalmente, se alcanzan similares objetivos que los que se buscan al poner en movimiento al órgano judicial. En efecto, el fin que se persigue por la ley es censurar como una conducta contraria a la libre competencia no el ejercicio del derecho a litigar o reclamar, que es legítimo en sí mismo y por ello se encuentra garantizado y amparado constitucionalmente, sino su empleo para otros fines, en este caso, como cuando se crean barreras de entrada artificiales que retrasar, dificultan o impiden acceso y el derecho de competir en un mercado determinado o entorpecen la operación de ese agente, actual o potencial, lo que resulta indiferente ya que la ley no distingue (...) Esos comportamientos son subsumibles en la hipótesis del artículo 4° letra g) de la Ley 20.169 y permiten caracterizarlos como ejercicio manifiestamente abusivo de acciones judiciales en sentido amplio, es decir, verificable cuando se emplean mecanismos tanto judiciales como administrativos que no persiguen solucionar un conflicto, obtener el reconocimiento o hacer valer un derecho determinado para quien los ejerce, sino que revelan una intención puramente instrumental dirigida a impedir la entrada*

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

de un nuevo competidor (...)” (Excma. Corte Suprema, 18 de abril de 2022, Rol N° 125.433-20);

Octogésimo cuarto: Que, además, este Tribunal y la Excma. Corte Suprema han conocido y fallado reiteradamente conductas consistentes en el ejercicio abusivo de acciones administrativas (Sentencia N° 47/2006, Sentencia N° 125/2012, y sentencia Excma. Corte Suprema de 2 de junio de 2010, Rol N° 277-2010 respecto de Sentencia N° 90/2009);

Octogésimo quinto: Que, en relación con el estándar exigible para su calificación como abusivas, debe tenerse en consideración, ante todo, que este tipo de acciones no están protegidas al nivel de garantía fundamental, sino sólo a nivel legal (Ley N° 19.880 Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado).

Sin perjuicio de ello, la relevancia que tienen los permisos y actuaciones administrativas en las economías modernas para el desarrollo de las más diversas actividades económicas supone que ellas tienen un alto potencial para ser instrumentalizadas para afectar a uno o más agentes de mercado.

Asimismo, debe atenderse a las facultades de las autoridades administrativas involucradas en los procedimientos de que se trate, en especial, el nivel de discrecionalidad con que cuenten para desestimar las alegaciones del interesado, o bien, para iniciar acciones de oficio con independencia de la información que haya sido puesta en su conocimiento por éste. Finalmente, en el análisis de este tipo de conductas se debe tener especial consideración para no limitar el derecho de un interesado a informar a las autoridades pertinentes acerca de potenciales infracciones a las regulaciones pertinentes;

Octogésimo sexto: Que, sin perjuicio de esas consideraciones especiales aplicables a los casos de acciones administrativas, el estándar aplicable para determinar si ellas han sido ejercidas abusivamente es análogo al de las acciones judiciales, esto es, que se establezca en forma clara y convincente, de forma objetiva, que las acciones no tuvieron mérito, y que éstas hayan tenido como finalidad la desviación de clientela (para el caso de los ilícitos de competencia desleal), o el alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante (para el caso de los ilícitos de libre competencia);

Octogésimo séptimo: Que, en consecuencia, las acciones administrativas entabladas por Sun Dreams serán analizadas en conjunto con las acciones judiciales interpuestas por ellas;

F.4. Análisis de las acciones interpuestas por las Demandadas

Octogésimo octavo: Que, las Demandantes han planteado que el carácter ilícito de las conductas de Sun Dreams se desprende de **(a)** la cantidad, variedad, organización y sistematicidad de las acciones; **(b)** que también ha

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

utilizado vías de hecho; (c) que las acciones interpuestas no reflejan un interés legítimo; (d) que han presentado acciones y recursos empleando argumentos sin un mínimo fundamento, incluso en algunos casos previamente rechazados de manera sistemática; (e) que varios de dichos argumentos contrarían la conducta pasada de Sun Dreams (Demanda, fojas 85);

Octogésimo noveno: Que, por su parte, Sun Dreams S.A. ha planteado que los proyectos de Pucón y Puerto Varas no cumplen con el plan regulador (contestación Sun Dreams, fojas 437). Además, señala que no ha iniciado acciones relacionadas a las adjudicaciones de los casinos de Viña del Mar y Coquimbo, lo que deja en evidencia que no hay una campaña nacional ni tampoco una intención de presentar acciones sin fundamento, ni de dañar al competidor (contestación Sun Dreams, fojas 437 y 438);

Nonagésimo: Que las filiales de Sun Dreams argumentaron que las supuestas siete acciones interpuestas después de la adjudicación de los permisos representan únicamente dos continuos procesales, que nacen en la interposición de un recurso de reposición previo en vía administrativa y terminan en sede judicial, de conformidad con los medios de impugnación establecidos en la Ley de Casinos (contestación filiales, fojas 524 y 525);

Nonagésimo primero: Que en el Informe Arancibia acompañado por Sun Dreams S.A., el autor plantea que la pluralidad de acciones es “*aparente pero no real, pues los recursos administrativos y reclamaciones jurisdiccionales están vinculados sólo a tres pretensiones de Sun Dreams y, por tanto, constituyen solo tres procedimientos*” (Informe Arancibia, fojas 3803);

Nonagésimo segundo: Que, de esta forma, existe controversia en torno a la cantidad de acciones interpuestas por Sun Dreams. Con todo, la discusión sobre el número exacto de acciones es irrelevante para la resolución de la disputa, pues lo que corresponde analizar es si ha existido un plan anticompetitivo ejecutado por Sun Dreams que comprende una multiplicidad de acciones y vías de hecho, de modo que su número exacto no es determinante. Sin perjuicio de ello, se realizarán algunas precisiones en relación con esta defensa;

Nonagésimo tercero: Que, como se aprecia del Cuadro N° 3, además de las reposiciones en sede administrativa (A9 y A10), Sun Dreams interpuso dos reclamos de ilegalidad ante la Ilma. Corte de Apelaciones de Santiago (A11 y A12), dos requerimientos de inaplicabilidad ante el Tribunal Constitucional (A13 y A14) y un recurso de queja contra los Ministros de la Ilma. Corte de Apelaciones que rechazaron el reclamo de ilegalidad respecto del permiso adjudicado en la comuna de Pucón (A15);

Nonagésimo cuarto: Que, respecto de los reclamos de ilegalidad, cabe consignar que estos se encuentran contemplados en el inciso segundo del artículo 27 bis de la Ley de Casinos, el que dispone que “[l]os postulantes que

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

estimen que las resoluciones de la Superintendencia no se ajustan a la ley, a los reglamentos o disposiciones que le corresponda aplicar podrán reclamar de las mismas ante la Corte de Apelaciones de Santiago, dentro del plazo de diez días hábiles contado desde la notificación”.

Por su parte, el mismo artículo en su inciso primero contempla la reposición administrativa, señalando lo siguiente: “[e]n contra de las resoluciones de evaluación y otorgamiento, denegación o renovación de los permisos de operación, se podrá interponer el recurso de reposición contemplado en el artículo 10 de la ley N°18.575, orgánica constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el decreto con fuerza de ley N°1, de 2000, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, en el plazo de cinco días hábiles contado desde el día siguiente a la notificación de la respectiva resolución. La Superintendencia dispondrá de diez días hábiles para resolver”;

Nonagésimo quinto: Que, como se aprecia, la Ley de Casinos contempla expresamente dos formas de impugnación respecto de las decisiones de la SCJ relativas a la asignación de permisos de operación de casinos de juego, siendo el reclamo de ilegalidad la continuación del mismo procedimiento, una vez agotada la reposición administrativa. De esta forma, puede concluirse que ambas forman parte de un mismo continuo, a pesar de presentarse en sedes diversas, por lo que se analizarán conjuntamente;

Nonagésimo sexto: Que, en lo referido a los requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 27 bis de la Ley de Casinos que habrían incidido en la tramitación de A11 y A12, cabe tener presente que la doctrina los califica como una “acción constitucional” cuyo fundamento directo es la tutela de la supremacía constitucional en el ordenamiento jurídico (Colombo, J. *El Requerimiento de inaplicabilidad ante el Tribunal Constitucional*, *Temas Actuales de Derecho Constitucional*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2009, p. 67). Sobre su naturaleza, es pacífico en la doctrina que corresponde a una “acción” y no a un “recurso” (Maturana, C. y Mosquera M. *Los Recursos Procesales*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2010, p. 506; Massmann, Nicolás. La admisibilidad del recurso de inaplicabilidad: a tres años de la reforma. *Revista Ius Et Praxis* (en línea), 2009, Año 15, N° 1, p. 264. Talca (Chile): Universidad de Talca. Disponible en: <https://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v15n1/art08.pdf>; y Hormazábal, H. *El nuevo Tribunal Constitucional*, Segunda Ed. Santiago: Editorial Lexis Nexis, 2008, p. 24). La acción en comento no busca impugnar ni revocar una resolución judicial, sino impedir la aplicación de una determinada norma legal por producir un resultado contrario a la constitución, aplicada a un caso concreto (Zúñiga, F. Acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad: requerimiento de jueces entre legalidad y constitucionalidad. *Revista de Derecho Público* (en línea), N° 72, 2010, p. 300.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Santiago (Chile): Universidad de Chile. Disponible en: <https://revistaderechopublico.uchile.cl/index.php/RDPU/article/view/37710/39362>);

Con todo, también se ha señalado que “*el control represivo por medio de la inaplicabilidad de la ley es ejercido en un proceso principal por adhesión ante el Tribunal Constitucional, ya que requiere como presupuesto de procesabilidad la existencia de un asunto judicial pendiente ante otro tribunal ordinario o especial en el cual la norma legal haya de aplicarse*” (Silva Gallinato, M. *Alcances del amparo constitucional y de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en Chile*. Ponencia presentada en julio de 2019 en el Tribunal Constitucional (en línea), pp. 8-9. Santiago (Chile): Tribunal Constitucional. Disponible en: <https://www2.tribunalconstitucional.cl/wp-content/uploads/2022/03/Mari%CC%81a-Pi%CC%81a-Silva-Gallinato-Alcances-del-amparo-constitucional-y-de-la-accion%CC%81n-de-inaplicabilidad-por-inconstitucionalidad-en-Chile.pdf>);

Nonagésimo séptimo: Que la jurisprudencia del Excmo. Tribunal Constitucional ha resuelto que “*la acción de inaplicabilidad es una vía procesal inidónea para impugnar resoluciones judiciales de tribunales ordinarios o especiales con la finalidad de revocar, enmendar, revisar, casar o anular éstas*” (Sentencia TC Rol N° 7.182-2019, c. 8°) y que “*no constituye instancia en el iter procesal de tramitación de la gestión pendiente*” (Sentencia TC INA-Rol N° 6222-2019, c. 7°);

Nonagésimo octavo: Que, en definitiva, puede concluirse, para los efectos de esta sentencia, que los requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad no se asemejan a un recurso, sin perjuicio de que procesalmente para su procedencia requieran de una gestión pendiente, ya que sus características no dan cuenta de una naturaleza impugnatoria que ocurra dentro del *iter* procesal de una causa, sino que corresponden a una pretensión de hacer valer el imperio de una norma constitucional;

Nonagésimo noveno: Que, por otro lado, en relación con el recurso de queja interpuesto contra la sentencia que rechazó A11 (reclamo de ilegalidad relacionado al permiso para la comuna de Pucón) debe tenerse en consideración que aquel se encuentra regulado en el artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales, el que dispone que este “*tiene por exclusiva finalidad corregir las faltas o abusos graves cometidos en la dictación de resoluciones de carácter judicial*”. En este sentido, la doctrina ha entendido que corresponde a un recurso extraordinario, que tendría una doble naturaleza: disciplinaria y jurisdiccional o procesal (Bordalí, A., Cortéz, G. y Palomo, D. *Proceso civil: Los recursos y otros medios de impugnación*. Santiago: Thomson Reuters, 2016, p. 364).

Asimismo, se ha postulado que “*las diversas y eventuales infracciones en que pudieren incurrir los jueces en el dictado de las sentencias, no tienen el sentido de los recursos jurisdiccionales, relativos a la objetividad del error de la sentencia o de*

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

la infracción o de la unidad de la jurisprudencia” (Allende, José. Procedencia del recurso de queja en contra de ministros de Corte de Apelaciones que se pronunciaron respecto de otro recurso de queja: la “queja de queja”. *Revista Jurídica Digital UAndes*, (en línea), 2017, p. 80. Santiago (Chile): Universidad de Los Andes. Disponible en: <https://rjd.uandes.cl/index.php/rjduandes/articulo/view/24/20#:~:text=ConceptoEl%20recurso%20de%20queja,el%20ejercicio%20de%20sus%20funciones>), y que el recurso de queja no se interpone contra una resolución judicial propiamente tal, sino que contra el juez o los jueces que dictaron la resolución con falta o abuso grave (Maturana, C. y Mosquera M. *Los Recursos Procesales*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2010, p. 384), lo que destaca su carácter disciplinario, lo que ha sido reconocido por la jurisprudencia (Sentencia Excma. Corte Suprema, Rol N° 11.055-2020, c. 3° y 4°).

En este sentido, considerando que los recursos son medios concedidos por la ley para impugnar una resolución judicial, no puede entenderse al recurso de queja como un recurso ordinario, dirigido contra los jueces recurridos, y no contra la resolución dictada por éstos. Lo anterior resulta más patente si se considera que el recurso en cuestión no constituye instancia para revisar los hechos y el derecho (Maturana y Mosquera, *ibídem*);

Centésimo: Que, en consecuencia, podría considerarse al recurso de queja como uno autónomo al reclamo de ilegalidad que le sirve de antecedente, asimilándose más a una acción independiente que a un recurso que acontece dentro de un mismo continuo procesal, por lo que se analizará de manera independiente;

F.4.1. Análisis de las acciones interpuestas previo a la adjudicación de las licitaciones de los permisos de casinos de juego para Pucón y Puerto Varas

Centésimo primero: Que Enjoy acusa que Sun Dreams ejecutó una primera oleada de acciones judiciales contra las resoluciones de la SCJ que dieron inicio a los procesos de adjudicación de permisos de operación de Pucón y Puerto Varas, descritas *supra* en los considerandos octavo a undécimo, así como de Coquimbo, Iquique y Viña del Mar. Estas acciones, según se relata en el libelo, pretendían que se dejara sin efecto los procesos de licitación de los permisos de operación de los casinos en cuestión, lo que habría tenido, según Enjoy, un fin dilatorio (Demanda, fojas 101);

Centésimo segundo: Que Sun Dreams plantea que Enjoy ha abultado la cantidad de acciones, considerando como acciones distintas a los recursos propios de cada procedimiento y omitiendo que tres de las acciones serían solo una, pues se duplicaron por un error computacional. Adicionalmente, señala que estas acciones no pueden ser constitutivas de una conducta de competencia

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

desleal, toda vez que no van dirigidas contra un competidor y que en ninguna de ellas participaron las Demandantes, ni siquiera como terceros. Agrega que algunos de los casinos referidos en esas acciones eran manejados a esa fecha por Enjoy, por lo que la supuesta intención dilatoria le hubiera favorecido;

Centésimo tercero: Que, tal como señala Sun Dreams, las acciones referidas en esta sección, enumeradas como A1 a A8 en el Cuadro N° 1 anterior, atacaron las resoluciones de inicio de los procesos de licitación de los permisos de operación, sin que las mismas hayan tenido por objeto, directo o indirecto, la afectación de derechos de Enjoy. Asimismo, de la prueba aportada en autos, no consta que Enjoy hubiera tenido, al momento de la presentación de las acciones en cuestión, la calidad de oferente en las licitaciones afectadas, a las que se dio inicio por medio de las RE N° 411 y N° 422, ni que haya participado en forma alguna en los procedimientos indicados;

Centésimo cuarto: Que si bien la doctrina temprana relativa a la Ley N° 20.169 afirmaba que este tipo de ilícitos sólo podía ser alegado entre competidores en un mismo mercado, la inclusión de nuevas conductas en el artículo 4° han extendido el ámbito de aplicación de la misma, entendiéndose hoy que están habilitados para interponer acciones de esta clase otras personas, sean o no agentes de mercado, que hayan sufrido las consecuencias de una conducta desleal (Bernet, Manuel. El ámbito subjetivo de aplicación de la ley de competencia desleal, *Ius et Praxis*, 24(2), 2018, 431:468, pp. 459-461). Con todo, los ilícitos de competencia desleal requieren que las conductas tengan por objeto la desviación de la clientela de un agente de mercado por medios ilegítimos (*ibídem*, p. 459). A este respecto, las acciones interpuestas por Sun Dreams no pueden entenderse como susceptibles de ser calificadas como constitutivas de competencia desleal, al objetar decisiones que daban inicio a un proceso licitatorio, con miras a una modificación del mismo, que sería aplicable en general a todos los potenciales oferentes y sin afectar la posición de mercado de Enjoy en particular;

Centésimo quinto: Que en el mismo sentido se pronuncia el Informe Arancibia, el que sostiene que *“la impugnación de las bases de un concurso no constituye un ilícito de competencia desleal porque no se dirige en contra de competidor alguno”* (fojas 3802), por lo que puede concluirse que no puede existir un acto de competencia desleal en el ejercicio de estas, ya que en ese momento no existía certeza de que Enjoy y Sun Dreams competirían entre sí para obtener los permisos de operación. En efecto, las resoluciones impugnadas son las que ponían en marcha el proceso licitatorio para ambas comunas, de modo que las acciones reprochadas no tienen aptitud para entorpecer la operación de Enjoy o para desviar clientela;

Centésimo sexto: Que, por las razones antes señaladas, se rechazará la acción de Enjoy contra Sun Dreams en la parte relativa a las acciones interpuestas antes

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

de la adjudicación de los permisos de operación de los casinos de las comunas de Pucón y Puerto Varas, siendo inoficioso pronunciarse sobre aspectos colaterales como el abultamiento del número de acciones interpuestas o la inclusión de acciones relativas a otras plazas de casinos en la acusación;

F.4.2. Análisis de las acciones interpuestas contra la adjudicación de las licitaciones de los permisos de casinos de juego para Pucón y Puerto Varas

Centésimo séptimo: Que, descartadas las acciones previas a la adjudicación como constitutivas de competencia desleal, se analizarán las acciones que buscaron dejar sin efecto las RE N° 358 y N° 359, que adjudicaron los permisos de operación de casinos de juego en Puerto Varas y Pucón a filiales de Enjoy, respectivamente, las que en la Demanda se califican como la “segunda oleada”;

Centésimo octavo: Que las acciones interpuestas por Sun Dreams contra los permisos otorgados respecto de Pucón y Puerto Varas siguen un mismo derrotero: se interpuso en ambos casos el recurso de reposición del artículo 27 bis de la Ley de Casinos ante la SCJ, y rechazados éstos, se recurrió de ilegalidad ante la Ilma. Corte de Apelaciones de Santiago. Adicionalmente, en el marco de esos procesos, se accionó de inaplicabilidad por inconstitucionalidad contra la norma que privaba de recursos contra la sentencia de la Ilma. Corte de Apelaciones. Habiendo sido declaradas inadmisibles esas acciones constitucionales, Sun Dreams, en un caso, recurrió de queja contra los ministros que dictaron fallos rechazando su pretensión;

Centésimo noveno: Que las Demandantes argumentan que las alegaciones de Sun Dreams se basaron en un planteamiento errado respecto a la oportunidad para el cumplimiento de la normativa urbanística supuestamente infringida. De acuerdo con Enjoy, es indubitado que el proyecto integral postulante no debe cumplir con la totalidad de las exigencias de las bases de licitación al momento de postular, sino que únicamente un mínimo deseable, pues ello debe verificarse luego de dos años, cuando el casino comienza a operar efectivamente (Demanda, fojas 109). Esta interpretación dejaría a las acciones de Sun Dreams sin fundamento alguno;

Centésimo décimo: Que, por su parte, Sun Dreams S.A. no ha controvertido la interposición de las acciones, pero presentó argumentos que las justificarían. Expone que en la licitación por el permiso de operación del casino de Calama en 2006, pese a tener el mayor puntaje técnico y ser el único que alcanzó pronunciamiento favorable por parte del municipio, no se le adjudicó el casino atendido que “[e]l anteproyecto presentado, no cumple con el Plan Regulador Comunal, puesto que incorpora una Discoteque” en un sector en que no podía emplazarse. La demandada sostiene que ofreció eliminar la referida *discotheque* y así cumplir con el plan regulador, lo que fue rechazado por la SCJ, quien

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

estableció que los participantes y sus proyectos debían cumplir con los requisitos al momento de presentar el proyecto a licitación (contestación Sun Dreams, fojas 437). De esta forma, en las licitaciones de permisos de operación de casinos en Pucón y Puerto Varas, la SCJ utilizó un criterio diverso al sostenido para Calama en 2006. Este cambio de criterio es el motivo que habría fundamentado las acciones presentadas (*ídem*, fojas 441). Para acreditar lo anterior, Sun Dreams S.A. solicitó exhibición de documentos respecto de la SCJ a fojas 649, la que se llevó a cabo según da cuenta el acta de fojas 2497, y cuyos documentos exhibidos rolan a fojas 2607. Además, según Sun Dreams S.A., la interpretación del artículo 28 de la Ley de Casinos que permitiría cumplir con los requisitos antes de que se otorgue el permiso de operación y no al momento de postular a la licitación, se aleja del espíritu de la ley (contestación Sun Dreams, fojas 439 y 440);

Centésimo undécimo: Que, para la resolución de este conflicto, debe tenerse en consideración que, como se señaló *supra*, los permisos de operación de casinos entregan monopolios legales por 15 años. Asimismo, debe considerarse que la posibilidad de impugnación de las resoluciones de adjudicación es reconocida por la Ley de Casinos, sin perjuicio de que el inciso tercero de su artículo 27 impide que dicha impugnación suspenda los efectos del acto recurrido, i.e., la adjudicación de los permisos. De esta forma, la regulación vigente asume la posibilidad de impugnación de las licitaciones, pero se preocupa que ellas no tengan aptitud para paralizar los efectos del acto reclamado y, por ende, no afecten el desarrollo del proyecto ganador.

Adicionalmente, como señala el Informe Arancibia, la impugnación en un procedimiento licitatorio se funda en parte en la *“protección de la igualdad de los concursantes en la licitación y, eventualmente, la protección de la libre competencia en caso de adjudicación de monopolios”* (Informe Arancibia, fojas 3805). Atendido el estudio realizado en el informe, este autor concluye que *“resulta evidente que cualquier disuasión dirigida al perdedor de un concurso público para que pueda impugnar el resultado del mismo atenta en contra de los principios de igualdad concursal y de libre competencia”* (*ibídem*, fojas 3809);

Centésimo duodécimo: Que, en primer lugar, se analizará el recurso de reposición intentado por Sun Dreams contra la adjudicación del permiso de operación del casino de la comuna de Pucón, materializado en la RE N° 358 ya descrito en el considerando decimosexto *supra* y singularizado como la **acción A9**;

Centésimo decimotercero: Que este recurso se fundó en que el acto recurrido adolecía de vicios, por hacer suyos antecedentes erróneos aportados por órganos públicos y entidades privadas, que determinaron una evaluación improcedente de las condiciones presentadas por Enjoy. En particular, cuestionaba que el proyecto pretendía ubicarse frente a la calle Clemente

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Holzapfel la que, según los CIP emitidos por la Municipalidad de Pucón, tenía la calificación de “vía de servicio”, lo que influía en el puntaje obtenido por Casino del Lago en el factor N° 4 “Conexión con los servicios y vías públicas”. Este elemento, además, habría permitido a Enjoy presentar una oferta económica más atractiva, por cuanto este tipo de terrenos tendría un costo mucho menor que los que enfrentan vías colectoras, troncales o expresas.

El segundo vicio acusado por Sun Dreams consistió en la omisión en la aplicación de las normas urbanísticas vigentes, lo que influyó en el puntaje obtenido por Casino del Lago. En específico, se habría visto afectado el factor “Ubicación, diseño y calidad de las instalaciones”, toda vez que el cumplimiento de la normativa se encontraba sujeto a la verificación de la futura fusión de los lotes en los cuales se emplazaría el proyecto, es decir, se sujetaba a una condición suspensiva, lo que infringe el principio de estricta sujeción a las bases e igualdad de oferentes.

En tercer lugar, se cuestionó que el proyecto adjudicado incumplía las disposiciones del Decreto N° 47 que fija nuevo texto de la Ordenanza General de la Ley General de Urbanismo y Construcciones (“OGUC”) que regula la copropiedad inmobiliaria y la ubicación de estacionamientos que se prevén construir, sin perjuicio de lo cual se le asignó el máximo puntaje. Por último, Sun Dreams cuestionó otros errores relativos al cumplimiento del requisito de contar con un hotel casino de al menos cuatro estrellas;

Centésimo decimocuarto: Que, el recurso de reposición fue rechazado por la SCJ teniendo en consideración que, aun otorgando a Casino del Lago cero puntos en los factores reclamados, no se producía efecto alguno en el resultado final de la evaluación, por cuanto de todas formas superaba el 60% mínimo requerido por las bases de licitación y, además, por considerar que el recurso era extemporáneo al impugnar la evaluación técnica del proyecto, cuestión que había sido resuelta con antelación (vid., *supra*, considerando decimoctavo);

Centésimo decimoquinto: Que, en lo referido al primer vicio alegado, como se consignó en los considerandos decimoséptimo y decimonoveno *supra*, consta en autos que la calle Clemente Holzapfel fue calificada de diversas formas a lo largo del tiempo.

Al momento de presentación del recurso en análisis –28 de junio de 2018–, la calle efectivamente tenía la calidad de “vía de servicio”. De acuerdo con la OGUC, las vías de servicio solo pueden contar con equipamientos de carácter básico (carga ocupacional de hasta 250 personas) y menor (de 250 a 1.000 personas). Sin perjuicio de lo anterior, el proyecto de Casino del Lago presentaba una carga de uso de 4.701 personas, correspondiendo a equipamiento mediano (Informe de evaluación de la oferta técnica de Casino

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

del Lago, p. 68, contestación filiales, fojas 478, documento N° 7 de fojas 355, acompañado a fojas 356);

Centésimo decimosexto: Que, como se acreditó, la interpretación efectuada por la autoridad, relativa a la posibilidad de dar cuenta del cumplimiento de la legislación pertinente al momento del cumplimiento del plazo para la ejecución del proyecto y no al momento de presentación de la oferta, es distinta a la sostenida por ese organismo en al menos una ocasión anterior (licitación para Calama en 2006, según documentos exhibidos por la SCJ en audiencia de acta de fojas 2497, que constan en dispositivo de almacenamiento electrónico de fojas 2606, agregado por certificado de fojas 2607), en que se afirmó lo contrario, precisamente en relación con un proyecto de Sun Dreams;

Centésimo decimoséptimo: Que, atendidos los antecedentes referidos, existía un fundamento plausible para la presentación del recurso de reposición, más aun considerando que se trata de un oferente vencido en la licitación de un monopolio de duración prolongada, que cuestiona la calificación técnica que ha hecho el órgano administrativo a la oferta de su contrincante, existiendo antecedentes que permiten disputar el puntaje asignado. En este caso, toda vez que la calle Clemente Holzapfel se encontraba calificada como “vía de servicio”, ello habría impedido el desarrollo del proyecto de no obtenerse la recalificación de esa vía, lo que no ha sido controvertido por las Demandantes;

Centésimo decimooctavo: Que, en cuanto a las demás irregularidades alegadas, la SCJ se limitó a señalar que lo planteado por Sun Dreams ya había sido revisado por el Comité Técnico de Evaluación de las ofertas, sin referirse a la correcta interpretación de las normas aplicables ni al fondo de las alegaciones de Sun Dreams, por lo que no consta en forma objetiva que ellas carecieran de fundamento plausible. De esta forma, no se satisface el primer requisito consignado en el considerando septuagésimo sexto, por cuanto no se puede establecer que esta acción careciera objetivamente de mérito;

Centésimo decimonoveno: Que, en relación con el reclamo de ilegalidad contra la RE N° 358 interpuesto ante la Ilma. Corte de Apelaciones de Santiago (**acción A11**), el cual fue rechazado, tampoco es posible afirmar que careció objetivamente de mérito. Ante todo, la sentencia rechazó el argumento de la SCJ para declarar el recurso como extemporáneo. Adicionalmente, la sentencia, si bien rechaza en todas sus partes el recurso, analiza cada una de las alegaciones de Sun Dreams para descartarlas, sobre la base del estándar de revisión propio de un recurso de ilegalidad, y zanja la interpretación que, a su juicio, correspondía aplicar en relación con el momento de cumplimiento de los requisitos del proyecto. Con todo, la Ilma. Corte no realiza ningún tipo de declaración en la sentencia que pueda utilizarse para afirmar que calificó el recurso como carente de todo fundamento. De esta forma, no se satisface el

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

primer requisito señalado en la consideración septuagésimo sexta *supra*, por cuanto la acción no carece objetivamente de mérito;

Centésimo vigésimo: Que, en lo que respecta a la **acción A10**, la filial de Sun Dreams en Puerto Varas solicitó a la SCJ dejar sin efecto la RE N° 359 y dictar en consecuencia un acto de reemplazo, adjudicándole el permiso de operación de casino de juegos en Puerto Varas. Señala que la resolución reclamada incurre en dos vicios que repercutieron en una evaluación improcedente de las condiciones presentadas por la filial de Enjoy.

En primer lugar, esgrime que la letra d) del artículo 29 del Reglamento de Casinos señala que, para evaluar las cualidades de cada proyecto y su plan de operación, la SCJ considerará el “[c]umplimiento de las vías públicas de acceso al conjunto arquitectónico que comprende el proyecto, con los estándares definidos por el plan regulador vigente (PR), la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones (OGUC) u otros estándares y/o normativas que resulten aplicables”. Advierte que el proyecto pretendía ubicarse en una propiedad cuyo uso de suelo es de tipo residencial. Si bien, dentro de los usos permitidos en dicha zona se encuentra la actividad recreativa de “casino”, la carga de ocupación de la calle en la que se emplaza la propuesta no puede ser superior a 250 personas, al corresponder a una vía “no estructurante”, equivalente a una vía local. Así, pese a que Enjoy no indicó la carga máxima de personas que prevé, resultaría lógico pensar que un proyecto de casino de juegos requiere una carga de ocupación mayor a lo permitido.

En segundo lugar, añade que para que un proyecto se considere “residencial”, más del 70% de la superficie edificada debe ser de destino habitacional. Agrega que Enjoy proyectaría cumplir dicho requisito mediante la unión de las obras nuevas con un hotel ya construido. No obstante, señala que dicho destino sería de hospedaje y no habitacional, y que la propuesta dependería del hecho futuro incierto de que se puedan fusionar los lotes.

De este modo, plantea que estos vicios redundaron en el otorgamiento de un mayor puntaje del que efectivamente correspondía, y que aquello permitió a Enjoy ofrecer mayores utilidades a los órganos públicos interesados. Añade que es improcedente que se haya adjudicado el permiso a un proyecto que no podrá ser desarrollado conforme a las normas urbanísticas aplicables, y que está sujeto a una verificación futura e incierta, afectando el principio de igualdad de oferentes y estricta sujeción a las bases;

Centésimo vigésimo primero: Que el recurso de reposición fue rechazado por la SCJ, mediante la RE N° 427, por dos razones. Ante todo, señala que los factores y subfactores relacionados a los aspectos técnicos reclamados sólo alcanzaban un máximo de 30 puntos en la oferta técnica, de modo que, aunque se le hubiere asignado cero puntos a Enjoy dentro de esas componentes, todavía

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

superaría el 60% del puntaje total para las ofertas técnicas, procediendo entonces la evaluación de su oferta económica. Luego, al igual que en el caso de Pucón, señaló que el recurso era extemporáneo, al impugnarse la decisión del Comité Técnico de Evaluación y no propiamente la adjudicación de la licitación;

Centésimo vigésimo segundo: Que, para evaluar el mérito de esta acción, resulta oportuno destacar que no existe controversia de que el proyecto de Enjoy en Puerto Varas, al momento de efectuarse las propuestas, se emplazaba en una calle que no permitía su edificación. Por tanto, resulta razonable que un oferente cuestione la decisión del órgano licitante si el proyecto propuesto debía cumplir con las normas urbanísticas al momento de postular u otorgar el correspondiente permiso. Asimismo, la SCJ no califica la acción de Sun Dreams como carente de mérito, sino que se basa en la formalidad del procedimiento para descartar las alegaciones, lo que impide calificar el recurso como objetivamente carente de mérito;

Centésimo vigésimo tercero: Que, respecto de la **acción A12**, Casino de Juegos Puerto Varas, filial de Sun Dreams, dedujo ante la Ilma. Corte de Apelaciones de Santiago la reclamación especial concedida por la Ley de Casinos contra la RE N° 359. Señala que la SCJ concluyó que la reposición debió impetrarse contra la RE N° 314 y no contra la RE N° 359, al ser la primera el acto administrativo en que figura la evaluación del proyecto de Enjoy, y que por tanto estaría fuera de plazo. Ese argumento habría impedido a la SCJ realizar una adecuada revisión de las alegaciones efectuadas.

Luego, reitera los vicios alegados en la acción A10, y añade que en la evaluación de la oferta técnica de Enjoy, el informe de la Municipalidad de Puerto Varas analizó el proyecto conforme a un Plan Regulador Comunal en proceso de aprobación y no de conformidad con la normativa vigente en ese entonces;

Centésimo vigésimo cuarto: Que el reclamo fue rechazado, con costas, por considerar la Ilma. Corte que era efectivamente extemporáneo, contra el criterio que había sostenido en relación con el recurso relativo a la comuna de Pucón. En este caso, la Ilma. Corte señala que lo que se pretende impugnar es el contenido de la RE N° 314, que se refiere a la evaluación de las ofertas técnicas presentadas para la comuna de Puerto Varas, de la cual no se reclamó de legalidad en su oportunidad, aún estando disponible en forma oportuna dentro de las oficinas de la SCJ. De modo que, aun cuando la RE N° 359 reproduzca lo informado por el Comité Técnico de Evaluación, no puede importar una nueva instancia de revisión de aquello que ya fue decidido en la primera resolución.

A mayor abundamiento, la sentencia señala que no se acreditó que los eventuales incumplimientos de la filial de Enjoy hubieren recaído en algún requisito esencial del procedimiento administrativo de otorgamiento del

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

permiso, ajustándose a la normativa legal y reglamentaria, por lo que no cabía excluirla del proceso. Asimismo, el eventual error en la asignación de puntaje no hacía variar el resultado final, toda vez que dicha sociedad contaba con un puntaje superior a los 600 puntos, lo cual era suficiente para la apertura de su oferta económica;

Centésimo vigésimo quinto: Que el recurso fue rechazado con costas, lo que permite calificarlo en forma objetiva como carente de mérito. Sin perjuicio de lo anterior, aun cuando pueda darse esa calificación al recurso, éste se enmarcó en el *iter* procesal iniciado por la reposición administrativa, manteniendo la misma línea argumentativa, lo cual debe considerarse al momento de evaluar si tiene la entidad para configurar un ilícito de competencia desleal. Por ello, no puede concluirse que este recurso respondiera a un fin anticompetitivo, por enmarcarse en el agotamiento de las posibilidades de impugnación que le otorgaba el artículo 27 bis de la Ley de Casinos, según se señaló en el considerando nonagésimo quinto;

Centésimo vigésimo sexto: Que, en relación con las **acciones A13 y A14**, que corresponden a los requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del inciso quinto del artículo 27 de la Ley de Casinos, resulta conveniente analizarlas en conjunto, por tener el mismo fundamento;

Centésimo vigésimo séptimo: Que ambas acciones se intentaron en el contexto de las acciones A10 y A12, respectivamente, cuestionando la constitucionalidad de la norma referida, en la parte que dispone que “[c]ontra la resolución de la Corte de Apelaciones no procederá recurso alguno”. Su fundamento decía relación con la transgresión de **(a)** el derecho al debido proceso; **(b)** el principio de igualdad ante la ley, por cuanto la gran mayoría de los contenciosos administrativos especiales relativos a actuaciones de Superintendencias contemplan la posibilidad de interponer recursos contra las sentencias definitivas; y, **(c)** el derecho a la “seguridad jurídica”, ya que este precepto impide la posibilidad de que otro tribunal revise la decisión de la Ilma. Corte de Apelaciones de Santiago, constituyendo una restricción arbitraria y carente de fundamento;

Centésimo vigésimo octavo: Que ambos requerimientos fueron declarados inadmisibles por decisión de mayoría del Excmo. Tribunal Constitucional. En particular, el Excmo. Tribunal estimó que no podía hacerse un juicio en abstracto de constitucionalidad del precepto legal, sino que debe analizarse la aplicación de este en el contexto de la causa judicial pendiente.

En efecto, analizado el estado procesal en que es deducido el requerimiento y estimando que el reproche formulado es abstracto y no concreto, fundándose en un agravio que no se había verificado –la eventual sentencia contraria a sus pretensiones–, no siendo resorte de dicha magistratura adelantarse a tal

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

escenario. Esta decisión fue acordada con el voto en contra de dos ministros, quienes estimaron que lo decidido por el voto de mayoría implicaba la consumación de la situación de indefensión de la requirente y que la competencia otorgada a la Ilma. Corte de Apelaciones como tribunal de única instancia es contraria a la lata jurisprudencia de dicho tribunal, que ha establecido el carácter claro del derecho a un recurso útil y efectivo como emanación del debido proceso legal;

Centésimo vigésimo noveno: Que, en relación con estas acciones, puede concluirse que el voto de mayoría del Excmo. Tribunal Constitucional no evaluó derechamente su mérito, sino que realizó un control formal. En cualquier caso, la existencia de un voto de minoría da cuenta de que el requerimiento no carecía de todo fundamento, lo que impide que se configure a su respecto el primer requisito para considerar la acción como de admisibilidad correspondiente, concluyendo que el agravio invocado por Sun Dreams aún no se había concretado y, por tanto, no procedía admitir a trámite los requerimientos. En consecuencia, tampoco se configura el primer requisito para considerar el ejercicio de la acción como manifiestamente abusivo, de acuerdo con lo señalado en el considerando septuagésimo sexto;

Centésimo trigésimo: Que, por último, en el recurso de queja (**acción A15**), relativo a la sentencia recaída sobre la acción A11, la tesis de Sun Dreams mutó a que la normativa pertinente hacía necesario que la SCJ excluyera a Enjoy, sin evaluar su oferta, atendido lo dispuesto en las bases técnicas y la Ley de Casinos (numeral 3.4.2. y artículo 21 bis, respectivamente). En su recurso, Sun Dreams planteó que los ministros recurridos hicieron suya la infracción de la SCJ. Además, se habría analizado indebidamente los antecedentes “probatorios” que invocaron para fundar sus conclusiones, habiendo la Ilma. Corte rechazado las solicitudes de apertura de un término probatorio;

Centésimo trigésimo primero: Que la Excma. Corte concluyó que las dos faltas o abusos denunciados se identificaban con el rechazo de los dos capítulos de ilegalidad desarrollados en el reclamo (acción A11), sin que se incorporasen nuevos argumentos a los ya vertidos en la acción rechazada, de modo que el agravio denunciado consistía en una discordancia entre lo pedido y lo otorgado. Además, señaló que la petición principal del recurso –el otorgamiento en sede jurisdiccional del permiso de operación que le fue denegado– escapaba del objeto del recurso de queja (c. 6°). En consecuencia, rechazó el recurso;

Centésimo trigésimo segundo: Que, a pesar de rechazar el recurso, la Excma. Corte no lo calificó como falto de fundamento, sino que cuestionó que se utilizara la queja invocando una causal que entiende propia del recurso de apelación, descartando que los ministros recurridos hubiesen cometido una falta o abuso grave;

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Centésimo trigésimo tercero: Que, como puede apreciarse, las conductas de Sun Dreams tanto respecto del permiso de operación de Pucón, como de Puerto Varas, se basaron en argumentos similares y utilizaron prácticamente las mismas vías jurídicas. En efecto, Sun Dreams cuestionó la interpretación efectuada por la SCJ que adjudicó los permisos sujetos al cumplimiento de ciertas condiciones que no dependían exclusivamente de la conducta de la adjudicada, lo que suponía una impugnación de la evaluación técnica de los proyectos. Ante la decisión de la Superintendencia que consideró que, precisamente por objetarse la evaluación técnica era esa y no la resolución de adjudicación la que debía impugnarse, Sun Dreams recurrió de ilegalidad ante la Ilma. Corte de Apelaciones y, mientras esos recursos estaban pendientes, requirió la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la norma que le impedía recurrir ante la Excma. Corte Suprema en caso de no obtener su pretensión. Tras la decisión del Excmo. Tribunal Constitucional de declarar inadmisibles los requerimientos (en fallo dividido), los procesos ante la Ilma. Corte de Apelaciones terminaron con el mismo resultado –el rechazo del recurso– pero por razones disímiles. En un caso (Pucón), la Ilma. Corte se refirió al fondo del asunto, pero consideró que no había existido ilegalidad, toda vez que la SCJ descansó en los informes de los organismos técnicos correspondientes; en el otro (Puerto Varas), la sala siguió la tesis de la SCJ y declaró extemporáneo el recurso, rechazándolo con costas. Posteriormente, ante la imposibilidad de recurrir contra esas sentencias, Sun Dreams interpuso recurso de queja contra los ministros que resolvieron en su contra respecto del permiso de operación de Pucón para ante la Excma. Corte Suprema, y de Puerto Varas, con posterioridad a la presentación de la demanda de autos;

Centésimo trigésimo cuarto: Que, de esta forma, aparece que Sun Dreams agotó los recursos disponibles para impugnar las resoluciones de adjudicación de la SCJ, considerando que el sistema recursivo establecido en la Ley de Casinos es de derecho estricto y sujeto a causales precisas. En efecto, la Ley de Casinos establece solo la posibilidad de reposición en sede administrativa, mientras que en sede jurisdiccional el recurso disponible ante la Ilma. Corte de Apelaciones es de ilegalidad, lo que supone un estándar alto para declarar la ineficacia del acto impugnado. Adicionalmente, ese recurso es conocido en única instancia. Es en ese contexto en que se requiere de inaplicabilidad por inconstitucionalidad y, posteriormente, de queja;

Centésimo trigésimo quinto: Que, en atención a las circunstancias antes referidas, a la ausencia de elementos que permitan calificar las acciones como objetivamente carentes de mérito –sin perjuicio del recurso de ilegalidad respecto del permiso de operación de Puerto Varas–, y a la alegación de argumentos razonables en las distintas acciones intentadas, este Tribunal considera que no se presentan los elementos para configurar el ilícito de

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

ejercicio abusivo de acciones judiciales por parte de Sun Dreams respecto de este grupo de conductas;

Centésimo trigésimo sexto: Que, asimismo, se debe considerar que, de conformidad a la regulación vigente, las acciones no resultaban aptas para suspender la ejecución de la resolución que adjudicó los permisos de operación a Enjoy, conclusión que también se replica respecto del recurso de queja intentado;

Centésimo trigésimo séptimo: Que, en este sentido, la Excma. Corte Suprema en la sentencia que recayó sobre el recurso de queja tras la sentencia que rechazó el reclamo contra la RE N° 169 de 10 de marzo de 2022, que revocó el permiso de operación de Enjoy en Puerto Varas, señaló respecto a las *“reiteradas acciones de la competencia (practicadas por el Grupo Sun Dreams)”* así como a otros elementos externos que imposibilitaron que Enjoy cumpliera, que no se logró *“acreditar que tuvieran la naturaleza de irresistibles e imprevisibles”* (Excma. Corte Suprema, sentencia de 4 de julio de 2024, Rol N° 217.369-23, c. 10°, fojas 5218). Agrega la sentencia que *“en cuanto a los reclamos verificados por la competencia que se invocan, resulta que, no se acreditó que alguno de ellos haya importado una paralización o interrupción concreta de las acciones que debía ejecutar para culminar el proyecto (ídem, c. 11°)”*;

Centésimo trigésimo octavo: Que, por lo tanto, del mero hecho de la interposición de acciones y los procedimientos que las siguieron no puede acreditarse un impedimento para Enjoy de llevar a cabo los proyectos adjudicados, más allá de la incertidumbre propia de un proyecto que no cumplía con los requisitos necesarios al momento de postular. En efecto, los proyectos de Enjoy asumían el riesgo de postular emplazados en calles que no cumplían con la calificación necesaria para obtener el permiso de edificación, por lo que no corresponde asignar este riesgo a la expectativa de litigiosidad respecto a la validez de la asignación del permiso en cuestión. En este contexto, resulta razonable que el contendor que no se adjudicó el permiso, en caso de estimar que existieron vicios que afectaron la decisión, haya utilizado las herramientas que el ordenamiento jurídico le ha otorgado;

Centésimo trigésimo noveno: Que, sin perjuicio de lo anterior, Enjoy ha alegado en autos que Sun Dreams ha presentado diversas acciones adicionales con posterioridad a la interposición de su Demanda, que darían cuenta de una intención anticompetitiva.

Con todo, esas conductas no forman parte de la litis, por lo que sólo pueden utilizarse como elementos de contexto que permiten confirmar o descartar el análisis realizado antes, pero no pueden ser objeto de sanción por sí mismas;

Centésimo cuadragésimo: Que, las acciones referidas por Enjoy están vinculadas a la impugnación realizada por esa empresa a la resolución del

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Consejo Resolutivo de la SCJ que acogió las modificaciones propuestas por Enjoy a su proyecto. Respecto de esta decisión, Sun Dreams, a pesar de no tener un interés directo, de conformidad a la Ley de Casinos (que reserva los recursos a “los postulantes”, lo que asume un proceso de licitación en curso), ejerció el mismo derrotero de acciones que respecto de las resoluciones de adjudicación del permiso de operación, esto es, la reposición administrativa, el recurso de ilegalidad ante la Ilma. Corte de Apelaciones, un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad y un recurso de queja, sumado esta vez a un recurso de apelación respecto de la resolución que rechazó la ilegalidad (que se explica en razón de una de las justificaciones esgrimidas por el Excmo. Tribunal Constitucional para declarar inadmisibles los requerimientos anteriores). En otras palabras, Sun Dreams replicó su conducta anterior, agotando la vía judicial, aun en contra de las normas de la Ley de Casinos que establecen un régimen recursivo acotado;

F.4.3. Análisis de las vías de hecho alegadas por Enjoy

Centésimo cuadragésimo primero: Que Enjoy sostiene que las acciones antes referidas fueron acompañadas de vías de hecho que configurarían también una infracción de competencia desleal con un objetivo anticompetitivo. A este respecto, plantea que constituyen dos hipótesis no contempladas en el artículo 4° de la LCD, pero que serían calificables como actos desleales: **(a)** la difamación de un competidor ante autoridades públicas, realizando afirmaciones falsas o no acreditadas en los procedimientos jurisdiccionales destinados al efecto; y, **(b)** el amedrentamiento de autoridades, para que se abstengan de acceder a solicitudes legítimas de su competidor, entabando el desempeño competitivo de este y con ello, desviando –o tendiendo a desviar– clientela (Demanda, fojas 143);

Centésimo cuadragésimo segundo: Que, ante todo, por invocarse el ilícito genérico de competencia desleal del artículo 3° de la LCD, se debe analizar si Sun Dreams ha llevado a cabo una conducta contraria a la buena fe o a las buenas costumbres que, por medios ilegítimos, persiga desviar clientela de un agente del mercado, en este caso, Enjoy, con el objeto de alcanzar o mantener un monopolio local, según sea el caso, relativo a la explotación de un casino de juego en las respectivas comunas. En este caso, tratándose de afirmaciones de un agente particular frente a autoridades públicas, para que se configure el ilícito, no solo debe establecerse la falsedad de tales afirmaciones, sino que, además, que estas hayan influido en el comportamiento de las autoridades competentes;

Centésimo cuadragésimo tercero: Que, a este respecto, las autoridades públicas tienen un deber de someter su actuación a la Constitución y a las leyes de la nación, además de que la administración del Estado debe “*observar los principios de responsabilidad, eficiencia, eficacia, coordinación, impulsión de oficio*”

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

del procedimiento, impugnabilidad de los actos administrativos, control, probidad, transparencia y publicidad administrativas y participación ciudadana en la gestión pública, y garantizará la debida autonomía de los grupos intermedios de la sociedad para cumplir sus propios fines específicos, respetando el derecho de las personas para realizar cualquier actividad económica en conformidad con la Constitución Política y las leyes” (LOCBGAE, artículo 3°).

De esta forma, los órganos de la administración actúan dentro del marco de sus competencias, velando por cumplir con los principios reseñados y no pueden basar sus decisiones únicamente en la información que los administrados les suministren, sino que las toman de manera independiente y fundada. Esta constatación supone un deber mínimo de verificación respecto de la veracidad de las alegaciones que los ciudadanos hagan a la administración;

Centésimo cuadragésimo cuarto: Que, de manera previa a adentrarse al análisis, debe considerarse que todas las vías de hecho acusadas como anticompetitivas fueron ejecutadas tras la interposición de los recursos de reposición y reclamación. En específico, entre el rechazo de A11 (reclamación contra resolución que adjudicó permiso de operación del casino de Pucón) y el rechazo de A15 (queja contra sentencia que rechazó la reclamación relativa al permiso de operación de la comuna de Pucón) y mientras se encontraba pendiente de resolución A12 (reclamación contra resolución que adjudicó permiso de operación del casino de Puerto Varas). Por lo tanto, se ejercieron en un contexto de litigiosidad entre Sun Dreams y la SCJ, donde la primera cuestionó el actuar de la segunda en su desempeño durante la licitación de los permisos en estudio, sin perjuicio de que puede considerarse que se enmarcan dentro de un actuar organizado por parte de Sun Dreams, dirigido a cuestionar el proyecto técnico adjudicado de Enjoy, principalmente en lo referido a la ubicación elegida por esta para emplazar sus proyectos en relación a la normativa urbanística, lo que también se manifestó en las acciones referidas precedentemente. De esta forma, no puede descartarse que estas actuaciones formaran parte de un plan para evitar que Enjoy pudiera materializar su proyecto, atendido que Sun Dreams estimaba que incumplía la normativa vigente y, por tanto, las Bases de Licitación;

Centésimo cuadragésimo quinto: Que, en lo que respecta a la **vía de hecho V1**, las Demandantes indican que para obtener el permiso de edificación del proyecto en Pucón, necesitaban obtener la calificación de vía “colectora” para la calle Clemente Holzapfel. Atendido que la calle había sido calificada en maneras contradictorias por la DOM de Pucón (véanse, los considerandos decimoséptimo y decimonoveno), Enjoy señala que solicitó el pronunciamiento del Seremi de la Región de la Araucanía para finiquitar el asunto.

En ese contexto, Sun Dreams se hizo parte del procedimiento administrativo, en el cual habría realizado observaciones falsas y amenazantes ante el Seremi

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

(carta de 4 de junio de 2019, dispositivo de almacenamiento electrónico de fojas 1, documento N° 28). En dicha misiva, afirmó (a) que el permiso de operación fue adjudicado ilegalmente por la SCJ, en circunstancias en que ya se habían rechazado tanto el recurso de reposición como el reclamo de ilegalidad interpuesto contra la adjudicación; y (b) que la calificación de la calle se estaba discutiendo ante la Excma. Corte Suprema, lo cual no era cierto, ya que, por un lado, el recurso de queja fue en contra de los ministros de la Ilma. Corte de Apelaciones de Santiago, mas no del fondo y, por otro lado, en sede jurisdiccional se estaba discutiendo la procedencia de la adjudicación del permiso a Enjoy y no la recalificación de una calle en particular. Añade en sus observaciones a la prueba que, a la fecha de la carta, el recurso de queja –acción A15– ni siquiera había sido admitido a tramitación (fojas 3583).

Enjoy señala que Sun Dreams solicitó al Seremi abstenerse de emitir pronunciamiento sobre la calificación de la calle, citando para ello el dictamen de Contraloría referido en el considerando vigésimo. Añade en sus observaciones a la prueba que las Demandadas habrían logrado inhibir a dicha autoridad de calificar la calle, al ser el propio Seremi quien lo confirmó en una declaración en la prensa local (fojas 3584-3585), reproducida en la consideración vigésimo cuarta precedente.

Las Demandantes cuestionan que Sun Dreams no poseía siquiera interés legítimo para su intervención, más allá de entorpecer la materialización de su proyecto de casino en Pucón. Así lo muestra el contenido de la carta, en cuanto señalaba que *“de acoger dicha solicitud, se contribuiría a que Enjoy comience a ejecutar el permiso de operación de casino de juegos que le fuera adjudicado ilegalmente”*. A su juicio, el interés de las Demandadas no recae en ninguno de los supuestos contemplados en el artículo 21 de la Ley N° 19.880, que establece las bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado. Asimismo, no desarrollan ninguna actividad económica en la vía que el procedimiento administrativo buscaba calificar.

Por último, destaca que en el pasado Sun Dreams también ha debido solicitar reiteradamente procedimientos de recalificación de calles para la ejecución de sus proyectos y que, de haber resultado adjudicada del concurso que impugna, se encontraría en las mismas circunstancias que Enjoy;

Centésimo cuadragésimo sexto: Que, por su parte, Sun Dreams no controvierte estos hechos. Señala que la calle relevante para Enjoy ya había sido calificada como vía de “servicio”, y que la solicitud al Seremi fue para que instruyera a la DOM a cambiar su criterio actual, recalificando la calle en beneficio de las Demandantes. Ante esa situación, esgrime que sólo le indicó al Seremi que el único órgano público con atribuciones legales para recalificar dicha calle es la DOM de esa comuna. Además, le informó sobre la existencia de

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

procesos judiciales pendientes y que en uno de ellos se estaba conociendo, entre otras cosas, la clasificación de la calle Clemente Holzapfel en Pucón;

Centésimo cuadragésimo séptimo: Que, debe tenerse presente que los actos administrativos deben cumplir ciertos requisitos para ser válidos. La doctrina los ha sistematizado en: **(a)** la investidura regular del órgano que dicta el acto; **(b)** previa habilitación jurídica para actuar y **(c)** la existencia, previa a la actuación, de un debido procedimiento, establecido por la ley, justo y racional. En este sentido, deben explicitarse las razones o fundamentos de la decisión adoptada (Soto, E. *“Derecho Administrativo”*. Santiago: Editorial Legal Publishing Abeledo Perrot, 2009, pp. 350 y 351).

Centésimo cuadragésimo octavo: Que, asimismo, la doctrina reconoce la participación de particulares en el control de los actos, mediante la posibilidad de ejercer un control fáctico por medio de la prensa o grupos de presión (Bermúdez, J., *“Derecho administrativo General”*. Santiago: Editorial Legal Publishing Abeledo Perrot, 2010, p. 226);

Centésimo cuadragésimo noveno: Que, a mayor abundamiento, el Informe Cordero plantea que, en orden a que en los actos administrativos relacionados a la supuesta infracción (certificados de informaciones previas y permisos de edificación) *“nos encontramos ante actos administrativos estrictamente reglados. Esto quiere decir que todos los elementos de estos actos vienen pre configurados por la ley, de manera que no se deja espacio alguno para la discrecionalidad de la autoridad urbanística en orden a otorgar o no otorgar el permiso, así como colocarles algún tipo de condición o carga. (...) Por lo tanto, las presentaciones realizadas ante dichas autoridades no constituyen un factor determinante para el otorgamiento o denegación de los permisos de edificación (...)”* (fojas 4708);

Centésimo quincuagésimo: Que, en ese marco de análisis, debe considerarse que los órganos de la administración tienen un deber de actuar conforme a derecho. Por tanto, la acusada intervención de un particular no necesariamente configura una infracción de competencia desleal por medio del uso de vías de hecho, atendido que la administración tiene el deber de fundar sus decisiones para que éstas sean válidas. Dicho de otro modo, que un particular allegue información a un órgano de la administración, no implica que este fallará en su favor, sino que debe guiarse por el mérito de los distintos antecedentes que le permitan arribar a una acertada decisión;

Centésimo quincuagésimo primero: Que Sun Dreams aduce en esta carta que el proyecto de Enjoy fue “adjudicado ilegalmente por la Superintendencia de Casinos de Juegos” no existiendo una declaración firme en ese sentido, sin embargo, las aseveraciones se relacionan a antecedentes públicos, fácilmente verificables. De este modo, si bien puede estimarse que la carta contiene

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

información incorrecta o engañosa, no aparece que haya tenido el mérito para incidir en la decisión de la autoridad;

Centésimo quincuagésimo segundo: Que, sin perjuicio de ello, la calificación de la conducta de Sun Dreams como un eventual ilícito de competencia desleal debe analizarse en dos niveles. Ante todo, la carta revela una intención de inmiscuirse en un procedimiento administrativo cuyo resultado afectaba directamente a un competidor y que podía tener incidencia en las acciones judiciales que Sun Dreams había interpuesto contra las decisiones de la SCJ. En este sentido, el envío de una carta que contiene información incorrecta o engañosa respecto del estado de los procesos judiciales pertinentes, puede ser considerado como una conducta contraria a la buena fe, en cuanto busca incidir en la decisión de la autoridad. Con todo, en un segundo nivel, toda vez que los efectos de esa conducta potencialmente desleal dependen de la decisión de la autoridad, no es posible determinar su ilicitud con su solo análisis, sino que debe acreditarse que efectivamente incidió en la decisión, ya sea directamente, ya sea retrasándola;

Centésimo quincuagésimo tercero: Que, sobre este último aspecto, sólo consta en autos evidencia de declaraciones a la prensa del Seremi de Vivienda y Urbanismo de la Región de la Araucanía en cuanto a inhibirse de pronunciarse mientras existieran acciones judiciales pendientes (dispositivo de almacenamiento electrónico de fojas 1068, documento N° 25, acompañado por presentación de fojas 1069, y entrevista percibida a fojas 2781), lo que resulta insuficiente para estimar que la conducta de Sun Dreams tuvo efectos en la decisión de esa autoridad;

Centésimo quincuagésimo cuarto: Que, en relación con la **vía de hecho V2**, Enjoy relata que las Demandadas efectuaron unilateralmente una presentación ante la DOM de Pucón con observaciones sobre su proyecto, la cual no se insertó en el contexto de ningún procedimiento o solicitud, y cuyo objeto fue dificultar el avance del mismo. En aquella exposición, Sun Dreams hizo presente que el proyecto de Enjoy no podría obtener un permiso de edificación, ya que, en su parecer, no cumplía con la normativa aplicable. La filial de Sun Dreams le presenta a la DOM dos soluciones para corregir lo anterior, e insiste con que la carga de ocupación del proyecto de Enjoy superaría los umbrales permitidos;

Centésimo quincuagésimo quinto: Que Sun Dreams afirma que en esa presentación sólo hizo presente las irregularidades del proyecto de Enjoy en Pucón. Indica que no advierte cuál sería el obstáculo adicional derivado de su carta, si la misma DOM de Pucón fue la que calificó la calle en cuestión como vía de “servicio”. Enjoy acusa que, adicionalmente, el 6 de junio de 2019, gestores de intereses de Sun Dreams solicitaron una audiencia con Lorena Fuentes, quien fuera Directora de Obras Municipales de Pucón, donde habrían hecho referencia a la existencia de juicios pendientes;

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Centésimo quincuagésimo sexto: Que la señora Fuentes declaró en estrados, en relación con los temas tratados en reuniones con Sun Dreams, lo siguiente:

“generalmente yo me limitaba a escuchar la presentación, y la verdad es que no tenía muchos comentarios porque, en general, toda la documentación que ellos presentaban, tenían que ver con trámites judiciales, reclamaciones, y en eso no tenemos mucho que opinar nosotros como directores de Obra, así es que la verdad es que yo opiné muy poco respecto de eso, como le digo, me limitaba a escuchar la presentación –los papeles se ingresaban por Oficina de Partes, para que hubiera una formalidad en ese contexto–, las audiencias fueron todas a través de la Ley de Transparencia.... La Ley de Lobby perdón, y no fue mucho más que eso” (declaración testimonial Lorena Fuentes, fojas 2316-2317);

“ninguna de las presentaciones, que no fueran temas (...) relacionados con las materias de la Dirección de Obras, en realidad no tuvieron ningún efecto en las decisiones que se tomaron desde la Dirección de Obras de Pucón. Es decir, todas las dudas que nosotros teníamos desde el punto de vista normativo, para la ejecución del proyecto, están de alguna forma señaladas y expresadas en el informe original que se le entregó a la Administración Municipal. Por lo tanto, no son nuevas (...)” (ibidem, fojas 2317-2318);

Centésimo quincuagésimo séptimo: Que la misma testigo, preguntada sobre los efectos de las acciones de Sun Dreams contra la decisión de la SCJ en el otorgamiento de permisos urbanísticos por parte de la DOM de Pucón respondió *“ninguna”* (fojas 2324). Además, consultada si los abogados de “Dreams” o su representante solicitaban algo en particular, contestó que *“nada muy específico en realidad, solo que ‘actuáramos con independencia’”* (fojas 2338);

Centésimo quincuagésimo octavo: Que, según se aprecia del documento N° 30 acompañado a fojas 81, Sun Dreams hace presente a la DOM las irregularidades que a su parecer se constataban respecto del proyecto de Enjoy, incluyendo una mención a la calificación de la calle Clemente Hopzafel. Con todo, la DOM era la autoridad llamada a calificar la vía en cuestión, por lo que en su calidad de órgano competente, contaba con las atribuciones necesarias para decidir adecuadamente el asunto, de modo que las alegaciones de Sun Dreams no tenían aptitud suficiente como para influir decisivamente en su dictamen. Más aún, a este respecto no aparece que Sun Dreams haya entregado información falsa o engañosa a la autoridad;

Centésimo quincuagésimo noveno: Que la **vía de hecho V3** acusa que Sun Dreams buscó participar en la sesión de 24 de junio de 2019 del Consejo Resolutivo de la Superintendencia, en las que se pretendía discutir solicitudes

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

formuladas por Enjoy en orden a modificar el proyecto integral del casino de Puerto Varas, en circunstancias que ello no es contemplado (Demanda, fojas 125 y 126). En definitiva, la solicitud fue rechazada;

Centésimo sexagésimo: Que Sun Dreams señala que el fundamento de esta solicitud era que en este consejo se conocerían modificaciones al proyecto de Casino de Puerto Varas, cuestión que evidentemente le interesaba, toda vez que podrían representar una forma sobreviniente para dar legalidad al proyecto presentado (fojas 539);

Centésimo sexagésimo primero: Que, sobre esta conducta acusada, se puede colegir que, pese a que no fuera un trámite considerado en la ley, tampoco puede concluirse que la mera solicitud configure un medio ilegítimo, más aún cuando ésta fue rechazada;

Centésimo sexagésimo segundo: Que otra conducta reprochada es la supuesta negativa a entregar a la Superintendencia la nómina de los trabajadores de Sun Dreams en el actual casino de Puerto Varas (**vía de hecho V4**), relacionada al deber del nuevo concesionario de mantener al menos al 80% de los trabajadores que se desempeñaban en el concesionario anterior.

A este respecto, el 5 de junio de 2019, la Superintendencia solicitó a Sun Dreams entregar esta información a más tardar el 10 de junio de 2019, por Oficio N° 705 (fojas 4633). Este oficio no fue respondido y la solicitud de información debió ser reiterada el 4 de julio de 2019, mediante Oficio N° 857, indicando un plazo de 5 días hábiles para remitir la respuesta (demanda, fojas 126 y 127, fojas 4635);

Centésimo sexagésimo tercero: Que Sun Dreams adujo que el referido oficio fue respondido por carta de 9 de julio de 2019 y que en ocasiones previas ya se había remitido esta información a la SCJ. Con todo, consta en autos que la última información remitida con anterioridad se remontaba a mayo de 2016, esto es, más de 3 años previo a la solicitud de información que se relaciona a la contienda (fojas 4612, acompañado por presentación de fojas 4812);

Centésimo sexagésimo cuarto: Que, de los antecedentes examinados precedentemente, se da cuenta que Sun Dreams se demoró aproximadamente un mes en responder el requerimiento de información de la SCJ, adicionales al plazo original que se contemplaba para su respuesta (10 de junio de 2019);

Centésimo sexagésimo quinto: Que, con todo, no se ha demostrado que este retraso hubiera tenido la intención de afectar el desarrollo del proyecto de Enjoy o que fuese apto para ello, lo que no se ha acreditado;

Centésimo sexagésimo sexto: Que, por último, en relación con la **vía de hecho V5**, la Demanda señala que la noticia de 11 de julio de 2019 publicada en el diario El Llanquihue referida en el considerando trigésimo primero *supra*

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

da cuenta de que el representante de Sun Dreams entrevistado relata haberse reunido con el director subrogante de la DOM de Puerto Varas, haber elevado solicitudes de información sobre procesos que Enjoy había iniciado en dicha municipalidad, para “*seguir construyendo nuestros argumentos legales*” (demanda, fojas 128);

Centésimo sexagésimo séptimo: Que, en relación con este reproche, Sun Dreams señaló que fue la propia DOM de Puerto Varas quien observó el proyecto de casino de Puerto Varas, invocando –entre otras cosas– el vicio denunciado por ella (contestación filiales, fojas 539);

Centésimo sexagésimo octavo: Que, del documento acompañado bajo el N° 33 de fojas 1, se aprecia que la noticia describe: **(a)** que Robert Gilmore, abogado de Sun Dreams, tuvo una reunión con Javier Soto, director subrogante de la DOM, luego de la cual estableció que “*por no definir la correcta localización de las instalaciones del futuro Casino de Juegos de Puerto Varas, la Dirección de Obras Municipales (DOM) de esa comuna rechazó las últimas tres presentaciones que Enjoy ingresó a esa unidad técnica*”; **(b)** que el mismo abogado afirmó que Enjoy estaría haciendo modificaciones sustanciales al proyecto con el fin de superar las observaciones detectadas, con lo que, a su juicio, buscaba “*acomodarse y cumplir con la norma*”; **(c)** que, en el mismo encuentro, le comunicó al referido director subrogante que elevaron una solicitud de información para conocer los antecedentes en los que se fundamentaron los rechazos; **(d)** el reclamo ante la Ilma. Corte de Apelaciones (acción A12) y los argumentos que lo sustentaban; **(e)** su posición respecto a deficiencias en la labor de la SCJ durante el proceso licitatorio;

Centésimo sexagésimo noveno: Que, en definitiva, esta noticia únicamente da cuenta de la estrategia que Sun Dreams en relación con la impugnación del permiso de operación del casino adjudicado a Enjoy. La información descrita constaba en el dominio público, y la referida noticia solo se limitó a publicitar las acciones de Sun Dreams, por lo que no puede ser considerada como independiente de las acciones interpuestas (Sentencia N° 197/2024, c. 114°);

Centésimo septuagésimo: Que, al igual que respecto de las acciones judiciales y administrativas, Enjoy ha sostenido que Sun Dreams continuó ejecutando conductas con miras a perjudicar el desarrollo de su proyecto con posterioridad a la presentación de la Demanda. A este respecto, como fue señalado en relación con las acciones interpuestas con posterioridad a la Demanda, estas conductas no pueden ser objeto de sanción en estos autos, al no haber sido parte de la litis, sin perjuicio de que pueden considerarse como indicios para determinar la ilicitud de las demás conductas;

F.4.4. Conclusiones de la sección

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Centésimo septuagésimo primero: Que, como se ha establecido en los considerandos anteriores, Sun Dreams desarrolló una estrategia de impugnación de los permisos de operación de casinos de juegos adjudicados a Enjoy en las comunas de Pucón y Puerto Varas, consistente en la interposición de acciones judiciales, hasta agotar esa vía, y, en paralelo, en la intervención en los procedimientos administrativos necesarios para la obtención de los permisos requeridos por Enjoy para el desarrollo de sus proyectos;

Centésimo septuagésimo segundo: Que estas conductas evidentemente fueron coordinadas y planificadas centralmente, por lo que pueden considerarse como un plan, cuyo objetivo final era la revocación de esos permisos, de forma tal que ellos fueran adjudicados a quien había obtenido el segundo lugar en los procesos de licitación, esto es, Sun Dreams, o bien, que se desarrollara un nuevo proceso de licitación de los permisos;

Centésimo septuagésimo tercero: Que, atendida la definición de mercado relevante adoptada, que considera cada licitación como un mercado en sí mismo, la estrategia tenía por objeto la exclusión de Enjoy y otorgar a Sun Dreams la posibilidad de alcanzar (en Pucón) o mantener (en Puerto Varas), una posición dominante;

Centésimo septuagésimo cuarto: Que, con todo, las conductas acusadas como constitutivas de la infracción establecida en la letra c) del inciso segundo del artículo 3° del D.L. N° 211 requieren acreditar como elemento central el ejercicio abusivo de acciones judiciales y administrativas y de vías de hecho para amedrentar a la autoridad administrativa con información falsa o engañosa. Ello supone demostrar, ante todo, que las acciones interpuestas carecen objetivamente de mérito y que se han interpuesto con una finalidad anticompetitiva, en este caso, excluyente;

Centésimo septuagésimo quinto: Que, como se ha demostrado, no hay antecedentes que permitan calificar las acciones judiciales y administrativas como carentes objetivamente de mérito, pues no fueron calificadas de esa forma por los tribunales que las conocieron y no corresponde que este Tribunal sobreponga su propio juicio al respecto, lo que descarta que puedan entenderse como abusivas.

Asimismo, en relación con las vías de hecho, las actuaciones de Sun Dreams y sus gestores de intereses ante la autoridad administrativa no han tenido la aptitud para, por sí solas, afectar la decisión de las autoridades administrativas pertinentes, por lo que carecen del resultado exigido por la norma para su calificación como competencia desleal, esto es, el desvío de clientela. Esta conclusión es sin perjuicio de que, en particular, la carta enviada por Sun Dreams al Seremi de Vivienda y Urbanismo de la Región de la Araucanía puede calificarse como contraria a la buena fe, al incluir información incompleta o

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

incorrecta sobre el estado de los procesos judiciales en curso. Con todo, incluso en ese caso, la conducta desplegada por Sun Dreams tenía una incidencia marginal para la obtención de los permisos requeridos por Enjoy, al afectar sólo al correspondiente a la comuna de Pucón y, por lo demás, dirigirse a una autoridad distinta de quien debía tomar la decisión, sin perjuicio del deber de la autoridad administrativa de verificar por sus propios medios la veracidad de la información entregada por Sun Dreams, de haber considerado que ella incidía en la forma en que debía ejercer sus atribuciones;

Centésimo septuagésimo sexto: Que, las conductas y acciones desarrolladas con posterioridad a la Demanda presentan las mismas características, por lo que no alteran la conclusión a la que se ha llegado.

En particular, la principal acción posterior de Sun Dreams corresponde a la reposición, y posterior recurso de ilegalidad contra la decisión del Consejo Resolutivo de la SCJ que autorizó cambios al proyecto de Enjoy en la comuna de Pucón, que fue seguida de otro recurso de queja contra los ministros que rechazaron ese recurso, sumado a un nuevo requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del inciso quinto del artículo 27 de la Ley de Casinos. A este respecto, se aprecia que, nuevamente, Sun Dreams agotó la vía judicial contra la resolución de la SCJ, aun cuando la Ley de Casinos contempla un régimen recursivo limitado, lo que la llevó a desarrollar una estrategia judicial compleja. En este caso, cabe señalar que la Ilma. Corte rechazó el recurso de ilegalidad con costas, de modo que, esta acción en particular se entiende como objetivamente carente de mérito, sin perjuicio de lo cual, como se ha explicado, no fue parte de la acusación por ser posterior a la Demanda.

Por su parte, las vías de hecho posteriores a la Demanda, consisten en el envío de cartas y audiencias de *lobby* ante distintas autoridades administrativas con competencia en las comunas de Pucón y Puerto Varas, por parte de representantes y gestores de intereses de Sun Dreams, junto a entrevistas en diarios de la zona. Respecto de estas conductas, ante todo, no se ha acreditado su falta de fundamento ni la entrega de información falsa a la autoridad respectiva, sino que la alegación se funda en calificarlas como la causa de la demora en el otorgamiento de los permisos necesarios, relación causal que no ha sido acreditada y que sería indispensable para su ilicitud;

Centésimo septuagésimo séptimo: Que, en consecuencia, no se configuran los ilícitos alegados por Enjoy en su Demanda;

F.4.5. Efectos de las conductas de Sun Dreams

Centésimo septuagésimo octavo: Que Enjoy argumenta que las conductas acusadas en autos le generaron daños (fojas 91 y 161-168; y fojas 3621-3624). Señala que no solamente ha tenido que enfrentar mayores costos directos en el desarrollo y construcción de sus proyectos adjudicados, sino que también ha

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

tenido que incurrir en una serie de otros costos indirectos provocados por el actuar de Sun Dreams. Estos consisten en:

- (a) Costos legales derivados de la necesidad de hacerse parte en los procedimientos iniciados por las Demandadas;
- (b) Costos financieros como consecuencia de la incertidumbre jurídica en que la habría puesto Sun Dreams. Añade que ha debido consignar como riesgo la eventual revocación de los permisos, bajo declaración formal conforme a la Ley N° 18.045, lo que afecta la financiación de sus proyectos, ya que ésta provendría tanto de recursos propios como de terceros. Así, señala que prueba de ello son el testimonio de Esteban Rigo-Righi, en ese entonces gerente de finanzas de Enjoy (fojas 2178 y 2186), y la carta de 24 de marzo de 2020, enviada por el principal accionista de Enjoy al gerente general de esta última (dispositivo de almacenamiento electrónico de fojas 3497, documento N° 2, acompañado por presentación de fojas 3498); y,
- (c) Mayores costos de construcción generados por el estrangulamiento de sus plazos a causa de las acciones de Sun Dreams, al lograr que las autoridades municipales y regionales se inhiban de actuar. Al respecto, estima que, aunque acelerara la construcción de las obras para cumplir con sus plazos, esto le generaría mayores costos de mano de obra que incidirían en un aumento entre un 6% y 13% de los presupuestos originales destinados a los proyectos (dispositivo de almacenamiento electrónico de fojas 3497, documento N° 1, acompañado por presentación de fojas 3498). Asimismo, indica que el retraso en la operación de los casinos generaría un daño en sí mismo, al privar a Enjoy de los ingresos proyectados al momento de postular a la licitación.

Todo esto se enmarcaría en una estrategia de *raising rival's costs* o aumento de costos del rival, definiéndola como “*un actuar exclusorio de la competencia por la vía de encarecer la participación o entrada en el mercado de los competidores*” (fojas 162);

Centésimo septuagésimo noveno: Que, en el mismo sentido se pronuncia el informe económico acompañado por las Demandantes a fojas 3155, cuya versión pública se encuentra a fojas 3312, el cual indica que “[e]l incremento en los costos de los rivales se produciría porque la actitud litigiosa de Sun Dreams llevaría a que se incremente considerablemente la probabilidad de un escenario extremo: la pérdida de los derechos de concesión producto del atraso en la entrada en operaciones del casino adjudicado” (p. 49). Señala que la pérdida de los permisos conllevaría al pago de las garantías de la licitación, que corresponden a un 5% del monto total de la inversión, y al cobro de un monto equivalente a tres años de la oferta económica adjudicada. Asimismo, esgrime que Enjoy

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

perdería las inversiones ya realizadas, y que la revocación de los permisos tendría como consecuencia un costo reputacional que podría dificultar el acceso a financiamiento de las Demandantes. Además, añade que las conductas de Sun Dreams “*generarían costos adicionales que afectan la utilidad esperada en caso de adjudicarse una licitación o incrementan la incertidumbre*” (p. 52), lo que provocaría la presentación de ofertas menos agresivas en este tipo de licitaciones;

Centésimo octogésimo: Que, en contraposición, las filiales de Sun Dreams aducen que los reclamos de Enjoy “*son causa de una errada gestión de administración y deficiente estrategia de negocios*” (fojas 550) y cita diversas noticias de la prensa y otras fuentes públicas para mostrar que la situación de las Demandantes se debe a causas anexas (fojas 546 a 556);

Centésimo octogésimo primero: Que, según se ha analizado, las acciones que dieron lugar a los procesos administrativos y judiciales que Enjoy ha acusado como desleales, no carecían objetivamente de mérito. En consecuencia, el gasto en que Enjoy debió incurrir por la estrategia legal que asumió frente a las acciones intentadas por Sun Dreams no es más que el costo que cualquier agente del mercado debe asumir frente a la litigiosidad derivada del derecho a la acción o al recurso, según corresponda. Habiéndose descartado que las acciones referidas *supra* tuvieran un carácter anticompetitivo, no puede seguirse que el aumento de costos derivado de las mismas provenga de una conducta ilícita;

Centésimo octogésimo segundo: Que, a mayor abundamiento, no se aportó prueba que permitiera establecer una relación causal directa entre las acciones de Sun Dreams y la imposibilidad de desarrollar los proyectos de las Demandantes. Ante todo, ninguno de los recursos judiciales impedía el desarrollo de los proyectos, toda vez que no suponían la suspensión de los efectos de la adjudicación. Adicionalmente, no se acreditó que los permisos administrativos requeridos por Enjoy se hubieran retrasado a causa de la intervención de Sun Dreams.

III. PARTE RESOLUTIVA

Y TENIENDO PRESENTE lo dispuesto en los artículos 1°, 2°, 3° y 19 y siguientes del Decreto Ley N° 211,

SE RESUELVE:

RECHAZAR la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por Sun Dreams S.A.

RECHAZAR la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por Casino de Juegos Pucón S.A. y Casino de Juegos Puerto Varas S.A.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

RECHAZAR la excepción de falta de legitimación activa opuesta por Casino de Juegos Pucón S.A. y Casino de Juegos Puerto Varas S.A. respecto de Enjoy S.A.

RECHAZAR la demanda de Enjoy S.A., Casino Del Lago S.A. y Casino De Puerto Varas S.A., sin costas por haber tenido motivo plausible para litigar.

SE PREVIENE que el Ministro Pastor, sin perjuicio de concurrir a la decisión, no comparte lo expresado por la mayoría en el considerando septuagésimo segundo, por considerar que las conductas anticompetitivas establecidas en el artículo 3° inciso segundo del D.L. N° 211, no corresponden a infracciones a la libre competencia independientes o autónomas, en base a las siguientes consideraciones:

1. El inciso primero del artículo 3° del D.L. N° 211 constituye la base normativa que tipifica el ilícito general o abierto contra la libre competencia, sancionando cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la competencia en los mercados, o tienda a producir dichos efectos. Los ejemplos descritos en el inciso segundo no son más que manifestaciones concretas de este tipo general, como lo indica la frase “entre otros” contenida en su encabezado. Esta redacción confirma que los supuestos específicos no tienen autonomía, sino que deben ser evaluados bajo el marco general establecido en el inciso primero.

Los ejemplos del inciso segundo tienen la finalidad de ilustrar sobre las conductas que suelen presentar mayores riesgos para la libre competencia. Sin embargo, estas no deben ser vistas como ilícitos autónomos, sino como manifestaciones del tipo general. Por ejemplo, prácticas como la colusión o los abusos de posición dominante deben analizarse en función de si efectivamente afectan la libre competencia, y no sancionarse automáticamente al encajar en una categoría específica.

La subsunción de los casos específicos en el tipo general del inciso primero permite un análisis individualizado de las circunstancias y del impacto en la libre competencia. Ello garantiza que las sanciones sean proporcionales al daño causado al mercado, evitando una aplicación excesiva o desmedida que desnaturalice la finalidad del derecho de la competencia, orientada a proteger la eficiencia, la innovación, el interés público y el bienestar de los consumidores.

En consecuencia, la estructura normativa del artículo 3° está diseñada para garantizar flexibilidad en la persecución de conductas anticompetitivas, permitiendo al inciso primero cubrir cualquier acto que afecte la competencia, incluso si no encuadra perfectamente en los ejemplos del inciso segundo. De considerarse autónomas las conductas específicas, se limitaría el alcance del inciso primero, al restringir su aplicación únicamente a casos no previstos expresamente en los numerales del inciso segundo. Esto sería contrario a la intención legal de dotar al derecho de la competencia de herramientas amplias

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

y adaptativas para abordar los nuevos ilícitos anticompetitivos en los diversos mercados relevantes.

2. Por otra parte, la jurisprudencia en Chile ha reconocido que las conductas descritas en el inciso segundo son ejemplos de infracciones que deben analizarse bajo el prisma del supuesto general. Por ejemplo, la Excma. Corte Suprema (Rol N° 16.986-2020) mediante fallo de fecha 16 de octubre de 2020 (considerando quinto) concluye lo siguiente: “[q]ue, en este contexto, desde ya es posible señalar que no se observa en el fallo la inconsistencia que reprocha Baxter, en orden a que se acogió un requerimiento que, a su vez, le imputa las conductas contenidas en el artículo 3° inciso primero y segundo letra a) del Decreto Ley N°211 lo cual, en su concepto, resultaría una contradicción; puesto que lo cierto es que, conforme se indica en el motivo 218° de la decisión, aquella conducta que se dio por acreditada y que constituyó la infracción por la cual se le sanciona, es la contenida en la letra a) del artículo 3° del Decreto Ley N°211 que, conforme al enunciado del propio precepto, no es sino una manifestación de la conducta contenida en el inciso primero”.

En este sentido, los ilícitos específicos descritos en el inciso segundo del artículo 3° del D.L. N° 211 no deben interpretarse como independientes, sino como ejemplos que deben subsumirse en el supuesto general del inciso primero. Esto asegura una aplicación proporcional y razonable de la normativa, respetando los principios de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, pilares fundamentales del derecho de la competencia y del derecho administrativo sancionador, como también asegurando que las sanciones se apliquen de manera justa, proporcional y respetuosa de los derechos fundamentales de las personas y agentes económicos en la esfera del orden público económico.

3. Finalmente, negar esta relación jerárquica podría llevar a interpretar que algunas de las conductas enumeradas en el inciso segundo del artículo 3° del D.L. N° 211 se sancionan *per se*, sin necesidad de demostrar que afectan efectivamente el bien jurídico protegido de la libre competencia.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Nicolás Rojas Covarrubias y de la prevención, su autor.

Notifíquese personalmente, por cédula o por correo electrónico a las partes que hayan designado correo electrónico para efectos de notificación.

Inclúyase en el estado diario la resolución precedente y publíquese una vez que las partes se encuentren notificadas.

Archívese en su oportunidad.

Rol C N° 382-19.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Firmada por los Ministros Sr. Nicolás Rojas Covarrubias, Presidente, Sr. Ricardo Paredes Molina, Sr. Pablo García González y Sr. Rafael Pastor Besoain. Autoriza la Secretaria Abogada Sra. Valeria Ortega Romo.



D1C45765-2258-43AF-A79C-9EF4AC98DE2A

Este documento incorpora una firma electrónica avanzada. Su validez puede ser consultada en www.tdlc.cl con el código de verificación indicado bajo el código de barras.