

CONDICIONES IMPUESTAS POR EL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA EN EL MARCO DE UNA OPERACIÓN DE CONCENTRACIÓN EN EL DERECHO CHILENO

Santiago Montt Oyarzún¹

Resumen

Este artículo analiza la naturaleza de las condiciones o medidas de mitigación impuestas por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en una resolución que aprueba una fusión en un proceso de consulta, y los efectos de su incumplimiento. También revisa la legitimidad activa y pasiva para reclamar ante el citado Tribunal en el caso de incumplimientos de las condiciones impuestas en procesos de consulta, así como la imprescriptibilidad de dichas medidas. Luego discute el fallo dictado por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en el caso *Fiscalía Nacional Económica contra el Sr. John C. Malone* (29 de diciembre de 2011), donde el Tribunal se pronunció precisamente sobre los puntos discutidos en este artículo.

Introducción

Nuestro sistema voluntario de control de fusiones y/u operaciones de concentración (fusiones o FYODC, indistintamente) vivió un intenso año durante el 2011. La entrada forzada de LAN y TAM por la Corporación Nacional de Consumidores (CONADECUS) al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) en enero de 2011, puso en el centro del debate público el sistema de control contemplado –más bien por defecto que por diseño– en la Ley Chilena de la Competencia, el Decreto Ley N° 211 de 1973 (DL 211).

¹ Académico del Departamento de Derecho Público de la Universidad de Chile. LLM, JSD por Yale University, MPP por Princeton University. Agradezco el apoyo de los miembros de RegCom que colaboraron en la realización de este informe.

Ahora bien, otro aspecto crucial de dicho sistema de control, que dice relación con el régimen aplicable a las condiciones o mitigaciones que impone el TDLC como requisito a la consumación de una fusión, fue objeto de intenso debate en otro caso menos famoso, pero no menos relevante: *Fiscalía Nacional Económica contra el Sr. John C. Malone*.²

Este artículo corresponde a la adaptación de un Informe en Derecho elaborado por el suscrito en el Centro de Regulación y Competencia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, por encargo de la Fiscalía Nacional Económica (FNE), en el contexto de la referida causa. En la misma, la FNE solicitó se sancione al Sr. Malone por infringir la Condición N°1 impuesta en la Resolución N° 01/2004 de 25 de octubre de 2004 que autorizó la fusión entre VTR S.A. y Metrópolis Intercom S.A., cuyo tenor es el siguiente: “El grupo controlador de la empresa fusionada no podrá participar, ni directa ni indirectamente, por sí o por medio de personas relacionadas [...] en la propiedad de compañías operadoras de televisión satelital o vía microondas en Chile”. De acuerdo a la FNE, el Sr. Malone, como controlador final de VTR (post fusión), habría infringido dicha condición, al tomar indirectamente control de DirecTV Chile Ltda., empresa operadora de televisión satelital en Chile.

De conformidad a lo señalado, se analizan aquí diversos aspectos relativos al incumplimiento de una condición o medida de mitigación impuesta por el TDLC en una resolución que aprueba una FYODC. Concretamente, este trabajo estudia, en primer término, la naturaleza jurídica de las condiciones o medidas de mitigación impuestas por el TDLC en una resolución que aprueba una FYODC y los efectos de su incumplimiento. La tesis que se sustenta es que las condiciones o medidas de mitigación constituyen materialmente (no formalmente) actos administrativos de gravamen o limitación de derechos impuestos por el TDLC. No se trata de sanciones, sino de intervenciones regulatorias establecidas en procedimientos no contenciosos por parte de un Tribunal.

Enseguida, en la segunda sección, este artículo se refiere a la legitimación activa y pasiva para reclamar ante el TDLC por incumplimiento de las condiciones impuestas en procesos de consulta de FYODC. Se sostiene aquí que la legitimidad activa para reclamar ante el TDLC por incumplimiento de las condiciones impuestas en procesos de consulta de FYODC corresponde a la Fiscalía Nacional Económica (FNE) y a todo tercero que haya sufrido un daño

2 Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC), Sentencia N° 117/2011, Rol C 156-08, 29 de diciembre de 2011.

anticompetitivo. La legitimación pasiva depende del alcance de las condiciones definidas por el TDLC, las que en todo caso pueden afectar al solicitante y a su grupo empresarial.

En la tercera parte, se afirma que las condiciones impuestas por el TDLC en procesos de consulta de FYODC son imprescriptibles. Esto porque dichas condiciones, al igual que las obligaciones impuestas en instrumentos regulatorios generales o especiales dictados por la Administración del Estado, son en sí mismas imprescriptibles (sin perjuicio de que puedan ser dejadas sin efecto por el mismo TDLC).

La cuarta sección analiza el fallo dictado por el TDLC en el caso *Fiscalía Nacional Económica contra el Sr. John C. Malone* el 29 de diciembre de 2011 –fallo posterior al Informe en Derecho elaborado al efecto–, explicando cómo se acogió la correcta doctrina en cada uno de los puntos antes analizados.

Finalmente, las conclusiones destacan un punto central que opera como hilo conductor de este trabajo y recogido en el fallo del TDLC: el carácter regulatorio y no sancionatorio de las condiciones. Quienes quieren ver sanciones en las condiciones se olvidan que frente a las libertades de las empresas afectadas por las condiciones existen dos valores fundamentales, la eficiencia económica y la protección de los consumidores, los que reclaman una actuación regulatoria *a priori*, de naturaleza administrativa, de parte de los órganos encargados de velar por la competencia.

1. Naturaleza jurídica de las condiciones o medidas de mitigación impuestas por el TDLC en una resolución que aprueba una FYODC y efectos de su incumplimiento

1.1. Las condiciones o medidas de mitigación en el Derecho de la Competencia en general

El Derecho Comparado ha desarrollado latamente el tópico de las condiciones o medidas de mitigación, también conocidas como “compromisos”, “soluciones” o “remedios”. Tales medidas son aplicadas por los órganos de la competencia en respuesta a las FYODC que presentan riesgos a la libre competencia, pero que en definitiva se estima deben ser autorizadas.

En principio, las FYODC sometidas a control (sea voluntario u obligatorio, según la jurisdicción) que producen riesgos a la competencia y que, al mismo tiempo, generan eficiencias que compensan dichos riesgos, deben ser apro-

badas por los órganos de la competencia.³ Esto siempre que tales eficiencias cumplan los requisitos de ser *específicas* a la FYODC, *verificables*, *no-anticompetitivas* y *traspasables a los consumidores* (al menos parcialmente).⁴

A nivel comparado, frente a una FYODC que presenta riesgos a la competencia, las respuestas institucionales de los órganos de defensa de la competencia no se reducen a la alternativa binaria de aprobación *pura y simple* o *prohibición* de la operación. Como afirma Agüero, en general el Derecho de la Competencia reconoce:

[...] una amplia gama de remedios, o condiciones, que pueden establecerse para aplacar los riesgos que surjan de la operación. Dichos remedios condicionan la operación consultada, modificándola para hacerla compatible con la libre competencia.⁵

En términos generales, el propósito de las condiciones o medidas es proteger la eficiencia e intereses de los consumidores post-FYODC, preservando los niveles de competencia pre-FYODC.⁶ En Europa, se afirma que las medidas de mitigación tienen por objetivo fundamental “garantizar estructuras de mercado competitivas”,⁷ mientras que el Departamento de Justicia de Estados Unidos, en sus directrices sobre la materia, precisa que “el propósito de un remedio no es aumentar la competencia pre-FYODC sino restablecerla”.⁸

3 Ver Cañizares, Enrique y Domínguez, Daniel, “Remedios estructurales en control de concentraciones: Un análisis coste-beneficio”, en Martínez Lage y Petitbó, op. cit., p. 181.

4 En Estados Unidos, ver ABA Section of Antitrust Law, *Mergers and Acquisitions*, 3a ed., (ABA) 2008, p. 259:
[M]erging firms that seek to defend their mergers based on efficiencies must provide evidence that efficiencies, at least in part, will be passed on to consumers. (Las firmas en proceso de fusión que buscan defender dichas fusiones en base a eficiencias, deben probar que tales eficiencias serán traspasadas, al menos en parte, a los consumidores).

5 Agüero, Francisco, “Rol de las medidas de mitigación o condiciones impuestas para aprobar operaciones de concentración: Un análisis aplicado al sector *retail*”, en Montt, Paulo y Nehme, Nicole (eds.), *Libre competencia y retail. Un análisis crítico* (Legal Publishing) 2010, p. 314.

6 Como explica en Estados Unidos el Federal Trade Commission, Frequently Asked Questions About Merger Consent Order Provisions, disponible en <http://www.ftc.gov/bc/mergerfaq.shtm> (última visita, 24 de febrero de 2011), “Every order in a merger case has the same goal: to preserve fully the existing competition in the relevant market or markets”. (Toda orden en un caso de fusiones tiene el mismo objetivo: preservar completamente la competencia existente en el(los) mercado(s) relevantes(s)).

7 Por todos, Ortiz Blanco, Luis, *Manual de Derecho de la Competencia* (Tecnos) 2008, p. 331. Parker y Balto añaden que, tras una fusión, los consumidores debieran beneficiarse del mismo nivel de competencia después de ella que antes de la misma. Parker, Richard G. y Balto, David A., “The Evolving Approach to Merger Remedies”, en *Antitrust Report*, 2, 2000.

8 Department of Justice, *Antitrust Division Policy Guide to Merger Remedies*, 2004, p. 4 (“[T]he purpose of

Los remedios o medidas de mitigación se dividen en dos grandes categorías: medidas *estructurales* y medidas de *conducta* o *comportamiento*. Mientras los remedios estructurales implican una *redistribución* de derechos de propiedad, que pueden incluir alguna desinversión o cesión de negocios, los remedios de conducta *restringen* los derechos de propiedad y la libertad económica de las empresas fusionadas, estableciendo obligaciones exigibles a las partes que se fusionan.⁹ De este modo, mientras los remedios estructurales implican una redistribución de bienes, los remedios de conducta implican una limitación y restricción al actuar de las empresas.

Las medidas de conducta, como señalan Cañizares y Domínguez, limitan el comportamiento “de la empresa fusionada, sin alterar la estructura de propiedad de los activos de la industria [...] adoptan[do] la forma de obligaciones impuestas a la empresa fusionada”.¹⁰ Ahora bien, dada la complejidad en el diseño, costos de monitoreo, administración y cumplimiento y facilidades de elusión de las medidas de conducta,¹¹ el Derecho de la Competencia prefiere siempre, dentro de lo posible, las medidas estructurales.¹² Como explica Agüero:

Este tipo de medidas [de conducta]... son adecuadas cuando la prohibición total de la fusión sacrificaría eficiencias importantes y una medida estructural eliminaría tales eficiencias, o bien, cuando ella no es factible.¹³

a remedy is not to enhance premerger competition but to restore it”) (El propósito de un remedio no es aumentar la competencia pre-fusión, sino restablecerla). A su vez, el Competition Bureau canadiense agrega que los remedios deben buscar restablecer la rivalidad perdida por efectos de la fusión, más que enfocar su atención en índices de concentración previos a ella. Competition Bureau, *Information Bulletin on Merger Remedies in Canada*, 2006, § 2, p. 3.

9 Ver Agüero, op. cit., p. 314

10 Cañizares y Domínguez, op. cit., p. 182

11 Department of Justice, op. cit., p. 8

12 Ver Monti, Georgi, *EC Competition Law*, (Cambridge University Press) 2007, p. 283: Structural remedies are preferred because they are an immediate solution to the anticompetitive risk: they remove any threat posed by dominance by creating a new competitor or strengthening an existing firm. No long-term monitoring by the Commission is required. (Los remedios estructurales son preferibles porque constituyen una solución inmediata a un riesgo anticompetitivo: dichos remedios remueven la amenaza de dominancia que se sigue a la creación de un nuevo competidor o de reforzar una firma existente. No se requiere monitoreo de largo aliento de parte de la Comisión)

13 Agüero, op. cit., p. 323, citando al Department of Justice, op. cit., pp. 17-18 y la Competition Commission, *Merger Remedies: Competition Commission Guidelines*, CC 8, 2008, § 2.6, p. 13 y § 2.16, p. 15.

Como consecuencia de la complejidad antes indicada, los órganos de defensa de la competencia deben siempre tener presente las tres dimensiones de diseño, monitoreo y cumplimiento (*enforcement*) de las condiciones en tanto instrumentos regulatorios. Como bien afirman Cases y Menor:

[...]es consustancial a la potestad pública de imposición de una condición a una concentración empresarial que se disponga de mecanismos jurídicos suficientes y eficientes para asegurar su cumplimiento. El control administrativo de una operación de concentración no concluye en estos casos con la autorización misma, sino que se alarga necesariamente al período necesario para la ejecución de los compromisos.¹⁴

Por su parte, mientras las condiciones estructurales consisten habitualmente en la venta o cesión de activos, las posibles condiciones de conductas pueden ser amplias y variadas, siendo casi siempre “hechas a la medida” de los riesgos de la operación que se aprueba.¹⁵ Igualmente, así como las condiciones estructurales son generalmente de cumplimiento inmediato o casi inmediato, las medidas de conducta suelen establecerse por plazos de 3 a 5 años, sin perjuicio de que la duración pueda también ser indefinida¹⁶ (al menos hasta que el Tribunal no decida dejarla sin efecto dado un cambio de circunstancias).¹⁷

14 Cases, Luis y Menor, Javier, “Reacción ante los incumplimientos de compromisos y soluciones. La valoración *a posteriori* de la efectividad de los remedios”, en Martínez Lage, Santiago y Petitbó, Amadeo (dir.), *Remedios y Sanciones en el Derecho de la Competencia*, (Fundación Rafael del Pino y Marcial Pons) 2008, p. 327.

15 Así, Agüero lista diversas medidas de conducta, tales como obligación de la empresa que se fusiona de cooperar con sus competidores, obligar a la empresa fusionada a entregar licencias de su tecnología a un rival, dar acceso abierto a una instalación esencial de la empresa fusionada, exigirse el término total o parcial de contratos de largo plazo respecto de activos esenciales, prohibiciones de revelar información sensible de los competidores entre distintas empresas del grupo de la empresa fusionada, murallas chinas que buscan impedir la divulgación de información dentro de la empresa, deberes de trato equitativo y no discriminatorio, deberes de transparencia, cláusulas de no competir, contratos de suministro de largo plazo, restricciones en la contratación de personal escaso y controles respecto de los resultados del proceso empresarial (calidad de producto o servicio, precios máximos, etc.). Ver Agüero, op. cit., pp. 321-322.

16 Los siguientes ejemplos europeos demuestran duraciones de largo tiempo establecidas por la propia Comisión: (1) Vodafone Airtouch/Mannesmann, Caso N° Comp/M. 1795, 12 de abril de 2000, 3 años; (2) Vivendi/Canal+/Seagram, Caso N° Comp/M. 2050, 13 de octubre de 2000, 5 años; (3) Astra/Zeneca, Caso N° Comp/M. 1403, 26 de febrero de 1999, 10 años. Ver por todos, Massimo Motta, “Merger Remedies in the European Union: An Overview”, en *Antitrust Bulletin*, 52, 2007, p. 603.

17 Así ocurre, por ejemplo, en el Reino Unido. De acuerdo a la Competition Commission, Merger Remedies: Competition Commission Guidelines, 2008, pp.26-27, 4.7, disponible en http://www.competition-commission.org.uk/rep_pub/rules_and_guide/pdf/cc8.pdf (última visita, 24 de febrero de 2011): As behavioural remedies are designed to have ongoing effects on business conduct throughout the pe-

Es importante destacar que las medidas de conducta pueden establecer obligaciones exigibles tanto a las partes del acuerdo, como a terceros miembros del mismo grupo empresarial o relacionados con las partes, o incluso a terceros *futuros* ajenos a la transacción. La naturaleza regulatoria y no sancionatoria de las condiciones permite que los órganos de la competencia puedan imponer obligaciones en forma flexible y amplia mediante actos (materialmente) administrativos de gravamen o limitación de derechos. Más abajo volveremos sobre estas afirmaciones.

1.2. Naturaleza de las condiciones

Las medidas de conducta importan una forma de regulación de naturaleza administrativa y no jurisdiccional de la actividad económica desarrollada por las empresas partes en una FYODC. En Europa, Monti indica que las medidas de mitigación son, en definitiva, una *forma de regulación de mercados*:

Cuando se analizan los remedios de una fusión, el trabajo de la Comisión *es de naturaleza diferente* a cuando aplica el Derecho Europeo de la Competencia en escenarios más tradicionales, como la lucha contra los carteles. El poder de imponer condiciones permite a la Comisión *regular el mercado de una manera minuciosa*, proceso que se obtiene a través de la negociación con las partes de la fusión. Las partes aceptan que la fusión pueda proceder sujeto a las condiciones exigidas por la Comisión o simplemente echan pie atrás con la fusión.¹⁸

riod they are in force, the duration of these measures is a material consideration. The CC [Competition Commission] may specify a limited duration if measures are designed to have a transitional effect. Where measures need to apply as long as an SLC [substantial lessening of competition] persists and as this period can rarely be predicted during the course of an inquiry, *the CC will generally rely on the merged parties applying for variation or cancellation of the measures on the basis of a significant change of circumstances or possibly recommend that the OFT [Office of Fair Trading] reviews the need for the measures after a given period.* However, the CC may, in addition, specify a long-stop date in a 'sunset clause' beyond which the measures will definitely not apply. The period used for the long-stop date will depend on the circumstances of the case. (énfasis agregado). (Dado que los remedios conductuales están diseñados para tener efectos sostenidos sobre la conducta de negocios durante todo el período en el que estén en efecto, la duración de dichas medidas es una consideración material. La Comisión de Competencia puede especificar una duración limitada si las medidas están diseñadas para tener un efecto provisional. En el caso de medidas que deban durar tanto como la situación subyacente que reduce sustancialmente la competencia, y dado que la determinación de este período rara vez se puede predecir durante el curso de la revisión de la fusión, la Comisión de la Competencia generalmente preferirá su mantención hasta que las partes fusionadas soliciten su cambio o cancelación sobre la base de un cambio significativo de circunstancias, o posiblemente recomendará que el Office of Fair Trading revise la necesidad de mantener las medidas luego de un cierto período de tiempo. Sin embargo, la Comisión de la Competencia puede, además, especificar una fecha determinada en una cláusula tipo "sunset", a partir de la cual la medida quedará sin efecto. El período a establecer dependerá de las circunstancias del caso.)

18 Monti, op. cit., p. 290 (énfasis agregado).

La naturaleza administrativo-regulatoria –y *no sancionatoria*– de las condiciones o medidas debe entenderse en el contexto de economía-política de la regulación. En el Estado regulador, la existencia, contenido y límites del derecho de propiedad dependen del ejercicio de los poderes públicos del congreso y de las agencias administrativas.¹⁹ El valor de los bienes depende, entre otras, de las normas legales presentes y futuras. Con ello, como explica Kaplow, el proceso de reforma regulatoria siempre afecta los intereses de los actuales propietarios:

[...]una porción sustancial de todas las leyes, regulaciones y decisiones de los tribunales –incluso aquellas que son nominalmente prospectivas– alteran el valor de inversiones anteriores, simplemente porque el valor futuro de dichas inversiones depende de la normativa vigente y futura.²⁰

[...]casi cualquier cambio en las regulaciones o en las condiciones de mercado que no son anticipadas totalmente afectarán el valor de las firmas, bienes, u otras inversiones que son el objeto directo de la regulación, como asimismo el de muchos otros –como aquellos que compiten con las inversiones objeto de las normas–.²¹

Para ser más precisos, el proceso de reforma regulatoria siempre genera uno o más perdedores, incluso tratándose de reformas de naturaleza eficiente. Como explica Dahl, “podemos considerar como algo axiomático que virtualmente todas las decisiones tomadas por cualquier gobierno, incluyendo los democráticos, son desventajosas para algunas personas. Si producen ganancias, también producen costos”.²² Igualmente, desde una perspectiva económica, Joskow y Noll señalan que “con cualquier cambio relevante en la regulación gubernamental con impactos importantes en el precio, estructura de mercado, costo y calidad de productos, algunos gru-

19 Ver Galligan, D.J., *Discretionary Powers: A Legal Study of Official Discretion*, (OUP) 1986, p. 183 y ss.

20 Kaplow, Louis, “An Economic Analysis of Legal Transitions”, en *Harvard Law Review*, 99, 1986, pp. 509 y 515. Ver también, Graetz, Michael, “Legal Transitions: The Case of Retroactivity in Income Tax Revision”, en *University of Pennsylvania Law Review*, 47, 1977.

21 Kaplow, op. cit., 517.

22 Dahl, R. A., “Can International Organizations Be Democratic? A Skeptic’s View”, en Shapiro, Ian y Hacker-Cordón, Casiano (EDS.), *DEMOCRACY’S EDGES*, (CUP) 1999, pp. 19-25.

pos ganarán mientras otros perderán”.²³ Lo importante a destacar es que las “pérdidas son ubicuas: cualquier cambio legal restringe el conjunto de oportunidades de alguien, es decir, engendra pérdidas”.²⁴

Las condiciones o medidas de mitigación impuestas en procesos de revisión de FYODC, dada su naturaleza de actos administrativos regulatorios, deben analizarse y clasificarse desde una perspectiva de Derecho Administrativo. Dicho Derecho distingue tradicionalmente entre actos favorables y actos de gravamen de la administración. Como explican García de Enterría y Fernández:

Los actos administrativos pueden también, en vez de ampliar o beneficiar la esfera jurídica de sus destinatarios privados, restringirla, afectar a la misma en sentido negativo, producir sobre ellos obligaciones, deberes, cargas, antes inexistentes, o bien restricciones, limitaciones o extinciones de titularidades activas previas.²⁵

El aspecto crucial que debe destacarse a partir de esta clasificación es que no todos los actos de gravamen son actos sancionatorios. Hay entre ambas categorías una relación de género –actos de gravamen– y especie –actos sancionatorios–. Existe así un sinnúmero de actos de gravamen que no son sancionatorios, es decir, que no imponen “un mal [...] a un administrado como consecuencia de una conducta ilegal”.²⁶ Sin pretensión de ser exhaustivos, García de Enterría y Fernández enumeran los siguientes casos:

[...]sacrificios de situaciones de mero interés, limitaciones de derechos, delimitaciones administrativas del contenido normal de los derechos, potestades ablatorias (reales, y entre ellas notablemente las expropiaciones), prestaciones forzosas (personales y reales, y entre estas señaladamente las tributarias), [y] la imposición de deberes.²⁷

23 Joskow, Paul L. y Noll, Roger C., “Regulation in Theory and Practice: An Overview”, en Fromm, Gary (ed.), *Studies in Public Regulation*, (MIT Press) 1981, pp. 1-8. Como lo señala Mashaw, J. L., *Greed, Chaos, and Governance. Using Public Choice to Improve Public Law*, (Yale University Press) 1997, p. 34: “[s]tatutes always shift rights or expectations” (Las leyes siempre alteran los derechos o las expectativas).

24 Medema, S. G., “Making Choices and Making Law: An Institutional Perspective on the Taking Issue”, en Mercurio, Nicholas (ed.), *Taking Property and Just Compensation: Law and Economics Perspectives of The Takings Issue*, (Kluwer Academic) 1992, pp. 45-46.

25 García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, 10a ed., (Thomson Civitas) 2006, p. 104.

26 *Ibíd.*, p. 165.

27 *Ibíd.*, p. 106.

Cabe concluir entonces que los actos que imponen condiciones en procesos de revisión de FYODC son actos que limitan los derechos y libertades de las empresas sin tener naturaleza sancionatoria. Cuando una agencia o tribunal revisa un proyecto de FYODC no hay aún ningún hecho, acto o convención ilegal consumado que pueda merecer sanción. Por el contrario, el proceso en cuestión busca precisamente determinar las exigencias que garantizan que la fusión y/u operación de concentración no sea anticompetitiva ni ilegal ante el Derecho de la Competencia.

1.3. Las condiciones en el DL 211

Las condiciones, en tanto limitaciones de derechos y libertades impuestos a empresas en procedimientos no contenciosos de carácter administrativo, se encuentran expresamente contempladas en el DL 211. El artículo 18 N° 2 del DL 211 establece la denominada potestad consultiva del TDLC, y dispone expresamente que el Tribunal puede *fijar condiciones* a los hechos, actos o contratos consultados:

El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia tendrá las siguientes atribuciones y deberes: 2) Conocer, a solicitud de quien tenga interés legítimo, o del Fiscal Nacional Económico, los asuntos de carácter no contencioso que puedan infringir las disposiciones de la presente ley, sobre hechos, actos o contratos existentes o por celebrarse, para lo cual, podrá fijar las condiciones que deberán ser cumplidas en tales hechos, actos o contratos.

Como punto previo, es importante destacar que la naturaleza administrativa y no jurisdiccional de las resoluciones dictadas por el TDLC en procedimientos de consulta, tramitados conforme a los artículos 18 N° 2 y 31 del DL 211, ha sido reconocida por nuestro Tribunal Constitucional:

Que de la lectura de lo dispuesto en el artículo 18 del Decreto Ley N° 211 es posible concluir que –en principio– sólo el número uno dice relación con una atribución en que el órgano actúa propiamente como tribunal, ejerciendo jurisdicción, esto es, resolviendo conflictos externos de relevancia jurídica. *Los demás numerales no establecen potestades propiamente jurisdiccionales*, toda vez que en el ejercicio de ellas el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia *no conoce de pretensiones procesales*

*originadas en un conflicto de carácter jurídico, sino que por solicitud y no demanda de los interesados, se pronuncia sobre ciertas declaraciones y diligencias que, como es propio en los procedimientos no contenciosos, los particulares no pueden realizar por sí, requiriendo de la intervención de un tribunal al que expresamente se le han encomendado las atribuciones administrativas pertinentes.*²⁸

Enseguida, en el ámbito de la competencia, el TDLC se ha pronunciado sobre la naturaleza y finalidad de la potestad consultiva y las condiciones que se impongan en ejercicio de la misma. En la Sentencia N° 86, relativa al incumplimiento de una medida, el Tribunal señaló que:

Segundo: Que la mencionada potestad tiene una función preventiva ordenada a evitar o minimizar la posibilidad de que hechos, actos o convenciones determinados, proyectados, ejecutados o celebrados, puedan llegar a lesionar o poner en riesgo la libre competencia o continuar causando daño o poniendo en peligro dicho bien jurídico;

Tercero: Que, para ese fin, un medio fundamental con el que cuenta este Tribunal está constituido por la facultad que le asiste para ordenar, cuando lo estime apropiado, que dichos hechos, actos o convenciones –de llevarse a cabo–, *se ajusten a determinadas condiciones destinadas a tutelar la libre competencia.*²⁹

En consonancia con la doctrina comparada, el TDLC ha reconocido que la finalidad de las condiciones es eliminar o mitigar potenciales riesgos anti-competitivos que pueden derivarse de los hechos, actos o convenciones que se le consultan (incluido el caso de una FYODC). En la consulta de fusión de D&S/Falabella, el Tribunal explicó su misión institucional a este respecto en los siguientes términos:

[...]este Tribunal deberá también estudiar si el riesgo de que se produzca un impacto negativo considerable sobre la competencia en los

²⁸ Tribunal Constitucional, Rol 1448-2009, 9 de septiembre de 2010, considerando 16° (énfasis agregado).

²⁹ TDLC, Sentencia N° 86/2009, 30 de julio de 2009, Rol C 180-08, Demanda de Ganaderas Río Baker Ltda. y Río Neff Ltda. contra Centrales Hidroeléctricas de Aysén S.A., considerandos 2° y 3° (énfasis agregado).

mercados que se analizan a lo largo de la presente resolución, puede ser conjurado mediante la imposición de una o varias medidas o condiciones paliativas, o si, por el contrario, la adopción de tales medidas o condiciones sería ineficaz para enervar los efectos negativos que se determinen después de analizada la operación consultada.³⁰

El TDLC se ha pronunciado sobre la finalidad de las condiciones en reiteradas oportunidades. De acuerdo al Tribunal, las condiciones son necesarias para mitigar los riesgos o “probables efectos anticompetitivos”³¹ o la “disminución sustancial y permanente de las condiciones de competencia”.³² Se ha expresado indistintamente que su finalidad va desde “mantener las condiciones de competencia necesarias para garantizar la pluralidad de medios y contenidos que señala la ley [N° 19.733, de Libertad de Opinión e Información]”,³³ hasta incluso incrementar efectivamente la disputabilidad de un segmento del mercado (esto es, el segmento de generación hidráulica de base)³⁴ o enervar potenciales amenazas a la libre competencia.³⁵

30 TDLC, Resolución N° 24/2008, NC 199-07, Consulta sobre Fusión de D&S y Falabella, 31 de enero de 2008, considerando 15.

31 TDLC, Resolución N° 22/2007, NC 134-06, Consulta de Endesa y Colbún sobre Proyecto Aysén, 19 de octubre de 2007, punto 11 (“[E]ste Tribunal debe analizar si, a pesar de tales riesgos, es posible aprobar la operación consultada, pero sometida a condiciones que mitiguen los probables efectos anticompetitivos antes referidos”).

32 TDLC, Resolución N° 1/2004, NC 02-04, Consulta de Liberty Comunicaciones de Chile Uno Ltda., y Cristal Chile Comunicaciones S.A., sobre eventual fusión de Metrópolis Intercom y VTR S.A., 25 de octubre de 2004, Encabezado de la Parte Resolutiva (“[E]ste Tribunal aprueba la operación consultada, en los términos que aquí se indican, por cuanto no se han acreditado elementos suficientes que permitan dar por establecido que *la misma pueda producir una disminución sustancial y permanente de las condiciones de competencia en los tres mercados relevantes bajo análisis*”) (énfasis agregado). Ver también, TDLC, Resolución N° 24/2008, NC 199-07, Consulta sobre Fusión de D&S y Falabella, 31 de enero de 2008, considerando 264 (“De aprobarse la operación consultada, se produciría *una disminución sustancial y duradera en las condiciones de competencia* en un mercado que involucra parte muy relevante de las decisiones de consumo de todos los chilenos, en los términos ya analizados, con efectos perjudiciales esperados –en términos de bienestar– en los precios, la cantidad y la calidad de los productos transados”) (énfasis agregado).

33 TDLC, Resolución N° 20/2007, NC 173-06, Consulta de GLR Chile Ltda. sobre Compra de la Totalidad de las Acciones de Iberoamerican Radio Chile S.A., 27 de julio de 2007, considerando 87 (“Que, por las razones expresadas precedentemente, y a *fin de mantener las condiciones de competencia* necesarias para garantizar la pluralidad de medios y contenidos que señala la ley, este Tribunal ordenará a la consultante desprenderse, en las localidades referidas, de una o más frecuencias en la banda FM, como condición a la que deberá someterse la operación consultada”) (énfasis agregado).

34 TDLC, Resolución N° 22/2007, NC 134-06, Consulta de Endesa y Colbún sobre Proyecto Aysén, 19 de octubre de 2007, punto 11.2 (“Para que efectivamente se incremente la disputabilidad del segmento de generación hidráulica de base [...]).

35 TDLC, Resolución N° 23/2008, NC 205-07, Consulta de ING S.A. sobre Fusión de ING AFP Santa María S.A. y Bansander AFP S.A., 4 de enero de 2008, punto 13 (“[E]ste Tribunal concluye que, de aprobarse la Operación Consultada en términos puros y simples, podrían producirse efectos anticom-

A contrario sensu, las condiciones no deben imponerse como una compensación o gravamen desvinculado a los riesgos anticompetitivos.³⁶ Como todo acto de gravamen, las condiciones deben ser, como lo ha declarado la Corte Suprema, *suficientes y adecuadas*³⁷ para cautelar la libre competencia, así como también *prudentes y lógicas*.³⁸

En términos doctrinales, es posible resumir lo anterior afirmando que las condiciones deben cumplir con los tres elementos del principio de proporcionalidad³⁹: en palabras del Tribunal Constitucional, “se requiere que aquélla [la medida regulatoria] persiga un fin legítimo, que esa búsqueda sea necesaria y que presente una razonable relación con el valor del fin propuesto”.⁴⁰

Esto es sin perjuicio de que, si ninguna condición o medida puede contrarrestar los riesgos anticompetitivos, el hecho, acto o convención no debe aprobarse, quedando con ello prohibido para todos los efectos legales. Como indicó el TDLC en los dos últimos considerandos de la resolución que rechazó la fusión D&S/Falabella:

Por último, este Tribunal estima que no existen condiciones o medidas de mitigación que sean suficientes y eficaces para compensar o minimizar los riesgos para la competencia que entraña la operación consultada. En consecuencia, este Tribunal ha resuelto no aprobar la operación consultada, por no ser ésta compatible con la libre competencia.⁴¹

petitivos, por lo que se hace necesario condicionar la aprobación de dicha operación a una serie de medidas destinadas a enervar tales amenazas, en los términos que a continuación se indican”).

36 Ver TDLC, Resolución N° 22/2007, NC 134-06, Consulta de Endesa y Colbún sobre Proyecto Aysén, 19 de octubre de 2007, punto 11.1.

37 Corte Suprema, Rol N° 4578-2007, Consulta de GLR Chile Ltda. sobre Compra de la Totalidad de las Acciones de Iberoamerican Radio Chile S.A., Resuelve reclamación contra Resolución N° 22/2007, 22 de noviembre de 2007, considerando 6° (“Que del análisis de los antecedentes de la causa aparece que las medidas dispuestas por la sentencia que se revisa por esta vía aparecen como suficientes y adecuadas para cautelar la libre competencia, garantizando así la pluralidad de medios y con ello la libertad de expresión y la diversidad de información”).

38 *Ibíd.*, considerando 17°: “no es prudente que se concentre la totalidad de las concesiones de espectro en el ancho de banda con propagación más eficiente en una sola empresa”.

39 Así se reconoce expresamente en la legislación europea de FYODC. Ver el considerando 30 de las EC Merger Regulation (Council Regulation (C) N° 139/2004 de 20 de enero de 2004, disponible en http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/merger_compilation.pdf, última visita 24 de febrero de 2011) [en adelante, *EC Merger Regulation*].

40 Tribunal Constitucional, Rol 1710-10, 6 de agosto de 2010, considerando 100°.

41 TDLC, Resolución N° 24/2008, NC 199-07, Consulta sobre Fusión de D&S y Falabella, 31 de enero de 2008, considerandos 266-267.

En la práctica, nuestro TDLC ha impuesto un amplio espectro de condiciones o medidas de conducta –las que han sido establecidas como exigibles también a filiales, coligadas o relacionadas de la consultante–, incluyendo:

(i) La prohibición de participar en la propiedad de empresas que puedan competir con la empresa fusionada (Resolución N° 1/2004).

(ii) La obligación de consultar al TDLC, en los términos del procedimiento no contencioso del artículo 31 del DL 211, como condición previa a: (a) tener participaciones conjuntas con empresas dominantes (Resolución N° 1/2004); (b) adquirir futuras concesiones adicionales (Resolución N° 20/2007); (c) renovar concesiones radiales (Resolución N° 20/2007); y (d) solicitar y adquirir nuevos derechos de aprovechamiento de aguas (Resolución N° 22/2007).

(iii) La imposición de precios máximos por plazos de dos a tres años (Resolución N° 23/2008, Resolución N° 1/2004).

Para terminar este acápite sobre las condiciones en el DL 211, es necesario distinguir las condiciones o medidas impuestas en procesos no contenciosos y en procesos contenciosos. Como hemos visto, el procedimiento no contencioso está creado como un instrumento administrativo-regulatorio, con el fin de revisar hechos, actos o convenciones celebrados⁴² o por celebrar y obtener una declaración del Tribunal que otorgue *seguridad jurídica* a consultantes. Este efecto se logra gracias al beneficio de *inmunidad* del artículo 32° del DL 211, conforme al cual no hay responsabilidad anticompetitiva *alguna* en la medida que los actos o contratos se ejecuten o celebren *de acuerdo con las decisiones* del TDLC:

⁴² Sin perjuicio de que, tratándose de actos celebrados, algún tercero interesado pueda oponerse en el proceso de consulta y transformarlo en un proceso contencioso del artículo 18 N° 1 del DL 211. Ver Auto Acordado N° 5 del 22 de julio de 2004:

2°.- En aquellos casos en los que ingrese a este Tribunal una consulta de conformidad con el artículo 18 del DL 211, en relación a hechos, actos o contratos existentes, ejecutados, o concluidos a la fecha de ingreso de dicha consulta, la oposición por legítimo contradicтор o la presentación de una demanda o requerimiento, referida a los mismos hechos, hará contencioso el negocio, sujetándose éste en consecuencia al procedimiento contencioso establecido en el artículo 17 D del DL 211. La oposición deberá efectuarse cumpliendo con todos los requisitos de una demanda o requerimiento, no produciéndose los efectos indicados en este número por la sola presentación en el procedimiento no contencioso de una opinión contraria al hecho, acto o convención consultad[o].

Los actos o contratos ejecutados o celebrados de acuerdo con las decisiones del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, no acarrearán responsabilidad alguna en esta materia, sino en el caso que, posteriormente, y sobre la base de nuevos antecedentes, fueren calificados como contrarios a la libre competencia por el mismo Tribunal, y ello desde que se notifique o publique, en su caso, la resolución que haga tal calificación.

La situación es algo distinta tratándose de procedimientos contenciosos (artículo 18 N° 1). En este caso, el TDLC también puede imponer, aparte de la sanción de multas, condiciones o medidas adicionales a fin de resguardar la eficiencia de los mercados y los intereses de los consumidores. Así lo establecen expresamente dos normas del DL 211:

Artículo 3° inciso 1°: 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.

Artículo 26 inciso 2°: En la sentencia definitiva, el Tribunal podrá adoptar las siguientes medida: a) Modificar o poner término a los actos, contratos, convenios, sistemas o acuerdos que sean contrarios a las disposiciones de la presente ley; b) Ordenar la modificación o disolución de las sociedades, corporaciones y demás personas jurídicas de derecho privado que hubieren intervenido en los actos, contratos, convenios, sistemas o acuerdos a que se refiere la letra anterior; [...]

Como puede apreciarse –especialmente al tenor del artículo 3° inciso 1°–, la facultad del TDLC para imponer condiciones o medidas en procesos contenciosos es amplia. Esta amplia potestad del TDLC en el ámbito de lo contencioso no debe ser utilizada con fines sancionatorios. Si bien las condiciones o medidas son usualmente impuestas en forma simultánea a una sanción pecuniaria (multa), ellas deben siempre ser usadas como un mecanismo regulatorio destinado a restablecer la competitividad de los mercados y no para

imponer un “mal” *per se* a la empresa o entidad que incurrió en un hecho, acto o convención anticompetitiva. Por excepción, solo la disolución debiera usarse –y en forma excepcional– como sanción.

1.4. Incumplimiento de las condiciones y sus efectos

Las condiciones o medidas impuestas por el TDLC en procedimientos no contenciosos constituyen obligaciones de carácter administrativo-regulatorio, de modo que su incumplimiento califica, *por definición*, como un “hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos”(artículo 3° inciso 1° del DL 211). Por ello, cualquiera que incumpla una condición deberá ser castigado de conformidad al artículo 26 del DL 211, previa tramitación de un requerimiento o demanda de acuerdo al artículo 18 N° 1 del DL 211.

Así lo ha declarado expresamente el TDLC. En el caso *HidroAysén I*, el Tribunal reprochó el incumplimiento de una medida de mitigación, afirmando sin vaguedades que:

[L]as resoluciones dictadas por este Tribunal, en ejercicio de la potestad consultiva en comento, son vinculantes para quienes pusieron en movimiento dicha atribución mediante la formulación de una consulta, por lo que ***la consecuencia jurídica derivada del incumplimiento de las medidas, condiciones o términos fijados en tales resoluciones para la ejecución o celebración del hecho, acto o contrato respectivo, es la responsabilidad por infracción a las normas de protección de la libre competencia de los consultantes***, que con su actividad o inactividad, según sea el caso, puedan poner en peligro la competencia en el mercado respectivo o lesionarla derechamente.⁴³

Enseguida, el TDLC podría también, si lo considera oportuno y necesario, dejar sin efecto la resolución que decidió aprobar el hecho, acto o contrato, incluyendo la FYODC, ordenando se proceda a realizar la desinversión respectiva (*divestiture*, también denominada informalmente como “desrrevolviendo los huevos” o *unscrambling the eggs*).⁴⁴

43 TDLC, Sentencia N° 86/2009, Rol C 180-08, Demanda de Ganaderas Río Baker Ltda. y Río Neff Ltda. contra Centrales Hidroeléctricas de Aysén S.A., 30 de julio de 2009, considerando 4° (énfasis agregado). Ver también, considerando 5°.

44 En Europa, así lo dispone expresamente la EC Merger Regulation, op. cit., en sus artículos 6(3) y 8(6).

Adicionalmente, desde una perspectiva de Derecho Civil, el hecho, acto o convención realizado en infracción a la condición es o puede ser nulo de nulidad absoluta. De acuerdo al artículo 1462 del Código Civil, “hay objeto ilícito en todo lo que contraviene el derecho público chileno”, y el objeto ilícito recibe como sanción la nulidad absoluta (artículo 1682 del Código Civil). El DL 211 es, indudablemente, una normativa de Derecho Público, por lo que su contravención acarrea la nulidad absoluta. Por lo demás, así lo ha declarado el TDLC:

El incumplimiento de alguna de las condiciones establecidas en esta Resolución acarreará la nulidad de los actos y contratos consultados [...].⁴⁵

Es importante destacar que, tratándose de actos administrativos limitadores de derechos, las resoluciones que imponen condiciones pueden ser modificadas por el TDLC en caso de acreditarse un cambio de circunstancias. Los mercados son dinámicos –tanto por el lado de la oferta como de la demanda–, por lo que es perfectamente posible que el conjunto de circunstancias que originalmente justificó la imposición de la condición haya dejado de existir (por ejemplo, nuevos actores, nuevas tecnologías, cambios en la estructura de costos, variaciones en las condiciones de entrada, cambios en las preferencias de los consumidores, etc.).

Lo importante en tales casos es que las firmas e individuos afectados deben siempre solicitar formalmente al TDLC la modificación de las condiciones o medidas, previa tramitación de un proceso de consulta de conformidad al artículo 18 N° 2 del DL 211. Por el contrario, si las firmas o individuos afectados deciden incumplir una condición sin obtener la modificación previa por parte del TDLC, entonces no podrán alegar como defensa el cambio de circunstancias en caso de ser acusados por infringir el artículo 3° del DL 211.⁴⁶

45 TDLC, Resolución N° 20/2007, NC 173-06, Consulta de GLR Chile Ltda. sobre Compra de la Totalidad de las Acciones de Iberoamerican Radio Chile S.A., 27 de julio de 2007, Resuelvo Primero N° 5. TDLC, Sentencia N° 86/2009, Rol C 180-08, Demanda de Ganaderas Río Baker Ltda. y Río Neff Ltda. contra Centrales Hidroeléctricas de Aysén S.A., 30 de julio de 2009, C. 5° (“[S]u incumplimiento [de las medidas]... podría afectar su validez”).

46 Pruebas manifiestas son los procedimientos seguidos ante el TDLC por la empresa eléctrica Edelnor S.A. para la modificación del Dictamen N° 1173, de agosto de 2001, de la H. Comisión Preventiva Central, por el cual solicitó a dicho Tribunal, en abril de 2004, es decir, casi tres años después de su dictación, que se modificara el dictamen por un cambio en la regulación sectorial; y por la solicitud efectuada el año 2005 al TDLC (Resolución N° 8/2005); y por la Comisión Nacional de Energía para que se modificara, en dicho caso, una *recomendación* contenida en el Dictamen N° 992, también

Esto porque la defensa de cambio de circunstancias constituye una forma de argumentar que la realización de los hechos, actos o convenciones prohibidas por la condición no tiene efectos anticompetitivos. Y, en este punto, el TDLC, en el caso *HidroAysén II*, rechazó la defensa de falta de efectos anticompetitivos tratándose de un incumplimiento a una condición establecida en la Resolución N° 22:

Que los desistimientos de las solicitudes de recursos hídricos en las cuencas contempladas en la condición en comento no son suficientes para eximir a la demandada de responsabilidad, sin perjuicio de que se considerarán al momento de determinar la sanción aplicable con motivo del incumplimiento. Lo anterior, en razón de que **el solo hecho de haber solicitado derechos de aprovechamiento sin la autorización previa de este Tribunal, puso en riesgo la competencia en los mercados respectivos**, riesgo que consiste en que el acaparamiento o la amenaza de acaparamiento de derechos de aguas en las cuencas de los Ríos Palena y Aysén y la subcuenca del Río Ibáñez, **puede afectar las estrategias empresariales de potenciales competidores, evitando su entrada al mercado. De ahí la importancia del control preventivo de juridicidad impuesto en la condición incumplida;**[...]

Que, por todo lo expuesto, este Tribunal aplicará una sanción a la demandada, por infracción al artículo tercero, inciso primero, del Decreto Ley N° 211, [...] pues, como se ha venido argumentando, la infracción de las condiciones impuestas por esta magistratura para que la realización de un acto o convención no sea contraria al derecho de defensa de la competencia, importa una conducta ilícita que pone en riesgo la libre competencia o que, en otras palabras, tiende a impedir, restringirla o entorpecerla.⁴⁷

Lo anterior no implica necesariamente aceptar una teoría de responsabilidad objetiva o infracciones *per se*. Simplemente se trata de otorgar a las deci-

de la H. Comisión Preventiva Central (1996), por un cambio en la regulación sectorial (Resolución 18/2006).

47 TDLC, Sentencia N° 86/2009, 30 de julio de 2009, rol C 180-08, Demanda de Ganaderas Río Baker Ltda. y Río Neff Ltda. contra Centrales Hidroeléctricas de Aysén S.A., considerandos 13° y 19° (énfasis agregado).

siones del TDLC la estabilidad, imperatividad y ejecutoriedad que el ordenamiento incluso reconoce a los actos administrativos afinados.⁴⁸

Otro punto es la consideración de la eventual falta de efectos anticompetitivos o irrelevancia de la conducta al momento de fijar la sanción. En este sentido, Cases y Menor opinan que debe ponerse atención al grado de incumplimiento y de “afectación del interés público”:

En cada expediente deberá valorarse con extrema atención el grado de cumplimiento, la actuación de la empresa y la incidencia del no preciso cumplimiento de la condición en el interés público articulado por la resolución administrativa. El principio de proporcionalidad supone que no caben respuestas automáticas, de modo que todo incumplimiento deba generar la misma consecuencia jurídica. Deberá estarse al grado de incumplimiento, a la labor de la empresa responsable y a la afectación del interés público.⁴⁹

⁴⁸ Ver artículo 51 de la Ley 19.880:

Ejecutoriedad. Los actos de la Administración Pública sujetos al Derecho Administrativo causan inmediata ejecutoriedad, salvo en aquellos casos en que una disposición establezca lo contrario o necesiten aprobación o autorización superior.

Los decretos y las resoluciones producirán efectos jurídicos desde su notificación o publicación, según sean de contenido individual o general.

En principio, no somos partidarios de utilizar conceptos y categorías del Derecho Procesal para entender e interpretar los efectos de los actos administrativos del TDLC. En todo caso, cabe citar aquí un caso donde el TDLC reconoció que las resoluciones gozan del efecto de cosa juzgada, al menos en un sentido formal-provisional. Ver TDLC, Resolución N° 8/2005, Rol 30-04, Consulta de la Empresa Eléctrica del Norte Grande (EDELNOR) sobre revisión del Dictamen N° 1173 de la Comisión Preventiva Central, 30 de junio de 2005, considerando 3°:

Que, en efecto, el artículo mencionado en el considerando anterior prescribe que “los actos o contratos ejecutados o celebrados de acuerdo a las decisiones del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, no acarrearán responsabilidad alguna en esta materia, si no en el caso que, posteriormente, y sobre la base de nuevos antecedentes, fueren calificados como contrarios a la libre competencia por el mismo Tribunal...”. En consecuencia, puede desprenderse de la norma citada que las decisiones de este Tribunal y la de los organismos de los que es sucesor legal producen el efecto de cosa juzgada, el que es eficaz tan sólo en lo que dice relación con el proceso concreto en el que se ha producido o con relación al estado de cosas (persona, objeto, causa) tenido en consideración al decidir. No obstante ello, sobre la base de nuevos antecedentes la cuestión puede renovarse mediante un nuevo proceso de carácter contencioso o no contencioso ante este Tribunal. Esto es lo que se conoce en doctrina como cosa juzgada formal que tiene como característica la de la inimpugnabilidad, pero carece de inmutabilidad (ver *Eduardo J. Couture, Fundamentos del Derecho Procesal Civil, tercera edición, Ediciones Desalma, Buenos Aires, 1958*, pp. 416 y siguientes). Por lo demás, así lo sostuvo en su oportunidad la Honorable Comisión Resolutiva en la Resolución N° 667, de fecha 30 de octubre de 2002. Por consiguiente, de esta forma es como debe interpretarse lo enunciado en el considerando Quinto de la Sentencia N° 3 de 29 de junio de 2004, citada por la FNE en su informe. Ver también, TDLC, Resolución N° 18/2006, Rol NC 113-06, *Solicitud de la CNE sobre modificación del Dictamen N° 992 de la Comisión Preventiva Central*, 17 de noviembre de 2006, C. 3°.

⁴⁹ Cases y Menor, op. cit., p. 332

A este respecto, es importante destacar que el primer incumplimiento “histórico” de una medida de mitigación de una FYODC –la infracción de Lan Chile al *plan de autorregulación* impuesto en su momento por la Comisión Resolutiva– dio lugar a un pronunciamiento de la misma Comisión que estableció el principio del *estricto cumplimiento de las condiciones*. La Comisión Resolutiva resolvió que la relevancia e intencionalidad no eran defensas de exculpación disponibles para la empresa, sin perjuicio de su consideración al momento de establecer la multa:

Que, del análisis de los hechos fluye que los incumplimientos observados al Plan de Autorregulación por parte de Lan Chile S.A. y Lan Express son excepcionales y de menor cuantía, por lo que no cabe imputar a la gestión de estas empresas la intencionalidad positiva de vulnerar las condiciones del referido plan, cuestión que será debidamente ponderada para determinar la sanción que se aplicará, *pero que no alcanza a excusar del todo el estricto cumplimiento exigible en la especie*.⁵⁰

2. Legitimación activa y pasiva en los procesos contenciosos de cumplimiento de las condiciones

2.1. Legitimación activa

La pregunta por la legitimación activa corresponde a la determinación de quiénes pueden válidamente exigir el cumplimiento o *enforcement* de una condición o medida de mitigación impuesta por el TDLC en un proceso no contencioso de consulta tramitado conforme al artículo 18 N° 2 del DL 211. De conformidad a los artículos 18 N° 1 y 20 del DL 211, la respuesta es: (i) la FNE⁵¹ y (ii) todo tercero afectado, sea consumidor⁵² o competidor, que haya sufrido un “daño anticompetitivo” (*antitrust injury*).

La legitimidad activa de la FNE está expresamente contemplada en la ley. Por una parte, el artículo 39 inciso 1° del DL 211 dispone que la FNE defiende los “intereses generales”. Luego, más específicamente, el mismo artículo 39, en su inciso 2° literal d), del DL 211 establece que:

⁵⁰ Comisión Resolutiva, Resolución N° 723, 30 de enero de 2004, considerando 7° (énfasis agregado).

⁵¹ Sin perjuicio de otros organismos públicos que también puedan tener legitimidad activa, como, por ejemplo, el Servicio Nacional del Consumidor.

⁵² Incluimos en el concepto de consumidores a empresas que hayan adquirido bienes o servicios del demandado.

Serán atribuciones y deberes del Fiscal Nacional Económico: [...] d) Velar por el cumplimiento de los fallos, decisiones, dictámenes e instrucciones que dicten el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia o los tribunales de justicia en las materias a que se refiere esta ley.

Además, en ciertas oportunidades es el propio TDLC el que comisiona a la FNE para que vele por el cumplimiento de sus resoluciones o sentencias. Este es precisamente el caso tratándose de la Resolución N° 1/2004, donde el Tribunal señaló que “[l]a supervisión del cumplimiento de las condiciones anteriores recaerá en la Fiscalía Nacional Económica”.⁵³

En cuanto a la legitimidad de los terceros afectados, es fundamental que hayan sufrido un “daño anticompetitivo” (*antitrust injury*). El concepto de daño anticompetitivo ha sido definido por la Corte Suprema norteamericana como “la clase de daño que las leyes de la competencia buscan prevenir”.⁵⁴ Este daño “debe reflejar el efecto anticompetitivo ya sea de la violación o de los actos anticompetitivos realizados gracias a la violación”.⁵⁵

Los consumidores afectados siempre sufren un daño anticompetitivo por la sencilla razón de que el Derecho de la Competencia está establecido en su beneficio.⁵⁶ No ocurre lo mismo con los competidores, pues ellos pueden sufrir daños como consecuencia tanto de conductas competitivas como anticompetitivas; por ello es necesario verificar, en un examen fáctico, la ocurrencia de daños anticompetitivos.⁵⁷ No debe olvidarse que, hoy en día, existe

53 TDLC, Rol NC 02-04, Resolución N° 1/2004, Consulta de Liberty Comunicaciones de Chile Uno Ltda., y Cristal Chile Comunicaciones S.A., sobre eventual fusión de Metrópolis Intercom y VTR S.A., 25 de octubre de 2004. Disponible en: <http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Resolución-1-2004.pdf> (última visita, 13 de diciembre de 2010), Resuelvo.

54 Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos, *Brunswick Corp. v. Pueblo Bowl-O-Mat*, 429 US 477, 489 (1977). Ver Lopatka, John E., “Antitrust Injury and Causation”, en *ABA Section of Antitrust Law, Issues in Competition Law and Policy*, Vol. III, (ABA) 2008) p. 2299. De acuerdo a este último autor, “the doctrine [of antitrust injury] can be understood as an attempt to ensure that the liability imposed on an antitrust violator approximates the optimal penalty” (La doctrina del daño anticompetitivo puede ser entendida como un intento de asegurar que la responsabilidad impuesta a un infractor de la libre competencia se aproxime a la pena óptima).

55 *Ibid.*

56 Esto es sin perjuicio del problema de la proximidad del daño y de la determinación de política pública de si los compradores indirectos tiene o no legitimidad activa para demandar. No nos pronunciamos sobre este punto.

57 No debe olvidarse que el proceso competitivo produce daño en los perdedores, pero ese daño es legítimo. Desde una perspectiva filosófica, ver Honoré, Tony, “The Morality of Tort Law - Questions and Answers”, en Owen, David G. (ed.), *Philosophical Foundations of Tort Law*, (Clarendon Press) 1995, p. 82:

We are sometimes justified in injuring others, for example in self-defence. When we compete we are justi-

unanimidad que el Derecho de la Competencia protege a la competencia y no a los competidores.

Cabe notar que, al filtrar la clase de competidores que pueden demandar, el concepto de daño anticompetitivo disminuye los errores tipo I en el Derecho de la Competencia (esto es, falsos positivos: prohibir o castigar conductas que en realidad son pro-competitivas). Así lo explican Elhaug y Geradin:

La doctrina del daño anticompetitivo cumple una función extremadamente útil: permite dejar afuera a aquellos demandantes cuyos motivos anticompetitivos hacen que la litigación en cuestión no beneficie el bienestar de los consumidores. Esto no solo ahorra costos de litigación sino que además baja el riesgo que los tribunales puedan imponer sanciones que prevengan conductas procompetitivas. [E]sta doctrina es un componente importante del esfuerzo por reducir la sobreprevención [*overdeterrence*] de conductas competitivas que el Derecho de la competencia inevitablemente crea dado los errores o dificultades existentes al distinguir entre las conductas competitivas y anticompetitivas.⁵⁸

Nuestra jurisprudencia en materia de Derecho de la Competencia es consistente con la doctrina comparada. Por una parte, el TDLC ha declarado que el DL 211 no ha establecido acciones populares que puedan ser interpuestas por cualquier persona, sino que se requiere un interés legítimo dado por un daño anticompetitivo:

[E]l interés legítimo para accionar en esta sede requiere que quien lo invoca posea la calidad de sujeto pasivo inmediato de una conducta determinada que pueda constituir una infracción al Decreto Ley N° 211. Así, 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

fied in inflicting losses or setbacks on our rivals... I win the 100 meters and you lose... [T]he nature of the race justifies me in inflicting that setback on you. The same is true of other forms of competition, for example in trade, business, politics, literature, and love. (A veces nos encontramos justificados a causar daño a otros, por ejemplo en el caso de legítima defensa. Cuando competimos estamos justificados para causar daño o inconvenientes a nuestros rivales... Si yo gano los 100 metros, entonces tú pierdes... La naturaleza de estas competencias justifica que yo te cause un daño a ti. Lo mismo ocurre en otras formas de competencia, por ejemplo, en el comercio, los negocios, la política, la literatura y el amor).

58 Elhaug, Einer y Geradin, Damien, *Global Competition Law and Economics*, (Hart) 2007, p. 10.

presunta actividad anticompetitiva de otro agente económico, o bien en otros mercados conexos que puedan razonablemente verse afectados en forma indirecta por esa actividad supuestamente antijurídica.⁵⁹

En igual sentido se pronunció la Corte Suprema al confirmar la sentencia antes citada del TDLC. Nuestro máximo tribunal reiteró la necesidad de contar con un daño anticompetitivo, criterio que no se cumple tratándose de una Fundación que no participa en el o los mercados relevantes (Fundación que alegaba, entre otras cosas, incumplimientos a las condiciones establecidas en la Resolución N° 1 del TDLC):

Al respecto el artículo 18 N° 1 del DL 211 establece que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia conoce de las situaciones que puedan constituir infracciones a esa ley, a solicitud de parte o del Fiscal Nacional Económico. En el caso que nos ocupa no se encuentra acreditado que la Fundación en cuestión participe actual o potencialmente en el mercado que resultaría afectado con las conductas denunciadas, sin que pueda afirmarse, como lo señala la reclamante, que en la especie se trate de una acción popular. En efecto, si bien las conductas que vulneran las normas sobre la libre competencia importan un atentado al orden público económico, es la propia ley la que ha encargado la tarea de representar el interés general de la colectividad en el orden económico a la Fiscalía Nacional Económica, según lo establece en el artículo 39 letra b) del texto legal ya citado.⁶⁰

Al mismo tiempo, el TDLC sí ha permitido que terceros afectados demanden el incumplimiento de una condición, particularmente cuando participaron previamente en el proceso no contencioso que dio lugar a la imposición de medidas y cuando además han sido directamente afectados:

Octavo: Que, al respecto, debe tenerse presente que ambas demandantes fueron admitidas como interesadas legítimas, en los términos del artículo 31° del Decreto Ley N° 211, para aportar antecedentes y manifes-

59 TDLC, Sentencia N° 98/2010, Rol C 168-08, Fundación Chile Ciudadano y Otro contra VTR Banda Ancha (Chile) S.A., 18 de marzo de 2010, considerando 18°.

60 Corte Suprema, Rol N° 2680-2010, Fundación Chile Ciudadano y Otro contra VTR Banda Ancha (Chile) S.A., Resuelve reclamación contra Sentencia N° 98/2010, 22 de septiembre de 2010, C. 4°.

tar opinión en el proceso que culminó con la dictación de la resolución 22/2007, que es la que, precisamente, establece la prohibición cuyo incumplimiento por la demandante originó estos autos. Haber entonces participado activamente, en calidad de agente económico concernido por el proyecto consultado en el procedimiento que estableció las condiciones necesarias para que éste naciera válido a la vida del derecho, entrega a las demandantes, a juicio de este Tribunal, un legítimo interés en que dichas condiciones sean cumplidas, lo que las habilita para accionar en autos;

Noveno: Que la obligación de velar por el cumplimiento de los fallos, decisiones, dictámenes e instrucciones que dicte este Tribunal en las materias a las que se refiere el Decreto Ley N° 211, según dispone el artículo 39°, letra d del citado cuerpo legal, consagra una atribución del Fiscal Nacional Económico que en ningún caso es calificada de exclusiva y excluyente por la norma en cuestión. En consecuencia, a juicio de este Tribunal, no es admisible la alegación de que velar por el cumplimiento de sus decisiones esté reservado únicamente al Sr. Fiscal, pues, generalmente, tales incumplimientos importan en sí mismos una infracción a la libre competencia que puede afectar a distintas personas, quienes estarán entonces legitimadas activamente para hacer valer sus pretensiones en esta sede.⁶¹

2.2. Legitimación pasiva

Corresponde enseguida tratar el problema de la legitimidad pasiva de las condiciones o medidas impuestas en un proceso no contencioso. La pregunta por la legitimidad pasiva en un proceso contencioso de incumplimiento de condiciones es una pregunta de Derecho de Fondo y no de Derecho Procesal: ¿puede el TDLC imponer condiciones o medidas que obliguen a terceros que no formaron parte en el proceso de consulta?

En nuestra opinión, el Derecho de la Competencia chileno sí permite que el TDLC imponga condiciones que obliguen a todo el grupo que controla la persona jurídica específica que comparece en un proceso de consulta. El argumento formal conforme al cual un controlador que no habría sido parte en una consulta original no puede luego ser sujeto pasivo de un litigio de

61 TDLC, Sentencia N° 86/2009, 30 de julio de 2009, Rol C 180-08, Demanda de Ganaderas Río Baker Ltda. y Río Neff Ltda. contra Centrales Hidroeléctricas de Aysén S.A., considerandos 8° y 9°.

incumplimiento de la condición, no tiene fundamento en nuestro Derecho de la Competencia. Dada la plasticidad del Derecho Corporativo, un argumento formal de esta naturaleza volvería ineficaz el proceso entero de consultas de FYODC.

El Derecho de la Competencia es un Derecho no formalista. Como ha venido señalando la Corte Suprema norteamericana desde hace casi ya un siglo, “[e]l Derecho de la competencia apunta al fondo y no a la forma”.⁶² Así, desde una perspectiva de fondo, una medida de conducta definida como exigible respecto a todo el grupo controlador de quien comparece en la consulta, tiene un sólido fundamento desde una perspectiva del Derecho de la Competencia, y no representa ninguna sorpresa o arbitrariedad. Por el contrario, en muchos casos, si la condición no se extendiera a todo el grupo empresarial, entonces sería fácilmente soslayable y por ende inútil, frustrándose los propósitos y fines del DL 211.⁶³

Por lo demás, ninguna entidad que conforma el grupo controlador de una determinada empresa, por sí o por medio de personas relacionadas, es o puede ser calificada como tercero ajeno en un proceso de consulta iniciado por dicha empresa. La existencia de control puede ser suficiente para que exista unidad de intereses entre matriz, filiales, coligadas, coligantes y personas relacionadas (según su definición en el artículo 100 de la Ley de Mercado de Valores). No puede haber entonces violación del debido proceso, de derechos o libertades ni de expectativas: todo hombre de negocios sabe que cuando una entidad perteneciente a un grupo empresarial hace una consulta al TDLC, el resultado de la misma puede ser obligatorio para todo el grupo, incluyendo las personas relacionadas, si así lo dispone el Tribunal.

La experiencia comparada demuestra que una definición de sujeto pasivo amplia, incluyendo a todo el grupo controlador, no es particularmente exigente. Así, en el Derecho Europeo, la Sección 1.6 de la normativa que implementa las *EC Merger Regulation* define “partes en la operación de concentración”, *siempre y para todo caso* (salvo excepción expresa), en términos aun más amplios que “grupo controlador”:

62 Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos, *Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp.*, 467 US 752, 7760, 1984. Ver también, *Appalachian Coals, Inc. v. United States*, 288 US 344, 377, 1933 (“That statute [Sherman Act] is aimed at substance”) (La ley de la competencia (Sherman Act) está orientada al fondo o sustancia).

63 Por ello, como señalan en EE. UU. las *Antitrust Division Policy Guide to Merger Remedies* del Department of State (octubre 2004), disponible en <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/205108.pdf> (última visita, 24 de febrero de 2011), p. 41, “[f]or a decree to be effective, it must bind the parties needed to fulfill the consent decree objectives” (Para que un decreto sea efectivo, debe obligar a las partes necesarias para que el objetivo del decreto se cumpla).

Parte(s) en una operación de concentración o partes: estos términos se refieren a ambas partes adquirente y adquirida, o a las partes que se fusionan, incluyendo todas las entidades en que un interés de control está siendo adquirido o es sujeto de una oferta pública.

A menos que se especifique de otra manera, los términos parte(s) notificantes [esto es, partes en el proceso de notificación] y parte(s) en la operación de concentración incluyen todas las entidades que pertenecen al mismo grupo que esas partes.⁶⁴

Por lo demás, el TDLC frecuentemente impone obligaciones que van más allá de las partes formales de la consulta. Por ejemplo, en la *Consulta HidroAysén*, cuya resolución no fue reclamada por la consultante ni por las empresas matrices de aquella, el Tribunal impuso obligaciones a entidades distintas, pero relacionadas con las solicitantes Endesa y Colbún:

1. Que se da lugar a la consulta sólo en cuanto se autoriza a Endesa y a Colbún, en forma independiente, o a una filial de Centrales Hidroeléctricas de Aysén S.A. formada para este efecto, a solicitar todo o parte de los derechos de aprovechamiento de aguas materia de esta consulta o continuar con la tramitación de aquellos autorizados provisionalmente en el curso de este proceso.⁶⁵

El TDLC también ha impuesto obligaciones a terceras partes ajenas al proceso de la consulta. Eso sí, se trata de terceras partes *futuras* que, por la vía de la contratación con el consultante, se situarán voluntariamente en la posición de sujetos pasivos. Este fue el caso, confirmado por la Corte Suprema, de la Condición 2° de la Resolución N° 2/2005, que impuso obligaciones a un futuro adjudicatorio no existente aún a la fecha de la decisión del Tribunal:

64 Ver Commission Regulation (EC) N° 802/2004 de 21 de abril de 2004, implementing Council Regulation (EC) N° 139/2004 on the control of concentrations between undertakings (disponible en http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/merger_compilation.pdf).

65 TDLC, Resolución N° 30/2009, Rol NC N° 280-08, Consulta de Centrales Hidroeléctricas de Aysén S.A. relativa a la adquisición o solicitud de nuevos derechos de aprovechamiento de aguas en la cuenca del Río Aysén, 26 de mayo de 2009, Declaración Primera.

En el evento que el adjudicatario de las concesiones que se liciten en virtud de lo ordenado en la condición Primera, precedente, fuese una empresa que opere a esa fecha en el mercado de la telefonía móvil en Chile y que llegue por esa vía a ser titular de derechos de uso y goce de frecuencias de espectro radioeléctrico por más de 60 MHz, dicha empresa deberá transferir a un tercero no relacionado, por medio de un proceso de licitación de carácter no discriminatorio y abierto, el ancho de banda que supere tal cantidad, dentro del plazo de seis meses contado desde el acto de adjudicación de las concesiones.⁶⁶

Lo que sí indudablemente resulta improcedente es imponer obligaciones singularizadas y de carácter presente (no futuro) a un tercero ajeno que no haya participado en el proceso de consulta. La imposición de gravámenes singularizados y de carácter permanente a quien no se sitúe voluntariamente en la posición de sujeto pasivo mediante la celebración de algún acto o contrato, debe necesariamente cumplir con el requisito del debido proceso, incluyendo la audiencia previa.

3. Imprescriptibilidad de las condiciones impuestas por el TDLC en procesos de consultas de fusiones u operaciones de concentración

Ya hemos señalado en varias oportunidades que las resoluciones dictadas en procesos no contenciosos de consulta de FYODC son materialmente actos administrativos de carácter regulatorio. Se trata así de normas jurídicas no sancionatorias, limitadoras de derecho, que obligan a los sujetos pasivos respectivos (sin perjuicio de la potestad del Tribunal para dejarlas sin efecto previa tramitación de una nueva consulta).

De lo anterior se colige que las condiciones, así como ocurre con las obligaciones regulatorias impuestas en leyes, reglamentos y actos administrativos no sancionatorios, no prescriben. Solo prescribe la responsabilidad emanada de faltas y delitos, no las obligaciones regulatorias, ya sea que estén contenidas en instrucciones de carácter general⁶⁷ o en condiciones impuestas en

⁶⁶ TDLC, Resolución N° 2/2005, Rol NC N° 01-04, Consulta de Telefónica Móviles S.A., sobre aprobación de acuerdo de eventual toma de control de Bellsouth Comunicaciones S.A., 4 de enero de 2005, Resuelvo N° 2-Segundo.

⁶⁷ Ver, por ejemplo, TDLC, Sentencia N° 41/2006, Rol C 73-05, Fundación Chile Ciudadano y otro contra Car S.A., 27 de junio de 2006, en la que el Tribunal sancionó a CAR por incumplir la Resolución N° 666 de 23 de octubre de 2002 de la Comisión Resolutiva que estableció una instrucción de carácter

procesos de consulta no contenciosos (en este último caso, la prescripción extintiva es de tres años, conforme al artículo 20 inciso 3° del DL 211). Esto obviamente a menos que el TDLC disponga lo contrario por la vía de fijar un plazo de vigencia preestablecido a las condiciones al momento de su constitución.⁶⁸

El hecho que las condiciones o medidas impuestas en una sentencia dictada en un proceso contencioso sí prescriban en nada altera las conclusiones anteriores. La prescripción, en este caso, está expresamente contemplada en el marco de procesos contenciosos del artículo 18 N° 1 y de sentencias dictadas de conformidad al artículo 26 del DL 211.⁶⁹ Así se aprecia del tenor literal del artículo 20 inciso 5° del DL 211:

Asimismo, las medidas que se determinen para prevenir, corregir o sancionar un atentado a la libre competencia, prescriben en dos años, contados desde que se encuentre firme la sentencia definitiva que las imponga. Esta prescripción se interrumpe por actos cautelares o compulsivos del Tribunal, del Fiscal Nacional Económico o del demandante particular.

La razón que explica el diferente tratamiento de la prescripción en el DL 211 tiene un fundamento jurídico notorio⁷⁰: las condiciones contenidas en

general, y a la vez decidió dejarla sin efecto. Ver también, TDLC, Resolución N° 12, Rol NC 114-06, Solicitud de Asilfa A.G. sobre modificación de Resolución N° 634 de la Comisión Resolutiva, 13 de junio de 2006, en la que el Tribunal declaró la vigencia de la citada Resolución y sus modificaciones.

Si bien no refiere a un caso de FYODC, evalúese el caso de la Resolución N° 12/06 (NC 114-06), en el que se intentó dejar sin efecto la Resolución N° 634 de la CR, a lo que el Tribunal no dio lugar, estimando que sigue vigente.

68 Por lo demás, la imprescriptibilidad o permanencia de las condiciones fue reconocido expresamente por *Liberty Global, Inc.* en su presentación realizada al TDLC en el año 2007. En las páginas 1 y 10, la solicitante explica los términos y alcances de la Condición 1° en los siguientes términos:

Como se ve, la Condición Primera constó de una exigencia con efectos permanentes (la referida a que el controlador de VTR no pudiera participar ni directa ni indirectamente, por sí o por medio de personas relacionadas, en la propiedad de otras compañías de televisión satelital o vía microondas en Chile). [S]e trató, entonces, de una obligación con efectos permanentes, aplicable a quienes sean los controladores de la empresa fusionada [...] Por su parte, la obligación de carácter permanente emanada de la Condición Primera, en virtud de la cual quedó vedado a los controladores de VTR participar en la propiedad de compañías operadoras de televisión satelital o vía microondas en Chile, continúa estando vigente, y sobre la interpretación que este H. Tribunal pueda tener sobre su cumplimiento o incumplimiento como consecuencia del Acuerdo de Intercambio de Acciones entre Liberty Media y News Corp. es que recae la presente consulta.

69 Debemos recordar que, además de sentencias, el TDLC dicta *resoluciones* (como consecuencia del ejercicio de la potestad del art. 18 N° 2 del DL 211), instrucciones de carácter general (art. 18 N° 3 del DL 211) e *informes*, como ocurre en los casos que leyes especiales convocan la actuación del TDLC (Art. 18 N° 5 del DL 211).

70 Esto no significa que dicho fundamento sea conveniente desde una perspectiva *lege ferenda* o de políticas públicas. En nuestra opinión, el TDLC debería tener la facultad de imponer condiciones en procesos contenciosos de una duración superior a dos años.

sentencias que acompañan a una conducta ilegal y a una sanción producen cosa juzgada material, y no pueden por ello ser dejadas sin efecto ante un cambio de circunstancias. Su mayor estabilidad y su vinculación a un ilícito y una sanción se “compensan” así con una prescripción de dos años (sin perjuicio de que esta solución sea discutible desde una perspectiva *lege ferenda* o de política pública).

La práctica del TDLC confirma la tesis que hemos planteado aquí. Por ejemplo, la Resolución N° 1/2004 establece una medida cuya duración fue fijada en un plazo mayor a dos años. Se trata de la Condición 7°:

Se establece como condición de la operación la oferta de los consultantes contenida a fs.188, en orden a que la empresa resultante no realizará alzas de los precios ni disminuciones en la calidad programática en las zonas actualmente abastecidas durante los próximos tres años posteriores a la fecha de la materialización de la fusión, fuera de la variación de sus costos.

Otros casos que establecen condiciones con una duración de más de dos años son los siguientes:

(i) Resolución N° 9/2005, que modifica el plan de autorregulación de Lan (que no tiene plazo de vigencia). La denominada “política de autorregulación” de Lan Chile –establecida en la Resolución N° 445 de la Comisión Resolutiva y aprobada por la Resolución N° 496 de 1997 de la misma Comisión a propósito de la fusión de las aerolíneas Lan y Ladeco– es de duración indefinida.⁷¹

(ii) Resolución N° 22/2007, Condición Segunda, 2.3, cuya vigencia se extiende “hasta la fecha de entrada en servicio de la última central del proyecto consultado” (de acuerdo a información de Endesa, consignada en la Resolución N° 22/2007, las últimas centrales entrarían en operación el año 2018).⁷²

⁷¹ El plan de autorregulación fue enmendado el 2004 por la Resolución N° 723 de la Comisión Resolutiva, ordenándose su aprobación por la Comisión Preventiva Central, cuyo continuador legal es el TDLC.

⁷² Adicionalmente, en la Resolución N° 23/2008, Consulta de ING S.A. sobre Fusión de ING AFP Santa María S.A y Bansander AFP S.A., Rol NC 205-07, el TDLC estableció dos condiciones para la aprobación de la consulta en que, si bien tienen plazos de dos años, este se cuenta desde la materialización de la operación:

Lo explicado anteriormente es sin perjuicio de la prescripción de la responsabilidad infraccional emanada del incumplimiento de una condición fijada por el TDLC en una resolución. En dicho caso, tratándose de un acto, hecho o contravención contrario al artículo 3° del DL 211, se le aplican las normas generales de prescripción contenidas en el artículo 20 inciso 3° del DL 211 (prescripción de 3 años, contados desde la ejecución de la conducta atentatoria; tratándose de hechos o actos continuos, la prescripción debe contarse desde que cesan⁷³).

4. Síntesis del contenido del fallo *Fiscalía Nacional Económica contra el Sr. John C. Malone* de fecha 29 de diciembre de 2011

Los razonamientos antes explicados, presentados en el Informe en Derecho elaborado en el contexto del proceso dirigido en contra del Sr. John Malone, fueron en definitiva recogidos por el TDLC en la Sentencia N° 117/2011 de 29 de diciembre de 2011. A continuación haremos una breve síntesis de los aspectos centrales del referido fallo, citando en mayor extensión aquellas partes que merecen ser especialmente destacadas.

En primer término, el TDLC reconoció amplia y sostenidamente que las condiciones impuestas en procedimientos no contenciosos constituyen obligaciones potestativas de carácter prospectivo y regulatorio, y que no implican la imposición de sanciones:

CONDICIÓN N° 1: *A partir del momento que se materialice la operación de autos, y por un plazo de dos años, la empresa fusionada deberá establecer una comisión total uniforme para todos sus afiliados, neta de la prima del Seguro de Invalidez y Sobrevivencia, que no perjudique a ninguno de los afiliados pertenecientes a las carteras de ING AFP Santa María S.A. y de Bansander AFP S.A. en relación con lo que pagaban por este concepto a la fecha de presentación de la consulta de autos;*

CONDICIÓN N° 2: *La participación del Banco Santander Central Hispano S.A. y/o sus filiales, coligadas o relacionadas, directa o indirectamente, en el negocio de administración de fondos de pensiones en Chile, no podrá ser prohibida, restringida o condicionada por un plazo superior a dos años, contados desde el perfeccionamiento de la operación de autos, debiendo, en consecuencia, procederse a la eliminación o modificación de las cláusulas o convenciones correspondientes.*

73 Ver el reciente fallo TDLC, Sentencia N° 109/2011, Rol C N° 193-09, Demanda de Conservación Patagónica Chile S.A. y Otros contra Endesa S.A. y Otros, 27 de enero de 2011, C. 6°:

Que relacionado con lo anterior, resulta de la mayor importancia destacar que, en materia de prescripción, existe jurisprudencia reiterada de este Tribunal, en cuanto a que su plazo debe contarse desde que concluyen o cesan los actos materiales que constituyen la conducta reprochada, debiendo a continuación establecerse si antes de vencido dicho término se interrumpió o no la prescripción mediante la notificación del requerimiento y/o la demanda correspondiente, pues es en esta última fecha en la que se debe entender como trabada la litis. Así ha sido decidido, por ejemplo, en las sentencias números 57/2007, de fecha 12 de julio de 2007; 59/2007 de fecha 9 de octubre de 2007; 75/2008 de fecha 30 de septiembre de 2008 y 106/2010 de fecha 2 de diciembre de 2010.

Que, en suma, cuando este Tribunal resuelve una consulta de conformidad con el artículo 18 N° 2, imponiendo a los intervinientes involucrados determinadas condiciones a las que deben someterse para que el hecho, acto o contrato de que se trate pueda materializarse... lo que está haciendo es —en ejercicio de una potestad que se ha denominado como consultiva— imponer a tales intervinientes determinadas obligaciones de hacer o no hacer, potestativas, no sancionatorias, limitadoras de derechos, pero que no resuelven un conflicto entre partes ni realizan un juicio de reproche frente a la existencia de una eventual vulneración a la competencia.⁷⁴

[...]

Las resoluciones en procedimientos “no contenciosos”, responden a un fin tutelar-preventivo que, en el caso de consultas sobre operaciones de concentración que no se han materializado, tiene como trasfondo la aplicación de un análisis prospectivo sobre las condiciones del mercado y el impacto que la operación consultada pueda tener en las mismas.⁷⁵

Enseguida, el TDLC afirmó que, tratándose de medidas no sancionatorias, las condiciones tienen, en principio, una vigencia permanente o indefinida,⁷⁶ salvo que el propio Tribunal les fije un plazo, o que la parte interesada concorra iniciando un nuevo procedimiento dirigido a ponerles término o en el que solicite una nueva autorización para consumir la fusión:

[Las condiciones], en cuanto tales, son permanentes, existiendo dos formas para que dejen de surtir sus efectos o se modifiquen: (i) que el propio Tribunal les fije un plazo o fecha de término al dictarlas (así ha ocurrido, por ejemplo, en la propia Resolución N° 1/2004, y en las Resoluciones N°s 9/2005, 22/2007 y 37/2011); o, (ii) que el Tribunal, posteriormente y en virtud de lo dispuesto en el artículo 32, inciso 1°, del D.L. N° 211, las modifique, reemplace o declare extinguidas, mediante

74 TDLC, Sentencia N° 117/2011, 29 de diciembre de 2011, Rol C 156-08, Fiscalía Nacional Económica contra el Sr. John C. Malone, considerando 23°. Ver también considerando 26°, párrafo final.

75 *Ibíd.*, considerando 21°.

76 *Ibíd.*, considerando 20° (“Que las resoluciones dictadas en virtud de los artículos 18 N° 2 y 31 del D.L. N° 211 —como fue el caso de la Resolución N° 1/2004—, sus efectos y los de las condiciones que tales resoluciones impongan, son de duración indefinida, salvo que la propia resolución en cuestión establezca un plazo para la vigencia de tales condiciones”).

una nueva resolución, también dictada en ejercicio de las atribuciones contempladas en el artículo 18 N° 2 y mediante la tramitación del procedimiento especial del artículo 31. Dicho término, modificación o reemplazo puede estar también contemplado en la propia resolución que se dicte, al indicar ésta, por ejemplo, que la conducta prohibida por la condición respectiva podrá realizarse previa consulta al Tribunal en un nuevo procedimiento del artículo 31, como ha sido decidido— por ejemplo— en las Resoluciones N° 37/2011, sobre la operación de concentración entre Lan y Tam; N° 34/2011, sobre la operación de concentración entre Terpel Colombia y Copec; y N° 20/2007, sobre la operación de concentración entre GLR e Iberoamerican Radio Chile, entre otras.⁷⁷

El TDLC insistió más adelante en señalar que el deber de una parte sujeta a una condición, en caso de considerar que la misma ya no tiene por efecto proteger al mercado y los consumidores, es necesariamente concurrir ante el Tribunal y pedir el alzamiento de la misma con base en nuevas circunstancias “fácticas, económicas o jurídicas”.⁷⁸ Incumplir y defenderse en un juicio contencioso alegando la pérdida de fundamento de la condición, no resulta aceptable para el TDLC:

Que, a juicio de este Tribunal, los argumentos reproducidos en el razonamiento precedente debieron haber sido presentados a esta magistratura en la ocasión y en el momento adecuados para tal fin, que no eran otros que el de una solicitud, vía una nueva consulta en aplicación de los artículos 18 N° 2 y 31 del D.L. N° 211, orientada a obtener el alzamiento o la modificación de la Condición Primera, toda vez que, tal como se ha dicho en las consideraciones Vigésimo Primera a Vigésimo Cuarta de la presente sentencia, la única manera jurídicamente procedente de dejar sin efecto o de modificar una condición impuesta con motivo de una consulta es mediante otra en que se solicite tal término o modificación sobre la base de nuevos antecedentes... Lo anterior encuentra su fundamento jurídico en el artículo 32 del D.L. N° 211, pues el afectado por

77 *Ibíd.*, considerando 23°. Ver también considerando 17°.

78 *Ibíd.*, considerando 21° (“[Las condiciones] deben ser objeto de modificación o extinción sólo en cuanto muten substancial o significativamente los supuestos fácticos, económicos o jurídicos que las sustentaron, y así sea declarado por este Tribunal en un procedimiento que concluya con un nuevo ejercicio de dicha potestad”).

una condición dictada en un procedimiento no contencioso podrá liberarse de responsabilidad infraccional por su incumplimiento sólo en la medida que exista un nuevo pronunciamiento de este Tribunal, sobre la base de nuevos antecedentes, que modifique o ponga término a dicha condición, lo que no ha ocurrido en la especie. De no seguirse este criterio, por lo demás, se generaría el incentivo perverso de que los afectados por una condición dictada en sede no contenciosa podrían burlarla simplemente estableciendo por su cuenta —en virtud de una especie de autotutela— que las circunstancias del mercado ya no son las mismas que se tuvieron en cuenta para imponerla; decidiendo en consecuencia no cumplir con la condición -infringiendo de esta manera el artículo 3° del DL N° 211-; esperar a ser requeridas y, si es que ello ocurre, intentar desvirtuar en el curso del procedimiento contencioso correspondiente la presunción de antijuridicidad contenida en el incumplimiento de la referida condición.⁷⁹

Consiguientemente, el TDLC se preocupó de desestimar el argumento de que el mero paso del tiempo pudiera provocar la pérdida de vigencia de una condición, al modo de la caducidad:

Que tampoco es posible, a juicio de este Tribunal, atribuir a la Condición Primera ni a ninguna otra condición dictada en aplicación de los artículos 18 N° 2 y 31 —como parece hacerlo implícitamente la requerida al argumentar la prescripción en este punto— la posibilidad de extinguirse por el solo paso del tiempo en virtud de alguna forma de caducidad, por la simple razón de que la caducidad, además de ser una sanción de derecho estricto y no estar contemplada en el DL N° 211, sólo opera en nuestro ordenamiento respecto de derechos personales intersubjetivos, categoría a la que tales condiciones no pertenecen, por tratarse de manifestaciones del ejercicio de una potestad pública no sancionatoria.⁸⁰

En lo que respecta a la calificación misma del incumplimiento de una condición, el voto de mayoría del TDLC sostuvo que se trata de un hecho que

79 *Ibíd.*, considerando 23°.

80 *Ibíd.*, considerando 26°.

se *presume* contrario al DL 211.⁸¹ En este punto, el TDLC adoptó un criterio formalmente distinto, aunque funcionalmente igual a la posición defendida en el informe. Formalmente, cabe insistir aquí en que si el TDLC ha definido una conducta como anticompetitiva en una condición, su incumplimiento posterior es *por definición* un incumplimiento del DL 211, no requiriéndose la figura de la *presunción*. Funcionalmente, el efecto es el mismo,⁸² pues, según hemos visto, el TDLC reconoce que el incumplidor no puede revisar el fundamento de la condición *ex post*.⁸³

Las consecuencias del incumplimiento de una condición pueden ser particularmente graves. Según el TDLC, aparte de multa, los remedios que siguen a una infracción pueden incluir no solo la obligación de desinvertir, sino además la sanción de dejar sin efecto la fusión (el señalado *unscrambling the eggs*). En este caso, el TDLC no estimó necesario llegar tan lejos:

Que al respecto cabe señalar que, en estricta lógica, incluso podría imponerse al señor Malone la sanción de dejar sin efecto la operación de concentración entre VTR y MI aprobada por la Resolución N° 1/2004, toda vez que lo que permitió su aprobación fue, precisamente, la imposición de varias condiciones, entre las cuales está la Condición Primera. Al infringirse esta condición, cae uno de los supuestos de legitimidad de la operación de concentración en ese entonces analizada por el Tribunal, por lo que esta última podría ser dejada sin efecto. Sin embargo, este Tribunal estima suficiente, en este caso, optar por la obligación de desinversión en DirecTV Chile indicada precedentemente y aplicar la multa de la que se trata a continuación.⁸⁴

81 *Ibíd.*, considerando 50° (“[E]ste Tribunal ha señalado que el incumplimiento de obligaciones de hacer o no hacer en una condición que ha sido dictada como parte de una resolución que pone término a un asunto tramitado de conformidad con los artículos 18 N° 2 y 31 del D.L. N° 211, constituye una conducta que se presume infringe la libre competencia”). Ver también, C. 51° y 78°.

82 *Ibíd.*, considerando 80°.

83 Discrepamos de la prevención de los Ministros Menchaca y Veloso. No se trata de presumir de Derecho la responsabilidad, sino de castigar a partes que, *a sabiendas*, incurrir en conductas que, previa tramitación de un proceso pleno –el proceso de consulta–, ya han sido declaradas como ilegales. En términos más generales, nos parece incorrecto rechazar la tesis *per se* en libre competencia con base en el Derecho Constitucional, debate que en todo caso excede el tema de este trabajo. La defensa de “culpabilidad” como no exigibilidad de otra conducta, y no como culpa o dolo, rara vez es una defensa útil en el Derecho de la competencia; claramente no ayuda a un miembro de un cartel.

84 TDLC, Sentencia N° 117/2011, 29 de diciembre de 2011, Rol C 156-08, Fiscalía Nacional Económica contra el Sr. John C. Malone, considerando 94°.

Por otra parte, en cuanto a la legitimación activa, el TDLC determinó, con total claridad y sin dejar dudas al respecto, que la FNE tiene el poder-deber de hacer cumplir las condiciones.⁸⁵ Concretamente, el Tribunal declaró:

Que de lo anterior se desprende: (i) que el Fiscal Nacional Económico tiene la potestad y el deber de perseguir la comisión de conductas que infringen la libre competencia; (ii) que la infracción de una condición impuesta en una resolución dictada al término de un procedimiento no contencioso tramitado de conformidad con los artículos 18 N° 2 y 31 del DL N° 2111 lleva implícita y supone *prima facie* la comisión de una conducta contraria a la libre competencia; y, (iii) que, en consecuencia, el Fiscal Nacional Económico está activamente legitimado para perseguir conductas que incumplan tales condiciones; razones todas por las cuales se desestimaré en lo dispositivo de esta sentencia la excepción de falta de legitimidad activa interpuesta por John C. Malone.⁸⁶

En cuanto a la legitimación pasiva, el TDLC rechazó diversos argumentos formalistas, que de haber sido aceptados, habrían puesto en riesgo la eficacia de nuestro Derecho de la Competencia. El punto central a este respecto –esto es, que las condiciones pueden afectar a personas que estrictamente no fueron parte de un proceso de consulta– fue reconocido por el Tribunal en los siguientes términos:

Que aunque fuera cierto que las condiciones por lo general no surten efectos *erga omnes* respecto de personas ajenas a la operación, sí pueden surtir efectos más allá de la empresa consultante y alcanzar también a quienes mantengan vínculos de tal naturaleza con ella que hagan presumir que su actuación económica y financiera está guiada por intereses comunes o subordinada a éstos. De lo contrario, cualquier condición podría ser irrisoria y bastaría constituir empresas separadas para burlarlas.⁸⁷

85 Ibid., considerandos 23°, 49° y 50°.

86 Ibid., considerando 51°.

87 Ibid., considerando 40°.

Las condiciones solicitadas por una compañía pueden entonces ser válidamente impuestas a todo el “grupo empresarial” al cual dicha empresa pertenece, no pudiendo otras entidades que cumplen con dicha pertenencia excusarse del cumplimiento de las mismas:

Que respecto del primero de los dos argumentos precedentes, cabe señalar que la Condición Primera —literal y razonablemente— se impuso no sólo a VTR sino al “grupo empresarial” de que formaba parte y, específicamente, a su controlador y a las personas relacionadas al mismo según los define el artículo 100 de la Ley N° 18.045 de Mercado de Valores, siendo exigible directamente de los mismos —y, por consiguiente, esperable— que quienes puedan quebrantarla deban conocer sus términos y responder por su infracción. En otras palabras, la condición se impuso a personas que, aunque formalmente tienen una identidad distinta de la empresa fusionada, tampoco son terceros, sino personas que conforme a la ley están relacionadas con la empresa fusionada y que, precisamente por ello, se encuentran en situación de vulnerarla, a la vez que en obligación de conocerla y respetarla.⁸⁸

En lo que respecta a la prescripción, el TDLC determinó que las FYODC establecidas en proceso de consulta no prescriben. Solo las acciones prescriben, pero no así las condiciones, aunque sí prescriben las acciones dirigidas para hacer cumplir condiciones establecidas en sentencias definitivas dictadas en procedimientos sancionatorio-contenciosos:

[L]a prescripción extintiva que contempla el inciso 5° (antiguo inciso 4°) del artículo 20 del D.L. 211, al igual que la que establece el inciso 4° de la misma disposición (antiguo inciso 3°), sólo concierne a acciones, ya que las medidas, en rigor, no prescriben. En efecto, lo que puede prescribir —al tenor de lo dispuesto en el inciso 5° del artículo 20 del D.L. 211— son las acciones destinadas a exigir el cumplimiento de las medidas que este Tribunal hubiese impuesto en una sentencia definitiva para prevenir, corregir o sancionar un atentado a la libre competencia, si transcurren más de dos años sin haberse ejercido dichas acciones,

⁸⁸ *Ibíd.*, considerando 39°.

contados desde que la medida en cuestión se hizo exigible —tratándose de obligaciones de hacer— o desde que se infringen o se realiza aquello que éstas prohíben, cuando se trate de prohibiciones o de obligaciones de no hacer. Las medidas, en cuanto tales, pueden tener la duración que defina la sentencia que las impone, o bien, pueden ser incluso indefinidas, tal como se desarrollará en la consideración Vigésima.⁸⁹

Al mismo tiempo, el TDLC clarificó que sí prescribe la acción para perseguir el incumplimiento de una condición dictada en un procedimiento consultivo, en cuyo caso el plazo de la referida prescripción extintiva es de tres años (y no de dos), tal como se sigue del artículo 20 inciso 4°:

Que, en todo caso, en la especie no es aplicable la regla de prescripción excepcional de dos años que contempla el inciso 5° (antiguo inciso 4°) del artículo 20 del D.L. N° 211 para las acciones de cumplimiento de medidas impuestas en sentencias definitivas previas, sino la general de tres años del inciso 4° (antiguo inciso 3°), que opera respecto de las acciones por atentado a la libre competencia. Lo anterior, toda vez que la acción deducida en estos autos no está destinada a exigir el cumplimiento de alguna medida establecida en una sentencia definitiva previa que haya determinado responsabilidad infraccional, sino que se funda en una presunta infracción a lo dispuesto en el artículo 3° del D.L. N° 211 —implícita en el eventual incumplimiento de la Condición Primera— que este Tribunal debería establecer por primera vez, imponiendo, en su caso, las medidas necesarias para corregirla o sancionarla y para prevenir su reiteración en el futuro.⁹⁰

Que entonces, y dado que las “condiciones” que se imponen como resultado del ejercicio de las atribuciones que confiere a este Tribunal el artículo 18 N° 2 del D.L. N° 211 no son “medidas” de aquellas a las que se refiere el referido inciso 4° (actual inciso 5°) del artículo 20, la prescripción consagrada en dicha norma sólo podría aplicarse respecto de la acción orientada a hacer exigibles medidas dictadas en una sentencia

89 Ibid., considerando 17°.

90 Ibid., considerando 18°.

definitiva de aquellas a las que se refieren los artículos 26, 27, 28 y 29 de la ley en análisis, en ejercicio de la facultad propiamente jurisdiccional contemplada en el artículo 18 N° 1, y en los términos que para cada caso se determine, según si se trata de medidas que impongan obligaciones de hacer o de no hacer.⁹¹

En cuanto a la manera de contabilizar la prescripción, el TDLC dispuso que el incumplimiento de una obligación estructural tiene la naturaleza de hechos continuos o permanentes, por lo cual la prescripción debe necesariamente contarse desde que los hechos infraccionales cesan:

Dado que la conducta exigible por la Condición Primera es la de “no participar”, ni directa ni indirectamente, en la propiedad de empresas operadoras de televisión inalámbrica o satelital en Chile, su infracción —esto es, la ejecución de la conducta reprochable— necesariamente ha de consistir en “participar” en dicha propiedad. Si se tiene en cuenta que tal participación sólo es posible de ejecutar en la medida que se tenga todo o parte de la propiedad directa o indirecta en las empresas mencionadas, forzoso es concluir que la ejecución de la conducta... es de carácter permanente, y cesará únicamente en el momento en que quien la ejecuta se desprenda totalmente de dicha participación. En otros términos: mientras el señor Malone participe, directa o indirectamente, en la propiedad de DirecTV Chile, estará ejecutando la conducta prohibida por la Condición Primera y no habrá podido empezar a correr plazo de prescripción alguno en su favor.⁹²

Conclusiones

La tesis sostenida por este trabajo se diferencia de otras aproximaciones que intentan afirmar que las condiciones son sanciones. Estas concepciones, orientadas única y exclusivamente a los derechos y libertades de las empresas que son objeto de las condiciones, olvida que existen dos valores fundamentales, la eficiencia económica y la protección de los consumidores, que recla-

91 *Ibíd.*, considerando 19°.

92 *Ibíd.*, considerando 29°.

man una actuación regulatoria *a priori*, de naturaleza administrativa, de parte de los órganos encargados de velar por la competencia.

En especial, cabe destacar que el hecho que el diseño institucional de la competencia de muchos países, incluido el chileno, se organice en torno a tribunales no es un argumento a favor de la tesis de las sanciones. El carácter infraccional del Derecho de la Competencia frente a hechos o actos consumados no aplica ni debe ser extendido al control de FYODC.

En los casos que nos preocupan, el Derecho de la Competencia opera como un verdadero Derecho Administrativo material de restricción de libertades y derechos de carácter regulatorio y preventivo. No es distinto a las regulaciones relativas a la vida, seguridad, salud, medio ambiente y otras, donde los fines públicos justifican limitaciones y restricciones a las libertades y derechos.

Por todo lo anterior, el fallo del TDLC que acogió el requerimiento de la FNE en contra del Sr. John Malone es, doctrinariamente, un fallo extraordinario, de gran contenido y trascendencia en lo que se refiere al régimen aplicable a las FYODC. Dicho pronunciamiento aporta claridad y seguridad jurídica a un texto normativo –el DL 211– que es pobre en redacción y contenido, iluminándolo conforme a una concepción moderna del Derecho y Política de la Competencia. Es de esperar, entonces, que la Corte Suprema ratifique el fallo del TDLC en el recurso de reclamación que aún está pendiente.