

INFORME EN DERECHO

INCUMPLIMIENTO Y MODIFICACIÓN DE MEDIDAS DE MITIGACIÓN ESTABLECIDAS POR EL TDLC

Sumario

I.	ANTECEDENTES.....	4
II.	DECISIONES DEL TDLC SOBRE SMU	5
a.	La primera consulta de SMU ante el TDLC	5
b.	La Resolución N°43/2012, del TDLC	6
c.	La segunda consulta de SMU ante el TDLC.....	6
d.	Requerimiento de la FNE contra SMU.....	7
III.	LA POTESTAD CONSULTIVA DE LOS ÓRGANOS DE LA LIBRE COMPETENCIA	8
a.	Es una potestad que resguarda el interés público	8
b.	Es una potestad administrativa	9
c.	Es una potestad preventiva	11
d.	Es una potestad que otorga seguridad jurídica.....	13
e.	No es una potestad sancionadora.....	19
f.	Otorga una autorización	22
g.	Es revocable	26
h.	Efectos del ejercicio de la potestad consultiva	27
1.	Si confirma la prohibición	27
2.	Si otorga una autorización	28
3.	Control de la conducta autorizada.....	29
4.	Extinción de la autorización	30
IV.	LAS CONDICIONES ESTABLECIDAS EN EJERCICIO DE LA POTESTAD CONSULTIVA	30
a.	El establecimiento de condiciones o medidas de mitigación.....	30

b.	Finalidad de las medidas de mitigación	31
c.	Principios ordenadores de las medidas de mitigación.....	33
d.	Las medidas de mitigación son actos de gravamen	36
e.	Las medidas de mitigación no son sanciones.....	37
f.	Las medidas de mitigación son obligatorias	37
g.	Las medidas de mitigación exigen un cumplimiento estricto.....	40
h.	Las medidas de mitigación obligan a los solicitantes por el carácter voluntario de la operación consultada	41
i.	Las medidas de mitigación se interpretan como un acto administrativo	42
	42
1.	Las medidas de mitigación no se interpretan como un contrato	42
2.	Las medidas de mitigación se interpretan literalmente	43
3.	Las medidas de mitigación se interpretan con la finalidad establecida por el TDLC y expuesta en su motivación	44
4.	Las medidas de mitigación deben interpretarse buscando su eficacia	45
	45
j.	Tipos de medidas de mitigación.....	46
1.	Medidas estructurales.....	47
2.	Medidas de conducta o comportamiento.....	50
V.	EL INCUMPLIMIENTO DE MEDIDAS DE MITIGACIÓN	53
a.	El incumplimiento es una infracción a las normas de competencia.....	53
b.	El incumplimiento puede ser de cualquier gravedad.....	54
c.	El incumplimiento se presume que infringe el DL 211.....	57
d.	El incumplimiento se conoce en un procedimiento contencioso	58
e.	El incumplimiento es análogo al incumplimiento de resoluciones de calificación ambiental.....	61
VI.	LA CULPABILIDAD ANTE EL INCUMPLIMIENTO DE MEDIDAS DE MITIGACIÓN.....	62
a.	La culpabilidad ante el derecho sancionador.....	62
b.	La culpabilidad ante el Derecho de la Competencia.....	65
c.	Excusas ante el incumplimiento de medidas de mitigación.....	72
1.	Excepción de liberación de responsabilidad anticompetitiva.....	74
2.	Error de prohibición	79

3. Falta de intencionalidad	80
4. Buena fe	81
5. Confianza legítima.....	82
6. Diligencia debida.....	84
7. Ausencia de efectos en la competencia	86
8. Conducta regulada	88
VII. MEDIDAS Y SANCIONES QUE PUEDE ESTABLECERSE ANTE EL INCUMPLIMIENTO DE CONDICIONES	89
a. La potestad sancionadora del TDLC	91
1. Requisitos de aplicabilidad de la sanción administrativa	91
2. Tipos de sanciones administrativas y su naturaleza.....	93
b. Consecuencias desfavorables y sanciones aplicables.....	95
c. Sanción y efectos de la infracción a la autorización.....	97
1. Desinversión de activos	98
2. Extinción de la autorización	99
3. Multa coercitiva.....	101
VIII. CONCLUSIONES.....	102

I. ANTECEDENTES*

1. La Fiscalía Nacional Económica (FNE) ha solicitado al Centro de Regulación y Competencia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile (RegCom) un Informe en Derecho (el Informe) que analice diversos aspectos relativos al cumplimiento de medidas de mitigación establecidas en el marco de un procedimiento de consulta y cuyo incumplimiento es conocido ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC).

2. Para la elaboración del presente Informe, hemos tenido a la vista lo siguiente: (i) expediente de la Consulta ante el TDLC de SMU S.A., sobre fusión entre SMU S.A. y Supermercados del Sur S.A., rol NC 397-11; (ii) el expediente de la posterior consulta, promovida por SMU ante el TDLC, caratulada “*Solicitud de SMU S.A. sobre modificación de la condición tercera de la Resolución N° 43/2012 del TDLC*”, rol NC 424-14; y (iii) el expediente del requerimiento promovido por la FNE ante el TDLC en contra de dicha compañía, caratulado “*Requerimiento de la FNE contra SMU S.A.*”, rol C 279-14.

3. Concretamente, se solicita nuestra opinión en relación con las siguientes preguntas legales:

Primera pregunta: ¿Cómo deben cumplirse las condiciones establecidas en una resolución que aprueba una operación de concentración?

Segunda pregunta: ¿Qué causales de exculpación puede impetrar quien es acusado de incumplir una medida de mitigación?

Tercera pregunta: ¿Qué sanciones y medidas pueden adoptarse ante el incumplimiento de una medida de mitigación en un procedimiento contencioso?

4. Para contestar las preguntas, que respondemos en la sección de conclusiones, expondremos en primer término los antecedentes de los procedimientos ante los órganos de la competencia que han configurado la actuación de SMU. Posteriormente, revisaremos el contenido de la potestad

* Este informe ha sido elaborado con la colaboración de Danae Fenner, Dominga Phillips y Diego Lillo, investigadores del Centro de Regulación y Competencia (RegCom) de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Algunos de los planteamientos que se hacen en este informe han sido abordados previamente en nuestro Informe 31 *La Potestad Consultiva en el Derecho de la Competencia* (Santiago, RegCom - Universidad de Chile, 2014). Una síntesis de lo expuesto en el dicho informe se presenta en las páginas 8-13 y 20-30 del presente Informe (¶¶ 15-31 y ¶¶ 48-85).

consultiva que contempla el Decreto Ley N° 211, de 1973 (DL 211), enfocándonos en las condiciones que puede imponer el TDLC a una operación de concentración. Seguidamente, abordaremos el incumplimiento de las medidas, abordando la eventual exculpación del incumplimiento de las condiciones establecidas en una resolución, para terminar reseñando las medidas que puede imponer el TDLC ante un incumplimiento de condiciones.

II. DECISIONES DEL TDLC SOBRE SMU

5. En la presente sección del Informe expondremos las actuaciones ante los órganos de la competencia en las cuáles se ha examinado la actuación de SMU.

a. La primera consulta de SMU ante el TDLC

6. En septiembre de 2011, la empresa SMU formuló ante el TDLC una consulta en relación a los efectos que para la libre competencia implica la fusión materializada entre SMU y la empresa Supermercados del Sur S.A. (SDS). SMU solicitaba al TDLC conocer y pronunciarse respecto de los efectos de una fusión materializada entre dicha empresa y SDS¹.

La consultante propuso al Tribunal medidas de mitigación frente a los posibles riesgos que para la libre competencia habría ocasionado la fusión². Como medida de mitigación estructural, SMU propuso medidas de desinversión local³. Como medida de comportamiento, SMU propuso la revisión de las cláusulas de no competir suscritas por SDS antes de la fecha de la fusión⁴.

¹ SMU, *Consulta de SMU S.A. sobre fusión entre SMU S.A. y Supermercados del Sur*, rol NC 397 – 11, (Santiago, 21 de septiembre de 2011), p. 1.

² *Idem*, p. 31: "...las medidas de mitigación ofrecidas sólo deberán ser consideradas en la medida que este H. Tribunal estime que existe evidencia empírica suficiente de existencia de riesgos importantes como consecuencia directa de la fusión, ya que de lo contrario, podrían significar una restricción injustificada y desproporcionada hacia la empresa fusionada y elevar así los costos a los consumidores y postergar o incluso eliminar los beneficios y efectos positivos esperados de la fusión."

³ *Idem*, p. 35.

⁴ *Idem*, p. 36.

b. La Resolución N°43/2012, del TDLC

7. En diciembre de 2012, el TDLC emitió la Resolución N°43 en relación a la consulta de SMU⁵. El Tribunal estimó que la fusión modificaba la estructura del mercado y estableció condiciones a cumplir por parte de SMU, a saber:

- a. Realizar las medidas de desinversión señaladas por el TDLC en cada comuna en que se estimó que existía una señal de riesgo anticompetitivo. Este proceso debía completarse dentro de 8 meses desde que la Resolución estuviese ejecutoriada⁶.
- b. Mientras no se hubiese completado la enajenación indicada en la letra anterior, debía mantener en operación dichos locales y equiparar los precios existentes en la localidad más cercana que presente condiciones de competencia suficientes; y acordar condiciones y precios con los proveedores locales de los supermercados ubicados en dichas localidades que no fueran menos favorables que las acordadas con proveedores de productos equivalentes para los locales ubicados en la capital regional más cercana⁷.
- c. Enajenar cualquier participación que tuviese en Supermercados Montserrat, lo que debía completarse dentro de 8 meses desde que la resolución estuviese ejecutoriada⁸.
- d. Modificar las cláusulas de no competencia acordadas con los anteriores controladores de las cadenas adquiridas por SDS o sus relacionadas⁹.
- e. Establecer condiciones generales de contratación, adoptando un código de regulación en términos análogos a los de Cencosud¹⁰.
- f. Consultar ante el TDLC cualquier operación de concentración que se llevara a cabo¹¹.

c. La segunda consulta de SMU ante el TDLC

⁵ La Resolución N°43/2012 fue reclamada ante la Corte Suprema, la que rechazó los recursos deducidos, *vid.* Corte Suprema, *Recurso de reclamación en consulta por fusión de SMU/Supermercados del Sur*, Rol 346-2013, 30 de septiembre de 2013.

⁶ TDLC, Resolución N°43/2012, *Consulta de SMU S.A. sobre fusión entre SMU S.A. y Supermercados del Sur*, Rol N° NC 397 - 11, 12 de diciembre de 2012, pp. 117-120.

⁷ *Idem*, p. 120.

⁸ *Idem*, pp. 120-121.

⁹ *Idem*, p. 121.

¹⁰ *Idem*.

¹¹ *Idem*, p. 122.

8. En junio de 2014, SMU presentó una nueva consulta ante el TDLC, solicitando esta vez que se dejara sin efecto la condición 3ª. de la Resolución N° 43/2012 -que dispuso la enajenación de la participación de SMU en Montserrat- en virtud de la existencia de *nuevos antecedentes*. En subsidio, SMU pidió la extensión del plazo señalado en la resolución para enajenar dicha participación¹². Esta consulta fue admitida a tramitación mediante resolución del TDLC de 4 de junio de 2014.

d. Requerimiento de la FNE contra SMU

9. Con posterioridad a la consulta de SMU de 2014, la FNE formuló un requerimiento en contra de dicha compañía, por incumplimiento de las condiciones 1ª; 2ª, N°1 y 3ª, contenidas en la Resolución N°43/2012¹³.

10. La FNE estimó que la fusión SMU-SDS había sido sometida al procedimiento de consulta una vez que ésta ya se encontraba materializada, y por esto la Resolución N°43 no contenía indicaciones para llevar a cabo una fusión sin que ésta produjese efectos nocivos en la competencia¹⁴.

11. En su requerimiento, la FNE señala de qué forma se incumplió cada una de las condiciones y finaliza concluyendo que los incumplimientos de SMU a la Resolución N° 43/2012 constituyen una infracción al DL 211¹⁵.

12. Por último, la FNE solicitó al TDLC la sustitución del procedimiento no contencioso de consulta por el procedimiento contencioso establecido en los artículos 19 y siguientes del DL 211, de conformidad a lo dispuesto en el Auto Acordado N°5/2004¹⁶, lo que fue acogido.

13. La contestación de SMU refuta las infracciones que le atribuye la FNE. Por el contrario, sostiene que mantuvo una conducta “diligente para ejecutar

¹² SMU, *Solicitud de SMU S.A. sobre modificación de la condición tercera de la Resolución N° 43/2012 del TDLC, Rol N° NC-424-14* (Santiago, 3 de junio de 2014), pp. 1-2.

¹³ Fiscalía Nacional Económica, *Requerimiento c. SMU* (Santiago, 30 de junio de 2014), p. 1.

¹⁴ *Idem*, p. 2: “...La Resolución N°43 viene a reconocer que una operación ya materializada genera riesgos concretos en la competencia, que era necesario eliminar mediante el estricto cumplimiento de las medidas para dotar de licitud a dicha fusión”.

¹⁵ *Idem*, p. 28.

¹⁶ *Idem*, p. 29.

de buena fe tales medidas de mitigación y desinversión ciertamente intensas y novedosas para la realidad nacional”¹⁷.

14. En relación a las condiciones 1ª y 2ª N°1, SMU niega el incumplimiento. Respecto a la condición 3ª, afirma que no pudo materializarse por causas ajenas a ella. Así, SMU afirma haber ejecutado de buena fe las medidas impuestas, salvo la relativa a la venta de la participación en Montserrat, ya que habría sido imposible vender las acciones de dicha cadena de supermercados, por lo que promovió una consulta ante el TDLC, pidiendo el alzamiento de la condición o la prórroga para su cumplimiento¹⁸.

III. LA POTESTAD CONSULTIVA DE LOS ÓRGANOS DE LA LIBRE COMPETENCIA

15. A continuación, y tras describir los hechos que motivan el Informe, abordamos el contenido y alcance de la potestad consultiva contenida en el DL 211, a efectos de examinar el alcance de las condiciones o medidas de mitigación que se pueden imponer en un procedimiento de esta naturaleza por el TDLC.

16. La potestad consultiva del TDLC está prevista en el artículo 18, N° 2 del DL 211, que encomienda a dicho Tribunal “[c]onocer, 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”. El procedimiento y los plazos para absolver consultas se contiene en el artículo 31° de dicha ley.

a. Es una potestad que resguarda el interés público

17. Las potestades públicas, dentro de las cuales está la potestad consultiva del TDLC, consisten en obligar a terceros, mediante declaraciones unilaterales de voluntad, pudiendo dar órdenes obligatorias a los administrados a través de los órganos de la Administración, quienes son terceros extraños¹⁹. Las

¹⁷ SMU, *Contesta Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica* (5 de agosto de 2014), p. 2.

¹⁸ *Idem*, p. 3.

¹⁹ Patricio Aylwin y Eduardo Azócar, *Manual de Derecho Administrativo*, (Santiago, Universidad Nacional Andrés Bello, 1996), p. 205. También Carlos Carmona Santander,

potestades son, para el Estado, igual a funciones -en este caso, administrativas. Luego, la imposición de condiciones efectuada en una resolución que ejerce la potestad consultiva, es también el ejercicio de una potestad pública²⁰.

18. En conformidad al DL 211, el TDLC es la entidad a la que corresponde conocer y resolver respecto de las peticiones que se le formulen en materias de su competencia, debiendo resguardar el interés público comprometido en los asuntos de libre competencia. Esto implica que el Tribunal tiene el deber de examinar y, si corresponde, rechazar las peticiones de las partes que atenten o puedan atentar contra la competencia.

b. Es una potestad administrativa

19. El TDLC, como sucesor de la Comisión Resolutiva y las Comisiones Preventivas, cuenta con las potestades de esos órganos. Por lo mismo, la doctrina afirma que son potestades administrativas²¹ y “no jurisdiccionales”²². Así lo ha destacado también el Tribunal Constitucional²³ y la Corte Suprema, tanto al informar el proyecto de ley que creó el TDLC²⁴ como en sus sentencias²⁵.

Unidad IV Las formas de actuación de la Administración. 1. El acto administrativo (Santiago, Universidad de Chile, 2005), p. 22: “poderes jurídicos finalizados que permiten imponer una conducta”.

²⁰ Lluís Cases y Javier Menor, “Reacción ante los incumplimientos de compromisos y soluciones. La valoración *a posteriori* de la efectividad de los remedios” en: Santiago Martínez y Amadeo Petitbò (dir.) *Remedios y Sanciones en el Derecho de la Competencia*, (Madrid, Fundación Rafael del Pino y Marcial Pons, 2008), p. 327.

²¹ Vid. Jorge Streeter *Modificación de la Ley de Defensa de la Competencia*. Documento de Trabajo (Santiago, Estudio Philippi, Yrarrázaval, Pulido & Brunner, 2001), p. 30 y p. 37. De igual forma, para Fermandois estas son potestades “cuasi-regulatorias”, vid. Arturo Fermandois *Derecho Constitucional Económico. Garantías económicas, doctrina y jurisprudencia*, 2ª. Ed. (Santiago, Universidad Católica, 2006), p. 201. Para Feliú, éstas tienen una naturaleza administrativa, vid. Olga Feliú “Los organismos de la defensa de la competencia”, *Actualidad Jurídica*, N° 5, (Santiago, Universidad del Desarrollo, 2002), p. 200. Por su parte, Valdés agrega que al ejercerse esta potestad *no hay conflicto ni jurisdicción*, vid. Domingo Valdés *Libre Competencia y Monopolio* (Santiago, Jurídica de Chile, 2006), p. 608.

²² Francisco Pfeffer “¿Tiene el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia facultades para no autorizar una fusión? (A propósito del frustrado caso de fusión de Falabella y D&S)”, *Revista Actualidad Jurídica*, N° 18, (2008), p. 583.

²³ Tribunal Constitucional, Rol 1448-2009, 9 de septiembre de 2010, C. 15° y C. 16°.

²⁴ Corte Suprema, Oficio N° 001471, Santiago, 20 de junio de 2002, señalándose que “[dichas potestades] objetivamente no tienen un sentido realmente jurisdiccional, propio de un

20. Al ejercerse esta potestad administrativa, no hay una controversia entre partes, sino que el TDLC actúa formulando e implementando una determinada política pública de promoción de la competencia²⁶.

21. Por otra parte, las resoluciones dictadas en ejercicio de la potestad consultiva son mutables y no producen cosa juzgada²⁷, como ha resuelto la Corte Suprema²⁸⁻²⁹.

tribunal de justicia” (el destacado es nuestro), en: Biblioteca del Congreso Nacional, *Historia de la Ley N° 19.911 crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia*, (Santiago, 2003), p. 33.

²⁵ Corte Suprema, *Consulta de SUBTEL sobre participación de concesionarios de telefonía móvil en concurso público de telefonía móvil digital avanzada*, Rol N° 4797-2008, 27 de enero de 2009, ha establecido el carácter administrativo de dichas resoluciones, al declarar que “la atribución de fijar condiciones a hechos, actos o convenciones asociada a la potestad consultiva trae aparejados necesariamente límites para el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en el ejercicio de dicha potestad administrativa”.

²⁶ Santiago Montt *El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia como ente regulador del comercio: una mirada desde las políticas públicas* (Santiago, Documento de Trabajo RegCom, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2010). En similar sentido, Pablo Ruiz-Tagle, *Derecho, justicia y libertad* (México D.F., Fontamara, 2002), p. 101, citado por Pablo Fuenzalida y Mario Valderrama, “La potestad consultiva del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia: ¿Jurisdiccional o administrativa?”, *Revista de Derecho Administrativo Económico* N° 13 (Santiago, Lexis Nexis, 2004), p. 189; y Pablo Ruiz-Tagle “La tesis de la doble pluralidad: jueces y democracia el caso de la transición chilena 1990-2002”, en Jorge Malem, Jesús Orozco y Rodolfo Vásquez (coord.) *La función judicial. Ética y democracia* (Barcelona, Gedisa, 2003), p. 277.

²⁷ Valdés, n. 21, p. 611. En el mismo sentido, Javier Velozo y Daniela González “Reflexiones en torno a algunas de las facultades extrajurisdiccionales del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia”. En: Tribunal de Defensa de la Libre Competencia *La libre competencia en el Chile del Bicentenario*, (Santiago, Thomson, 2010), p. 34, y Orlando Poblete Iturrate, “Algunas consideraciones sobre la cosa juzgada en materia de libre competencia”, en: Alejandro Romero Seguel (coord.) *Estudios en homenaje a Raúl Tavolari Riveros* (Santiago, Lexis Nexis, 2007), p. 292; y Fuenzalida y Valderrama, n. 26, p. 192. Otros autores aluden a la existencia de una cosa juzgada “débil” o aparente, *cfr.* Nicole Nehme y Benjamín Mordoj, “Diseños institucionales de control de concentraciones. Análisis y propuestas”, *Estudios Públicos* N° 125 (Santiago, 2012), p. 109. Disponible en: http://www.cepchile.cl/dms/archivo_5031_3183/rev125_NNehme-BMordoj.pdf (última visita, 15 de marzo de 2015).

²⁸ Corte Suprema, Rol N° 9843-2011, *Consulta de Conadecus sobre operación de concentración Lan Airlines S.A. y Tam Linhas Aereas S.A.*, 5 de abril de 2012, C. 4°.

²⁹ El TDLC ha tenido una posición distinta, *vid.* TDLC, Resolución N° 8/2005, *Consulta de la Empresa Eléctrica del Norte Grande (EDELNOR) sobre revisión del Dictamen N° 1173 de la Comisión Preventiva Central*, rol 30-04, 30 de junio de 2005, C. 3°. Ver también, TDLC, Resolución N° 18/2006, *Solicitud de la CNE sobre modificación del Dictamen N° 992 de la*

c. Es una potestad preventiva

22. El carácter preventivo de la potestad consultiva se condice con la definición legal del TDLC, que dispone en el artículo 5° del DL 211 que éste es un “órgano jurisdiccional especial e independiente, sujeto a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema, cuya función será *prevenir*, corregir y sancionar los atentados a la libre competencia” (la cursiva es nuestra). Por ello, las resoluciones tienen por finalidad *advertir* al consultante las consecuencias de sus actos, *sin imponerle sanciones*³⁰.

23. La potestad consultiva, en su carácter preventivo, es considerada fundamental respecto a las potestades de los órganos de defensa de la competencia, dado que ilustra en materia de competencia a los consultantes sobre temas *dudosos*³¹ o *imprecisos*³².

24. Esta potestad no constituye una función jurisdiccional que busque hacer efectivas responsabilidades reprimiendo conductas pasadas. Por el contrario, el contenido de esta potestad es mayoritariamente de carácter ordenador y prospectivo, pues sus efectos se proyectan hacia el futuro (“*propongan ejecutarlos o celebrarlos*”)³³. Por lo mismo, el análisis que debe realizarse es respecto de los *efectos* del hecho, acto o contrato que se consulta, y no respecto de las formas de remediar dichos efectos (las *condiciones*), como confirma la Corte Suprema³⁴.

Comisión Preventiva Central, rol NC 113-06, 17 de noviembre de 2006, C. 3°. Previamente, *Comisión Resolutiva*, Resolución N° 667/2002, C. 3°.

³⁰ Valdés, n. 21, p. 615.

³¹ Feliú, n. 21, p. 199.

³² María de la Luz Domper y Axel Buchheister, “Tribunal de la Competencia: modificaciones a la Institucionalidad antimonopolio”, *Serie Informe Económico*, N° 133 (Santiago, Instituto Libertad y Desarrollo, 2002), pp. 31 y 32. Disponible en: http://www.libertadydesarrollo.cl/biblioteca/serie/Economico/133_serie_informe_economico.pdf (última visita: 15 de marzo de 2015).

³³ TDLC, Sentencia N° 117/2011, *FNE c. John C. Malone*, rol C 156-08, 29 de diciembre de 2011, C. 5°.

³⁴ Corte Suprema, *Recurso de reclamación en consulta por fusión de SMU/Supermercados del Sur*, Rol 346-2013, 30 de septiembre de 2013, C. 24°: “... si bien la consulta está referida a la aprobación de medidas de mitigación concretas que han sido propuestas por el consultante, el TDLC no tiene limitada su competencia en relación a la pertinencia o impertinencia de aquéllas... En tal aspecto es acertada la reflexión de los sentenciadores acerca de que su

25. En otras palabras, la actividad preventiva que ejerce el TDLC mediante la potestad consultiva implica un análisis de riesgos y beneficios a la competencia respecto de un negocio *propuesto o existente*, concreto, considerando condiciones “destinadas a tutelar la libre competencia”³⁵ y que conjuren los riesgos o efectos creados o que se puedan crear³⁶.

26. El carácter preventivo de la potestad es sin perjuicio de que, si no es posible contrarrestar los riesgos anticompetitivos mediante una condición o *medida*, el hecho, acto o convención no debe aprobarse, quedando con ello prohibido para todos los efectos legales³⁷. De esta forma, el rechazo de la operación da cuenta de un riesgo insuperable por las condiciones que se puedan imponer, siendo la medida más drástica³⁸.

27. Pero esta potestad también es adecuada para conocer sobre el riesgo competitivo de hechos, actos o contratos ya ejecutados o celebrados (“*existentes*”). En este sentido, esta potestad, tanto para el caso de actuaciones futuras como para actuaciones existentes, *debe ajustarse a condiciones establecidas por el TDLC*, previniendo o evitando conductas anticompetitivas. En dicho caso, la función del TDLC es:

...advertir sobre las consecuencias nocivas para la libre competencia de la persistencia en un hecho, acto o contrato ya ejecutado o celebrado, solicitándose que aquél cese o éstos sean terminados o bien, de perseverarse en los mismos, éstos sean ajustados a ciertas condiciones que establecerá³⁹.

pronunciamiento debe recaer sobre la operación de fusión entre la consultante y SDS y los efectos de ésta en la libre competencia, razón por la que en el marco de la consulta el TDLC puede rechazar la operación, aprobarla pura y simplemente o aprobarla sometiéndola a medidas de mitigación.”

³⁵ TDLC, Sentencia N° 86/2009, *Demanda de Ganaderas Río Baker Ltda. y Río Neff Ltda. contra Centrales Hidroeléctricas de Aysén S.A.*, rol C 180-08, 30 de julio de 2009, C. 3°.

³⁶ TDLC, Resolución N° 24/2008, *Consulta sobre Fusión de D&S y Falabella*, rol NC 199-07, 31 de enero de 2008, § 15.

³⁷ *Id.*, § 266-267.

³⁸ Francisco Agüero, “Rol de las medidas de mitigación o condiciones impuestas para aprobar operaciones de concentración: un análisis aplicado al sector *retail*”, en Paulo Montt y Nicole Nehme (eds.), *Libre Competencia y Retail. Un Análisis Crítico* (Legal Publishing, Santiago, 2010), p. 323.

³⁹ Valdés, n. 21, p. 612. Las cursivas son nuestras.

28. Como dijimos, la potestad es preventiva –respecto de hechos, actos o contratos *futuros*- pero también permite examinar hechos, actos o contratos *existentes*, en los cuáles el análisis también debe abordar el efecto presente o actual de conductas empresariales.

29. Asimismo, el escrutinio del TDLC puede *revisar* conductas pasadas que hayan sido fruto del hecho, acto o contrato revisado y aprobado por el TDLC (*cfr.* Art. 32° DL 211), sin que se persiga una sanción, sino el establecimiento de una medida o condición que ajuste a la legalidad concurrencial el mentado hecho, acto o convención. En ambos casos, el análisis es uno de riesgo o lesión de la competencia, sin perjuicio del análisis prospectivo que pueda efectuarse:

...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*⁴⁰.

30. En esas situaciones, en las que se revisa una aprobación otorgada por el TDLC, el pronunciamiento del Tribunal implica una potencial declaración de disconformidad con el DL 211 del hecho, acto o contrato que tuvo previamente una declaración favorable⁴¹.

31. En los casos en que la consulta es posterior –como fue el caso de SMU-, la potestad del TDLC se hace más compleja, por la dificultad de deshacer la operación o someterla a ajustes. Así se indicó precisamente en *SMU/SDS* por parte de la Corte Suprema:

...lo cierto es que la presentación posterior es altamente inconveniente, porque siempre existe la posibilidad de rechazar la fusión, cuestión que no sólo conlleva costos para las empresas involucradas, sino que además tiene un elevado costo social⁴²

d. Es una potestad que otorga seguridad jurídica

⁴⁰ TDLC, Sentencia N° 86/2009, *Demanda de Ganaderas Río Baker Ltda. y Río Neff Ltda. contra Centrales Hidroeléctricas de Aysén S.A.*, 30 de julio de 2009, Rol C 180-08, C. 2°. Las cursivas son nuestras.

⁴¹ *Idem*, C. 1°.

⁴² Corte Suprema, *Recurso de reclamación en consulta por fusión de SMU/Supermercados del Sur*, Rol 346-2013, 30 de septiembre de 2013, C. 24°.

32. La potestad consultiva del TDLC es también una potestad administrativa que otorga seguridad jurídica al consultante, en virtud de lo previsto en el artículo 32° del DL 211⁴³.

33. Vinculado a la seguridad jurídica respecto a posibles infracciones está el principio de tipicidad. Como se sabe, el principio de tipicidad, establecido en el artículo 19, N° 3° de la Constitución⁴⁴, exige que, tanto en materia penal como en administrativa-sancionatoria, las infracciones y sanciones se encuentren *suficientemente descritas* en una norma jurídica, de modo que se pueda prever las consecuencias de una conducta⁴⁵.

34. El Tribunal Constitucional ha entendido que, en materia de infracciones no criminales, basta con que se describa el “núcleo esencial” de la conducta, sin que sea necesario que la ley agote *completamente* la tipificación⁴⁶. En estas materias, la jurisprudencia añade que la ley debe describir “conductas infractoras de *deberes administrativos*”⁴⁷. Asimismo, es considerado legítimo que las infracciones administrativas se construyan “por remisión”, es decir, por la reunión de mandatos, prohibiciones y sanciones en cuerpos normativos distintos⁴⁸.

35. En este orden de ideas, se sostiene que la normativa “debe ser cierta, es decir, debe tener un cierto grado de desarrollo, que otorgue un suficiente margen de confianza al administrado, *de modo que le permita prever la posibilidad de ser sancionado*”⁴⁹. Si bien la tipificación administrativa es comúnmente mínima, el principio de tipicidad es uno de carácter material más que formal, atendiendo al contenido de la regulación, lo que

⁴³ Esta seguridad se vincula con los ilícitos establecidos en dicha ley, en los artículos 3° y 4° del DL 211.

⁴⁴ “Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella”.

⁴⁵ Jorge Bermúdez *Derecho Administrativo General* (Santiago, Legal Publishing, 2010), pp. 187-188; Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, T. II (9ª ed., Madrid Civitas, 2004), pp. 177-178 y Juan Alfonso Santamaría *Principios de Derecho Administrativo General* (Madrid, Iustel, 2004), pp. 388-389.

⁴⁶ Tribunal Constitucional, Rol 1413, C. 34°.

⁴⁷ Tribunal Constitucional, Rol 480, C. 19° y Rol 479, C. 19°. Las cursivas son nuestras.

⁴⁸ Tribunal Constitucional, Rol 479, C. 25° y ss.

⁴⁹ Bermúdez, n. 45, p. 187. Las cursivas son nuestras.

... no dice relación con el rango de la norma dentro de la pirámide normativa, sino con el grado de desarrollo y precisión de la conducta que se estimará ilícita. Ello trae como efecto que se trate de un principio que garantiza la *seguridad jurídica*, la igualdad, la libertad y la protección de la confianza legítima⁵⁰

36. Por lo mismo, la potestad consultiva del DL 211 otorga una respuesta al imperativo de tipicidad, al dar un *permiso* o autorización. Este permiso, y en particular sus condiciones, permiten que el sujeto autorizado pueda prever razonablemente cuando será sancionado, a saber, cuando incumpla las *condiciones* establecidas en la autorización.

37. De esta forma, el permiso que otorga el TDLC es análogo a otros permisos de operación o funcionamiento, como son los permisos existentes en materia ambiental *-resoluciones de calificación ambiental-*, que establecen condiciones o medidas de mitigación, las cuales también tipifican el ilícito, en dicho caso, la infracción ambiental⁵¹.

38. Con lo anterior no se hace sino dar aplicación matizada al principio de tipicidad en materia de libre competencia. Así se ha sostenido por la doctrina nacional, refutándose una supuesta inconstitucionalidad del art. 3° del DL 211⁵², y por el Derecho Comparado⁵³.

⁵⁰ *Idem*. Las cursivas son nuestras.

⁵¹ Como se sabe, en dicha regulación es el permiso ambiental el que establece la tipificación del ilícito, en este caso, por el instrumento de gestión ambiental a través de las resoluciones de calificación ambiental (“RCA”), *vid.* Edesio Carrasco y Javier Herrera “Criterios para determinar la tipicidad de una resolución de calificación ambiental”, en: Jaime Arancibia y Pablo Alarcón (coords.), *Sanciones Administrativas. X Jornadas de Derecho Administrativo* (Santiago, Thomson Reuters, 2014), p. 56: “son esas normas, condiciones y medidas, propias de la modalidad de una RCA, las que determinan, entre otras cosas, su tipicidad”.

⁵² Sebastián Dufeu y Rodrigo Vallejo “Tipos de injusto monopólico: Ubicación sistémica y constitucional” *Revista Derecho y Humanidades*, 10 (Santiago, 2004), pp. 315-316:

... el que dicho tipo de injusto haya perdido su carácter penal, siendo actualmente contravencional, hace que la aplicación del principio constitucional de tipicidad no sea tan intensa o exigente respecto del mismo. Y si bien podría criticarse su carácter de tipo abierto o indeterminado desde el punto de vista de seguridad jurídica, ello no supone considerar a dicha disposición como inconstitucional... Esto por cuanto consideramos que no le es posible al legislador definir exhaustivamente el tipo de injusto monopólico. En efecto, las características del tráfico económico y el principio de autonomía de voluntad que subyace a la generalidad de las conductas objeto de control y sanción por parte del [TDLC] hacen inverosímil pretender

39. Además, el Tribunal Constitucional ha abordado este tópico en sentencias relativas a la constitucionalidad de disposiciones del DL 211. En ellas, ha reconocido el destacado rol de las potestades administrativas en la defensa de la competencia⁵⁴, las cuales resultan necesarias para el cumplimiento de su misión de promoción y defensa de la libre competencia en los mercados⁵⁵.

40. Así es como se ha validado constitucionalmente la potestad consultiva del TDLC, engarzándola con la seguridad jurídica y la imposibilidad de describir todas las conductas atentatorias a la competencia:

...esta potestad exhibe un carácter preventivo, en orden a que advierte al consultante acerca de las consecuencias de la operación consultada sin imponerle una sanción, evitando un posterior litigio y otorgando certeza jurídica respecto de la adecuación o contrariedad entre aquella y la libre competencia en un mercado particular. *El Tribunal de la Libre Competencia tiene esta facultad preventiva por cuanto no es factible para los particulares preestablecer todas las acciones que pueden importar un atentado a la libre competencia. Esta es la finalidad que animó al legislador a otorgarle la comentada atribución al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, según consta en la historia fidedigna de la ley...*⁵⁶

41. En esta línea, cuando el TDLC absuelve una consulta, explica el Tribunal Constitucional, “le señala a un particular que ha consultado *las conductas que resultan contrarias a la libre competencia*”⁵⁷. En dicho sentido se ha pronunciado la Corte Suprema:

definir con precisión las conductas consideradas atentatorias contra la libre competencia

⁵³ Vid. Luis Ortiz y Alfonso Lamadrid “El procedimiento sancionador y sus garantías” en: Santiago Martínez y Amadeo Petitbò (dir.) *Los acuerdos horizontales entre empresas* (Madrid, Marcial Pons, 2009), p. 301, en miras a Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, T-99/04 AC/Treuhand AG c. Comisión, 8 de julio de 2008, § 113.

⁵⁴ Tribunal Constitucional, Rol 1448-2009, 9 de septiembre de 2010, C. 15°: “Que si bien la mayoría de los tribunales conocen también de asuntos administrativos, cabe recalcar que en el caso preciso del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia las atribuciones que se enmarcan dentro de dicha especie *son tan relevantes para la realización de su cometido, esto es, la defensa de la libre competencia, como las atribuciones jurisdiccionales...*”. (Las cursivas son nuestras).

⁵⁵ Tribunal Constitucional, Sentencia Rol 391, 7 de octubre de 2003, C. 13°.

⁵⁶ Tribunal Constitucional, Rol 1448, C. 23°. Las cursivas son nuestras.

⁵⁷ *Idem*, C. 31°. Las cursivas son nuestras.

...la jurisprudencia de la Corte Suprema ha precisado además que, a diferencia de lo que sucede en la consulta, cuando el Tribunal de la Libre Competencia emite su informe no coopera con el particular en orden a determinar las conductas que resultan atentatorias contra la libre competencia, sino que viene a concretar la voluntad del legislador por cuanto “es imposible que la ley pueda contemplar la totalidad de las conductas monopólicas posibles de realizar...”⁵⁸

42. Más recientemente, el Tribunal Constitucional ha afirmado que el artículo 3° del DL 211 persigue alcanzar todo posible injusto anticoncurrencial, para lo cual la jurisprudencia y las funciones administrativas del TDLC resultan cruciales para concretar las diversas situaciones de tutela de la libre competencia⁵⁹. En este caso, la técnica utilizada por el legislador buscó “abarcando todas las posibles conductas atentatorias contra la libre competencia y el bien común involucrado”⁶⁰.

43. Esta conclusión se sigue del hecho que el artículo 3° del DL 211 sea en realidad un “cheque en blanco”⁶¹, quedando delegada la facultad de definir el Derecho y Política de la Competencia en el TDLC, principalmente -pero no exclusivamente- por la vía de resolver *jurisdiccionalmente* pleitos de acuerdo al artículo 18 N° 1 y 20 del DL 211.

44. Dicha delegación realizada al TDLC, fue hecha en forma consciente por parte del legislador al crear dicho tribunal mediante la ley N° 19.911, toda vez que se rehuyó la inclusión y definición de un bien jurídico protegido en la ley, que hubiera servido para la predictibilidad de los ilícitos, como contemplaba expresamente el Mensaje del proyecto de ley⁶². Con lo anterior, se encomendó al TDLC llenar de contenido a los ilícitos, caso a caso⁶³. Así, el texto actual del

⁵⁸ *Idem*, C. 28°, citando la sentencia de la Corte Suprema, Rol N° 514-1999, 25 de marzo de 1999. Las cursivas son nuestras.

⁵⁹ *Idem*, C. 14°.

⁶⁰ Tribunal Constitucional, Rol 2658, C. 2°. Las cursivas son nuestras.

⁶¹ *Vid.* Frank Easterbrook, “Workable Antitrust Policy”, 84 *Michigan Law Review* 1696, 1701 (1986) (The Sherman Act “does not contain a program; it is a blank check”).

⁶² Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que se Inicia un Proyecto de Ley que crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Mensaje N° 132-346, Boletín N° 2944-03, (Santiago, 17 de mayo de 2002), pp. 5-6, señalaba que: “la defensa de la libre competencia no resulta ser un fin en sí misma, sino un medio para preservar el derecho a participar en los mercados, promover la eficiencia y por esa vía el bienestar de los consumidores.”

⁶³ Francisco Agüero, “Nuevos elementos para el debate sobre el bien jurídico libre competencia”, *Boletín Latinoamericano de Competencia*, 19, 2004, p. 127. Disponible en:

DL 211 contiene una fórmula tautológica en su artículo 1º: “[l]a presente ley tiene por objeto promover y defender la libre competencia en los mercados”. Y pese a los esfuerzos de precisión realizados⁶⁴, en el DL 211 hay “un tipo universal extremadamente vago”⁶⁵.

45. En el caso de las infracciones a la libre competencia la tipicidad de éstas es una materia de suyo compleja. Por lo mismo, la potestad consultiva ha venido a clarificar dudas de conductas *potencialmente* anticompetitivas, otorgando seguridad jurídica. Sobre este punto, Valdés agrega:

en el procedimiento de consulta no hay juzgamiento de la responsabilidad monopólica del autor del hecho, acto o convención consultada, sino que una resolución administrativa mediante la cual el Tribunal Antimonopólico aprecia “in concretum” la contradictoriedad de la mencionada conducta con el bien jurídico tutelado por el Decreto Ley 211⁶⁶.

http://ec.europa.eu/competition/publications/blc/boletin_19_2.pdf (última visita: 10 de marzo de 2015).

⁶⁴ En su versión más reciente, el DL 211 dispone que se sanciona con las *medidas* –sanciones, de manera general- del artículo 26º de dicha ley a “[e]l 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...” (Art. 3º, inc. 1º, DL 211). Seguidamente, el artículo 3º, en sus tres literales, enuncia tres conductas prohibidas. Ahora bien, estos literales están precedidos por el inciso 2º del artículo 3º, que prescribe que: “[s]e considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia o que tienden a producir dichos efectos, los siguientes (...)”. El lenguaje utilizado por el DL 211 persigue entonces una suerte *inventario* de todos los actos humanos que afecten el bien jurídico libre competencia. Así, la consulta favorable se torna en un permiso general que permite al interesado que consulta *hacer* conductas aparentemente prohibidas (aunque no las realice, si las ha consultado *ex ante* de su posible realización).

⁶⁵ Valdés, n. 21, p. 633. El DL 211 pretende abarcar todo tipo de conductas “económicas”, sin contemplar vacíos legales (*gaps*), cual sistema completo, *vid.* Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin, “Permission and Permissive Norms”, en: Krawietz, Schelsky, Winkler y Schramm (eds.) *Theorie der Normen. Festgabe für Ota Weinberger* (Berlin, Ducker & Humblot, 1984), p. 350. El DL 211 intenta que toda actividad que afecte al bien jurídico se someta al DL 211, sin que haya actos *ipso facto* permitidos o no prohibido, *cfr.* Georg Henrik von Wright, *Norma y acción* (Madrid, Tecnos, 1970), traducción de Pedro García Ferrero, pp. 101-102. La excepción puede ser el artículo 4º del DL 211.

⁶⁶ Valdés, n. 21, p. 609. También señala Streeter, n. 21, p. 27, al respecto que:

Hay actuaciones administrativas y judiciales que, si se realizan con respeto de los principios antes mencionados, son muy eficientes para crear ese grado de certidumbre o seguridad jurídica que es necesario para el buen funcionamiento del régimen económico. En el orden administrativo, la función consultiva y la emisión de instrucciones generales están en este caso; en el orden judicial, por cierto,

46. Examinando el efecto de una consulta favorable, Ortúzar afirmaba – respecto de los dictámenes de las comisiones- que quienes se atienen a lo dictaminado, “nada les [puede] ser reprochado, ni aún si posteriormente cambia la doctrina, en tanto no se les notifique o se publique dicho cambio”⁶⁷. Por su parte, Montt agrega que la resolución *exime* de responsabilidad, “no obstante los eventuales efectos monopólicos que pudieren derivarse del acto o contrato consultado”⁶⁸.

47. De esta forma, una autorización favorable del TDLC opera como una verdadera *excepción* frente a acusaciones de particulares o de la FNE de actuaciones anticompetitivas, una verdadera “inmunidad”⁶⁹, como expuso el TDLC en la sentencia *Entelphone*⁷⁰.

e. No es una potestad sancionadora

48. La potestad consultiva no tiene carácter represivo: las resoluciones emitidas tienen por finalidad advertir al consultante las consecuencias de sus actos, sin imponer sanciones, como sostiene Valdés⁷¹. Al respecto, en una

miramos a una jurisprudencia razonablemente uniforme fundada en el respeto al precedente (las cursivas son nuestras).

⁶⁷ Waldo Ortúzar *Informe Constitucional* N° 121 (18 de julio de 1991), citado por Arturo Fermandois *Derecho Constitucional Económico. Garantías económicas, doctrina y jurisprudencia*, 2ª. Ed. (Santiago, Universidad Católica, 2006), p. 131. Las cursivas son nuestras.

⁶⁸ Luis Montt “Introducción”, en Luis Montt (coord.), *Ley Antimonopolios. Jurisprudencia de la Comisión Resolutiva 1981-1983* 2ª. Ed. (Santiago, LexisNexis, 2002).

⁶⁹ Este efecto se logra gracias al beneficio de inmunidad del artículo 32° del DL 211, conforme al cual no hay responsabilidad anticompetitiva alguna, en las medidas que los actos o contratos se ejecuten o celebren de acuerdo con las decisiones del TDLC.

⁷⁰ TDLC, Sentencia N° 13/2005, *Entelphone c. Subsecretaría de Telecomunicaciones*, rol C 54-04, 17 de marzo de 2005, C. 9°:

de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 32 (...), no es posible acoger una demanda intentada en contra de quien actuó en conformidad con lo dispuesto por una resolución de la H. Comisión Resolutiva, antecesora de este Tribunal, independientemente de que el criterio establecido en la misma o los antecedentes de mercado en que se basó puedan cambiar. En efecto, *no se ha producido un nuevo pronunciamiento de este Tribunal, en los términos que establece el citado artículo.* (Las cursivas son nuestras).

⁷¹ Valdés, n. 21, p. 615. Ahora bien, este mismo autor ha sostenido que las condiciones deben ser homologadas a sanciones, *vid.* Domingo Valdés “El principio jurídico de la inocencia en las consultas antimonopólicas sobre operaciones de concentración”, en Domingo Valdés y Omar Vásquez (ed.), *Nuevas Tendencias en el Derecho Económico Moderno* (Santiago, Thomson

sentencia emitida en un procedimiento contencioso que conocía de una petición de imponer una sanción por incumplimiento de una medida de mitigación establecida en una resolución, el TDLC fue explícito en la cuestión:

... el procedimiento [consultivo]... tiene por propósito culminar en un pronunciamiento en el que se definan los requisitos que deben operar para que una determinada conducta que se autoriza no genere efectos nocivos o contrarios a la libre competencia, *sin analizar la culpabilidad de los intervinientes en el mismo, cuestión que está reservada al procedimiento contradictorio, en el que podría realizarse por el Tribunal un juicio de reproche*⁷².

49. Así, pese a que las condiciones limitan derechos⁷³, como actos de gravamen (*infra* ¶102), éstas no son sanciones. Por lo mismo, la modificación o revocación de éstas puede ocurrir sin ser necesario invocar prescripción de la misma⁷⁴.

50. La doctrina nacional expuso hace más de treinta años las diferencias entre la potestad administrativa preventiva y la potestad jurisdiccional sancionatoria en materia de libre competencia⁷⁵. En el primer caso, no se declaran responsabilidades punitivas ni hay pronunciamiento por infracciones anticompetitivas, a diferencia de lo que ocurre en materia de represión de conductas contrarias al DL 211:

En toda la instancia preventiva y de corrección administrativa, basta que los órganos creados por ley funden su acción en una apariencia de delito o en la existencia de un hecho cualquiera que sea capaz de producir una alteración, entorpecimiento e impedimento de la libre competencia. Para ello será suficiente que, a priori, asimilen un hecho o acto a alguna de las conductas punibles descritas en la ley, sin que pretendan juzgarla como delito ni

Reuters, 2014), quien sostiene que “[u]na resolución del TDLC que imponga condiciones o medidas propiamente tales es equiparable a una sentencia del Tribunal Antimonopólico que establezca sanciones”.

⁷² TDLC, Sentencia N° 117/2011, *FNE c. John C. Malone*, rol C 156-08, 29 de diciembre de 2011, C. 21°. Las cursivas son nuestras.

⁷³ *Idem*, C. 23°.

⁷⁴ *Idem*, C. 22°: “En todos estos casos, condiciones impuestas en resoluciones de término en asuntos del artículo 18 N° 2 han sido o modificadas o derechamente dejadas sin efecto, sin necesidad de invocar prescripción alguna, precisamente por su carácter no sancionatorio y en aplicación del referido artículo 32.”.

⁷⁵ Recordemos que en esa época –y hasta la entrada en vigencia de la Ley N° 19.911- los ilícitos del DL 211 era *simultáneamente* administrativos y penales.

pronunciarse sobre todos los extremos que lleva envuelto un juicio de esta naturaleza⁷⁶

51. De esta forma, la potestad para absolver consultas del TDLC persigue el ejercicio de una potestad administrativa y preventiva, pudiendo el TDLC en su resolución establecer *condiciones* que deben ser cumplidas en dichos hechos, actos o contratos, actuales o futuros, sin constituir éstas sanciones establecidas en el artículo 26° del DL 211⁷⁷ (Art. 18 N° 2 y 31, DL 211):

La posibilidad de actuar preventivamente sobre estos asuntos está dada precisamente porque no entrañan la imputación de infracciones específicas al artículo 3° del Decreto Ley N° 211, ni el ejercicio de una acción que contenga una pretensión sancionatoria que exija la determinación de la culpabilidad de quienes realizaron dicha conducta infractora y que, por ende, requiera de un procedimiento contradictorio⁷⁸.

52. A la inversa, la imposición de medidas y sanciones en una *sentencia* del TDLC es fruto exclusivo del ejercicio de la potestad jurisdiccional de dicho tribunal, que persigue reprimir y sancionar actuaciones contrarias a la competencia, a través de un procedimiento contradictorio (*cf.* Art. 3°, inc. 1° y 18, N° 1, DL 211).

53. El derecho comparado esboza un límite entre el procedimiento sancionatorio y el procedimiento autorizatorio en materia de defensa de la competencia, que interviene o impone un gravamen en la libertad de empresa. Como expresa Baño León:

El procedimiento por infracción tiene como objeto averiguar si se ha producido un acto, recomendación, decisión o acuerdo contrario a las normas de defensa de la competencia. Se trata de un procedimiento de intervención o gravamen en la libertad de empresa, de modo que le son plenamente aplicables todas las normas que garantizan la posición del particular...

⁷⁶ Waldo Ortúzar “La Ley Antimonopolios”, en Waldo Ortúzar *Ley Antimonopolios. Jurisprudencia de la Comisión Resolutiva 1974-1977* (Santiago, Jurídica de Chile, 1978), p. 8. En idénticos términos, Oscar Del Barrio “La tutela administrativa sobre la libre competencia”, *Anuario de Derecho Administrativo 1977-1978*, t. II (Santiago, Ediciones Revista de Derecho Público, Universidad de Chile, 1978), p. 166.

⁷⁷ Pfeffer, n. 22, p. 585.

⁷⁸ TDLC, Resolución intermedia, “Consulta de Conadecus sobre operación de concentración LAN Airlines S.A. y TAM Linhas Aéreas S.A.”, Rol NC 388-11, 17 de marzo de 2011, C. 12°.

*El procedimiento autorizatorio, por el contrario, en tanto pretende comprobar la concurrencia de los supuestos de hecho que justifican la exención prevista en la ley, es un procedimiento que no restringe derecho o libertad alguna*⁷⁹.

f. Otorga una autorización

54. Quien consulta puede recibir una respuesta indeseada. Entender que una resolución puede ser favorable implica que ella puede también ser *desfavorable*. Luego, si ésta conlleva un permiso de conducta es porque ella puede prohibir una conducta. Al decir de Nino, “cuando alguien permite algo es porque ese algo está prohibido o hay una expectativa de que se lo prohíba... para que se diga que alguien dio permiso para realizar cierta conducta tiene que tener capacidad para ordenar su opuesta, es decir, para prohibir la conducta en cuestión”⁸⁰.

55. La demanda de seguridad o certeza en la materia es respuesta a la amplitud e indefinición de los ilícitos contenidos en el DL 211⁸¹. Esto ha hecho que se persiga “huir [de la vaguedad y los ejemplos] acudiendo al bien jurídico que el ilícito ha de lesionar”⁸². Surge de este modo la importancia del bien jurídico -la libre competencia- como guía para el escrutinio de conductas que puedan infringir el DL 211⁸³.

56. El hecho que haya una prohibición *general* de conductas anticompetitivas⁸⁴, explica que la consulta favorable sea un permiso *fuerte*, al decir de Raz⁸⁵. Este permiso se constituye así en una razón práctica que *inmuniza* la actividad consultada una vez que se cumplen las condiciones para su otorgamiento. Al otorgarse el permiso, una actividad respecto de la cual

⁷⁹ José María Baño León, *Potestades administrativas y garantías de las empresas en el Derecho español de la competencia* (Madrid, McGrawHill, 1996), p. 164. Las cursivas son nuestras.

⁸⁰ Carlos Santiago Nino *Introducción al análisis del derecho* 2ª. Ed., 11ª. Reimpresión (Buenos Aires, Ed. Astrea, 2001), pp. 66-67.

⁸¹ Domingo Valdés, *La discriminación arbitraria en el Derecho Económico* (Santiago, Conosur, 1992), pp. 96-101 y Fuenzalida y Valderrama, n. 26, p. 182.

⁸² Valdés, n. 81, p. 96.

⁸³ Respecto del bien jurídico tutelado por el DL 211, *vid.* Agüero, n. 63.

⁸⁴ Enrique Barros, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual* (Santiago, Jurídica de Chile 2006), p. 1045.

⁸⁵ Joseph Raz, *Practical reason and norms* (Oxford, Oxford University Press, 1990), p. 86. Esto porque de la interdicción general legal se puede desprender que hay una norma que prohíbe realizar muchas conductas, con lo que no habría permisos débiles en materia de libre competencia.

había una prohibición general, pasa a estar autorizada, “sin dudas”⁸⁶, respecto del TDLC y terceros.

57. De esta forma, el resultado del ejercicio de la potestad referida del TDLC es el otorgamiento de una autorización, la que se define tradicionalmente como:

...un acto de la Administración por el que ésta consiente a un particular el ejercicio de una actividad privada, aunque inicialmente prohibida con fines de control administrativo de su ejercicio, constituyendo al propio tiempo la situación jurídica correspondiente⁸⁷.

58. Además de ser un acto de naturaleza administrativa (*vid.* ¶19 y ss.), la resolución tiene un carácter preventivo. Ahora bien, en nuestro Derecho de la Competencia la consulta no es un requisito para emprender una actividad económica, sino un acto facultativo del interesado⁸⁸, que trae consigo un efecto favorable: obtener una declaración de licitud de la conducta consultada. En rigor, el carácter facultativo de la consulta no niega la naturaleza de acto administrativo de control preventivo, sino que expresa un juicio del legislador acerca de la distribución de los riesgos⁸⁹.

59. En efecto, al darle un carácter facultativo a la consulta, es el interesado quien tiene la carga del riesgo anticompetitivo. Puede siempre ejercer la actividad, sujeto a la eventualidad de que las autoridades competentes cuestionen la licitud de ella (mediante una consulta o bien, mediante un requerimiento de la FNE o una demanda de un particular). En cambio, si realiza la consulta, ese riesgo se traslada a la autoridad pública –el TDLC– el que, en este caso, no puede en el futuro desconocer la licitud de la conducta, salvo el caso de infracción o revocación (*vid. infra* ¶80 y ss.).

⁸⁶ *Idem*, p. 96.

⁸⁷ Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, T. II, (Madrid, Civitas, 10ª ed., 2006), p. 138.

⁸⁸ Aunque la legislación, tras la reforma de 2009, admite consulta de la FNE y de terceros (al menos en su literalidad, *cfr.* Art. 18 N° 2, DL 211). El TDLC ha sido reacio a admitir consultas de terceros por motivos de legitimación activa del consultante).

⁸⁹ En ese sentido, Velozo y González, n. 27, p. 30.

60. En segundo lugar, se otorga generalmente a petición de un interesado que está emprendiendo una actividad privada (*vid. infra* ¶76 y ss.)⁹⁰.

61. En tercer lugar, la petición de un pronunciamiento del órgano de tutela se fundamenta en una prohibición susceptible de ser alzada. En efecto, la autorización tiene por efecto básico “permitir que el particular realice una determinada conducta que, de otro modo, resultaría contraria al Ordenamiento Jurídico”⁹¹.

62. Tras la Ley N° 19.911 se sanciona todo “*hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos*”. Luego, al regular la potestad consultiva habla de “*los asuntos de carácter no contencioso que puedan infringir las disposiciones de la presente ley, sobre hechos, actos o contratos existentes o por celebrarse*”.

63. De lo anterior se desprende que las conductas, sean hechos, actos o contratos, que llevan a los interesados a consultar, están prohibidas por la cláusula general de la ley. Pero el legislador ha facultado a obtener una decisión administrativa que alce la prohibición, autorizándolas. Estamos ante una prohibición legal con reserva de autorización⁹², que exime de responsabilidad anticompetitiva al consultante.

64. En cuarto lugar, estamos ante una autorización *operativa*⁹³, toda vez que no sólo busca controlar la conformidad de una conducta, sino encauzar y orientar positivamente la actividad del titular⁹⁴. Esto permite comprender

⁹⁰ Empero, es posible -y en la práctica ocurre- que el consultante sea un órgano de la Administración del Estado. Sin embargo, en tal caso, la naturaleza del acto administrativo final será diferente y no puede aplicársele lo acá dicho sobre la autorización. Estas son, desde la dictación de la Ley N° 19.911, la *Consulta de Subtel sobre participación de concesionarios de telefonía móvil en concurso público de telefonía móvil digital avanzada*, rol NC 198-07, *Solicitud de la CNE sobre modificación del Dictamen N° 992 de la Comisión Preventiva Central*, rol NC 113-06, *Consulta de la DGAC sobre Bases de Licitación de Redes Hidrantes*, rol NC 103-05 y *Consulta de la Municipalidad de San Miguel, sobre bases de licitación residuos sólidos y otros*, rol NC 29-04.

⁹¹ José Luis Villar Ezcurra, *Derecho Administrativo Especial* (Madrid, Civitas, 1999), p. 82.

⁹² Al respecto, *vid.* José Eugenio Soriano García, *Derecho Público de la Competencia* (Madrid, Marcial Pons, 1998), p. 551.

⁹³ *Vid.* Francisca Moya Marchi, *El principio de precaución* (Santiago, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2012), p. 99.

⁹⁴ García de Enterría y Fernández, n. 87, p. 137. En el mismo sentido Valdés, n. 21, p. 612.

también la facultad de imponer condiciones de naturaleza regulatoria (artículo 18 N° 2 *in fine*, DL 211)⁹⁵, que desarrollaremos más adelante.

65. De esta característica fluye que hechos, actos o convenciones que excedan la autorización operativa pueden, si ellos tienen la aptitud de infringir las disposiciones de libre competencia, ser objeto de una nueva consulta, promovida por el interesado, la FNE –en atención a su control permanente de la actividad económica autorizada, tras la consulta favorable⁹⁶- o incluso, por terceros que se puedan ver afectados.

66. En quinto lugar, se trata de una autorización de *funcionamiento*, que se proyecta sobre el “ejercicio de una actividad llamada a prolongarse indefinidamente en el tiempo”, de modo que hace nacer una relación permanente entre la Administración y el sujeto autorizado⁹⁷. Este carácter justifica también la posibilidad de revisar la autorización conforme cambien las circunstancias, admitiéndose “la posibilidad (e, incluso, el deber) de modificar el contenido de la autorización inicialmente otorgada para mantenerlo constantemente adaptado, a lo largo de su vigencia, a las exigencias del interés público”⁹⁸.

67. En sexto lugar, en cuanto a la calificación de esta autorización como personal, real o mixta⁹⁹, podemos decir que es real, pues no parece que las circunstancias personales del solicitante sean determinantes para la licitud de la conducta¹⁰⁰. Lo central es el hecho, acto o contrato que se somete a consulta, (aunque el *hecho, acto o contrato* no es, en rigor, una “cosa”). Esto permite explicar que la autorización se haga independiente del solicitante y pueda transferirse. Lo anterior resalta el hecho de que las condiciones *objetivas* esgrimidas en la solicitud son esenciales (particularmente si se han alegado efectos pro-competitivos), de modo que si éstas resultan no ser efectivas, el

⁹⁵ Santiago Montt “Condiciones impuestas por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en el marco de una operación de concentración en el derecho chileno”, *Anuario de Derecho Público* 2012, (Santiago, Universidad Diego Portales, 2012), p. 459.

⁹⁶ Soriano, n. 92, p. 355.

⁹⁷ García de Enterría y Fernández, n. 87, pp. 140-141.

⁹⁸ *Id.*, p. 142.

⁹⁹ *Id.*, pp. 145-146.

¹⁰⁰ Podrían plantearse hipótesis en que sí lo sea (por ejemplo, si el resultado de una concentración es el surgimiento de un operador dominante), en cuyo caso, dependerá del alcance de la resolución final si las circunstancias subjetivas se han elevado a un carácter determinante.

acto autorizatorio es ilegal y susceptible de ser revocado (en rigor, invalidado) posteriormente, con efecto retroactivo.

68. Es importante destacar que la resolución que se pronuncia sobre una consulta no crea una dispensa, exención o causal de justificación¹⁰¹. Después de la Ley N° 19.911, esa potestad pertenece, en principio al legislador¹⁰², sin perjuicio de la potestad reglamentaria de ejecución. Dicho de otro modo, en virtud de la potestad para absolver consultas se obtiene meramente una autorización, pero no se consigue un título para infringir la ley.

g. Es revocable

69. Finalmente, la autorización puede revocarse por el TDLC en cualquier momento, sin indemnización¹⁰³, siempre que existan “*nuevos antecedentes*” (Art. 32, DL 211). En dicho sentido, el TDLC ha expresado, respecto de informes que debe emitir –y que son actos administrativos– que:

conforme a lo dispuesto en el artículo 32° del DL 211, este Tribunal puede proceder a modificar, en definitiva, lo resuelto anteriormente en un procedimiento no contencioso, sobre la base de nuevos antecedentes, no ha lugar a la excepción planteada¹⁰⁴

70. De este modo, el particular no puede oponerse fundado en supuestos derechos adquiridos o protección de la confianza legítima. Lo anterior, especialmente cuando se establece una expresa cláusula de reserva de modificación o revocación de la autorización de funcionamiento en la norma

¹⁰¹ Bajo la vigencia del texto original DL 211 las exenciones por causa de interés público estaban sujetas a condiciones formales y materiales especiales señaladas en el artículo 5° (en particular, correspondía al Presidente de la República otorgar estas exenciones o “salvaguardas”, mediante decreto supremo. *Vid.* Óscar Illanes Edwards, “Jurisprudencia de la Comisión Antimonopolios. Con referencia a los artículos 173, 174 y 181 de la Ley N° 13.305” *Revista de Derecho Económico*, N° 8-9 (Santiago, Universidad de Chile, 1964), p. 47.

¹⁰² Valdés, n. 21, p. 317 (“al ejercitar sus potestades consultivas debe responder a las consultas aplicando lo dispuesto en el tipo universal antimonopólico y, en caso alguno, puede ‘justificar’ o dispensar una conducta consultada que vulnere la libre competencia”). En el Derecho Europeo ello sí es posible, por razones de eficiencia o interés público.

¹⁰³ Al respecto, *vid.* Baño León, n. 79, p. 104; Roberto Dromi *El Acto Administrativo* (Madrid, INAP, 1985), p. 153 y Valdés, n. 21, p. 635.

¹⁰⁴ TDLC, Resolución intermedia, *Solicitud de Empresa Portuaria Valparaíso sobre alzamiento de la restricción a la integración horizontal en la licitación del Frente de Atrache N° 2*, Rol NC N° 403-12, 25 de abril de 2012.

o en la autorización¹⁰⁵. Como sabemos, el artículo 32° del DL 211, que alude expresamente a una revisión posterior, sobre la base de nuevos antecedentes.

71. El TDLC también puede, si lo considera oportuno y necesario, dejar sin efecto la resolución que decidió aprobar el hecho, acto o contrato, incluyendo una operación como la de la Consulta -una fusión, por ejemplo-, ordenando se proceda a realizar la desinversión respectiva, sin que lo anterior implique una sanción o medida prevista en el artículo 26° del DL 211¹⁰⁶. Lo anterior, fundado en que sobre la base de nuevos antecedentes es posible que los actos o contratos ejecutados o celebrados de acuerdo con las decisiones del TDLC sean calificados posteriormente como contrarios a la libre competencia, en virtud de lo dispuesto en el artículo 32 del DL 211¹⁰⁷.

72. Nuestra legislación no contempla plazo para revocar la autorización dictada por el TDLC, lo que se concluye del carácter indefinido de las medidas establecidas en la resolución, y siendo esto concordante con el carácter operativo de la autorización (*supra* ¶ 64).

h. Efectos del ejercicio de la potestad consultiva

73. Desde luego, tratándose del ejercicio de una potestad, la resolución que dicte el TDLC “es vinculante para el consultante respecto del hecho, acto o contrato consultado”¹⁰⁸. A continuación, distinguiremos entre las resoluciones negativas (desfavorables) y las positivas (favorables).

1. Si confirma la prohibición

74. En aquellos casos en que la conducta resulta incompatible con la prohibición legal genérica, la autoridad está vinculada por ésta y debe

¹⁰⁵ José Carlos Laguna de Paz, *La autorización administrativa* (Cizur Menor, Thomson Civitas, 2006), p. 336; y Francisco Velasco Caballero, *Las cláusulas accesorias del acto administrativo* (Madrid, Tecnos, 1996), p. 282.

¹⁰⁶ Agüero, n. 38.

¹⁰⁷ En el derecho comparado, donde las autorizaciones en materia de competencia han sido temporales, se contempla la posibilidad de revocarlas, o modificarlas, e incluso obtener su renovación al extinguirse el plazo por el cual se otorgaron, *vid.* Francisco González Navarro, “La regulación de los procedimientos administrativos en la ley de defensa de la competencia”, *Revista Jurídica de Navarra*, 9, 1990, p. 43.

¹⁰⁸ Valdés, n. 21, p. 621.

rechazar la consulta. De este modo, confirma la prohibición legal para el caso concreto (*vid.* ¶25).

2. Si otorga una autorización

75. En cambio, si la conducta objeto de la consulta resulta compatible con el alzamiento de la prohibición, se produce un efecto favorable, que exime de responsabilidad al beneficiario, a la luz del Derecho de la Competencia (Art. 32 del DL 211). Esta autorización tiene límites subjetivos y objetivos.

i. Límites subjetivos de la autorización

76. En cuanto a los sujetos beneficiados por la autorización, es importante resaltar que la resolución que analizamos no es una sentencia en la que se ejerce la jurisdicción del TDLC¹⁰⁹. En cambio, se trata de una resolución que constituye una autorización, es decir, crea un título habilitante para el beneficiario, pudiendo realizar la conducta consultada.

77. Desde luego, el consultante está vinculado por los efectos de la consulta¹¹⁰. Pero también lo están aquellos que se relacionan con él, en la medida que el *hecho, acto o contrato* – que es objeto de la consulta – está destinado a producir efectos en las relaciones económicas que entable.

ii. Límites objetivos de la autorización

78. Los *hechos, actos o contratos* consultados son los que determinan el alcance objetivo de la autorización, sin que pueda extenderse más allá de ellos. En efecto, fuera de ellos se cae dentro de la prohibición genérica de realizar actos anticompetitivos. De este modo, los órganos de tutela de la competencia quedan autorizados para evaluar la corrección de la conducta.

79. En otras palabras, la infracción de la autorización –específicamente a las condiciones que se imponen– puede ser sancionada y controlada en uso de

¹⁰⁹ Por lo tanto, no produce los efectos relativos a que se refiere el artículo 3° del Código Civil. *Cfr.* TDLC, Sentencia N° 117/2011, *FNE c. John C. Malone*, rol C 156-08, 29 de diciembre de 2011, C. 24°.

¹¹⁰ Ciertamente, una situación distinta es la de la consulta que es formulada por la FNE o por un tercero, operando como una autorización motivada por un tercero. En todo caso, la legislación ambiental contempla mecanismos análogos respecto de las resoluciones de calificación ambiental.

las potestades ordinarias de los órganos de tutela de la competencia. En la jurisprudencia del TDLC, los casos en que ha conocido de incumplimientos de los consultantes autorizados son *HidroAysén I*¹¹¹, *Fundación Chile Ciudadano*¹¹² y *John Malone*¹¹³.

3. Control de la conducta autorizada

80. El principal efecto que produce la resolución que se pronuncia sobre una consulta es, de acuerdo al DL 211, que los actos o contratos ejecutados o celebrados de acuerdo con ella “no acarrearán responsabilidad”. Esto implica que los órganos de tutela de la competencia están inhibidos de adoptar medidas represivas en contra de tales hechos, actos o contratos, así como las conductas que en ellos se amparan (*cf.* art. 26, DL 211).

81. La operación consultada y consumada de conformidad con la aprobación del TDLC, goza entonces del fuero de seguridad jurídica reconocido en el artículo 32 del DL 211. En efecto, el del Auto Acordado N° 5 del TDLC, reconoce que:

[E]l procedimiento no contencioso tiene precisamente por objeto obtener de este Tribunal un pronunciamiento orientado a otorgar o a denegar a la parte consultante la certeza jurídica que establece el artículo [32] del DL 211¹¹⁴.

82. *Contrario sensu*, si el consultante infringe los términos de la autorización será responsable de infringir el DL 211, tras la revisión de la jurisdicción competente –el TDLC–, conforme a las reglas generales.

83. En cambio, si el TDLC establece que la conducta se enmarcaba dentro de la autorización y de los parámetros generales del Derecho de la Competencia, los actos o contratos ejecutados o celebrados de acuerdo con la autorización tampoco acarrearán responsabilidad.

¹¹¹ TDLC, Sentencia N° 86/2009, *Demanda de Ganaderas Río Baker Ltda. y Río Neff Ltda. c. Centrales Hidroeléctricas de Aysén S.A.*, 30 de julio de 2009, Rol C 180-08.

¹¹² TDLC, Sentencia N° 98/2010, *Demanda de Fundación Chile Ciudadano y otro c. VTR B.A. Chile S.A.*, rol C 168-08, 18 de marzo de 2010.A.

¹¹³ TDLC, Sentencia N° 117/2011, *FNE c. John C. Malone*, rol C 156-08, 29 de diciembre de 2011.

¹¹⁴ TDLC, Auto Acordado N° 5, 22 de julio de 2004, N° 3.

84. Por último, el “beneficio de inmunidad” que se obtiene con una resolución favorable –y la sujeción estricta a la condiciones establecidas– se acabará si por una decisión posterior y “sobre nuevos antecedentes”, el TDLC determina que los actos o contratos ejecutados o celebrados de acuerdo con sus decisiones se estimen contrarios a la libre competencia.

4. Extinción de la autorización

85. La resolución emitida por el TDLC mantiene su vigencia desde su notificación o publicación, hasta que sea revocada o se extinga por otra razón, como puede ser su incumplimiento o invalidación.

IV. LAS CONDICIONES ESTABLECIDAS EN EJERCICIO DE LA POTESTAD CONSULTIVA

86. En la presente sección del Informe, abordamos el alcance de las condiciones que puede imponer el TDLC en una operación de concentración, que la doctrina también denomina medidas de mitigación o remedios¹¹⁵.

a. El establecimiento de condiciones o medidas de mitigación

87. Tras la entrada en vigencia de la Ley N° 19.911, el TDLC está expresamente habilitado para imponer aquellas condiciones que son necesarias para lograr la conformidad de la conducta consultada con la prohibición general del artículo 3° del DL 211. Esto puede entenderse porque tales condiciones se limitan a reiterar, para el caso concreto, la prohibición general¹¹⁶, y no innovan en el régimen jurídico del solicitante.

88. Las operaciones que son sometidas a consulta del TDLC pueden ser absueltas favorable o desfavorablemente. En el primer caso, en forma pura y simple, o bien, condicionadamente. La posibilidad de imponer condiciones tras una consulta se contempla en el mismo artículo 18, N° 2, del DL 211 (*podrá fijar las condiciones que deberán ser cumplidas*). Asimismo, estas condiciones pueden ser objeto de reclamación, de acuerdo al artículo 31° del DL 211¹¹⁷.

¹¹⁵ *Vid.*, Agüero, n. 38.

¹¹⁶ García de Enterría y Fernández, n. 87, p. 144 (quienes las denominan *condictiones iuris*).

¹¹⁷ Idénticos resultados pueden producirse con motivo de una revisión de una resolución ya dictada por el TDLC.

b. Finalidad de las medidas de mitigación

89. Por regla general, las operaciones de concentración de empresas buscan integrar a compañías que, de seguir funcionando separadas, no podrían alcanzar ciertas eficiencias que juntas sí lograrían. De este modo, una fusión puede generar eficiencias, tales como reducción de costos, especialización de plantas, alcanzar economías de escala o de alcance y permitir que el consumidor se beneficie con reducciones de precios, incrementos en la calidad y mayor innovación. Una fusión también puede tener efectos perjudiciales para la competencia, aumentando los riesgos de prácticas anticompetitivas como consecuencia del aumento de poder de mercado. Por lo mismo, la aprobación de una operación por el TDLC debe ponderar ambos elementos, y sólo si los beneficios –las denominadas *eficiencias*– superan los costos o riesgos, la consulta debe aprobarse favorablemente¹¹⁸. En caso contrario, la consulta debiera rechazarse¹¹⁹.

90. Al establecer condiciones, lo que persigue el TDLC es que la operación consultada no devenga en anticompetitiva ni ilegal ante el Derecho de la Competencia. Como hemos expuesto, al establecerse *condiciones* o remedios en operaciones de concentración se condiciona “la operación consultada, modificándola *para hacerla compatible con la libre competencia*”¹²⁰, así como evitar que se genere un daño a dicho bien jurídico, y por ende a los consumidores¹²¹. Al decir de la Corte Suprema en *LAN/TAM*:

Se trata de aspectos de la actividad económica que los jueces de libre competencia correctamente han incluido en su *análisis porque precisamente responden a la finalidad de prevenir el riesgo de que se genere un daño a la libre competencia con el desarrollo de la actividad por parte de la entidad fusionada*. Ello, por cuanto los hechos relevantes en materia de libre competencia apuntan

¹¹⁸ Enrique Cañizares y Daniel Domínguez “Remedios estructurales en control de concentraciones: un análisis coste-beneficio”, en: Santiago Martínez Lage y Amadeo Petitbó Juan (Dir.). *Remedios y sanciones en el derecho de la competencia*, (Madrid, Fundación Rafael del Pino, Ed. Marcial Pons, 2008), p. 181.

¹¹⁹ Corte Suprema, *Recurso de reclamación en consulta por fusión de SMU/Supermercados del Sur*, Rol 346-2013, 30 de septiembre de 2013, C. 27°.

¹²⁰ Agüero, n. 38, p. 314. Las cursivas son nuestras.

¹²¹ Corte Suprema, Rol N° 9843-2011, *Consulta de Conadecus sobre operación de concentración Lan Airlines S.A. y Tam Linhas Aereas S.A.*, 5 de abril de 2012, C. 22°.

hacia el futuro, son conjeturas de lo que presumiblemente ocurrirá si se autoriza con la fusión consultada¹²².

91. La finalidad de las condiciones o remedios es proteger la eficiencia e intereses de los consumidores *ex post*, preservando los niveles de competencia previos a la operación que se somete a autorización. En el derecho comparado se afirma que las medidas de mitigación tienen por objetivo fundamental “garantizar estructuras de mercado competitivas”¹²³.

92. Las medidas eficaces son aquellas que conservan las eficiencias que crea el negocio consultado (fusión u otra operación como puede ser un *joint venture*¹²⁴), sin afectar los beneficios que existen en los mercados competitivos que no se ven afectados por la operación¹²⁵.

93. Para el TDLC, las condiciones establecidas en un procedimiento de consulta son necesarias para mitigar los riesgos, los “probables efectos anticompetitivos”¹²⁶ o la “disminución sustancial y permanente de las condiciones de competencia”¹²⁷. Recientemente, la Corte Suprema ha resuelto

¹²² *Idem*, C. 15°. Las cursivas son nuestras.

¹²³ Luis Ortiz Blanco, Jerónimo Maíllo González-Orús, Pablo Ibáñez Colomo, Alfonso Lamadrid de Pablo, *Manual de Derecho de la Competencia* (Tecnos, Madrid, 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. Richard G. Parker y David A. Balto “The Evolving Approach to Merger Remedies”, *Antitrust Report*, N° 2, 2000.

¹²⁴ Situación análoga ocurre respecto de *joint ventures*, con la salvedad que ellos pueden ser concentrativos o meramente cooperativos, y en ellos puede subsistir el número de rivales, *Vid.* José Tomás Errázuriz y Francisco Agüero “Tratamiento de los acuerdos de cooperación empresarial ante el derecho de la competencia. ¿Cuándo un joint venture es una concentración?” *Revista Anales Derecho UC Temas de Libre Competencia* 2 (Santiago, Legis, 2007).

¹²⁵ Department of Justice, *Antitrust Division Policy Guide to Merger Remedies*, 2011, p. 4.

¹²⁶ 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”).

¹²⁷ 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, § 264 (“De aprobarse la

-al conocer la reclamación de SMU contra la Resolución N° 43/2012- que las medidas deben restaurar los equilibrios existentes en el mercado antes de la fusión¹²⁸, añadiendo que:

Únicamente si se detectan riesgos, se disponen medidas de mitigación, las que deben ser aquellas indispensables para restablecer la competencia en un mercado relevante...¹²⁹

94. Enseguida, 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. Como señaló el TDLC en *HidroAysén I*, sentencia relativa al incumplimiento de una medida establecida respecto de una consulta favorable del TDLC, que:

... para ese fin [función preventiva], 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 competencia¹³⁰.

c. Principios ordenadores de las medidas de mitigación

95. Las condiciones no deben imponerse como una compensación o gravamen desvinculado a los riesgos anticompetitivos¹³¹. Las condiciones establecidas por el TDLC deben ser, como lo ha declarado la Corte Suprema, *suficientes y adecuadas*¹³² para cautelar la libre competencia, así como también

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).

¹²⁸ Corte Suprema, *Recurso de reclamación en consulta por fusión de SMU/Supermercados del Sur*, Rol 346-2013, 30 de septiembre de 2013, C. 24°.

¹²⁹ *Idem*, C. 27°.

¹³⁰ TDLC, Sentencia N° 86/2009, *Demanda de Ganaderas Río Baker Ltda. y Río Neff Ltda. contra Centrales Hidroeléctricas de Aysén S.A.*, 30 de julio de 2009, Rol C 180-08, C. 3°. Las cursivas son nuestras.

¹³¹ Ver TDLC, Resolución N° 22/2007, NC 134-06, *Consulta de Endesa y Colbún sobre Proyecto Aysén*, 19 de octubre de 2007, § 11.1.

¹³² Corte Suprema, *Consulta de GLR Chile Ltda. sobre Compra de la Totalidad de las Acciones de Iberoamerican Radio Chile S.A.*, Rol N°4578-2007, 22 de noviembre de 2007, C. 6° (“Que del análisis de los antecedentes de la causa aparece que las medidas dispuestas por la sentencia

*prudentes y lógicas*¹³³. Adicionalmente, se ha agregado que ellas deben motivarse, debiendo cumplir un estándar tal que “sin ellas hay riesgo concreto y real de que se produzca un daño a la libre competencia”¹³⁴.

96. En el derecho comparado, los principios que deben regir el establecimiento de remedios, son, primero, que se debe imponer una medida de mitigación sólo cuando exista un convencimiento por parte de la autoridad de que *habrá una infracción a la libre competencia*¹³⁵.

97. Las condiciones impuestas deben someterse al *principio de proporcionalidad*. La proporcionalidad exige que, entre dos remedios igual de eficaces, se escoja como remedio aquel que sea el menos costoso y menos intrusivo, en la medida que aborden el problema de competencia detectado.

98. En síntesis, se agrega, los remedios deben ser apropiados, efectivos y sujetos a ciertos principios económicos y legales del caso presentado¹³⁶. Así, en atención al principio de proporcionalidad, corresponde que las autoridades de la competencia identifiquen la solución menos restrictiva que remueva el riesgo anticompetitivo que originaría la fusión¹³⁷, o bien, sustituyan medidas cuando son revisadas en un procedimiento de consulta:

...este Tribunal estima necesario, *manteniendo la finalidad buscada* por el Dictamen N° 992, modificar su operatividad de tal manera que *su aplicación resulte menos restrictiva* para los solicitantes de derechos de aprovechamiento

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”).

¹³³ *Idem*, C. 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”.

¹³⁴ Corte Suprema, *Consulta de Conadecus sobre operación de concentración Lan Airlines S.A. y Tam Linhas Aereas S.A.*, Rol N° 9843-2011, 5 de abril de 2012, C. 31°.

¹³⁵ Agüero, n. 38.

¹³⁶ Department of Justice, n. 125, pp. 1-2.

¹³⁷ Giorgio Monti, *EC Competition Law* (Cambridge University Press, 2007), p. 290. En nuestra doctrina, el tópico ha sido abordado por Jaime Arancibia, “Sobre el acuerdo extrajudicial de la Fiscalía Nacional Económica” en: Jaime Arancibia, José Ignacio Martínez y Alejandro Romero (coord.), *Precedente, Cosa Juzgada y Equivalentes Jurisdiccionales en la Litigación Pública* (Santiago, Abeledo Perrot, 2013), p. 481.

de aguas y *menos onerosa su implementación* por la Administración del Estado¹³⁸

99. Una disposición análoga se considera a la hora de revisar o revocar una autorización. En esos casos, la revocación debe ser la medida *última*, si es posible establecerse condiciones menos restrictivas para alcanzar los mismos objetivos:

Además –de acuerdo con los principios de proporcionalidad y *favor libertatis*–, la revocación de la autorización sólo debe decidirse cuando no puedan alcanzarse los objetivos perseguidos con medidas menos restrictivas, como la modificación del título habilitante¹³⁹

100. Empero, la interpretación de la autorización debe tener en cuenta que se controla una actividad privada, sujeta a intervención y condicionamiento administrativo –en este caso, del TDLC–, por lo que la restricción de la libertad de empresa debe ser *indispensable* y restrictiva, en aplicación del principio *favor libertatis*¹⁴⁰.

101. Ciertamente, la medida más drástica que se puede adoptar respecto de una operación de concentración que se consulte es su rechazo o prohibición. El rechazo o no autorización de una operación de concentración es algo relativamente excepcional en los diversos ordenamientos. Ahora bien, en algunas ocasiones se pueden presentar para la aprobación algunas operaciones respecto de las cuales no es posible establecer un remedio adecuado a los problemas de competencia que se detecten (sea o no el remedio aceptable para las partes), por lo que se opta por el rechazo¹⁴¹.

¹³⁸ TDLC, Resolución N° 18/2006, *Solicitud de la CNE sobre modificación del Dictamen N° 992 de la Comisión Preventiva Central*, rol NC 113-06, 17 de noviembre de 2006, C. 19°. Las cursivas son nuestras.

¹³⁹ Laguna de Paz, n. 105, p. 336.

¹⁴⁰ Laguna de Paz, n. 105, p. 106. Este principio también es aplicable a la revisión o revocación de autorizaciones, *vid. Idem*, p. 336.

¹⁴¹ D.G. Goyder *EC Competition Law* (Oxford University Press, 2003), p. 381. Parker y Balto sostienen que las autoridades de competencia tienen, como primera opción ante una operación de concentración, el simple rechazo de la fusión, cuando no existe remedio alguno que pueda resolver los problemas de competencia, *vid. Parker y Balto*, n. 123. En otras ocasiones, puede ocurrir que los remedios propuestos por los consultantes sean de tal amplitud y complejidad que no sea posible determinar con un grado de certeza adecuado si la competencia efectiva será restablecida en el mercado, y por ende, decidir su aprobación, *cfr. Francisco González-Díaz y Josep María Carpi* “La noción de concentración económica y la evaluación de sus efectos en los ordenamientos comunitario y español”, en: J.M. Pérez

d. Las medidas de mitigación son actos de gravamen

102. Las condiciones establecidas en una resolución dictada por el TDLC son actos de gravamen¹⁴², entendidos como limitaciones de derechos y libertades impuestos a empresas en procedimientos no contenciosos de carácter administrativo. El Derecho Administrativo distingue entre actos favorables y actos de gravamen de la administración. Como afirman 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 previas¹⁴³.

103. No todo acto de gravamen es sancionatorio. Así, la relación que existe entre ellos es de género (*gravamen*) a especie (*sanción*)¹⁴⁴. Entonces, cabe concluir que los actos que imponen condiciones en procesos de consulta o revisión de una consulta son actos que limitan los derechos y libertades de las empresas, sin tener naturaleza sancionatoria.

104. Dado que al absolver la consulta el órgano puede imponer “condiciones” -técnicamente, condiciones, obligaciones o cargas¹⁴⁵-, éstas condiciones forman parte integrante del acto autorizador¹⁴⁶.

Beneyto y J. Mailló González (coord.) *Tratado de Derecho de la Competencia*, (Barcelona, Ed. Bosch, 2005), t. 1, p. 722.

¹⁴² Santiago Montt y Francisco Agüero, *Amicus Curiae*, 1 (Santiago, Centro de Regulación y Competencia, Universidad de Chile, 3 de marzo de 2011), p. 8. Disponible en: <http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/08%2003%2011%20RECCOM.pdf> (última visita: 20 de marzo de 2015)

¹⁴³ García de Enterría y Fernández, n. 87, p. 104.

¹⁴⁴ Los citados autores enumeran diversos actos de gravamen no sancionatorios: “[S]acrificios 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”, *Id.*, n. 87, p. 106.

¹⁴⁵ Al respecto, *vid.* Montt, n. 95.

¹⁴⁶ Como se ha dicho estas cláusulas “accesorias” vienen a especificar en el caso concreto las condiciones legales que hacen admisible el hecho, acto o contrato a la luz del Derecho de la Competencia.

e. Las medidas de mitigación no son sanciones

105. El establecimiento de medidas de mitigación requiere que el TDLC las establezca para los riesgos que producen, en cada caso particular, lo que exige de libertad para su determinación a efectos de atemperar los riesgos que la fusión genera para la competencia¹⁴⁷.

106. Huelga señalar que la libertad de que disponen las autoridades de competencia para establecer medidas de mitigación al ejercerse la potestad consultiva no es tolerable si las *medidas* o condiciones fueran propiamente una sanción (en sentido estricto). Esta libertad para configurar y condicionar el hecho, acto o convención es *instrumental* a su adecuación con las normas del DL 211 y los supuestos de hecho de la autorización.

f. Las medidas de mitigación son obligatorias

107. Como hemos expuesto previamente, las resoluciones que aprueban una operación de concentración constituyen autorizaciones en ejercicio de una potestad administrativa del TDLC y son vinculantes para los consultantes (*supra*, ¶77)¹⁴⁸. La consecuencia de lo anterior es que las resoluciones del TDLC dictadas en ejercicio de la potestad consultiva, por su naturaleza administrativa, gozan de estabilidad, imperatividad y ejecutoriedad, características que el ordenamiento reconoce a los actos administrativos afinados (*cf.* artículo 51, Ley N° 19.880). De ahí que se deban contemplar mecanismos de verificación de su cumplimiento, lo que puede recaer en la FNE (Art. 39, d), DL 211) o en terceros, si así se impone en la resolución¹⁴⁹.

108. Como acto administrativo, la autorización debe ser respetada por todos –es imperativa¹⁵⁰– y ser considerada válida, mientras subsista su vigencia¹⁵¹. A

¹⁴⁷ Corte Suprema, *Recurso de reclamación en consulta por fusión de SMU/Supermercados del Sur*, Rol 346-2013, 30 de septiembre de 2013, C. 24°.

¹⁴⁸ TDLC, Resolución 24/2008, *Consulta sobre Fusión de D&S y Falabella*, rol NC 199-07, 31 de enero de 2008, §8; Corte Suprema, *Recurso de reclamación en consulta por fusión de SMU/Supermercados del Sur*, Rol 346-2013, 30 de septiembre de 2013, C. 9°.

¹⁴⁹ Corte Suprema, Rol N° 9843-2011, *Consulta de Conadecus sobre operación de concentración Lan Airlines S.A. y Tam Linhas Aereas S.A.*, 5 de abril de 2012, C. 31°.

¹⁵⁰ Velasco, n. 105, p. 53 y Carmona, n. 19, p. 34: “La imperatividad es la capacidad del acto administrativo para imponerse en forma unilateral y obligatoria”.

¹⁵¹ Por ejemplo, Raúl Bocanegra Sierra, *Lecciones sobre el acto administrativo*, 3ª. Ed. (Cizur Menor, Thomson- Civitas, 2006), p. 119; José Antonio García-Trevijano Fos, *Los Actos*

su vez, para la doctrina un acto administrativo es vinculante, y a diferencia del reglamento, la autorización tiene efectos “subjetivos”, de alcance individual¹⁵²:

Desde un punto de vista subjetivo, la eficacia del acto se despliega respecto a su destinatario principal, sea éste determinado o no, pero no sólo en relación con él, sino que con toda normalidad el acto producirá también efectos reflejos, siendo obligatorio asimismo para terceras personas¹⁵³

109. Por otra parte, el artículo 18 N° 2 del DL 211 es explícito en que las condiciones que fije el TDLC *deberán ser cumplidas* en dichos hechos, actos o contratos. El texto de la norma en comento no puede entenderse como una mera recomendación¹⁵⁴. Como ha expuesto Valdés, su obligatoriedad se vincula con la ausencia de responsabilidad infraccional¹⁵⁵.

110. Sobre este aspecto, ha señalado dicho autor también que “si [el hecho, acto o convención] ya se han realizado o celebrado y desea mantenerlos en el tiempo exonerándose de una eventual responsabilidad monopólica, *deberá dar cumplimiento* a las condiciones o medidas propiamente tales establecidas por dicho tribunal”¹⁵⁶.

111. A su vez, el antiguo texto del inciso final del artículo 31° del DL 211, previo a la reforma de la Ley N° 20.361, disponía que “[l]as resoluciones que fijen *condiciones que deban ser cumplidas* en actos o contratos podrán también ser objeto del recurso de reclamación” (las cursivas son nuestras), no dejando ambigüedad respecto de la imperatividad de las medidas¹⁵⁷.

112. Por su parte, la jurisprudencia del TDLC está conteste con el carácter imperativo de las condiciones que se establecen en la resolución que aprueba

Administrativos, (Madrid, Civitas, 1986), p. 108 y José Roberto Dromi, *El Acto Administrativo*, (Madrid, IEAL, 1985), p. 89.

¹⁵² Dromi, n. 151, p. 16 y pp. 24-25.

¹⁵³ Bocanegra, n. 151, p. 121.

¹⁵⁴ Valdés, n. 21, p. 622.

¹⁵⁵ *Idem*, pp. 622-623.

¹⁵⁶ *Idem*, p. 627. Las cursivas son nuestras.

¹⁵⁷ Recordemos que la modificación de la Ley N° 20.361, en lo que interesa, tuvo por finalidad precisar la posibilidad de reclamar en contra de todo tipo de resoluciones de término, fuere que fijaren o no *condiciones*.

favorablemente una operación consultada, siempre y cuando se lleve a cabo la operación consultada¹⁵⁸.

113. En la sentencia *HidroAysén I*, se conoce de una infracción de una medida de mitigación establecida previamente por el Tribunal en *Endesa/Colbún*, enfatizando el carácter imperativo de las condiciones, sea como obligación de hacer o de no hacer¹⁵⁹:

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 competencia¹⁶⁰

114. Entonces, la consecuencia jurídica del incumplimiento es que el consultante incumplidor arriesga “responsabilidad monopólica” (Valdés *dixit*), más aún si ha realizado o celebrado el hecho, acto o convención que consultó al TDLC. En efecto, la responsabilidad infraccional por incumplimiento de condiciones establecidas en una resolución existe incluso si el hecho, acto o contrato autorizado aún no se celebra, como se concluye en la sentencia *HidroAysén I*.

¹⁵⁸ En *Endesa/Colbún*, el TDLC se refirió por primera vez a la obligación de cumplir las condiciones, las que deben cumplirse en forma copulativa -en caso de materializar la operación. En dicho caso, lo consultado era una operación futura *vid.* TDLC, Resolución N° 22/2007, NC 134-06, *Consulta de Endesa y Colbún sobre Proyecto Aysén*, 19 de octubre de 2007, § 11.6:

...si las consultantes desean llevar adelante la operación sometida al conocimiento de este Tribunal, *deberán cumplir con las condiciones que se establecen en lo resolutivo*, las que están relacionadas de modo tal que deben ser cumplidas copulativamente (Las cursivas son nuestras)

¹⁵⁹ Las condiciones establecidas por el TDLC pueden contener obligaciones de hacer y de no hacer. Luego, de esto fluye que el tiempo desde el cual son exigibles deba considerar lo anterior, *vid.* TDLC, Sentencia N° 117/2011, *FNE c. John C. Malone*, rol C 156-08, 29 de diciembre de 2011, C. 15°: “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”.

¹⁶⁰ TDLC, Sentencia N° 86/2009, *Demanda de Ganaderas Río Baker Ltda. y Río Neff Ltda. contra Centrales Hidroeléctricas de Aysén S.A.*, rol C 180-08, 30 de julio de 2009, C. 3°. Las cursivas son nuestras.

115. La jurisprudencia del TDLC sobre el efecto vinculante de las condiciones (i.e., *John Malone*) destaca por el alcance y vinculación respecto de terceros, cual efecto *erga omnes*:

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 burlarlas¹⁶¹

g. Las medidas de mitigación exigen un cumplimiento estricto

116. Ya en decisiones previas a la creación del TDLC se dejó asentado que las medidas de mitigación son imperativas para las partes consultantes, debiendo cumplirlas de manera *estricta* mientras estén vigentes. Así se dispuso en 2004, en sentido que:

...debe entenderse que la asociación o fusión de las empresas Lan S.A. y Ladeco S.A., de suyo conducente a altísimos grados de concentración, sino monopolio, en la oferta de transporte aéreo en rutas nacionales, fue autorizada en atención a la definición y estricto cumplimiento de un Plan de Autorregulación tarifaria...¹⁶²

117. De la referida decisión de la Comisión Resolutiva puede inferirse qué debe entenderse por “*estricto cumplimiento*” de las medidas, y el grado de imperatividad de éstas para los consultantes. En lo que respecta a la libre competencia, añade dicha Comisión, dicho cumplimiento es análogo a la suma diligencia o cuidado (*cfr.* Art. 44, Código Civil):

...que en esta materia [cumplimiento de medidas de mitigación] debe entenderse por estricto cumplimiento a lo que en materia civil se entiende por suma diligencia o cuidado, la que se opone a la culpa o descuido levísimo, esto es, *la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en sus negocios importantes. Es precisamente esta esmerada diligencia en el*

¹⁶¹ *Idem.*, C. 40°.

¹⁶² Comisión Resolutiva, Resolución N° 723, de 30 de enero de 2004, C. 5°. Las cursivas son nuestras. En idéntico sentido, el C. 6° de dicha Resolución: “*pesa sobre las empresas objeto del presente requerimiento, la obligación de dar estricto cumplimiento al Plan de Autorregulación aprobado por la resolución 496, en actual vigencia...*”

*cumplimiento del Plan de Autorregulación la que resulta exigible a la empresa cuya fusión fue autorizada precisamente en atención a aquello*¹⁶³

118. Finalmente, el TDLC ha calificado que el consultante, en situaciones en las que tiene una importante participación de mercado, tiene un especial deber de cuidado respecto de la forma de cumplir las medidas establecidas en una resolución favorable, como se aprecia en *HidroAysén I*:

Undécimo: Que, adicionalmente, la circunstancia de haber sido los controladores de HidroAysén los consultantes en el procedimiento que dio origen a la prohibición incumplida, y el hecho de tener además una importante participación en los mercados analizados en la Resolución 22/2007, le imponen a la demandada un especial deber de cuidado respecto de su conducta en materia de competencia en dichos mercados;

Duodécimo: Que el incumplimiento de la prohibición materia de autos no sólo es indicativa de una falta al deber de cuidado aludido en el razonamiento precedente, sino que también importa un actuar negligente que no admite justificación por un error respecto de la juridicidad del acto, como pretende la demandada...¹⁶⁴

h. Las medidas de mitigación obligan a los solicitantes por el carácter voluntario de la operación consultada

119. Por otra parte, las medidas de mitigación en operaciones de concentración son, a partir del Auto Acordado 12/2009 del TDLC¹⁶⁵, una materia que corresponde a las consultantes proponer al Tribunal, dando cuenta de una limitación a la propia libertad de empresa o el derecho de propiedad, con el fin de realizar *voluntariamente* un negocio que tiene eficiencias económicas y riesgos a la libre competencia.

120. Dicha restricción de los consultantes ha sido tenida en cuenta a la hora de evaluar el incumplimiento de las medidas de mitigación, como lo hiciera en su oportunidad la Comisión Resolutiva:

¹⁶³ Comisión Resolutiva, Resolución N° 723, de 30 de enero de 2004, C. 6°, b). Las cursivas son nuestras.

¹⁶⁴ TDLC, Sentencia N° 86/2009, *Demanda de Ganaderas Río Baker Ltda. y Río Neff Ltda. contra Centrales Hidroeléctricas de Aysén S.A.*, Rol C 180-08, 30 de julio de 2009, C. 11° y 12°. Las cursivas son nuestras.

¹⁶⁵ TDLC, Auto Acordado N° 12/2009, *Sobre información relevante para el control preventivo de operaciones de concentración*, Primero, f).

...que han sido las propias empresas obligadas a su cumplimiento quienes han propuesto el referido Plan, por lo que *debe presumirse que ellas han reconocido y aceptado que éste era materialmente susceptible de ser cumplido estricta, oportuna e íntegramente, sin que pueda excusarse lo anterior por deficiencias en el diseño u operatividad del aludido Plan, puesto que éstas, de existir, sólo serían imputables a las empresas requeridas.*¹⁶⁶

121. En *LAN/TAM*, la Corte Suprema imbrica el cumplimiento total de las condiciones establecidas con la validez de la operación consultada, pues son los mismos agentes económicos los que aceptan someterse voluntariamente al procedimiento de consulta:

... la operación de concentración, sólo nace a la vida del derecho si se ajusta a todas y cada una de las catorce medidas de mitigación establecidas para restablecer las condiciones de competencia en la industria consideradas como un todo. ... En este sentido, no hay lesión a la propiedad *cuando son los mismos agentes económicos quienes con anticipación aceptan llevar a cabo un negocio jurídico regulado por el ordenamiento de competencia que lo condiciona a que se ajuste a su preceptiva*¹⁶⁷.

i. Las medidas de mitigación se interpretan como un acto administrativo

122. En atención a que las condiciones se contienen en una autorización, estas deben interpretarse como un acto administrativo unilateral, con una literalidad, finalidad y eficacia, como exponemos a continuación:

1. Las medidas de mitigación no se interpretan como un contrato

123. Como cuestión previa, debemos descartar la interpretación contractualista de las medidas de mitigación. En efecto, una visión privatista de las consultas y las condiciones pueden llevarnos a sostener que las condiciones -y las obligaciones que establezcan- deben interpretarse como un negocio privado, como un contrato¹⁶⁸.

¹⁶⁶ Comisión Resolutiva, Resolución N° 723, de 30 de enero de 2004, C. 6°, a). Las cursivas son nuestras.

¹⁶⁷ Corte Suprema, Rol N° 9843-2011, *Consulta de Conadecus sobre operación de concentración Lan Airlines S.A. y Tam Linhas Aereas S.A.*, 5 de abril de 2012, C. 23°. Las cursivas son nuestras.

¹⁶⁸ Por ejemplo, autores como Giannini y Sanduli, citados por Trevijano-Fos, n. 151, p. 373.

124. Esto es errado para un acto administrativo como una autorización otorgada por el TDLC, que es un acto unilateral de dicho órgano. Distinto sería si fuere el acto fuera un contrato administrativo o un acto bilateral de la Administración, en cuyo caso son pertinentes los criterios de interpretación de contratos¹⁶⁹.

2. Las medidas de mitigación se interpretan literalmente

125. Frente a actos administrativos unilaterales, no podemos ocupar normas hermenéuticas del Derecho Privado. Ciertamente, la primera aproximación a la inteligencia de la autorización es realizarla según su literalidad, como norma que interpreta el acto autorizatorio contenido en la resolución del TDLC. Este elemento fue expuesto primero por la Comisión Resolutiva¹⁷⁰, y posteriormente por el TDLC en *HidroAysén I*. En este caso, se indicó que la condición establecida en *Endesa/Colbún* debía interpretarse inambiguamente por parte del demandado (“con claridad”):

...consistente en consultar al Tribunal antes de solicitar derechos de agua en las cuencas pertinentes, tal como establece con claridad el numeral 2.3 de la condición N° 2 de la Resolución 22/2007¹⁷¹

126. En dicho sentido, la literalidad de la redacción de las condiciones impuestas también permite que se desechen alternativas de ejecución e inteligencia contrarias al tenor literal, contenido en la resolución favorable, como se indica en *HidroAysén I*:

... este Tribunal no considera aceptable la defensa esgrimida por la demandada, en el sentido que habría actuado de buena fe, bajo el convencimiento de que la prohibición incumplida se refería únicamente a restringir las solicitudes de derechos de agua para efectos de mantener las condiciones de competencia en el Sistema Interconectado Central, al que no pertenece el Sistema Mediano de Aysén. ... a juicio del Tribunal, la condición

¹⁶⁹ Trevijano-Fos, n. 151, p. 374.

¹⁷⁰ Comisión Resolutiva, Resolución N° 723, de 30 de enero de 2004, C. 6°: “Que, pesa sobre las empresas objeto del presente requerimiento, la obligación de dar estricto cumplimiento al Plan de Autorregulación aprobado por la resolución 496, en actual vigencia, lo que deriva no sólo del texto expreso de la misma ya citado...” (las cursivas son nuestras).

¹⁷¹ TDLC, Sentencia N° 86/2009, *Demanda de Ganaderas Río Baker Ltda. y Río Neff Ltda. contra Centrales Hidroeléctricas de Aysén S.A.*, Rol C 180-08, 30 de julio de 2009, C. 12°. Las cursivas son nuestras.

*en comento es clara y no admite interpretaciones como la sostenida por la demandada*¹⁷²

127. En *John Malone*, el TDLC vuelve a reiterar como criterio de hermenéutica de la autorización que otorga en una resolución favorable el tenor literal, indicándose que:

...la interpretación que razonablemente este Tribunal hace del alcance de las condiciones que impone en procedimientos del artículo 31 del D.L. N° 211, incluyendo a las personas relacionadas a las partes de la operación, no sólo es *consistente con el tenor literal* de la Condición Primera en cuestión y con la necesaria eficacia que éstas deben tener para prevenir atentados a la libre competencia...¹⁷³

3. Las medidas de mitigación se interpretan con la finalidad establecida por el TDLC y expuesta en su motivación

128. A su vez, también debemos velar para que el acto administrativo -la autorización, y las condiciones que se establecen- tengan un sentido lógico y finalista¹⁷⁴. Por lo mismo, la interpretación de acuerdo al propósito de la norma -en este caso, la finalidad de las condiciones (*supra.* ¶¶ 89 y ss.) y en concreto, la perseguida por el TDLC al ponderar los riesgos y eficiencias de la operación en concreto (Resolución N° 43/2012) no se puede sujetar a una interpretación “privatista”, incluso si el procedimiento fue iniciado por una solicitud del particular interesado¹⁷⁵.

129. Adicionalmente, para poder efectuar la correcta interpretación de la autorización, se debe considerar la motivación del acto (que serían los considerandos de la resolución de TDLC):

La interpretación habrá de ser sistemática teniendo en cuenta todo el contexto del acto, y si se trata de órganos superiores podrá llegar a aspectos externos no Incorporados al mismo. Por supuesto que los preámbulos, exposiciones de motivos, etc... son importantes. Muchas veces no constan en

¹⁷² *Idem*, C. 10°. Las cursivas son nuestras.

¹⁷³ TDLC, Sentencia N° 117/2011, *FNE c. John C. Malone*, rol C 156-08, 29 de diciembre de 2011, C. 43°. Las cursivas son nuestras.

¹⁷⁴ *Cfr.* Mariano Magide Herrero, *Límites constitucionales de las administraciones independientes* (Madrid, INAP, 2000), p. 397, nota al pie 18.

¹⁷⁵ Velasco, n. 105, p. 53.

el acto incorporados materialmente pero son el único antecedente para conocer la voluntad querida que es, a fin de cuentas, lo que se persigue¹⁷⁶

4. Las medidas de mitigación deben interpretarse buscando su eficacia

130. Naturalmente, la condición establecida en una resolución debe interpretarse buscando darle eficacia a ésta por parte del sujeto autorizado, con miras a la prevención de infracciones al DL 211, como ha expuesto el TDLC:

...la interpretación que razonablemente este Tribunal hace del alcance de las condiciones que impone en procedimientos del artículo 31 del D.L. N° 211, incluyendo a las personas relacionadas a las partes de la operación, no sólo es consistente con el tenor literal de la Condición Primera en cuestión y *con la necesaria eficacia que éstas deben tener para prevenir atentados a la libre competencia...*¹⁷⁷

131. Pero no es cualquier eficacia la que debe haber respecto de las medidas de mitigación. Ellas deben cumplirse en la *oportunidad* que corresponde –al establecerse plazos para enajenaciones, por ejemplo- y de forma *íntegra*, no parcial. Esto fluye de lo expresado por la Comisión Resolutiva en la Resolución N° 723, de 2004:

...que han sido las propias empresas obligadas a su cumplimiento quienes han propuesto el referido Plan, por lo que debe presumirse que ellas han reconocido y aceptado que éste era materialmente susceptible de ser cumplido estricta, *oportuna e íntegramente...*¹⁷⁸

132. Una síntesis de los criterios hermenéuticos de las condiciones establecidas en una resolución absuelta favorablemente son desarrollados por el TDLC en *John Malone*:

...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... *que quienes puedan quebrantarla deban conocer sus términos y responder por su infracción*. En

¹⁷⁶ Trevijano-Fos, n. 151, p. 374.

¹⁷⁷ TDLC, Sentencia N° 117/2011, *FNE c. John C. Malone*, rol C 156-08, 29 de diciembre de 2011, C. 43°.

¹⁷⁸ Comisión Resolutiva, Resolución N° 723, de 30 de enero de 2004, C. 6°, a). Las cursivas son nuestras.

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. Ello es así porque la Condición Primera tuvo y tiene por propósito prevenir que quien controle a la empresa fusionada (VTR) pueda participar en la propiedad de alguna de sus competidoras en Chile y, por lo tanto, que por esa vía adquiriera la facultad de controlarla, influir en su gestión, nombrar un director o, a lo menos, conocer internamente sus planes y decisiones competitivas. Dado que con la Resolución N° 1/2004 este Tribunal autorizó un incremento en la concentración del mercado de la televisión de pago, la Condición Primera buscó y busca evitar que ese incremento se expanda a otros competidores¹⁷⁹

133. En síntesis, las condiciones deben interpretarse literalmente, de acuerdo al claro tenor de las mismas, con una lectura que privilegie la eficacia de éstas, para lo cual la finalidad tenida en cuenta por el TDLC, y expuesta en la autorización –la Resolución–, debe ser una guía para entender la condición. Su redacción clara comunica al sujeto autorizado cuándo se puede infringir y cuándo deberá responder por la infracción al DL 211.

j. Tipos de medidas de mitigación

134. Luego, dada su naturaleza regulatoria, y no sancionatoria, las medidas de mitigación pueden establecer obligaciones a las partes del acuerdo, a terceros miembros del mismo grupo empresarial, e incluso a terceros ajenos a la operación¹⁸⁰. Es así como Monti señala que las medidas de mitigación son, en definitiva, una forma de regulación de mercados¹⁸¹.

135. La doctrina distingue principalmente dos tipos de remedios: de conducta y de estructura (aunque también hay remedios mixtos)¹⁸², con lo que se da cuenta de una necesidad de flexibilidad respecto de las condiciones a ser impuestas por la autoridad de competencia. Al respecto, la Corte Suprema ha razonado reconociendo dicha necesidad de que no haya un listado taxativo de medidas de mitigación¹⁸³.

¹⁷⁹ *Idem*, C. 39°. Las cursivas son nuestras.

¹⁸⁰ Montt, n. 95, p. 459.

¹⁸¹ Monti, n. 137, p. 290.

¹⁸² Agüero, n. 38.

¹⁸³ Corte Suprema, *Consulta de Conadecus sobre operación de concentración Lan Airlines S.A. y Tam Linhas Aereas S.A.*, Rol N° 9843-2011, 5 de abril de 2012, C. 7°. Las cursivas son nuestras.

1. Medidas estructurales

136. Al fusionarse dos o más empresas, pueden producirse superposiciones de sus activos o de sus operaciones en ciertas áreas geográficas. En dichos casos, la enajenación de ciertos activos en algunos mercados puede ser un remedio para solucionar el problema de traslape, que constituyen los llamados remedios estructurales. El comprador de dichos activos puede ser un rival existente o potencial del vendedor. Ahora bien, los activos que se enajenen deben permitir al vendedor adquirir los elementos necesarios para ser un competidor viable en el mercado, ya sea adquiriendo bienes físicos o intangibles, personal, contratos, etc.¹⁸⁴.

137. La ventaja de una solución estructural, frente a las soluciones de comportamiento, es que aquellas tienen una capacidad de abordar el problema de competencia creado por la fusión en forma rápida, directa y eficaz; asignando directamente una cuota de mercado a un competidor real o potencial¹⁸⁵.

138. Uno de los problemas de las medidas estructurales es que los activos sean vendidos por la empresa fusionada a una empresa que no sea competencia real de aquella, teniendo los vendedores incentivos a disminuir el valor del activo a enajenar. Por lo anterior, debe velarse para que durante el período de venta no se produzcan estas prácticas que sólo pueden restar valor a los bienes que se enajenarán. De ahí, por otro lado, que la venta *deba ser próxima* a la autorización concedida. En tal sentido, un actor que opere actualmente en el mercado cuenta con mejor información que aquella con la que puede contar un actor potencial. Más aún: los incentivos están puestos para que el vendedor no incluya los activos adecuados para su venta a un competidor. Por lo anterior es que los activos seleccionados deban ser atractivos para la finalidad buscada por el Tribunal, como se buscó en *SMU/SDS*:

¹⁸⁴ Massimo Motta, *Competition Policy: Theory and Practice* (Cambridge University Press, 2004), pp. 265 y 266.

¹⁸⁵ Cañizares y Domínguez, n. 118, p. 183 y González-Díaz y Carpi, n. 141, p. 726.

el paquete de desinversión creado a través de las medidas de mitigación aparece lo suficientemente atractivo para ayudar al arribo o crecimiento de un cuarto actor que sea capaz de imprimir competencia en el mercado....¹⁸⁶

139. En el presente caso, el TDLC admite en *SMU/SDS* que una intervención del Tribunal *ex post* a los actos o contratos celebrados, en un procedimiento no contencioso, puede tener un efecto estructural en un mercado, incluyéndose la posibilidad de ordenar desinversiones:

En efecto, en el caso de que una operación de concentración ya materializada represente riesgos importantes para la competencia en uno o más mercados, este Tribunal *puede verse en la necesidad de imponer como condición la realización de desinversiones o derechamente declararla contraria a la libre competencia, lo que obligaría a deshacerla parcial o totalmente, todo lo cual puede resultar muy costoso, tanto para las empresas involucradas en la operación en cuestión como desde un punto de vista social*¹⁸⁷.

140. En lo que respecta a medidas estructurales (desconcentración), el TDLC ha ordenado que se enajene a terceros, en un plazo de seis meses, la participación accionaria en empresas que puedan competir con la empresa fusionada¹⁸⁸ o ciertas concesiones¹⁸⁹. En otros casos, la alternativa ha sido enajenar a terceros, renunciar o poner término a concesiones dentro de un plazo de 6 meses¹⁹⁰. Estos plazos de seis meses son considerados necesarios para el éxito del *divestiture*, como destaca el Derecho Comparado¹⁹¹. Así ha

¹⁸⁶ Corte Suprema, *Recurso de reclamación en consulta por fusión de SMU/Supermercados del Sur*, Rol 346-2013, 30 de septiembre de 2013, C. 28°.

¹⁸⁷ TDLC, Resolución N° 43/2012, *Consulta de SMU S.A. sobre los efectos en la libre competencia de la fusión de las sociedades SMU S.A. y Supermercados del Sur S.A.*, rol NC N° 397-11, § 7.9. Las cursivas son nuestras.

¹⁸⁸ TDLC, 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.*, NC 02-04, 25 de octubre de 2004.

¹⁸⁹ TDLC, Resolución N° 2/2005, *Consulta de Telefónica Móvil S.A., sobre aprobación de acuerdo de eventual toma de control de Bellsouth Comunicaciones S.A.*, 4 de enero de 2005, Rol NC N°01-04.

¹⁹⁰ TDLC, Resolución N° 20/2007, *Consulta de GLR Chile Ltda. sobre Compra de la Totalidad de las Acciones de Iberoamerican Radio Chile S.A.*, NC 173-06, 27 de julio de 2007, condición N° 4.

¹⁹¹ European Commission, Competition DG *Explanatory note. Best Practice Guidelines: The Commission's Model Texts for Divestiture Commitments and the Trustee Mandate under the EC Merger Regulation* (2013), §15: "The experience of the Commission has shown that short divestiture periods contribute largely to the success of the divestiture as, otherwise, the Divestment Business will be exposed to an extended period of uncertainty". Disponible en:

sido valorado por nuestros tribunales –precisamente en *SMU/SDS*- donde la Corte Suprema analiza la solicitud de ampliar el plazo de enajenación de ciertos activos, petición que es rechazada no solo por ser un plazo prudente sino por el hecho de haberse consultado *ex post*:

Ampliación de plazo para la enajenación como unidad económica: En este aspecto solicita se amplíe el plazo de 8 meses a 12, arguyendo la complejidad que implica enajenar los activos como unidad económica. Esta solicitud será rechazada no sólo porque el plazo de 8 meses aparece como un plazo prudente para llevar a cabo tal operación, sino porque además es necesario prontamente consolidar los efectos de las medidas de mitigación, sobre todo por cuanto esta consulta no ha sido planteada antes de celebrarse la fusión, sino que el TDLC es requerido con posterioridad a la celebración de aquélla, la que se materializa el 17 de septiembre de 2011...¹⁹²

141. El TDLC también ha establecido restricciones *ex ante* a los compradores de activos: no pueden ser personas naturales o jurídicas filiales, coligadas ni relacionadas de la consultante; ni terceros con quienes la consultante, sus filiales, coligadas o relacionadas tengan relaciones patrimoniales o contractuales al momento de celebrarse los actos o contratos necesarios para perfeccionar dicha enajenación; ni sociedades filiales, coligadas o relacionadas de dichos terceros¹⁹³.

142. En el presente caso, la Corte Suprema admite la validez de impedir que terceros incumbentes en el mercado puedan adquirir los bienes fruto de la fusión de SMU con SDS. Esto, dentro del marco de *imprescindible* de la medida establecida por el TDLC:

... la medida impuesta, esto es la venta de los locales que se ordena desinvertir como unidad económica, impidiendo su adquisición por los incumbentes que tengan más del 25% del mercado, es estrictamente necesaria, puesto que lo que pretende en definitiva el tribunal es potenciar o permitir el arribo de un cuarto competidor en el mercado, sin cerrarlo en tres empresas dominantes, cuestión que de modo alguno puede lograrse si parte de los activos que debe desinvertir SMU S.A. son adquiridos por las otras dos empresas incumbentes. En otras palabras, *no tendría sentido ordenar la desinversión si éstas pudieran adquirir los activos, puesto que siempre el mercado*

http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/best_practice_commitments_trustee_en.pdf (última visita, 20 de marzo de 2015)

¹⁹² Corte Suprema, *Recurso de reclamación en consulta por fusión de SMU/Supermercados del Sur*, Rol 346-2013, 30 de septiembre de 2013, C. 24°. La negrilla en el original.

¹⁹³ Agüero, n. 38, p. 328.

*quedaría reducido a tres actores y no a cuatro, como lo eran en el escenario pre-fusión. [...] el equilibrio en la competencia sólo se logra posibilitando la entrada de un cuarto actor, cuestión que hace no sólo racional, sino que imprescindible la medida de mitigación ordenada...*¹⁹⁴

143. Como las medidas estructurales de desinversión buscan que un agente económico autorizado por el TDLC se desligue completamente de un activo, esta finalidad no se alcanza si, junto con la venta de éste, ejecuta actos o celebra contratos que lo mantienen relacionado a los mismos.

2. Medidas de conducta o comportamiento

144. El segundo grupo de medidas lo constituyen los llamados remedios de comportamiento o de conducta. Estas soluciones están dirigidas a garantizar que los competidores de la empresa fusionada tengan una cancha pareja en la compra de ciertos activos clave que pueden ser de propiedad de la empresa fusionada, *limitando la conducta de la empresa fusionada*, sin alterar la estructura de propiedad de activos de ésta, “adoptan[do] la forma de obligaciones impuestas a la empresa fusionada”¹⁹⁵.

145. Respecto a este tipo de medidas conductuales, se considera que son difíciles de diseñar, imponen cargas, son costosas de administrar y más fáciles de eludir que las medidas estructurales (así, se puede infringir el “espíritu” de la medida sin infringir propiamente su “letra”), dado que pueden producir distorsiones a la competencia y que difícilmente pueden lidiar con los problemas de disminución significativa de la competencia¹⁹⁶.

146. La mayor parte de los remedios de conducta implican un costo de monitoreo por parte de los organismos de libre competencia una vez aprobada la operación de concentración, lo cual implica destinar los siempre escasos recursos económicos y de tiempo. Lo anterior motiva a que los costos de supervisión de este tipo de solución sean mayores que los de una solución estructural, forzando a un seguimiento de la evolución del mercado. Adicionalmente, existe el riesgo de que la empresa fusionada evada estas medidas, así como la supervisión de las mismas. Por eso, puede ocurrir que este tipo de medidas sean difíciles de administrar y monitorear, y de este

¹⁹⁴ Corte Suprema, *Recurso de reclamación en consulta por fusión de SMU/Supermercados del Sur*, Rol 346-2013, 30 de septiembre de 2013, C. 21°. Las cursivas son nuestras.

¹⁹⁵ Cañizares y Domínguez, n. 118, p. 182

¹⁹⁶ Competition Commission, *Merger Remedies* CC8 (2008), §. 1.8, p. 6.

modo, puedan fracasar. De lo señalado, se colige por qué las medidas de conducta no sean aquellas preferidas en el derecho comparado¹⁹⁷. No obstante lo anterior, se aprecia un uso creciente de estas soluciones, en conjunto con remedios estructurales, casi como una forma de mejorar las condiciones del mercado incluso si esto implica ir más allá de la falla de mercado que pueda existir¹⁹⁸.

147. En el abanico de medidas de conducta, en nuestro ordenamiento se ha dispuesto la prohibición de participar en empresas que puedan competirle a la empresa fusionada¹⁹⁹, así como la obligación de consultar al TDLC antes de: (i) tener participaciones conjuntas con empresas dominantes; (ii) adquisición de futuras concesiones radiales adicionales a la consulta; (iii) renovar de futuras concesiones radiales de la consulta; (iv) solicitar y adquirir nuevos derechos de aprovechamiento de aguas, etc.²⁰⁰.

148. Las condiciones de comportamiento que ha impuesto el TDLC han incluido la imposición de precios máximos²⁰¹, estableciendo restricciones a los aumentos de precios por plazos que van de dos a tres años²⁰², contados desde que se materialice la operación. Estos precios máximos incluyen, eso sí,

¹⁹⁷ Juan Briones, Jaime Folguera, Andrés Font y Edurne Navarro *El control de concentraciones en la Unión Europea* (Madrid, Marcial Pons, 1999), p. 279.

¹⁹⁸ Monti, n. 137, p. 291.

¹⁹⁹ 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, condición 1ª.

²⁰⁰ Vid. 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, parte III; TDLC, Resolución N° 20/2007, *Consulta de GLR Chile Ltda. sobre Compra de la Totalidad de las Acciones de Iberoamerican Radio Chile S.A.*, NC 173-06, 27 de julio de 2007, parte 9. TDLC, Resolución N° 22/2007, NC 134-06, *Consulta de Endesa y Colbún sobre Proyecto Aysén*, 19 de octubre de 2007, parte III.

²⁰¹ Esta medida perseguiría aminorar el riesgo de incremento de precios, que por sí solo permite denegar una aprobación que se consulte.

²⁰² TDLC, Resolución N° 23/2008, *Consulta de ING S.A. sobre Fusión de ING AFP Santa María S.A y Bansander AFP S.A.*, NC 205-07, 4 de enero de 2008, parte III, condición N°1 y TDLC, 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.*, NC 02-04, 25 de octubre de 2004, parte III, condición N°1.

posibles variaciones en los costos. Para el caso de productos homogéneos, se ha establecido también como remedio que los precios sean uniformes²⁰³.

²⁰³ 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, parte III, condición N°4, y 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, parte III, condición N°1.

V. EL INCUMPLIMIENTO DE MEDIDAS DE MITIGACIÓN

149. En la presente sección del Informe, abordamos el incumplimiento de las medidas de mitigación establecidas por el TDLC como un incumplimiento al DL 211; y que éste puede ser negligente o doloso; de cualquier magnitud. Posteriormente, que el incumplimiento de una medida de mitigación se presume contrario al DL 211; el cual se conoce en un procedimiento con jurisdiccional. Finalmente, que el incumplimiento implica una infracción a una resolución judicial del TDLC.

a. El incumplimiento es una infracción a las normas de competencia

150. El incumplimiento de una condición establecida por el TDLC en una resolución de éste constituye una infracción por definición a las normas de la competencia, contenidas en el DL 211, y en específico al artículo 3° de dicha ley²⁰⁴, como razonó el TDLC en la sentencia *John Malone*²⁰⁵. Lo anterior, ya que las condiciones son “requisitos de juridicidad” de la aprobación, lo que implica que su incumplimiento hace que dichos actos o convenciones infrinjan el DL 211²⁰⁶.

151. De esta forma, el incumplimiento de la condición se entiende como una falta de observancia a las obligaciones administrativas-regulatorias establecidas por el TDLC, y a los requisitos, obligaciones y límites impuestos en la autorización²⁰⁷, i.e. la *resolución favorable*. Como expone Baño León, las cláusulas accesorias en la autorización singular en materia de libre competencia -las “condiciones”- concretan el mandato de la ley para proteger los intereses públicos, y son especificaciones de un poder previsto en la ley²⁰⁸.

152. El incumplimiento de condiciones como infracción al artículo 3° del DL 211 es fruto de una potestad administrativa del TDLC, que evaluó y ponderó exhaustivamente el riesgo y peligro a la libre competencia de un hecho, acto o

²⁰⁴ Montt, n. 95, p. 468.

²⁰⁵ TDLC, Sentencia N° 117/2011, *FNE c. John C. Malone*, rol C 156-08, 29 de diciembre de 2011, C. 43°.

²⁰⁶ Velozo y González, n. 27, p. 45.

²⁰⁷ Laguna de Paz, n. 105, p. 277.

²⁰⁸ Baño León, n. 79, p. 113.

contrato en concreto, de ciertos agentes económicos, y en ciertos mercados relevantes (análisis que, por regla general, se basa en una probabilidad futura²⁰⁹).

153. Dada la naturaleza vinculante e imperativa de las condiciones (¶¶107-115), cualquier infracción a la resolución constituye un incumplimiento perseguible por quien tiene legitimidad activa para ese *enforcement* –como es la FNE– lo que incluye las medidas de mitigación impuestas en una resolución favorable²¹⁰ (*cf.* Art. 39, d), DL 211).

154. Al aprobar la consulta, el TDLC otorgó seguridad jurídica al agente, determinando los límites de la actividad e informando cuándo éste se encontrará en situación de infracción a la legislación de competencia. La consulta se torna entonces en una garantía para el consultante (no cabe la aplicación de sanciones a su respecto, a pesar de existir conductas infraccionales) y en una pauta de conducta obligatoria, pues fuera de ella estará incumpliendo la normativa de competencia. Más allá de lo autorizado en la resolución, está lo prohibido. Luego, si hay incumplimiento de lo habilitado por el TDLC, hay infracción al DL 211.

b. El incumplimiento puede ser de cualquier gravedad

155. El incumplimiento de una condición establecida en una resolución puede ser sancionado -al incumplir una autorización-, sea que haya causado o no un daño al bien jurídico, la competencia. El incumplimiento de la medida es sancionable si hay lesión o puesta en riesgo de dicho bien jurídico, por lo que un incumplimiento a una medida de mitigación es reprochable cualquiera sea la cuantía o magnitud del mismo²¹¹ (o gravedad, *infra* ¶¶176-178).

²⁰⁹ TDLC, Resolución 24/2008, *Consulta sobre Fusión de D&S y Falabella*, rol NC 199-07, 31 de enero de 2008, § 12: “si una operación determinada tiene o no la aptitud de provocar, con una significativa probabilidad, efectos anticompetitivos, considerará también aquellos factores que puedan contrapesar el poder económico”.

²¹⁰ Como consecuencia de lo anterior, para que un agente sea requerido, la infracción no precisa ser total, existiendo la posibilidad que la FNE requiera al agente por haber incumplido sólo parte de las condiciones impuestas, o bien, de forma deficiente todas ellas. El texto legal no hace distinción a este respecto y otorga plena discrecionalidad e independencia al fiscal para ejercer sus funciones según sus propias apreciaciones.

²¹¹ Montt, n. 95, p. 472.

156. En la Resolución N° 723/2004, la Comisión Resolutiva, conociendo de un requerimiento de la FNE por un incumplimiento del plan de autorregulación tarifaria establecido como medida para una fusión de aerolíneas, dispone que el incumplimiento del *plan* es reprochable respecto de *cualquier* desviación o falla:

... esta Comisión debe rechazar de plano ambas argumentaciones. En efecto, y respecto de la primera, las eventuales fallas de diseño del plan lejos de atenuar la responsabilidad de las empresas requeridas, la agravan, por cuanto ellas cuentan y han contado con los conocimientos y experiencia operativa para evaluar la pertinencia de los contenidos específicos del plan y las variables y parámetros en él utilizados *siéndole enteramente imputable cualquier falla que al respecto se alegue*²¹²

157. En la sentencia *HidroAysén I*, el TDLC resolvió que el mero incumplimiento de la medida ("*solo hecho de haber solicitado*") puso en riesgo la competencia en los mercados. En dicho caso, la operación consultada y aprobada no se había materializado por los consultantes. Además, la demandada se había desistido de una solicitud administrativa que infringía la resolución del TDLC y aun así se reprochó la infracción a la medida como contraria al DL 211:

...*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 ... puede afectar las estrategias empresariales de potenciales competidores, evitando su entrada al mercado*²¹³

158. En efecto, ante el incumplimiento de condiciones establecidas por una resolución favorable, la mayor o menor *cuantía* del incumplimiento -o su carácter "*excepcional*"- no excusa el estricto cumplimiento impuesto del sujeto autorizado. Así fue expuesto en 2004 por la Comisión Resolutiva al sancionar un incumplimiento de una medida de mitigación:

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

²¹² Comisión Resolutiva, Resolución N° 723, de 30 de enero de 2004, C. 9°. Las cursivas son nuestras.

²¹³ 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.*, C. 13°. Las cursivas son nuestras.

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 especie²¹⁴

159. Fluye de la decisión citada que el incumplimiento de la medida de mitigación –en dicho caso, del “Plan de Autorregulación”– no puede excusarse, pese a no imputarse *intencionalidad positiva* (dolo). Eso sí, el elemento volitivo puede ponderarse al determinar la sanción.

160. Las infracciones administrativas pueden configurarse aun faltando el resultado dañoso (o lesión), bastando con que se verifique la infracción²¹⁵. Así las cosas, podemos comprender que aun cuando no se haya producido un daño en el plano material, de igual forma ha habido un resultado (en este caso, el incumplimiento de la condición), puesto que se verificó la acción u omisión prohibida²¹⁶, lo que conlleva una contravención a los intereses protegidos por el ordenamiento jurídico.

161. Como es evidente, en términos de *enforcement*, debe perseguirse y sancionarse preferentemente las conductas anticompetitivas flagrantes, como ha sostenido Hovenkamp, pues la eliminación total del poder de mercado en la economía no es un objetivo alcanzable ni deseable por el derecho de la competencia²¹⁷.

162. La jurisprudencia del TDLC, tanto en *HidroAysén I* como en *John Malone*²¹⁸, evidencia que un sujeto autorizado mediante una resolución favorable puede poner en peligro la competencia, incluso sin dañarla, por acción u omisión, respecto de un incumplimiento de una medida de mitigación. Así, del incumplimiento de la medida, surge lógicamente responsabilidad infraccional, al quebrantarse la autorización:

²¹⁴ Comisión Resolutiva, Resolución N° 723, de 30 de enero de 2004, C. 7°. Las cursivas son nuestras.

²¹⁵ Nicolás Ruiz-Tagle y Matías Ihl, *La estructura del Derecho administrativo sancionador chileno en base a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional* (Santiago, Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, 2014), p. 278.

²¹⁶ *Idem*, p. 280.

²¹⁷ Hervert Hovenkamp, *The Antitrust Enterprise, Principle and Execution* (Cambridge, MA y London, Harvard University Press, 2006), p. 95.

²¹⁸ TDLC, Sentencia N° 117/2011, *FNE c. John C. Malone*, rol C 156-08, 29 de diciembre de 2011, C. 77°.

Que las 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*²¹⁹

c. El incumplimiento se presume que infringe el DL 211

163. El TDLC ha razonado argumentado que la infracción a una condición “importan en sí mismos una infracción a la libre competencia que puede afectar a distintas personas”²²⁰ (*HidroAysén I*) y “puede dar lugar a responsabilidad infraccional en los términos del artículo 3 del DL N° 211”²²¹ (*John Malone*). De igual forma, la infracción a una medida de mitigación “lleva implícita y supone *prima facie* la comisión de una conducta contraria a la libre competencia”²²². Se ha advertido por el TDLC que el incumplimiento presume la infracción al DL 211:

... el incumplimiento de obligaciones de hacer o de no hacer impuestas 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* y que, en consecuencia, es susceptible de ser perseguida por el Fiscal en ejercicio de las atribuciones transcritas en el razonamiento precedente, dándose así inicio a un procedimiento infraccional de los que regulan los artículos 19 y siguientes de ese cuerpo legal...²²³

²¹⁹ TDLC, Sentencia N° 86/2009, *Demanda de Ganaderas Río Baker Ltda. y Río Neff Ltda. contra Centrales Hidroeléctricas de Aysén S.A.*, Rol C 180-08, 30 de julio de 2009, C. 4°. Énfasis agregado.

²²⁰ *Idem*, C. 9°.

²²¹ TDLC, Sentencia N° 117/2011, *FNE c. John C. Malone*, rol C 156-08, 29 de diciembre de 2011, C. 21°.

²²² *Idem*, C. 51°. Las cursivas en el original.

²²³ *Idem*, C. 50°. Las cursivas son nuestras. En similar sentido el C. 78° de la misma sentencia:

...en el caso de autos debe presumirse que el incumplimiento de la Condición Primera implica una infracción al artículo 3° del D.L. N° 211, pues dicho incumplimiento, por definición, contraviene el contenido material de dicha condición, cuyo objeto era el de autorizar la fusión entre VTR y MI de forma tal que la misma no contraviniera la libre competencia, en el entendido

164. En el Derecho Europeo sucede algo similar. Las empresas están obligadas a respetar dichas condiciones y obligaciones, bajo la pena de que sus acuerdos no lleguen o dejen de estar *exentos*. El incumplimiento de una condición establecida en un procedimiento de autorización de una fusión implica *automáticamente* la inaplicabilidad de la exención²²⁴.

d. El incumplimiento se conoce en un procedimiento contencioso

165. Es en el procedimiento contencioso, seguido ante los órganos de defensa de la competencia, la forma y la sede en que el requerido o demandado por el incumplimiento de una medida de mitigación deberá presentar sus excepciones, alegaciones y defensas²²⁵.

166. En concreto, el conocimiento del incumplimiento ocurre en el procedimiento contencioso seguido ante el TDLC, con garantías procedimentales más cercanas al derecho penal que al derecho administrativo-sancionador.

167. El procedimiento contencioso por incumplimiento de medidas debe permitir que los sujetos pasivos puedan formular sus defensas y que el TDLC pueda examinar dichas alegaciones, el grado de cumplimiento de las condiciones, etc. Así lo ha resuelto la jurisprudencia, primero de la Comisión Resolutiva, y más recientemente, del TDLC:

... las eventuales fallas de diseño del plan lejos de atenuar la responsabilidad de las empresas requeridas, la agravan, por cuanto ellas cuentan y han contado con los conocimientos y experiencia operativa para evaluar la pertinencia de los contenidos específicos del plan y las variables y parámetros en él utilizados siéndole enteramente imputable cualquier falla que al respecto se alegue²²⁶.

que el controlador de la empresa fusionada no participaría en la propiedad de sus competidores en Chile

²²⁴ Ramón Castilla Fernández-Fábregas, “Los procedimientos administrativos de autorización de actividades en virtud de los artículos 85 y 86 del tratado CE, en: Luis Ortiz Blanco y Simón Cohen (eds.), *Derecho de la competencia Europeo y Español. La Unión Europea Curso de iniciación 3* (Madrid, Dykinson, 1999), p. 121.

²²⁵ Cases y Menor, n. 20, p. 332.

²²⁶ Comisión Resolutiva, Resolución N° 723, de 30 de enero de 2004, C. 9°.

... este procedimiento no es uno ejecutivo o de cumplimiento incidental, sino uno infraccional que cuenta con todas las oportunidades para que el requerido haga valer y pruebe las defensas que estime conveniente, a efectos de poder ser debidamente ponderadas por este Tribunal para establecer si, en la especie, concurre o no una infracción al artículo 3° del D.L. 211 por medio del incumplimiento de la Condición Primera²²⁷

168. En dicho procedimiento se valora el grado de incumplimiento, “sin respuestas automáticas”²²⁸, como se aprecia en las decisiones *HidroAysén I* y *John Malone*.

169. Por una parte, la posibilidad de ser oído y hacer propuestas respecto de las medidas establecidas por el TDLC es un derecho otorgado durante el procedimiento no contencioso de consulta. En dicho procedimiento se valoró el hecho, acto o contrato, ponderando riesgos y beneficios a la libre competencia.

170. Por otro lado, el procedimiento contencioso por el cual el TDLC conoce de infracciones a condiciones establecidas por dicho órgano, en ejercicio de una potestad administrativa, permite conocer latamente, con los descargos respectivos y mediante un debido proceso judicial respecto de la infracción²²⁹.

171. Este tópico fue expuesto en el voto de minoría de los Ministros Menchaca y Velozo en *John Malone*²³⁰, que apunta a la posibilidad efectiva de

²²⁷ TDLC, Sentencia N° 117/2011, *FNE c. John C. Malone*, rol C 156-08, 29 de diciembre de 2011, C. 43°. Las cursivas son nuestras.

²²⁸ Cases y Menor, n. 20, p. 332.

²²⁹ TDLC, Sentencia N° 117/2011, *FNE c. John C. Malone*, rol C 156-08, 29 de diciembre de 2011, C. 43°.

²³⁰ El voto de minoría de los ministros Menchaca y Velozo en la Sentencia N° 117/2011, *FNE c. John C. Malone* difiere de la mayoría, pues si bien concurren al acuerdo, no comparten los argumentos descritos en los considerandos 78° y 80° de la sentencia, basados en que:

... tal calificación debe igualmente realizarse previo examen de la concurrencia de todos los elementos constitutivos de la infracción para efectos de determinar la responsabilidad en esta sede, entre los que se cuenta la verificación de la hipótesis de transgresión de la conducta prohibida, cuyo núcleo esencial está descrito expresamente en dicha norma legal. Por lo tanto, si bien normalmente el incumplimiento de una condición conlleva un atentado a la libre competencia, también el sujeto pasivo de una acción infraccional puede eventualmente demostrar, por medio de nuevos antecedentes, que el hecho acto o convención que se le imputa no impide, restringe o entorpece la libre competencia ni tiende a producir tales efectos, lo

la empresa requerida de ejercer su derecho de defensa de acuerdo al grado de incumplimiento de sus obligaciones. Este planteo repugnaría a considerar que la infracción de condiciones sea una práctica que se presuma infringe el DL 211, sostiene la minoría. En esencia, sostienen que el TDLC no puede “presumir de derecho” tal responsabilidad infraccional, la que debe ser establecida en juicio para no vulnerar las garantías constitucionales que constituyen una limitación al ejercicio del *ius puniendi* estatal.

172. Desde luego, la infracción a una condición establecida por el TDLC no se presume “de derecho”, pero sí puede ser una presunción de infracción que admite prueba en contrario (por ejemplo, por un incumplimiento fruto del caso fortuito o fuerza mayor, u otra causal de exculpación, *vid.* ¶¶212-237). Ahora bien, una nueva revisión del riesgo a través de un procedimiento contencioso, no procede porque constituiría una vía de escape de un deber imperativo establecido *concretamente* al sujeto infractor por el TDLC, a través del procedimiento no contencioso. Desde luego, sería altamente ineficiente, y resuena a un doble juzgamiento, una especie de *bis in ídem* respecto de la autorización-prohibición, especialmente ante una situación de incumplimiento.

173. Por otra parte, dicho planteo permitiría eludir deberes impuestos –y solicitados *voluntariamente* por el consultante- mediante incumplimientos eficientes u otras soluciones. Argumentando al absurdo, esto permitiría revisar judicialmente los deberes pre-establecidos por la Administración en cada título habilitante, una vez producido el incumplimiento del mismo²³¹. Cosa distinta es que se revise la resolución y sus condiciones en un procedimiento no contencioso, por nuevos antecedentes.

que -tal como se ha explicado en esta sentencia- no ocurrió en el juicio de autos

²³¹ Una argumentación en una línea análoga, en TDLC, Sentencia N° 117/2011, *FNE c. John C. Malone*, rol C 156-08, 29 de diciembre de 2011, C. 80°:

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;

174. Complementando lo expuesto, Montt discrepa del voto de minoría de los ministros Menchaca y Velozo precisamente porque la resolución emitida en un procedimiento de consulta ya ha calificado como ilegales aquellas conductas que excedan la autorización:

No se trata de presumir de Derecho la responsabilidad, sino de castigar a partes que, a sabiendas, incurren 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 cartel²³².

Adicionalmente, cabe señalar que el examen de la concurrencia de todos los elementos constitutivos de una infracción al DL 211 para efectos de determinar la responsabilidad, fue previo a la fijación de las medidas de mitigación y allí, con todas las garantías del debido proceso resguardadas, se concluye que una conducta “fuera de la autorización” –o incumpliendo las condiciones que la hacen lícita– infringe la competencia. -

e. El incumplimiento es análogo al incumplimiento de resoluciones de calificación ambiental

175. Como hemos expuesto previamente (*supra*, ¶37), es posible vislumbrar similitudes entre el incumplimiento de condiciones con la imposición de sanciones en relación al incumplimiento de resoluciones de calificación ambiental (RCA), dado que ambos son permisos de operación de actividades con riesgo evaluado *ex ante*, para proyectos o negocios específicos. Además, en ambos casos, se establecen condiciones para su desarrollo²³³ a través de cláusulas accesorias que se estiman necesarias y proporcionales a los efectos que estas producirán²³⁴.

176. En este contexto, un incumplimiento parcial o mínimo de una de las condiciones contenidas en la RCA, posibilita la imposición de una sanción por

²³² Montt, n. 95, p. 486, nota al pie N° 83.

²³³ Doris Sepúlveda Solar, *Invalidez sobreviniente. El caso de la resolución de calificación ambiental* (Santiago, Thomson Reuters, 2012), p. 20.

²³⁴ *Idem*, p. 22.

parte de la Superintendencia del Medio Ambiente, como se aprecia de la práctica sancionatoria-administrativa de dicha superintendencia²³⁵.

177. En esos casos, habiendo incumplimiento, siempre hay sanción. La sanción administrativa es independiente del grado de incumplimiento y del daño ambiental que pudiere producir, puesto que la calificación de la conducta como riesgosa es hecha con anterioridad a la dictación de la norma misma, siendo improcedente la repetición del mismo. La gravedad del incumplimiento sólo se tiene en cuenta para la *determinación* de la multa (gravísima, grave y leve)²³⁶.

178. La analogía entre las resoluciones favorables del TDLC y las RCA, incluso respecto de su incumplimiento y tipicidad, motiva que la sanción por la no sujeción a las condiciones opere ante incumplimientos mínimos del sujeto autorizado, cualquiera sea la gravedad de éste.

VI. LA CULPABILIDAD ANTE EL INCUMPLIMIENTO DE MEDIDAS DE MITIGACIÓN

179. Expuestas las características de las medidas de mitigación, y posteriormente su incumplimiento, en la presente sección del Informe nos avocamos al tratamiento de la culpabilidad ante dicho incumplimiento.

a. La culpabilidad ante el derecho sancionador

²³⁵ Vid. Superintendencia del Medio Ambiente, *Resolución Ord. U.I.P.S. N° 276, por la cual se da inicio a procedimiento administrativo sancionatorio contra Plantel Lechero Ancalí*, (2013), § 9-12; Superintendencia de Medio Ambiente, *Resolución Exenta N°1051, Causa Rol f-009-20013 que resuelve procedimiento administrativo sancionatorio contra Plantel Lechero Ancalí*, (2013) C. 52°; Superintendencia del Medio Ambiente *Resolución Ord. U.I.P.S. N°281, por la cual se da inicio a procedimiento administrativo sancionatorio contra Puerto Ventanas S.A.*, (2013), § 15, 16 y 18; Superintendencia del Medio Ambiente *Resolución Exenta N° 765, Causa Rol f-010-2013 que resuelve procedimiento administrativo sancionatorio contra Puerto Ventanas S.A.* (2013). Disponibles en: <http://snifa.sma.gob.cl/RegistroPublico/ProcesoSancion> (última visita, 30 de enero de 2015).

²³⁶ Ley N° 20.417, Art. Segundo, art. 36. Siendo la infracción leve “los hechos, actos u omisiones que contravengan *cualquier precepto o medida obligatorios* y que no constituyan infracción gravísima o grave, de acuerdo con lo previsto en los números anteriores”. (las cursivas son nuestras).

180. El principio de culpabilidad, que en materia penal se aplica estrictamente, es difícil de aplicar en materia administrativa sancionadora²³⁷.

181. En estricto rigor, conforme al principio de culpabilidad sólo son sancionables las conductas que puedan imputarse a un reproche personal del autor. De esta forma, la doctrina ha expresado que el principio de culpabilidad se manifiesta en cuatro sub-principios: principio de personalidad de las penas, principio de responsabilidad por el hecho, principio de dolo o culpa y, finalmente, el principio de atribuibilidad²³⁸. Sin embargo, en las leyes administrativas sectoriales encontramos múltiples ejemplos en que este principio de culpabilidad es flexibilizado y adaptado a las necesidades de la regulación de la economía.

182. En primer lugar, en cuanto al *principio de personalidad* de las sanciones, en el derecho administrativo sancionador se admite, sin problemas, la responsabilidad directa de las personas jurídicas²³⁹. Se admite que las personas jurídicas, en cuanto organizaciones, tienen capacidad para sufrir las consecuencias de los ilícitos cometidos por sus órganos y dependientes. Todas estas matizaciones del principio de personalidad de las penas resaltan que lo importante en materia de derecho administrativo sancionador es la existencia de deberes de cuidado sobre otros individuos o sobre una organización²⁴⁰.

183. En segundo lugar, en el derecho administrativo sancionador se reconoce que puede haber culpa por omisión, sancionándose normalmente la *inobservancia* de sus mandatos en lugar de ordenar conductas positivas específicas. El verbo rector que está presente en las leyes sectoriales es, simplemente, “incurrir”.

184. En tercer lugar, en el derecho administrativo sancionador pueden sancionarse las conductas cometidas con *dolo o culpa* (negligencia), aunque es muy raro que se exija el dolo. La intencionalidad actúa sólo como un criterio

²³⁷ Alejandro Nieto, *Derecho Administrativo Sancionador* (Madrid, Tecnos, 4ª. Ed., 2005), pp. 375-378.

²³⁸ *Ibid.*, p. 375. En el mismo sentido Santamaría, n. 45. pp. 391-394.

²³⁹ En nuestro ordenamiento se sanciona a bancos e instituciones financieras (artículo 19 del DFL N° 3, de 1997, Hacienda), a sociedades anónimas (artículo 27 del DL N° 3538), “empresas o entidades” (ley N° 18.410), “prestadores de servicios sanitarios” (ley N° 18.902) y, en general, a cualquiera que “incurriere” en una infracción.

²⁴⁰ Crítico de la práctica nacional es Alejandro Vergara *Derecho Eléctrico* (Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2005), pp. 331-339.

de proporcionalidad entre la infracción y la sanción, agravándola. Lo normal será que sean sancionables las conductas (incluso omisiones) que impliquen incumplimiento, aun sin negligencia. De este modo, en la mayor parte de los casos las leyes sectoriales regulan mandatos de conducta, cuya *omisión negligente* es sancionable²⁴¹.

185. Finalmente, el *principio de atribuibilidad* o imputabilidad consiste en la necesidad que el hecho sancionado pueda atribuírsele normalmente a su autor como producto de una motivación racional. Este es el requisito más mínimo de la culpabilidad. Al respecto, son aplicables las reglas generales del derecho sobre imputabilidad y capacidad.

186. La Contraloría General de la República ha matizado su jurisprudencia inicial sobre aplicación del principio de culpabilidad²⁴², admitiendo recientemente que es posible la sanción administrativa ante la *mera inobservancia* de normas que rigen el desarrollo de una actividad (tal como lo es una resolución *condicionada* del TDLC), todo lo cual es compatible con el principio de culpabilidad:

Aclarado lo anterior [el alcance del dictamen N° 31.239, de 2005], cabe ahora agregar que la aplicación del principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador, resulta compatible con aquellos supuestos en que la ley o el reglamento ordenan imponer una sanción por la sola transgresión de la normativa que rige el desarrollo de una determinada actividad, casos en los cuales, *constatado tal supuesto, será procedente dicha imposición*²⁴³.

²⁴¹ Bermúdez, n. 45, p. 189, para quien “[e]n efecto lo que imputa la Administración Pública sancionadora al infractor o sumariado es un incumplimiento de un deber de diligencia, en este caso, de no vulnerar la norma tipificada como infracción (o más bien la norma primaria que ella lleva implícita)”.

²⁴² Contraloría General de la República, Dictamen N° 31.239/2005:

...fluye que el derecho administrativo sancionador se inspira, entre otros, en el principio de la culpabilidad, en virtud del cual sólo cabe imponer una sanción a quien pueda dirigírsele un reproche personal por la ejecución de la conducta, quedando excluida la posibilidad de aplicar medidas punitivas frente a un hecho que sólo aparenta ser el resultado de una acción u omisión, sin verificar previamente la culpabilidad personal, como ocurre en la llamada responsabilidad objetiva

²⁴³ Contraloría General de la República, Dictamen N° 13.790/2013. En idéntico sentido, Dictamen N° 60.341/2013. En el párrafo anterior del dictamen en comento, se había precisado el alcance del Dictamen N° 31.239/2005.

187. Similar ha sido el criterio seguido por la Corte Suprema al conocer de la sanción de infracciones por la inobservancia de normas administrativas:

... según lo ha sostenido esta Corte en anteriores fallos en el caso de infracciones a las leyes y reglamentos acreedoras de sanción, ellas se producen por la contravención a la norma sin que sea necesario acreditar culpa o dolo de la persona natural o jurídica. Sin embargo, lo expresado no transforma a este tipo de responsabilidad en objetiva como quiera que ésta sólo atiende a la relación de causalidad y al daño, en cambio en aquélla el elemento esencial es la infracción a la ley o al reglamento, pudiendo considerarse este elemento de antijuricidad como constitutivo de una verdadera culpa del infractor²⁴⁴.

188. En síntesis, en materia de culpabilidad, el concepto de “culpa infraccional” permite que la mera inobservancia de la norma pueda dar por establecida la culpa, siempre que el sujeto inculpado sea el obligado y siempre que pueda probar, al menos vía defensa, la falta de culpa²⁴⁵. Como veremos más adelante, este es el planteo correcto: es procedente sancionar el incumplimiento de la resolución condicionada por el TDLC, cuya culpa se exterioriza con la inobservancia de las medidas de mitigación²⁴⁶, pudiendo el incumplidor excusar o atenuar su actuar alegando diversas causales como defensas (*infra*, ¶¶212-237).

b. La culpabilidad ante el Derecho de la Competencia

²⁴⁴ Corte Suprema, *Agrícola Panquehue S.A. c. Superintendencia de Servicios Sanitarios*, rol 1589-09, 28 de diciembre de 2010, C. 7°.

²⁴⁵ Barros, n. 84, pp. 91 y 98. *Vid.* Corte Suprema, *Arauco Generación Sociedad Anónima con Superintendencia de Electricidad y Combustibles*, Rol 4404-2005, 8 de noviembre de 2005, C. 20°:

“[L]a reclamante de autos no dio cumplimiento a diversas obligaciones que, en su condición de integrante de la C.D.E.C. S.I.C. le imponía el reglamento en orden a coordinar la operación de las instalaciones interconectadas para preservar la seguridad del sistema eléctrico, bien jurídico que, a causa de tal incumplimiento, resultó afectado, al producirse la falla generalizada del suministro. *La responsabilidad que en este episodio corresponde a la reclamante no es, entonces, de carácter objetivo, como se aduce en la reclamación sino que obedece a una conducta culposa suya, exteriorizada en la inobservancia de las prescripciones contenidas en la regulación eléctrica y que tendían a precaver el peligro que la generación y circulación de energía eléctrica lleva consigo; peligro que en el presente caso efectivamente adquirió concreción en el corte de suministro generalizado. Queda al margen de duda, por consiguiente, que en la especie existía para la reclamante un deber legal de cuidado, que ella vulneró, manifestando de esta manera negligencia y falta de cautela, al omitir los resguardos de seguridad dispuestos en el reglamento*” (énfasis agregado).

²⁴⁶ *Idem.*

189. La exigencia de culpabilidad en los ilícitos anticompetitivos ha sido un tema discutido, tanto doctrinal como jurisprudencialmente. Incluso ha sido materia de propuestas por el TDLC²⁴⁷. Barros acota sobre el particular: “[e]s difícilmente determinable en concreto la precisa intención monopólica”²⁴⁸. Acá, lo que se persigue es la aplicación del principio *nulla poena sine culpa*²⁴⁹.

190. En este debate, por un lado, están aquellos que, acercándose más al Derecho Penal, exigen su constatación en juicio²⁵⁰; y por otro, hay quienes señalan que no siendo el Derecho de la Competencia parte del Derecho Penal, la actitud mental al momento de infringir el DL 211 deviene irrelevante²⁵¹. Otros agregan:

la intencionalidad de la conducta es parte del ilícito, porque éste está caracterizado por la orientación final del acto a producir un efecto, querido o aceptado, que resulta contrario a la libre competencia (hecho, acto o

²⁴⁷ Al respecto, *vid.* Eduardo Jara *Tercera Cuenta Pública del Presidente del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia* (Santiago, 2007), p. 13: “creemos necesario abrir debate acerca de la dictación de una norma que faculte a este Tribunal a tener por acreditada la voluntad dolosa del imputado a partir de los efectos materiales –y debidamente acreditados– de sus conductas. Esta presunción podrá ser, en todo caso, refutada por el imputado si prueba que tanto sus conductas como los efectos de éstas pudieron haber resultado de una voluntad que no es contraria a la libre competencia.”

²⁴⁸ Barros, n. 84, p. 1045, nota al pie N° 157. En similar sentido, Barros, n. 84, p. 1046: “[c]ulpabilidad [es] [e]l factor de imputación en la conducta del requerido debe ser establecido en relación con el hecho que se persigue y por el cual se le condena. La culpabilidad es el reproche normativo que se hace a una persona porque ésta debió haber actuado de modo distinto a como lo hizo. *En materia de sanciones por infracciones administrativas puede decirse que la culpabilidad es la relación psicológica de causalidad entre la acción imputable y la infracción de disposiciones administrativas*” Las cursivas en el original.

²⁴⁹ Conclusiones de la Abogada General Sra. Juliane Kokott presentadas el 18 de abril de 2013, *Asunto C-501/11 P Schindler Holding Ltd y otros contra Comisión Europea*, § 114: “el principio *nulla poena sine culpa* pertenece a los principios generales del Derecho que se deben tener en cuenta en todo procedimiento de competencia en el ámbito de la Unión, un principio que se fundamenta en el Estado de Derecho y en el principio de culpabilidad”.

²⁵⁰ Al respecto *vid.* Domingo Valdés “La culpabilidad en el ilícito infraccional”, en: Jaime Arancibia y José Ignacio Martínez (coords.), *La primacía de la persona humana. Estudios en homenaje al profesor Eduardo Soto Kloss*, LexisNexis, Santiago, 2009.

²⁵¹ A este respecto, *vid.* Javier Tapia, *La prohibición de colusión en el Derecho chileno y comparado*, Informe en Derecho acompañado en causa rol C- 177-2008, “Requerimiento de la FNE en contra de ACHAP A.G. y otros”.

convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, según la cláusula general del artículo 3 I)²⁵²

191. A este respecto, la Corte Suprema ha entendido que el requisito de culpabilidad en el ámbito del Derecho de la Competencia debe entenderse como “la reprochabilidad de la acción, que ejecutada voluntariamente ha tenido consigo el carácter de ser antijurídica por haber vulnerado las normas que consagra la ley en protección de la libertad que ha de existir para competir libremente en el mercado”²⁵³. Con posterioridad, en *Farmacias*, la Corte ha previsto que la culpabilidad en materia de competencia es:

La culpabilidad es el reproche normativo que se hace a una persona porque ésta debió haber actuado de modo distinto a como lo hizo. *En materia de sanciones por infracciones administrativas puede decirse que la culpabilidad es la relación psicológica de causalidad entre la acción imputable y la infracción de disposiciones administrativas*²⁵⁴

192. En el caso del presente Informe, nos encontramos con una conducta infraccional respecto de condiciones impuestas previamente por el TDLC para efectos de una autorización singular, dada a un agente en particular, donde dicha conducta es una infracción al artículo 3°, inc. 1° del DL 211, pues el agente conoce *ex ante* la causalidad entre la acción imputable –el incumplimiento de condiciones- y la infracción de disposiciones administrativas.

193. Como cuestión previa, para determinar la procedencia de la culpa para imponer una sanción, se debe distinguir entre los diversos remedios establecidos para el incumplimiento de las medidas (*infra* ¶¶285-300), pues existe la posibilidad de que para algunas sea requisito y para otras no.

²⁵² Barros, n. 84, p. 1046. Las cursivas en el original.

²⁵³ Corte Suprema, *Voissnet con Empresa de Telecomunicaciones de Chile S.A.*, Rol 6236-2006, Sentencia de 4 de julio de 2007, C. 29.

²⁵⁴ Corte Suprema, *Requerimiento de la FNE c. John C. Malone*, rol 2578-2012, 7 de septiembre de 2012, C. 74°, IV, d). Las cursivas son nuestras. Previamente, Corte Suprema, *Sanitarias*, rol 5443-09, 18 de mayo de 2010, C. 7°: “Al contrario de lo sostenido por las reclamantes, se ha establecido tanto la existencia de una posición dominante como de cobros abusivos; y respecto a la concurrencia de culpa o dolo, ello no constituye un requisito del tipo infraccional establecido en autos, ya que la norma de la letra b) del artículo 3° del DL 211 no alude ni exige la concurrencia de ese elemento subjetivo, ya que basta la infracción a la norma para que el actuar se estime culposo, lo que constituye culpa infraccional o normativa. Por tanto, no se configura la falta que se atribuye al fallo.”

194. No todas las medidas que se pueden establecer son sanciones, siendo algunas solamente actos desfavorables. Éstas últimas tienen como única finalidad la de imponer un perjuicio al infractor, frente a otras medidas que, aunque de hecho puedan perjudicar a un particular, persiguen otras finalidades. Esta calificación es relevante, especialmente en la tutela de determinados intereses públicos²⁵⁵. El principio de culpabilidad sólo se aplica a las sanciones, no a otras medidas, como las dirigidas al restablecimiento de la legalidad o las de policía²⁵⁶, y al ser aplicado, difiere de lo que se entiende por tal en el Derecho Penal. La justificación de lo anterior la explica Huergo:

La razón de ese juego del principio de culpabilidad estriba en la distinta finalidad de unas y otras medidas. Mientras que la sanción persigue el castigo de un infractor, su “retribución”, sin que de ella dependa *directamente* la tutela de un determinado interés público o de terceros, en las medidas de restablecimiento de la legalidad y similares lo que está en juego es el cumplimiento de las normas (...), o bien más directamente la tutela del interés público.

El castigo de un sujeto sólo es admisible en la medida en que esa persona sea subjetivamente reprochable (principio de culpabilidad), pero la protección de terceros o del interés público no puede quedar sometida a la misma condición²⁵⁷.

195. En definitiva, las medidas no-sancionadoras sirven para tutelar un determinado interés público (la libre competencia en este caso) pero no para castigar o sancionar al infractor. Por ende, el cumplimiento de dichas medidas está condicionado por las necesidades de dicho interés público, y no por la mayor o menor reprochabilidad de la conducta del infractor²⁵⁸. Así, si la conducta realizada se enmarca dentro del ámbito del derecho contravencional, el elemento subjetivo pierde relevancia. Al tener en mira la protección del interés general, el derecho contravencional no evalúa sino si la conducta importa objetivamente una lesión al interés colectivo independientemente de la intención, ánimo o propósito de quien realizó la conducta²⁵⁹.

²⁵⁵ Alejandro Huergo Lora, *Sanciones administrativas* (Madrid, Iustel 2009), p. 379.

²⁵⁶ *Idem*, p. 380.

²⁵⁷ Huergo, n.255, p. 380 | |.

²⁵⁸ *Ibid.*, p. 400.

²⁵⁹ Roberto Dromi, *Competencia y monopolio. Argentina, Mercosur y OMC* (Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1999), p. 92.

196. Adicionalmente, el que el legislador del DL 211 haya diferenciado el régimen administrativo del penal –especialmente tras la reforma de la Ley N° 19.911-, significa que no quiso limitar la potestad sancionadora a los supuestos de dolo o culpa, requiriendo sólo la simple inobservancia. Esta idea hace referencia al mero hecho de que se incumpla, de que no se observe una norma que impone una obligación o una prohibición. La inobservancia es neutra desde el punto de vista subjetivo: no es dolosa ni culposa²⁶⁰.

197. Por todo lo anterior, las medidas antes catalogadas como “consecuencias desfavorables” y no sanciones (desinversión de activos y revocación de la autorización), no requieren de culpa para ser aplicadas. En el derecho europeo el criterio ha sido similar, puesto que la única prueba necesaria para la imposición de una multa, será la del incumplimiento de los *compromisos*²⁶¹⁻²⁶².

198. Ahora bien, respecto de las multas coercitivas por incumplimiento de condiciones, la culpabilidad toma un rol más destacado, puesto que éstas son sanciones propiamente tales. Sin perjuicio de lo anterior, debemos determinar cómo se configura o determina la culpa en casos como este.

199. En primer lugar, la concepción de la culpabilidad en el Derecho Sancionador Administrativo poco tiene que ver con la que tradicionalmente se acoge en Derecho Penal²⁶³. Aquí, como ya señalamos, la sanción no contiene un reproche moral, sino sólo un carácter preventivo. En estas circunstancias, en el Derecho Administrativo sancionador se ha reemplazado la reprochabilidad por una regla de responsabilidad. Esto es, más que determinar si la infracción se comete con dolo o culpa, es necesario determinar si existe responsabilidad en el hecho que vulnera el ordenamiento jurídico y si existen circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito que permitan eximir de responsabilidad²⁶⁴.

²⁶⁰ Huergo, n. 255, p. 386.

²⁶¹ Jonathan Entrena “Decisiones de compromisos del Reglamento 1/2003”, en Luis Ortiz B. y Jonathan Entrena (eds.), *Derecho de la Competencia Europeo y Español. Curso de iniciación Vol. VII* (Madrid, Dykinson, 2007), p. 228.

²⁶² De lo anterior fluye que respecto de estos efectos, no procederían causales de exoneración o exculpación, pues no estamos en el ámbito de la culpa.

²⁶³ Ángeles de Palma del Teso, *El principio de culpabilidad en el Derecho Administrativo Sancionador*, Tecno, Madrid, 1996, p. 41.

²⁶⁴ Bermúdez, n. 45, p. 188.

200. Al existir previamente un determinado deber mínimo de diligencia (en el caso que nos ocupa, una resolución con condiciones), consistente en cumplir la norma, se imputa negligencia *ipso facto* en caso de su incumplimiento. La carga de la prueba entonces se traslada, ya que ahora deberá ser el sujeto autorizado quien tendrá que probar que incumplió la condición, basado en una causal de exculpación, para no resultar responsable de la sanción administrativa²⁶⁵.

201. Este ha sido un criterio expuesto por la Corte Suprema en la sentencia *Fósforos*, caso de abuso exclusorio anticompetitivo, en el cual, tras demostrarse la ilicitud de la conducta -como ocurre respecto del actuar fuera de lo autorizado previamente por el TDLC en una resolución, pero con un estándar más exigente de culpabilidad-, recae en el requerido probar la existencia de una excusa:

...no es correcto el planteamiento de la reclamante [...] en orden a que se haya incurrido por la sentencia impugnada en alteración del peso de la prueba, pues la justificación de una conducta infraccional corresponde acreditarla a quien la alega. Por consiguiente, no es efectivo que el fallo mencionado obligue al denunciado a probar la licitud de su conducta, sino que es él mismo quien por alegar una causal de justificación de una conducta en principio ilícita -por haberse así demostrado- se coloca en la posición jurídica de probar la excusa invocada²⁶⁶

202. En efecto, cuando el legislador dice que el simple incumplimiento de normas que establecen prohibiciones y obligaciones con una finalidad básicamente preventiva, es título suficiente para atribuir responsabilidad, no está negando el principio de culpabilidad. Lo que está haciendo es fijar el nivel de diligencia exigible, afirmando que quien incumple esa norma actúa *por ello mismo* culposamente²⁶⁷, en lugar de remitir la fijación de ese nivel de diligencia a los Tribunales a través de criterios estimativos como la diligencia de un hombre medio²⁶⁸. Pues bien, esto es *precisamente* lo que hace el TDLC al establecer condiciones de mitigación en una consulta. En dicho sentido, sería absurdo establecer condiciones que limiten riesgos de actividades y admitir

²⁶⁵ *Ibid.*, p. 189.

²⁶⁶ Corte Suprema, *Requerimiento de la FNE c. Cia. Chilena de Fósforos S.A.*, rol 277-2010, 2 de junio de 2010, C. 21°. Las cursivas son nuestras.

²⁶⁷ Al respecto, *vid.* Comisión Resolutiva, Resolución N° 723, de 30 de enero de 2004, C. 6°.

²⁶⁸ Huergo, n. 255, p. 388.

su incumplimiento solo en el caso que su destinatario sea una persona suficientemente informada como para exigírselo²⁶⁹.

203. Por todo lo anterior, si bien la culpabilidad es un requisito a exigir al momento de aplicar sanciones administrativas, hay un cambio en cuanto a su determinación y comprobación.

204. Sin perjuicio de lo expuesto, la culpa o el dolo son elementos que se deben tener en consideración al momento de determinar el monto de la multa. La culpabilidad es *la medida de la sanción*²⁷⁰.

205. Como en el caso que motiva este Informe estamos analizando las consecuencias de la infracción a condiciones de mitigación impuestas que resultan de un proceso no contencioso previo, nos referiremos a las consecuencias respecto de ambas posturas, es decir, poniéndonos en el supuesto de que se exija culpa, como también en el supuesto de que ésta no se requiera.

206. En el caso de optar por la postura que sostiene que la culpa no es un requisito del tipo, no procede excusa alguna frente al incumplimiento, puesto que por el sólo hecho de no respetar las condiciones impuestas, implica realizar una conducta ilícita, cuestión que se dio por establecida en el proceso no contencioso *SMU/SDS*.

207. Si optamos por la idea de que la culpa es uno de los requisitos esenciales para condenar por una infracción al artículo 3º, inc. 1º, del DL 211, la conclusión no cambia.

208. Lo anterior por lo que sigue: la consulta se justifica por la seguridad jurídica, y si el hecho o acto consultado es calificado como anticompetitivo, no será sancionado, sino que de ser posible y suficientes las medidas que se establezcan para conformarlo al DL 211, se fijen condiciones de mitigación. En el caso que motiva este Informe, la conducta fue calificada *a posteriori* de su celebración como ajustada a las normas de la competencia, en un procedimiento que impuso condiciones precisamente para poder seguir adelante con ella de conformidad a las normas de defensa de la competencia,

²⁶⁹ *Ibid.*, p. 391.

²⁷⁰ Eduardo Cordero, *Derecho administrativo sancionador* (Santiago, Thomson Reuters, 2014), p. 253.

con la advertencia de que si se incumplían -como habría ocurrido- entrarían en un plano ilícito.

209. Bajo las circunstancias señaladas, es posible afirmar que hay culpa en el incumplimiento, pues se sabía *a priori* que de no cumplir las condiciones, la conducta iba a ser anticompetitiva, puesto que la fusión ya estaba materializada. Es decir, en este caso fue el TDLC quien fijó el grado de diligencia exigible a SMU, y éste pudo conocerlo desde el momento mismo en que se dictó la resolución que absolvió la consulta.

210. De esta forma, y bajo cualquiera de las dos posturas, en el caso concreto cabe sancionar el incumplimiento bajo el artículo 3° del DL 211, ya sea porque probar la culpa es innecesario, o bien, porque al exigir su prueba, se puede dar por establecida. En efecto, la consultante debió haber actuado de modo distinto a como lo hizo (es decir, debió cumplir las condiciones y no lo hizo), por lo que su actuar es culpable.

211. Confirma este criterio la jurisprudencia española, ante el incumplimiento de obligaciones sobre operaciones de concentración de parte de empresas (una omisión) y el “elemento subjetivo” del injusto, ante ausencia de una diligencia *debida y básica* de los agentes económicos²⁷¹.

c. Excusas ante el incumplimiento de medidas de mitigación

212. La pregunta que surge a continuación es si en materia infraccional puede evitarse la imposición de la multa excusando el incumplimiento de las medidas o condiciones establecidas en la resolución favorable de alguna forma. Al estar bajo los preceptos de la culpa, el catálogo de causales se amplía, pudiendo invocar el caso fortuito, la fuerza mayor, el error de prohibición, la confianza legítima en la Administración y la debida diligencia. La doctrina añade también como exculpación en materia de competencia la legítima defensa y el estado de necesidad²⁷². También el TDLC ha incorporado recientemente la idea de falta de culpabilidad por inexigibilidad

²⁷¹ Comisión Nacional de Competencia, *Resolución C.N.C. de 30 de enero de 2012, expediente sancionador SNC/0015/11, GESTAMP/ESSA BONMOR*, Tercero.

²⁷² Enrique Alcalde “Algunas consideraciones en torno a la identidad sustancial entre la sanción penal y la pena administrativa” en: Jaime Arancibia y José Ignacio Martínez, (coord.), *La primacía de la persona humana. Estudios en homenaje al profesor Eduardo Soto Kloss* (Santiago, Ed. Legal-Publishing AbeledoPerrot, 2009), p. 801.

de otra conducta²⁷³. Empero, la principal excusa es la sujeción a la resolución favorable del TDLC, que libera de responsabilidad anticompetitiva, como expresamente admite el DL 211.

213. Las causales de justificación y exculpación en el derecho de la competencia sólo entran en juego cuando hay decisiones sancionadoras de la autoridad, ya que su fin es, precisamente, evitar la imposición de una sanción.

214. La relación entre derecho penal y derecho administrativo sancionador es, como ya se señaló, una relación estrecha mas no completamente de identidad, pues los principios y reglas del derecho penal son aplicados de forma atenuada en cuanto a derecho administrativo se trata.

215. Ahora bien, a pesar de lo anterior, existe de todas formas una estrechez en la relación que justifica que las causales de justificación previstas en el derecho penal sean aplicables al derecho administrativo sancionador, a pesar del escaso campo de aplicación de algunas de ellas (como la legítima defensa pues está pensada para otros tipos de bienes jurídicos)²⁷⁴.

216. La idea de causal de justificación se muestra especialmente clara en relación a las autorizaciones administrativas en materia de competencia pues son exenciones a un comportamiento que por regla general resulta prohibido²⁷⁵, pero que por el hecho de realizar una consulta a la autoridad competente, ésta se obliga a no sancionar. Así, en el derecho chileno, la única causal de justificación contemplada expresamente en la ley se contiene en el artículo 32°, ya antes analizado, pues impide imponer sanciones en caso de infracción al DL 211 en razón de la consulta realizada.

217. Debido a la imperatividad e imposición por sobre la voluntad de los particulares que presenta el derecho penal, las causas por las cuales se puede dejar de aplicar una norma y por ende sancionar, son muy limitadas. Las órdenes administrativas gozan también de esa imperatividad y exclusión de

²⁷³ TDLC, *FNE c. Sociedad de Transportes Central Ltda. y otros*, Sentencia N° 94/2010, de 7 de enero de 2010, C. 100° (haciendo referencia a una posible eximente de culpabilidad constituida por hechos que “fueran de una entidad suficiente como para hacer imposible la exigencia de otra conducta”).

²⁷⁴ Baño León, n. 79, p. 248.

²⁷⁵ Gerhard Dannecker “La configuración de las causas de justificación y exculpación en el Derecho Penal comunitario” *Revista Penal*, N° 3 (1999), p. 13.

la voluntad de los particulares, por lo que se hacen aplicables las causas de justificación que regula el derecho penal, con matices.

218. Sin entrar en detalles sobre cada uno de estos supuestos y los requisitos de procedencia, nos referiremos algunos de ellos en particular que son los que podría suscitar más incertidumbre acerca de si en este caso concreto, proceden o no.

1. Excepción de liberación de responsabilidad anticompetitiva

219. Atendido el efecto de una resolución favorable del TDLC, éste puede liberar de responsabilidad a un agente por infracciones a la competencia, como consecuencia del efecto del artículo 32° del DL 211²⁷⁶. Recordemos además que este efecto liberatorio puede alcanzar incluso a hechos, actos o contratos ya celebrados. Es esta, desde luego, la principal *excusa* ante un supuesto incumplimiento. Es también la única causal que no conlleva responsabilidad alguna por infracciones a la competencia, *ex ante*. En la sentencia *John Malone* el TDLC expone la procedencia de alegar esta causal de liberación de responsabilidad en el procedimiento contencioso:

... el afectado por 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...²⁷⁷

220. Es en el procedimiento infraccional –el contencioso– en el cual el TDLC conoce de la infracción y verifica si se cumplen –o no– los hechos que ameritaron la consulta favorable y los hechos posteriores, como excepción²⁷⁸.

²⁷⁶ Efecto que, como se sabe, no tienen, por ejemplo, los acuerdos extrajudiciales celebrados entre la FNE y un agente económico, *cfr.* Art. 39, ñ), DL 211: “[e]stas resoluciones una vez ejecutoriadas serán vinculantes para las partes que comparecieron al acuerdo y en su contra solo procederá recurso de reposición”.

²⁷⁷ TDLC, Sentencia N° 117/2011, *Requerimiento del Fiscal Nacional Económico contra el señor John Malone*, rol C 156-08, 29 de diciembre de 2011, C. 80°.

²⁷⁸ TDLC, Sentencia N° 55/2007, *Requerimiento de la FNE en contra de Lan Airlines S.A. y Lan Chile Cargo S.A.*, rol C 94-06, 21 de junio de 2007, C. 6°:

...en consecuencia, del análisis efectuado de los antecedentes que obran en autos, este Tribunal ha llegado a la convicción que los hechos materia del requerimiento fiscal de fojas 1 no son idénticos a los que fueron conocidos y fallados por la Comisión Preventiva de la XIIª Región, por lo que la excepción de liberación de responsabilidad interpuesta por Lan debe ser desestimada;

Seguidamente, se puede aceptar o desestimar esta causal, que es para el TDLC, una eximición absoluta:

... es preciso dejar asentado que el beneplácito de la FNE no es idóneo por sí solo para eximirse en términos absolutos de responsabilidad en esta sede, pues lo procedente para tal efecto, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 32 del D.L. N° 211, es solicitar a este Tribunal el ejercicio de la potestad consignada en el artículo 18 N° 2 del mismo cuerpo legal y obtener un pronunciamiento favorable en la materia de que se trate²⁷⁹

221. Ahora bien, el DL 211 contempla que el sujeto obligado a dar cumplimiento a una condición establecida por una resolución favorable del TDLC pueda modificarla, en atención a la existencia de *nuevos antecedentes*²⁸⁰. Con lo anterior, el sujeto autorizado cuenta con la posibilidad de modificar, revisar o revocar una autorización favorable otorgada por el TDLC, o sus antecesores (*supra*, ¶¶69-72). Lo anterior permite concluir que, en caso de un cambio de circunstancias, es posible que el TDLC revise la resolución, para volver a establecer nuevas condiciones que hagan procedente la autorización, modificar revocar las condiciones.

222. Como ha resuelto el TDLC, la aprobación de una consulta sólo comprende los actos y hechos objeto de dicho procedimiento, en los términos que fueron planteados, y no se extiende a futuras modificaciones o expansiones que alteren las circunstancias o antecedentes tenidos en consideración en la respectiva resolución, y tampoco se extiende a otros proyectos que las empresas consultantes decidan realizar²⁸¹.

223. Una vez impuestas las condiciones, si se ha producido un cambio de circunstancias (i.e., de los antecedentes allegados al procedimiento, cambio de legislación, aumentos sustanciales en los costos, etc.), en el marco de un

²⁷⁹ TDLC, Sentencia N° 115/2011, *Requerimiento de la FNE contra Cía. Chilena de Tabacos S.A.*, rol C N° 196-09, 17 de noviembre de 2011, C. 64°.

²⁸⁰ TDLC, Resolución intermedia, *Solicitud de la Fiscalía Nacional Económica sobre dictación de instrucciones generales (mercado distribución estrenos cinematográficos)*, Rol N° NC 124-06, s/f, C. 3°: "... debe tenerse también presente lo dispuesto en el artículo 32° del Decreto Ley N° 211 que exige expresamente la existencia de nuevos antecedentes como requisito ineludible para sustentar una acción o petición ante este Tribunal por hechos o actos respecto de los cuales ya exista un pronunciamiento previo y ejecutoriado".

²⁸¹ TDLC, Resolución N° 22/2007, rol NC 134-06, *Consulta de Endesa y Colbún sobre Proyecto Aysén*, 19 de octubre de 2007.

nuevo procedimiento de consulta pueden ser modificadas las resoluciones del TDLC, sobre la base de nuevos antecedentes, en caso de producirse estos²⁸².

224. En dicho sentido, al solicitarse la aclaración de una condición impuesta en una resolución previamente dictada por el TDLC, dicho tribunal afirma que su modificación debe realizarse mediante el procedimiento de consulta²⁸³. También al pedírsele al TDLC la modificación de una condición impuesta por una resolución, en atención a que ella estaba pendiente de ejecución y había sido favorable, por aplicación del artículo 821 del CPC, esta solicitud se rechaza atendido que el procedimiento era el del artículo 31° del DL 211²⁸⁴.

225. La revocación –y por ende, la modificación– de la autorización, que en nuestro ordenamiento exige “nuevos antecedentes”, en el derecho comparado puede provocarse por incumplimientos de los sujetos autorizados, haberse basado en datos incompletos o falsos, o “por un cambio fundamental de las circunstancias que se tuvieron en cuenta para su concesión”²⁸⁵. En todos esos casos, la revocación se basa en motivos de legalidad²⁸⁶.

226. La revocación de una autorización en materia de competencia puede basarse en hechos imputables al sujeto autorizado (verbigracia: entrega de datos falsos o incompletos, incumplimientos de las condiciones), pero

²⁸² TDLC, Resolución intermedia, *Consulta de ING S.A. sobre Fusión de ING AFP Santa María S.A y Bansander AFP S.A.*, Rol NC N° 205-07, 15 de enero de 2008, § 4: “Que de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 32° del Decreto Ley N° 211, y en el marco de un nuevo procedimiento regido por el artículo 31° el mismo cuerpo legal, las decisiones de este Tribunal pueden ser modificadas sobre la base de nuevos antecedentes, en caso de producirse”.

²⁸³ TDLC, Resolución intermedia, *Consulta de Copec S.A. sobre los efectos en Chile de su participación en la propiedad de Terpel Colombia y medidas de mitigación*, Rol NC N° 380-10, 5 de octubre de 2011: “...lo procedente en un caso como este, planteado por la vía de la aclaración, si lo que se pretende finalmente es la modificación de una o más Condiciones de aquellas impuestas por una Resolución, es el procedimiento de Consulta contemplado por el artículo 18 N° 2 del D.L. 211”.

²⁸⁴ TDLC, Resolución intermedia, *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*, Rol NC N° 280-08, 11 de enero de 2011: “... la solicitud se refiere a la modificación de una condición establecida en la Resolución N° 30/2009 de este Tribunal que, en conformidad con lo dispuesto por el artículo 32 del D.L. N° 211, es una materia que debe ser conocida en el marco del procedimiento reglado en el artículo 31 del mismo cuerpo legal”.

²⁸⁵ Lluís Cases, *Derecho Administrativo de la Defensa de la Competencia* (Madrid, Marcial Pons, 1995), p. 363.

²⁸⁶ Baño León, n. 79, pp. 124-125.

también en hechos ajenos a su voluntad²⁸⁷. Como expresa Baño León respecto a estos últimos:

La revocación “por cambio fundamental de las circunstancias que se tuvieron en cuenta para la concesión” se produce de modo objetivo, no imputable al beneficiario. Se refiere a los hechos que sirvieran de fundamento a la exención; si un hecho relevante para la exención se modifica (coyuntura económica, cambio en el mercado relevante, etc.), la exención pierde su razón de ser, los hechos determinantes de la concesión desaparecen, y con ellos la razón legal del otorgamiento de la dispensa²⁸⁸.

227. Dicho de otro modo, la *autorización* está sujeta al cambio de circunstancias²⁸⁹, justificado en el carácter prospectivo de la autorización²⁹⁰. La extensión del “cambio de circunstancias” que habilita la revocación de la autorización no se restringe al ámbito fáctico (*hechos*)²⁹¹, sino que incluye el ámbito jurídico y económico²⁹². Esto porque el DL 211 no limita el alcance de los “nuevos antecedentes”.

228. Como ha indicado la Corte Suprema, una afectación posterior a un mercado relevante distinto amerita la revisión de las condiciones particulares que fueron establecidas, pudiendo modificarse las medidas establecidas, lo que se aprecia caso a caso:

²⁸⁷ Desde ya, parece absurdo utilizar un procedimiento sancionatorio para revocar o modificar una autorización si lo anterior se basa en hechos no imputables al sujeto autorizado.

²⁸⁸ Baño León, n. 79, p. 126.

²⁸⁹ Ahora bien, esta revocación, en cuanto nuevo acto administrativo, es formal, sometiéndose al procedimiento señalado en el artículo 31 del DL 211 y sólo produce sus efectos cuando es notificada o publicada.

²⁹⁰ Nehme y Mordoj, n. 27, p. 109.

²⁹¹ Vid. Carlos Concha *Informe Proyecto de Ley que crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y modifica el texto actual del Decreto Ley 211 de 1973, sobre Protección de la Libre Competencia* (Santiago, 2002), p. 72 y Nicole Nehme “Sistema chileno de defensa de la libre competencia: ¿necesidad de requerir autorización previa para la aprobación de operaciones de concentración?” *Boletín Latinoamericano de Competencia*, N° 21, 2006, p. 56.

²⁹² TDLC, Resolución N° 18/2006, *Solicitud de la CNE sobre modificación del Dictamen N° 992 de la Comisión Preventiva Central*, rol NC 113-06, 17 de noviembre de 2006, C. 3°:

... sobre la base de nuevos antecedentes de hecho, jurídicos o económicos, que constituyan un cambio en las circunstancias que se tuvieron a la vista y en consideración al momento de resolver de una determinada forma o impartir una instrucción

...en ejercicio de la denominada potestad consultiva-preventiva del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia para absolver consultas conducentes a otorgar certeza mínima a los actores del mercado al calificar o determinar la eventual contradicción entre un hecho, acto o convención singular y la libre competencia apreciada en un mercado relevante concreto. No tiene por finalidad sancionar un injusto monopólico específico a través de los momentos jurisdiccionales, sino que se trata de *medidas correctivas o prohibitivas dispuestas según las particularidades de cada caso, por lo que si éstas cambian pueden también modificarse las resoluciones adoptadas*²⁹³.

229. El cambio de circunstancias que habilita la modificación o revocación de la resolución del TDLC exige ponderar elementos que razonablemente pueden haberse visto alterados desde la época de la autorización. De este modo, como la evaluación de riesgos se realiza en un momento dado, el TDLC no puede abandonar a revisar íntegramente la calificación y condiciones impuestas:

*es legítimo y necesario, atendida la naturaleza esencialmente dinámica de los mercados en los que se desarrollan los hechos que se someten a su conocimiento, que este Tribunal pueda y deba pronunciarse de manera distinta a como lo hizo en el pasado, o a como lo hicieron los organismos de los que es sucesor legal, ante hechos que, en apariencia, son similares a aquellos sobre los que ha recaído alguna calificación determinada*²⁹⁴.

230. La jurisprudencia ha consignado que el cambio de circunstancias sea *substantivo*, ocupando el mismo estándar impuesto en materia ambiental para la revisión y modificación de una resolución de calificación ambiental²⁹⁵, esto

²⁹³ Corte Suprema, *Recursos de Reclamación en contra de Resolución N° 37/2011 (Caso LAN-TAM)*, rol N° 9843-2011, 5 de abril de 2012, C. 6°. Las cursivas son nuestras. En idéntico sentido, Corte Suprema, *Recurso de reclamación en consulta por fusión de SMU/Supermercados del Sur*, Rol 346-2013, 30 de septiembre de 2013, C. 8°. En similar sentido, el TDLC ha reconocido lo anterior, en TDLC, Resolución intermedia, *Consulta de Supermercados Unimarc S.A. y Cencosud S.A.*, Rol NC N° 214-07, 21 de noviembre de 2007, C. 6°:

las circunstancias que rodean a una operación de concentración están sujetas a las variaciones que experimentan las estructuras de los mercados relacionados y los comportamientos propios de la estrategia empresarial, elementos todos potencialmente dinámicos

²⁹⁴ TDLC, Resolución N° 18/2006, *Solicitud de la CNE sobre modificación del Dictamen N° 992 de la Comisión Preventiva Central*, rol NC 113-06, 17 de noviembre de 2006, C. 3°. Las cursivas son nuestras.

²⁹⁵ Al respecto, *vid.* Diego Vera *La disciplina ambiental de las actividades industriales. Autorizaciones y sanciones administrativas en materia de medio ambiente* (Madrid, Tecnos, 1994), p. 199. En nuestro ordenamiento, el artículo 25° quinquies de la Ley N° 19.300, modificado por la Ley N° 20.417, dispone en su inciso primero que:

es, una magnitud tal que justifique modificar o revocar la autorización otorgada:

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. Es por lo anterior que dichas resoluciones, como así también las condiciones que en ellas se establezcan, 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 potestad²⁹⁶.

231. De esta forma, en atención a que el sujeto autorizado puede solicitar la modificación de una resolución favorable, lo que incluye las condiciones establecidas en ella, si por alguna razón él no pudiera cumplir, un actuar diligente (*infra*, ¶¶246-252) y ajustado a la buena fe (*infra*, ¶¶238-241), lo obligan a solicitar *oportunamente* la modificación de la condición establecida en la resolución del TDLC -más aún si puede incurrir en un incumplimiento. Esta oportunidad sería, por ejemplo, tan pronto se supo que no se podría cumplir el plazo establecido para una condición.

232. Por tanto, si hubo alguna causal de fuerza mayor, caso fortuito u otra, el sujeto debe formular una consulta, y no esperar a un requerimiento de la FNE o una demanda de un tercero legitimado para invocarse como alegaciones estas defensas.

2. Error de prohibición

La Resolución de Calificación Ambiental podrá ser revisada, excepcionalmente, de oficio o a petición del titular o del directamente afectado, *cuando ejecutándose el proyecto, las variables evaluadas y contempladas en el plan de seguimiento sobre las cuales fueron establecidas las condiciones o medidas, hayan variado sustantivamente en relación a lo proyectado o no se hayan verificado*, todo ello con el objeto de adoptar las medidas necesarias para corregir dichas situaciones. (las cursivas son nuestras)

²⁹⁶ TDLC, Sentencia N° 117/2011, FNE c. John C. Malone, rol C 156-08, 29 de diciembre de 2011, C. 21°. En similar sentido, TDLC, Resolución N° 18/2006, *Solicitud de la CNE sobre modificación del Dictamen N° 992 de la Comisión Preventiva Central*, rol NC 113-06, 17 de noviembre de 2006, C. 18°.

233. El error de prohibición ha sido invocado en ocasiones como causal de exculpación en materia de libre competencia²⁹⁷ -aunque ha sido escasamente admitido- porque se estima que se parte de la obligación general de los agentes económicos de conocer la antijuricidad de las conductas contrarias a la libre competencia²⁹⁸.

234. En el caso del presente Informe, esta causal de exculpación se torna totalmente improcedente puesto que el TDLC dictó (y notificó válidamente) una resolución que constituía una autorización especialmente hecha para la empresa sujeta a condiciones específicas también para ella, haciendo ver que si no las cumplían, sus conductas pasarían a constituir conductas ilícitas.

235. Sobre este punto, precisa Arancibia que el error de prohibición puede producirse en contextos de ignorancia de la normativa administrativa “vaga y numerosa”²⁹⁹, que no es del caso respecto de las condiciones establecidas a SMU por el TDLC, plenamente conocidas por dicha compañía al dictarse la resolución favorable.

3. Falta de intencionalidad

236. Otra defensa que aparece ante infracciones a la competencia es el hecho de actuar *sin voluntad* de infringir la normativa del DL 211. Desde luego, esta excusa ha sido rechazada, al exigirse un actuar de sujeción a la ley, sin exigencia supererogatoria al agente económico:

...en primer término son completamente reproducibles aquí los razonamientos realizados en la consideración septuagésimo primera *respecto de las defensas de Transportes Línea Nueve referidas a la falta de voluntariedad de su actuar antijurídico, aunque sin duda su responsabilidad se puede ver atenuada, toda vez que, al igual que en ese caso, los directivos de Transportes Frankol también pudieron seguir una conducta distinta a la infracción de la ley de defensa de la competencia...*³⁰⁰

²⁹⁷ Vid. Corte Suprema, *Voissnet c. Empresa de Telecomunicaciones de Chile S.A.*, Rol 6236-2006, Sentencia de 4 de julio de 2007, C. 27°.

²⁹⁸ Baño León, n. 79, p. 250.

²⁹⁹ Jaime Arancibia “El principio de necesidad de la sanción administrativa como potestad de *ultima ratio*”, en Jaime Arancibia y Pablo Alarcón (coord.) *Sanciones Administrativas*, (Santiago, Thomson Reuters, 2014), p. 139, nota al pie 24.

³⁰⁰ TDLC, Sentencia N° 94/2010, *FNE c. Sociedad de Transportes Central Ltda. y otros*, de 7 de enero de 2010, C. 73°. Las cursivas son nuestras.

237. En específico, esta alegación ha sido desechada para el caso de infracciones a condiciones fijadas en una consulta, primero por la Comisión Resolutiva al conocer el incumplimiento del Plan de Autorregulación de Lan, en cuyo caso se desechó la intencionalidad como defensa de exculpación³⁰¹. Más recientemente, el TDLC confirma este razonamiento en *John Malone*:

...de cualquier modo, este Tribunal no puede aceptar la alegación de esta parte en orden a que no realizó la conducta antijurídica que se le reprocha con pleno conocimiento de lo que hacía y por propia voluntad, *toda vez que era factible haber actuado de una forma distinta a como lo hizo, esto es, conforme a derecho*³⁰²

4. Buena fe

238. Los agentes imputados de infringir el DL 211 han argumentado que sus actuaciones se han amparado en la “buena fe” con que han cumplido las obligaciones. Esta sería la buena fe *subjetiva* –no la objetiva, es decir, no ligada a la voluntad de las partes³⁰³–, que como dice su denominación, alude a los sujetos que intervienen, aludiendo a la “correcta situación del sujeto dentro de la relación jurídica, no al contenido o a los efectos de la relación misma”³⁰⁴. Se refiere entonces a la conciencia del individuo, sea respecto de su situación o la de otro sujeto, de la que deriva su derecho, como sería la creencia de un actuar que no daña intereses de terceros. Luego, presente esta creencia, i.e., con esta conciencia subjetiva de buena fe, la actuación sería lícita³⁰⁵.

239. Como fuere, dicha alegación ha sido desvirtuada por la jurisprudencia de la Corte Suprema, cotejando este argumento con el actuar efectivo de quien lo impetra, como se resolvió en *Lan Cargo*³⁰⁶.

³⁰¹ Montt, n. 95, p. 472.

³⁰² TDLC, Sentencia N° 117/2011, *FNE c. John C. Malone*, rol C 156-08, 29 de diciembre de 2011, C. 71°.

³⁰³ José Luis De los Mozos, *El principio de la buena fe* (Madrid, Bosch, 1955), p. 45.

³⁰⁴ *Idem.*, p. 57.

³⁰⁵ *Idem.*, p. 59.

³⁰⁶ Corte Suprema, *Lan Cargo* Rol N° 3732-2007, 10 de octubre de 2007, C. 17°:

... en lo que dice relación a la invocación de la buena fe con que dicen haber actuado las requeridas con posterioridad a la decisión de la Comisión Preventiva regional, ello no resulta aceptable para liberarlas del reproche que se les ha formulado. ... Lan no explicó ni justificó de manera alguna la reducción del servicio de transporte internacional de carga, ni el inicio del cobro de una tarifa adicional por el servicio de flete terrestre en el trayecto

240. Más específicamente, esta defensa ha sido rechazada también respecto del incumplimiento de condiciones en función de interpretaciones de “buena fe” del alcance de las mismas, como se razona en *HidroAysén I*:

... este Tribunal no considera aceptable la defensa esgrimida por la demandada, en el sentido que habría actuado de buena fe, bajo el convencimiento de que la prohibición incumplida se refería únicamente a restringir las solicitudes de derechos de agua para efectos de mantener las condiciones de competencia en el Sistema Interconectado Central, al que no pertenece el Sistema Mediano de Aysén. ... a juicio del Tribunal, la condición en comento es clara y no admite interpretaciones como la sostenida por la demandada³⁰⁷

241. En el caso de condiciones establecidas en una resolución, es claro que ellas se dictan precisamente para lograr seguridad jurídica, por lo que la sujeción a las mismas prueba la *buena fe* presumida del sujeto imputado de infringirlas. Luego, si hay infracción de la condición, esta presunción se desvanece.

5. Confianza legítima

242. Se ha entendido como un principio general del Derecho la protección de la “confianza legítima”, vinculada directamente con la seguridad jurídica y permite a los ciudadanos confiar en la estabilidad excepcional³⁰⁸ de las situaciones jurídicas de origen jurídico-público, aunque como principio, no exento de críticas³⁰⁹.

243. En nuestro ordenamiento, y teniendo como base el artículo 1º, inciso cuarto de la Constitución Política³¹⁰, Pantoja Bauzá ha sostenido que, de dicha

aeropuerto Empresa Portuaria, ni mucho menos la manera de fijar esta tarifa, limitándose a señalar que este último cobro era irrelevante en el costo del transporte aéreo por lo que la falta de transparencia en la fijación de dicho monto, obsta a la buena fe.

³⁰⁷ 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.*, C. 10º.

³⁰⁸ Robert Thomas *Legitimate Expectations and Proportionality in Administrative Law* (Oxford, Hart 2000), p. 46: “relatively few arguments based on legitimate expectations have succeeded”.

³⁰⁹ *Verbigracia*, Raúl Letelier “Contra la confianza legítima como límite a la invalidación de actos administrativos”, *Revista Chilena de Derecho* 41 N° 2 (2014), pp. 609-634.

³¹⁰ El artículo 1º, inciso cuarto de la Constitución Política de la República, establece que:

disposición fluye una garantía de buena fe y lealtad estatal, sustantivas y complementarias a otras garantías formalistas del artículo 7° de la Constitución³¹¹. Cordero Vega argumenta por este principio desde la lealtad y honestidad del Estado con las personas, proscribiéndose conductas oportunistas de la Administración³¹². Como explica García Luengo, los ciudadanos pueden y deben confiar en los actos de la Administración:

...cuando la Administración, como ente dotado de personalidad para alcanzar los fines públicos que el Ordenamiento jurídico le marca, *dicta un acto está fijando el Derecho para un caso concreto* (ejecutando el Ordenamiento y no innovándolo) y en la medida en que a esta fijación es ajeno el ciudadano, éste no sólo puede, sino que debe confiar en la actuación administrativa y ajustar su conducta a la misma. Como contrapartida el Estado de Derecho, a través de la seguridad jurídica, garantiza al ciudadano la estabilidad de esa decisión...³¹³

244. La confianza legítima se arguye en los casos en que es la propia Administración quien induce un comportamiento determinado, mediante un acto administrativo lícito y emitido por ésta para un particular, y después pretende sancionarlo por ser ilícito. Aquí puede invocarse el principio de buena fe o protección de la confianza que el particular tenía en la actuación de la Administración para no sancionarlo. Para que ocurra lo anterior, las expectativas del agente deben ser legítimas y reciben la protección del Derecho cuando surgen de actos particularizados emanados de la Administración, y no de regulaciones generales³¹⁴.

El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece.

³¹¹ Rolando Pantoja Bauzá, *Organización Administrativa del Estado*, (Santiago, Jurídica de Chile, 1998), p. 168.

³¹² Luis Cordero Vega, *Lecciones de Derecho Administrativo* (Santiago, Thomson Reuters, 2015), p. 307. Entonces, teniendo como fuente el mencionado inciso cuarto del artículo 1° de la Constitución Política, surge el principio de protección de la confianza legítima de los administrados. El rechazo a dicho oportunismo o deslealtad no deja de tener vinculación con un actuar probo por parte del Estado, más aún tras la inclusión del principio de probidad, contenido en el artículo 8° de la CPR, podemos agregar.

³¹³ Javier García Luengo, *El Principio de la Protección de la Confianza Legítima en el Derecho Administrativo* (Madrid, Civitas, 2002), pp. 193-194. Las cursivas son nuestras.

³¹⁴ Así lo destaca Paul P. Craig, "Substantive Legitimate Expectations in Domestic and Community Law", 55 *Cambridge Law Journal* 289, 307 (1996): "the individual must be able to point either to a bargain of some form which has been entered into between the individual

245. En lo que nos interesa, la jurisprudencia del TDLC ha considerado la confianza legítima solo como atenuante³¹⁵ por actuaciones administrativas de la FNE respecto del sujeto requerido: un beneplácito respecto de borradores de contratos enviados a dicha autoridad fiscalizadora:

...el beneplácito de la autoridad persecutora en materia de defensa de la competencia al borrador de los contratos en cuestión pudo, con una alta probabilidad, haber contribuido a generar en la denunciada una confianza legítima respecto de que tales convenciones se ajustaban a derecho y que, por tanto, no podían ser consideradas, en sí mismas, como infracciones al D.L. N° 211, lo que fortalecería, en principio, la presunción de buena fe de su actuación³¹⁶

6. Diligencia debida

246. Una diligencia mínima empresarial exige saber que el incumplimiento de una condición conlleva una afectación del bien jurídico libre competencia. Esta fue por lo demás una materia latamente expuesta en las decisiones del

and the authorities, or to a course of conduct or assurance on the part of the authorities which can be said to generate the legitimate expectations". Citado por Santiago Montt, *Expropiaciones directas y derregulatorias y reforma regulatoria pesquera*, Informe en Derecho N° 5, (Santiago, Centro de Regulación y Competencia, 2010), p. 38. Disponible en: [http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Informe_Derecho_RegCom_ERN_12_10\(Lota%20Protein\).pdf](http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Informe_Derecho_RegCom_ERN_12_10(Lota%20Protein).pdf) (última visita: 5 de enero de 2015)., p. 38.

³¹⁵ Vid., TDLC, Sentencia N° 94/2010, *FNE c. Sociedad de Transportes Central Ltda. y otros*, de 7 de enero de 2010, C. 99°, y TDLC, Sentencia N° 100/2010, *Demanda de Nutripro S.A. contra Puerto Terrestre Los Andes Sociedad Concesionaria S.A. y el Fisco*, rol C 127-07, 21 de julio de 2010, C. 110°:

... sin perjuicio de lo anterior, este Tribunal tendrá especialmente presente, para efectos de aminorar la gravedad de la conducta, que el DGOP/MOP, organismo fiscalizador de la concesión, respaldó el comportamiento del PTLA, al responder negativamente los reclamos que le presentaron varios de los demandantes de autos. *Ello razonablemente debió tener efectos en la percepción de la concesionaria respecto de la ilicitud de su actuar, lo que evidentemente disminuye en forma muy importante su responsabilidad en los hechos constitutivos de infracción* descritos en la presente sentencia, aunque no la exculpa completamente de los mismos, toda vez que PTLA podía haber actuado igualmente en conformidad a su contrato de concesión sin infringir las normas de defensa de la libre competencia... (las cursivas son nuestras)

³¹⁶ TDLC, Sentencia N° 115/2011, *Requerimiento de la FNE contra Cía. Chilena de Tabacos S.A.*, rol C N° 196-09, 17 de noviembre de 2011, C. 63°.

TDLC y la Corte Suprema para la fusión SMU/SDS. Es ilustrativo el rechazo a este tipo de defensa, hecho en *HidroAysén I*:

*... el incumplimiento de la prohibición materia de autos no sólo es indicativa de una falta al deber de cuidado aludido en el razonamiento precedente, sino que también importa un actuar negligente que no admite justificación por un error respecto de la juridicidad del acto, como pretende la demandada. Ello, pues tal supuesto error sobre los alcances de la prohibición era del todo evitable empleando un mínimo de diligencia...*³¹⁷

247. Con lo anterior, tenemos que la posible imprudencia “es el punto de partida originario de las prohibiciones jurídico-administrativas, [y] la realización dolosa del hecho es un fenómeno derivado que presupone que aquél no se cometió de forma imprudente”³¹⁸. En concreto, la consultante SMU incumple un deber de hacer o no hacer, contenido en la resolución favorable, que protege un bien jurídico colectivo, la libre competencia.

248. La debida diligencia es la principal causa de exculpación que se alega por los afectados cuando de imponerles sanciones se trata³¹⁹. Sin embargo, y siendo congruentes con lo señalado más arriba, la norma es la que determina el deber de diligencia y al infringirla se actúa *por lo tanto*, culposamente. Este tipo de defensa fue reseñada por el TDLC en *John Malone*:

*... es claro y no ha sido controvertido que el Sr. Malone conocía sus términos y que estaba obligado por la misma, por lo que es directamente responsable de su cumplimiento conforme a los propios términos de la condición, sin haber alegado desconocimiento o ignorancia de la misma, ni demostrado haber actuado con la diligencia debida, haciendo lo posible por impedir que la condición se infrinja, teniendo herramientas para ello como controlador de VTR y accionista de DirecTV Chile...*³²⁰

249. De esta decisión, se parecía que corresponde probar al incumplidor el hecho que haya obrado *haciendo lo posible* para dar estricto cumplimiento a las medidas. Es una cuestión de hecho, que excede el alcance de este Informe,

³¹⁷ TDLC, Sentencia N° 86/2009, *Demanda de Ganaderas Río Baker Ltda. y Río Neff Ltda. contra Centrales Hidroeléctricas de Aysén S.A.*, Rol C 180-08, 30 de julio de 2009, C. 12°. Las cursivas son nuestras.

³¹⁸ de Palma, n. 263, p. 128.

³¹⁹ Daniel Jiménez *La culpa en el Derecho sancionador* (Bogotá, Temis Uniandes, 2008), p. 97.

³²⁰ TDLC, Sentencia N° 117/2011, *FNE c. John C. Malone*, rol C 156-08, 29 de diciembre de 2011, C. 41°.

determinar si SMU tuvo o no una actuación de diligencia debida para no incumplir las condiciones³²¹.

250. Eso sí, en el caso particular, es indiscutible que tras un procedimiento no contencioso en que el afectado participó directamente, el TDLC creó la norma específica y señaló que de no cumplirse caerían en una conducta infraccional tanto de las condiciones como del DL 211³²².

251. De esta forma, la diligencia no es un argumento aceptable para justificar el incumplimiento de una norma, sino sólo motivos insuperables³²³, ajenos a la capacidad de actuar del particular. Esto debido a que el cumplimiento de una norma y su posterior sanción no está sujeta a “los mejores esfuerzos” del obligado por ella, sino a su efectiva obligatoriedad que sólo será eximida por motivos que van más allá de toda posibilidad de influir en el incumplimiento.

252. Por lo anterior, quien alegue una circunstancia insuperable que le impidió cumplir con una norma específica, debe fundamentar su actuar alegando y probando que le fue imposible actuar de otro modo, produciéndose una alteración de la carga de la prueba. Esto debido a la imposición de un deber positivo de actuación por parte del poder público para evitar un resultado concreto³²⁴.

7. Ausencia de efectos en la competencia

³²¹ Por ejemplo, es sabido que si se desea modificar una condición establecida en una resolución del TDLC, el procedimiento para modificar la obligación establecida -y que subsiste hasta la dictación de otra resolución por dicho Tribunal- solo es otro procedimiento de consulta, el cual contempla plazos mínimos en el artículo 31° N° 1, 2 y 3 del DL 211. Luego, un rasero mínimo de diligencia, en lo que respecta a la oportunidad de la solicitud de modificación, serían los plazos de días hábiles contemplados en el DL 211.

³²² A mayor abundamiento, el hecho de haber tenido un plazo de ocho meses para dar cumplimiento a las condiciones impuestas, otorga un margen de flexibilidad y un tiempo razonable para recurrir al tribunal en caso de que hayan problemas inimputables a la empresa para poder cumplir. Es decir, la norma contemplaba un plazo que implica que el deber de diligencia mínimo que podía tener el receptor de la misma era cumplir dentro de él o bien, hacer saber que le era imposible.

³²³ La causal tipificada en el Código Penal chileno que más hace sentido en términos de incumplimiento de condiciones es la N°12 del artículo 10: “El que incurre en alguna omisión, hallándose impedido por causa legítima o insuperable”.

³²⁴ Daniel Maljar, *El Derecho Administrativo Sancionador* (Buenos Aires, AdHoc, 2004), p. 308.

253. También se ha rechazado la defensa de falta de efectos anticompetitivos tratándose de un incumplimiento a una condición, como se hizo primero en *HidroAysén I*, en cuyo caso la operación consultada incluso no estaba cumplida o celebrada. Se sostuvo que el solo incumplimiento puso en *riesgo* la competencia:

...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 Ibañez, *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 incumplida³²⁵

254. Seguidamente, el TDLC desecha la alegación de falta de efectos que argüía la demandada HidroAysén, ya que la actuación administrativa –una solicitud desistida– tenía una potencialidad de disuadir a potenciales competidores de ingresar al mercado:

... Que lo anterior es aplicable también a las defensas de la demandada relacionadas con la circunstancia de que sólo se realizaron actos preparatorios y no se adquirieron finalmente los derechos de agua en cuestión, puesto que la sola solicitud podría disuadir la entrada de competidores, *siendo irrelevante para esos efectos si, en definitiva, dicha solicitud produjo consecuencias jurídicas en materia administrativa*³²⁶

255. Más recientemente, en *John Malone*, el TDLC desecha la defensa de ausencia de daño a la competencia, exigiendo que esa justificación sea examinada en el marco del procedimiento no contencioso, al solicitarse su revisión³²⁷.

³²⁵ 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.*, C. 13°. Las cursivas son nuestras. El C. 19° establece: “...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”.

³²⁶ TDLC, Sentencia N° 86/2009, *Demanda de Ganaderas Río Baker Ltda. y Río Neff Ltda. contra Centrales Hidroeléctricas de Aysén S.A.*, 30 de julio de 2009, rol C 180-08, C. 14°. Las cursivas son nuestras.

³²⁷ TDLC, Sentencia N° 117/2011, *FNE c. John C. Malone*, rol C 156-08, 29 de diciembre de 2011, C. 79°-82°.

256. De manera conexas con esta defensa, se puede añadir la de “incumplimiento eficiente”, en una suerte de análisis costo-beneficio de infringir la medida de mitigación arguyendo que esto sería racional. Esta defensa fue desechada en 2004 por la Comisión Resolutiva:

[es] inaceptable pretender que, pese a existir desviaciones en el cumplimiento al Plan de Regulación susceptibles de ser explicadas a partir de fallas en el diseño del mismo, se sostenga la inconveniencia de corregir el plan en los puntos pertinentes a pretexto de los altos costos que una regulación de esa especie supondría. Tal pretensión equivale a solicitar autorización para perpetuar incumplimientos al Plan de Autorregulación bajo el argumento de que tales desviaciones tendrían una explicación racional y lógica, virtudes de las que carecería la regulación incumplida, la que, sin embargo, se propone no enmendar. A esa conclusión, que equivale a vulnerar definitivamente el estricto cumplimiento que corresponde dar al Plan de Autorregulación formulado por las empresas requeridas, debe oponerse radicalmente esta Comisión³²⁸

257. En el caso que motiva el presente Informe, el efecto en la competencia del incumplimiento de una medida de mitigación es una cuestión que el TDLC ha resuelto no incorporar y excluir de los puntos de prueba de la controversia. Este se colige del cotejo de la resolución por el TDLC dictada el 24 de septiembre de 2014, que estableció como hechos substanciales, pertinentes y controvertidos los “[e]fectos en la competencia del eventual incumplimiento; hechos y circunstancias que lo justificarían” de las condiciones 1ª y 3ª de la Resolución N° 43/2012³²⁹; con la resolución de 18 de noviembre del mismo año, que excluyó dicho aspecto y se altera por los fundamentos del incumplimiento³³⁰.

8. Conducta regulada

258. El TDLC también ha examinado defensas por la cual el infractor alega que se sometió a una regulación especial –que puede ser contractual, como un contrato de concesión administrativa-, la cual puede tener un efecto atenuante de la responsabilidad infraccional:

...este Tribunal tendrá en consideración que la circunstancia de que Somarco haya actuado amparado por las normas que regulan su actividad o dentro de

³²⁸ Comisión Resolutiva, Resolución N° 723, de 30 de enero de 2004, C. 9°. Las cursivas son nuestras.

³²⁹ TDLC, Resolución intermedia, Rol C N° 279-14, 24 de septiembre de 2014.

³³⁰ TDLC, Resolución intermedia, Rol C N° 279-14, 18 de noviembre de 2014.

los límites establecidos por su contrato de concesión, atenúa significativamente su responsabilidad...³³¹

259. Empero, esta defensa se contrasta con la potencial situación monopólica que puede tener el infractor, en cuyo caso éste tienen un especial deber de cuidado, con una especial preocupación para el cumplimiento de la normativa de libre competencia, que alcanza incluso a las omisiones³³²:

... este Tribunal considera que si bien las Bases de Licitación contienen mecanismos de resguardo destinados a prevenir que el concesionario abuse de su posición dominante, ello en ningún caso garantiza que dichos abusos no se producirán, ni tampoco reduce la responsabilidad que SCL pueda tener en ellos. Por el contrario, resulta aún más grave que un concesionario, sujeto a las condiciones y sanciones específicas que establecen las Bases de Licitación, igualmente actúe en contravención a la libre competencia y abuse de su posición respecto de usuarios del Aeropuerto. *En ese sentido, la posición monopólica que le otorga la concesión le significa un especial deber de cuidado en sus actos, por lo que debió tener particular preocupación en atenerse a los términos del marco jurídico que rige su concesión, circunstancia que no ocurrió, tal como se ha establecido*³³³

VII. MEDIDAS Y SANCIONES QUE PUEDE ESTABLECERSE ANTE EL INCUMPLIMIENTO DE CONDICIONES

260. En la presente sección del Informe abordamos primero los elementos generales sobre la potestad punitiva del TDLC ante incumplimientos de medidas de mitigación, para posteriormente revisar los posibles remedios procesales a dicha infracción.

261. Al reunirse los elementos que configuran una infracción, necesariamente se debe imputar al autor de dicho acto las consecuencias negativas o la responsabilidad que deriva de la misma³³⁴. Es por esto que frente a un caso de incumplimiento de medidas de mitigación, corresponde al TDLC aplicar ciertas sanciones o hacer efectivas ciertas consecuencias en razón de ello. Éstas se determinarán en virtud de la naturaleza de la infracción misma y de lo que implica en cuanto a sus efectos.

³³¹ TDLC, Sentencia 121/2012, *Demanda de Naviera Valdivia Ltda. y otros c. Ministerio de Obras Públicas y otros*, C 219-11, rol 10 de mayo de 2012, C. 53°.

³³² TDLC, Sentencia N° 100/2010, *Demanda de Nutripro S.A. c. Puerto Terrestre Los Andes Sociedad Concesionaria S.A. y el Fisco*, rol C 127-07, 21 de julio de 2010, C. 100°.

³³³ TDLC, Sentencia N° 75/2008, 30 de septiembre de 2008, C. 65°.

³³⁴ Cordero, n. 270, p. 30.

262. En efecto, la FNE, u otro sujeto con legitimación activa, puede interponer un requerimiento fundado en la infracción a una autorización otorgada con ocasión de la potestad de absolver consultas de los interesados, según las reglas generales (*vid. HidroAysén I, HidroAysén II*³³⁵ y *John Malone*). Si ante el Tribunal se establece que el titular infringió su autorización, ésta puede ser incluso caducada³³⁶.

263. Asimismo, el TDLC ha señalado que el incumplimiento de alguna de las condiciones establecidas en una resolución acarrea la nulidad de los actos y contratos consultados³³⁷, sin perjuicio de las demás sanciones que sean procedentes³³⁸, así como el restablecimiento del orden³³⁹.

³³⁵ TDLC, Sentencia N° 109/2011, *Conservación Patagónica Chile S.A. y otros c. Endesa S.A. y Otros*, rol C 193-09, 27 de enero de 2011.

³³⁶ La caducidad es “la extinción unilateralmente dispuesta por la administración, con fundamento en el incumplimiento, por el particular, de condiciones fijadas en el acto”, en: Julio Rodolfo Comadira y Héctor Jorge Escola *Derecho Administrativo Argentino*. (México DF, Ed. Porrúa/UNAM, 2006), p. 397.

³³⁷ “El incumplimiento de alguna de las condiciones establecidas en esta Resolución acarreará la nulidad de los actos y contratos consultados”: Esta declaración, contenida en la resolución que aprobó una fusión de radiodifusoras, afirma que el incumplimiento de sólo una de las condiciones conlleva sólo la nulidad de los actos y contratos que se consultan, *vid.* TDLC, Resolución N° 20/2007, *Consulta de GLR Chile Ltda. sobre Compra de la Totalidad de las Acciones de Iberoamerican Radio Chile S.A.*, NC 173-06, 27 de julio de 2007, Resuelvo Primero N° 5; y TDLC, Sentencia N° 86/2009, *Demanda de Ganaderas Río Baker Ltda. y Río Neff Ltda. contra Centrales Hidroeléctricas de Aysén S.A.*, Rol C 180-08, 30 de julio de 2009, C. 5° (“[S]u incumplimiento [de las medidas]... podría afectar su validez”); TDLC, Sentencia N° 117/2011, *FNE c. John C. Malone*, rol C 156-08, 29 de diciembre de 2011, C. 77°.

³³⁸ TDLC, Resolución N° 20/2007, *Consulta de GLR Chile Ltda. sobre Compra de la Totalidad de las Acciones de Iberoamerican Radio Chile S.A.*, NC 173-06, 27 de julio de 2007, Resuelvo Primero N° 5.

³³⁹ TDLC, Sentencia N° 117/2011, *FNE c. John C. Malone*, rol C 156-08, 29 de diciembre de 2011, C. 93°.

a. La potestad sancionadora del TDLC

1. Requisitos de aplicabilidad de la sanción administrativa

264. Desde una perspectiva propia del Derecho Administrativo, la sanción administrativa pertenece a la categoría de actos denominados de gravamen o limitativos (en contraposición a los de contenido favorable o ampliatorios de derechos). Los actos de gravamen restringen la esfera individual de derechos del ciudadano, imponiéndole obligaciones o cargas nuevas, o reduciendo, privando o extinguiendo algún derecho o facultad (por ejemplo, expropiación, orden, revocación de un acto favorable, sanción)³⁴⁰. Entre los actos de gravamen, la característica de la sanción es que es una *reacción estatal a una conducta ilegal*. A este respecto, cabe notar que en nuestro ordenamiento los actos de gravamen están sujetos a mayores garantías y exigencias formales que aquellas que se aplican a los actos favorables.

265. Como consecuencia de lo anterior, la sanción administrativa exige aplicar una serie de “principios inspiradores del orden penal”. En efecto, en primer lugar, la sanción administrativa debe cumplir con los requisitos de legalidad y de tipicidad³⁴¹.

266. Así, el principio de legalidad está integrado por dos elementos materiales –infracción y sanción– y dos formales –competencia del órgano y procedimiento previo–. Esto es, tanto la infracción como la sanción deben estar determinadas en una norma de rango legal, y la potestad de castigo sólo puede ser ejercida por aquellos órganos que la tengan atribuida expresamente

³⁴⁰ Vid. Santamaría, n. 45.

³⁴¹ Vid. Tribunal Constitucional, Rol 244, C. 10° y Tribunal Constitucional, Rol 480, C. 5° y 8°. Recientemente el mismo Tribunal ha resumido su propia doctrina señalando que “[C]onforme a la doctrina constante de este Tribunal, la potestad sancionadora administrativa se sujeta al principio de legalidad y tipicidad. De este modo, se ha dicho que el derecho administrativo sancionador es una manifestación de la potestad punitiva del Estado, por lo tanto se le aplican los mismos principios del derecho penal (STC rol N° 244, C. 9°). Sin embargo, los principios limitadores de la potestad punitiva del Estado no son aplicables sin más a las sanciones administrativas, sino que se aplican con “matices” (STC rol N° 747, C. 22°, y STC rol N° 1518, C. 6° y 24°). En consecuencia, la ley debe establecer el núcleo esencial de las conductas ilícitas y la sanción aplicable (STC rol N° 244, C. 12° y 14°); y el principio de legalidad no impide la colaboración reglamentaria para definir las conductas (STC rol N° 480, C. 15° y 17°);” (Rol 1413 C. 30°).

por la ley, previa tramitación del correspondiente procedimiento administrativo sancionador³⁴².

267. Respecto del principio de tipicidad, el Tribunal Constitucional ha señalado que “exige que la conducta a la que se ha atribuido una sanción se encuentre sustantivamente descrita en la norma (de rango legal)”³⁴³. El principio de tipicidad proscribía las sanciones administrativas en blanco³⁴⁴. A este respecto, esta exigencia se aborda en materia de Derecho de la Competencia, entre otros, por la vía de la seguridad jurídica que se obtiene mediante el ejercicio de la potestad consultiva.

268. En segundo lugar, nuestra jurisprudencia también ha afirmado la aplicación del principio de culpabilidad en materia sancionadora -aunque ha sido una materia controvertida- que ya abordamos.

269. Ahora bien, como se suele señalar, estos principios se aplican al procedimiento administrativo sancionador *matizados*³⁴⁵ o *atenuados*³⁴⁶⁻³⁴⁷. Esto se debe a la especial relevancia de los intereses y programas públicos tutelados por la Administración, y a la menor intensidad de afectación de los derechos de las personas en el ámbito administrativo que en el ámbito penal, siendo la intervención administrativa de menor gravedad que la penal y estando legitimada en intereses constitucionales (*verbigracia*, libertad de

³⁴²Vid. Jorge Bermúdez, “Elementos para definir las sanciones administrativas”, 26 (Nº Esp.) *Revista Chilena de Derecho* 330 (1998).

³⁴³ Tribunal Constitucional, Rol 479, C. 25º. Vid. también, Tribunal Constitucional, Rol 244, C. 10º.

³⁴⁴ Vid. Tribunal Constitucional, Rol 799, C. 9º

³⁴⁵ Tribunal Constitucional, Rol 480, C. 5º; Tribunal Constitucional, Rol 1413, C. 30º.

³⁴⁶ CGR, Dictamen N° 28.226/2007.

³⁴⁷ Recientemente el Tribunal ha resumido su propia doctrina al respecto señalando que “[C]onforme a la doctrina constante de este Tribunal, la potestad sancionadora administrativa se sujeta al principio de legalidad y tipicidad. De este modo, se ha dicho que el derecho administrativo sancionador es una manifestación de la potestad punitiva del Estado, por lo tanto se le aplican los mismos principios del derecho penal (STC rol N° 244, C. 9º). Sin embargo, los principios limitadores de la potestad punitiva del Estado no son aplicables sin más a las sanciones administrativas, sino que se aplican con “matices” (STC rol N° 747, C. 22º, y STC rol N° 1518, C. 6º y 24º). En consecuencia, la ley debe establecer el núcleo esencial de las conductas ilícitas y la sanción aplicable (STC rol N° 244, C. 12º y 14º); y el principio de legalidad no impide la colaboración reglamentaria para definir las conductas (STC rol N° 480, C. 15º y 17º);”, vid. Tribunal Constitucional, Rol 1413, C. 30º.

empresa)³⁴⁸. Estos intereses constitucionales dicen relación con el bienestar general de la comunidad y el ordenado funcionamiento de la economía (artículo 1º inc. 4º y artículo 19 Nº 21 de la Constitución).

270. En el derecho comparado, se admite la matización de la aplicación de los principios del derecho penal al Derecho de la Competencia, cuyos principios son extrapolables, “pero no con la misma intensidad”³⁴⁹, como se ha resuelto en el Derecho Europeo:

... el procedimiento ante la Comisión... es de naturaleza únicamente administrativa... y que por consiguiente los principios generales de Derecho comunitario, y en especial el principio de legalidad de los delitos y de las penas (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), tal como se aplica en el Derecho comunitario de la competencia... no han de tener necesariamente el mismo alcance que en el caso de su aplicación a una situación prevista por el Derecho penal en sentido estricto³⁵⁰.

2. Tipos de sanciones administrativas y su naturaleza

271. Hay múltiples tipos de sanciones administrativas, las cuales se aplican a supuestos específicos según el tipo de infracción y la naturaleza de la norma infringida. Algunas de ellas son la amonestación, la multa, la suspensión de un derecho, la privación del mismo, la revocación-sanción y la revocación-no sanción³⁵¹. De forma paralela existen también las sanciones generales de Derecho, tales como la nulidad o inexistencia del acto.

272. Baño León señala que las sanciones son clasificables según la descripción del tipo como (a) *Sanciones* por la realización de una conducta prohibida por ley, y (b) *Sanciones* por el incumplimiento de una orden u obligación impuesta por la Administración³⁵². Las primeras se definen por remisión interna a otra norma de la misma ley; y las segundas tienen en común constituir desobediencia a órdenes dictadas por la Administración. Estas últimas a su vez, pueden revestir dos modalidades: incumplimiento de

³⁴⁸ Huergo, n. 255, *passim*.

³⁴⁹ *Vid.* Luis Ortiz B. y Alfonso Lamadrid “El procedimiento sancionador y sus garantías” en: Santiago Martínez y Amadeo Petitbò (dir.) *Los acuerdos horizontales entre empresas* (Madrid, Marcial Pons, 2009), p. 284.

³⁵⁰ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, Tº99/04 AC/Treuhand AG c. Comisión, 8 de julio de 2008, § 113.

³⁵¹ Bermúdez, n. 45, p. 192.

³⁵² Baño León, n. 79, p. 237.

órdenes dadas por la agencia de competencia, e incumplimiento de las obligaciones impuestas con ocasión de una exención³⁵³. En el caso que motiva este Informe, estamos frente a una sanción que infringe el DL 211 y una resolución del TDLC.

273. Antes de entrar a analizar qué sanciones pueden ser aplicadas al caso en particular y en qué clasificación se encuadran, es necesario identificar la naturaleza de cada una de ellas para así poder determinar si son verdaderamente sanciones o no. Esto constituye un punto de suma importancia puesto que de no configurarse ciertas medidas como sanciones, no se hacen aplicables a ella los requisitos del Derecho Administrativo sancionador antes revisados (v.g., la revocación no-sanción, por cambio de circunstancias).

274. Como las sanciones son actos de gravamen que imponen obligaciones o cargas nuevas (*supra* ¶264), las multas, amonestaciones o la privación de algún derecho constituyen sanciones, porque reducen la esfera de derechos del particular.

275. Respecto a las prohibiciones y las órdenes impartidas desde la Administración a los particulares, como son las de restablecimiento del orden por parte del TDLC para que cesen los efectos anticompetitivos, se señala que no son sanciones:

... la orden de que cesen los efectos de una conducta prohibida no es medida sancionadora, sino de policía, cuyo objeto es restablecer el orden de la competencia alterado, y no castigar una conducta. La prohibición no es sanción, sino la aplicación del ordenamiento jurídico. Resulta indiferente a tal efecto que exista dolo o culpa porque la ilicitud del hecho es lo que importa. Si hay una práctica contraria a la libre competencia, aun cuando esté inducida por la propia Administración, la obligación del Tribunal es declarar la ilicitud mediante la prohibición y ordenar el cese de los efectos. *Pero, debe insistirse, aquí no hay sanción, sino simple actualización de una prohibición legal mediante una declaración administrativa*³⁵⁴

³⁵³ *Ibid.*

³⁵⁴ *Idem*, p. 243. Las cursivas son nuestras. En idéntico sentido, Dromi, n. 259, p. 142:

...la autoridad administrativa deberá definir en su resolución el interés público afectado por la práctica infractora, de modo tal de establecer con claridad los límites de la actuación de operador económico sancionado. Al mismo tiempo, la autoridad deberá señalar los efectos que ha considerado perjudiciales para el mercado, a efectos de disponer la correspondiente eliminación de los mismos.

276. En nuestra jurisprudencia, la decisión del TDLC en *John Malone* permite apreciar la coexistencia de sanciones multas y de medidas que restablecen el derecho:

...a juicio de este Tribunal, el incumplimiento de la Condición Primera por parte de John C. Malone amerita que se le impongan dos de las medidas y sanciones que contempla el artículo 26 del D.L. N° 211. En primer lugar, la obligación de poner término a su participación en la propiedad de DirecTV Chile, sea directa o indirecta, contemplada en la letra a) del inciso 2° de dicha norma, *debiendo celebrar, dentro de un plazo breve pero prudente, todos los actos y contratos que en derecho correspondan para lograr tal fin. De esta manera se restituirá el orden infringido al estado de juridicidad previsto en la Condición Primera*³⁵⁵

b. Consecuencias desfavorables y sanciones aplicables

277. Como concluimos previamente, la infracción de las medidas de mitigación establecidas por el TDLC constituye una infracción a una norma particular dictada en la forma de una resolución judicial (autorización condicional) y a su vez, una infracción al artículo 3° del DL 211.

278. A este respecto, es relevante señalar que existiendo infracción sí hay consecuencias, probablemente desfavorables, y sanciones. En primer lugar, porque la imposibilidad de sancionar haría irrelevante la imposición de condiciones con carácter vinculante para las partes; y en segundo lugar, porque la falta de observancia de una condición esencial a un acto administrativo particular conlleva efectos jurídicos a su respecto. De lo contrario, no constituiría una verdadera condición³⁵⁶.

279. Como es sabido, el DL 211 no se limita solamente a la represión de las conductas restrictivas de la competencia. En efecto, la legislación ha considerado que, junto con las sanciones contempladas, se pueda prohibir, *corregir* o reprimir los atentados anticompetitivos en la forma prevista en el DL 211 (Art. 1°, inc. 2°, DL 211). Así, la adopción de medidas adicionales a las

³⁵⁵ TDLC, Sentencia N° 117/2011, *FNE c. John C. Malone*, rol C 156-08, 29 de diciembre de 2011, C. 93°. Las cursivas son nuestras.

³⁵⁶ Adicionalmente, el DL 211 otorga a la FNE la facultad de velar por el cumplimiento de las resoluciones dictadas por el TDLC y requerir en caso de que advierta una infracción, lo cual no tendría sentido de no existir la posibilidad efectiva de imponer sanciones, *vid.* Art. 39, d), DL 211.

punitivas es parte del catálogo de instrumentos de política pública que dispone el TDLC para disuadir las prácticas contrarias a la competencia. De este modo, el artículo 3° del DL 211 prescribe que, junto a las sanciones del artículo 26, el TDLC puede disponer medidas preventivas, correctivas o prohibitivas (“medidas no-condiciones”).

280. Estas *medidas* pueden ser de diversa índole, tales como la orden de cesación de las prácticas prohibidas, la orden de remoción de los efectos de las prácticas prohibidas, y la imposición de obligaciones determinadas.

281. Estas medidas establecidas en un procedimiento contencioso no equivalen a las condiciones o “medidas de mitigación” impuestas luego de verificarse un procedimiento no contencioso³⁵⁷. Desde ya, unas tienen efecto incluso respecto de terceros, mientras que las segundas solo entre las partes del proceso jurisdiccional.

282. Por otra parte, las primeras prescriben por norma expresa del DL 211³⁵⁸, mientras que las condiciones establecidas en un procedimiento no contencioso, no. De este modo, las *medidas* sólo pueden imponerse como complemento de las sanciones del artículo 26, en un procedimiento contencioso, prescribiendo éstas en 2 años. Las *condiciones*, por su parte, sólo pueden imponerse a través de un procedimiento no contencioso y modificarse a través del mismo, sin tener un plazo de prescripción determinado.

283. Se diferencian además porque las condiciones tiene como finalidad hacer de la conducta lícita y por ende autorizarla, sin ir acompañadas de una sanción por infracción al DL 211. En el procedimiento de consulta se toman precauciones respecto del hecho que aún no han sucedido (salvo en los casos

³⁵⁷ Para ser precisos con el uso de los términos, nos referiremos a las mencionadas en el artículo 3 como “medidas” y a las medidas de mitigación resultantes de un procedimiento no contencioso como “condiciones”.

³⁵⁸ Las medidas, por su parte, sólo pueden emanar de un procedimiento contencioso, puesto que el cómputo del plazo para su prescripción, comienza desde que la sentencia definitiva que las imponga esté firme, según el artículo 20, y por ende, es condición de su exigibilidad la firmeza de una sentencia definitiva, lo cual es imposible de darse en un procedimiento no contencioso. Así, al ser diferentes, las reglas aplicables a unas y otras son, también, distintas. En primer lugar, las medidas prescriben y las condiciones no, como dispone el DL 211 en el artículo 20: “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” (las cursivas son nuestras)

de consultas *ex post facto*, como en el caso de la fusión SMU/SDS), en contraposición a lo que pasa en un procedimiento infraccional, en donde, constatada la infracción, se toman estas medidas para tratar de aminorar las repercusiones en el mercado. Así, sólo pueden emanar de un procedimiento no contencioso.

284. En la misma línea ha razonado el TDLC, haciendo ver, además, los incentivos adversos que se generarían de no estimarse así:

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, pudiendo contar para ello -durante el procedimiento no contencioso respectivo- con la opinión de todos aquellos actores del mercado que quisieran intervenir en el mismo. Lo anterior encuentra su fundamento jurídico en el artículo 32 del D.L. N° 211, pues el afectado por 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 imponerla³⁵⁹.

c. Sanción y efectos de la infracción a la autorización

285. Las consecuencias que surgen por existir incumplimiento de las medidas de mitigación pueden ser diversas. Al respecto, cabe analizar si cada una de ellas es precisamente una sanción o no, para luego verificar que se cumplan todos los requisitos del ejercicio del *ius puniendi* estatal en caso de serlo. A continuación examinaremos algunas sanciones (o consecuencias desfavorables) que han sido reconocidas por el TDLC como posibles de imponer frente a un incumplimiento.

286. La jurisprudencia del TDLC ha distinguido la potestad consultiva de la potestad sancionadora. En concreto, ante un incumplimiento de medidas impuestas por una resolución del TDLC al absolver favorable y condicionadamente una consulta hay un efecto respecto a la validez del

³⁵⁹ TDLC, Sentencia N° 117/2011, *Requerimiento del Fiscal Nacional Económico contra el señor John Malone*, rol C 156-08, 29 de diciembre de 2011, C. 80°.

negocio que se consultó. Por otra parte, hay una eventual represión de conductas anticompetitivas:

...que las medidas o condiciones impuestas por el Tribunal, a las que deben sujetarse determinados hechos, actos o convenciones, están establecidas precisamente para evitar que los mismos sean antijurídicos desde el punto de vista de las normas protectoras de la libre competencia, por lo que su incumplimiento no sólo podría afectar su validez sino que, además, derechamente puede convertir tales actos o convenciones en conductas contrarias a la libre competencia³⁶⁰

287. Cosa distinta de la imposición de medidas –o modificación de las mismas– es que se establezca una sanción por infringir una condición establecida previamente por el TDLC en una resolución (*HidroAysén I y John Malone*) o que se interponga una demanda o requerimiento coetáneamente con la tramitación de una consulta. Ambas situaciones están contempladas en el artículo 26° del DL 211, como se expresa en las resoluciones pertinentes a las operaciones de concentración *D&S/Falabella*³⁶¹ y *SMU/SDS* y:

...en caso de que se interponga una demanda o requerimiento o que se presenten una o más oposiciones en los términos del numeral 2° del Auto Acordado N° 5/2005 –y se tuviese por configurada una infracción al artículo 3° del D.L. N° 211 en el proceso respectivo–, *este Tribunal incluso podría llegar a imponer cualquiera de las sanciones del artículo 26 del dicho cuerpo legal*, todo lo cual podría resultar en consecuencias aún más gravosas desde el punto de vista privado y social³⁶²

1. Desinversión de activos

288. La posibilidad de imponer la desinversión de activos como resultado del incumplimiento de una resolución ha sido reconocido por el TDLC. Lo anterior, como una reacción *proporcional* a la infracción cometida respecto de las condiciones establecidas en la resolución original:

³⁶⁰ TDLC, Sentencia N° 117/2011, *FNE c. John C. Malone*, rol C 156-08, 29 de diciembre de 2011, C. 77°. En similares términos, TDLC, Sentencia N° 109/2011, *Conservación Patagónica Chile S.A. y Otros c. Endesa S.A. y Otros*, rol C 193-09, 27 de enero de 2011, C. 5°.

³⁶¹ TDLC, Resolución N° 24/2008, *Consulta sobre Fusión de D&S y Falabella*, rol NC 199-07, 31 de enero de 2008, §8.

³⁶² TDLC, Resolución N° 43/2012, *Consulta de SMU S.A. sobre los efectos en la libre competencia de la fusión de las sociedades SMU S.A. y Supermercados del Sur S.A.*, rol NC N° 397-11, 12 de diciembre de 2012, § 7.9. Las cursivas son nuestras.

...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 continuación³⁶³

289. Esta medida puede ser calificada como una orden de cesación de prácticas prohibidas, en cuanto consecuencia lógica de la declaración de prohibición previa, siendo así una medida típica del policía que delimita el campo de lo lícito y se encuadra dentro de la orden administrativa³⁶⁴, y por ende, no sanción. Ella no es una reacción lógica frente a una conducta ilegal, con el fin de reprimir el comportamiento del agente, sino una orden de cese de conducta que, durante el procedimiento no contencioso previo fue catalogada como ilícita, de no cumplirse las condiciones.

290. Lo anterior implica que se trata solamente de una consecuencia desfavorable de la conducta propia del agente, y por ende, no es necesario cumplir con los requisitos de imposición de sanciones administrativas. En efecto, no se trata de ejercicio del ejercicio de *ius puniendi* estatal, siendo quizás lo más relevante, que no se exige culpabilidad en el actuar del agente.

2. Extinción de la autorización

291. Se plantea el problema de si la autorización puede extinguirse por el acaecimiento de un hecho (como un plazo o una condición), y no sólo por el cambio de circunstancias. Esta situación fue prevista expresamente en la discusión legislativa de la Ley N° 19.911 como causal para revocar la autorización otorgada tras emitirse una resolución respecto a una consulta favorable en un proceso de fusión:

La mayoría de los señores integrantes de las Comisiones Unidas se manifestó de acuerdo con dotar de esta atribución al Tribunal, que tiene similitud con las declaraciones de mera certeza que efectúan los tribunales ordinarios, las cuales no impiden luego que el mismo órgano resuelva con posterioridad el conflicto

³⁶³ TDLC, Sentencia N° 117/2011, *FNE c. John C. Malone*, rol C 156-08, 29 de diciembre de 2011, C. 94°. Las cursivas son nuestras.

³⁶⁴ Baño León, n. 79, p. 242.

*que se produzca. Podría ocurrir que se autorice, por ejemplo, una fusión de empresas bajo determinados parámetros que fije el Tribunal al momento de absolver la consulta, pero que, posteriormente no se respeten dichas condiciones. En tal caso, el Tribunal será plenamente competente para conocer de la controversia que se suscite, no obstante haber efectuado previamente aquel otro pronunciamiento*³⁶⁵

292. Una de las consecuencias posibles ante la infracción de una condición es la revocación o extinción de la misma, entendiendo esto como “la extinción unilateralmente dispuesta por la administración, con fundamento en el incumplimiento, por el particular, de condiciones fijadas en el acto”³⁶⁶.

293. Respecto de la naturaleza de la revocación o caducidad del acto, ésta no tiene carácter sancionatorio, sino que corresponde a una consecuencia desfavorable. La revocación no cumple función represiva alguna. Lo único que hace es declarar que no se dan las condiciones que la ley prevé para obtener la autorización o exención³⁶⁷.

294. En el derecho comparado, la Comisión Europea ha reconocido esta posibilidad, señalando que las empresas están obligadas a respetar dichas condiciones y obligaciones, so pena de que sus acuerdos no lleguen a estar exentos o dejen de estarlo³⁶⁸.

295. Sobre la revocación no hay acuerdo en cuanto a su naturaleza. Por un lado, Suay Rincón³⁶⁹ sostiene que la revocación podría caer dentro de la categoría sancionadora, siempre y cuando, naturalmente, se deba a un incumplimiento previo y obedezcan a una finalidad puramente represora. Baño León discrepa:

La revocación puede o no tener el carácter sancionador, según cuál sea la causa que justifique la potestad administrativa. Cuando la revocación de una licencia o autorización se produce por el incumplimiento de una obligación o condición inherentes al contenido del acto, la revocación no tiene carácter

³⁶⁵ Biblioteca del Congreso Nacional, n. 24, p. 180. Las cursivas son nuestras.

³⁶⁶ Comadira y Escola, n. 336, p. 397.

³⁶⁷ Baño León, n. 79, p. 246.

³⁶⁸ Ramón Castilla “Los procedimientos administrativos de autorización de actividades en virtud de los artículos 85 y 86 del tratado CE”, en: Luis Ortiz Blanco y Simón Cohen (eds.), *Derecho de la competencia Europeo y Español. La Unión Europea, Curso de iniciación 3*, (Madrid, Dykinson, 1999), p. 121.

³⁶⁹ Baño León, n. 79, p. 245.

sancionador; cuando el deber que se incumple no afecta al contenido del acto, es externo a él, entonces la revocación tiene un indudable carácter represivo o punitivo, y representa un castigo frente a la conducta ilícita. La primera de ellas es el incumplimiento de las condiciones u obligaciones establecidas por el Tribunal. ... Si se incumple la obligación de restringir temporalmente del contenido, la revocación no cumple función represiva alguna, lo única que hace es declarar que no se dan las condiciones que la ley prevé para obtener la autorización o exención... Pues bien, *si el interesado no observa una obligación de cuyo cumplimiento depende la conformidad de la autorización al interés público, la revocación no tiene carácter sancionador alguno*³⁷⁰.

296. Esta opinión se condice de forma más coherente con la naturaleza de las autorizaciones dadas por el TDLC para llevar a cabo operaciones de concentración. En este sentido, las medidas de mitigación son condición *esencial* para la licitud de los actos o contratos que se pretenden realizar, puesto que sin ellos, estos tienden a producir efectos anticompetitivos, siendo sancionables bajo el artículo 3 del DL 211. Así, en el Derecho Administrativo pueden imponerse consecuencias desfavorables sin existir sanción³⁷¹.

297. En definitiva, al igual que en el caso anterior, al no ser la revocación una sanción, no se requiere cumplir con los requisitos de aplicabilidad de las sanciones administrativas, ni tampoco, se requiere de culpabilidad.

3. Multa coercitiva

298. La multa se identifica como una medida estrictamente sancionadora, pues es un acto de gravamen que restringe la esfera de derechos de los particulares a los que se les impone, obligándolos a efectuar una prestación determinada y constituyéndose como una verdadera reacción de la autoridad frente a una conducta ilegal, con carácter puramente represivo³⁷².

299. La norma que contempla el cumplimiento obligatorio de una medida de mitigación, y por ende su incumplimiento como infracción, es el artículo 18 N°2 del DL 211 (*podrá fijar las condiciones que deberán ser cumplidas en tales hechos, actos o contratos*). Como dicho artículo establece, la norma debe ser

³⁷⁰ *Idem.*, p. 246. Las cursivas son nuestras.

³⁷¹ *Idem.*, p. 244.

³⁷² Por lo anterior, nuestro ordenamiento jurídico no obliga a analizar si en los hechos del caso, se cumplen o no todos los supuestos básicos para el ejercicio de la potestad sancionadora.

complementada con la resolución que el mismo tribunal dictará para el caso concreto, por lo que se especifica a través de la resolución del TDLC.

300. El artículo 26 del DL 211, por su parte, contempla la posibilidad de imponer ciertas *medidas* en una sentencia definitiva, incluyendo multas (Art. 26, c), DL 211). Esto, debido a que el procedimiento infraccional por incumplimiento de condiciones impuestas es contencioso y termina con una sentencia que aplica el citado artículo.

VIII. CONCLUSIONES

Este Informe ha examinado los efectos y alcances de una consulta aprobada por los órganos de la competencia y los efectos de decisiones posteriores de los mismos órganos. En síntesis, nuestras conclusiones son las siguientes:

- La absolución de consultas por el TDLC es una potestad administrativa de naturaleza preventiva, sin naturaleza sancionadora y que otorga una autorización operativa.
- La consulta absuelta favorablemente, con o sin condiciones, otorga una exención de responsabilidad competitiva al beneficiario, en la medida que no haya un cambio de circunstancias verificado por el TDLC.
- Las condiciones establecidas por el TDLC en su resolución forman parte integrante del acto autorizador, siendo imperativas y vinculantes.
- Los consultantes deben dar cumplimiento estricto a las condiciones, no siendo relevante la insignificancia de la infracción o la falta de intencionalidad.
- El consultante con una participación importante de mercado tiene un especial deber de cuidado respecto de la forma de cumplir las medidas establecidas en una resolución favorable.
- Las obligaciones que establezcan las medidas de mitigación deben interpretarse como un acto administrativo, literalmente, con un sentido lógico y finalista de su motivación (*restablecer las condiciones de competencia*).
- El incumplimiento de una condición establecida por el TDLC constituye una infracción por definición a las normas de la competencia, por lo que su incumplimiento hace que dichos actos o convenciones infrinjan el DL 211.
- Las infracciones administrativas pueden configurarse aun faltando el resultado dañoso (o lesión), bastando con que se verifique la infracción,

aun cuando no se haya producido un daño, puesto que se verificó la acción u omisión prohibida en la condición, al haber una inobservancia de la medida.

- La resolución favorable condicionada establece un nivel de diligencia, por lo que quien la incumple, lo hace culposamente.
- Es posible la sanción ante la mera inobservancia de las medidas de mitigación, lo que se ajusta al principio de culpabilidad.
- El TDLC deberá examinar en el procedimiento contencioso el grado de incumplimiento de la condición, así como la afectación del interés público. En su juicio, el TDLC puede verificar la procedencia de eximentes de responsabilidad y atenuantes ante el incumplimiento.
- Son causales de exculpación o atenuantes en el Derecho de la Competencia el error de prohibición, la confianza legítima, la debida diligencia, la sujeción a una regulación, actuación de buena fe, falta de efectos anticompetitivos y la falta de voluntariedad del infractor.
- En el caso que motiva el presente Informe, no proceden como causales de exculpación, al menos, el error de prohibición, buena fe, confianza legítima, sujeción a la regulación y falta de efectos en la competencia.
- La principal eximente en materia de infracciones a la competencia es la justeza de la conducta al cumplimiento fiel e íntegro de la resolución favorable previa del TDLC, que libera de responsabilidad.
- En el acaso que el consultante avizore que existe un nuevo antecedente que haga imposible o dificulte el cumplimiento de las condiciones establecidas en una resolución del TDLC, lo procedente es solicitar oportunamente –esto es, cuando haya tenido noticia del nuevo hecho– y de buena fe, la modificación o revocación de la resolución en atención al cambio de circunstancias, causal expresamente prevista en el DL 211.
- Ante el incumplimiento de medidas, el TDLC puede aplicar sanciones o hacer efectivas ciertas consecuencias jurídicas en razón de lo anterior, no sancionatorias y que no exigen culpabilidad. Así, el TDLC puede disponer la desinversión de activos, revocar o caducar la autorización, imponer multas y restablecer el derecho violentado por el incumplimiento.

Es cuanto podemos informar. Quedamos a su disposición para aclarar y ampliar cualquier aspecto relacionado con el presente Informe.

Atentamente,

Francisco Agüero Vargas

Abogado, Universidad de Chile
M.Sc. en Regulación Económica y Competencia,
The City University, London
Profesor Asistente, Universidad de Chile
Director Centro de Regulación y Competencia
Facultad de Derecho, Universidad de Chile

Santiago, 22 de abril de 2015 