

¿Tiene el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia facultades para no autorizar una fusión?¹

(A propósito del frustrado caso de fusión de Falabella y D&S)

COMENTARIO:

Francisco Pfeffer Urquiaga

Director Departamento Derecho de la Empresa
Profesor Titular de Derecho, Economía y Mercado
Facultad de Derecho
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

El 31 de enero de 2008 el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) sorprendió al mercado nacional al comunicar su decisión de “*no hacer lugar a lo solicitado por los accionistas controladores de Distribución y Servicio D&S y de S.A.C.I. Falabella y, por tanto, no aprobar la operación consultada*”.

Terminaba así un periodo de larga espera que puso una lápida a la intención de los principales actores del mercado del *retail* en Chile de formar una mega-empresa con capacidad y recursos financieros suficientes para abordar la conquista de los mercados internacionales.²

La decisión del TDLC caló hondo no sólo entre los involucrados, sino que en toda la industria nacional del *retail*, tanto por lo inesperado de la misma, como por las implicancias económicas que se derivaban de ella.³

¹ Disponible en www.pfeffer.cl

² El proceso se inició el 7 de junio de 2007 con la petición formulada por los accionistas controladores de Falabella y D&S respecto del acuerdo de fusión que habían celebrado entre ellos, solicitando al TDLC que declarare que dicha fusión se ajustaba en todo a las normas de la libre competencia contenidas en el DL N° 211, de 1973.

³ Recuérdese que apenas se conoció la noticia el precio de las acciones de Falabella y D&S llegó a caer casi un 20%.

Ello originó un amplio debate en los medios y círculos económicos nacionales sobre la conveniencia y oportunidad del dictamen del TDLC. Incluso se puso en duda la facultad que tendría el TDLC para “no aprobar la operación consultada”.^{4,5}

En este breve comentario solo abordaremos el tema relacionado con las atribuciones del TDLC para autorizar o rechazar una operación de fusión, sea que actúe en el ejercicio de sus atribuciones jurisdiccionales o como órgano consultivo de naturaleza administrativa.

I. El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia como órgano de naturaleza jurisdiccional

Como se sabe, el TDLC fue creado por Ley 19.911, de 14 de noviembre de 2003.⁶ Conforme lo establece el artículo 18 del texto refundido del DL 211, de 1973, y para los efectos que importan en este comentario, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia tiene las siguientes atribuciones y deberes:

⁴ Véase, por ejemplo, el interesante artículo del profesor de derecho José Manuel Díaz de Valdez “Derechos Constitucionales y Libre Competencia”, en El Mercurio, 22 de febrero de 2008. Concluye este autor: “En síntesis, las restricciones a los derechos constitucionales impuestas por la libre competencia deben someterse a las reglas generales acerca de cómo se limitan tales derechos. Si se quiere que el TDLC pueda prohibir preventivamente contratos, debe modificarse la ley para que su texto lo señale expresamente, y agregando por cierto los mecanismos de impugnación correspondientes”. Disponible en <http://www.mer.cl/modulos/catalogo/paginas/2008/02/22/MERPROC002AA2202.htm?tipoPantalla=1280>.

⁵ Reportaje “El día de la Incompetencia” y entrevista al abogado y profesor Enrique Barros B., quien lideró el equipo legal encargado de la fusión, en Revista Capital N° 225, del 04-04-08 al 17-04-08. Periodista: “Ocho meses, cinco destacados profesionales—refiriéndose a los Ministros del Tribunal— estudiaron la fusión entre D&S y Falabella y al final la rechazaron ¿cree que todos están equivocados? Respuesta: “Tengo la impresión de que con este fallo el tribunal contravino toda su historia anterior y, en vez de mirar al mercado, especialmente al retail, como un ente dinámico, lo que hizo fue mirarlo con desconfianza y sospecha. De hecho, la ley establece que, ante este tipo de consultas, el tribunal puede poner condiciones, pero no se coloca en la hipótesis del rechazo. Y tanto es así, que establece un recurso sólo en el caso de que el tribunal imponga condiciones a una operación. Todo el sistema está diseñado en el entendido de que hay que superar las dificultades y así se actuó siempre en Chile. Por lo demás, si una persona se siente afectada puede establecer recursos contra la empresa y justamente para eso existe el tribunal. Lo que no resiste análisis es que el tribunal estructure el mercado”. Periodista: “¿Nunca se rechazó una operación?” Respuesta: “No hay ninguna operación significativa en Chile en los últimos treinta años que se haya rechazado. En todos los casos anteriores se analizaron los mercados relevantes y los efectos que sobre ellos produciría la fusión o adquisición. El problema básico es cómo está construida la ley, porque si existiera un recurso de reclamación ante la Corte Suprema, el caso se habría resuelto para bien o para mal en abril, pero a falta de ello había que recurrir de queja, que es un recurso extraordinario y disciplinario, que nos habría tenido hasta fin de año en el tema; y esa es la razón de negocios por la cual se determinó cerrar el asunto. Intuitivamente, no cabe duda de que solicitada una consulta uno debiera pensar que es facultad del tribunal aceptarla o rechazarla, pero en la estructura de la ley no está dado en esos términos. Periodista: “¿Cuál fue su consejo?” Respuesta: “Dijimos a los clientes que había buenas razones de forma y de fondo, tanto desde el punto de vista de la competencia del tribunal como del debido proceso, para ir de queja, pero yo no puedo hacer que las empresas cumplan un fin público a un costo privado. El resultado era imprevisible, atendida la estructura del recurso. Justamente, porque la ley no se pone en el caso de que el tribunal rechace”. Énfasis y subrayado es nuestro. Disponible en http://www.capital.cl/ver_articulo.php?art_id=5196.

⁶ Reemplazo a las Comisiones Preventivas Regionales, a la Comisión Preventiva Central y a la Honorable Comisión Resolutiva de Defensa de la Libre Competencia.

“1) Conocer, a solicitud de parte o del Fiscal Nacional Económico, las situaciones que pudieren constituir infracciones a la presente ley; 2) Conocer, a solicitud de quien tenga interés legítimo, o del Fiscal Nacional Económico, los asuntos de carácter no contencioso que puedan infringir las disposiciones de la presente ley, sobre hechos, actos o contratos existentes, así como aquellos que le presenten quienes se propongan ejecutarlos o celebrarlos, para lo cual, en ambos casos, podrá fijar las condiciones que deberán ser cumplidas en dichos hechos, actos o contratos”.

Ambos numerales dan cuenta de dos grandes campos en que se desenvuelve el TDLC.

En el numeral primero se consagra la atribución para que actúe como tribunal propiamente tal, ejerciendo facultades de naturaleza jurisdiccional. Ello significa que cuenta con facultades para conocer de un conflicto entre partes y para juzgar y declarar que situaciones de las que conoce son o no contrarias a la libre competencia. Al ser y actuar como tribunal tiene atribuciones para aplicar las sanciones que establece la ley.⁷

El conflicto intersubjetivo de carácter concreto y de relevancia jurídica se resuelve por medio de una sentencia que necesariamente ha de ser fundada y deberá enunciar los fundamentos de hecho, de derecho y económicos con arreglo a los cuales se pronuncia.⁸

La sentencia definitiva que dicte en el ejercicio de su función jurisdiccional será susceptible de recurso de reclamación, para ante la Corte Suprema, en la medida que imponga alguna de las sanciones que se contemplan en el artículo 26, como también será objeto del mismo recurso aquella que absuelva de la aplicación de dichas medidas.⁹ Por aplicación de las normas generales de procedimiento, particularmente el inciso segundo del artículo 766 del Código de Procedimiento Civil (CPC), es nuestra opinión que la sentencia definitiva del TDLC es también susceptible de impugnarse por medio del recurso de casación de forma en la medida de que se configure alguna causal que lo haga

⁷ El artículo 26 del DL N° 211, de 1973, en sus primeros tres literales dispone lo siguiente: *“En la sentencia definitiva, el Tribunal podrá adoptar las siguientes medidas: a) Modificar o poner término a los actos, contratos, convenios, sistemas o acuerdos que sean contrarios a las disposiciones de la presente ley; b) Ordenar la modificación o disolución de las sociedades, corporaciones y demás personas jurídicas de derecho privado que hubieren intervenido en los actos, contratos, convenios, sistemas o acuerdos a que se refiere la letra anterior; c) Aplicar multas a beneficio fiscal hasta por una suma equivalente a veinte mil unidades tributarias anuales. Las multas podrán ser impuestas a la persona jurídica correspondiente, a sus directores, administradores y a toda persona que haya intervenido en la realización del acto respectivo”.*

⁸ Véase artículo 26 del DL N° 211, de 1973.

⁹ Véase nota anterior.

procedente.¹⁰ Por las mismas razones adjetivas descartamos que sea procedente el recurso de queja. Dado que la Excma. Corte Suprema ejerce la superintendencia correccional sobre el TDLC, es también procedente la interposición en contra de los ministros del TDLC de la queja disciplinaria que se regula en el número 14 del auto acordado de la Excma. Corte Suprema sobre tramitación y fallo del recurso de queja.¹¹

Actuando en este ámbito de naturaleza jurisdiccional, es indiscutido que el TDLC podrá resolver en su sentencia –como una de las medidas que le autoriza el citado artículo 26– que se modifique o se ponga término a los actos, contratos o convenios que sean contrarios a las disposiciones de la ley. Dentro de ellos cabe incluir a los convenios de fusión.

De este modo, frente a una fusión que no ha sido consultada *ex ante*, no cabe duda que el TDLC podrá decidir y resolver en la sentencia que se le ponga término, prohibiéndola, si llega a la conclusión de que es lesiva al bien jurídico protegido “libre competencia”.

Cabe recordar que una estructura productiva o empresa existe en la mayoría de los casos bajo la forma de algún tipo societario y el TDLC tiene además expresas atribuciones para ordenar la modificación o disolución de sociedades.

Como se sabe, la fusión como operación comercial siempre quedará revestida y se expresará bajo la forma contractual de algún tipo societario. Recuérdese que la ley comercial distingue sólo dos tipos de fusión.¹² La fusión por creación y la fusión por absorción. En ambos casos el resultado de la fusión se expresa siempre en un nuevo y concreto tipo societario. La fusión impropia la mencionamos aparte, ya que en nuestra opinión no es propiamente una fusión.¹³ Pero en todo caso, incluso la fusión impropia se expresa siempre a través del algún tipo societario en particular.

En suma, es claro que el TDLC puede disponer en su sentencia que se ponga término a un convenio de fusión, prohibiéndolo, y ordenar la disolución de la estructura societaria resultante de la fusión.

¹⁰ Cabe recordar que la primera oración del artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales dice: “El recurso de queja tiene por exclusiva finalidad corregir las faltas o abusos graves cometidos en la dictación de resoluciones de carácter jurisdiccional...”.

¹¹ No debe olvidarse que el artículo 5 del DL N° 211, de 1973, señala que “El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia 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”.

¹² Véase el artículo 99 de la Ley N° 18.046.

¹³ Y no lo es al desaparecer el accionista o socio que vende o cede el 100% de sus acciones o derechos. Como lo dice el artículo 100 de la Ley N° 18.046, es de la esencia de la fusión que el accionista no pierda su condición de tal.



También es indiscutido, al menos en nuestra opinión, que el TDLC en el ejercicio de su potestad jurisdiccional puede ordenar en la sentencia definitiva la división de una estructura productiva o empresa al estimar que tanto su existencia como sus actuaciones impiden, restringen o entorpecen la libre competencia o que tienden a producir dichos efectos. Esta es la hipótesis en que la unidad productiva, por efecto de su crecimiento concéntrico o natural, alcanza una envergadura tal que puede resultar lesiva y peligrosa para el funcionamiento competitivo del mercado.

Las razones dadas en los párrafos anteriores, en cuanto a que el TDLC tiene expresas atribuciones para ordenar la modificación o disolución de sociedades, forma contractual en que siempre se expresará el crecimiento natural de la empresa o unidad productiva o un convenio de fusión, son suficientes para avalar esta afirmación.

No nos parece válido el argumento de que el TDLC sólo tiene atribuciones para sancionar las conductas y no para entrometerse y castigar a las estructuras productivas; y que como consecuencia de ello el TDLC no tendría facultad para sancionar con "la división" a la unidad productiva o empresa.

Como se sabe, a partir de la redacción del actual artículo 3° y antiguo artículo 1° del DL N° 211, de 1973,¹⁴ se ha sostenido por algunos que la legislación sobre defensa de la libre competencia sólo sanciona las conductas ejecutadas en el mercado y no a las estructuras; que sólo el "abuso" de posición dominante es sancionable y no la posición dominante propiamente tal. Que las estructuras por sí mismas son neutras y no dañan la competencia; que son sólo las conductas desplegadas por esas estructuras las que tienen un potencial dañino, por lo que sólo deben revisarse las conductas por ellas desplegadas, mas no así las estructuras.

¹⁴ Dice el artículo 3° del DL N° 211, de 1973: "El que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos, será sancionado con las medidas señaladas en el artículo 26 de la presente ley, sin perjuicio de las medidas correctivas o prohibitivas que respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan disponerse en cada caso.

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

a) Los acuerdos expresos o tácitos entre agentes económicos, o las prácticas concertadas entre ellos, que tengan por objeto fijar precios de venta o de compra, limitar la producción o asignarse zonas o cuotas de mercado, abusando del poder que dichos acuerdos o prácticas les confieran.

b) La explotación abusiva por parte de una empresa, o conjunto de empresas que tengan un controlador común, de una posición dominante en el mercado, fijando precios de compra o de venta, imponiendo a una venta la de otro producto, asignando zonas o cuotas de mercado o imponiendo a otros abusos semejantes.

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

Sin abundar mayormente en esta discusión, que es más bien de orden teórico, y en la perspectiva de pragmatismo que debe servir de guía a las decisiones del TDLC, lo cierto es que en nuestra ley positiva el TDLC tiene expresas atribuciones para modificar o poner término a los actos, contratos, convenios, sistemas o acuerdos que sean contrarios a las disposiciones de la ley, y facultades claras para ordenar la modificación o disolución de las sociedades, corporaciones y demás personas jurídicas de derecho privado que hubieren intervenido en los actos, contratos, convenios, sistemas o acuerdos que sean contrarios a la ley de defensa de la libre competencia, sin perjuicio, además, de la facultad para adoptar las medidas correctivas o prohibitivas que respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan disponerse en cada caso.

Además una razón de sentido común lleva a desestimar la argumentación anterior. Las estructuras productivas son siempre dinámicas y van expresando sus decisiones comerciales mediante conductas, por lo que al no existir la estructura deja de existir el peligro de conducta lesiva al bien jurídico que tutela esta legislación. Las unidades productivas no son estáticas y sólo expresan su existencia cuando despliegan y ejecutan conductas. De este modo, una "*medida correctiva*" eficiente y funcional al fin de tutela de la libre competencia en los mercados, es sancionar con la división a la estructura societaria que con su existencia y conductas pone en riesgo de peligro de lesión al bien jurídico protegido.

Por consiguiente, el TDLC también puede ordenar en la sentencia definitiva la división de una empresa organizada como sociedad siempre que concluya que su existencia o actuaciones lesionan el bien jurídico tutelado.

En suma, es indiscutido, en nuestra opinión, que el TDLC, cuando actúa como órgano de naturaleza jurisdiccional, tiene plenas atribuciones para ordenar que se ponga término al convenio de fusión y a la estructura societaria resultante de la misma, prohibiéndola; y también tiene facultades para ordenar la división de una estructura societaria que por la envergadura que ha alcanzado, se presenta como un riesgo de lesión al bien jurídico tutelado por el DL N° 211, de 1973.

En el caso que motiva este comentario, de haberse materializado la operación sin haber formulado una consulta previa sobre la legalidad de la fusión ya acordada bajo condición por los accionistas controladores de ambas empresas, y ante el eventual requerimiento del Fiscal Nacional Económico (FNE) o la demanda de algún tercero afectado sosteniendo que tal acto era contrario a las normas de defensa de la libre competencia, el TDLC podría haber accedido a ella y resuelto en la sentencia definitiva poner término al convenio de fusión, prohibiéndolo, y ordenando la disolución de la estructura societaria resultante de la misma.

En este hipotético caso los afectados podrían haber impugnado la sentencia ante la Excma. Corte Suprema a través del recurso de reclamación que se consulta en el artículo 27 del DL N° 211, de 1973.¹⁵

II. El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia como órgano administrativo consultivo preventivo o ad referéndum

Del numeral segundo del artículo 18 del texto refundido del DL N° 211, de 1973, se desprende también que el TDLC puede actuar como un órgano administrativo consultivo preventivo o ad referéndum.

En este ámbito el TDLC no actúa como tribunal ni ejerce jurisdicción. No resuelve un conflicto entre partes ni dicta sentencia, por la muy simple razón de que no existe contienda ni tampoco hay partes en controversia.¹⁶

Escapa al propósito de este comentario profundizar en la discusión sobre la posibilidad de que un tribunal pueda actuar como órgano administrativo consultivo y no como Tribunal propiamente tal. Somos de la opinión que ello es posible y que es perfectamente coherente con nuestro ordenamiento jurídico positivo la existencia de un tribunal que, aparte de la función jurisdiccional que desempeña, también cumpla con una función administrativa.

A esta función no se le puede denominar ni confundir con la jurisdicción voluntaria o no contenciosa.

No es jurisdicción porque no concurre el objeto esencial de ella, como lo es el de resolver conflictos jurídicos. En esta función no hay litigio, no hay intereses contrapuestos que componer; no hay pretensión ni resistencia a ella. Actúa un "interesado" –no una parte– que presenta una "solicitud" –no una demanda– en que pide "para sí" o para la persona que representa –no contra otra parte– una determinada declaración que termina mediante una "resolución" y no con una sentencia.

Antes de la reforma de la Ley N° 19.911, de noviembre de 2003, esta facultad estaba radicada en las Comisiones Preventivas Regionales y en la Comisión Preventiva Central. No existía duda sobre la naturaleza administrativa de estas comisiones.

¹⁵ En el caso que comentamos el FNE no presentó requerimiento ni ningún tercero presentó demanda, por lo que la consulta se tramitó de acuerdo con el procedimiento no contencioso que termino con una resolución y no con una sentencia. En el capítulo III de este comentario nos referiremos a las diferencias entre uno y otro procedimiento.

¹⁶ El artículo 817 del CPC dice que son "*actos judiciales no contenciosos aquellos que según la ley requieren la intervención del juez y en que no se promueve contienda entre partes*".

En el ejercicio de esta atribución actúa, por un lado, como órgano administrativo consultivo preventivo cuando conoce de asuntos de carácter no contencioso que puedan infringir las disposiciones de la ley, referidos a hechos, actos o contratos que le presenten quienes se propongan ejecutarlos o celebrarlos.

Se trata de proyectos, esto es, de hechos, actos o convenciones aún no ejecutados que se consultan preventivamente ante el temor y la duda de que pudieran envolver situaciones contrarias a la libre competencia. Es legitimado activo para formular esta consulta no contenciosa el FNE o cualquier interesado.

De otro lado y también en el ejercicio de esta atribución, actúa como órgano consultivo ad referendum cuando conoce de asuntos de carácter no contencioso ya existentes, que pueden infringir las disposiciones de la ley, referidos a hechos, actos o contratos ya ejecutados o celebrados. Es una especie de ratificación sobre la licitud del hecho, acto o convención que ya se ha materializado, pero igualmente se consulta para obtener el visto bueno del TDLC. Al igual que en el caso anterior, es legitimado activo para formular esta consulta no contenciosa el FNE o cualquier interesado.

En uno y otro caso el procedimiento que se debe seguir es el detallado en el artículo 31 del DL N° 211, de 1973, el que siempre terminará con una resolución y no con una sentencia.¹⁷

En ambos casos los actos o contratos ejecutados o celebrados de acuerdo con las decisiones del TDLC eximen de responsabilidad –aquella que impone el DL N° 211– a quienes los ejecuten, entre tanto no hubiere un pronunciamiento diverso del Tribunal adoptado con nuevos antecedentes.

¹⁷ El artículo 31 del DL N° 211, de 1973, dice: “El ejercicio de las atribuciones a que se refieren los números 2) y 3) del artículo 18, así como la emisión de los informes que le sean encomendados al Tribunal en virtud de disposiciones legales especiales, se someterán al siguiente procedimiento: 1) El decreto que ordene la iniciación del procedimiento se publicará en el Diario Oficial y en un diario de circulación nacional y se notificará, por oficio, a la Fiscalía Nacional Económica, a las autoridades que estén directamente concernidas y a los agentes económicos que, a juicio exclusivo del Tribunal, estén relacionados con la materia para que, en un plazo no inferior a quince días hábiles, éstos y quienes tengan interés legítimo puedan aportar antecedentes. 2) Vencido el plazo anterior, el Tribunal deberá citar a una audiencia pública, la cual se llevará a efecto dentro del plazo fatal de treinta días contado desde la notificación, la que se practicará mediante un aviso publicado en el Diario Oficial, para que quienes hubiesen aportado antecedentes puedan manifestar su opinión. Si la materia se refiere, en especial, a una situación regional, la notificación también se practicará mediante otro aviso que se publicará en un periódico local. El Tribunal arbitrará siempre las condiciones necesarias para que todos los intervinientes puedan imponerse del expediente. 3) Si las autoridades, organismos o personas referidos en los números anteriores no informaren en los plazos que el Tribunal les fijare al efecto, éste podrá prescindir del informe. 4) De oficio o a petición del interesado, el Tribunal podrá recabar y recibir los antecedentes que estime pertinentes. Las resoluciones o informes que dicte o emita el Tribunal en las materias a que se refiere este artículo, podrán ser objeto del recurso de reposición. Las resoluciones que fijen condiciones que deban ser cumplidas en actos o contratos podrán también ser objeto del recurso de reclamación”.

Dado que este procedimiento consultivo no termina con una sentencia, sino que con una resolución, descartamos que en este ámbito el TDLC pueda aplicar las sanciones que detalla el artículo 26 del DL N° 211, de 1973.¹⁸

Cuando el TDLC actúa como órgano administrativo sus atribuciones están precisadas en los artículos 1°, 3°, 18 y 31 del DL N° 211, de 1973.

En el primer artículo de la ley se anticipa que existirán sanciones –las indicadas en el artículo 26– para cuando actúe como órgano jurisdiccional y medidas correctivas y prohibitivas –las indicadas en los artículos 3°, 18 número dos y 31– para cuando actúe como órgano administrativo.¹⁹

En el actual artículo 3° del DL N° 211, de 1973, se faculta al TDLC para aplicar alguna de las sanciones señaladas en el artículo 26 de la ley, *“sin perjuicio de las medidas correctivas o prohibitivas que respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan disponerse en cada caso”*. En el número dos del artículo 18 se lo faculta para *“fijar las condiciones que deberán ser cumplidas en dichos hechos, actos o convenciones.”*. Y el artículo 31 dice que *“las resoluciones que fijen condiciones...”*.

De lo anterior queda claro que el TDLC, cuando actúa como órgano administrativo, tiene, en primer lugar, amplias atribuciones para prohibir, esto es, para no autorizar aquellos hechos, actos o convenciones que aún no se han ejecutado y que se han consultado de modo preventivo. *“Prohibir”* significa *“vedar o impedir el uso o ejecución de una cosa”*. En rigor, el TDLC está habilitado para impedir la materialización de los hechos, actos, o convenciones envueltos en la operación consultada. Pero esta atribución del TDLC debe quedar acotada exclusiva y específicamente a los actos o convenciones implícitos en la operación consultada. No podría extenderse a otros hechos, actos o convenciones diversos de aquellos que fueron objeto de la consulta. Si ello ocurriera, se estaría vulnerado la garantía constitucional del numeral 21 del artículo 19 de la CPR.

Además, tiene atribuciones para corregir, esto es, para decidir bajo qué requisitos o condiciones deberán ejecutarse los hechos, actos o convenciones que se consultan de modo preventivo o bajo qué requisitos y condiciones

¹⁸ Ver nota 7.

¹⁹ Compartimos la opinión del profesor Domingo Valdés Prieto, para quien las medidas correctivas o prohibitivas a que se refiere este artículo solo están reservadas para cuando el TDLC actúa como órgano consultivo. *“En resumen, las denominadas medidas propiamente tales –esto es, las no contempladas por el art. 26 (sancionatorias) y tampoco por el art. 25 (cautelares)– no corresponden a una sanción o pena por la comisión u omisión de un injusto monopolio, sino que antes bien corresponden al resultado eventual de la actividad de la potestad pública consultiva, que es de orden administrativo y no jurisdiccional.”*, en *Libre Competencia y Monopolio*, páginas 374 y 375, Editorial Jurídica de Chile, año 2006.

deberán continuar ejecutándose aquellos actos que ya se han materializado o ejecutado.

En la imposición de estos requisitos, es nuestra opinión que el TDLC queda sujeto a los límites que establece el numeral 26 del artículo 19 de la CPR, en términos de que las exigencias que impone deben ser razonables, realizables y cumplibles.

La resolución que pone término al proceso de consulta preventiva o ad referendum es susceptible del impugnarse siempre por medio del recurso de reposición.

Adicionalmente, aquella resolución que autorice el acto consultado, sea en forma preventiva o incluso ad referendum, y que imponga condiciones conforme a las cuales debe ejecutarse el acto o contrato consultado, es susceptible de impugnarse por medio del recurso de reclamación de que conoce la Excma. Corte Suprema.²⁰

En estos casos lo que revisa el Máximo Tribunal son sólo las condiciones que fija el TDLC. No podría la Corte Suprema, en nuestra opinión, entrar a revisar el mérito o conveniencia de la decisión adoptada por el TDLC, modificándola. No podría, por ejemplo, revocar la autorización para una fusión otorgada por el TDLC, prohibiéndola. Sólo puede revisar las condiciones que este último hubiere fijado para la ejecución de los actos o contratos autorizados; si tales requisitos o condiciones se ajustan o no a la garantía constitucional del numeral 26 del artículo 19 de la Constitución Política de la República (CPR).²¹ La competencia que se otorga a la Excma. Corte Suprema está concebida en protección del consultante, a fin de permitir que este pueda hacer revisar por el Máximo Tribunal si las condiciones y requisitos son o no posibles de cumplir.

El TDLC despeja el punto relacionado con la eventual vulneración del bien jurídico tutelado "libre competencia" que la ley coloca bajo su tuición; y la Excma. Corte Suprema, a partir de tal declaración que no puede modificar, asegura al consultante que el acto o contrato que le ha sido autorizado por no ser contrario a la libre competencia, podrá ser efectivamente ejecutado, ya que las condiciones y requisitos que le ha fijado el TDLC son cumplibles o realizables. Es también nuestra opinión que la Excma. Corte Suprema no podría agregar otros requisitos o condiciones diversos de los fijados por el TDLC o hacer más

²⁰ El mismo recurso de reclamación que se regula en el artículo 27 del DL N° 211, de 1973.

²¹ Artículo 19, numeral 26, de la CPR: "La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos que ella autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio".

gravosos o exigentes los fijados por este último. Tampoco podría hacerlo si tal petición la formulará el FNE. Si así lo hiciera, entraría a pronunciarse acerca del mérito y conveniencia del acto o contrato consultado, lo que, como ya se dijo y es nuestra opinión, escapa a la competencia que la ley le reconoce.²²

No debe olvidarse que en este ámbito el TDLC actúa como órgano administrativo y que el acto mismo del Tribunal, sea el que autorice o rechace la operación consultada, no es posible de revisar por la Excma. Corte Suprema.

Tanto la resolución que autoriza el acto pura y simplemente, sin imponer requisitos o condiciones, como aquella que no lo aprueba o lo rechaza, no son susceptibles de impugnarse a través del recurso de reclamación antes indicado.

Ello, por las mismas razones comentadas en los párrafos anteriores, en cuanto a que en estos casos el TDLC sólo actúa como órgano administrativo y la competencia otorgada a la Excma. Corte Suprema sólo le permite revisar si los requisitos o condiciones impuestas a un acto o contrato en particular son realizables y compatibles con el derecho a desarrollar tal acto o contrato, que previamente ha sido declarado conforme con la libre competencia por el TDLC.

Como en estos casos no hay requisitos ni condiciones, ya que el acto no ha sido aprobado o ha sido autorizado pura y simplemente, la Excma. Corte Suprema nada tiene que revisar.

En estos casos tampoco procede el recurso de queja ni ningún otro recurso jurisdiccional, ya que aquí el TDLC actúa como órgano administrativo y no como tribunal propiamente tal, ejerciendo jurisdicción. Sí es procedente la interposición de la queja disciplinaria que se regula en el número 14 del auto acordado de la Excma. Corte Suprema sobre tramitación y fallo del recurso de queja, en contra de los ministros del TDLC que hubieran concurrido con su voto a la resolución objetada.

Es nuestra opinión que la única forma de impugnar la resolución del TDLC por medio de la cual no se aprueba el hecho, acto o convención consultado es mediante el recurso de protección. Se trata de un acto emanado de un órgano administrativo que puede ser ilegal o arbitrario, según sea el caso, como lo puede ser cualquier otro acto emanado de órganos que no actúan en el ejercicio de la jurisdicción.

²² Aunque parezca extraño, la FNE podría estar interesada en impugnar la autorización a una fusión otorgada pura y simplemente por el TDLC, sin fijarle condiciones. No tiene recurso para ello. La vía de que dispone es oponiéndose a la fusión mediante un requerimiento, lo que transforma en contencioso el procedimiento y permite la impugnación de la sentencia mediante el recurso de reclamación.

El fundamento de la acción constitucional será la violación de las garantías que se amparan mediante el recurso en cita, pero claramente las garantías posiblemente afectadas dirán relación con aquellas que se regulan en los numerales 21, 23 y 24 del artículo 19 de la CPR.

De este modo, en el caso que motiva este comentario, la resolución del TDLC que no dio lugar a la fusión consultada no era susceptible de impugnarse a través de algún recurso jurisdiccional, como el de queja, casación de forma o reclamación. Sólo pudo deducirse la queja disciplinaria que se regula en el número 14 del auto acordado de la Excmá. Corte Suprema sobre tramitación y fallo del recurso de queja, con los limitados y casi nulos efectos que ello pudo producir. Además, se pudo presentar un recurso de protección, por la eventual violación a las garantías constitucionales amparadas especialmente en los numerales 21, 23 y 24 del artículo 19 de la CPR.

En suma, cuando el TDLC actúa como órgano administrativo tiene atribuciones para prohibir el hecho, acto o convención consultado; tiene también atribuciones para establecer los requisitos y condiciones conforme a los cuales deberá ejecutarse el acto, hecho o convención consultado. Si prohíbe o autoriza el hecho, acto o convención, aparte de la queja disciplinaria, podrá impugnarse tal resolución mediante el recurso de protección; si autoriza el hecho, acto o convención fijando requisitos y condiciones conforme a los cuales se permite, procede el recurso de reclamación, quedando la competencia de la Excmá. Corte Suprema limitada sólo a revisar los requisitos o condiciones bajo los cuales fue autorizado el hecho, acto o convención.

III. El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia que inicia un procedimiento no contencioso como órgano consultivo preventivo o ad referéndum y lo termina como órgano jurisdiccional

Como se ha visto en lo que antecede, los dos primeros numerales del artículo 18 del DL N° 211, de 1973, contemplan diversos ámbitos en que puede actuar el TDLC. En el primero se le reconoce su facultad jurisdiccional y en los artículos 19 a 29 del cuerpo legal en cita se establece el procedimiento que se deberá seguir para conocer de los asuntos contenciosos de que conozca como tribunal. En el numeral segundo se lo reconoce como órgano administrativo consultivo y en los artículos 31 y 32 del mismo cuerpo legal se establece el procedimiento que se deberá seguir para conocer de estos asuntos de carácter no contencioso.

Pero puede darse el caso que se presenten consultas y demandas o requerimientos que se refieran a unos mismos hechos, actos o convenciones, circunstancia que podría dar lugar a procedimientos paralelos y a decisiones contradictorias.

Tal situación fue regulada por un auto acordado (N° 5/2004) aprobado por el TDLC con fecha 22 de julio de 2004.²³

En síntesis, en éste se dispuso que si se inicia el procedimiento contencioso por demanda o requerimiento no podrán las partes o terceros con posterioridad iniciar el procedimiento de consulta o no contencioso sobre iguales conductas referidas a los mismos hechos, actos o convenciones; que si se inicia el procedimiento de consulta no contencioso con relación a hechos, actos o contratos existentes, ejecutados o concluidos a la fecha de ingreso de dicha consulta, la oposición por legítimo contradictor o la presentación de una demanda o requerimiento, referida a los mismos hechos, hará contencioso el negocio, sujetándose éste al procedimiento contencioso establecido en los artículos 19 a 29 del DL N° 211, de 1973;²⁴ y, si se formula consulta al TDLC en procedimiento no contencioso sobre hechos actos o contratos que no han sido celebrados, ejecutados o concluidos a la fecha de ingreso de dicha consulta, no será posible con posterioridad entablar demanda o requerimiento en relación con los mismos hechos.²⁵

De este modo, si el conocimiento del TDLC se inicia bajo el procedimiento de consulta no contencioso, y no media oposición de tercero o del FNE, el TDLC conocerá como órgano administrativo consultivo y tendrá las atribuciones que se describieron en el número anterior.

Por el contrario, si iniciado el procedimiento de consulta no contencioso se presenta demanda de un tercero o requerimiento del FNE, o sea, media oposición de legítimo contradictor, el TDLC conocerá y resolverá como órgano de naturaleza jurisdiccional contando con todas las atribuciones que se indicaron en el número l) anterior.

En el caso que motiva este comentario, se inició el procedimiento de consulta o no contencioso sin que mediara oposición de legítimo contradictor. No hubo demanda de terceros ni requerimiento del FNE.

²³ En autos AD-506-2004 se impugnó ante la Excm. Corte Suprema la facultad del TDLC para dictar este auto acordado. Por sentencia de 18 de octubre de 2004, la Excm. Corte Suprema declaró la extemporaneidad de la presentación.

²⁴ "La oposición deberá efectuarse cumpliendo con todos los requisitos de una demanda o requerimiento, no produciéndose los efectos indicados en este número por la sola presentación en el procedimiento no contencioso de una opinión contraria al hecho, acto o convención consultado", dice el número 2 del auto acordado.

²⁵ "En consecuencia, quienes pretendan oponerse a tales conductas deberán hacerlo en conformidad al procedimiento no contencioso ya iniciado. Si igualmente se presentare demanda o requerimiento, ésta se mandará agregar a los autos no contenciosos y se tendrá como antecedente para las resoluciones que dicte el Tribunal en dicho proceso", dice el número 3 del auto acordado.

Por consiguiente, el TDLC actuó como órgano administrativo consultivo preventivo ejerciendo las atribuciones de que es titular en ese ámbito de competencia y que son las indicadas en el número que antecede.

IV. Conclusiones

1. El TDLC actúa en dos ámbitos diferentes. Como tribunal propiamente tal y como órgano administrativo consultivo.

2. Actuando como tribunal, ejerce jurisdicción y dicta sentencia. En ésta puede ordenar que se ponga término al convenio de fusión y a la estructura societaria resultante de la misma, prohibiéndola; también puede ordenar la división de una estructura societaria que por la envergadura que ha alcanzado, se presente como un riesgo de lesión al bien jurídico tutelado por el DL N° 211, de 1973.

3. En contra de la sentencia definitiva proceden los recursos de casación de forma y de reclamación que conoce y falla la Excma. Corte Suprema. No procede el recurso de queja. Sí es procedente la queja disciplinaria en contra de los Ministros del TDLC.

4. Actuando como órgano administrativo consultivo, pronuncia resoluciones que no son de naturaleza jurisdiccional ni que pueden ser calificadas como de jurisdicción no contenciosa. En este ámbito puede adoptar medidas correctivas o prohibitivas como la de no aprobar fusiones, prohibiéndolas, si actúa de modo preventivo o *ex ante*, u ordenar la división de la estructura resultante de una fusión, si sólo se le consulta *ex post*. También puede no aprobar la operación consultada o aprobarla bajo la exigencia de que se someta a los requisitos y condiciones que le fije el mismo TDLC.

5. La resolución que aprueba una operación consultada y le impone condiciones es susceptible de revisarse por la Excma. Corte Suprema a través del recurso de reclamación, sólo en aquella parte que se refiere a las exigencias y requisitos que deben ser cumplidos por el consultante que quiera ejecutar la operación, todo ello a través del recurso que expresamente se consulta en el artículo 31 del DL N° 211, de 1973. Es procedente la queja disciplinaria en contra de los ministros del TDLC.

6. Tanto la resolución que autoriza pura y simplemente la operación como aquella que no la autoriza, dado que no es de naturaleza jurisdiccional y no tiene consultado un recurso en la ley, no puede ser impugnada a través del DL N° 211, de 1973. Sólo podría impugnarse mediante un recurso de protección,

de estimarse que la actuación es ilegal al no tener el TDLC facultades para rechazar una operación o que la decisión es arbitraria. Es procedente la queja disciplinaria en contra de los ministros del TDLC.

7. En el caso en comentario, dado que el TDLC actuó sólo como órgano administrativo consultivo y no autorizó la operación consultada, la misma sólo pudo ser impugnada mediante un recurso de protección, invocando como infringidas las garantías de los numerales 21, 23 y 24 del artículo 19 de la CPR. No era procedente el recurso de queja ni el de reclamación que regula el artículo 27 del DL N° 211, de 1973. Sí la queja disciplinaria a que se refiere el número 14 del auto acordado de la Excma. Corte Suprema sobre tramitación y fallo del recurso de queja.