UNIVERSIDAD ADOLFO IBÁÑEZ

¿SE JUSTIFICA LA CONSULTA ANTE EL TDLC?

Juan Cristóbal Gumucio, Elías Astudillo y Tomás Labbé

CentroCompetencia

¿Se justifica la consulta ante el TDLC?

Febrero 2020

Juan Cristóbal Gumucio Sch.
Abogado de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Oxford University, Magister Juris (MJur), 1998.

Elías Astudillo Román
Abogado de la Pontificia Universidad Católica de Chile, King's College London University, Master of Laws (LL.M.) on *Competition Law, 2018.*

Tomás Labbé Brites
Abogado de la Universidad de Chile.

I. INTRODUCCIÓN

Con fecha 13 de noviembre de 2019, la Corte Suprema (CS) confirmó la Resolución 51-2018 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC), dictada en la causa rol NC-427-14[1] (caso del gas). La sentencia de la CS se erigió como el último capítulo de una larga saga, de más de cinco años de duración, que mantuvo la atención, no solo de la industria, sino que también del mundo académico de abogados y economistas que se dedican a materias de libre competencia.

En el presente trabajo, nos centraremos en la forma en que el TDLC y la CS interpretaron el artículo 18 Nº 2 del Decreto con Fuerza de Ley Nº 1 de 2005 que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley Nº 211 de 1973 (DL 211), en las interrogantes a las que han dado lugar y, en definitiva, en una reflexión sobre la facultad consultiva del TDLC, su alcance y su rol en nuestro sistema actual de libre competencia (considerando que la facultad es de larga data).

En lo que sigue, procederemos a dar una visión panorámica del origen y actualidad de la facultad consultiva en la ley (Sección II), resumir el caso en cuestión (Sección III), y presentar reflexiones sobre los pronunciamientos del TDLC y la CS, cuya relevancia puede transcender a dicho caso particular (Sección IV).

---

1 *Solicitudes de Conadecus en relación con el mercado del gas*, NC-427-2014, Resolución TDLC N° 51/2018 (2018). Hacemos presente que dos de los autores representaron a una de las partes intervinientes en algunas de las etapas del proceso, pero las opiniones vertidas en este documento son personales de los autores y en nada comprometen ni representan a ninguna parte interviniente en dicha causa.

II. LA FACULTAD CONSULTIVA DEL TDLC EN LA HISTORIA DEL DL 211

A continuación, revisaremos cuatro momentos claves en la historia de la facultad consultiva: su introducción en el año 1973, su posterior radicación en el TDLC, la modificación de 2009 y su redacción actual (post introducción del nuevo régimen de control de operaciones de concentración).

a. El texto original de 1973

La facultad de los órganos antimonopolios en Chile para absolver consultas ya se encontraba incluida en el texto original del DL 211. En su primera versión, la facultad consultiva se encontraba en manos de las Comisiones Preventivas Provinciales[2] y de la Comisión Preventiva Central (CPC).

De acuerdo a los artículos 8 y 11 del DL 211 original, estas Comisiones Preventivas estaban a cargo de "*absolver consultas acerca de los actos o contratos existentes que podrían infringir las disposiciones del presente decreto ley*" y de "*pronunciarse respecto de las consultas que se formulen sobre actos o contratos que se propongan ejecutar o celebrar en cuanto puedan alterar la libre competencia*"[3]. Cada Comisión Preventiva Provincial conocía de los asuntos propios de su competencia en el territorio respectivo, mientras que la CPC servía de instancia revisora de las consultas resueltas por los órganos provinciales por medio de un recurso de reclamación, a la vez que resolvía, sin ulterior recurso, las consultas en la provincia de Santiago, primero, y, luego, en la Región Metropolitana[4].

Es posible notar que, ya en su génesis, las consultas eran admitidas tanto respecto de actos o contratos existentes, como de aquellos que se proyectaba ejecutar o celebrar. De otro lado, la ley no se refería a la legitimidad activa para interponer una consulta, sin mencionar a las partes o interesados que iteraciones posteriores del DL 211 incorporaron como legitimados activos.

Esta facultad encarnaba el rol didáctico y educador que inspiraba a las Comisiones Preventivas, en un contexto en que las leyes sobre competencia comenzaban, de manera inédita, a ser respaldadas por una orgánica propia para su aplicación y difusión.

b. La ley N° 19.911 y la introducción del TDLC

Con la creación del TDLC, y la consecuente desaparición de las Comisiones Antimonopolios, el nuevo órgano jurisdiccional concentró tanto las facultades propias de un juez como aquellas que, aunque administrativas en naturaleza, fueron ejercidas por las Comisiones Preventivas. De este modo, la facultad consultiva fue entregada al TDLC por medio de la ley N° 19.911 en el año 2003, que modificó el DL 211, radicando en el TDLC la atribución para "*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*

2 Posteriormente, las Comisiones Preventivas Provinciales pasaron a ser Regionales.

3 DL 211 (versión original del año 1973), artículo 8, literales a) y b).

4 Posteriormente, la CPC perdió su capacidad revisora en favor de la Comisión Resolutiva, la cual conocía de las reclamaciones interpuestas tanto en contra de la CPC como de las Comisiones Preventivas Regionales.

cual, en ambos casos, podrá fijar las condiciones que deberán ser cumplidas en dichos hechos, actos o contratos"[5]. Esta redacción no fue pacífica. En un comienzo, el proyecto proponía la facultad del TDLC para "*absolver consultas*", tal como fue el caso de las Comisiones Preventivas. Sin embargo, hubo resistencia en la discusión legislativa, pues el otorgamiento de la facultad consultiva a un órgano que también ejerce jurisdicción podría afectar su rol al juzgar un acto o contrato que hubiera sido consultado previamente[6].

El punto de consenso fue asimilar o, más bien, interpretar la facultad consultiva como el conocimiento de un asunto no contencioso. Dado que en el derecho chileno hay una larga tradición de asuntos que, aunque entregados a la judicatura, no constituyen ejercicio de la jurisdicción[7], cambiar la redacción de "*absolver consultas*" a "*conocer los asuntos de carácter no contencioso*" permitió salvar las objeciones presentadas.

En cualquier caso, la facultad consultiva se siguió estimando como una valiosa herramienta para la certeza de quienes pudieran verse afectados por los hechos, actos o contratos consultados y, en particular, de las partes que participan en ellos. Así, el Fiscal Nacional Económico de la época sostuvo que la consulta "*es una posibilidad de seguridad legítima para quienes tenga verdadero interés en consultar al tribunal y no incurrir en una problemática posterior, cuando ya los hechos están consumados. Por ejemplo, en un caso de fusión, se permite a quien tiene interés legítimo en ella, consultar antes de que esté terminada, para no incurrir en enormes gastos*"[8] [sic].

A diferencia de la ley original, el nuevo artículo 17 C N° 2 reguló expresamente la legitimidad activa, entregándola a quien tenga interés legítimo y a la FNE respecto de los hechos, actos o contratos existentes y solo a las partes, respecto de los que se proponían ejecutar o celebrar.

c. La ley N° 20.361 y la modificación de los sujetos activos

El DL 211 fue modificado por la ley N° 20.361 del año 2009, a partir de la cual la facultad consultiva se pasó a configurar del siguiente modo: "*Conocer, a solicitud de quien tenga interés legítimo, o del Fiscal Nacional Económico, los asuntos de carácter no contencioso que puedan infringir las disposiciones de la presente ley, sobre hechos, actos o contratos existentes o por celebrarse, para lo cual, podrá fijar las condiciones que deberán ser cumplidas en tales hechos, actos o contratos*"[9].

La redacción del artículo sustituyó a las partes por el término "quien tenga interés legítimo" y no distinguió entre hechos o actos existentes o por celebrarse.

---

5 DL 211 (versión de 14 de noviembre de 2003 en virtud de modificación realizada por la Ley N° 19.911), artículo 17 C N° 2.

6 Así, por ejemplo, en su oficio a la Cámara de Origen, el Pleno de la Corte Suprema opinó que "*pronunciarse sobre materias preventivas que no le son propias va más allá de lo jurisdiccional, por lo que esta competencia debiera serle sustraída* (...) *en defecto de lo anterior, estando los ministros obligados a emitir opinión en este tipo de materias, revisables en el tiempo y con efectos jurídicos que pueden ser de enorme relevancia -lo cual podría hipotéticamente dar lugar a discusión mediante el procedimiento judicial que se contempla en el proyecto- hace pertinente recomendar se establezca expresamente que en tales casos las opiniones vertidas por los ministros no constituye causal de inhabilidad*". Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (BCN), *Historia de la Ley N° 19.911*, https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/5814/HLD_5814_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf.

7 Tales como la sucesión testada, los cambios de nombre, la muerte presunta, etc.

8 BCN, *Historia de la Ley N° 19.911*.

9 DL 211 (versión de 13 de julio de 2009 en virtud de modificación realizada por la Ley N° 20.361), artículo 18 N°2.

En virtud de dicha modificación hubo varios casos, comenzando por la fusión de LAN con TAM[10], donde se discutió el alcance de dicha modificación y si terceros, como la Corporación Nacional de Consumidores y Usuarios de Chile (Conadecus), tenían interés legítimo para iniciar un proceso de consulta de una operación futura.

En el caso del gas, el TDLC estimó, en un principio, que solo las partes de los actos o hechos consultados podían ser consideradas con "interés legítimo". La Corte Suprema, sin embargo, disintió y ordenó al TDLC conocer del asunto[11].

d. La ley N° 20.945 y el estado actual de la facultad consultiva

Con el paso de los años, el procedimiento de consulta del artículo 18 N° 2 se fue consolidando como el sistema para la revisión de operaciones de concentración, pero tal procedimiento tenía múltiples defectos para una ordenada tramitación de la aprobación de estas operaciones, por ejemplo, el hecho de que pudiera ser iniciado por terceros oponentes. Por otra parte, el procedimiento de consulta, originalmente voluntario y que tenía por objeto otorgar certeza primordialmente a las futuras partes contratantes, cada vez fue menos utilizado por estas y más utilizado por terceros oponentes a una determinada transacción.

En vista de lo anterior, se hizo necesario legislar para regular un proceso de revisión de las operaciones de concentración, el cual fue consagrado en la ley N° 20.945 de 2016, que las sustrajo de la facultad consultiva del TDLC (aun cuando podría argumentarse que su revisión era la principal justificación para la existencia de esta potestad consultiva).

Sin perjuicio de lo anterior, la potestad consultiva del TDLC se mantuvo, dejando en claro que terceros con interés legítimo podrían iniciarla, al señalar la norma actualmente vigente que el TDLC tiene la facultad para "*conocer, a solicitud de quienes sean parte o tengan interés legítimo en los hechos, actos o contratos existentes o por celebrarse distintos de las operaciones de concentración a las que se refiere el Título IV, o del Fiscal Nacional Económico, los asuntos de carácter no contencioso que puedan infringir las disposiciones de esta ley, para lo cual podrá fijar las condiciones que deberán ser cumplidas en tales hechos, actos o contratos*"[12].

Cabe destacar, sin embargo, que la intención en el proyecto original era limitarla, de modo de canalizar las acciones de terceros a través de la FNE, que actuaría como filtro antes de iniciar el proceso ante el TDLC. Así, en el proyecto original de la que sería, a la postre, la ley N° 20.945 se indicaba que "*con el objeto de clarificar la legitimidad activa para el ejercicio de la potestad consultiva, se propone que sólo quienes sean parte en los hechos, actos o contratos, o el Fiscal Nacional Económico en su calidad de representante del interés general de la colectividad en el orden económico, puedan plantear una consulta ante el TDLC*"[13]. Esta propuesta, demás está decir, no prosperó. En su lugar, se reafirmó el derecho de los terceros particulares para acudir directamente al TDLC a través de una consulta.

---

10 *Consulta de Conadecus sobre operación de concentración LAN Airlines S.A. y TAM Linhas* Aéreas S.A., NC-388-2011, Resolución TDLC N° 37/2011 (2011).

11 *Conadecus en relación con el mercado del gas*, Rol N° 30.190-2014, Sentencia Corte Suprema (2016), C. 8.

12 DL 211, artículo 18 N° 2.

13 BCN, *Historia de la Ley N° 20.945*, https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/5311/HLD_5311_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf.

La amplia admisibilidad que se le ha dado a terceros con interés para iniciar procesos de consultas, donde por regla general buscan un pronunciamiento para impedir o modificar, de manera relevante, actos o contratos de otros, ha generado una genuina discusión sobre si dichas consultas son propiamente procesos no contenciosos o si, por el contrario, se trata de procesos contenciosos tramitados por una vía procesal inidónea[14].

III. EL CASO DEL GAS

En octubre de 2014, la Conadecus hizo una presentación ante el TDLC con cuatro solicitudes. De dichas solicitudes, había dos que guardaban relación con la facultad consultiva del TDLC[15], que estaban dirigidas a que conociera (i) de "*la adquisición existente o por celebrarse de CGE por parte Gas Natural Fenosa en cuanto se pronuncie si ella se ajusta a las normas de Defensa de la Libre Competencia y si corresponde fije las condiciones que deberán ser cumplidas en tal adquisición*" [sic] y (ii) de "*las actuales relaciones de propiedad existentes entre las diferentes empresas que operan en el mercado relevante del gas (gas licuado de petróleo y gas natural licuado) y que en caso de que proceda fije las condiciones necesarias para evitar que dichas integraciones verticales y horizontales continúen causando daño o poniendo en peligro la libre competencia*"[16].

Con fecha 30 de octubre de 2014, el TDLC decidió no admitir a tramitación la presentación de Conadecus. En particular, en lo relativo a las solicitudes relacionadas con el ejercicio de su potestad consultiva, el TDLC, manteniendo la línea de lo que venían siendo sus pronunciamientos anteriores[17], se negó a conocer ambas solicitudes, fijando posición de la siguiente forma:

- Tratándose de hechos, actos o contratos por ejecutarse o celebrarse, solo la Fiscalía Nacional Económica y las partes que proyectaban ejecutar o celebrar dichos hechos, actos o contratos tenían "interés legítimo" para someterlos a consulta ante el TDLC[18].
- Lo anterior, por cuanto, siguiendo lo que había sido la historia legislativa de su consagración, el TDLC consideraba que la potestad consultiva tenía por objeto obtener un pronunciamiento orientado a "*otorgar o denegar a la parte consultante la certeza jurídica que establece el artículo 32*" del DL 211[19].
- Si una persona consultaba si un hecho, acto o contrato ejecutado o celebrado por un tercero infringía las normas del DL 211, tal asunto naturalmente era contencioso y, por ende, ajeno a la potestad consultiva[20].

14 A este respecto, puede verse el caso *Consulta de la Asociación Chilena de Empresas de Turismo A.G. sobre operación de concentración LATAM Airlines Group, American Airlines Inc. y otras*, NC-434-2016.

15 Las otras dos solicitudes guardaban relación con la facultad del TDLC de dictar instrucciones de carácter general y con ciertas normas propias de la Ley de Servicios de Gas (Decreto con Fuerza de Ley Nº323, de 1931).

16 Escrito que interpone asunto de carácter no contencioso en *Solicitudes de Conadecus en relación con el mercado del gas*, NC-427-2014, a fs. 41.

17 Para reforzar dicha idea, el mismo TDLC hizo referencia a sus pronunciamientos en las causas rol NC-146-06, NC-194-07, NC-296-08, NC-410-12, y NC-419-14.

18 *Solicitudes de Conadecus en relación con el mercado del gas*, NC-427-2014, Resolución TDLC que no admite a tramitación (2014), C. 5.

19 *Solicitudes de Conadecus en relación con el mercado del gas*, NC-427-2014, Resolución TDLC que no admite a tramitación (2014), C. 5.

20 *Solicitudes de Conadecus en relación con el mercado del gas*, NC-427-2014, Resolución TDLC que no admite a tramitación (2014), C. 2.

- Lo anterior era importante para que, por una parte, el tercero "consultado" tuviera derecho a defenderse con todas las garantías procesales que un procedimiento contencioso confiere y, por la otra, el TDLC esté facultado para sancionar o adoptar las medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que fueren procedentes[21].

Conadecus reclamó de la decisión del TDLC y la CS, en decisión dividida[22], accedió parcialmente a la reclamación, obligando al TDLC a tramitar, de acuerdo a las normas de los procedimientos no contenciosos, las dos solicitudes que guardaban relación con su potestad consultiva[23].

La CS sostuvo[24] que, dado los términos en los que se encontraba consagrada la potestad consultiva del TDLC en el artículo 18 N° 2 del DL 211, esta no contenía limitación alguna que permitiese sostener la interpretación de que la consulta de un hecho, acto o contrato estaba reservada a quienes eran partes en ellos[25]. Además, el procedimiento no contencioso resguardaría, debidamente, los derechos de todos los intervinientes[26].

Así, se le ordenó al TDLC conocer, en uso de su potestad consultiva, de las dos solicitudes de Conadecus. La tramitación de este procedimiento no contencioso culminó con la dictación de la Resolución N° 51-2018, en la que se establecieron, entre otras[27], (i) medidas conductuales destinadas a prever supuestos riesgos detectados por el TDLC en la propiedad conjunta de Copec en Metrogas y en Abastible[28], y (ii) medidas estructurales, de desinversión, destinadas a prever riesgos provenientes de la propiedad conjunta de Gasco y Abastible en Gasmar, obligando, en la práctica, a aquellas a enajenar su participación en esta[29-30].

La resolución del TDLC fue objeto de recursos de reclamación de parte de Gasco, Gasmar, Abastible, Copec y Conadecus, sin embargo, todos fueron rechazados por la CS que, en noviembre del año 2019, confirmó la resolución del TDLC[31].

---

21 *Solicitudes de Conadecus en relación con el mercado del gas*, NC-427-2014, Resolución TDLC que no admite a tramitación (2014), C. 2.

22 El Ministro Sr. Cisternas se opuso a obligar al TDLC a conocer la primera de las solicitudes de Conadecus, mientras que las Ministras Sra. Egnem y Sra. Sandoval se opusieron a que el TDLC conociera la segunda de sus pretensiones.

23 *Solicitudes de Conadecus en relación con el mercado del gas*, Rol N° 30.190-2014, Sentencia Corte Suprema (2016), parte resolutiva.

24 Con un razonamiento similar al utilizado por el máximo tribunal en la *Consulta de Transporte Delfos Limitada sobre Bases de Licitación del Aeropuerto Internacional Arturo Merino Benítez*, Rol N° 1.324-2015, al conocer del recurso de reclamación de Sociedad de Transportes Delfos Limitada en contra de una resolución del TDLC en la que se había negado a conocer, mediante un procedimiento no contencioso, las bases de licitación del Aeropuerto Arturo Merino Benítez de Santiago.

25 *Conadecus en relación con el mercado del gas*, Rol N° 30.190-2014, Sentencia Corte Suprema (2016), C. 7.

26 *Conadecus en relación con el mercado del gas*, Rol N° 30.190-2014, Sentencia Corte Suprema (2016), C.4.

27 También se incorporaron ciertas medidas conductuales a cumplir por los administradores de los terminales de GNL.

28 *Solicitudes de Conadecus en relación con el mercado del gas*, NC-427-2014, Resolución TDLC N° 51/18 (2018), C. 149.

29 *Solicitudes de Conadecus en relación con el mercado del gas*, NC-427-2014, Resolución TDLC N° 51/18 (2018), C. 154.

30 La imposición de esta medida de orden estructural contó con el voto en contra de la Ministra Sra. María de la Luz Domper Rodríguez.

31 *Conadecus en relación al mercado del gas,* Rol N° 4.108-2018, Sentencia Corte Suprema (2019), C.1.

IV. REFLEXIONES ACERCA DE LA FACULTAD CONSULTIVA A LA LUZ DEL CASO DEL GAS

Más allá de las cuestiones de índole económica o fáctica, que constituyeron parte de la discusión del fondo del caso en comento, nos centraremos en ciertas cuestiones que, habiendo sido señaladas por el TDLC y la CS, plantean interrogantes en torno a la facultad consultiva, su alcance y objetivos.

a. ¿Era la materia consultada realmente no contenciosa?

Como ya se ha explicado, la radicación de la potestad consultiva en el TDLC se hizo mediante su analogación a un proceso de carácter no contencioso, en el que, supuestamente, no habría una controversia jurídica entre partes. En el caso del gas, dicha circunstancia fue destacada en la sentencia de la CS que ordenó al TDLC a tramitar la consulta de Conadecus, que recalcó, citando pronunciamientos propios previos, que "*en un procedimiento de carácter no contencioso el órgano público conoce de materias en que se parte del supuesto de la falta de controversia jurídica, sin que exista propiamente una acción, proceso y partes, sino que un requirente o interesado y órgano requerido; y que tampoco haya pronunciamiento de una sentencia, sino un dictamen, declaración o resolución*"[32].

Sin perjuicio de lo anterior, cabe preguntarse si, en los hechos, la naturaleza del caso que nos convoca puede ser considerada no contenciosa y cuál es la línea que determina que estemos o no ante una controversia. ¿Basta solo con que no se soliciten formalmente sanciones en el escrito de consulta para entender que se trata de un asunto no contencioso? A modo ilustrativo, la presentación inicial de Conadecus, que cumplía con dicha característica, señalaba expresamente que "*dada la composición de las propiedades de los distintos operadores del mercado relevante de gas que se describe en nuestra solicitud es que resulta fundamental que S.S. conozca de dicha estructura propietaria y disponga, ya sea que se concrete o no la compra de CGE por Gas Natural Fenosa, las medidas para desintegrar las propiedades con la finalidad de contar con un mercado competitivo*"[33]. ¿No acercaba esta solicitud el asunto a algo contencioso dada su similitud con una medida que es propiamente una sanción?[34]

b. Libertad del TDLC para imponer medidas y el principio de congruencia

Al conocer del caso en cuestión, el TDLC y la CS coincidieron en la amplia libertad que tendría el primero para imponer toda clase de medidas para que los hechos, actos o contratos consultados estén en línea con las normas de libre competencia[35]. En términos textuales, el TDLC afirmó gozar "*de discrecionalidad respecto de las medidas y condiciones que puede imponer en un procedimiento de consulta*", pudiendo "*adoptar todas las*

---

32 *Consulta de Transportes Delfos Limitada Sobre Bases De Licitación del Aeropuerto Internacional Arturo Merino Benítez*, Rol N° 1.324-2015, Sentencia Corte Suprema (2015), C.2. El subrayado es nuestro. En el mismo sentido: *Conadecus en relación al mercado del gas,* Rol N° 4.108-2018, Sentencia Corte Suprema (2019), C.3.

33 Escrito que interpone asunto de carácter no contencioso, *Solicitudes de Conadecus en relación con el mercado del gas*, NC-427-2014, a fs. 41, párrafo 108. El subrayado es nuestro.

34 El artículo 26 literal a) del DL 211 expresamente considera como sanción el poner término a actos, contratos, convenios, sistemas o acuerdos. No se nos escapa que una desinversión no es, propiamente, equivalente a poner término a un acto, pero sus efectos son equivalentes en magnitud y alcance.

35 *Solicitudes de Conadecus en relación con el mercado del gas*, NC-427-2014, Resolución TDLC N° 51/2018 (2018), par. 47 y ss.; y *Conadecus en relación al mercado del gas,* Rol N° 4.108-2018, Sentencia Corte Suprema (2019), C.1.

medidas que estime aptas"[36].

Particularmente interesante resulta la visión expresada en el sentido de que las medidas no estarían circunscritas a lo solicitado por el consultante, los intervinientes o aportantes, siendo el TDLC "*el encargado de estudiar el acto consultado y concluir cuáles pueden ser las mejores vías para evitar los eventuales efectos negativos para la competencia*"[37]. En otras palabras, las exigencias del debido proceso en los procedimientos no contenciosos exigirían al TDLC "*un deber de congruencia en su pronunciamiento respecto de los hechos, actos o contratos que fueron objeto de consulta y la calificación jurídica de los mismos en el escrito que da a inicio la misma, los que no podrían ser modificados en la resolución final. Esta congruencia no se extiende a las solicitudes o sugerencias de las partes o interesados porque semejante restricción significaría privar al Tribunal de su función de proteger la libre competencia del modo que estime más adecuado de acuerdo al mérito del proceso*"[38].

Pero ¿qué pasa con la congruencia referida cuando el hecho que se consulta es tan amplio como "*las actuales relaciones de propiedad existentes entre las diferentes empresas que operan en el mercado relevante del gas*"? Hagamos por un segundo el ejercicio de modificar el mercado relevante por el de servicios de retail, minería, pesca, eléctrico o cualquier otro ¿cuál sería el resultado? ¿qué limitaría al TDLC? ¿Podrían consultas genéricas y de contornos poco definidos, como la de Conadecus, habilitarlo para comportarse como un investigador de mercados o buscador de riesgos con amplias facultades para mitigarlos, sin que los afectados puedan hacer sus descargos respecto de las medidas que se les pretenden imponer?

c. ¿Podrían los intervinientes del procedimiento haberse opuesto a la consulta?

Es propio de los asuntos no contenciosos que la oposición a la pretensión presentada vuelva contencioso el procedimiento. Las materias de libre competencia, en principio, no son excepción. Así consta en la historia de la ley N° 19.911[39] y lo ha reconocido la propia Corte Suprema[40]. Acorde con esto, el Auto Acordado N° 5 del TDLC determina las condiciones en las cuales la oposición presentada en un procedimiento iniciado de acuerdo al 18 N° 2 puede volverlo contencioso.

De acuerdo al TDLC, para volver contenciosa una consulta es necesario que se presente una oposición que cumpla con "*todos los requisitos de una demanda o requerimiento*"[41], no bastando la sola oposición en el procedimiento, presumiblemente, a través del aporte de antecedentes, para tornar el procedimiento contencioso.

---

36 *Solicitudes de Conadecus en relación con el mercado del gas*, NC-427-2014, Resolución TDLC N° 51/2018 (2018), par. 47. La CS confirmó dicho parecer en *Conadecus en relación al mercado del gas,* Rol N° 4.108-2018, Sentencia Corte Suprema (2019), C.10.

37 *Solicitudes de Conadecus en relación con el mercado del gas*, NC-427-2014, Resolución TDLC N° 51/2018 (2018), C. 48.

38 *Solicitudes de Conadecus en relación con el mercado del gas*, NC-427-2014, Resolución TDLC N° 51/2018 (2018), C 49. Visión compartida por la CS en *Conadecus en relación al mercado del gas,* Rol N° 4.108-2018, Sentencia Corte Suprema (2019), C.1.

39 El diputado Juan Bustos indicó que "*Evidentemente, esto* [refiriéndose a un asunto no contencioso] *puede transformarse en contencioso y, por lo tanto, pasar a la jurisdicción contenciosa del tribunal*". BCN, *Historia de la Ley N°19.911.*

40 "*Desde luego, el predicamento que se ha expresado no impide concluir que con otros antecedentes el conocimiento del asunto pueda transformarse en contencioso y de carácter jurisdiccional, en razón de una oposición propiamente tal formulada en el respectivo procedimiento de consulta*". *Consulta de Transportes Delfos Limitada Sobre Bases De Licitación del Aeropuerto Internacional Arturo Merino Benítez*, Rol N° 1.324-2015, Sentencia Corte Suprema (2015), C.7.

41 Auto Acordado N° 5 (22 de julio de 2004) del TDLC, modificado por el Auto Acordado N° 18 (24 de octubre de 2017).

¿De qué manera, entonces, podrían las partes afectadas presentar una oposición que vuelva el procedimiento contencioso?

Con una consulta planteada en términos genéricos y un TDLC vinculado a los hechos consultados, pero no a las medidas pedidas, ¿de qué manera podrían haberse opuesto, razonablemente, las partes en los hechos consultados? No parece dable que estas pudieran contradecir la facultad del TDLC para conocer del mercado del gas. Cabe preguntarse si, aceptado que haya consultas que no definan con precisión su objeto o las medidas solicitadas, esto es compatible con el derecho de las partes a contradecir la consulta y, de este modo, generar un contencioso. ¿Deberían haberse auto demandado? En la alternativa, ¿podrían haber demandado a CONADECUS y bajo qué fundamentos?

Estos puntos plantean aspectos interesantes respecto a la naturaleza no contenciosa de la consulta. Mientras que en las materias del derecho ordinario es claro cómo puede presentarse una oposición en un procedimiento no contencioso, una oposición a una consulta en materia de libre competencia presenta especiales complejidades tanto de forma (alcance del objeto de la consulta) como de fondo (no siempre habrá un legítimo contradictor al cual dirigir la oposición).

d. ¿Medidas o sanciones?

Tal como fue referido, entre las medidas adoptadas por la Resolución N° 51-2018, se incluyó una obligación sobre Gasco y Abastible, consistente en enajenar su propiedad en Gasmar. Cabe preguntarse qué diferencia hay entre una medida como esa y las sanciones que pueden aplicarse en el marco de un procedimiento contencioso. De hecho, entre las sanciones que puede imponer el TDLC en una sentencia definitiva, que declara la comisión de un ilícito anticompetitivo, se encuentra la de "*Modificar o poner término a los actos, contratos, convenios, sistemas o acuerdos que sean contrarios a las disposiciones de la presente ley*"[42]. ¿Existe alguna diferencia material (más allá de la ausencia de un reproche formal) entre dicha clase de sanciones y la medida de desinversión en Gasmar?

Es interesante notar que el hecho de que el TDLC y la CS hayan coincidido en la aptitud de un procedimiento no contencioso para ordenar dicha clase de medidas en relación a actos o hechos ya ejecutados se contrapone a lo sostenido por ambos en ocasiones anteriores, donde declararon, por ejemplo, que "*dichas consecuencias no pueden ser conciliadas con el carácter no contencioso de la consulta que dio origen a esta causa, en tanto aquélla cumple una evidente finalidad preventiva o correctiva de la actividad de los agentes económicos. Sin embargo, la afectación de derechos vigentes y válidamente constituidos pugna con ese afán anticipatorio, en especial si la dejación sin efecto aludida es decidida a través de un mecanismo procesal que no asegura a los interesados las garantías mínimas de un racional y justo procedimiento*"[43].

e. La paradoja de hacer desaparecer un hecho o retrotraer un acto para que uno u otro cumplan con la normativa de libre competencia.

En el esquema del legislador (y así lo ha entendido la CS[44]), la facultad consultiva, ejercida por terceros,

42 Artículo 26 letra a) del DL 211.

43 *Solicitud de la FNE sobre modificación del Dictamen N° 757 De La H. Comisión Preventiva*, Rol N° 21.791-2014, Sentencia Corte Suprema (2015), C.11. El subrayado es nuestro.

corresponde tanto respecto de hechos, actos o contratos proyectados como de aquellos ya vigentes. Lo anterior tiene consecuencias relevantes respecto a las medidas o condiciones aplicables en el marco de un procedimiento consultivo.

Mientras pareciera tener lógica que respecto de hechos futuros puedan imponerse las condiciones que sean necesarias para compatibilizarlos con la libre competencia, cabe preguntarse cuál sería el límite de dichas condiciones respecto de hechos actuales o consumados[45].

¿Qué condiciones pueden establecerse para ser cumplidas en ellos? ¿Puede entenderse que la venta del mismo bien adquirido es una condición para su compra? Por ejemplo, en el caso en cuestión, el TDLC, al ordenar desinvertir, afectó los derechos de propiedad (ya consolidados) por medio de los cuales Abastible y Gasco habían adquirido sus participaciones en Gasmar, y no la forma cómo se ejercen los derechos sociales que emanan de aquellos (a diferencia de lo que ocurre con las medidas conductuales). Es decir, ordena deshacerse de las acciones adquiridas, enajenando los derechos sociales relacionados, en lugar de limitar el ejercicio de estos. ¿Hasta qué punto, incluso a nivel epistemológico, es posible entender que un hecho o acto en sentido inverso constituye una condición para que el hecho o acto original se conforme a las normas de libre competencia? ¿Es posible alegar la prescripción en contra de una condición interpuesta por el TDLC que modifica una situación consolidada en el tiempo, tal como se habría hecho ante una acción contenciosa? Preguntas como estas llevan a reflexionar si el poner término a hechos o actos consumados debiese estar reservado para procedimientos contenciosos en los que se constate una infracción.

44 *Conadecus en relación al mercado del gas,* Rol N° 4.108-2018, Sentencia Corte Suprema (2019), C.15.

45 Más aun considerando la posibilidad de que el fundamento que justifique la imposición de dichas condiciones sea un análisis del tipo prospectivo, más propio de casos de control de fusiones, de comparación de potenciales riesgos *versus* eficiencias, como el utilizado por el TDLC en este caso.

V. CONCLUSIONES: LA POTESTAD CONSULTIVA COMO UNA HERRAMIENTA DE CERTEZA JURÍDICA

La historia de su consagración legal y la interpretación de la CS muestran que la razón de ser de la potestad consultiva del TDLC es "*entregar certeza jurídica*"[46]. Creemos que debiera ser materia de revisión si cuestiones como (i) la posibilidad de que terceros puedan consultar hechos o actos presentes o futuros, (ii) que dichos hechos o actos puedan ser planteados de la forma amplísima en que se hizo en el caso en comento, (iii) la amplia libertad del TDLC para imponer medidas, y (iv) el hecho que estas últimas puedan tener entidad asimilable a las sanciones aplicables en procedimientos contenciosos, producen, en la práctica, un gran nivel de incertidumbre y, en consecuencia, si se da la paradoja que la institución de la consulta sirva los fines exactamente opuestos a los que justificaron su creación.

En el caso del gas, el TDLC se vio obligado a analizar las estructuras y relaciones de propiedad de toda una industria, a detectar la presencia de riesgos y a mitigarlos. La forma en que desempeñó dicho encargo plantea la inquietud de que la facultad consultiva del TDLC pueda, por un lado, ser utilizada por terceros como una herramienta para la obtención de verdaderas sanciones de una forma más sencilla que en un procedimiento contencioso, evitando "*obstáculos*" como las normas de prescripción, la carga de probar la ocurrencia de un ilícito[47] y de definir con precisión el objeto del proceso, y, por el otro, comprometa las posibilidades de defensa de partes que, en el extremo, podrían ni siquiera ser partes intervinientes en la consulta.

Si el procedimiento no contencioso se desnaturaliza, tiene más sentido eliminar esta facultad consultiva del TDLC o volver a su origen, limitándola a consultas que solo puedan llevar a cabo las partes involucradas en los actos y contratos, permitiendo a los terceros accionar en contra de dichos actos y contratos por vía contenciosa.

---

46 *Conadecus en relación al mercado del gas,* Rol N° 4.108-2018, Sentencia Corte Suprema (2019), C.8.

47 Esto se ve agravado por la inexistencia de un auto de prueba y término probatorio.

Este documento se encuentra sujeto a los términos y condiciones de uso disponibles en nuestro sitio web:
http://www.centrocompetencia.com/terminos-y-condiciones/

Cómo citar este artículo:
Juan Cristobal Gumucio, Elías Astudillo y Tomás Labbé, "¿Se justifica la consulta ante el TDLC?",
Investigaciones CeCo (febrero, 2020),
http://www.centrocompetencia.com/investigaciones

Envíanos tus comentarios y sugerencias a info@centrocompetencia.com
CentroCompetencia UAI – Av. Presidente Errázuriz 3485,
Las Condes, Santiago de Chile