

El futuro de la potestad consultiva del TDLC*

Junio 2021



Josefina Campos

Abogada de la P. Universidad Católica de Chile, Máster en Derecho (LL.M.) en la Universidad de Cambridge (Reino Unido) y la Universidad de Harvard (Estados Unidos). Anteriormente trabajó en Philippi Prietocarrizosa & Uría y en Claro & Cía. Actualmente trabaja como directora del área de libre competencia de FerradaNehme.



Raffaela Corte

Abogada de la P. Universidad Católica de Chile, Máster en Derecho (LL.M.) en King's College London (Reino Unido). Anteriormente trabajó en Philippi, Prietocarrizosa, Ferrero DU & Uría y en Rojas y Cía. Actualmente trabaja como directora del área de libre competencia de FerradaNehme.

I. INTRODUCCIÓN

La reciente sentencia dictada por la Excma. Corte Suprema (CS) con fecha 10 de mayo de 2021 en el Caso Malls¹ (Sentencia), ratifica una tendencia que ya podía apreciarse en los últimos años; en materia de libre competencia, los límites de lo contencioso y no contencioso son cada día más difusos e inciertos. En efecto, si bien el procedimiento de consulta tiene como fundamento indiscutido la obtención de certeza en casos caracterizados por la ausencia de controversia jurídica, en ocasiones dicho procedimiento ha sido utilizado para obtener un pronunciamiento del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) o de la CS acerca de la "eventual" ilicitud de un hecho, acto o convención, en circunstancias de que, por la naturaleza de la pretensión de él o los consultante(s), aquella debió haber sido materia de un procedimiento contencioso. Lo anterior, debido, en parte, a la amplitud con que se consagra esta facultad en el artículo 18 N°2 del Decreto con Fuerza de Ley N°1 de 2005, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N°211 de 1973 (DL 211), y, en mayor medida, con ocasión de los últimos pronunciamientos del TDLC y, especialmente de la CS. En efecto, como se verá, la jurisprudencia más reciente de nuestros tribunales se ha apartado de los criterios afianzados históricamente por el TDLC, promoviendo que, en muchos de los casos que se han presentado en los últimos años, la discusión se haya centrado en la ausencia de un presupuesto procesal de validez del proceso, consistente en la adecuación del procedimiento a la revisión de la pretensión objeto del proceso².

^{*} Hacemos presente que las autoras forman parte del estudio jurídico FerradaNehme, que representa a uno de los intervinientes en el proceso objeto de este artículo, seguido ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y la Corte Suprema, caratulado Consulta de la Asociación Gremial del Retail Comercial A.G. sobre contratos de arriendo de locales con operadores de centros comerciales y los efectos de la integración vertical existente en ese mercado y ha representado a otros intervinientes en algunos de los casos referenciados, en específico, Gasmar S.A. y Transbank S.A. No obstante, las opiniones vertidas en el presente trabajo son personales de las autoras y en nada comprometen ni representan las opiniones del estudio ni de sus clientes.

¹ Consulta de la Asociación Gremial del Retail Comercial A.G. sobre contratos de arriendo de locales con operadores de centros comerciales y los efectos de la integración vertical existente en ese mercado. Rol N°138 221-2020. Sentencia Corte Suprema (2021)

² Consulta de Farmacia Cruz Verde S.A. sobre Merchant Discount de Transbank S.A., NC-435-16, Resolución TDLC N°53/2018, voto en contra del Ministro Arancibia.

En este contexto, la Sentencia de la CS en el Caso *Malls* es emblemática pues, a pesar de que representa un esfuerzo de la CS por establecer lineamientos acerca de cuándo proceden las consultas, quiénes son sus legitimados activos y qué clase de medidas se pueden imponer en dicho procedimiento, la Sentencia plantea, en definitiva, más dudas que certezas. Por lo anterior, y dado el estado de incertidumbre que prevalece en la comunidad jurídica acerca del correcto alcance de la potestad consultiva del TDLC, en opinión de las autoras, resulta imperativa una reforma legal al DL 211, que ponga fin a la incertidumbre generada por los criterios cambiantes de nuestros tribunales de justicia y permita revertir la peligrosa tendencia de los últimos años en relación con la cada vez más frecuente presentación de verdaderas consultas *contenciosas*.

II. LA POTESTAD CONSULTIVA EN EL DL 211 Y SU FUNDAMENTO

En el texto original del DL 211, de 1973, la potestad consultiva se encontraba radicada en las Comisiones Preventivas, que eran las llamadas a absolver consultas acerca de actos o contratos existentes o futuros³. Así, desde sus inicios, la potestad consultiva se diferenció claramente de la facultad de conocer y resolver controversias jurídicas, quedando la última en manos de un organismo distinto, la Comisión Resolutiva. Sin embargo, con la Ley N°19.911 de 2003, dichas Comisiones fueron reemplazadas por el TDLC, quien concentró ambas potestades, pero manteniendo sus diversas finalidades.

Desde su origen, la facultad consultiva ha tenido como fundamento otorgar certeza jurídica al consultante en cuanto a si el hecho, acto o convención en cuestión se ajusta o no a las normas de defensa de la libre competencia⁴. Así, en los términos del artículo 32 del DL 211, estará exento de responsabilidad quien ejecute o celebre actos o contratos de conformidad con las decisiones adoptadas por el TDLC en procedimientos de consulta, a menos que con posterioridad, y sobre la base de nuevos antecedentes, el hecho, acto o contrato consultado fuere calificado como anticompetitivo. Este fundamento del procedimiento no contencioso, y su vinculación con el artículo 32, ha sido reconocido tanto por el TDLC⁵ como por la CS⁶, y, a nuestro juicio, es el criterio rector a la luz del cual se debiera delimitar la procedencia de una consulta o de un procedimiento contencioso, así como los legitimados activos y las medidas o sanciones aplicables en uno u otro caso. Sin embargo, la determinación de estos aspectos en los casos concretos presentados ante el TDLC y la CS no ha estado exenta de dificultades y contradicciones.

En efecto, ya de la revisión de las reformas introducidas al DL 211, se pueden observar las diversas posturas que se han planteado acerca de quiénes pueden iniciar una consulta. Si bien el texto original del DL 211 no se pronunciaba acerca de esta materia, ello fue luego regulado mediante la modificación contenida en la Ley

- 3 Artículos 8 y 11 DL 211, versión original de 1973.
- 4 Esto sería necesario, en opinión de algunos autores, en consideración a que el tipo infraccional contenido en el artículo 3 del DL 211 se encontraría redactado en términos abiertos, lo que permitiría actualizar el contenido de éste conforme a la evolución de la teoría económica y jurídica aplicable. Javier Velozo y Daniela González, "Reflexiones en torno a algunas de las facultades extrajurisdiccionales del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia" en *La libre competencia en el Chile del Bicentenario*, Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y Centro de Libre Competencia UC (Santiago: Thomson Reuters, 2011), 27.
- 5 Así lo establece el TDLC en el acuerdo tercero del Auto Acordado N°5/2004, al señalar que: "Atendido que el 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 211, pues es consustancial a la naturaleza de la consulta esperar a dicho pronunciamiento, en todos los casos a que se refiere este número, y desde la fecha de ingreso de la consulta, los hechos, actos o contratos consultados no podrán celebrarse, ejecutarse o concluirse por la parte consultante sin que previamente hayan sido aprobados por el Tribunal y en la forma establecida por éste". Además, el TDLC ha reconocido lo anterior en sus diversos pronunciamientos. Véase, a modo de ejemplo, Solicitudes de Conadecus en relación con el mercado del gas, NC-427-14, Resolución TDLC de fecha 30 de octubre de 2014 que no admite a tramitación, c. 5.
- 6 Véase, a modo ejemplar, Consulta de la Asociación Gremial del Retail Comercial A.G. sobre contratos de arriendo de locales con operadores de centros comerciales y los efectos de la integración vertical existente en ese mercado, Rol N°138.221-2020, Sentencia Corte Suprema (2021), c. 3 y 7; Solicitudes de Conadecus en relación con el mercado del gas, Rol N°4.108-2018, Sentencia Corte Suprema (2019), c. 8.



N°19.911 de 2003, que otorgó al TDLC la atribución para "conocer, <u>a solicitud de quien tenga interés legítimo</u>, <u>o del Fiscal Nacional Económico</u>, los asuntos de carácter no contencioso que puedan infringir las disposiciones de la presente ley, <u>sobre hechos</u>, <u>actos o contratos existentes</u>, <u>así como aquellos que le presenten quienes se propongan ejecutarlos o celebrarlos</u>, para lo cual, en ambos casos, podrá fijar las condiciones que deberán ser cumplidas en dichos hechos, actos o contratos"⁷. De este modo, con respecto a hechos, actos o contratos existentes, eran sujetos activos todos quienes tuvieren interés legítimo y la Fiscalía Nacional Económica (FNE), mientras que respecto de aquellos que estén por celebrarse o ejecutarse, eran legitimados activos únicamente las partes.

Luego, tras la modificación incluida en virtud de la Ley N°20.361 de 2009, la facultad consultiva consistía en que el TDLC podría: "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". Mediante esta reforma, todo quien tuviera interés legítimo podía iniciar un procedimiento de consulta, sin distinción en cuanto a si el sujeto activo era parte o un tercero o de si se trataba de hechos, actos o contratos actuales o futuros.

Por último, la Ley N°20.945 de 2016, además de sustraer de la potestad consultiva del TDLC la facultad de conocer operaciones de concentración, radicándola en la FNE, reformuló dicha facultad en cuanto a quiénes pueden consultar, de la siguiente manera: "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". De este modo, la norma, tal como está actualmente redactada, distingue de manera explícita a las partes de los terceros que tengan interés legítimo en los hechos, actos o contratos existentes o por celebrarse.

Sin embargo, lo que ninguna de estas reformas legales ha aclarado es qué se debe entender por *interés legítimo*, ni cómo, específicamente, un *asunto de carácter no contencioso* podría *infringir* el DL 211, o en qué pueden consistir las *condiciones* que se pueden imponer en este tipo de procedimientos, quedando, en definitiva, en manos del TDLC y la CS su determinación e interpretación para el caso concreto.

III. EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DEL TDLC Y LA CS EN TORNO A LOS ALCANCES DE LA POTESTAD CONSULTIVA

Del análisis de la jurisprudencia del TDLC en materia de potestad consultiva, se puede observar que, hasta hace unos años, éste mostraba una clara tendencia por declarar inadmisibles aquellas consultas que no cumplieran con la naturaleza propiamente anticipatoria y preventiva de este tipo de procedimientos.

De esas primeras decisiones, que conforman la jurisprudencia histórica del TDLC sobre la materia, se desprenden criterios de suma relevancia, de los cuales destacamos los siguientes: (i) que es la naturaleza del asunto y no la voluntad de las partes la que determina que un determinado asunto sea de carácter



⁷ Artículo 17 C N°2 del DL 211, versión de 14 de noviembre de 2003 en virtud de la modificación realizada por la Ley 19.911. El énfasis es nuestro. En lo sucesivo, todos los énfasis han sido agregados salvo que se indique expresamente lo contrario.

⁸ Artículo 18 N°2, DL 211, versión de 13 de julio de 2009 en virtud de las modificaciones realizadas por la Ley 20.361.

contencioso o no contencioso⁹, por lo que toda consulta que corresponda, en realidad, a una denuncia de posibles infracciones a la libre competencia, debe ser declarada inadmisible¹⁰; (ii) que terceros que no son parte de una operación de concentración no cumplen con el requisito de contar con el interés legítimo exigido en la norma, pues, precisamente por tratarse de terceros, no tienen realmente la intención de obtener para sí una declaración que les otorgue certeza jurídica, sino obtener la declaración de ilegalidad de la operación consultada, lo que es propio de un procedimiento contencioso¹¹; (iii) que, en consideración a las características propias del procedimiento de consulta, éste no ofrece las garantías de debido proceso que contempla el procedimiento contencioso, por lo que ante la imputación de un ilícito anticompetitivo, es este último el que procede¹²; y, (iv) que los procedimientos de consulta no pueden obligar o afectar a personas distintas de los consultantes, pues en ese caso el asunto sería necesariamente de naturaleza contenciosa¹³. Dichos criterios son, a nuestro juicio, acertados y consistentes con los fundamentos y el origen de la potestad consultiva. La CS también coincidió con los criterios esbozados por el TDLC, añadiendo que si las medidas solicitadas implicaban modificar o extinguir convenciones vigentes válidamente constituidas, irían en contra de la naturaleza anticipatoria y preventiva propia de las consultas y, por lo tanto, correspondía declarar la inadmisibilidad de la consulta respectiva¹⁴.

Lamentablemente, en casos subsecuentes, la jurisprudencia de nuestros tribunales se ha vuelto errática, manifestando cada vez más, una divergencia de criterios entre el TDLC y la CS en cuanto al alcance que debiera tener la potestad consultiva. Lo anterior, particularmente cuando se trata de consultas formuladas por terceros, en donde resulta más difícil establecer que existe realmente un fin preventivo o una búsqueda de certeza jurídica en los términos del artículo 32 del DL 211. Ello, por cuanto la certeza jurídica se predica fundamentalmente en relación con las partes del hecho, acto o contrato consultado¹⁵, pues "si un agente económico consulta un hecho propio para saber si puede o no hacerlo, no hay, por naturaleza, contienda, y

⁹ Véase resoluciones del TDLC en Consulta de AGIP A.G. sobre conductas de D&S S.A., NC-146-06; Consulta de Terquim S.A. sobre aplicación del manual de los servicios del Molo Sur del Puerto de San Antonio, NC-194-07; Consulta del Sr. José Prieto Cornejo y otro sobre convenio de confidencialidad y no competencia, NC-296-08; Consulta de Asilfa A.G. sobre licitaciones públicas de Cenabast, NC-410-12; y, Consulta de Conadecus sobre concurso público para otorgar concesiones de servicio público de transmisión de datos en la banda 700 Mhz, NC-419-14.

¹⁰ Consulta de Asilfa A.G. sobre licitaciones públicas de Cenabast, NC-410-12, Resolución TDLC de fecha 6 de septiembre de 2010; Consulta de Conadecus sobre operación de concentración LAN Airlines S.A. y TAM Linhas Aéreas S.A., NC-388-11, Resolución TDLC N° 37/2011; Solicitud de la FNE sobre modificación del Dictamen N° 757 de la H. Comisión Preventiva Central, NC-418-13, Resolución TDLC de fecha 17 de abril de 2014; Consulta de Conadecus sobre concurso público para otorgar concesiones de servicio público de transmisión de datos en la banda 700 Mhz, NC-419-14, Resolución TDLC de fecha 30 de enero de 2014.

¹¹ Consulta de Praxair Chile Ltda. sobre toma de control de Boc Group Por Linde, NC-143-06, Resolución TDLC de fecha 4 de julio de 2006 que no admite a tramitación. Si bien la declaración de inadmisibilidad ante consultas de operaciones de concentración de terceros era plenamente aplicable previo a la reforma introducida por la Ley N°20.945, este criterio sirve para analizar, por analogía, aquellas situaciones en que es un tercero quien consulta un hecho, acto o convención por ejecutarse o celebrarse. En el mismo sentido, véase Consulta de AGIP A.G. sobre conductas de D&S S.A., NC-146-06, Resolución TDLC de fecha 20 de julio de 2006 que no admite a tramitación.

¹² Consulta de Terquim S.A. sobre aplicación del manual de los servicios del Molo Sur del Puerto de San Antonio, NC-194-07, Resolución TDLC de fecha 31 de mayo de 2007 que no admite a tramitación; Consulta de Conadecus sobre operación de concentración LAN Airlines S.A. y TAM Linhas Aéreas S.A., NC-388-11, Resolución TDLC N° 37/2011.

¹³ Consulta del Sr. José Prieto Cornejo y otro sobre convenio de confidencialidad y no competencia, NC-296-08, Resolución TDLC de fecha 14 de agosto de 2008.

¹⁴ Solicitud de la FNE sobre modificación del Dictamen N° 757 de la H. Comisión Preventiva Central, Rol N° 21.791-2014, Sentencia Corte Suprema (2015), c. 8. Consulta de la Asociación Chilena de Municipalidades sobre la reorganización societaria de Enel Chile S.A. y Enel SpA, Rol N°432-2018, Sentencia Corte Suprema (2018).

¹⁵ En efecto, durante el análisis de la fusión LAN con TAM se discutió si podía considerarse que terceros, en este caso la Corporación Nacional de Consumidores y Usuarios de Chile, cuentan con el interés legítimo que exige la norma. 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. Posteriormente, el TDLC consideró que sólo las partes de los actos, hechos o contratos consultados tenían propiamente interés legítimo. Solicitudes de Conadecus en relación con el mercado del gas, NC-427-14, Resolución TDLC de fecha 30 de octubre de 2014, que luego fue revocada por la CS.

precisamente por ello a los asuntos de carácter no contencioso se les denomina también de 'jurisdicción voluntaria'''¹⁶. En cambio, "[s]i es un tercero el que consulta, respecto de un hecho presente o futuro de otro, ese otro deberá defenderse de esa imputación de ilegalidad, y tiene el derecho a hacerlo, por lo que evidentemente se produce una contienda entre partes que importa un conflicto, razón por la que debe entenderse que el asunto tiene una naturaleza contenciosa''¹⁷.

Este distanciamiento entre el TDLC y la CS puede observarse con claridad a partir del Caso *Mercado del Gas*¹⁸, el cual fue iniciado por una consulta deducida por la Corporación Nacional de Consumidores y Usuarios (Conadecus), en la que se solicitó al TDLC, en lo relativo a su potestad consultiva, conocer de las integraciones verticales y horizontales que existirían en el mercado en análisis, y de la proyectada operación de adquisición de la Compañía General de Electricidad S.A. por Gas Natural Fenosa. Si bien en la fase de admisibilidad el TDLC declaró inadmisible la consulta, correctamente a nuestro juicio, sobre la base de argumentos que se encontraban en línea con sus resoluciones anteriores¹⁹, dicha resolución fue revocada por la CS al conocer del recurso de reclamación interpuesto por Conadecus²⁰. La CS argumentó que el procedimiento de consulta era idóneo para analizar el mercado del gas en toda su extensión y consideró que el objetivo de la consulta no era reprimir conductas contrarias a la libre competencia, sino establecer condiciones para el desempeño de las actividades en análisis. Además, destacó que no existiría restricción legal que impida a terceros consultar, lo cual se habría visto reforzado con la reforma introducida por la Ley N°20.361²¹.

Al verse en la obligación de conocer del asunto, el TDLC modificó radicalmente su postura inicial y mediante la Resolución N°51/2018, de fecha 17 de enero de 2018 (Resolución 51), ordenó el cumplimiento de medidas conductuales y estructurales de desinversión, afectando derechos plenamente vigentes de terceros que ni siquiera habían intervenido en el procedimiento. Dicha resolución fue, esperablemente, confirmada por la CS conociendo de los recursos de reclamación interpuestos en su contra, en una sentencia que ratificó el carácter no contencioso del asunto y la amplitud de las medidas que el TDLC puede adoptar en el contexto de este tipo de procedimientos, inclusive medidas de carácter estructural²². No obstante, ya entonces llamaba la atención el carácter abstracto del razonamiento de la CS y cómo éste parecía no ser realmente aplicable al caso concreto en cuestión, especialmente al sostener que el asunto era propio de una consulta al no existir controversia jurídica²³.

- 20 Solicitudes de Conadecus en relación con el mercado del gas, Rol N°30.190-2014, Sentencia Corte Suprema (2016).
- 21 Solicitudes de Conadecus en relación con el mercado del gas, Rol N°30.190-2014, Sentencia Corte Suprema (2016), c. 4 y 7.
- 22 Consulta Conadecus sobre Adquisición de Compañía General de Electricidad y relaciones de propiedad en el mercado del Gas, Rol N°4108-2018, Sentencia Corte Suprema (2019), c. 3 y 4.



¹⁶ Tomás Menchaca Olivares, "Comentarios a la Resolución 53/18" (2019), Informe en Derecho presentado en *Consulta de Farmacia Cruz Verde S.A. sobre Merchant Discount de Transbank S.A.*, Rol N°24.828-2018, 16.

¹⁷ Tomás Menchaca Olivares, "Comentarios a la Resolución 53/18" (2019), Informe en Derecho presentado en *Consulta de Farmacia Cruz Verde S.A. sobre Merchant Discount de Transbank S.A.*, Rol N°24.828-2018, 16.

¹⁸ Solicitudes de Conadecus en relación con el mercado del gas, NC-427-14.

¹⁹ En efecto, el TDLC declaró la inadmisibilidad de la consulta deducida por Conadecus por considerar que "las imputaciones relativas a la disconformidad entre las relaciones de propiedad de las empresas de gas licuado de petróleo y gas natural licuado y las normas sobre defensa de la libre competencia constituyen, a juicio de este Tribunal, alegaciones y peticiones de naturaleza tal que sólo podrían ser conocidas y eventualmente resueltas en un proceso contencioso (...)". Además, el TDLC continuó señalando que, tratándose de hechos, actos o contratos futuros, sólo las partes y la FNE cumplen con el requisito de contar con el interés legítimo requerido en la norma, de modo que terceros no tendrían, a su parecer, legitimación activa para iniciar un procedimiento no contencioso, pues sólo las partes del hecho, acto o contrato por ejecutarse o celebrarse serían las beneficiadas por la certeza jurídica garantizada por el artículo 32 del DL 211. Por último, el TDLC razonó que, si el hecho, acto o contrato cuestionado es existente, la solicitud necesariamente contendría una contienda jurídica, por lo que las peticiones del consultante deberían ser conocidas en un procedimiento contencioso. Solicitudes de Conadecus en relación con el mercado del gas, NC-427-14, Resolución TDLC de fecha 30 de octubre de 2014 que no admite a tramitación, c. 3, 5 y 7.

Algo similar ocurrió con la consulta formulada por Farmacia Cruz Verde S.A. (Cruz Verde), en que se solicitó al TDLC determinar si los *merchant discount* aplicados por Transbank S.A. (Transbank) a su rubro comercial estaban conforme con la libre competencia. Dicha consulta se admitió a tramitación a pesar de que, tal como lo señaló el voto en contra de la Ministra Domper, "lo que se está sometiendo al conocimiento de este Tribunal por parte de la consultante es el incumplimiento de dicho plan [refiriéndose al denominado Plan de Autorregulación Tarifaria (PAR) de 2006, en virtud del cual Transbank autorreguló las comisiones o *merchant discount* aplicables a los comercios]"²⁴. Este procedimiento culminó con la dictación de la Resolución N°53/2018, de fecha 5 de septiembre de 2018 (Resolución 53), que impuso a Transbank la obligación de presentar un nuevo PAR conforme a estrictas directrices, lo que naturalmente afectaría relaciones válidamente constituidas entre dicha empresa y sus miles de clientes afiliados que ni siquiera habían sido parte del procedimiento.

En dicho procedimiento también se discutió latamente sobre la posible extralimitación que implicaría que el TDLC se pronunciara sobre todo el PAR, en circunstancias que Cruz Verde había consultado específicamente sobre la compatibilidad de las comisiones aplicables a su rubro en comparación con aquellas aplicables a supermercados y minimarkets²⁵. Ello explica el voto en contra del Ministro Arancibia, quien consideró que la consulta contenía, en realidad, pretensiones de naturaleza litigiosa que sólo podían ser conocidas y eventualmente resueltas en un procedimiento contencioso²⁶. La CS, por su parte, a pesar de acoger el recurso de reclamación que fue deducido por Transbank y dejar sin efecto la Resolución 53, mediante sentencia de fecha 27 de diciembre de 2019, impuso una medida aún más gravosa que la anterior y confirmó que el procedimiento no contencioso era el adecuado para la tramitación del asunto promovido por Cruz Verde, sin siquiera referirse a los informes en derecho que habían sido presentados por Transbank específicamente sobre los límites de la potestad consultiva aplicados al caso en cuestión²⁷.

La Sentencia de la CS en el Caso *Malls* representa la última y más reciente desavenencia entre el TDLC y la CS en torno a los alcances y límites de la potestad consultiva, demostrando que el tema está lejos de ser una materia pacífica.

IV. LA SENTENCIA DE LA CS EN EL CASO *MALLS*

Con fecha 10 de mayo de 2021, la CS dictó su tan esperada Sentencia en el Caso *Malls*, revocando, una vez más, la resolución del TDLC, de 26 de octubre de 2020, que había declarado la inadmisibilidad de la consulta

²⁷ Véase, entre otros informes en derecho presentados en dicho proceso, Tomás Menchaca Olivares, "Comentarios a la Resolución 53/18" (2019), 20-24, Informe en Derecho presentado en *Consulta de Farmacia Cruz Verde S.A. sobre Merchant Discount de Transbank S.A.*, Rol N°24.828-2018, y Enrique Navarro Beltrán, "Consecuencias derivadas de la infracción del debido proceso y del principio de congruencia en el procedimiento consultivo seguido por Cruz Verde S.A. sobre el merchant discount de Transbank S.A." (2019), 34, Informe en Derecho presentado en *Consulta de Farmacia Cruz Verde S.A. sobre Merchant Discount de Transbank S.A.*, Rol N°24.828-2018.



²³ Considerando que las empresas afectadas por la medida de desinversión se opusieron tajantemente a ella, expresándolo precisamente en el recurso de reclamación, y no antes porque no fue posible anticipar que el TDLC impondría una medida de ese alcance, resulta muy particular que la CS haya señalado que no existía controversia jurídica alguna.

²⁴ Consulta de Farmacia Cruz Verde S.A. sobre Merchant Discount de Transbank S.A., NC-435-16, resolución de fecha 7 de diciembre de 2016 que admite a tramitación, voto en contra de la Ministra Domper.

²⁵ Véase escrito de aporte de antecedentes de Transbank a fojas 585.

^{26 &}quot;[C]ualquier pretensión que tenga por objeto la tutela de un interés mediante la afectación directa de un interés ajeno y desprevenido es de carácter contencioso, y por tanto, debe tramitarse conforme al procedimiento correspondiente a su naturaleza (...). En virtud de estas consideraciones, la interposición de una consulta como la de autos que tiene por objeto, más allá del lenguaje y formas utilizadas, la imposición de medidas correctivas respecto de una empresa que no figura entre los solicitantes envuelve una pretensión de afectación de los intereses de un tercero que hace que el asunto sea, a todas luces, contencioso y debió haberse tramitado conforme al procedimiento ad hoc dispuesto en los artículos 19 al 29 del D.L. N°211". Consulta de Farmacia Cruz Verde S.A. sobre Merchant Discount de Transbank S.A., NC-435-16, Resolución TDLC N°53/2018, voto en contra del Ministro Arancibia.

por tratarse de un asunto contencioso²⁸. En su resolución, el TDLC había reafirmado el principio establecido en su reiterada jurisprudencia en el sentido de que es la naturaleza del asunto y no la voluntad de las partes la que determina que el mismo sea de carácter contencioso o no contencioso²⁹. Conforme a ello, el TDLC razonó que, pese a que la consultante presentaba las conductas objetadas como *potenciales* actos anticompetitivos, lo cierto era que estaba imputando a los operadores de *malls* y centros comerciales la ejecución de prácticas que infringirían el DL 211, por lo que la resolución que dictara el TDLC necesariamente tendría que calificar dichas prácticas como contrarias a la libre competencia. Lo anterior no podría hacerse en el marco de un procedimiento de consulta debido a que éste no garantizaría adecuadamente el derecho al debido proceso para los emplazados por la consulta (operadores). En efecto, el TDLC, citando a la CS en el Caso *Enel*³⁰, sostuvo que "la exigencia constitucional de un justo y racional procedimiento deviene en la necesidad de que en la especie los litigantes cuenten con un proceso que les asegure las garantías propias de un contradictorio, en el que puedan hacer valer sus derechos, controvertir las afirmaciones de la contraria y rendir prueba en apoyo a sus pretensiones"³¹.

Si bien el criterio adoptado por el TDLC coincidía con la jurisprudencia histórica de dicho tribunal revisada supra, la CS revocó la resolución del TDLC y se abocó a la tarea de "establecer ciertas delimitaciones en la naturaleza y fines del procedimiento no contencioso en materia de libre competencia"³². Así, señaló que mediante una consulta no podían imponerse condiciones que regulasen de manera abstracta un mercado en general, pues eso correspondería al ejercicio de la potestad para dictar instrucciones de carácter general (ICG), contemplada en el artículo 18 N°3 del DL 211. Ello no es una novedad, pues el TDLC ya señaló algo similar en la Resolución 53³³. Por otra parte, para la CS, la diferencia entre un contencioso y una consulta vendría dada por las diversas medidas que podrían imponerse en uno y otro procedimiento. Así, de acuerdo a la CS, "aquello que se resuelva por la vía de la consulta se encuentra en un punto intermedio entre las instrucciones generales y las medidas sancionatorias que sólo podrían tener efectos para las partes del juicio. De otro modo, la existencia de una potestad consultiva en materia de actos y contratos existentes, no tendría justificación"³⁴.

En consecuencia, particularmente cuando se trate de consultas sobre hechos, actos o contratos ya existentes, bajo el criterio de la CS, correspondería aplicar el procedimiento no contencioso si la consulta (i) se refiere a

²⁸ Consulta de la Asociación Gremial del Retail Comercial A.G. sobre contratos de arriendo de locales con operadores de centros comerciales y los efectos de la integración vertical existente en ese mercado, Rol N°138.221-2020, Sentencia Corte Suprema (2021).

²⁹ Véase resoluciones del TDLC en los procedimientos Consulta de Conadecus sobre concurso público para otorgar concesiones de servicio público de transmisión de datos en la banda 700 Mhz, NC-419-14; Consulta de Asilfa A.G. sobre licitaciones públicas de Cenabast, NC-410-12; Consulta del Sr. José Prieto Cornejo y otro sobre convenio de confidencialidad y no competencia, NC-296-08; Consulta de Terquim S.A. sobre aplicación del manual de los servicios del Molo Sur del Puerto de San Antonio, NC-194-07; y, Consulta de AGIP A.G. sobre conductas de D&S S.A., NC-146-06.

³⁰ Consulta de la Asociación Chilena de Municipalidades sobre la reorganización societaria de Enel Chile S.A. y Enel SpA, NC-443-2017. La cita al Caso Enel es llamativa considerando que uno de los últimos casos en que la CS confirmó la decisión del TDLC en materia de inadmisibilidad.

³¹ Consulta de la Asociación Gremial del Retail Comercial A.G. sobre contratos de arriendo de locales con operadores de centros comerciales y los efectos de la integración vertical existente en ese mercado, NC-478-20, Resolución TDLC de fecha 26 de octubre de 2020 que no admite a tramitación, c. 5.

³² Consulta de la Asociación Gremial del Retail Comercial A.G. sobre contratos de arriendo de locales con operadores de centros comerciales y los efectos de la integración vertical existente en ese mercado, Rol N°138.221-2020, Sentencia Corte Suprema (2021), c. 8.

³³ Consulta de Farmacia Cruz Verde S.A. sobre Merchant Discount de Transbank S.A., NC-435-16, Resolución TDLC N°53/2018, c. 111.

³⁴ Consulta de la Asociación Gremial del Retail Comercial A.G. sobre contratos de arriendo de locales con operadores de centros comerciales y los efectos de la integración vertical existente en ese mercado, Rol N°138.221-2020, Sentencia Corte Suprema (2021), c. 8. Reitera lo anterior al señalar que no sería posible instrumentalizar la consulta, utilizándola para una decisión anticipada de un asunto contencioso y así restringir las posibilidades de defensa de la contraria, puesto que las medidas que es posible adoptar en uno y otro procedimiento tienen una naturaleza distinta; c. 9.

actos concretos y (ii) no existe una imputación <u>formal</u> y <u>directa</u> relacionada con ilícitos anticompetitivos que se traduzca en una pretensión sancionatoria. Si se siguen estos lineamientos, en opinión de la CS, se evitaría la instrumentalización del procedimiento de consulta pues se garantizaría que las medidas a imponer no impliquen un juicio de responsabilidad y que no exista una controversia entre partes. En palabras de la CS, "tales son los lineamientos que permiten otorgar un contenido propio a la potestad consultiva del TDLC en materia de actos y contratos ya celebrados"³⁵.

El problema es que los lineamientos entregados por la CS no contribuyen a despejar la falta de certeza jurídica y la preocupación en torno a la instrumentalización del procedimiento de consulta para reemplazar al procedimiento contencioso, pues los argumentos entregados resultan abstractos y excesivamente formalistas.

En un extremo, la CS señala que lo que diferencia a la consulta de las ICG, es que mediante la primera no pueden imponerse condiciones que regulen de manera abstracta un mercado en general. No obstante, ante consultas que crecientemente solicitan al TDLC analizar los cientos de contratos vigentes en un determinado mercado, diversas prácticas comerciales que no necesariamente se plasman en contratos o políticas escritas, las relaciones de integración vertical y horizontal existentes entre los agentes del mercado, los precios cobrados por la prestación de bienes y servicios o las diferenciaciones entre distintos tipos de clientes, la línea divisoria entre las medidas que reglan un mercado de manera general y las que tienen el grado de especificidad requerido por la CS para los procedimientos de consulta se vuelve cada vez más difusa, especialmente considerando que tanto el TDLC como la CS han coincidido sobre la libertad de que goza el primero para imponer aquellas medidas que considere necesarias y aptas para evitar la afectación de la libre competencia³⁶⁻³⁷.

Prueba de ello es que, tratando de ser consistente con la distinción efectuada, la CS señaló que, si el TDLC detectaba riesgos anticompetitivos en este caso en particular, podría adoptar medidas generales tendientes a evitar que tales riesgos se materialicen, "las cuales, si bien no podrán referirse a modificaciones específicas, podrán imponer ciertos lineamientos generales que deban respetarse en todo instrumento"³⁸. En primer lugar, no queda claro cómo eso diferiría sustancialmente de la potestad de dictar ICG, que busca precisamente, entregar lineamientos generales que los agentes del mercado deberán respetar en sus actos y contratos³⁹. En segundo lugar, es evidente que cualquier medida que adopte el TDLC en el marco

³⁹ De hecho, de acuerdo con el TDLC, las ICG tendrían, al igual que la consulta, la función de otorgar "a los agentes económicos mayor certeza jurídica, lo cual permite prevenir conductas anticompetitivas y disminuir costos de litigación, todo lo cual promueve un ambiente competitivo. Así, la facultad de dictar instrucciones de carácter general cumple un rol de certeza jurídica, previsibilidad y eficiencia". ICG N°4/2015, c 1.



³⁵ Consulta de la Asociación Gremial del Retail Comercial A.G. sobre contratos de arriendo de locales con operadores de centros comerciales y los efectos de la integración vertical existente en ese mercado, Rol N°138.221-2020, Sentencia Corte Suprema (2021), c. 9.

³⁶ Consulta de Farmacia Cruz Verde S.A. sobre Merchant Discount de Transbank S.A., Rol N°24.828-2018, Sentencia Corte Suprema (2019), c. 16: "(...) el tribunal cuenta con amplias facultades para definir cuáles son las medidas que se han de adoptar para evitar que el hecho, acto o convención de que se trata transgreda el bien jurídico protegido", que ratificó lo señalado por el TDLC en la Resolución 53: "(...) el legislador ha entregado plena libertad al Tribunal para definir el tipo de condición o medida que el hecho, acto o contrato debe satisfacer para no atentar contra la libre competencia". Consulta de Farmacia Cruz Verde S.A. sobre Merchant Discount de Transbank S.A., NC-435-16, Resolución TDLC N°53/2018, c. 190.

³⁷ En el mismo sentido, véase Juan Cristóbal Gumucio, Elías Astudillo y Tomás Labbé, "¿Se justifica la consulta ante el TDLC?", Investigación CeCo (2020), 9, https://centrocompetencia.com/se-justifica-la-consulta-ante-el-tdlc/.

³⁸ Consulta de la Asociación Gremial del Retail Comercial A.G. sobre contratos de arriendo de locales con operadores de centros comerciales y los efectos de la integración vertical existente en ese mercado, Rol N°138.221-2020, Sentencia Corte Suprema (2021), c. 11.

de una consulta, en relación con actos o contratos existentes, tendrá que traducirse necesariamente en una modificación específica, sin que sea optativo para las partes dar cumplimiento o no a las medidas impuestas por el TDLC⁴⁰.

Por otra parte, en lo que respecta a la distinción entre la consulta y un procedimiento contencioso, nuevamente los lineamientos entregados en la Sentencia no son suficientes para zanjar la discusión que ya se arrastra por años. El criterio de la CS es excesivamente formalista y no atiende a la realidad de las cosas, a diferencia de lo que ha señalado el TDLC reiteradamente en cuanto a que es la naturaleza del asunto y no la voluntad de las partes la que determina que el mismo sea de carácter contencioso o no contencioso⁴¹. Por el contrario, el principio de derecho conocido como *irrelevancia del nomen iuris* o *de la primacía de la realidad* debiera llevarnos a concluir que la distinción entre un procedimiento no contencioso y uno contencioso no puede depender de la ausencia de una imputación formal y directa, o, dicho de otro modo, de la cuidadosa selección de palabras o modos condicionales que utilice un consultante.

También resulta artificial y contrario a la realidad de las cosas reducir la *pretensión sancionatoria* o la atribución de responsabilidad a la mera solicitud de una multa, pues es bien sabido que en un procedimiento contencioso también pueden imponerse sanciones que impliquen la modificación o terminación de hechos, actos y contratos, disolución de personas jurídicas y otras medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que sean pertinentes para resguardar la libre competencia⁴².

De acuerdo a la Sentencia, las medidas que se pueden adoptar en una consulta y aquellas que se pueden imponer en un contencioso serían de una "naturaleza distinta"⁴³. Pero ¿qué es lo que distingue, en cuanto a su naturaleza, a estas medidas de aquellas que pueden imponerse en una consulta? La respuesta es relevante porque las medidas que pueden imponerse mediante una consulta pueden llegar a ser mucho más gravosas que lo que implicaría la imposición de una multa, como, por ejemplo, la desinversión, la obligación de modificar contratos o precios de un modo tal que reduzca significativamente la utilidad que los agentes del mercado obtienen de su actividad económica o la obligación de poner término a uno o más contratos vigentes. Ante la eventualidad de que se impongan medidas de tal alcance, los afectados al menos debieran tener la posibilidad de exponer sus argumentos y presentar la evidencia que los respalde con todas las garantías de debido proceso que ofrece un procedimiento contencioso. Así también lo consideró, acertadamente a nuestro juicio, la CS en las últimas causas en que confirmó la inadmisibilidad de una consulta declarada por el TDLC⁴⁴.

⁴⁴ Solicitud de la FNE sobre modificación del Dictamen N° 757 de la H. Comisión Preventiva Central, Rol N° 21.791-2014, Sentencia Corte Suprema (2015), c. 10: "Que de la sola enumeración de los elementos del debido proceso mencionados más arriba aparece con toda claridad que el procedimiento aplicable a la gestión no contenciosa iniciada por la Fiscalía Nacional Económica, y que se encuentra regulado en el artículo 31 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1 de 2005, que fija el texto refundido del Decreto Ley N° 211, resulta a todas luces insuficiente para satisfacer las exigencias mínimas de un procedimiento contradictorio en el que las partes interesadas puedan hacer valer adecuadamente sus pretensiones, derechos, alegaciones, defensas y pruebas, de manera que la actividad jurisdiccional cumpla efectivamente con las exigencias de un proceso racional y justo". En el mismo sentido, Consulta de Asilfa A.G. sobre la Resolución Afecta N° 272, que contiene las Bases Administrativas Tipo que Rigen los Proceso de Licitación Pública de Compras de Medicamentos, Rol N°11.779-2017, Sentencia Corte Suprema (2017), c. 14; y, Consulta de la Asociación Chilena de Municipalidades sobre la reorganización societaria de Enel Chile S.A. y Enel SpA, Rol N°432-2018, Sentencia Corte Suprema (2018), c.14.



⁴⁰ Ello no sucede tratándose de consultas sobre actos o contratos futuros en que las partes siempre tendrán la opción de desistirse de llevar adelante el negocio o bien, de modificarlo integralmente (incluyendo las contraprestaciones recíprocas), ante la imposición de medidas más gravosas por el TDLC.

⁴¹ Véase resoluciones del TDLC en los procedimientos Rol NC N°419-2014, NC N°410-2012, NC N°296-2008, NC N°194-2007 y NC N°146-2006.

⁴² Así, por ejemplo, en los últimos casos, el TDLC ha impuesto a las condenadas la obligación de adoptar un programa de cumplimiento con ciertas características. Véase sentencias dictadas en los autos Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de Cencosud S.A. y otras, C-304-2016; Requerimiento de la FNE contra Industrial y Comercial Baxter de Chile Ltda. y Otra, C-321-2017; y, Requerimiento de la FNE contra CCNI S.A. y otras, C-292-2015.

⁴³ Consulta de la Asociación Gremial del Retail Comercial A.G. sobre contratos de arriendo de locales con operadores de centros comerciales y los efectos de la integración vertical existente en ese mercado, Rol N°138.221-2020, Sentencia Corte Suprema (2021), c. 9.

A pesar de la relevancia de precisar cuál sería la distinta naturaleza de las medidas que se pueden imponer en uno y otro procedimiento, estimamos que la Sentencia de la CS se queda corta al momento de establecer los criterios diferenciadores. En este sentido, el único criterio concreto que nos entrega la Sentencia se encuentra en el considerando octavo: "tal prerrogativa [la de modificar o poner término a actos o contratos vigentes] debe entenderse de manera matizada cuando se trata de un procedimiento no contencioso, cariz que está dado precisamente por la extensión de la competencia del TDLC que, a su vez, determina la mayor o menor particularidad o identificación con un caso concreto, que tendrá la decisión" y que, conforme a ello, "aquello que se resuelva por la vía de la consulta se encuentra en un punto intermedio entre las instrucciones generales y las medidas sancionatorias que sólo podrían tener efectos para las partes del juicio". Por lo tanto, de acuerdo con la Sentencia, las medidas que pueden imponerse en una consulta serían menos específicas que aquellas que pueden imponerse en un contencioso, pero tampoco en el procedimiento, a diferencia de las medidas que se pueden imponer en un contencioso, pero tampoco podrían ser tan generales y abstractas que se confundan con aquellas que serían objeto de una ICG.

El problema es que gran parte de las medidas que se han impuesto en las últimas consultas no cumplen con este criterio pues afectan a prácticamente todo el mercado o bien se aplican específicamente a la relación jurídica entre dos o más agentes económicos. Pero peor aún, esta argumentación es circular, pues no puede definirse el carácter contencioso o no contencioso de un proceso atendiendo a si las medidas que se impondrán terminarán afectando o no sólo a quienes intervinieron del proceso. Es el tipo de proceso el que determina las medidas que en él podrán imponerse y no al revés. Ello, especialmente considerando la amplitud de las medidas que puede imponer el TDLC y que los agentes económicos pueden recién enterarse de la imposición de una medida específica mediante la resolución del TDLC, como sucedió con la Resolución 51, sin haber tenido oportunidad para rebatir u oponerse a la medida en el curso del procedimiento.

La prevención y el voto de minoría en la Sentencia demuestran la insuficiencia del criterio diferenciador que estableció el voto de mayoría para delimitar adecuadamente el procedimiento de consulta, en particular en contraposición al contencioso. En particular, la prevención del Ministro (S) Biel argumenta que una consulta no puede exigir al TDLC hacerse cargo de la redacción particular de las cláusulas de un contrato, pues ello implicaría "acotar la controversia a una que ya no se ventila en relación al mercado en general, sino respecto de un operador en particular, lo cual excede los términos de un procedimiento no contencioso de consulta y exige, por tanto, la tramitación de un contradictorio, donde se permita al denunciado una adecuada exposición de sus defensas y la rendición de prueba en apoyo de sus asertos". Lo mismo sucedería, en este caso, con respecto a la imputación de que la integración vertical permitiría a los operadores de centros comerciales acceder a información comercial sensible de los locatarios, lo cual "constituiría una práctica atentatoria contra la libre competencia, en los términos del artículo 3° del Decreto Ley N°211", y en consecuencia requeriría "la tramitación de un procedimiento que otorgue a las partes concernidas las máximas garantías, a fin de hacer valer sus pretensiones y derechos".

En consecuencia, al analizar la Sentencia de la CS, a nuestro juicio, en la delimitación de los límites del procedimiento de consulta se ha ignorado el criterio fundamental que distingue a dicho procedimiento de aquel regulado en el artículo 18 N°1 del DL 211: la inexistencia de una controversia de relevancia jurídica. No debemos olvidar que el Código de Procedimiento Civil, aplicable supletoriamente al DL 211, es claro en establecer, en su artículo 817, que "son actos judiciales no contenciosos aquellos que según la ley requieren la intervención del juez y en que no se promueve contienda alguna entre partes".

En este sentido, los procedimientos no contenciosos en materia civil se refieren a instituciones como la emancipación voluntaria, el nombramiento de tutores y curadores, el inventario solemne,

los procedimientos a que da lugar la sucesión por causa de muerte, la insinuación de donaciones, la muerte presunta o el cambio de nombre, entre otros, lo que demuestra la verdadera naturaleza cuasi administrativa de un procedimiento no contencioso.

La caracterización de la controversia jurídica como principal elemento definitorio del proceso contencioso vis-à-vis una consulta es también consistente con la doctrina más autorizada en materia procesal. Así, Couture ha definido la jurisdicción como "la función pública realizada por órganos competentes del Estado con las formas requeridas por la ley, en virtud de la cual, por acto de juicio, se determina el derecho de las partes, con el objeto de dirimir sus conflictos y controversias de relevancia jurídica mediante decisiones con autoridad de cosa juzgada, eventualmente factibles de ejecución"⁴⁵.

Del mismo modo, el profesor Francisco Hoyos ha definido al litigio como "<u>el conflicto intersubjetivo de intereses,</u> jurídicamente trascendente, reglado por el derecho objetivo y caracterizado por la existencia de una pretensión resistida"⁴⁶.

Asimismo, se ha señalado que los procedimientos contenciosos y los no contenciosos o voluntarios se diferencian: "[p]or la posición que las partes ocupan en la relación jurídico-procesal, porque al paso que en la voluntaria los interesados que inician el juicio persiguen determinados efectos jurídico-materiales para ellos mismos, en la contenciosa los demandantes buscan producir efectos jurídico-materiales obligatorios para determinados demandados" y "[p]or el contenido de la relación jurídico-procesal al iniciarse el juicio, porque en la voluntaria se persigue dar certeza o precisión a un derecho o ciertos efectos jurídicos materiales o legalidad a un acto (...) y en la contenciosa, por el contrario, inicialmente se le está pidiendo la solución de un litigio con el demandado"⁴⁷.

Por lo tanto, desde el momento en que existe oposición del agente económico afectado por una consulta efectuada por un tercero, se produce un conflicto intersubjetivo de intereses jurídicamente trascendente, reglado por el derecho objetivo y caracterizado por la existencia de una pretensión resistida. En otras palabras, el asunto debiera convertirse en contencioso y no seguir tramitándose conforme al artículo 18 N°2 del DL 211. De manera más amplia aún, podría afirmarse que siempre que una consulta afecte derechos o intereses jurídicamente relevantes de terceros, de manera que pueda preverse que existirá oposición de dichos terceros, el asunto debiera ser contencioso y, por lo tanto, declararse la inadmisibilidad de la consulta.

El Auto Acordado N°5/2004, modificado por el Auto Acordado N°18/2017, del TDLC, buscó prever esta situación disponiendo que para que un procedimiento no contencioso se transforme en uno contencioso: "[l]a 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"⁴⁸. Sin embargo, estimamos que este criterio es demasiado restrictivo –de hecho, nunca lo hemos visto operar en la práctica–, especialmente considerando la vaguedad y generalidad con que se puede plantear una consulta que afecta intereses específicos de uno o más agentes económicos. Además, no es claro cómo una oposición ante la imputación de que determinado hecho, acto o contrato podría, en forma vaga o genérica, producir efectos anticompetitivos, cumpliría con



⁴⁵ Eduardo Couture, Fundamentos del Derecho Procesal Civil (Buenos Aires: Ediciones Desalma, 3ª ed., 1993), 40.

⁴⁶ Francisco Hoyos, Temas Fundamentales del Derecho Procesal (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1987), 177.

⁴⁷ Hernando Devis Echandía, *Nociones Generales de Derecho Procesal Civil*, N°33, citado en Enrique Navarro Beltrán, "Consecuencias derivadas de la infracción del debido proceso y del principio de congruencia en el procedimiento consultivo seguido por Cruz Verde S.A. sobre el merchant discount de Transbank S.A." (2019), 80, Informe en Derecho presentado en *Consulta de Farmacia Cruz Verde S.A. sobre Merchant Discount de Transbank S.A.*, Rol N°24.828-2018.

⁴⁸ Acuerdo segundo del Auto Acordado N°5/2004 del TDLC.

los estrictos requisitos de una demanda⁴⁹.

En definitiva, si la pretensión sancionatoria se reduce a la solicitud de una multa, todo indica que los procedimientos contenciosos iniciados por demandas de particulares irán en declive, pues los actores privados no tienen mayor interés en obtener una condena con la multa asociada considerando los costos, el mayor tiempo y los más altos estándares de prueba y argumentación que conlleva un litigio⁵⁰. Atendida la jurisprudencia actual de la CS sobre la materia, el mismo resultado práctico puede lograse a un mucho menor costo y en forma más rápida mediante una consulta. De este modo, si no se modifica el criterio reflejado en la Sentencia o, derechamente, el texto del artículo 18 N°2 del DL 211, parece inevitable que el TDLC se llene de verdaderas *consultas contenciosas* en desmedro de los derechos de defensa de los actores afectados y de la anhelada certeza jurídica que está en el origen de este procedimiento⁵¹.

V. CONCLUSIONES SOBRE EL FUTURO DE LA POTESTAD CONSULTIVA

La Sentencia de la CS en el Caso *Malls* ha identificado correctamente la necesidad de otorgar certeza en cuanto a los elementos que diferenciarían a las consultas de los procedimientos contenciosos, pues han sido varias las inadmisibilidades del TDLC recurridas ante la CS en los últimos años, con resultados dispares. Sin embargo, los criterios o lineamientos que entrega la Sentencia son excesivamente formalistas y abstractos, y, en definitiva, no "permiten otorgar un contenido propio a la potestad consultiva del TDLC en materia de actos y contratos ya celebrados"⁵², que era el objetivo perseguido por la Sentencia.

Ante la incertidumbre y falta de claridad que persiste en torno a cuáles deberían ser en derecho los límites de la consulta, y en particular, los diversos criterios que ha seguido la CS en los últimos años, dependiendo de la integración de la Tercera Sala, cabe preguntarse si, como materia de *lege ferenda*, "la existencia de una potestad consultiva en materia de actos y contratos existentes no tendría justificación"53.

En nuestra opinión, la consulta aún tiene un espacio en nuestra institucionalidad de libre competencia, pero es necesario volver a su esencia. Así, según explicamos *supra*, en su origen, se trataba de una institución que buscaba fundamentalmente otorgar certeza jurídica a las partes de un acto o contrato en los términos del artículo 32 del DL 211, que exime de responsabilidad infraccional a las partes de un acto o contrato celebrado o ejecutado conforme al pronunciamiento del TDLC, salvo que exista una decisión posterior en contrario, sobre la base de nuevos antecedentes.

La legitimación activa de terceros con interés legítimo para presentar consultas se consideró necesaria

⁵³ Consulta de la Asociación Gremial del Retail Comercial A.G. sobre contratos de arriendo de locales con operadores de centros comerciales y los efectos de la integración vertical existente en ese mercado, Rol N°138.221-2020, Sentencia Corte Suprema (2021), c. 8.



⁴⁹ Véase, en este sentido, a Gumucio, Astudillo y Labbé, "¿Se justifica la consulta ante el TDLC?", 10.

⁵⁰ Además, cuando la consulta se refiere a a hechos, actos o contratos que no han sido celebrados, ejecutados o concluidos a la fecha de presentación, conforme a lo dispuesto en el Auto Acordado N°5/2004 del TDLC, se producirá automáticamente la suspensión del hecho, acto o contrato consultado, el que no podrá ejecutarse o concluirse mientras el TDLC no se pronuncie. Ello, en contraposición a los requisitos mucho más exigentes para solicitar y obtener una medida prejudicial precautoria con similares efectos en el contexto de un procedimiento contencioso.

⁵¹ De hecho, de acuerdo a las estadísticas publicadas en la página web del TDLC, desde el 2017 a la fecha, lo que coincide con el cambio de criterio en la jurisprudencia de la CS, han aumentado consistentemente los asuntos no contenciosos iniciados ante el TDLC. En lo que va del año 2021, se han presentado diez asuntos no contenciosos versus tan sólo tres contenciosos.

⁵² Consulta de la Asociación Gremial del Retail Comercial A.G. sobre contratos de arriendo de locales con operadores de centros comerciales y los efectos de la integración vertical existente en ese mercado, Rol N°138.221-2020, Sentencia Corte Suprema (2021), c. 9.

principalmente para permitir el control preventivo de operaciones de concentración⁵⁴. No obstante, ahora que dicha función recae sobre la FNE, en virtud de la reforma introducida por la Ley N°20.945, en 2016, cabe preguntarse si sigue justificándose que terceros puedan presentar consultas respecto de actos o contratos ajenos.

A nuestro juicio, por todas las razones indicadas, no se justifica mantener dicha posibilidad. Por lo tanto, sería aconsejable que el legislador evalúe derechamente eliminar la legitimidad activa de terceros y permitir que sólo quienes se proponen celebrar o ejecutar hechos, actos o contratos puedan presentar una consulta ante el TDLC para determinar, con una finalidad preventiva, su compatibilidad con la libre competencia. En esos términos, la consulta cumpliría con el requisito de que en los procedimientos no contenciosos no debe existir controversia de relevancia jurídica sino simplemente la búsqueda de certeza jurídica por parte de él o los interesados. Más aun, estimamos razonable limitar la consulta por las partes a hechos, actos o contratos futuros para los cuales se solicita un pronunciamiento *ex ante* del TDLC⁵⁵.

Si un agente económico o la FNE estima que un hecho, acto o contrato, actual o futuro, de terceros podría infringir la libre competencia, entonces lo que corresponde es que presente una demanda o un requerimiento ante el TDLC, respectivamente, especialmente tratándose de hechos, actos o contratos que se encuentran vigentes, están produciendo todos sus efectos y, por lo tanto, dan lugar a derechos o relaciones jurídicas consolidadas. Una consulta en estos casos muy probablemente dará lugar a una controversia de relevancia jurídica, difícilmente buscará obtener certeza en forma preventiva y jamás permitirá obtener la inmunidad que otorga el artículo 32 del DL 211 exclusivamente a las partes.

Si se elimina la consulta por parte de terceros, quedando siempre a salvo su derecho a demandar o requerir, la institucionalidad de libre competencia no perdería mucho y en cambio ganaría sustancialmente en certeza jurídica y respeto del debido proceso. Decimos que no perdería mucho porque, a nuestro mejor saber y entender, no es común en otras áreas del derecho, incluso igualmente complejas que el derecho de libre competencia, que se contemplen vías institucionales similares a la consulta para obtener certeza jurídica en forma *ex ante* respecto de conductas, actos o contratos de terceros, existentes o futuros. Ello es una particularidad del DL 211 que el legislador debiese corregir, especialmente frente a la más reciente jurisprudencia de la CS en el Caso *Malls*.

Junto con lo anterior, podría también aprovecharse la oportunidad para perfeccionar el texto del artículo 18 N°2 del DL 211, como sería definir en forma más precisa aquellos casos en que procedería una consulta, evitando hipótesis tan amplias y vagas que permiten, según lo ha entendido la CS, consultar sobre el estado de la competencia en un determinado mercado. Así, debiese eliminarse la referencia a "asuntos de carácter no contencioso que puedan infringir las disposiciones de esta ley"56, y reemplazarse por una redacción que sólo permita consultar sobre hechos, actos o contratos específicos y concretos que puedan producir efectos o riesgos anticompetitivos, también específicos y concretos.

⁵⁴ Velozo y González, "Reflexiones en torno a algunas de las facultades extrajurisdiccionales del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia", 30-31.

⁵⁵ Ello, por cuanto tratándose de consultas sobre actos o contratos existentes, no puede descartarse que una de las partes presente una consulta y la contraparte se oponga, produciéndose en consecuencia un conflicto de relevancia jurídica.

⁵⁶ Sin perjuicio de que, como señalamos supra, no es claro cómo, en estricto rigor, un asunto de carácter no contencioso podría vulnerar la ley.



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:

Josefina Campos y Raffaela Corte, "El futuro de la potestad consultiva del TDLC", *Investigaciones CeCo* (junio, 2021),

http://www.centrocompetencia.com/category/investigaciones

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