

Santiago, diez de marzo del año dos mil cinco.

Vistos:

En estos autos rol N°5298-04 caratulados "Consulta de Liberty Comunicaciones de Chile Uno Ltda. y Cristal Chile Comunicaciones S.A., sobre eventual fusión de Metrópolis Intercom Y VTR S.A.", don Marcial Mora Wackenhut y Bosco Martínez Fuentes, por sí, dedujeron, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 18, inciso final, en relación con el artículo 17 L del Decreto Ley N°211, recurso de reclamación contra la resolución de fecha 25 de octubre último, dictada por el Honorable Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Mediante dicha resolución, el referido tribunal aprobó la operación consultada, estimando que no se han acreditado elementos suficientes que permitan dar por establecido que la misma pueda producir una disminución sustancial y permanente de las condiciones de competencia en los tres mercados relevantes bajo análisis. Sin embargo, consideró que la operación consultada puede obstaculizar el desarrollo de la competencia efectiva en el mercado de la televisión pagada en el corto plazo, por lo que la subordina al cumplimiento de ocho condiciones.

El fundamento del reclamo, en síntesis, plantea que la fusión es ilegal e inconstitucional, pues vulnera los artículos 4° del D.L. N°211 y 7°, inciso 2°, de la Carta Fundamental. Aduce que dicha fusión implica concentrar más del 88% del mercado de la TV por cable en una sola compañía y al autorizarla, se autoriza un monopolio, el que se presenta aun existiendo competencia, cuando ésta es insignificante o

no es efectiva, advirtiendo que el propio tribunal calificó de monopolio a la nueva empresa fusionada.

El segundo fundamento alude a que la fusión atenta contra la libre competencia en el mercado de la televisión por cable, expresando que ella permite un aumento de tarifas a partir del cuarto año, la disminución de la calidad programática a partir del año cuarto, y termina con las promociones por cambio de proveedor.

El tercer basamento se refiere a que la resolución que aprueba la fusión se funda en supuestos e hipótesis que podrían ocurrir en el futuro, las que, de materializarse, podrían contrarrestar los efectos negativos de la concentración del mercado de la televisión pagada que se ha autorizado, no existiendo antecedentes que permitan acreditar o demostrar que tales supuestos o hipótesis se puedan producir en el corto, mediano o largo plazo.

El último argumento del reclamo consiste en la afirmación de que la fusión introduce barreras de entrada al mercado de la televisión pagada, ya que existen importantes costos hundidos reconocidos en el fallo, además de otros de orden tecnológico que impedirán que ingresen operadores a gran escala a esta industria.

El procedimiento se inició antes de la vigencia de la ley 19.911, que modificó el DL 211 del año 1973 mediante la consulta formulada con fecha 9 de enero del año dos mil cuatro, por don Max Letelier Bomchil, en representación de ?Liberty Comunicaciones de Chile Uno Limitada?, y por don Juan Antonio Alvarez Avendaño, en representación de ?Cristal Chile Comunicaciones S.A.?, ante la H. Comisión Preventiva Central, respecto de la fusión de VTR S.A. (VTR) y de Metrópolis Intercom S.A. (MI). Efectúan su planteamiento en siete puntos, subdivididos en otros varios, los que no resulta de utilidad reproducir, y piden que ?sobre la base de los antecedentes presentados y de los demás que se acompañarán en el curso de este proceso y de los que sean considerados pertinentes por esa H. Comisión, declarar la procedencia de la fusión de las empresas VTR y MI desde la perspectiva de las leyes sobre la libre competencia?.

La Comisión Preventiva Central solicitó informe a la Fiscalía Nacional

Económica, a la vez que ordenó remitir la presentación a la H. Comisión Resolutiva, para conocimiento y fines a que haya lugar ¿en tanto esta Comisión ¿se indica- ha tomado conocimiento que ante esa H. Comisión se tramita una causa que involucra a las partes que han ocurrido a este órgano?.

A fs.27 de estos autos, con fecha 9 de junio de 2004 don Pedro Mattar Porcile, Fiscal Nacional Económico, emitió el informe solicitado, y en él se aludió a la información recabada por la Fiscalía, analizando los mercados y sectores eventualmente afectados por la fusión, el mercado de la televisión por cable, el mercado de insumos o proveedores de contenidos. Además, se hace un análisis de eficiencia económica, de los probables efectos de la fusión sobre la competencia, aludiendo al poder de mercado de la empresa fusionada; de los potenciales efectos negativos de la fusión; de los potenciales efectos anticompetitivos en el mercado de adquisición de contenidos; potenciales efectos anticompetitivos en mercados relacionados; efectos sobre los mercados de telecomunicaciones relacionados, para finalmente expresar una síntesis, concluyendo que, en concepto de la Fiscalía, la fusión no debiera ser autorizada y, dado que Liberty Media es propietaria de VTR y posee el 50% de la propiedad de MI, estima prudente que se dispongan medidas para que Liberty Media opte por la participación en alguna de las dos compañías. Sin perjuicio, hace presente que si las consultantes demostrasen la existencia de las diversas sinergias planteadas por Liberty y ampliaren la información entregada, especialmente en lo relativo a la estructura jurídica que se aportará, las inversiones proyectadas y los beneficios que se alcanzarían en los mercados relacionados de telefonía e Internet Banda Ancha, como producto de la fusión, podría ser recomendable, en lugar de lo anterior, aprobar la fusión, con las prevenciones que se especifican, sin perjuicio de otras que el H. Tribunal estimare pertinentes.

A fs.172 Liberty Comunicaciones de Chile Uno Limitada y CristalChile Comunicaciones S.A. evacuaron el traslado conferido respecto del informe de la Fiscalía Nacional Económica planteando, como

conclusión, que la fusión propuesta, bajo las condiciones que en el mismo escrito señalan, permitirá a las consultantes generar competencia en los mercados de telefonía y la banda ancha, que es el efecto buscado por la Fiscalía. La fusión, afirman, bajo condiciones razonables, crea economías que permiten que las solicitantes asuman el compromiso de extender el despliegue de la red, otorgando acceso a aproximadamente 2,1 millones de hogares a los servicios de video, telefonía y banda ancha; y sin la fusión, ninguna de las compañías podría llevar a cabo separadamente este acceso incremental de red. Señalan, además, que aceptan nueve de las condiciones con arreglo a la propuesta de la Fiscalía; y, para las dos restantes, proponen alternativas que estiman atienden adecuadamente las preocupaciones expresadas por la Fiscalía, sin que se afecte la capacidad de la empresa fusionada para competir efectivamente en contra de los dominantes y emplear su convergencia tecnológica.

A fs.190 se tuvo por evacuado el traslado y se ordenó poner en conocimiento de la Fiscalía Nacional Económica. A fojas 196, el Fiscal Nacional mantiene lo señalado en su informe, y expresa que si el Tribunal estimare prudente aprobar la fusión, debe existir un compromiso formal por parte de la empresa fusionada de garantizar y asegurar el cumplimiento del Plan de Inversiones informado.

Mediante la presentación de fs.200, con fecha 9 de julio de 2004, esto es, bajo la vigencia de la ley 19.911 que, como se dijo modificó el D.L. 211, don Marcial Mora Wackenhut y don Bosco Martínez Fuentes presentan ?demanda por infracción a la libre competencia?, expresando que lo hacen en uso del derecho conferido en el artículo 17 C del citado Decreto Ley N°211, ?por sí y en interés general de la comunidad, la que ? según expresan- por desconocimiento de las leyes que la protegen, no reclama de conductas monopólicas que le perjudican o pudieren perjudicar, reaccionando ante ello en forma tardía?. Luego de exponer sus argumentos solicitan el rechazo de la solicitud de fusión de ambas empre

sas por cuanto el acto o contrato de fusión propuesto tendría por objeto impedir, restringir y entorpecer la libre competencia y provocar

graves consecuencias en los derechos de los usuarios, en la calidad de los servicios, además de inhibir la libertad de otros operadores para ingresar al mercado y posible desempleo. Dicha presentación fue proveída a fs.204, y en lo que interesa, señala: ?A lo principal, atendido que la demanda se refiere a los mismos hechos de los autos no contenciosos Rol NC N° 02-04, y a fin de evitar la existencia de procedimientos paralelos y decisiones contradictorias, agréguese estos antecedentes a los autos Rol NC N°02-04, para ser considerados al resolver, y sin desmedro de los derechos que en calidad de interesados puedan ejercer en dichos autos los comparecientes?. A fs.205, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia trajo los autos en relación, fijando fecha para la vista de la causa.

A fs.218 compareció haciéndose parte, don Jorge Atton Palma, en representación de Compañía Nacional de Teléfonos Telefónica del Sur S.A. o Telsur, aduciendo tener interés legítimo y directo en la resolución que recaiga sobre la presente materia, presentando, a fojas 219 un extenso escrito en el que hace presente diversos argumentos, y solicita diligencias.

A fs.253 se hizo parte el Fiscal Nacional Económico.

A fs.254 el Tribunal resolvió, en lo que interesa, acoger las peticiones formuladas a fojas 218 y a fojas 253, teniendo por parte, tanto a Telsur como al Fiscal Nacional Económico.

A fs.266 don Francisco Mandiola Allamand, en representación de Sky Chile Televisión Directa al Hogar Limitada y Compañía En Comandita por acciones se hizo parte en este procedimiento de consulta sobre la fusión ya referida, oponiéndose a dicha fusión; accediendo el Tribunal a fojas 298, a tenerlo por parte.

A fs.305, la misma empresa Sky Chile interpuso demanda en contra de las dos sociedades solicitantes, pidiendo que, en definitiva, se niegue lugar a autorizar la fusión de que se trata, por ser contraria dicha operación a las normas de libre competencia contenidas en el D.L. N°211. A fojas 334 se dispuso agregar la demanda a los autos no contenciosos Rol NC N°02-04 para ser considerados al resolver, ?y sin desmedro de los derechos que en calidad de interesados pueden

ejercer en dichos autos los comparecientes?.

A fs.387, se hizo parte don Luis Venegas Almendras, en representación de Edu Comunicaciones S.A. y Vía Comunicaciones S.A., teniéndoseles por tal a fojas 389.

A fojas 417 el Tribunal fijó días para la vista de la causa.

A fs.441 bis se hicieron parte don Juan Domingo Acosta Sánchez y don Cristián Cortés Poo, en representación de Television Association of Programmers, lo que se redeneó agregar como antecedentes a fs.441 bis-1 vta.

A fs.616, con fecha 24 de agosto último, se dejó constancia de los alegatos realizados previa relación pública, quedando la causa en estado de acuerdo con esa misma fecha.

A fs.624 y con fecha 25 de octubre último se expidió la sentencia, contenida en Resolución N°01/2004, que se desarrolla en diez puntos, que incluyen los vistos, los considerandos, y finalmente la decisión del Tribunal que aprueba la operación consultada en los términos que se especifican.

A fs.695 don Marcial Mora Wackenhut Y don Bosco Martínez Fuentes deducen recurso de reclamación contra la aludida Resolución, pidiendo que se la revoque y se ?rechace la solicitud de fusión de las empresas consultantes?.

A fs.707 la solicitante CristalChile Comunicaciones S.A. hizo presente la inadmisibilidad del recurso de reclamación contra la sentencia dictada en estos autos, solicitando que el contenido de su presentación se tenga ?presente al declarar inadmisibile cualquier recurso de reclamación que se intente contra la sentencia dictada en estos autos?.

A fs.728 la misma solicitante referida en el apartado previo se hizo parte ante esta Corte, pidiendo que se declare inadmisibile el presente recurso de r
eclamación.

A fs.751 se trajeron los autos en relación para conocer tanto de la admisibilidad como del fondo del recurso de reclamación de lo principal de fs.695.

Considerando:

A) En cuanto a la admisibilidad del recurso de reclamación.

1º) Que, como quedó expresado, el único recurso de reclamación en contra de la Resolución N°01/2004 emitida por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en este procedimiento no contencioso de la consulta formulada por Liberty Comunicaciones de Chile Uno Ltda. y Cristal Chile Comunicaciones S.A., sobre fusión de Metropolis Intercom S.A. y VTR S.A., fue el deducido por don Marcial Mora Wackenhut y don Bosco Martínez Fuentes, quienes accionaron en estos autos por sí mismos, con la pretensión que ya se adelantó, en orden a que se revoque la citada Resolución y se dicte una de reemplazo rechazando la solicitud de fusión de las empresas consultantes;

2º) Que la solicitante CristalChile Comunicaciones S.A. pidió formalmente, mediante el primer otrosí de la presentación de fs.728, se declare inadmisibile el aludido recurso de reclamación.

Plantea, en primer lugar, que el recurso es inadmisibile por ausencia de fuente legal que lo autorice, aseverando que el procedimiento en que se ha dictado la sentencia reclamada se inició por la consulta formulada a la H. Comisión Preventiva Central por Liberty Comunicaciones de Chile Uno Ltda. y CristalChile Comunicaciones S.A. según el artículo 8 letra b) del D.L. N°211 de 1973, vigente a la época de su inicio.

Expresa que la Ley 19.911, que modificó dicho Decreto Ley y creó el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, fue publicada en el Diario Oficial el 14 de noviembre de 2003, entró a regir a los noventa días a contar de esa fecha, y estableció, en su disposición Quinta Transitoria, que las causas de que estuvieren conociendo las Comisiones Preventiva Central y Preventivas Regionales se seguirán tramitando, sin solución de continuidad, ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, con arreglo a los procedimientos establecidos en las disposiciones vigentes al momento de su inicio.

Añade, que dado el vacío del primitivo D.L. N°211 en materia de regulación del procedimiento ante las Comisiones Preventivas Central

y Regionales, que era establecido en la práctica por esas mismas Comisiones, el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia dictó el Auto Acordado N°2, de 19 de mayo de 2004, con el objeto de regular los procedimientos ya iniciados, haciéndoles aplicables ciertas normas propias de la nueva institucionalidad consagradas en la Ley N°19.911. Precisa que el Auto Acordado señala que "Las causas de que estaban conociendo las Comisiones Preventiva Central y Preventivas Regionales se seguirán tramitando con pleno respeto a las normas de un debido proceso propio de un tribunal y, luego de emitido el respectivo informe del señor Fiscal Nacional Económico, se dará traslado de la denuncia, sí la hubiere y de dicho informe a los denunciados o afectados, por el término que el tribunal determine. Se aplicarán a dichas causas las disposiciones procesales contenidas en el artículo 17 letras D, E, F, G, H, I, J, K, L y N del Decreto Ley 211, en cuanto fueren aplicables. No obstante lo anterior el tribunal podrá prescindir de recibir la causa a prueba, sí así lo estimare conveniente."

Afirma que la dictación de dicho cuerpo normativo cubre la necesidad de contar con un procedimiento cierto, conocido y adecuado para las causas pendientes, escogiéndose para ello las disposiciones procesales que la ley introdujo al D.L. N°211 que, de manera más amplia, resguardan los objetivos que la nueva institucionalidad impuso, en el contexto de darle aplicación sin poder homologar del todo el sistema procesal antiguo a la dualidad contencioso-no contencioso que empleó la Ley N°19.911. Indica que se quiso contar con un procedimiento transitorio que satisficiera concentradamente las exigencias deseables para todos los tipos de causas pendientes ante las Comisiones Preventiva Central y Regionales de acuerdo con el nuevo sistema.

Agrega que, en la situación de que se trata, sólo se alcanzó a dictar la primera resolución relativa a la consulta sobre esta fusión, de conformidad a lo preceptuado por el antiguo D.L. N°211, emitida el 9 de enero de 2004, mismo día de su presentación, y que ordenó informar al respecto a la Fiscalía Nacional Económica. De allí en adelante se dio observancia, en cuanto al procedimiento, a las normas

procesales que hizo aplicables la nueva legislación y el Auto Acordado N°2, particularmente desde que se dictara la resolución de 10 de junio de 2004, que dio traslado del informe evacuado por la Fiscalía Nacional Económica, a Liberty Comunicaciones de Chile Uno Ltda. y CristalChile Comunicaciones S.A. El 22 de junio de 2004, en cumplimiento de las nuevas disposiciones aplicables, se dictó el decreto "autos en relación", ordenando a los apoderados de las partes (sic) dar "estricto cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 17, letra H, del Decreto Ley 211?", en cuanto a la solicitud de los alegatos.

Señala el solicitante de inadmisibilidad, que en cuanto a la intervención de los terceros, la vista de la causa y el fallo mismo se siguió y resolvió con apego a la normativa transitoria aplicable de acuerdo al Auto Acordado aludido, según se desprende de diversas resoluciones.

Por consiguiente, expresa, el régimen de impugnación de la resolución que se analiza debe determinarse a la luz de estas mismas disposiciones, aplicables en virtud de la Quinta Transitoria de la Ley N°19.911 y del Auto Acordado N°2, que incluyó la letra L del artículo 17 del D.L. N°211, que trata de los recursos que caben contra la sentencia definitiva. Según éste, agrega, "Las resoluciones pronunciadas por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, salvo la sentencia definitiva, serán susceptibles del recurso de reposición, al que podrá dársele tramitación incidental o ser resuelto de plano. Sólo será susceptible de recurso de reclamación, para ante la Corte Suprema, la sentencia definitiva que imponga alguna de las medidas que se contemplan en el artículo 17 K, como también la que absuelva de la aplicación de dichas medidas".

En tales circunstancias, expresa, y dado que la sentencia definitiva dictada en autos no adopta ninguna de las medidas contempladas en la letra K del aludido artículo 17, única hipótesis que autoriza el recurso, dicha resolución no resulta reclamable para ante la Corte Suprema, no existiendo fuente legal para intentar una impugnación diversa de la sentencia;

3º) Que, en segundo lugar, la petición de inadmisibilidad del recurso se funda en que, quien reclama, carece de legitimación para hacerlo

añadiendo, a mayor abundamiento, que si se aceptara que existe la posibilidad de interponer recurso de reclamación contra la sentencia expedida, Bosco Martínez Fuentes y Marcial Mora Wackenhut no están legitimados para reclamar en el presente procedimiento no contencioso.

Advierte que los reclamantes interpusieron demanda ante el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia a fs. 200 y a fs. 204 se negó lugar incluso a admitirla a tramitación, como consta en el expediente, y Bosco Martínez y Marcial Mora no impugnaron esta resolución para perseverar en convertir el procedimiento en contencioso, quedando firme la negativa de hacerlo contencioso. En tales circunstancias, añade, ¿los reclamantes no son parte -no lo solicitaron, y aún así, no podrían serlo en un procedimiento no contencioso- ni demandantes -legítimos contradictores-, y no les resulta aplicable la categoría sui generis de "relacionados" o de "posibles interesados legítimos" que parece emplear el fallo de conformidad al artículo 18 del nuevo texto del D.L. N°211, puesto que ¿ dicha disposición no forma parte de la normativa de transición expresamente aplicable a los procedimientos pendientes ante las Comisiones Preventiva Central y Regionales en virtud de la disposición Quinta Transitoria de la Ley 19.911 y del Auto Acordado N°2???

Por consiguiente Bosco Martínez Fuentes y Marcial Mora Wackenhut carecen de legitimidad para impugnar el fallo dictado en autos, por la vía del recurso de reclamación, pues no intervinieron de modo idóneo en el procedimiento para hacer valer un eventual interés contradictorio con la fusión, siendo su correcta posición la de entidades observantes. Además, carecen del más elemental interés para haber intervenido en este procedimiento y para impugnar el fallo por la vía de la reclamación, en cuanto se fundan en el interés general de la comunidad, y arrogándose, así, la representación de la "población" o incluso de los "consumidores o usuarios", lo que no es aceptable a la luz de la normativa de defensa de la competencia, ya que tanto el D.L. N°211 anterior a la Ley 19.911 como el actual artículo 27 letra b),

cometen exclusivamente al Fiscal Nacional Económico la representación del interés general de la colectividad en el orden económico, ante el Tribunal de Defensa de la Competencia y los Tribunales de Justicia, lo que corrobora el artículo 17 letra E de dicho decreto, introducido por la Ley mencionada, cuando dispone que las demandas presentadas por particulares en el procedimiento ante este Tribunal deben ser puestas en inmediato conocimiento de la Fiscalía, a fin de que asuma su rol de resguardar el interés general de la colectividad en el orden económico, lo que se cumplió en este caso a través de una extensa investigación y de las medidas de resguardo pedidas, para el caso de aprobarse la fusión, y que han sido recogidas por el H. Tribunal en el fallo reclamado.

Por ello la Fiscalía Nacional Económica no interpuso recurso de reclamación, estando habilitada para hacerlo por texto expreso de ley.

Por otra parte, agrega, el propio Fiscal Nacional Económico, ha sostenido que el bien jurídico protegido y la institucionalidad establecida por el D.L. N°211 no apunta, al menos directamente, a la protección de los derechos de los consumidores, que es lo que se han arrogado defender los Sres. Bosco Martínez Fuentes y Marcial Mora Wackenhut en este procedimiento.

Finaliza señalando que ni el Fiscal Nacional Económico, como se dijo, ni otros posibles interesados en el asunto, ni las empresas que pretenden fusionarse, reclamaron de la sentencia, y sólo lo hicieron quienes enarbolan el carácter de consumidores;

4º) Que en síntesis, y de acuerdo a lo reseñado, resulta que la solicitante CristalChile Comunicaciones S.A., ha criticado, desde una doble perspectiva, la posibilidad de que los señores Marcial Mora Wackenhut y Bosco Martínez Fuentes, hayan podido válidamente entablar el recurso de reclamo de fs.695 contra la Resolución de 25 de octubre de 2004, expedida por el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, que aprobó la fusión de las empresas VTR S.A. y Metrópolis Intercom S.A.

En primer término, porque no existe fuente legal que haga reclamable la referida resolución para ante esta Corte Suprema; y, en segundo

lugar, porque dichas personas carecen de legitimación para reclamar en este procedimiento, cuya naturaleza jurídica es no contenciosa, ya que no son partes, y carecen de interés, de lo que deriva la imposibilidad de que pudieran recurrir de reclamación;

5º) Que para iniciar el análisis de las materias propuestas, cuyo estudio es previo al análisis de fondo, como ocurre siempre que se plantean cuestiones tanto de orden formal, como sustantivas, hay que recordar que el presente procedimiento se originó bajo las prescripciones del primitivo D.L. N°211, que fijó normas para la defensa de la libre competencia, antes de la modificación que se ha mencionado.

No obstante, a poco de iniciado el procedimiento, se dictó la Ley N°19.911, publicada en el Diario Oficial el día 14 de noviembre de 2003, para regir noventa días después de su publicación, texto legal que creó el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, introduciendo diversas modificaciones al aludido Decreto Ley y precisando, en su primer artículo que, a su vez, sustituye el primer precepto del D.L. mencionado, que "La presente ley tiene por objeto promover y defender la libre competencia en los mercados".

La citada ley contiene diversas normas transitorias, y en la quinta, prevé la situación aquí planteada, al disponer que "Las causas de que estuvieren actualmente conociendo las Comisiones Preventiva Central y Preventivas Regionales se seguirán tramitando, sin solución de continuidad, ante el Tribunal de la Libre Competencia, con arreglo a los procedimientos establecidos por las disposiciones vigentes al momento de su inicio".

Además, el nuevo organismo creado por dicha ley dictó un Auto Acordado, para regular la tramitación de las consultas que se formularen y demandas o requerimientos cuando se refieran a unos mismos hechos o actos o convenciones, para evitar procedimientos paralelos o decisiones contradictorias;

6º) Que es conveniente destacar, también, por lo que más adelante se dirá, que el artículo 17 C del nuevo texto dispone que el Tribunal de la Libre Competencia tendrá entre sus atribuciones y deberes: "2)

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

7º) Que interesa resaltar para los efectos de la presente sentencia y de lo que en particular se analiza, lo siguiente: La naturaleza jurídica del asunto en que ella recae es la de un procedimiento no contencioso, ya que se inició por una consulta formulada por las empresas Liberty Comunicaciones de Chile Uno Limitada y CristalChile Comunicaciones S.A. a fin de que se declare la procedencia de la fusión de las empresas VTR y Metropolis Intercom, antes de la entrada en vigencia de la Ley 19.911 que introdujo diversas modificaciones al D.L. 211 de 1973; que los actos judiciales no contenciosos están expresamente definidos en el artículo 817 del Código de Procedimiento Civil como ?aquellos que según la ley requieren la intervención del juez y en que no se promueve contienda alguna entre partes?; que respecto a la calidad jurídica de ser ?parte?, el mismo Código distingue entre las que lo son en forma directa, esto es, demandante y demandado, con interés real, y los terceros, esto es, quienes sin ser partes directas en el juicio, tienen actual interés en sus resultados;

8º) Que en el presente caso, don Marcial Mora W. Y don Bosco Martínez F. se apersonaron en este procedimiento no contencioso, formulando una ?demanda por infracción a la libre competencia?, según puede verse a fs.200, y lo hicieron ?haciendo uso del derecho conferido en el artículo 17 C del Decreto Ley 211, (nuevo texto introducido por la ley 19.911) por si y en el interés general de la comunidad, aduciendo que, por desconocimiento de las leyes que la protegen, (la comunidad) no reclama de conductas monopólicas que le perjudican o pudieren perjudicar, reaccionando ante ello en forma tardía...?.

Se acompañó a la presentación una boleta de la cuenta mensual

correspondiente a la primera de dichas personas, la que enunciaría de que se encuentra abonada a la empresa de televisión por cable denominada VTR;

9º) Que el tribunal, a fs.204, determinó agregar los antecedentes al procedimiento incoado por la consulta, ¿para ser considerados al resolver, y sin desmedro de los derechos que en calidad de interesados puedan ejercer en dichos autos los comparecientes?, ciñéndose a lo dispuesto en el auto acordado dictado al respecto, numeral 3º.

Sin embargo, a la fecha de la citada intervención, regían las modificaciones introducidas al procedimiento por la citada ley 19.911; y en virtud de lo dispuesto por el artículo 17 C de ese texto legal, mismo invocado por los comparecientes, éstos carecían del derecho a intervenir, por no tener comprometido, para poder hacerlo, un interés legítimo, real y actual que los habilitara.

En efecto, su demanda se funda únicamente en situaciones futuras e hipotéticas basadas en hechos que podrían ocurrir de concretarse la fusión pretendida, lo que no configura el interés requerido por la ley para admitir su comparecencia;

10º) Que tampoco resulta aceptable la pretensión de quienes concurren, en cuanto se funda en el interés general de la comunidad, ya que la ley no otorga acción general o popular en la presente materia, reservada de modo particular, en su artículo 17 C N°2 al Fiscal Nacional Económico y a quienes tengan interés legítimo.

Por lo tanto, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia debió, en su momento, desechar de plano una petición formulada por quienes no invocaron un interés del carácter requerido, y el no hacerlo importó, ciertamente, un error de procedimiento que significó que este asunto llegara hasta esta Corte Suprema por la vía de un recurso de reclamación formulado por quienes no podían válidamente entablarlo, toda vez que no son partes interesadas en los términos de la ley, y tampoco detentan la representación de la comunidad;

11º) Que, en efecto el interés hecho valer por don Marcial Mora y don Bosco Martínez, más que la finalidad señalada en el artículo 1º del DL

211 modificado por la Ley N°19.911 (la presentación se dedujo estando ya en plena vigencia este texto legal), tiene que ver con los posibles problemas de protección al consumidor, que podrían eventualmente producirse, y cuya solución legal sigue otras vías o caminos jurídicos siempre que se concreten efectivamente, y no se traduzca en simples temores, como los expuestos a fs.200;

12º) Que esta Corte Suprema ha expresado con reiteración que en primer lugar debe atenderse a la regularidad formal del procedimiento, ya que si se observa alguna anomalía en lo tocante a dicho aspecto, resultaría del todo inútil abordar el fondo del asunto.

Es lo que ha ocurrido en el presente caso, puesto que, don Marcial Mora y don Bosco Martínez carecen, como ya se ha explicado, de las calidades que la ley exige para que puedan válidamente hacerlo por no tener un interés legítimo, ni la representación que se adjudican, por lo que el recurso de reclamación deducido es inadmisibile y así corresponde que lo declare esta Corte Suprema;

13º) Que reafirma lo expresado la circunstancia de que el inciso final del artículo 18 del D.L. N°211, invocado por los reclamantes, artículo que es el que regula el procedimiento en los asuntos de carácter no contencioso, precisa que "Las resoluciones que fijen condiciones que deban ser cumplidas en actos o contratos podrán también ser objeto del recurso de reclamación?", lo que está acorde con la exigencia antes prevista, en el sentido de que sólo quienes tengan un interés legítimo, -aparte del Fiscal Nacional Económico-, pueden promover asuntos de carácter no contencioso, como el de la especie, respecto de las materias a que se refiere el artículo 17 C del Decreto Ley 211 en su texto modificado. Por consiguiente quienes pueden intentar el reclamo ante esta Corte Suprema son precisamente los que se vean afectados por las condiciones que se les imponen, que no es el caso de los dos recurrentes de autos, que son totalmente ajenos a ellas;

14º) Que no conduce a una solución diversa el análisis del primitivo artículo 19 del D.L. N°211, en cuanto a la naturaleza jurídica de las resoluciones reclamables, así como la revisión de quienes están habilitados para reclamar;

15º) Que, en atención a lo expuesto, razonado y concluido, el recurso de reclamación intentado en autos es inadmisibile.

En cuanto al fondo del asunto.

16º) Que, en atención a lo que se ha determinado previamente, no cabe emitir pronunciamiento sobre lo substancial de la materia a que se refiere el presente procedimiento, por ello improcedente.

En co

nformidad, asimismo, con lo que disponen los artículos 1º, 17 C Nº2 y 18 inciso final del D.L. Nº211 en su texto modificado por la ley 19.911, y 27 letra B del citado Decreto Ley que corresponde al artículo 39 letra B del Decreto con Fuerza de Ley Nº1 de 18 de octubre de 2004 publicado en el Diario Oficial con fecha 7 de marzo último, se declara inadmisibile el recurso de reclamación interpuesto en lo principal de la presentación de fs.695 contra la Resolución Nº01/2004 de veinticinco de octubre del año dos mil cuatro, escrita a fs.624, dictada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, acogándose en consecuencia, lo pedido en tal sentido en el primer otrosí de la presentación de fs.728 por la solicitante CristalChile Comunicaciones S.A.

Atendido lo expuesto en el motivo décimo sexto de este fallo, se omite pronunciamiento sobre el fondo del asunto.

Regístrese y devuélvase, con sus agregados.

Redacción a cargo de la Ministra Srta. Morales.

Rol Nº5298-2004.

Pronunciado por la Tercera Sala, integrada por los Ministros Sr. Domingo Yurac; Sr. Humberto Espejo; Srta. María Antonia Morales y Sr. Adalis Oyarzún; y el Abogado Integrante Sr. Manuel Daniel. No firma el Sr. Espejo, no obstante haber concurrido a la vista del recurso y acuerdo del fallo por haber cesado en sus funciones.

Autorizado por el Secretario Sr. Carlos Meneses Pizarro.