

DERECHO DE LA LIBRE COMPETENCIA

Fernando Araya Jasma

Profesor de Derecho Comercial
Universidad Diego Portales

EL ACUERDO CONCILIATORIO BAJO ANÁLISIS NO SOLO NO ATENTA CONTRA LA LIBRE COMPETENCIA SINO QUE CONTIENE OBLIGACIONES QUE TENDERÍAN A FOMENTARLA Y SUPONEN UNA MEJORÍA RESPECTO DE LAS CONDICIONES DE COMPETENCIA EN EL MERCADO. OBJETIVO DEL CONTROL PREVENTIVO DE OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN, INCUMPLIMIENTO DE MEDIDAS, ESTÁNDAR DE APROBACIÓN DE LOS ACUERDOS CONCILIATORIOS. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA, 22 DE DICIEMBRE DE 2015, RESOLUCIÓN DE TÉRMINO 140/2015, ROL C N° 295-15

En septiembre de 2011, mediante su resolución 37/2011, el TDLC declaró que la consulta presentada por CONADECUS, relativa a la operación de concentración entre Lan Airlines S.A. y Tam Linhas Aéreas S.A. se ajustaba a las normas del DL N° 211, siempre que se diera cumplimiento a catorce condiciones o medidas que dicha resolución individualizó¹. Entre ellas, la condición séptima imponía a LATAM –la empresa resultante de la operación de concentración– obligaciones referidas a acuerdos de código

compartido que importaban consultas previas y renunciadas, respectivamente².

² Los códigos compartidos son contratos en que dos líneas aéreas acuerdan unificar dos vuelos entre un par origen-destino en un único avión operado por alguna de las dos compañías. Así, el vuelo tiene códigos de ambas compañías. Parte de las obligaciones impuestas por el TDLC en la condición séptima fueron objeto de reclamaciones que fueron desestimadas por la CS. A continuación se transcribe la condición cuya incumplimiento se discutía: “VII.1. LATAM, por si o a través de sus empresas matrices, filiales, coligadas y/o relacionadas, no podrá celebrar ni mantener, sin autorización previa de este Tribunal, acuerdos de código compartido con los miembros o asociados de una alianza distinta de aquella a la que pertenezca LATAM: i) en aquellas rutas que tengan origen o destino en Chile o que conecten Chile con aeropuertos de llegada o salida en Norteamérica o Europa, sea en vuelos directos o con una escala en Sudamérica; ii) en los tramos intermedios de las rutas indicadas, es decir, si por ejemplo la ruta a Europa es Santiago –São Paulo– Madrid, tampoco podrá celebrar este tipo de acuerdos en la ruta Santiago –São Paulo ni en la ruta São Paulo– Madrid. Respecto de Avianca/Taca o de Gol, no podrá celebrar ni mantener acuerdos de código compartido, además de los indicadas en i) y ii), en las restantes rutas internacionales dentro de Sudamérica en que se superpogan los servicios de transporte aéreo de alguna de ellas con los servicios de LATAM o de sus empresas matrices, filiales, coligadas y/o relacionadas. / VII.2. En caso de tener acuerdos de los indicados en el numeral VII.1., anterior, LATAM y sus empresas matrices, filiales, coligadas y/o relacionadas deberán renunciar a ellos dentro del plazo máximo de 24 meses contados desde

¹ TDLC, 21 de septiembre de 2011, sentencia N° 37/2011, caso Lan/Tam. Recursos de reclamación rechazados por CS, 5 de abril de 2012, rol 9843-2011.

En junio de 2015, la FNE presentó un requerimiento en contra de LATAM, acusándola de haber infringido el art. 3° inciso primero del DL N° 211, por haber incumplido la referida condición séptima. A juicio de la FNE, LATAM no habría renunciado ni consultado acerca de cinco acuerdos de código compartido celebrados con aerolíneas de una alianza distinta a la suya y tampoco habría solicitado autorización del TDLC respecto de la celebración de cuatro nuevos acuerdos de este tipo³.

el perfeccionamiento de la Operación, salvo que con anterioridad este Tribunal haya autorizado no renunciar a los mismos, en un procedimiento de consulta. Asimismo, si LATAM desea pertenecer a más de una alianza, deberá consultar previamente dicha circunstancia a este Tribunal. / VII.3. LATAM y sus empresas matrices, filiales, coligadas y/o relacionadas deberán someter a conocimiento de este Tribunal, en forma previa a su suscripción y por vía de consulta, en los términos del artículo 18 N° 2 del DL 211, los actos jurídicos a través de los cuales establezcan o modifiquen acuerdos de código compartido con una o más aerolíneas, cualquiera que sea la alianza a la que ésta(s) pertenezca(n), respecto de rutas nacionales y de aquellas rutas referidas en el numeral VII.1 precedente. Se excluye de la presente obligación cualquier acto jurídico o acuerdo de código compartido que LATAM celebre con miembros de su propio grupo empresarial, en los términos contenidos en el artículo 100 de la Ley N° 18.045 de Mercado de Valores, y los acuerdos de código compartido con otros miembros de la alianza en la que en definitiva permanezca LATAM, los que en todo caso deberán ser comunicados a la Fiscalía Nacional Económica. / VII.4. Los acuerdos de interlínea que celebre LATAM con aerolíneas que no pertenezcan a su grupo empresarial, en los términos contenidos en el artículo 100 de la Ley N° 18.045 de Mercado de Valores, deberán ser comunicados a la Fiscalía Nacional Económica para los efectos de lo dispuesto en el artículo 39, letra d), del Decreto Ley N° 211”.

³ En su requerimiento, la FNE solicita al TDLC que ordene a la aerolínea poner término

Al contestar el requerimiento en julio de 2015, LATAM solicitó su rechazo con costas, sobre la base que:

- i) LATAM habría cumplido íntegramente la condición VII y que la FNE le estaría dando una errónea aplicación a ella⁴;
- ii) el requerimiento sería improcedente porque si existían dudas respecto del alcance de la condición VII, la FNE debió presentar una solicitud de aclaración al TDLC, agregando que el requerimiento sería innecesario porque LATAM podría haber colaborado para resolver las inquietudes de la FNE;
- iii) el requerimiento supondría que se considere responsable y sancione a LATAM por el solo hecho de infringir la condición VII, sin antes pronunciarse respecto a cómo ello importaría una infracción al tipo universal antimonopólico, ni señalar

a estos acuerdos en un plazo máximo de sesenta días desde que se dicte la sentencia, además de una multa a beneficio fiscal de 5.000 UTA, lo que equivale a alrededor de US\$ 4,2 millones. Disponible en www.fne.gob.cl/2015/06/10/fne-acusa-a-latam-de-incumplir-parte-de-la-resolucion-que-autorizo-la-fusion-de-lan-y-tam-en-2011/#more-7291 [Fecha de consulta: 2 de mayo de 2016].

⁴ Esto porque a) el tenor literal de la condición VII no exigiría que se renuncien o consulten todos los acuerdos de código compartido con miembros de una alianza distinta a la que pertenece, en vuelos entre Sudamérica, por una parte, y Norteamérica o Europa, por la otra; b) la condición VII no tendría por objeto restringir acuerdos de código compartido respecto de vuelos que no conecten con Chile y c) LATAM habría elaborado un procedimiento de inhibición con el objeto de restringir la aplicación de este tipo de acuerdos.

cómo concurrirían todos los elementos constitutivos de tal tipo, lo que vulneraría las garantías del debido proceso de “legalidad de la pena” y “no presunción de derecho de la responsabilidad”.

El procedimiento fue encaminado por las partes y el TDLC hacia una salida negociada, la que desembocó en una propuesta de acuerdo conciliatorio en diciembre de 2015, aprobada por la resolución del TDLC que motiva este comentario⁵. Atendida su brevedad, reproducimos íntegramente sus tres considerandos centrales:

“Que el artículo 22° del DL N°211 establece la conciliación como equivalente jurisdiccional de una sentencia definitiva, debiendo este Tribunal pronunciarse sobre ella, dándole su aprobación siempre que no atente contra la libre competencia. Al respecto, la jurisprudencia de este Tribunal ha sostenido que los procesos de conciliación “deben tener por objeto poner término al conflicto o limitarlo, sin que ello atente contra la libre competencia. Lo anterior implica, necesariamente, que el requerido o demandado asuma compromisos de conducta u otras obligaciones que sean acordes con el bien jurídico protegido

por el Decreto Ley N° 211, previniendo o corrigiendo de esta forma situaciones de mercado que pudieran afectar la libre competencia” (Rol C N° 177-08, Rol C N° 248-13)”⁶.

“Que, analizados en su conjunto los términos del acuerdo conciliatorio [...], a juicio de este Tribunal el mismo no solo no atenta contra la libre competencia, según lo establecido en el inciso primero del artículo 22° del DL N°211, sino que contiene obligaciones que tenderían a fomentarla, ya que con ellas se permitiría que otras alianzas que unan Chile con un *hub* sudamericano ingresen al mercado, potenciando así la competencia entre alianzas”⁷.

“Que, en este sentido, los compromisos adquiridos por Latam en orden a: a) renunciar a los acuerdos de código compartido señalados en el número 5(i) precedente; b) no celebrar nuevamente los acuerdos de código compartido singularizados en el número 5(ii) precedente; y, c) modificar los acuerdos de código compartido singularizados en el número 5(iii) precedente; suponen una mejoría respecto de las condiciones de competencia en el mercado”⁸.

⁵ TDLC, 22 de diciembre de 2015, resolución de término N° 140/2015, caso FNE con Latam Airlines. Disponible en www.tdlc.cl/tdlc/wp-content/uploads/otras_resoluciones/Resolucion_Termino_140_2015.pdf [fecha de consulta: 2 de mayo de 2016].

⁶ TDLC, 22 de diciembre de 2015, *op. cit.*, considerando 1°

⁷ *Op. cit.*, considerando 2°.

⁸ *Op. cit.*, considerando 3°.

En un marco institucional próximo a incorporar, vía reforma legal, un control preventivo obligatorio de operaciones de concentración, futuras controversias similares a la aquí planteada quedarán sujetas a esa nueva regulación⁹. Casos como el comentado y otros coetáneos en el área del control de operaciones de concentración quizá serán vistos como parte de un pasado precario teñido de grados importantes de incertidumbre¹⁰. No obstante, tiene antecedentes rescatables para discusiones no del todo zanjadas por el legislador en el nuevo esquema que está concibiendo, de las cuales referiremos tres.

1. OBJETIVO DEL CONTROL PREVENTIVO DE OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN

332

La introducción de un sistema preventivo obligatorio de control de operaciones de concentración tiene asociados costos públicos y privados significativos. Los beneficios que se espera del sistema debieran más que compensarlos. Una rendición de cuentas pormenorizada y periódica de este solo aspecto ya sería un avance sustancial.

⁹ Mensaje N° 009-363 de 16 de marzo de 2015 de S.E. la Presidenta de la República. *Boletín* 9950-03. A mayo 2016, en la Comisión de Constitución del Senado (segundo trámite). Disponible en www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=10362&prmBL=9950-03 [Fecha de consulta: 2 de mayo de 2016].

¹⁰ Un diagnóstico y mirada de conjunto en Informe del Secretariado de la OCDE, 2014, “Evaluación del Régimen de Control de Concentraciones en Chile”. Disponible en www.oecd.org/daf/competition/Chile%20merger%20control_ESP_nov14.pdf [Fecha de consulta: 2 de mayo de 2016].

Si se coloca sobre la mesa la necesidad de una adecuada rendición de cuentas sobre la implementación y aplicación del sistema de control preventivo de operaciones de concentración, uno asumiría que ya han sido despejadas con toda claridad las discrepancias sobre su objetivo y sobre qué autoridad es la institucionalmente competente para definirlo. No obstante, ante el dilema de si el sistema

- i) está restringido a restaurar o mantener las condiciones de competencia afectadas por la operación de concentración o si, por el contrario,
- ii) autoriza ser utilizado para mejorar las condiciones de competencia preexistentes a la operación de concentración, no parece haber consenso por amplia mayoría ni sobre el dilema mismo ni sobre quién debiera resolverlo.

En el ámbito de precedentes judiciales, es interesante tener a la vista lo que sostuvo la CS en esta materia:

“[El TDLC] una vez detectado el riesgo inminente a la libre competencia –el que se genera producto de la operación de concentración en estudio– tiene las facultades para imponer aquellas medidas de mitigación que tiendan a restablecer el equilibrio competitivo existente en el mercado antes de la fusión. / También se debe tener presente que las medidas que adopte el tribunal sólo pueden tener como objetivo devolver al mer-

cado el equilibrio perdido producto de la fusión. En este sentido se debe destacar que no está dentro de las finalidades de aquéllas, imprimir más competencia al mercado, puesto que en definitiva el TDLC no ha sido concebido como un ente promotor de aquél. De lo anterior surge que sus facultades dentro del ámbito de una consulta, sólo dicen relación con el restablecimiento de la competencia en el escenario pre-fusión. / [E]l análisis de riesgos del TDLC y la decisión final sólo dice relación con los riesgos detectados producto de la operación, no pudiendo el mencionado tribunal adoptar medidas –ya sea de mitigación o de denegación de la fusión– con la finalidad de lograr una mayor competitividad a la existente en el escenario pre-fusión”¹¹.

Sin embargo, un voto disidente del ministro Sergio Muñoz, en la misma sentencia, expresa:

“No resulta efectiva la afirmación respecto que no es un objetivo del pronunciamiento del tribunal imprimir competencia en los mercados, sino que sólo velar porque ella se conserve; tal afirmación encierra un sofisma dado que es evidente que velar por la libre competencia implica velar porque se impri-

ma competencia al sector de que se trate. En efecto, la legislación de la libre competencia es una poderosa herramienta que da el legislador para efectos de velar siempre y en todo caso, por que se materialice la misma, con el claro objetivo de beneficiar el interés general de la sociedad, controlando el poder de los grandes conglomerados industriales sin perder de vista el beneficio concreto de los consumidores”¹².

En contraste con esta discrepancia judicial en el medio nacional, la red internacional de autoridades de competencia no parece vacilar:

“Las agencias debieran intervenir prohibiendo o condicionando una operación de concentración sólo cuando ello es necesario para evitar efectos anticompetitivos que podrían ser causados por dicha operación de concentración. La finalidad apropiada de la intervención de la agencia prohibiendo o condicionando una operación de concentración es restaurar o mantener la competencia afectada por la operación de concentración, no mejorar la competencia pre-existente a tal operación”¹³.

¹² CS, 30 de septiembre de 2013, rol 346-2013..., *op. cit.* en voto de minoría ministro Sergio Muñoz, considerando 19º.

¹³ ICN, 2008-2010 Recommended Practices for Merger Analysis, p. 2, punto I.A., comentario 5. Disponible en www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/

¹¹ CS, 30 de septiembre de 2013, rol 346-2013, reclamaciones contra TDLC, 12 de diciembre de 2012, resolución N° 43/2012, caso SMU/SDS, considerandos 21º, 27º y 28º.

Dados estos antecedentes y, si bien el caso comentado corresponde a una salida negociada en un procedimiento contencioso por el incumplimiento de condiciones impuestas a una operación de concentración –y no a un procedimiento no contencioso de control preventivo de una operación– resultan llamativas las consideraciones del TDLC referidas a que

“el acuerdo conciliatorio bajo análisis no solo no atenta contra la libre competencia sino que contiene obligaciones que tenderían a fomentarla y suponen una mejoría respecto de las condiciones de competencia en el mercado”.

334

¿Son esas obligaciones que imprimen mayor competencia un mecanismo punitivo que responde al reproche a la empresa por haber incumplido la correspondiente condición? ¿Corresponde lo anterior al equivalente de una multa reducida? Quizá el TDLC pudo ser más explícito en este punto, para distinguir adecuadamente y no ahondar en la discrepancia que se había dado en la CS.

En el proyecto de ley próximo a ser aprobado, los colegisladores, hasta ahora, no han hecho particulares esfuerzos en precisar el objetivo del control preventivo de operaciones de concentración. La ausencia de reglamentación sobre las medidas posibles de imponer y el diseño institucional que descansará en buena medida en el trabajo de la FNE, deberían orientar la

mirada hacia el futuro trabajo de esta a la hora de buscar una respuesta a la pregunta por el objetivo del control preventivo de operaciones de concentración. Nuevamente, entonces, la particular necesidad de una rendición de cuentas pormenorizada del funcionamiento del sistema de control de operaciones de concentración.

2. INCUMPLIMIENTO DE MEDIDAS ESTABLECIDAS EN PROCEDIMIENTOS DE CONTROL DE OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN

La ausencia de una tipificación y procedimiento específico para abordar el incumplimiento de medidas establecidas en procedimientos de control de operaciones de concentración es una deficiencia que se ha hecho sentir en la práctica y de la cual las modificaciones a las normas de defensa de la libre competencia próximas a ser introducidas se estarían haciendo cargo.

Dos puntos de la experiencia reciente merecen mención:

- i) si para que el incumplimiento de medidas o condiciones configure una infracción a la ley es indispensable que dicho incumplimiento genere un efecto real o potencial a la libre competencia en los mercados o si, por el contrario, dicho incumplimiento ha de quedar sometido a un tratamiento objetivo –entendiendo por tal que la calificación de ilicitud debe prescindir del análisis de efectos en el mercado y

- ii) qué criterios o reglas son conducentes a una terminación negociada (acuerdo conciliatorio) de los litigios iniciados por requerimiento de la FNE por incumplimiento de medidas.

La primera inquietud responde a una evolución jurisprudencial más bien errática sobre el punto. Uno de sus capítulos más elocuentes dio cuenta de un giro copernicano –en el auto de prueba de uno de estos procedimientos– sobre qué es lo que la FNE debía probar, giro adoptado por el TDLC sin expresar fundamento alguno.

En el procedimiento iniciado por requerimiento de la FNE en contra de SMU, el auto de prueba de 24 de septiembre de 2014 dictado por el TDLC estableció como hechos sustanciales pertinentes y controvertidos, los siguientes:

“1. Condiciones y contenidos de los contratos suscritos por SMU S.A. y sus relacionadas, por una parte, y Network Retail SpA., por otra, con ocasión de la compraventa de los activos referidos en la Condición Primera de la Resolución N° 43/2012 de este Tribunal. *Efectos en la competencia del eventual incumplimiento*; hechos y circunstancias que lo justificarían;

2. Efectividad de que SMU S.A. haya equiparado o no los precios existentes en los locales indicados en las letras a) a r) de la Condición Primera de la Resolución N° 43/2012, con los precios existentes en

la localidad más cercana que presentase condiciones de competencia suficientes. *Efectos en la competencia del eventual incumplimiento*; hechos y circunstancias que lo justificarían;

3. *Efectos en la competencia del incumplimiento de SMU* de la Condición Tercera de la Resolución N° 43/2012 y fundamentos del mismo. Circunstancias y nuevos antecedentes que justificarían dejar sin efecto la Condición Tercera de la Resolución N° 43/2012; o, ampliar el plazo otorgado para su cumplimiento”¹⁴.

Ambas partes recurrieron de reposición en contra de la anterior resolución. El TDLC, con fecha 18 de noviembre de 14, resolvió modificarla, sin expresión de fundamentos:

“Se resuelven derechamente las presentaciones de fojas 502 y 503: se acogen parcialmente los recursos de reposición, solo en cuanto se modifica la resolución que recibió la causa a prueba, escrita a fojas 498, en el sentido siguiente, que contiene el texto refundido de los hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos sobre los cuales deberá recaer la prueba:

1. Condiciones y contenidos de los contratos suscritos por SMU S.A. y sus relacionadas, por una parte, y Network

¹⁴ TDLC, 24 de septiembre de 2014, resolución que recibe la causa a prueba, rol C N° 279-2014 caso requerimiento FNE c/SMU.

Retail SpA. y sus relacionadas, por otra, con ocasión de la compraventa de los activos referidos en la Condición Primera de la Resolución N° 43/2012 de este Tribunal y demás actos y contratos ejecutados y/o celebrados tendientes a su enajenación. Hechos y circunstancias que justificarían dichas condiciones y contenidos;

2. Efectividad de que SMU S.A. haya equiparado o no los precios existentes en los locales indicados en las letras a) a r) de la Condición Primera de la Resolución N° 43/2012, con los precios existentes en la localidad más cercana que presentase condiciones de competencia suficientes;

3. Fundamentos del incumplimiento de SMU de la Condición Tercera de la Resolución N° 43/2012. Circunstancias y nuevos antecedentes que justificarían dejar sin efecto la Condición Tercera de la Resolución N° 43/2012; o, ampliar el plazo otorgado para su cumplimiento”¹⁵.

Ninguna referencia a los ‘efectos en la competencia del eventual incumplimiento’ se identifican en la segunda resolución. Al cierre de esta edición, se mantiene ‘en estudio’ ante la CS la causa sobre las reclamaciones en contra de la sentencia del TDLC que

¹⁵ TDLC, 18 de noviembre de 2014, resolución (modificada y refundida) que recibe la causa a prueba, rol C N° 279-2014 caso requerimiento FNE c/SMU.

acogió en parte el requerimiento de la FNE en contra de SMU. Es esperable algún pronunciamiento referido a este punto.

La segunda inquietud que brota de la experiencia reciente en procedimientos contenciosos por infracción de condiciones impuestas a operaciones de concentración es la posibilidad de alcanzar una salida negociada en ellos. En el caso que motiva este comentario esto se logró ante el TDLC¹⁶, en otro caso esto se logró solo ante la CS¹⁷ y, finalmente, en otro, la causa se mantiene ‘en estudio’ ante la CS lo que hace pensar que el litigio terminará por medio de una sentencia, sin previa negociación entre las partes¹⁸. Detrás de estos diferentes resultados procedimentales resulta difícil extraer algún criterio o regla que predetermine en qué casos de procedimientos por incumplimiento de condiciones son admisibles las salidas negociadas y en cuáles no. Razones de predictibilidad y certeza como de ahorro en costos públicos y privados de la litigación harían aconsejable conocer de manera anticipada dichos criterios mediante lineamientos que dicte la FNE.

Las normas que el proyecto de ley en discusión introducirá en materia de incumplimientos de las condiciones

¹⁶ Comunicado de prensa de la FNE, 22 de diciembre de 2015, disponible en www.fne.gob.cl/2015/12/22/73906/#more-73906 [Fecha de consulta: 2 de mayo de 2016].

¹⁷ Comunicado de prensa de la FNE, 10 de junio de 2013, disponible en www.fne.gob.cl/2013/06/10/67669/#more-67669 [Fecha de consulta: 2 de mayo de 2016].

¹⁸ CS, rol N° 821-2016, recursos de reclamación contra TDLC, 9 d diciembre de 2015, sentencia N° 147/2015 caso requerimiento FNE c/SMU. A mayo 2016 ‘en estudio’ ante la CS.

brindarán seguridad jurídica frente a la primera de las inquietudes aquí planteadas al adoptar una tipificación objetiva para este tipo de infracción¹⁹, solución que desde el punto de vista de política pública debió quizá ser siempre la opción. Respecto de la segunda inquietud, sin embargo, y mientras la FNE –a futuro con un papel más protagónico en el control de operaciones de concentración– no precise mediante lineamientos sus criterios para hacer cumplir la ley respecto de infracciones de cualquier tipo al nuevo sistema de control preventivo de operaciones de concentración, dudas tales como qué espacio habrá en dichos procedimientos infraccionales para las salidas alternativas, se mantendrán.

3. ESTÁNDAR DE APROBACIÓN DE LOS ACUERDOS CONCILIATORIOS

Una última cuestión está referida al estándar de aprobación de los acuerdos conciliatorios. El legislador de 2003 en este punto determinó que el TDLC habrá de aprobar las conciliaciones siempre *que no atenten contra la libre competencia*, resoluciones aprobatorias que son recurribles de reclamación

¹⁹ El nuevo art. 3 bis del DL N° 211, en la redacción del oficio enviado por la cámara de origen a la cámara revisora (12 de noviembre de 2015) dispondrá que: “Podrán también aplicarse las medidas del artículo 26 de esta ley, así como aquellas medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que resulten necesarias, a quienes [...] c) Incumplan las medidas con que se haya aprobado una operación de concentración, al tenor de lo dispuesto [en las normas que regulan alguno de los procedimientos de revisión que establece la ley]”

por personas admitidas a litigar que no hubieren sido parte en ellas²⁰.

Bajo el estándar de aprobación que exige que la conciliación ‘no atente contra la libre competencia’, se difumina una importante distinción que los encargados de hacer cumplir la ley y adjudicar controversias deberían tener presente, a saber, la distinción entre una conducta contraria a la libre competencia, por una parte, y una conducta en infracción al derecho de la libre competencia, por la otra.

La importancia de la distinción se puede ilustrar con dos situaciones. En una de ellas, el derecho vigente de la libre competencia, por ejemplo, una regla emanada de un precedente (asumiendo la jurisprudencia constante como fuente formal), podría ser contraria a la libre competencia, por ejemplo, por imponer obligaciones que impiden al obligado desplegar una competencia intensa. Sobre la base de dicho precedente se demanda o se requiere. Las partes en litigio alcanzan una conciliación que se somete a la consideración del TDLC. En una segunda situación, similar a la del caso en comento, el requerimiento o demanda se fundan en derecho vigente que es pro-competencia, sin embargo, a la hora de negociar la conciliación, las obligaciones que termina tolerando la acusada terminan yendo más allá de aquello que le resulta exigible por el derecho de la libre competencia vigente y, sin embargo, se trata de obligaciones que son, sin ambigüedad, procompetencia.

Bajo el estándar aprobado por legislador, en ambas situaciones la con-

²⁰ Artículo 22° del DL N° 211.

ciliación debiera normalmente resultar aprobada. Lo anterior, a pesar del sacrificio que para la legalidad formal podría emanar de la primera aprobación y a pesar de estarse haciendo, en la segunda situación, lo que más bien parece fomento de la competencia en el contexto de un procedimiento de aplicación efectiva de la ley.

Es cierto que restringir la negociación de acuerdos conciliatorios, de forma particular cuando las partes no están dispuestas a reconocer culpabilidad ni a pagar sanciones reducidas por ello, podría privar de términos de la negociación que cumplan por equivalencia los objetivos del castigo preliminarmente buscado, función que podría cumplir la imposición de obligaciones procompetencia más allá de lo que el Derecho vigente exige. Pero una práctica ilimitada de esta estrategia decisional podría terminar siendo perjudicial para la propia libre competencia. De allí que vemos que un estándar más respetuoso del Derecho vigente que debiera considerar el legislador a futuro debiera estipular algo como lo que sigue: ‘deberá aprobarse la conciliación cuando sus términos no contravengan ni se aparten del derecho de la libre competencia vigente’. Es

decir, ni más ni menos que eso. Se trata de un pequeño matiz que contribuye a asegurar que nos mantendremos sometidos a una disciplina jurídica y que no terminemos haciendo política microeconómica aplicada caso a caso.

BIBLIOGRAFÍA

INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK, 2008-2010. Recommended Practices for Merger Analysis. Disponible www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc316.pdf [Fecha de consulta: 2 de mayo de 2016].

Mensaje N° 009-363 de 16.03.15 de S.E. la Presidenta de la República. *Boletín* 9950-03. A mayo 2016, en la Comisión de Constitución del Senado (segundo trámite). Disponible www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=10362&prmBL=9950-03 [Fecha de consulta: 2 de mayo de 2016].

OCDE, Informe del Secretariado de la 2014, “Evaluación del Régimen de Control de Concentraciones en Chile”. Disponible en www.oecd.org/daf/competition/Chile%20merger%20control_ESP_nov14.pdf [Fecha de consulta: 2 de mayo de 2016].