

RESPONSABILIDAD POR INCUMPLIMIENTO DE CONDICIONES IMPUESTAS POR EL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA EN EL MARCO DE OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN

RICARDO RIESCO EYZAGUIRRE y MATÍAS CARRASCO SILVA

RESUMEN: El objeto de este artículo es analizar las principales consideraciones vertidas en la sentencia de la Corte Suprema relacionada con la naturaleza del régimen de responsabilidad derivado del incumplimiento de condiciones impuestas por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en el marco de operaciones de concentración. A pesar de su indiscutible valor en cuanto a despejar, al menos preliminarmente, un criterio que había sido discutido con anterioridad solo ante el TDLC, estimamos que el raciocinio de la Corte al caracterizar la materia controvertida es por decir lo menos controvertible, tanto desde una perspectiva de política pública económica como también netamente jurídica.

SUMARIO: 1. Introducción; 2. Relación del conflicto: a. Resumen, b. Consulta y decisiones jurisdiccionales previas, c. El Requerimiento y la sentencia del TDLC, d. La Sentencia; 3. Algunas consideraciones dogmáticas de la Sentencia: a. Naturaleza jurídica de las condiciones impuestas por el TDLC en una consulta sobre una operación de concentración, b. Responsabilidad por incumplimiento de las condiciones impuestas por el TDLC en una consulta sobre una operación de concentración 4. Conclusiones

1. INTRODUCCIÓN

El 14 de septiembre de 2016 la Excma. Corte Suprema (“CS”) sancionó a SMU S.A. (“SMU”), a instancias de la Fiscalía Nacional Económica (“FNE”), por haber incumplido ciertas condiciones que fijó el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“TDLC”) con

ocasión de la fusión de la propia SMU con Supermercados del Sur S.A. (“SdS”)¹.

La sentencia de la Excma. Corte Suprema (“Sentencia”) reviste particular interés para todos quienes nos dedicamos, ya sea profesional o académicamente, a cuestiones relacionadas con el derecho de la competencia y la regulación económica. En efecto, por medio de la Sentencia el máximo tribunal de la República ha establecido, por primera vez, cuál es la naturaleza jurídica de la responsabilidad y por tanto, finalmente, de la imputabilidad, derivada de la falta de observancia, ya sea en tiempo o en forma, de las condiciones que fija el TDLC –y a partir del 1° de junio de 2017, el TDLC y fundamentalmente la FNE, en virtud de las modificaciones legales introducidas al Decreto Ley N°211 (“DL 211”) por la Ley N° 20.945, de fecha 30 de agosto de 2016– en el marco de consultas respecto de operaciones de concentración por realizarse o ya concretadas.

En síntesis, la CS considera que, en el marco de consultas promovidas por la FNE y/o por las partes de una operación de concentración, el TDLC ejerce una función de carácter jurisdiccional, que la inobservancia de la sentencia del TDLC que impone condiciones constituye por sí misma una infracción al artículo 3° del DL 211 –sin consideración alguna a eventuales nuevos elementos de carácter económico y/o a supuestos cambios en las circunstancias del mercado relevante que dieron lugar a las condiciones impuestas por el TDLC– y, muy especialmente, que el incumplimiento de tales condiciones solo generan responsabilidad en la medida que el órgano persecutor, en la especie la FNE, logre acreditar judicialmente que la infracción de las condiciones se produjo a como consecuencia de la negligencia y/o falta de deber de cuidado de la parte obligada a cumplir con las condiciones impuestas por el TDLC.

¹ Requerimiento de la FNE contra SMU, Rol C 279-2014, en el cual recayó la Sentencia N°147-2015 del TDLC objeto de recursos de reclamación tanto de la FNE como de SMU ante la CS. El requerimiento puede ser descargado del siguiente enlace: http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2014/07/requ_03_2014.pdf. A su vez, la sentencia TDLC puede ser descargada del siguiente link:http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2015/12/Sentencia_147_2015.pdf. Por último, la Sentencia puede ser descargada del siguiente enlace <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2016/09/821-2016-FALLO.pdf>.

El objeto de este artículo es analizar exclusivamente las principales consideraciones vertidas en la Sentencia por la CS relacionadas con la naturaleza del régimen de responsabilidad derivado del incumplimiento de condiciones impuestas por el TDLC en el marco de operaciones de concentración. A pesar de su indiscutible valor en cuanto a despejar, al menos preliminarmente, un criterio que había sido discutido con anterioridad solo ante el TDLC², estimamos que el raciocinio de la CS al caracterizar la materia controvertida es por decir lo menos controvertible, tanto desde una perspectiva de política pública económica como también netamente jurídica, tal como analizamos a continuación.

2. RELACIÓN DEL CONFLICTO

a. Resumen

El 30 de junio de 2014, la FNE interpuso ante TDLC un requerimiento en contra de SMU por considerar que se habían incumplido tres de las condiciones impuestas en la Resolución N° 43-2012³ (“Requerimiento”). Esta resolución, a su vez, se pronunció sobre los efectos en la libre competencia de la operación de concentración que ya había sido llevada a cabo entre la propia SMU y SdS (“Consulta”).

b. Consulta y decisiones jurisdiccionales previas

El antiguo texto del DL 211 entregaba al TDLC la facultad, en el marco de un procedimiento no contencioso, para revisar las operaciones de concentración sometidas voluntariamente a su conocimiento y establecer las condiciones necesarias para que esta pudiera materializarse.

² En efecto, la naturaleza de la responsabilidad por infracciones a condiciones impuestas por el TDLC había sido discutida y resuelta por el propio TDLC a propósito del requerimiento de la FNE en contra de John C. Malone, Rol C 156-2008, proceso en el cual recayó la Sentencia N°117-2011. La reclamación de John C. Malone en contra de la sentencia del TDLC no fue zanjada mediante decisión judicial de la CS por haber alcanzado las partes un acuerdo conciliatorio ratificado por la CS el 10 de junio de 2013.

³ La Resolución N°43/2012 del TDLC puede ser descargada del siguiente enlace: http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2012/12/reso_43_2012.pdf.

En particular respecto a la Consulta, esta fue efectuada por SMU una vez materializada la operación de concentración, no con anterioridad. Si bien una rareza, máxime considerando que el mercado relevante afectado, como es la industria supermercadista nacional, siempre ha estado sujeto a un escrutinio celoso por parte de las autoridades de libre competencia nacionales, la posibilidad de consultar operaciones de concentración ya perfeccionadas se encontraba prevista en el artículo 18, N° 2 del DL 211⁴. Como se verá más adelante, dicha circunstancia fue considerada expresamente por la FNE, el TDLC y la CS.

El 12 de diciembre de 2012, el TDLC dictó la Resolución N° 43/2012, en la que sostuvo que la operación consultada modificaba significativamente la estructura del mercado supermercadista chileno y disminuía la tensión competitiva en él. En consecuencia, el TDLC impuso a SMU un conjunto de condiciones estructurales que apuntaron a la disminución significativa de los riesgos anti-competitivos tanto unilaterales y coordinados emanados directa e inmediatamente, según el TDLC, de la operación de concentración consultada⁵.

Entre las 6 condiciones impuestas por el TDLC en el marco de la operación de concentración entre SMU y SdS, las 3 más relevantes para efectos de este comentario fueron las siguientes:

⁴ Esta norma señalaba que “*El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia tendrá las siguientes 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 o por celebrarse, para lo cual, podrá fijar las condiciones que deberán ser cumplidas en tales hechos, actos o contratos*”. El actual texto del DL 211 fue modificado recientemente por la Ley N° 20.945 el 30 de agosto de 2016. El Título IV del nuevo texto legal –sin perjuicio de estar sometido a vacancia legal en materia de control de operaciones de concentración– entrega ahora la facultad de determinar las condiciones para una operación de concentración primigeniamente a la FNE, sin perjuicio de la revisión por parte del TDLC y eventualmente de la CS en caso de no existir acuerdo entre la FNE y las partes que están llevando a cabo la operación de concentración.

⁵ En los términos dispuestos en la Guía de Operaciones de Concentración de la FNE, de octubre de 2012, son riesgos unilaterales aquellos que importan que la entidad concentrada adquiera un poder de mercado tal que le entrega la capacidad y los incentivos para afectar a su favor las variables competitivas más relevantes. Por otro lado, se entiende que hay riesgos coordinados cuando la operación facilita o tiene la potencialidad de hacer más efectivo el comportamiento coordinado de la entidad concentrada con sus competidores. La referida guía de la FNE puede encontrarse en el siguiente enlace: <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2012/10/Guia-Fusiones.pdf>

- a. *Condición primera:* que SMU enajenara un conjunto de supermercados –como una unidad económica– dentro del plazo fatal de 8 meses contados desde que la Resolución N° 43/2012 se encontrara ejecutoriada (“C1”);
- b. *Condición segunda:* que SMU equiparara los precios de ventas en los locales a desinvertir, indicados en la C1, con los precios existentes en la localidad más cercana que presentara condiciones de competencia suficientes (“C2”); y
- c. *Condición tercera:* que SMU enajenara toda participación directa o indirecta en Montserrat S.A. dentro del plazo fatal de 8 meses contados desde que la Resolución N° 43/2012 se encontrara ejecutoriada (“C3”).

La naturaleza y extensión de estas condiciones fueron discutidas ante la CS a raíz de la interposición de recursos de reclamación por distintos actores, entre ellos SMU. En definitiva, el 30 de septiembre de 2016 la CS rechazó las reclamaciones interpuestas contra la Resolución N° 43/2012 del TDLC.

c. El Requerimiento y la sentencia del TDLC

El 30 de junio de 2014, la FNE interpuso el Requerimiento en contra de SMU por haberse incumplido, a su juicio, las condiciones C1, C2 y C3 impuestas por el TDLC, las que en su momento fueran ratificadas por la CS.

Respecto de la C1, la FNE acusó a SMU de haber vulnerado la finalidad de dicha medida, toda vez que si bien había formalmente enajenado los supermercados a un tercero, las partes también celebraron un conjunto de contratos e instrumentos que implicaban que SMU permanecería en la administración de ciertos locales más allá del plazo para el cumplimiento de la C1.

Respecto de la C2, la FNE imputó que la metodología utilizada por SMU para alcanzar el cumplimiento de la medida fue equivocada, ya que SMU habría interpretado y ejecutado dicha medida a través de medios que no se correspondían con los necesarios para alcanzar el resultado esperado.

Por último y respecto a la C3, la FNE invocó que SMU no enajenó a tiempo su participación directa o indirecta en Montserrat S.A.

El Requerimiento estimó que la inobservancia de las condiciones señaladas importó responsabilidad por infracción a las normas de libre competencia, específicamente al tipo monopólico genérico contenido en el DL 211, ya que por la naturaleza preventiva de los mecanismos de consulta, las condiciones que impone el TDLC no serían otra cosa que obligaciones determinadas y específicas de hacer o no hacer algo cuyo incumplimiento debe, naturalmente, sancionarse en razón de las consideraciones que motivaron su dictación, esto es, prevenir, evitar o reparar un daño anticompetitivo producto de una operación de concentración. Así, la FNE solicitó al TDLC –entre otras medidas– que se impusiera una multa a SMU por cada condición incumplida⁶.

En su defensa, SMU solicitó se rechazare el Requerimiento o que, en subsidio, se rebajaran las multas solicitadas por la FNE. Para ello, argumentó que la C1 no fue incumplida en los términos expresados por el persecutor, sino que el único objeto de los contratos celebrados con el comprador de los activos fue garantizar la continuidad de la operación de los locales, de modo que la administración transitoria por SMU no pudo haber generado efectos anticompetitivos, porque solo respondió a una dificultad objetiva de garantizar a los clientes la prestación de los servicios supermercadistas de los locales que debían ser enajenados sin solución de continuidad.

Respecto de la C2, SMU indicó que esta fue cumplida cabalmente mediante un plan de mitigación voluntario que tuvo por único objeto resguardar a los consumidores finales. Adicionalmente, argumentó que la FNE pretendía imponer arbitrariamente una única metodología para el cumplimiento de la C2, mientras que SMU habría implementado su programa de buena fe y a través de una metodología racional.

Por último, respecto de la C3 SMU indicó que no debería ser sancionada, porque ello implicaría presumir de derecho la responsabi-

⁶ Específicamente, una multa de 1.000 UTA por el incumplimiento de la C1; de 1.000 UTA por el incumplimiento de la C2; y una multa de 2.000 UTA por el incumplimiento de la C3.

lidad infraccional por el solo hecho de no haberse verificado objetivamente el cumplimiento de una condición impuesta por el TDLC dentro del determinado plazo señalado en la sentencia del TDLC. A mayor abundamiento, SMU habría solicitado al propio TDLC que se modificara la C3, fundándose en distintas consideraciones que habrían impedido su cumplimiento. Eso sí, SMU reconoció que la solicitud de modificación de la C3 al TDLC fue realizada una vez que había vencido el plazo para enajenar su participación directa o indirecta en Montserrat S.A.

La sentencia del TDLC acogió parcialmente el Requerimiento, solo respecto de la C1 y de la C3, imponiendo a SMU multas inferiores a las solicitadas por la FNE.

Como cuestión previa, el TDLC calificó que en estos casos, la responsabilidad debe juzgarse de acuerdo a los criterios dogmáticos de la culpa infraccional. En consecuencia, la inobservancia de las medidas implicaría una presunción de culpa de la que el acusado puede descargarse mediante la rendición de prueba en contrario.

Para efectos de analizar el cumplimiento o incumplimiento de las medidas, el TDLC tuvo en especial consideración las finalidades perseguidas por las mismas. De este modo, para que la conducta sea objeto de reproche, debe atentar contra los fines perseguidos por la condición que se pretende incumplida.

En primer término, respecto de la C1 el TDLC expuso que la finalidad era que existieran empresas económicamente independientes en ciertas localidades, mitigando los incentivos unilaterales a subir los precios después de la fusión.

Indicó la sentencia del TDLC que dicha finalidad no se cumplió en virtud de los contratos que proyectaron la administración de SMU en ciertos locales una vez enajenados los activos. Las dificultades objetivas que SMU alegó se consideraron para efectos de cuantificar la multa, mas no para justificar el incumplimiento de la condición impuesta por el TDLC.

Respecto de la C2, la sentencia del TDLC analizó su finalidad, indicando que ella era mantener las condiciones de precio equivalentes a las que habrían persistido en caso de haber existido competencia en ciertas localidades. El TDLC consideró que siempre que se dispusieran de todas las formas de cumplimiento que –respetando la literalidad de la medida– tengan la aptitud para alcanzar la finalidad perseguida, ello implicaría una forma razonable de cumpli-

miento, de manera que no le merecía reproche, en este caso, que el resultado esperado no haya tenido correspondencia con la realidad.

Por último y respecto de la C3, el TDLC consideró que su finalidad era asegurar la independencia de SMU y Montserrat S.A. en sus respectivos procesos de toma de decisiones. Por lo tanto, la sola infracción de la condición impuesta por el TDLC consolidaba una afectación de la libre competencia, sin que las dificultades alegadas para cumplir dentro de plazo debiesen ser consideradas, máxime si ellas no serán de tal entidad que hubieren anulado su capacidad de cumplimiento por parte de SMU. A propósito de este punto, el TDLC invocó el hecho que la Consulta se haya incoado con posterioridad a la consolidación de la operación de concentración, indicando expresamente que SMU *“debe soportar las consecuencias gravosas que derivan de su opción”* (Considerando centésimo vigésimo séptimo de la sentencia del TDLC).

En consecuencia, la sentencia del TDLC acogió parcialmente el Requerimiento, condenando a SMU al pago de 508 UTA por incumplir la C1 y a 1.826 UTA por incumplir la C3. El cálculo de la multa tuvo sustento en el cálculo del 5% y 4% de las ventas de SMU, respectivamente.

d. La Sentencia

SMU dedujo reclamación en contra de la sentencia del TDLC para ante la CS, solicitando que se rechazare el Requerimiento en todas sus partes y, en subsidio, que se eximiera a SMU del pago de multas, solicitando en subsidio de todo lo anterior se rebajaran sustancialmente las mismas. Respecto de la C1, SMU alegó que el objetivo de la condición impuesta por el TDLC no pudo haber sido frustrado, porque los contratos de operación respecto de los supermercados desinvertidos eran transitorio. Adicionalmente, SMU sostuvo que no podía considerársele culpable por haber obrado con la debida diligencia tendiente a la debida prestación de servicios supermercadistas a los clientes, considerando las dificultades intrínsecas de la transacción ordenada efectuar mediante la C1.

Respecto de la C3, SMU indicó que desplegó todos los medios necesarios para darle cumplimiento a la condición impuesta por el TDLC. Agregó que consultó al TDLC la posibilidad de modificar

la C3 y que este habría errado al no pronunciarse sobre ella por considerarlo innecesario.

El argumento de fondo de SMU fue, en definitiva, que habría obrado con la debida diligencia en el cumplimiento de la C1 y de la C3, de modo que el estándar de culpa que le era aplicable debía ser más alto que el estándar utilizado por el TDLC. Argumentó que la responsabilidad objetiva es propia de la responsabilidad civil extracontractual, mientras que en materia de *iuspuniendi*⁷ se admite la prueba de la debida diligencia y buena fe como eximentes de responsabilidad.

La FNE también interpuso recurso de reclamación en contra de la sentencia del TDLC, solicitando que se aumentasen las multas por el incumplimiento de la C1 y de la C3 y que se condenase además a SMU al pago de una multa de 1.000 UTA por infringir la C2.

La FNE desarrolló, como argumento general, que SMU había desafiado la institucionalidad de la libre competencia por haber consultado la operación de concentración con SdS una vez materializada, tramitando un procedimiento no contencioso durante más de dos años y no observando las condiciones que en ese mismo procedimiento fijó el TDLC.

En particular, la FNE indicó que debiesen aumentarse las multas por el incumplimiento de la C1 y de la C3 por no haber concurrido, respecto de SMU, circunstancias atenuantes para la C1 y por haber dilatado el cumplimiento de la C3.

Previo a pronunciarse particularmente sobre el mérito de las alegaciones de incumplimiento de las condiciones impuestas por el TDLC, la CS analizó el régimen de responsabilidad aplicable para estos casos. A modo de resumen, la expuso las siguientes consideraciones entre los considerandos cuarto y décimo de la Sentencia:

- a. Que la resolución que se pronuncia sobre una consulta tiene el carácter de una sentencia judicial, lo que resulta concordante con el hecho que sea susceptible de un recurso de reclamación;

⁷ Para efectos del presente artículo, no nos referiremos al argumento sobre la supuesta aplicación del *iuspuniendi* estatal en forma matizada o morigerada, así como tampoco la eventual unidad del mismo.

- b. Que el incumplimiento de la sentencia judicial del TDLC que impone condiciones constituye una infracción al artículo 3º del DL 211;
- c. Que no se aplica el estándar de culpa exigible en materia de *iuspuniendi* estatal, ya que las condiciones no fueron impuestas por el TDLC en una resolución administrativa, sino que por una sentencia emanada de un órgano que, para estos efectos, ejerce jurisdicción;
- d. Que, en consecuencia, un proceso judicial que pretenda establecer la eventual infracción de condiciones impuestas por el TDLC debe versar sobre la verificación de si estas fueron o no cumplidas y, para el caso de incumplimiento, identificar si este fue o no culpable, debiendo juzgarse la imputación de la parte obligada a cumplirlas de acuerdo al criterio de “culpa infraccional”; y
- e. Que, con todo, para casos de esta naturaleza, esto es, aquellos en que se controvierte el cumplimiento de condiciones impuestas por el TDLC, los deberes de cuidado se expresan de manera concreta y específica en la sentencia definitiva emitida por el TDLC. En consecuencia, la imputación del incumplimiento no estaría justificada en la “culpa infraccional”, sino en la culpa por omisión de un deber de cuidado que pesa sobre la parte obligada a cumplir una condición del TDLC.

El efecto propio de esta interpretación de la CS es que excluye la presunción de culpa aplicada por la sentencia del TDLC. Por lo tanto, la CS sostuvo que la FNE debía probar el hecho del incumplimiento de las condiciones y acreditar además que este fue culposo.

Analizado lo anterior, la CS se pronunció sobre los incumplimientos particulares de condiciones impuestas por el TDLC que la FNE imputó a SMU.

Respecto de la C1, la CS hizo también un análisis finalista de la condición impuesta por el TDLC, señalando que el objetivo de esta era evitar riesgos de conductas anticompetitivas coordinadas y posibilitar así la creación y expansión de un actor que presionara competitivamente. Dicho lo anterior, la CS consideró que era esencial

que la empresa posibilitara la entrada al mercado de un competidor efectivo, lo que podía ser logrado únicamente si se desvinculaba de toda decisión respecto de los locales en que se le había ordenado desinvertir, lo que no habría podido verificarse en atención a las cláusulas contractuales contenidas en los acuerdos complementarios a la enajenación de los activos celebrados por SMU. La defensa de SMU fue descartada por la CS, ya que todas las eventuales dificultades para cumplir ya habían sido analizadas en el marco de la revisión de la Resolución N° 43/2012 del TDLC. Sin embargo, la CS reconoció también que la infracción fue mantenida en forma transitoria.

Respecto de la C3, la CS señaló que no era un hecho controvertido el incumplimiento de la condición impuesta por el TDLC, de modo que solo debía analizarse la culpa de SMU. La CS desestimó la defensa de SMU relativa a la mantención de la participación de un 40% en la propiedad de Montserrat S.A. por haber impedido el ejercicio efectivo de control social. Esto fue desechado porque la CS consideró que la cuantía de las ganancias serían influidas por las estrategias competitivas que desarrolle la empresa, incentivando a SMU a tomar un rol más activo en las decisiones de ella.

En cuanto a la C2, la CS la relacionó íntimamente con la C1, por cuanto consideró que se dispusieron conjuntamente para lograr la entrada de un nuevo competidor en los sectores donde SMU debía desinvertir. Prosigue el razonamiento de la CS al constatar que si bien la redacción de la condición no expresaba específicamente cuáles eran los locales que debían considerarse para efectos de equiparar el precio, tampoco fluía el hecho que debía entregarse la interpretación del alcance y forma de cumplimiento a la discrecionalidad de SMU. En síntesis, respecto de la C2 la CS sostuvo que la metodología aplicada por SMU para lograr la equiparación de precios adolecía de defectos que la hicieron imposible, dejando ámbitos de discrecionalidad excesivos de cara a las finalidades que se pretendieron con ella.

En cuanto la determinación de las sanciones, la CS reconoció que las finalidades de las mismas son la retribución y disuasión⁸. Para

⁸ Así lo había también establecido la CS a propósito del requerimiento presentado por la FNE contra John C. Malone en el considerando sexto de la sentencia que aprobó el acuerdo conciliatorio entre las partes.

alcanzar dicha finalidad, la CS supuso que correspondía hacer un análisis de manera tal que la multa implicase un costo superior al beneficio obtenido por SMU producto de la infracción.

Sobre el parámetro específico para el cálculo de las multas, la CS mencionó como criterios específicos: la duración del incumplimiento; el hecho que las dificultades alegadas por SMU ya habían sido discutidas y resueltas en otro proceso distinto; y que el interés jurídico protegido estaba estrechamente vinculado con la gravedad de la conducta. En particular y respecto la colaboración prestada por SMU en el proceso, la Sentencia reconoce que SMU contestó los requerimientos de información que hiciera la FNE, pero declaró específicamente que al haber consultado luego de materializar la operación de concentración con SdS conllevaba el deber soportar las consecuencias gravosas de su propia opción.

Finalmente, la CS determinó acoger la reclamación de la FNE, solo en cuanto sancionó a SMU por haber incumplido la C2, con una multa de 508 UTA⁹.

3. ALGUNAS CONSIDERACIONES DOGMÁTICAS DE LA SENTENCIA

a. **Naturaleza jurídica de las condiciones impuestas por el TDLC en una consulta sobre una operación de concentración**¹⁰

Mediante la Sentencia, la CS ha consolidado, al menos primigeniamente, el reconocimiento explícito que se tiene respecto las condiciones que puede imponer el TDLC en tanto manifestaciones judiciales concretas del estándar implicado en tipo anticompetitivo genérico del artículo 3° del DL 211.

⁹ Esta decisión de la CS contó con el voto de minoría de la Ministra Señora Rosa Eggen, quien estuvo por rechazar la reclamación de la FNE “(...) *en virtud de los fundamentos expresados en la sentencia que se revisa*”.

¹⁰ En otras jurisdicciones, como en la estadounidense, el diseño institucional elaborado para la revisión de condiciones tiene una naturaleza eminentemente transaccional, de manera que se han dictado guías para dirigir las negociaciones que se den en este sentido. Para mayor información, descargar documento de: <https://www.ftc.gov/system/files/attachments/negotiating-merger-remedies/merger-remediessmt.pdf>.

En consecuencia y como ya fuese adelantado, el incumplimiento imputable de las condiciones representa por y en sí mismo un atentado al artículo 3º del DL 211. Ello trae aparejado, como derivación lógica, que sería impertinente la prueba que pudiere rendirse en el proceso relacionada con los efectos perniciosos que el incumplimiento de una o más condiciones impuestas por el TDLC pudiese representar para el mercado relevante afectado por una operación de concentración, si es que siquiera hubiese alguno¹¹.

La infracción a la libre competencia se verificaría, en efecto, con la defraudación de la expectativa contenida en la condición impuesta por el TDLC, que a su vez se vehiculiza a través de una decisión jurisdiccional. La sola satisfacción de la hipótesis anterior revestiría el carácter de atentado contra la libre competencia en los términos formulados por el artículo 3º del DL 211. En consecuencia, la antijuridicidad del incumplimiento se presenta de forma automática, sin perjuicio que la CS haya estimado que el incumplimiento de ser probado culpable por el órgano persecutor, en las categorías comunes de negligencia –considerando 9º de la Sentencia– para que pueda ser puesto de cargo del agente económico.

Esto reviste particular relevancia en atención a la naturaleza jurídica de las condiciones mismas. La comprensión de la CS contenida en la Sentencia implica que, más que la mera imposición jurisdiccional de una obligación de dar, hacer o no hacer, una condición es la fijación *ex ante* de un estándar de conducta o deber de cuidado que

¹¹ Ello constituye de por sí una novedad. En el proceso seguido por la FNE en contra de John C. Malone –*vid pie* de página 4 *supra*–, el TDLC fijó como punto de prueba si el supuesto incumplimiento de las condiciones por parte del requerido producía o había producido efectos anticompetitivos. De hecho, gran parte de la prueba rendida por las partes en el referido proceso versó justamente respecto de dicho punto de prueba. En el proceso seguido por la FNE en contra de SMU, el TDLC no fijó un punto de prueba en tal sentido. SMU solicitó su inclusión al TDLC, sin éxito. Por tanto, tanto el TDLC como la CS parecen estar contestes en la improcedencia de que la parte obligada a cumplir con una condición impuesta por el TDLC pueda eximirse de responsabilidad acreditando que el incumplimiento de la condición no produce un efecto anticompetitivo en el mercado relevante en que recayó la operación de concentración “condicionada”. *Contrario sensu*, entonces, puede desprenderse que la parte obligada al cumplimiento de una condición carece de la facultad de decidir, por sí y ante sí, si han cambiado las circunstancias que motivaron la imposición de una condición, sino que debe concurrir *ex ante* al TDLC solicitando y justificando las razones para dejar sin efecto en todo o en parte, o bien modificar, una condición impuesta por el TDLC con anterioridad.

debe ser observado en el marco de una operación de concentración por quien se encuentra sujeto a ella para encontrarse, así, en cumplimiento de la ley.

Adicionalmente, la CS establece en la Sentencia que la naturaleza jurídica de las resoluciones del TDLC que imponen condiciones a una operación de concentración son sentencias definitivas, de manera que serían manifestación del ejercicio jurisdiccional y no manifestaciones del TDLC en tanto autoridad administrativa u otra hipótesis que pudiese haber sido formulada para explicar la naturaleza de estas decisiones.

Todo lo anterior significó que la CS se tuviera que poner en la posición de diseñar un esquema de responsabilidad infraccional –desde la visión más clásica del derecho de la responsabilidad– para quien incumple una condición impuesta por el TDLC.

b. Responsabilidad por incumplimiento de las condiciones impuestas por el TDLC en una consulta sobre una operación de concentración¹²

i. Culpa infraccional

En rigor, toda culpa o negligencia es “*infraccional*” en el sentido que ella supone la contravención o infracción de un deber de cuidado previamente determinado en alguna fuente que desempeñe autoridad, con la excepción de aquellos casos en los que el juez debe reconstruir *ex post* el estándar de diligencia debida para una actividad, conducta o situación particular que fuese infringido por quien se pretende responsable.

Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia han diseñado una comprensión particular para lo que se conoce como “culpa infraccional”. En ese sentido, aquella implicaría la contravención de deberes de cuidado formulados por el legislador u otra autoridad con potestad normativa¹³. Para la doctrina más clásica, la intensidad de la *determinabilidad* del deber de cuidado constituye la esencia de la

¹² El presente comentario prescinde de las consideraciones que puedan efectuarse respecto de la existencia o inexistencia de daño, toda vez que ello fue descartado por la propia CS. El supuesto de este análisis es la prescindencia de dicho elemento de la responsabilidad, de manera que solo se revisará desde la óptica de la culpa.

¹³ BARROS (2006) p. 97 y 98.

culpa denominada “*infracional*”¹⁴. Pareciera también que la *infracionalidad* de la culpa también obedece a que pueda ser determinada *ex ante* a la inobservancia.

Con todo, la doctrina –también más tradicional– se ha inclinado por sostener que en estos casos se verifica la “*culpa por el solo hecho de que el agente haya ejecutado el acto prohibido o no haya realizado el ordenado por la ley o el reglamento, pues ello significa que omitió las medidas de prudencia o precaución que una u otro estimaron necesarias para evitar un daño*”¹⁵. En la comprensión contenida en la cita, la “culpa infraccional” implicaría la responsabilidad estricta para el agente que se alejó de la expectativa normativa por la sola desadecuación fáctica de la conducta que se esperaba para satisfacerla.

Sostener que la culpa es sinónimo de la mera inobservancia del deber de conducta materializado en la fuente que desempeña autoridad implicaría que la “culpa infraccional” sería equiparable al régimen de responsabilidad estricta o por riesgo en estos casos.

Corrigiendo el exceso en la interpretación formulada anteriormente, la doctrina ha avanzado y superado esa comprensión de la “culpa infraccional”, entendiendo que ella más bien importaría la “presunción” de culpa que pesaría sobre el acusado. A este respecto, el artículo 172 de la Ley del Tránsito ilustraría un ejemplo de presunción de culpa por infracción de un deber de cuidado legalmente expresado.

En el caso en comento, SMU alegó que el juicio de responsabilidad seguido en su contra se habría materializado en una “*presunción de derecho de su responsabilidad*” por parte de la FNE, toda vez esta habría homologado la responsabilidad infraccional con la “culpa objetiva”¹⁶. SMU alegó que se estaba presumiendo de derecho su responsabilidad por el incumplimiento de las condiciones impuestas por el TDLC.

¹⁴ MAZEAUD, MAZEAUD y TUNC (1938) p. 96.

¹⁵ ALESSANDRI (1983) p. 175.

¹⁶ Sin perjuicio que toda responsabilidad que implique un reproche a la conducta es “objetiva” –el debido cuidado se construye con independencia de las consideraciones particulares del sujeto responsable– y no “subjetiva” –el estándar de cuidado se construye en observancia de las particularidades del sujeto responsable típicamente, como en el Derecho Penal–, cierta doctrina denomina contumazmente “objetiva” a la responsabilidad que jurisprudencial y también doctrinariamente ha sido reconocida ya como “responsabilidad estricta”, que entendemos es a la que SMU refiere en su defensa.

Sin embargo, un análisis riguroso de los antecedentes del proceso demuestra que ello no fue así. En efecto, se rindió abundante prueba en el juicio y tanto la sentencia TDLC como la Sentencia ponderaron los descargos sobre los medios desplegados por SMU para el cumplimiento de las condiciones. La circunstancia que no hayan sido acogidas finalmente las defensas de SMU da cuenta justamente que ellas fueron ponderadas y analizadas, de manera que si hubiese existido siquiera hipotética y técnicamente la intención de aplicarle a SMU una presunción de derecho, las defensas habrían sido declaradas impertinentes y desechadas sin entrar en su mérito, como ocurrió en la especie.

Dicho lo anterior, la defensa que efectuó SMU ante el TDLC y la CS acerca de la responsabilidad estricta que se le estaría imputando por el incumplimiento de condiciones impuestas en el marco de una operación de concentración, merece un análisis más detenido.

En efecto, se ha dicho que la responsabilidad estricta “*tiene lugar en el ámbito del riesgo que la ley atribuye a quien desarrolla una cierta actividad (...) La responsabilidad por culpa tiene un elemento objetivo que la aleja del reproche personal, pero esa objetividad es radicalizada en el caso de la responsabilidad estricta, porque esta ni siquiera requiere que la conducta sea objetivamente reprochable. Lo determinante es que se materialice un riesgo que está bajo el control del responsable*”¹⁷.

A diferencia de lo que ocurre en la responsabilidad por culpa, la responsabilidad estricta exige la acreditación únicamente de la causalidad entre el daño y el incumplimiento. A diferencia de la “culpa infraccional”, la responsabilidad estricta no implica presunción de culpa, sino que simplemente se prescinde de ella¹⁸ para imputar responsabilidad.

En consecuencia, el acusado no puede pretender excusarse alegando que empleó la diligencia debida. La única exoneración de responsabilidad posible sería la fuerza mayor, ya que “*en los casos en que concurre, el daño o el hecho no pueden ser atribuidos a ningún sujeto*”¹⁹, es decir, una

¹⁷ BARROS (2006) p. 445.

¹⁸ La formulación francesa de la “responsabilidad estricta” es la “responsabilidad por riesgo”, ya que ahí reside el fundamento de este estatuto. Si es el riesgo el criterio que el legislador tiene en mente para efectos de la imputación, la discusión sobre la culpa es impertinente.

¹⁹ KRAUSE (2015) p. 57. A esto debe agregarse que, por regla general, los sistemas jurídicos contienen un régimen general de responsabilidad por culpa, siendo la responsa-

defensa justificada en caso fortuito o fuerza mayor ataca directamente el requisito de la causalidad que es siempre indispensable para imponer cualquier tipo de responsabilidad.

En suma, teniendo lo anterior en mente, las partes y el TDLC concentraron la discusión y análisis en la suficiencia de los intentos de SMU por cumplir las condiciones en tanto “diligencia empleada” para efectos de descargarse de la presunción de culpa que sobre él pesaba, lo que parece indicar que el régimen de responsabilidad discutido sería la culpa infraccional.

ii. Culpa por omisión

Sin embargo, la CS incorporó una nueva categoría para efectos del análisis de la responsabilidad por incumplimiento de condiciones impuestas en el marco de operaciones de concentración. A diferencia de la sentencia TDLC, la Sentencia señala explícitamente que el régimen de responsabilidad en esta materia debe analizarse, en realidad, bajo el prisma de los principios propios de la “culpa por omisión”. No obstante, un análisis detallado de la Sentencia hacen dudar que la CS, aunque así lo indique, haya en realidad pretendido aplicar este régimen de responsabilidad al caso *sublite*.

Generalmente, se entiende que toda conducta importa una acción o una omisión. De este modo, uno puede ser responsable por haber actuado desempeñando una conducta que importa la infracción de un deber de cuidado, como por ejemplo haciendo algo que estaba prohibido por la ley, como fumar en espacios donde está prohibido. Por otro lado, también se puede ser responsable por haber omitido la ejecución de una conducta –obligación de hacer– exigida por la norma, como por ejemplo al desarrollar una actividad sin pedir los permisos que la autoridad exigía. Sin embargo, este segundo caso no constituye lo que la literatura y la jurisprudencia identifican como “culpa por omisión”.

bilidad estricta un régimen especial que el legislador dispone para ciertos sectores de referencia o actividades riesgosas. En esos casos, es la propia ley la que determina las condiciones bajo las cuales opera la cláusula general de fuerza mayor y, como es lógico en la comprensión del riesgo como fundamento de la responsabilidad, mientras mayor sea este, menor será la tolerancia a eximentes.

Lamentablemente, la CS no profundizó analíticamente en su comprensión del régimen de responsabilidad aplicable a la culpa por omisión, sino que la CS solo se limitó a señalar que su efecto propio era el de que se debía acreditar la culpa de quien incumplió una condición impuesta por el TDLC, ya que esta no se presume en dicha sede. De ello se sigue que debe ejecutarse un ejercicio interpretativo con la intención de desentrañar el sentido que la CS pretendió entregar a la culpa por omisión como régimen de responsabilidad aplicable al incumplimiento de condiciones impuestas por el TDLC en el marco de operaciones de concentración.

Una interpretación de la parte relevante de la Sentencia CS²⁰ sería sostener con mediana razonabilidad que la CS identifica que el objetivo –o fin de la norma que faculta al TDLC para imponer una condición– es no afectar la libre competencia en un mercado como consecuencia de una operación de concentración. De este modo, el resultado esperado de la imposición de una condición por el TDLC implicaría no desplegar conductas que importen una afectación al mismo. En consecuencia, el deber de cuidado implicaría la omisión en la ejecución de una conducta que afecte el mercado en los términos que pretendió ser evitado por la formulación normativa contenida en la condición impuesta por el TDLC.

Sin embargo, esta interpretación equivocaría el concepto de “culpa por omisión” de cara al desarrollo de nuestra doctrina y jurisprudencia, siendo redundante en tanto siempre la culpa o negligencia significa, inherentemente, omitir un deber de cuidado.

Otra interpretación posible es que la CS haya entendido que los deberes de cuidado específicos derivados de condiciones impuestas por el TDLC importan la ejecución de acciones positivas o, dicho de otra forma, impondrían una obligación de hacer, de modo que al

²⁰ Considerando 8° de la Sentencia: “Sin embargo, en el caso de autos corresponde hacer un matiz, por cuanto, como se ha dicho, la ejecución de actos contrarios a la libre competencia que se imputa, viene dada por el incumplimiento de condiciones impuestas en una sentencia judicial. En otras palabras, si bien el transcrito artículo 3° (del DL 211) establece un deber general de cuidado, para este caso en particular la orden de ejecutar determinados actos con el objetivo de que la fusión no altere significativamente la estructura del mercado fue impuesta por los sentenciadores a través de la Resolución 43/2012, de manera que la imputación de su incumplimiento no constituye una hipótesis de culpa infraccional sino de culpa por omisión”.

omitir el cuidado debido en su ejecución, se incurriría en la “culpa por omisión” a que refiere la CS.

Esta segunda interpretación de la Sentencia de la CS, de ser efectiva, tampoco sería precisa. Ello porque el hecho que no se observe el debido cuidado al ejecutar una conducta implica que la ejecución de esa acción fue defectuosa, de manera que más que configurarse una “culpa en la omisión” estaríamos en presencia de omisión en la acción o “*abstención en la acción*”²¹: “*En efecto, la definición jurídica de conducta negligente es esgrimida en forma negativa, en términos de no adoptar un cuidado razonable; y, una falta de cuidado razonable puede consistir en hacer lo que una persona razonable no haría, o bien en no hacer lo que sí haría la persona razonable*”²².

Lo que caracteriza a la culpa por omisión propiamente tal –o abstención pura y simple en concepto de Alessandri– es la existencia de un riesgo desvinculado del agente que se le imputa responsabilidad por no haber actuado para evitar o disminuir los efectos o daños de ese riesgo autónomo²³. Lo que reúne a los casos de culpa por omisión es que en ellos existe un deber particular de desplegar conductas para evitar un perjuicio o daño a terceros que se vieron expuestos a un daño inconexo con quien está siendo responsabilizado.

Como reza uno de los dogmas esenciales del derecho de la responsabilidad, la traducción jurídica del mandamiento de honrar a tu prójimo es que debe evitarse dañarlo²⁴. Luego, el derecho no debiera imponer deberes generales positivos para proteger al prójimo.

Excepcionalmente, pueden imponerse deberes de conducta que importe la ejecución de acciones positivas. En este sentido, la CS parece interpretar que las condiciones impuestas a SMU por el TDLC imponían a SMU un específico deber de cuidado en beneficio de terceros, para que no se generara un daño posible o esperado en el

²¹ ALESSANDRI (1983) p. 197.

²² CANE (2011) p. 103.

²³ Los primeros casos reconocidos por nuestra jurisprudencia sobre culpa por omisión propiamente tal corresponden, por ejemplo, al caso en que un propietario no construye un cerco que separa su predio con el del vecino permitiendo a los animales del vecino pasar y destruir sus sembrados (Gaceta Jurídica. 1861. Sentencia N° 617. p. 378).

²⁴ Afirmación acuñada a Lord Atkin en el famoso caso *Donoghue v. Stevenson* [1932] AC 562, 580.

mercado en caso que omitiera la ejecución diligente de las conductas exigidas por medio de las condiciones objeto de análisis.

Sin embargo —y este es el cuestionamiento principal a la Sentencia—, la CS parece olvidar que también es posible integrar la “culpa infraccional” con la “culpa por omisión”. De hecho, existe jurisprudencia que ha considerado que la omisión de un deber de cuidado establecido en favor de terceros importa responsabilidad, según las reglas generales de la responsabilidad infraccional, ya que habría algo así como “*culpa por omisión infraccional en la acción*”²⁵.

Lo esencial en la culpa por omisión es justamente la existencia de una desvinculación causal —en los términos de la responsabilidad clásica— entre la conducta del agente y el daño. La culpa por omisión encuentra sus fundamentos últimos en los deberes mínimos de solidaridad razonables que se esperan de nuestros comportamientos espontáneos.

Por el contrario, la “culpa por omisión infraccional” o “culpa infraccional” predica simplemente la vinculación normativa —a nivel legal, reglamentario o proveniente de otra fuente de autoridad— entre una conducta y un tercero que se encuentra sometido a la probabilidad de materialización de un daño específico. En este caso, el TDLC impuso las condiciones a SMU fijando *ex ante* estándares de conducta que debían ser observados por el sujeto al que se les pusieron de cargo. Estas condiciones se habrían impuesto en beneficio del interés público en el orden económico en el mercado relevante afectado por la operación de concentración, de manera que su infracción importaría también una infracción al DL 211.

CONCLUSIONES

Sin perjuicio de las diversas implicancias que posee la Sentencia, este artículo solo tenía por objeto ofrecer un resumen, análisis y posible interpretación razonable de lo resuelto por primera vez por la CS respecto del régimen de responsabilidad aplicable a la inobservancia de condiciones fijadas por el TDLC en el marco de operaciones de concentración.

²⁵ CS. 4 de septiembre de 2002. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*. T. XCIX, sec.1ª, 186 y C. Suprema. 26 de enero de 2004. Gaceta N° 281. Sentencia N° 283. p. 121.

Como hemos visto, tanto la FNE como el TDLC, los dos órganos especializados en la promoción y defensa de la libre competencia en Chile conforme a lo prescrito en el DL 211, estimaban que la parte incumplidora de una condición impuesta por el TDLC debía hacer frente a una “responsabilidad infraccional” en que la culpa de la parte incumplidora se presume, de tal manera que le corresponde al acusado exonerarse de dichas imputaciones acreditando en juicio haber obrado con la debida diligencia.

No obstante y desvirtuando, al menos por el momento y en la primera jurisprudencia del máximo tribunal de la República sobre la materia, la CS estimó que el estatuto de responsabilidad aplicable al infractor de una condición impuesta por el TDLC era el de la “culpa por omisión”, exigiendo así que tanto el incumplimiento de la condición como la falta de diligencia o culpa sean acreditados en juicio por el órgano persecutor.

Si bien la Sentencia constituye, como ya dijimos, la única jurisprudencia sobre la materia existente hoy en día en Chile sobre la materia, lo resuelto por la CS plantea ciertas interrogantes legítimas y válidas que, creemos, serán objeto de futuro debate y controversia en nuestro país.

En primer lugar, la vinculación intrínseca existente entre el sujeto que debe observar un deber de conducta contenido en una condición fijada por el TDLC y el riesgo creado por dicho mismo obligado pudiere hacer pensar, en principio, que estos casos no darían lugar a algunas de las hipótesis en las que el legislador decidió positivar deberes de solidaridad para ser empleados en nuestros encuentros ordinarios, sino que más bien que estamos en presencia obligaciones que deberían observarse para que una determinada situación jurídica pretendida –un escenario de concentración entre dos o más compañías que pueden razonablemente afectar las condiciones de competencia en un mercado relevante– sea lícita.

En segundo lugar, al exigirse por la CS que tanto el incumplimiento de la condición como la falta de diligencia o culpa del infractor sean acreditados en juicio por el órgano persecutor, en realidad se está anulando, dejando sin efecto o haciendo caso omiso de la presunción de culpa que, conforme a nuestra doctrina y jurisprudencia, suele acompañar las hipótesis de responsabilidad por “culpa infraccional”. En consecuencia, a pesar de concretizarse una hipó-

tesis antijurídica de cara al DL 211 por el solo incumplimiento de una condición impuesta por el TDLC, la CS exige que, para que se genere responsabilidad, la FNE debe acreditar tanto la inobservancia de la condición como la imputabilidad de la misma a quien estaba obligada a su cumplimiento. Como resulta evidente, puede esgrimirse que una resolución de esta naturaleza podría tender a desincentivar el cumplimiento de la normativa de libre competencia, entre la cual incluimos para estos efectos las condiciones fijadas por el TDLC, lo que en principio no solo podría considerarse como contraproducente o incluso contrario a los más obvios objetivos de política pública económica actualmente imperantes y esperados del DL 211, sino que también podría eventualmente constituir, en sede procesal, una inversión indebida e improcedente de las normas más básicas de la carga de la prueba en juicio, además de imponer al persecutor la enorme dificultad, sino imposibilidad, de acreditar hechos negativos.

Por último y en tercer lugar, no puede olvidarse que, para arribar a la Sentencia y proponer el régimen de responsabilidad ya señalado, la CS tuvo que establecer que, al conocer de consultas sobre operaciones de concentración e imponer condiciones, el TDLC ejerce funciones pura y netamente jurisdiccionales en el marco de procesos que terminan mediante sentencias definitivas de primera instancia. Si esto es así, cabría desde ya preguntarse cuál será la vigencia de la jurisprudencia sentada por la CS. Tal como señalamos con anterioridad, a partir de junio de 2017 el DL 211 encomendará a la FNE la función primigenia de pronunciarse sobre operaciones de concentración y, eventualmente, fijar condiciones a su respecto, otorgando al TDLC y a la CS solamente un rol supletorio en esta materia. Así las cosas, ¿será posible que la jurisprudencia sentada por la CS siga siendo válida cuando quien se pronuncie sobre operaciones de concentración y fije condiciones sea un órgano eminentemente y sin lugar a duda alguna de carácter administrativo?

Sea como fuese, en la medida que se opte por uno u otro estatuto de responsabilidad aplicable al incumplimiento de condiciones fijadas en el marco de operaciones de concentración, ello tendrá directo impacto no solo en las acciones y defensas que ejercerán y opondrán las partes en los procesos futuros sobre la materia, sino que también en la capacidad disuasiva que estos casos impliquen para incentivar el cumplimiento de dichas condiciones que, en de-

finitiva, existen y tiene por objeto velar por la promoción y respeto de la libre competencia en los distintos mercados en Chile. Estamos ciertos que esta materia seguirá siendo objeto de amplio debate y análisis en el futuro.

BIBLIOGRAFÍA

- ALESSANDRI, Arturo. *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno*. Tomo I. Segunda Edición. Editorial Jurídica Ediar-ConoSur Ltda. Santiago, 1983.
- BARROS, Enrique. *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2006.
- CANE, Peter. *Anatomía del Derecho de Daños*. Editorial Flandes Indiano. Colección “Derecho Anglosajón Contemporáneo”. Santiago, 2011.
- KRAUSE, María. *Responsabilidad: lo unitario en los sistemas civil y penal*. Thomson Reuters. Santiago, 2015.
- MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Leon y TUNC Andre. *Tratado Teórico Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual*. Editorial Montecristo. Paris, 1938.

