



UNIVERSIDAD DE CHILE

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Procesal

NATURALEZA DEL RECURSO DE RECLAMACIÓN EN MATERIA DE LIBRE
COMPETENCIA: ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE ACUERDO A LA CORTE
SUPREMA

Memoria para Optar al Grado Académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y
Sociales

LUKAS HUDSON HERRANZ

Profesor Guía:

Cristián Maturana Miquel

Santiago, Marzo 2014

Tabla de Contenido

Introducción.....	6
Capítulo 1: INTRODUCCIÓN A LOS RECURSOS.....	12
1. Idea y Concepto de Recurso.....	12
2. Derecho al Recurso.....	13
3. Elementos del Recurso.....	18
4. Fundamentos del Recurso.....	24
5. Recursos de Enmienda y Nulidad.....	26
6. Apelación.....	28
6.1. Concepto.....	28
6.2. Crítica insertada en la Reforma Procesal Civil.....	30
7. Casación.....	32
7.1. Concepto.....	32
7.2. Finalidad y Crisis.....	34
8. Recurso Extraordinario.....	40
Capítulo 2: LA CORTE SUPREMA EN EL SISTEMA DE LIBRE	
COMPETENCIA.....	45
1. Generalidades.....	45
2. Sistemas Comparados.....	46
2.1. Sistema de los Estados Unidos de Norteamérica.....	46
2.2. Sistema en Comunidad Europea.....	51
2.3. Regulación de la Libre Competencia en Chile.....	57

2.3.1. Primeras Legislaciones en Chile.....	57
2.3.2. Historia de la Ley 19.911 y 20.361y sus Modificaciones...	60
2.3.3. Historia Ley 19.911.....	62
2.3.4. Historia Ley 20.361.....	69
2.4. Rol de la Corte Suprema en el Poder Judicial y el TDLC.....	81
2.4.1. Generalidades.....	81
2.4.2. Origen Corte Suprema.....	84
2.4.3. Funciones de la Corte Suprema.....	88
2.4.4. Evolución de Funciones de la Corte Suprema.....	91
2.4.5. Ideas acerca de los Actuales Modelos de Corte Suprema.	95
2.4.6. Hacia qué Corte aspira la Legislación Chilena.....	102
2.5. La Corte Suprema en el actual sistema de Libre Competencia Chileno.....	108
2.5.1. El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en el Modelo de Corte de Casación.....	111
2.5.2. El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en el Modelo de Corte de Unificación.....	119
Capítulo 3: EL RECURSO DE RECLAMACIÓN EN EL SISTEMA DE LIBRE COMPETENCIA EN CHILE.....	127
1. Generalidades.....	127
2. Concepto.....	128
3. Historia del Recurso de Reclamación.....	131
3.1. Regulación en la Legislación Original.....	131
3.2. Ley 19.911.....	133
3.3. Ley 20.361.....	141

3.4. Regulación Recurso Reclamación en DL 211.....	143
3.5. Recurso de Reclamación en Asuntos Contenciosos.....	145
3.6. Recurso de Reclamación en Potestad Consultiva.....	152
3.7. Consecuencias de Considerar el Procedimiento Consulta como Contencioso.....	173
3.8. Recurso de Reclamación en Potestad Regulatoria Externa.....	179
Capítulo 4: ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LA CORTE SUPREMA SOBRE EL RECURSO DE RECLAMACIÓN EN LIBRE COMPETENCIA: TRATO BRINDADO POR LA CORTE SUPREMA A LA RECLAMACIÓN Y NATURALEZA QUE ASIGNA AL RECURSO.....	183
1. Introducción.....	183
2. La Corte Suprema como Segunda Instancia: Apelación.....	185
3. Admisibilidad del Recurso de Hecho acerca del Recurso de Reclamación.....	189
4. La Corte Suprema como Instancia de Casación.....	201
Conclusiones.....	212
Bibliografía.....	225

AGADECIMIENTOS

Principalmente agradecer a mi profesor guía, especialmente también al profesor Raúl Núñez Ojeda por la idea y el apoyo en esta tarea sobre un tema que se habla comúnmente pero queda sin respuesta concreta. A mi familia por su apoyo en esta ardua empresa.

Sobre todo a Camila, por la paciencia y afecto a quien le dedico este fruto de horas de estudio, reflexión y academia.

INTRODUCCIÓN.

En Chile, el derecho de la libre competencia es relativamente nuevo en comparación con otras ramas jurídicas. A partir del texto del Decreto Ley N° 211, el que ha sufrido durante el transcurso de los años varias reformas, se promulgó en nuestro país el primer cuerpo legal cuyo objeto era la protección y cautela del buen funcionamiento de los mercados. Dicha estructura no sufriría cambios orgánicos considerables sino hasta del año 2003.

La Ley N° 19.911 creó una nueva institucionalidad en relación al derecho de la libre competencia. Su principal finalidad fue la de establecer un nuevo órgano jurisdiccional denominado Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, cuya función sería el prevenir, evitar y sancionar todo hecho, acto o contrato que atente contra la libre competencia. Con dicha reforma el legislador perseguía profesionalizar el antiguo sistema de defensa del buen funcionamiento de los mercados y, adicionalmente, fortaleciéndolo con este nuevo tribunal, y con el rediseño de aquellos órganos cuya participación es esencial en dicho esquema institucional, como la Fiscalía Nacional Económica. Así, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia pasa a ser la piedra base del sistema contenido en la Ley N° 19.911, perfeccionado posteriormente por la Ley N° 20.361.

No debemos olvidar que en la cúspide de este sistema se encuentra nuestra Corte Suprema como la última y eventual instancia en la cual se debe decidir acerca de los conflictos llevados a cabo dentro del nuevo sistema. Ello es natural por cuanto el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia es un órgano jurisdiccional especial, pero como todo jurisdiccional se amerita tener una instancia superior de control de ciertas resoluciones que dicte. Para dichos fines, el Decreto Ley N° 211 estableció un recurso de reclamación, consagrado y normado en el artículo 27 y 31 de dicho cuerpo legal como canal idóneo para otorgar competencia a nuestro máximo tribunal, consagrando un sistema recursivo que garantice a las partes los medios de impugnación ante eventuales errores cometidos por el órgano jurisdiccional de la libre competencia. Ello resulta acorde, por de pronto, con el derecho a un debido proceso.

Sin perjuicio de lo anterior, si bien el legislador creó un sistema con el fin de especializar la justicia con tribunales idóneos, el sistema procesal de la libre competencia tanto orgánico como funcional actualmente contiene falencias descubiertas a partir de la puesta en práctica del sistema.

En efecto, tenemos un sistema especial donde el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia es un órgano especial diseñado y creado como órgano especialista para resolver la temática compleja de la libre competencia. Sin embargo, sucede que sus actos decisorios plasmados en sus sentencias judiciales pueden ser reclamadas o impugnadas ante la Corte Suprema, siendo

un tribunal ordinario cuyo rol no es específicamente el control de decisiones en suyo complejas y técnicas.

El principal problema en nuestro sistema es la falta de consagración del rol que debe ejercer la Corte Suprema reflejado en la falta de determinación de la naturaleza del recurso de reclamación. Ello es posible de observar en la deliberación legislativa de la naturaleza del recurso en la discusión de la Ley N° 19.911, donde la Corte Suprema criticó el nombre del recurso debido a que era ajeno a la práctica jurídica, debiendo llamarse derechamente como recurso de “Casación”¹. No es nada sorprendente que nuestra Corte Suprema haya querido definir de dicha forma al nuevo recurso, principalmente si tenemos en cuenta que la Casación ha imperado en nuestros tribunales por más de 100 años sin grandes modificaciones sustanciales (salvo la reforma procesal penal llevada en nuestro país desde 1999), como también el motivo de ser proclive a un sistema recursivo acorde a la función histórica y sistémica del Máximo Tribunal. Por otro lado, en la sesión del Senado se estableció por el senador de ese entonces, César Augusto Parra, que se definiera el recurso como “Apelación”², recurso totalmente distinto a lo establecido por la Corte Suprema en la discusión tanto a nivel doctrinario como los efectos seguidos por cada recurso.

¹ Véase opinión de la Corte Suprema respecto de su establecimiento en la Ley N° 19.911 de fecha 21 de Mayo de 2002.

² Véase opinión en Boletín N° 2944-03 del 28 de octubre de 2002 donde se hacen indicaciones al proyecto de Ley que crea el tribunal de defensa de libre competencia, siendo el único en ese boletín que señala su naturaleza al respecto.

De lo someramente descrito tenemos que el recurso de reclamación consagrado en el actual Decreto Ley N° 211 fue concebido como un recurso nuevo, totalmente ajeno en cuanto a su denominación y trato para el sistema judicial chileno. No es de extrañar que la Corte Suprema haya tratado de llamar al recurso como “Casación” al ser el medio judicial por excelencia del mencionado tribunal, o como otros partícipes que trataron de denominar el recurso como “Apelación” siendo una denominación acorde no sólo con la denominación clásica de los recursos chilenos sino también acorde al sistema jerárquico que se contempla en los tribunales de justicia de nuestro país³. En consecuencia, podemos apreciar que no hubo acuerdo acerca del recurso sobre su naturaleza jurídica en la discusión parlamentaria.

Lo anterior es de suma relevancia por cuanto define, entre otras cosas, la competencia y trato que el superior jerárquico debe darle al recurso al momento de impartir justicia. Los recursos judiciales son más que el fiel reflejo del rol que los tribunales deben ejercer dentro de su actividad jurisdiccional. Así, en el caso concreto a partir del recurso de reclamación, ¿cómo debiese la Corte Suprema conocer este recurso? ¿Es un recurso amplio o restrictivo? ¿Cuál recurso está en sintonía con los principios que consagran la estructura orgánica de los órganos como el derecho procesal de la libre competencia?

³ El argumento principal de la Corte Suprema para el cambio de concepto del recurso era por no ser el nombre “reclamación” acorde a la tradición chilena en cuanto a recursos. Sin embargo, es curioso que haya hablado de casación y no apelación u otro recurso, entendiendo que no sería al azar su denominación.

Las preguntas anteriores no son vanas por cuanto son relevantes al momento de determinar el rol que la Corte Suprema debe ejercer dentro del sistema de libre competencia. Y es que dicho rol nunca se definió como tampoco hubo una deliberación rica y constructiva en torno a dicha materia, teniendo en cuenta que la falta de una clara y precisa definición puede traer consecuencias para entender sistémicamente el funcionamiento del sistema de la libre competencia.

El siguiente trabajo trata principalmente sobre un estudio orgánico y procesal sobre el rol que el Máximo Tribunal ejerce actualmente en el marco del derecho de la libre competencia como también acerca del rol que debería ejercer en el futuro en consideración al sistema contenido en el Decreto Ley N° 211, reformado por las Leyes N° 19.911 del 2003 y N° 20.361 del 2009. A partir de dicha definición acerca del rol y finalidad que la Corte Suprema, se verá el recurso de reclamación, teniendo presente tanto el trato jurisprudencial que le ha brindado la Corte Suprema como también nuestra propuesta acerca de cómo la Corte Suprema debiese conocerlo.

Consideramos necesario formularnos las interrogantes anteriores para poder delimitar, conforme a la actual estructura y procedimientos de los órganos de la libre competencia, cual debería ser el actual rol de la Corte Suprema que debería desempeñar en estas materias.

Para abordar estas interrogantes deberíamos considerar la lógica del sistema para el establecimiento de los órganos que intervienen en los procesos de libre competencia, teniendo presente que mientras uno obedece a un trato del *Common Law*, como es el caso del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, y otro como la Corte Suprema al rol Casacional propio de las Cortes del Derecho Latino Europeo.

El actual sistema de libre competencia si bien fue creado para asegurar una justicia especial a la altura de los conflictos económicos con la inclusión de la Corte Suprema, sin definir clara y adecuadamente el rol que debe desempeñar lo que puede generar distorsiones las cuales no solo se pueden presentar en cuanto al nivel de los conocimientos económicos sino también en cuanto a la identidad de la función que nuestro máximo tribunal debe desempeñar en una estructura judicial moderna en nuestro país, hoy han dado pie a los siguientes planteamientos que a continuación se describen en pos de un mejor desarrollo y perfeccionamiento del actual sistema imperante en nuestro país.

CAPÍTULO 1: INTRODUCCIÓN A LOS RECURSOS

1. Idea y Concepto de Recurso.

La idea de recurso se comprende dentro del concepto “proceso”, cual es el medio de solución en donde existen inevitablemente dos posiciones contrarias que entran en conflicto.

Como todo proceso, en algún momento llega a su fin una vez que exista una decisión otorgada por un tercero esencialmente imparcial, cuya decisión es imperativa para las partes. Nosotros conocemos dicho resultado como *sentencia*, la cual emana de un órgano comúnmente llamado *tribunal*. Así, podemos divisar que un procedimiento contiene tres bases fundamentales para su existencia: las *partes*, un tercero ajeno, llamado *juez*, y un *conflicto*. Couture supo definir magistralmente el proceso como “aquel conjunto de actos que se desenvuelven progresivamente con el objeto de resolver, mediante un juicio de autoridad, el conflicto sometido a su decisión”⁴.

Sin embargo, no necesariamente un proceso termina con la dictación de la sentencia. Es común que alguna de las partes no quede satisfecha con lo resuelto por el órgano jurisdiccional de forma completa o parcial, generándose una condición de perjuicio que buscará remediar de alguna forma. Incluso puede considerar que la resolución es arbitraria, infundada e incluso ilegal.

⁴ COUTURE, Eduardo. 1985. Fundamentos de Derecho Procesal Civil. 3ª Edición. Buenos Aires. Depalma. 121p.

A partir de dichas nociones básicas antes señaladas se enmarca la institución jurídica del *recurso*. Como bien dice su etimología (literalmente “regreso al punto de partida”) el recurso es un medio por el cual las partes buscan remediar o enmendar ciertas resoluciones judiciales emanadas de los tribunales de justicia cuyo fin es adecuarlas a sus pretensiones individuales.

La doctrina clásica chilena denomina *recurso* al “acto jurídico procesal de parte o de quién tenga legitimación para actuar, mediante el cual impugna una resolución judicial no ejecutoriada, dentro del mismo proceso que se pronunció, solicitando su revisión a fin de eliminar el agravio que sostiene se le ha causado en su pronunciamiento”⁵. Creemos que es una definición completa, clara y precisa respecto a lo que es la institución, siendo el medio de impugnación de resoluciones judiciales por excelencia.

2. Derecho al Recurso.

Dentro de un proceso es posible el margen de error, la dictación de una sentencia injusta o que no se adecúe al desenvolvimiento del proceso. Ello es especialmente notorio en el proceso penal donde la decisión del juez penal debe ser lo suficientemente fundada en la sentencia a partir de los hechos expuestos por medio de la prueba, cuya calidad y razonabilidad deben ser escrutadas. Todo ello por la relevancia del conjunto de derechos que se juega reflejado en la libertad del imputado. El peligro de una resolución injustificada,

⁵ MOSQUERA, Mario y MATURANA, Cristián. 2012. Los Recursos Procesales. 2ª Edición Actualizada. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile. 27p.

cuyas razones no sean acordes a lo expuesto fácticamente o no se haya apreciado razonablemente la prueba, entre otros motivos, nos muestra que errar es humano. La tendencia mundial de los Derechos Humanos ha dado un gran catálogo de derechos los cuales cada persona goza y que cada legislación debe consagrar y garantizar internamente. El derecho al recurso es uno de aquellos consagrados dentro de la gama de derechos procesales mínimos que las legislaciones deben asegurar sin distinción alguna.

El profesor del Río Ferretti define el derecho al recurso como “el reconocimiento a las partes e intervinientes de la titularidad de la facultad o poder para impugnar las sentencias de fondo (y resoluciones equivalentes) que le agravian, a través de un recurso que permita la revisión del enjuiciamiento de primer grado y asegure un conocimiento adecuado o correspondiente a su objeto”⁶.

Por otro lado, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha referido a este derecho de la siguiente forma: “*La posibilidad de ‘recurrir el fallo’ debe ser accesible, sin requerir mayores complejidades que tornen ilusorio este derecho*” (...) *garantizando un examen integral de la sentencia recurrida*⁷.

⁶ DEL RIO FERRETTI, Carlos. 2012. Estudio sobre el derecho al Recurso en el Proceso Penal. En: Estudios Constitucionales, Año 10, (N° 1): 257.

⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, 02.07.2004. P. 82. Caso Herrera Ulloa con Costa Rica.

En relación con lo ya mencionado, consiste principalmente en el derecho de las partes a poder exigir un segundo “examen” de la resolución que la jurisdicción da a las partes en forma imparcial pudiendo cualquiera de estas exigirlo si tal resultado provoca alguna desventaja en su posición, sea total o parcial.

En Chile, la Constitución Política de la República no consagra explícitamente el derecho procesal de los ciudadanos a recurrir una sentencia ante tribunales superiores de justicia.

Sin embargo, la doctrina ha englobado dicho derecho fundamental dentro de un conjunto de “metaderechos”⁸ los cuales son encerrados dentro del derecho a un debido proceso consagrado en el art. 19 n° 3 inciso 5° de la Constitución, estableciendo que la Constitución asegura a todo ciudadano que *toda sentencia de un órgano que ejerce jurisdicción debe fundarse siempre en un proceso previo legalmente tramitado.*

Es evidente que el precepto constitucional nada dice acerca de un derecho a recurrir ni tampoco de otros derechos procesales esenciales para un procedimiento, pero la doctrina nacional ha concordado que la frase “racional y

⁸ El profesor Bordalí llama de esta forma al conjunto de derechos fundamentales procesales que la Comisión para una nueva Constitución de Chile de 1980 no detalló intencionalmente. Su finalidad no era que el constituyente diera una lista taxativa de dichos derechos pudiendo excluir alguno en especial, ni detallar requisitos, condiciones o efectos los cuales podrían en un futuro ser engorrosos y obstruir en consecuencia los efectos de dichos derechos. Actualmente son los tribunales los que establecen dichos derechos y garantías ante lo cual existe una rica jurisprudencia al respecto. Para mayor detalle consultar: BORDALÍ, Andrés. 2009. El Derecho Fundamental a un Tribunal Independiente e Imparcial. En: Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. 2do Semestre de 2009 (XXXIII): 263 – 302.

justo procedimiento” comprende cada uno de los derechos procesales esenciales para componer un concepto de debido proceso.

Sin perjuicio de lo anterior, a partir del artículo 5 de la Constitución es posible entender que los tratados internacionales ratificados y vigentes por Chile son parte de la legislación nacional. A partir de ello se agregan algunas garantías procesales las cuales están explícitamente consagradas en tratados de derechos humanos, incluyendo dentro de ellas el derecho a recurrir. Tal es el caso del artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y el artículo 14 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos (PDCP)⁹ de modo que el derecho a recurrir junto a otros derechos procesales como derecho a un juicio sin dilaciones innecesarias, derecho a presunción de inocencia, a recabar prueba, entre otros, debemos entenderlos comprendidos de esta forma y reconocidos por la legislación chilena¹⁰.

⁹ El artículo 8 de la Convención Interamericana de Derecho Humanos establece que *“Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la amparen contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución y las leyes”*.

Por otro lado, el artículo 14.5 del pacto de Derechos Civiles y políticos indica que *“Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley.”*

¹⁰ A partir de la reforma Procesal Penal, el Código Procesal Penal establece en su Título Primero los Principios Básicos, los cuales toman la mayoría de estos derechos que los tratados de derechos humanos consagran. Si bien en principio pareciera una repetición de los derechos garantizados por la Constitución y tratados internacionales, su fin es dar mayor fuerza y seguridad en los derechos de las personas respecto a la persecución estatal y el ejercicio del *ius puniendi*. Además explicita garantías tan esenciales que incluso aun cuando se entiendan incorporados dentro de la noción de “debido proceso”, no es posible dejarlos sin consagración. Tal es el caso de la presunción de inocencia del artículo 4 del Código Procesal Penal no consagrado explícitamente en la Carta Magna. En el caso del derecho a recurrir, se ha entendido que puede consagrarse en el artículo 10 del mismo código, “Cautela de Garantías”, asegurando al imputado todas las garantías procesales que la Constitución y los tratados le aseguran, entre ellas el derecho comentado.

A pesar de no existir una consagración expresa, los tribunales son conscientes de su existencia, quienes han enriquecido la existencia de un derecho a recurrir garantizado para todo ciudadano. En efecto, algunas normas permiten a los tribunales la aplicación directa de la Carta Magna en los procedimientos reconociendo derechos que no están expresados en ella, pero se entienden que el constituyente los protege y ampara. Tal es el caso del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal que consagra como causal de nulidad del juicio oral la infracción a garantías y derechos consagrados en la Constitución y tratados internacionales, existiendo tácitamente la facultad de los tribunales de aplicar directamente la Constitución. Así, se reconocen en sus fallos garantías que si bien no están expresamente consagradas en la Constitución, son evidentemente reconocidas por los tribunales a partir del derecho a un “debido proceso”¹¹.

En síntesis, podemos concluir que el derecho a recurrir si bien no es expreso en nuestra legislación nacional, es indudable que tanto la doctrina como la jurisprudencia son conscientes de su existencia. Del mismo modo, el artículo 19 n°3 inciso 5° a pesar de su expresión vaga y carente de contenido específico, de las sesiones de la Comisión de Estudio para una Nueva Constitución es posible desprender que dicho derecho se encuentra garantizado por la actual legislación constitucional.

¹¹ BORDALI, Loc. Cit. 270p.

3. Elementos del Recurso.

A partir de la definición dada de los profesores Mosquera y Maturana, es posible distinguir ciertos elementos de los recursos como medio de impugnación que lo diferencian de otros medios que buscan invalidar o reformar distintas actuaciones judiciales que se producen dentro de un procedimiento.

Y es que los recursos si bien son los medios que un litigante utiliza comúnmente para reformar o revocar resoluciones que generen injusticia o gravamen para una de las partes, no son los únicos medios de impugnación.

Se define por *Impugnación* “todo acto y efecto de atacar y refutar un acto llevado dentro de un procedimiento que busca su revocación o invalidación”¹². Algunos ejemplos indicados frecuentemente por la academia son la nulidad procesal (artículo 83 del Código de Procedimiento Civil y artículo 159 del Código Procesal Penal), la acción de revisión de sentencias firmes o ejecutoriadas por las causales taxativas que indica la ley (artículo 810 del Código de Procedimiento Civil y artículo 473 del Código Procesal Penal), la renovación de la acción ejecutiva (477 del Código de Procedimiento Civil), la oposición a alguna medida precautoria establecida por alguna de las partes (302 mismo código señalado anteriormente), entre otras.

¹² MOSQUERA, Mario. MATURANA, Cristián. Op. Cit. 23p.

Si bien es conocida la diferencia de que el recurso es una especie del género impugnación, existen otras características que marcan esta diferencia, las cuales esbozaremos someramente a continuación:

a- Existencia Legal del Recurso:

Los recursos procesales no son creación de las partes como si tratara de un contrato. Su origen es exclusivo del legislador tal como indica el art. 77 de la Constitución, estableciendo que será una ley orgánica la que determine la organización y atribuciones de los tribunales de la República, incluyendo en ellos el sistema recursivo de los procedimientos tramitados en ellos.

Lo anterior así lo ha indicado la mayoría de la doctrina, aunque consideramos que es fructífero complementarlo con recordar que ello es expresión principalmente del Principio de Legalidad de los artículos 6 y 7 de nuestra Carta Magna, los cuales consagran el Principio de Legalidad de los Órganos del Estado, siendo los tribunales órganos del estado que deben someter su actuar a la Constitución y la ley, actuando dentro de la esfera de su competencia. Su extralimitación acarrearía la nulidad de dichas actuaciones de conformidad a los preceptos constitucionales anteriormente indicados. En suma, el sistema recursivo al ser regulado por normas de orden público requiere ser establecidos expresamente por ley explicitando su existencia y esfera de acción dentro del proceso.

b- Acto Jurídico Procesal de Parte.

Los recursos son emanación del Principio Dispositivo del procedimiento, teniendo las partes el control de la interposición de recursos según sus intereses individuales, siendo actos jurídicos procesales unilaterales. Dicho principio se ve con mayor fuerza en el actual Código de Procedimiento Civil al igual que el nuevo Código Procesal Civil actualmente en tramitación en el Congreso Nacional.¹³

A diferencia de los recursos entregados a las partes, algunos medios de impugnación pueden ser declarados de oficio por el tribunal. Tal es el caso de la casación de oficio, tanto en la forma como fondo (arts. 775 y 785 del Código de Procedimiento Civil), la declaración de nulidad procesal de oficio (artículo 83 inciso primero Código de Procedimiento Civil) o la declaración de incompetencia absoluta del tribunal para conocer del conflicto (artículo 83 inciso segundo Código de Procedimiento Civil)¹⁴.

c- Existencia de Perjuicio.

El agravio o perjuicio consiste en no haber obtenido alguna de las partes aquello exigido al órgano jurisdiccional, sea de forma total o parcial. Principalmente es una diferencia de los intereses en juego, un verdadero daño

¹³ Actualmente, al momento de realizar esta memoria el Proyecto de Código Procesal Civil para la República de Chile, se encontraba en tramitación en la Cámara de Diputados. Según su Mensaje, los mal llamados medios de impugnación los mantienen las partes, debiendo referirse específicamente a los recursos, entendiéndose que sigue vigente dicho principio aunque no con la misma fuerza que el Código de Procedimiento Civil de 1903, el cual deja a las partes casi el total control del procedimiento salvo contadas excepciones donde puede intervenir el juez.

¹⁴ MOSQUERA, Mario. MATURANA, Cristián. Op. Cit. 29p.

en las pretensiones de los litigantes. En la práctica siempre una de las partes querrá recurrir debido a que lo dictado por el tribunal perjudica a una de las partes en sus aspiraciones. Así, por regla general una de las partes se verá perjudicada siempre por la resolución dictada por el tribunal, sin perjuicio que en algunos casos puedan incluso ambas partes poder recurrir una misma resolución al no haber conseguido cada una de ellas la totalidad de lo exigido. Dentro del ordenamiento, es patente el artículo 751 del Código de Procedimiento Civil como ejemplo de cuando estarían las partes en situación perjudicial en relación a lo fallado¹⁵.

Maturana y Mosquera distinguen dos tipos de agravio: uno Objetivo consistente en la comparación entre lo otorgado y lo exigido por las partes, y el Subjetivo cual es la justificación al tribunal de porque le perjudica al recurrente lo decretado y sus fundamentos¹⁶. Por nuestra parte, creemos que no son más que dos fases del agravio donde uno es el perjuicio comprobado y otra la justificación de la existencia de dicho perjuicio. A fin de cuentas serían elementos del mismo concepto esencial consistente en la existencia de una disconformidad racional que una de las partes busca remediar.

d- Impugnación solo recae sobre resoluciones no ejecutoriadas.

¹⁵ Véase el artículo 751 del actual Código de Procedimiento Civil relacionado con la consulta en los juicios de hacienda. En pocas palabras, hay agravio si se niega total o parcialmente la pretensión del demandante o se niega total o parcialmente las excepciones y defensa del demandado.

¹⁶ MOSQUERA, Mario. MATURANA, Cristián. Op. Cit. 31-32p.

La interposición de los recursos no genera un nuevo procedimiento sino la continuación del mismo. Es decir, solo genera una nueva etapa dentro del mismo proceso lo cual es patente en el recurso de apelación al “devolver” la competencia al tribunal *ad quem* del conocimiento del juicio. Si bien el tribunal de alzada obtiene competencia para conocer del recurso se enmarca dentro del mismo procedimiento, a pesar de que un tribunal distinto conoce del objeto litis.

Sin embargo, no toda resolución es susceptible de recurso.

Dejando de lado la naturaleza de las resoluciones según la cual indica qué recursos son posibles de utilizar, solo son recurribles aquellas resoluciones las cuales no han sido ejecutoriadas o, lo mismo, que no son susceptibles de recurso alguno por no ser interpuestos dentro de los plazos legales establecidos en la ley. El artículo 174 del Código de Procedimiento Civil establece cuando se entiende ejecutoriada una resolución especialmente la sentencia definitiva que pone fin a la instancia, resolviendo el pleito objeto del procedimiento. En el caso de un juicio con varias instancias, se entenderá ejecutoriada la sentencia una vez transcurridos los plazos legales para la interposición del recurso competente junto con la debida certificación del secretario del tribunal. En el caso de un juicio de única instancia, basta con la notificación de la sentencia definitiva a las partes, generando en ambos casos el efecto de cosa juzgada formal y material.

Cuestión distinta es el caso del mal llamado Recurso de Revisión, acción que tienen las partes para enmendar las resoluciones judiciales que gozan de cosa juzgada y cuya finalidad es enmendarlas por la manifiesta ilegalidad y fraude en su dictación. Someramente, la revisión no es un recurso tal como lo denomina el legislador civil, siendo en realidad una acción la cual genera un nuevo procedimiento distinto del ya fallado con anterioridad objeto de la revisión. En el Código Procesal Penal, en las discusiones llevadas para su aprobación, el Senado, sabiamente, indicó que no se trataba de un recurso más tal como lo trata el actual Código de Procedimiento Civil lo cual generaba confusiones sobre la institución. En consecuencia, no es casualidad que en dicho cuerpo legal se introdujera la institución dentro del Título VIII, Párrafo 3° *“Revisión de las sentencias firmes”*, dando a entender que es un nuevo procedimiento para la revisión de uno anterior no siendo en realidad un recurso¹⁷. En consecuencia, es evidente que el legislador penal deja claro que el mal recurso de revisión no es un recurso sino una acción propiamente tal despejando toda duda al respecto.

e- Revisión de lo Fallado.

¹⁷ En las actas de la Reforma Procesal Penal se indica: *“El senado acordó que la solicitud que se hace a la Corte Suprema para que revea una sentencia firme condenatoria y la anule, no es propiamente un recurso, entendiéndose por tal la impugnación que se hace de alguna resolución judicial antes de que quede ejecutoriada es, con mayor propiedad, una acción que pretende enervar el cumplimiento de la sentencia y, en ese sentido, prefirió cambiar de ubicación las disposiciones que la regulan, trasladándolas al Título VIII del Libro IV, que trata precisamente sobre la ejecución de las sentencias firmes.”* Para mayor información: PFEFFER URQUIAGA, Emilio. 2001. Código Procesal Penal. Anotado y Concordado. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile. 447p.

Es el principal fin de los recursos. Al existir un agravio, la finalidad del recurso es la revisión de lo fallado y, eventualmente, enmendarlo total o parcialmente de acuerdo a lo fundado por la parte recurrente. Sin gravamen para una parte, no se justifica su intervención.

4. Fundamento del Recurso.

La finalidad última es la revisión y control de la motivación del órgano jurisdiccional. A partir del viejo refrán “errare est humanum, perseverare est diabolicum”, el sistema recursivo busca rectificar, enmendar o revocar aquellas resoluciones fruto del error de los jueces en su administración de justicia. Porque tal como lo dijeron los jurisconsultos latinistas, mantener esos errores sin control alguno promueve la irresponsabilidad y arbitrariedad del aparato judicial, convirtiéndolo en una diabólica injusticia.

El sistema recursivo busca la motivación y fundamentación del acto jurisdiccional representado en la sentencia definitiva, donde se vierten las razones de lo decidido por el juez. Sin duda alguna la incorporación, ejecución y valoración del material probatorio es uno de los elementos más relevantes dentro de la sentencia y de mayor deliberación, siendo estos los medios para dar por sentado aquellas afirmaciones de hecho vertidas en el juicio.

En un sistema de libre apreciación probatoria es aún más relevante el sistema recursivo, siendo estos los medios idóneos para el control de la apreciación racional y coherente de la prueba como los fundamentos de la

decisión del caso sometida a la autoridad. Cuestión distinta ocurre en un sistema legal tasado donde no existiría una prueba deliberada o apreciada propiamente tal por el juez, sino por el legislador. En este caso los recursos solo estarían acotados principalmente a los casos donde se contradiga lo prescrito por la ley¹⁸.

Si bien es uno de los puntos relevantes el control sobre la valoración probatoria hecha por el juez, no es ello exclusivo. Del mismo modo el recurso busca fiscalizar toda motivación o fundamento que el tribunal expusiere en la sentencia desde fundamentos completos de acoger o rechazar la petición de las partes hasta su defensa. En algunas legislaciones, como la italiana, debe fundarse incluso el motivo de considerar algunos hechos como pacíficos y, a contrario sensu, como controvertidos o el motivo por el cual el hecho sea el controvertido de la litis. Lo anterior es obvio por cuanto el juez no puede dar por acreditado una afirmación como tal sino con los medio de prueba que se dispongan, salvo excepciones¹⁹.

¹⁸ FERRER BELTRAN, Jordi. 2007. La Valoración Racional de la Prueba. Madrid. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. 61-63p.

¹⁹ En nuestra legislación nacional, existen casos donde el juez no debe justificar la certeza de ciertas afirmaciones de hecho. Ejemplo de ello son las convenciones probatorias: acuerdos sobre ciertas afirmaciones de hecho consensuadas entre los litigantes. En el proceso penal, ello es particularmente peligroso: si la finalidad del proceso penal es la búsqueda de la verdad es del todo curioso que dichos hechos sean acordados por las partes, creando una verdad paralela a lo que pudo ocurrir efectivamente. Ello sería negar una reconstrucción de los hechos de forma histórica, avalando una verdad según los intervinientes la cual no necesariamente coincide con lo acontecido. Ello sin duda es un atentado contra las garantías de los intervinientes, principalmente el imputado, cuyos derechos pueden verse perfectamente mermados en virtud que la búsqueda de la verdad respetando las garantías procesales. Primaría una verdad totalmente artificial. Para mayor información ver: COSIÑA, Martina. 2011. La

En definitiva, los recursos buscan corregir aquellos defectos cometidos por los jueces en su actividad jurisdiccional buscando, por un lado, evitar dichos errores dentro del ejercicio jurisdiccional y, por otro, fomentar la motivación y fundamento de sus resoluciones acorde a la prueba practicada y deliberada. En palabras del profesor Del Río Ferreti "es la vía para verificar la racionalidad del juicio mismo como resultado de la valoración de la prueba o en el caso del segundo grado (Apelación) la forma de sustituir una valoración comprobadamente incorrecta"²⁰.

5. Recursos de Enmienda y Nulidad.

El sistema recursivo contiene una variada gama de clasificaciones que la doctrina ha realizado para fines didácticos. Nos avocaremos a una en especial referida a la finalidad de los recursos dentro de dicho sistema, útil para el objetivo central de este trabajo.

a- *Recursos de Enmienda*: son aquellos cuya finalidad es la modificación del todo o parte de una resolución objeto. Son recursos que miran fundamentalmente los intereses privados de las partes en la litis. En nuestro ordenamiento jurídico es el recurso de Apelación su máximo representante en cuanto a su conocimiento por tribunales superiores de justicia. Este es el principal recurso utilizado para la enmienda de la

Averiguación de la Verdad como Finalidad del Proceso Penal. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, U. de Chile, Facultad de Derecho. 155-157p.

²⁰ DEL RÍO FERRETI, Carlos. Op. Cit. p. 250.

sentencia definitiva en primera instancia en la mayoría de los procedimientos civiles.

b- *Recursos de Nulidad*: son aquellos recursos cuya finalidad es anular vicios que provoquen un perjuicio especial y calificado en pos de adecuación a los fines y procedimientos establecidos por la ley. En este caso podemos encasillar en nuestro ordenamiento al recurso de Casación en la Forma y Fondo en sede civil como al recurso de Nulidad del nuevo proceso penal.

c- *Recurso Extraordinario*: recurso eminentemente nuevo que busca ser integrado por la reforma procesal civil. Su función principal es la unificación de los criterios jurisprudenciales en todo tipo de materia en aquellos casos que así lo estime la Corte Suprema si existiere un interés general en el conflicto suscitado como lo es la de evitar la existencia de sentencias contradictorias. Del mismo modo busca asegurar los derechos fundamentales que pudieron ser infringidos en forma esencial dentro del procedimiento.

De lo anterior analizaremos los recursos señalados someramente para entender su finalidad y razón dentro del sistema recursivo chileno. Si bien existen otros recursos a los cuales no hemos hecho referencia, esta elección se adecúa a la sencilla razón que son estos los recursos conocidos por excelencia

ante los tribunales superiores de justicia, especialmente ante la Corte Suprema. Adicionalmente presentaremos el recurso Extraordinario, novedad dentro de la reforma procesal civil llevada ante el Congreso Nacional y cuya finalidad es distinta a los actuales recursos procesales vigentes. Todo lo anterior nos permitirá entender cuál es la finalidad de dichos recursos en relación a la misión entregada por la Ley a las Cortes de Apelaciones y, en especial, también a nuestro Máximo Tribunal.

6. Apelación.

6.1. Concepto.

El recurso de Apelación es el recurso más utilizado en la vida jurídica. Maturana define el recurso de apelación como “acto jurídico procesal de parte agraviada o que ha sufrido un gravamen irreparable con la dictación de una resolución judicial, por medio del cual solicita al tribunal que la dictó que eleve el conocimiento del asunto al tribunal superior jerárquico con el objeto de que este la enmiende con arreglo a derecho”²¹.

Algo más acotado, Ramos Méndez lo define como “recurso devolutivo por excelencia, mediante el cual el tribunal *ad quem* examina la corrección y

²¹ MOSQUERA, Mario. MATURANA, Cristián. Op. Cit. 72p.

regularidad de la resolución dictada por el tribunal *a quo*, según los motivos de gravamen que aduzca el apelante²².

De ambas definiciones es posible deducir que el recurso gira en torno al debatido y cuestionado sistema de la doble instancia consistente en que un tribunal superior jerárquicamente al tribunal de instancia, controla lo resuelto por este último examinando si lo resuelto se sujeta a derecho. Esta es la regla general en el sistema recursivo civil chileno.

Nuestro actual Código de Procedimiento Civil consagra una Apelación amplia, donde el tribunal superior debe enmendar lo resuelto por el inferior tanto el hecho como derecho. Así lo expresa nuestro artículo 186 del Código de Procedimiento Civil, esencia misma del clásico recurso de Apelación enfocado principalmente en los intereses de las partes. El Código en mención considera una segunda instancia amplia, sin grandes limitaciones para su interposición pudiendo las partes discutir cualquier materia objeto de la apelación, incluso acompañar prueba en ciertos casos especiales como los casos de los artículos 207, 348, 385 del Código de Procedimiento Civil. Es decir, en el caso chileno, es una instancia revisora para todo lo obrado en la primera instancia.

En suma, el recurso de Apelación chileno es por excelencia el recurso que conocen los tribunales de justicia con más frecuencia dando incluso la legislación un incentivo a su uso de forma predilecta en contraste con ambas

²² RAMOS MENDEZ, Francisco. 1990. Derecho Procesal Civil. Tomo II. Barcelona. José María Bosch, editor S.A. 722p.

casaciones, recursos excesivamente formalistas. Esta es la realidad actual en cuanto al recurso de Apelación en el actual procedimiento civil.

6.2. Crítica insertada en la Reforma Procesal Civil.

En Chile, en la reforma hacia una nueva justicia civil se ha puesto en duda el sistema de doble instancia consistente en una “segunda revisión” de lo fallado por el juez inferior. Como pudimos ver, actualmente el tribunal de segunda instancia está facultado para conocer y modificar tanto el hecho como derecho. Dicho sistema se enmarca en las creencias de los primeros procesalistas quienes defendían el sistema de la Apelación. Su principal argumento es que permite y asegura una “segunda opinión” del tribunal superior respecto a lo que falle el juez de instancia. Además, dichos tribunales superiores serían mejor capacitados y sabios en caso de que los jueces inferiores fallaran injustamente la Litis²³.

Actualmente, el sistema de doble instancia se encuentra sujeto a varias críticas. Es cuestionable la doble instancia debido a que no se adecúa a los nuevos procedimientos que se inspiran en los principios de oralidad, inmediación, concentración, continuidad y libertad en la apreciación probatoria,

²³ El profesor Núñez es escéptico a dichos argumentos. Si fuese los tribunales superiores mejor preparados para conocer de dichas materias, ¿porqué no conocen de estas directamente y fallan acorde a derecho? Por otro lado, si la segunda instancia asegura un fallo justo, debido a que son de elevada sabiduría y preparación, podríamos establecer más de dos instancias, debido a que estas serían “mejores” que las anteriores, sin poder determinar hasta qué instancia es lo suficientemente adecuada para poder fallar de acuerdo a derecho. Mayor información: NUÑEZ OJEDA, Raúl. 2008. El Sistema de recursos procesales en el ámbito civil de un Estado democrático deliberativo. En: Revista Ius et Praxis. Talca. Año 14 (1).

principalmente a este último. Brevemente, en un sistema oral donde la prueba es deliberada y apreciada por el órgano jurisdiccional directamente, el juez forma su convicción a partir de los hechos afirmados y vertidos en el juicio conforme a la prueba practicada. Si entendemos la convicción como dar un valor acorde a lo verificado en el procedimiento, el juez debe juzgar las afirmaciones como “verdaderas” de acuerdo a lo deliberado y desarrollado dentro del procedimiento²⁴. De allí que en los procedimientos orales no se otorgue valor alguno al expediente sino que el mismo se centra más bien en lo acontecido y apreciado directamente por el juez.

El recurso de Apelación, en cambio, fue pensado y diseñado dentro del sistema de doble instancia para procedimientos escritos donde prima la prueba legal tasada, siendo el legislador quien establece el valor predeterminado de los medios probatorios que recibe el juez. Con ello es entendible que la Apelación pueda recaer tanto en hecho como derecho debido a que la prueba no es apreciada ni juzgada por el juez en cuanto a dar por verdaderos los hechos. Dicha labor la hace el legislador pudiendo la segunda instancia conocer y fallar prácticamente todo lo apelado, ya que la segunda instancia se limita a un control legal de lo apreciado y fallado por el órgano jurisdiccional de instancia. En otras palabras se limita a un control “legal” probatorio y no a un control judicial probatorio. De allí que el paradigma de los procedimientos escritos sea que aquello que no consta en el expediente no consta en el mundo.

²⁴ NUÑEZ OJEDA, Loc. Cit. 208-210p.

En los nuevos procedimientos la prueba legal tasada es abandonada dando lugar al principio de la sana crítica donde el juez goza de cierta discreción para deliberar qué hechos se tienen por probados o no de acuerdo a la actividad de las partes en la audiencia de juicio, de forma razonable y fundada. Dicho raciocinio es lo controlado recursivamente, es decir el hecho que exista alternativas diversas sobre las afirmaciones de hecho y que el tribunal estime unas en desmedro de otras²⁵.

En consecuencia, la Apelación tal como se ha entendido tradicionalmente dentro de un sistema de doble instancia, no es satisfactoria en las nuevas tendencias procesales. En efecto, en las nuevas reformas que tienden a establecer procedimientos orales es el juez de instancia el que aprecia nítidamente la prueba por cuanto experimenta y presencia toda la prueba y discusión del juicio, mientras que el tribunal de segunda instancia no llega a conocer la prueba deliberada de modo acabado²⁶.

7. Casación.

7.1. Origen.

²⁵ NUÑEZ OJEDA, Loc. Cit. 217p.

²⁶ En el Mensaje del Nuevo Código Procesal Civil es expreso en mencionar que la apelación si bien aún mantiene su amplitud respecto al hecho y derecho no es, como ocurre actualmente, una nueva instancia. Más bien sería una revisión de lo deliberado en la instancia anterior. Ello es lógico si entendemos que es un procedimiento inspirado en los principios de inmediatez, oralidad, concentración y libre apreciación del material probatorio, tal como menciona el Mensaje. Así lo deja expresado el artículo 371 del nuevo código sobre la prueba ante el tribunal *ad quem*, donde no se permite nueva prueba en dicha instancia.

La Casación es un recurso clásico dentro del derecho latineuropeo continental. Formalmente originario de Francia, ya existían antecedentes del recurso en épocas anteriores a la Revolución Francesa. La idea de suplicación de los súbditos ante el Rey respecto a resoluciones dadas por los jueces para su revisión ya imperaba en tiempos de Justiniano. Ello se insertaba dentro de un sistema jerárquico donde el Rey tenía el control de lo juzgado por los jueces pudiendo corregir lo juzgado posteriormente. Ello es evidente en la época de Luis IX de Francia donde los súbditos suplican al rey que se “anule” lo fallado por los errores que existen en la aplicación de la ley real. Ya en épocas de la Revolución Francesa se crea un Tribunal de Casación (posteriormente, Corte de Casación) que reemplaza la función del Rey, cuya misión es la uniformidad de la Ley y su igual aplicación para todo ciudadano de la República, siendo este el superior de la estructura piramidal judicial siendo una especie de “Rey Judicial”²⁷.

En Chile, la Casación sigue los mismos patrones franceses siendo esta su fuente directa e inmediata, con modificaciones heredadas del sistema Casacional español. En esencia, consiste en la existencia de un superior jerárquico que realiza un control de legalidad de los fallos de los tribunales inferiores de justicia con afán de mantener uniformidad de la interpretación de la Ley. Hoy nuestros tribunales no cumplen ni se acercan a aquel objetivo.

²⁷ Para mayor información sobre el origen de la casación, véase: PAILLAS. Enrique. 2008. El Recurso de Casación en Materia Civil. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile. 15-22p.

El Código de Procedimiento Civil regula la Casación en la Forma y en el Fondo en sus artículos 766, 768 y 767 del Código de Procedimiento Civil, respectivamente, siendo este último la verdadera Casación²⁸ que se condice con los fines del recurso creado en Francia. Nos enfocaremos en la Casación en el Fondo siendo este el recurso que conoce exclusivamente la Corte Suprema y que cumple la finalidad de la nomofilaquia: aquel ideal de uniformidad del derecho. Dejaremos expresado que el recurso de Casación en la Forma busca únicamente velar por el respeto y apego a la ritualidad y formalidad del procedimiento subsanando los vicios procesales en los casos taxativamente expresados por la Ley. El recurso anterior es un fiel reflejo del extremo formalismo imperante en nuestro sistema recursivo y procesal chileno²⁹. Por tanto, cada vez que hablemos de Casación en este trabajo, nos referiremos exclusivamente a la Casación en el Fondo para el caso chileno, siendo este el que encarna verdaderamente el espíritu Casacional.

7.2. Finalidad y Crisis.

A diferencia de la apelación, la Casación no es una nueva instancia. No busca enmendar el hecho y derecho de la sentencia definitiva sino únicamente anular la sentencia, juzgar lo juzgado por el juez de instancia adecuando la

²⁸ El artículo 767 del Código de Procedimiento Civil establece que procede el recurso de Casación en el Fondo por “infracción de derecho que influya substancialmente en lo dispositivo de la sentencia”. De lo anterior, es evidente que la Casación busca unificar la interpretación judicial de la Ley, sea tanto normas procedimentales (*in procedendo*) o normas de fondo que resuelven el asunto (*in iudicando*). Si los fallos dictados por los tribunales se alejan de la interpretación que el superior le ha dado a la norma en aplicación, esta será anulada. Dicha finalidad unitaria es el espíritu de la casación francesa en Chile.

²⁹ Véase el artículo 768 del Código de Procedimiento Civil.

aplicación, interpretación e integración de la norma al espíritu de la legislación general³⁰.

La finalidad de la Casación es la perfecta observancia de la Ley por parte de los tribunales de justicia, denominada por la doctrina tanto nacional como internacional como nomofilaquia. En palabras de Calamandrei, la nomofilaquia consiste en “asegurar en el estado la uniformidad de la jurisprudencia y la igualdad del derecho objetivo”³¹. Es evidente que su finalidad sea la igualdad ante la ley frente a todos los hombres, siendo la Casación reflejo de los principios inspiradores de los padres de la Revolución Francesa ante las eventuales arbitrariedades de los jueces de la época. Para ello, el sistema de precedente jurisprudencial daría un rol orientador respecto a cómo debe interpretarse la ley y como aplicarla a partir de la resolución de conflictos entre privados. Quien controla dicha uniformidad es, como diría la lógica, el tribunal de mayor excelencia y conocimientos: la Corte de Casación como órgano de control de defensa del derecho objetivo, evitando contradicciones entre sentencias y doctrinas³². En Chile, dicho rol lo cumple nuestra Corte Suprema.

Hoy, sin embargo, existe una evidente crisis sobre el sistema de Casación, sumamente cuestionado debido a que la finalidad de uniformidad y armonía interpretativa de la ley no es llevada a cabo. La gran cantidad de

³⁰ PAILLAS, Loc. Cit. 55p.

³¹ CALAMANDREI. Piero. 1976. La Cassazione Civile. Napoli. Vol VII. Opere giuridiche. 34p y ss.

³² TARUFFO. Michelle. 2007. ¿Una Reforma de la Casación Civil. En DE LA OLIVA. Andrés. PALOMO. Diego. Proceso Civil: Hacia una nueva Justicia Civil. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile. 521.p y ss.

causas que ingresan al sistema judicial ha llevado a la existencia de una variedad de sentencias las cuales muchas veces existen entre ellas contradicciones, incoherencias y distintos fundamentos. Dicha variedad no genera la deseada uniformidad legal, así como tampoco genera precedentes para los tribunales inferiores de justicia como modelo de sujeción del criterio de aplicación de la ley en los casos presentados ante los jueces³³.

Incluso en algunas legislaciones, como la italiana, han dado pie a que la Máxima Corte tenga facultades de resolver el fondo del asunto, es decir reemplazar lo ya fallado anteriormente. En el caso italiano se faculta a dicha Corte el poder reemplazar las normas utilizadas por los tribunales de instancia por otras que la Corte estime que resuelva el objeto de la litis asemejándose al sistema de revisión de Alemania³⁴. Dicha facultad dista lejana a los principios rectores de la Casación francesa donde solamente se limita a corregir la correcta aplicación de la Ley, dando muestras que la Casación no cubre las necesidades jurídicas actuales de impartir justicia. Porque la Casación no busca justicia, sino, más bien, seguridad jurídica y la correcta aplicación del derecho.

En Chile el problema del colapso de la Corte Suprema ha fomentado dicha crisis. En 2010, un 38% de las causas fallas corresponde a Casaciones en el Fondo, mientras que de las causas pendientes a fallar un 48% corresponden al mismo recurso. Adicionalmente, se menciona que la tendencia

³³ TARUFFO. Michelle. Ibid. pp. 530-532.

³⁴ TARUFFO. Michelle. Ibid. pp. 536-538.

es a que cada año haya un mayor ingreso de causas a la Corte Suprema: en 2010 hubo un total de 10.193 causas ingresadas, mientras que en 2011 dicha cifra aumenta a 12.713 causas. Entre estas más de un tercio corresponden a Casaciones en el Fondo³⁵. Lo anterior permite inducir que cada año la Corte Suprema recibe mayor cantidad de recursos de Casación en el Fondo los cuales debe resolver pero que, al mismo tiempo, deja un margen no menor a la espera de resolver.

De lo anterior, enfocándonos en el recurso objeto de la discusión es evidente la gran cantidad de causas que sobrepasan a la Corte, existiendo poco y nada de incentivos para la función nomofiláctica que debiese cumplir. Ello se comprueba con la gran cantidad de fallos contradictorios unos con otros, confusos y fundados con distintos argumentos y perspectivas resolviendo muchas veces de acuerdo al caso concreto sin tener en cuenta el precedente anterior. Además, gracias a la Ley N° 19.374, con la división de las salas especializadas si bien se distribuyó la carga de trabajo entre los jueces de la Corte Suprema, es evidente que unas y otras sentencias muchas veces no tienen relación de precedente fallando unas y otras en contra. Ello ha convertido a la Corte, en los hechos, como una “tercera instancia” tal como ocurre en el ejemplo italiano, primando el conflicto entre las partes (*ius*

³⁵ CLARA, Eliana. GARCIA, Francisco. 2012. Reforma a la Justicia Civil y Comercial en Chile. Informe del Instituto Libertad y Desarrollo. 23-25p. Referencia electrónica: http://www.lyd.com/wp-content/files_mf/sij9reformaalajusticiacivilycomercialenchileclaroyjfgarciaabril2012.pdf [Consulta: 22 mayo 2013.]

litigatoris) más que la uniforme, general y correcta aplicación del Derecho por la que debe velar la máxima autoridad judicial (*ius constitutionis*).

La situación se agrava si indicamos que un modo utilizado por la Corte para rechazar recursos de Casación es el no señalar el numeral o artículo que es infringido, rechazando el recurso. Si bien ello solo indica el robusteciendo del extremo formalismo del recurso en cuanto a requisitos de admisibilidad, refleja también la inconsistencia de la Corte en hacer primar el *ius constitutionis* en la admisión del recurso mientras que en su fallo prima, reflejado en la variedad de estos que resuelve, el *ius litigantis*³⁶. Lo mismo ocurre con el artículo 782 inciso segundo del Código de Procedimiento Civil donde la *manifiesta falta de fundamento* ha pasado a ser más que un filtro para los fines de la Casación, como una “válvula de escape” de la sobrecarga de la Corte, distorsionando los fines mismos de un recurso y su regulación con fines en los cuales se le otorga primacía al *ius litigatoris*.

Es preciso hacer notar que el uso de la Corte Suprema sobre esta facultad jamás tuvo como finalidad la función de “válvula de escape”. Todo lo contrario, su finalidad fue la de anticipar el pronunciamiento sobre el recurso en estudio al carecer de todo fundamento para su posterior discusión en sala. Así lo establece el mismo Tribunal Constitucional en el párrafo 4° del considerando

³⁶ TAVOLARI. Raúl. 2007. Bases y Criterios para el Nuevo Proceso Civil Chileno. En: DE LA OLIVA. Andrés. PALOMO. Diego. Proceso Civil: Hacia una nueva Justicia Civil. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile. 48-49p.

14° de su sentencia de control de constitucionalidad de la reforma contenida en la Ley N° 19.374:

“En esta alternativa (inadmisibilidad por manifiesta falta de fundamento del recurso), no obstante que la desición se toma en etapas sucesivas, en sustancia, se está controlando la misma situación cual es la precisión por parte del recurrente del error de derecho que a su juicio contiene la sentencia recurrida, el que en opinión unánime de la sala no tiene fundamento alguna. Son matices los que diferencian la facultad de declarar inadmisibile o rechazar, pero ello estaría dentro de las facultades normales que tienen los tribunales de casación en el control de la legalidad vigente y de la correcta aplicación del derecho.”³⁷

Si a ello se suma que la misma sentencia declaró inconstitucional la segunda causal de inadmisibilidad por la carencia de relevancia jurídica para la adecuada interpretación y aplicación del derecho, por cuanto la causal no se pronuncia sobre el recurso sino que discrecionalmente descarta lo pedido, demuestra la equivocada tendencia de nuestra actual Corte Suprema. Es decir, lo que el Tribunal Constitucional buscó evitar, hoy la corte Suprema lo practica. En efecto, la Corte ha llegado a generar resoluciones de fondo modelos sobre los distintos recursos, sin pronunciamiento sobre la inadmisibilidad y su justificación. Únicamente se limita a declarar la manifiesta falta de fundamento

³⁷ Sentencia Tribunal Constitucional, Rol 205-1995, 2 de febrero de 1996.

sin indicar la razón de ello. Así, no es posible cumplir correctamente los fines de la Casación.

Podemos sintetizar que tenemos un sistema de Casación en crisis. La finalidad del recurso no se cumple, la Corte Suprema dentro del sistema jerárquico judicial tampoco cumple su deber de velar por la uniformidad del derecho, existiendo incertidumbre respecto a los criterios de fallo de esta. No se sabe si el tribunal sigue el precedente de lo resuelto anteriormente, propio de un sistema Casacional, o fallará innovativamente. Todo ello es síntoma de la necesidad de una profunda revisión del sistema Casacional en Chile³⁸.

8. Recurso Extraordinario.

A partir de las críticas a la institución de la Casación, la ciencia jurídica buscó una nueva redefinición de los fines que debiese cumplir una Corte Suprema. En efecto, los fines para los cuales fue creada la Casación no eran

³⁸ El Proyecto de Código Procesal Civil, en su Libro III, Título V, regula el nuevo Recurso Extraordinario, reemplazante del recurso de casación en el fondo. Dicho recurso establece un nuevo filtro para evitar el actual colapso de la Corte, siendo un método selectivo de causas donde debe primar un *Interés General* en ella para que la Corte lo conozca, similar al sistema de la norteamericana *Supreme Court*. El artículo 409 del mismo cuerpo legal indica las 2 causales donde estaríamos ante un Interés General; entre ambos cabe destacar la causal b): *En caso que considere pertinente fijar, uniformar, aclarar o modificar, una doctrina jurisprudencial*. No deja de sorprender que ahora la Corte indica de forma *positiva* cuales son las causas que entrará a conocer, mientras que el actual sistema de “manifiesta falta de fundamento” del artículo 792 del Código de Procedimiento Civil es *negativo*, no admitiendo recursos por no contener, a su criterio, los fundamentos necesarios. A primera vista, una y otra causal parecieran quedar al arbitrio de la Corte acerca de aquellos casos donde califica su selección y conocimiento, no existiendo diferencia alguna. Es posible señalar que ni en el actual Código ni en el proyecto de Código Procesal Civil definen uno y otro concepto ni las directrices de cuando habría que unificar o aclarar la jurisprudencia. Habrá que esperar hasta la entrada en vigencia del nuevo Código para saber el comportamiento de la Corte, donde esta descartará causas fundadamente o sigue tal como es hoy cambiando la justificación por “carecer de Interés General”. Ello siempre que el proyecto se apruebe tal como fue ingresado al Congreso Nacional, sin modificación alguna.

cumplidos como tampoco viables por los hechos en que se sumergía. En suma, el rol de la Casación no era aceptable ni consistente técnica ni doctrinariamente.

Algunos autores como Taruffo consideraron que el fin de la nomofilaquia y uniformidad de la jurisprudencia son fines valiosos que los gobiernos judiciales deben aspirar, pero por la vía de la Casación era inviable. Parte de su obra la dedicó a la investigación de lograr dicho sistema como también el estudio de sistemas comparados donde se diese efectivamente la nomofilaquia y, por supuesto, el establecer si era necesaria dicha finalidad.

En Chile, dentro de la discusión sobre un nuevo rol para la Corte Suprema, se planteó la creación de un nuevo recurso extraordinario desde la base que su fin primordial es dar uniformidad de criterios y fundamentos en la jurisprudencia, evitando la variedad de jurisprudencia que la Corte actualmente genera. El fundamento del recurso es que no busca una interpretación “exacta” de la norma objeto sino la interpretación “justa” en relación a los hechos ventilados. En efecto, es imposible dar una interpretación exacta basada en cálculos o aplicación automática de la norma a los hechos; todo lo contrario, se debe dar una justificación lo suficientemente razonable y posible que sea la decisión que la Corte pudiese aplicar. En otras palabras, la Corte debe velar no

por una interpretación exacta legal sino por aquella justa o fundada al caso determinado³⁹.

Por otro lado, la idea del nuevo recurso es dar mayor vigor al *ius constitutionis* que por la práctica y realidad se ha perdido. En efecto, el recurso extraordinario no busca recurrir únicamente por el simple agravio para una de las partes o por mero capricho jugando a una suerte de azar para constatar si la próxima instancia podrá revocar lo anterior. El recurso consagra un *certiorari* o filtro de admisibilidad a favor del máximo tribunal siendo una excepción al principio dispositivo que rige plenamente en el proceso civil. El *certiorari* consiste en un criterio que utiliza la Corte Suprema para poder elegir discrecionalmente aquellas causas que resolverá y que considere son susceptibles de ser admitidas a su conocimiento. El criterio que deben cumplir de acuerdo a la reforma es que deben tener un “interés público” que la Corte Suprema debe regular para posteriores conflictos similares a la materia⁴⁰.

En otras palabras, la Corte Suprema pasa a tener un rol distinto en la reforma procesal civil. Actualmente la Corte está obligada a conocer cada uno de los recursos de Casación que se le presentan, y atendida la primacía del *ius litigatoris* no puede excusarse de conocer el recurso. Ello es fruto del principio de inexcusabilidad que rige nuestro sistema judicial. Sin embargo, en la reforma

³⁹ TARUFFO, Michele. 2005. El Vértice Ambiguo: Ensayos sobre la Casación Civil. Lima. Palestra Editores. 126-129p.

⁴⁰ MATURANA, Cristián. 2012. Los Recursos ante los Tribunales Colegiados en un Procedimiento Oral. En: Revista de Derecho Procesal, Proyecto de Código Procesal Civil”. Santiago. Abeledo Perrot. (22) 425-426p.

ello se ve alterado en el recurso Extraordinario, donde la Corte hace una selección de los casos que estima deben ser conocidos de forma discrecional, pero fundada, siendo una novedad para el sistema y nuestra tradición continental. Ello, por una parte, evita la congestión de causas en el sistema judicial como también vigoriza el rol de nuestro altísimo tribunal por cuanto potencia el rol de impartir justicia en los casos determinados⁴¹.

Adicionalmente, el recurso Extraordinario que se dispone en la reforma procesal civil es acorde a las anteriores reformas ya implementadas en nuestro país. Es posible vislumbrar a la luz de las reformas procesal penal y laboral que ambas siguen los mismos fines que la expuesta reforma procesal civil. En efecto, si bien es solo a nivel funcional, ambas reformas por medio de los recursos de nulidad y unificación de jurisprudencia buscan dar uniformidad a las sentencias de la Corte Suprema y definir el rol de nuestra Corte como garante de dicha función. Ello viene de la mano con las nuevas tendencias procesales donde imperan los juicios orales, la inmediación de las partes con el tribunal, la libre admisibilidad de la prueba, y la libertad en la apreciación probatoria, entre otros principios.

Sin perjuicio de lo anterior, hemos de indicar que el presente recurso es parte de una reforma la que actualmente se discute en nuestro Congreso Nacional y prima para el sistema procesal civil. Aun así, demuestra que poco a

⁴¹ MATURANA, Cristián. Loc. Cit. 426p.

poco nuestra sociedad judicial toma conciencia de que existen indicios de que el rol de la Corte Suprema como garante de la nomofilaquia actualmente no se cumple; más bien estamos en presencia de una tercera instancia. El sistema de precedente se discute seriamente en nuestra realidad jurídica como se demuestra en los sistemas procesales penal y laboral, donde la idea de una Corte unificadora tiene sus primeros cimientos. De lo anterior, la nueva reforma con el recurso Extraordinario más allá de crear un nuevo recurso viene en establecer un nuevo rol de gobierno y política judicial que anteriormente era segmentada, pero que busca a todas luces ser el criterio común por parte de la Corte Suprema.

CAPÍTULO 2: LA CORTE SUPREMA EN EL SISTEMA DE LIBRE

COMPETENCIA

1.- Generalidades.

El actual sistema chileno de defensa de la libre competencia tiene una vigencia inferior a 10 años. Si bien la regulación toma forma a partir del Decreto Ley N° 211, no es sino hasta la promulgación y publicación de la Ley N° 19.911 donde en nuestro país existe un diseño de defensa de la libre competencia acorde a las necesidades legales y comerciales actuales en los que se inserta nuestro país.

En este último cuerpo legal, se crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia como órgano jurisdiccional especial, eliminándose las antiguas Comisiones Preventivas y la Comisión Resolutiva, tanto Regionales como Centrales, fusionando las atribuciones jurisdiccionales y preventivas en el actual órgano jurisdiccional mencionado.

La finalidad del nuevo órgano es conocer todas aquellas materias que busquen prevenir y sancionar los entorpecimientos y atentados contra la libre competencia. Es un nuevo sistema donde se mantiene la Fiscalía Nacional Económica, de naturaleza administrativa, y cuya finalidad es llevar la

investigación contra aquellos actores que participen en los ilícitos que distorsionan determinados mercados.

La legislación chilena de la libre competencia surgió a partir del ya mencionado Decreto Ley N° 211. A pesar de tener un desarrollo tardío en Chile en comparación a otras legislaciones, las principales influencias del Decreto Ley N° 211 fueron llevadas por los Chicago Boys de marcada influencia norteamericana. El primer sistema *antitrust* chileno también siguió algunas características de los sistemas europeos, por lo que es conveniente una somera explicación de dichos sistemas para entender el decantamiento y formación del actual sistema chileno.

2 Sistemas Comparados

2.1. Sistema de los Estados Unidos de Norteamérica.

El caso norteamericano es el más estudiado por ser el primero en implementar un derecho *antitrust*. Su primera legislación, la *Sherman Act*, se encuentra vigente desde 1890⁴², es decir hace más de 100 años. Su aplicación era llevada por el entonces Departamento de Justicia estadounidense que sancionaba a los infractores, sin perjuicio de poder recurrir ante la Corte

⁴² En Estados Unidos, la *Sherman Act* fue creada en honor al Senador estadounidense John Sherman cuya finalidad era sancionar y frenar colusiones, carteles y abusos de posición dominante en cualquiera de sus formas al ser figuras que atentaban contra la libre competencia. Si bien consta de 2 escuetos artículos, son del todo indeterminados para que la Corte Suprema estadounidense pudiese involucrar cualquier tipo de *conspiracy*, *contract* o *combination* que excluya y perjudique a otros competidores (Sección 1) o cualquier abuso de posición dominante o monopolio, ya sea tentativo o ejecutado (Sección 2). Lo mismo se plasma en el artículo 3 del DL 211.

Suprema americana⁴³. Las principales sanciones aplicadas a los infractores eran multas y privaciones de libertad. En general esta normativa buscaba prevenir y sancionar prácticas monopólicas de ciertos agentes económicos.

Luego la práctica jurídica mostró que existían otros ilícitos no regulados que perjudicaba a varias industrias cuales no estaban sancionadas por la *Sherman Act*. En consecuencia posteriormente, se crean la *Clayton* y *Federal Trade Commission Acts*, ambas de 1914.

La primera busca complementar lo seguido por la *Sherman Act* agregando nuevos ilícitos que atentan contra la libre competencia tales como sancionar fusiones de sociedades y compañías donde provocarían aumentos de precios en sus bienes y servicios. Además, el mismo cuerpo legal sanciona todo tipo de discriminación de precios para el perjuicio de ciertos actores dentro de dicho mercado, desde discriminación de precios entre vendedores que promueve monopolios entre el proveedor y dichos vendedores en perjuicio de otros (*Sec. 2 from the Clayton Act*) hasta ventas bajo condiciones exclutorias donde se busque evitar que ciertos proveedores vendan productos de la competencia de dicho proveedor (*Sec. 3 from the Clayton Act*). En fin, dicho

⁴³ WASHINGTON STATE OFFICE OF THE ATTORNEY GENERAL: Guía Introductoria sobre las Leyes Antimonopolistas. (2013) [En Línea].<http://www.atg.wa.gov/antitrustguide/Espanol.aspx#1A> [consulta: 05 junio 2013]

cuerpo legal viene a incluir otras figuras que atentan contra la libre competencia y que la práctica comercial se encargaba de desvelar y la ley de sancionar⁴⁴.

Por otro lado, la creación de la *Federal Trade Commission* tuvo el énfasis en crear un órgano que investigara y sancionara los ilícitos que infringieran las leyes *antitrust* estadounidense. Dichos ilícitos son llevados ante los tribunales de justicia estadounidense hasta sus Cortes y excepcionalmente llegan ante la Corte Suprema federal de dicho país debido a su sistema de *certiorari* por el cual escoge discrecionalmente cuales materias conocerá de todos los recursos que se presentan ante esta⁴⁵.

Con el paso de los años, la *Clayton Act* es modificada para perfeccionar el sistema estadounidense para prevenir los *trusts* en sus distintas expresiones. La más relevante es la de 1936 por medio de la *Robinson-Pitman Act* a través de la cual se sanciona la práctica de los precios predatorios o *Price discrimination*, práctica usada para sacar forzosamente a vendedores de mercados determinados.

Finalmente, cabe destacar la última gran reforma estadounidense plasmada en la *Hart-Scott-Rodino Act*. Si las anteriores reformas tienen un énfasis sancionatorio, la *Hart-Scott-Rodino Act* tiene un carácter marcadamente

⁴⁴ Normativa antitrust de Estados Unidos de Norteamérica (2005) [En Línea] http://www.stern.nyu.edu/networks/ShermanClaytonFTC_Acts.pdf [consulta: 05 junio 2013]

⁴⁵ Un texto ejemplar de cómo la Corte elige y bajo qué criterios lo hace, se puede encontrar en: SEPULVEDA, Jorge. 2012. La Corte Suprema en el Nuevo Código Procesal Civil: una Perspectiva desde el Derecho Norteamericano En: Revista de Derecho Procesal, Proyecto de Código Procesal Civil". Santiago. Abeledo Perrot. (22). 399-404p.

preventivo. La reforma establece ciertos reparos en la adquisición y fusión de empresas entre ciertos agentes de un mercado, donde solo podrá practicarse previa autorización de la *Federal Trade Commission* y el *Justice Department*, estableciendo que una determinada concentración no atenta contra la competitividad del mercado (*Sec. 18 from the Clayton Act*)⁴⁶.

La actual legislación *antitrust* de Estados Unidos se basa en estas tres actas principales: la *Sherman*, *Clayton* y *FTC*. Sin embargo, y acorde a la tradición del *Common Law*, es la jurisprudencia la que da contenido respecto a qué operaciones o prácticas determinadas podrían ser atentatorias contra una sana competencia y en consecuencia perjudicar a los consumidores y al buen funcionamiento de los mercados. El lenguaje de dichas normas es general, indeterminado, dejando a los tribunales la interpretación de estas normas, jugando un papel preponderante la Corte Suprema al obedecer dicha tradición al respeto del precedente del máximo tribunal.

Por otro lado, el Poder Judicial estadounidense se dio cuenta que una interpretación abstracta y literal de dichas normas podían provocar perjuicios injustificados tanto para los participantes de dicho mercado como para consumidores. Así fue como la Corte Suprema de Estados Unidos comenzó la aplicación de la *rule of reason* para evitar posibles daños en la regulación económica.

⁴⁶ Normativa antitrust de Estados Unidos de Norteamérica (2005) [En Línea] http://www.stern.nyu.edu/networks/ShermanClaytonFTC_Acts.pdf [consulta: 05 junio 2013]

La tradición estadounidense ha ido más allá. Para saber efectivamente qué situaciones están al límite de lo permitido por la ley, los tribunales deben velar no solo sobre las partes y sus intereses, sino sobre qué es lo que económica y eficientemente es lo más acertado para cierto mercado. La idea es establecer qué conductas llevan a una distribución ineficiente de los bienes y servicios, para lo cual no solamente debe regirse por lo vigente en la ley sino también acorde con la situación económica actual del mercado y sus distintos actores. Ello da a entender que las decisiones en la materia no solo cuentan las partes en litigio sino también la actual situación del mercado en donde nace el pleito y su posterior desenvolvimiento a partir de la decisión tomada.

En otras palabras, la tradición estadounidense ha entendido que lo que se falla es en pos del futuro de ciertas operaciones más que la presentación de conflictos inter subjetivos entre partes. Lo relevante en materia de *trust* no es una solución entre partes, sino saber cuál será la mejor solución o sentencia de conformidad a cierto mercado y las características que se presentan en él. Ello puede resumirse magistralmente como lo dijo la Corte Suprema estadounidense: *Its competition, not competitors, that the Act protects*⁴⁷. Y es que dichas normas, al igual como fallan (o debiesen fallar los tribunales) debe

⁴⁷ *Brown Shoe Company v. United States*. 370 U.S. 294, 344 (1962).

ser en pos del bien jurídico llamado “libre competencia” o *antitrust decisions* por cuanto la sentencia no afecta exclusivamente a las partes⁴⁸.

Así, a partir de la jurisprudencia de la *Supreme Court* se ha podido establecer cuáles hechos, actos y convenciones serian atentatorios contra la libre competencia y la protección de los consumidores. Si bien obedecen a una tradición jurídica distinta, el sistema judicial americano a partir de la fuerza de precedentes de su jurisprudencia indica qué hechos o actos son contrarios a un mercado competitivo, ajustando en cada período dichos criterios en relación al comportamiento de la economía. Ello se acomoda perfectamente a normas indeterminadas que se ajustan a una materia tan dinámica como lo es la libre competencia.

2.2. Sistema en Comunidad Europea:

El caso europeo es totalmente distinto al americano. Si bien este último nace a partir de los monopolios de facto que existían, en Europa tuvo cabida en el período post guerra a partir de las normas creadas por los tratados de integración europea, el cual prima por sobre los nacionales. Lo interesante es que la integración llega a niveles donde debe aplicarse la normativa comunitaria no sólo en las relaciones entre Estados, sino también entre particulares, prevaleciendo siempre el aspecto comunitario por sobre el nacional.

⁴⁸ VISCUSI, Kip. VERNON, John y HARRINGTON, Joseph. “Economics of Regulation and Antitrust”. Tercera Edición. Massachusetts Institute of Technology (2000). pp. 66-67.

A partir de la cesión de soberanía de los Estados miembros europeos a las instituciones comunitarias, existen, por un lado, las legislaciones nacionales con sus propias normas de defensa de la libre competencia, y aquellas comunitarias paralelas a la legislación nacional de cada país cuales son válidas en cada país miembro⁴⁹. Para estos efectos, nos centraremos en la normativa comunitaria de libre competencia donde resultan relevantes la Comisión Europea, el Tribunal de Primera Instancia y el Tribunal de Justicia.

La Comisión Europea es la entidad encargada de velar por el respeto de las normas del Derecho Comunitario, lo que incluye las normas 81 y 82 del Tratado de Roma. Dicho órgano comunitario, de conformidad al Reglamento número 1/2003 del Consejo Europeo, confiere a la Comisión facultades investigativas, decisorias y sancionatorias. De lo anterior es notorio que se concentren dichas facultades en un solo órgano existiendo eventuales críticas a la imparcialidad del órgano al momento de realizar dichas investigaciones. Sin embargo, y tal como indican algunos autores españoles, con la vigencia de recursos ante otras instituciones comunitarias se garantiza el derecho a un debido proceso, pudiendo remediar los eventuales vicios y abusos ante dicho órgano⁵⁰.

⁴⁹ BLANCO ORTIZ, Luis y otros. 2008. Manual de Derecho de la Competencia. Madrid. Editorial Tecnos. 22-23p.

⁵⁰ BLANCO ORTIZ, Luis y otros. Ibid. 30p.

La misma legislación también regula y fomenta el intercambio de información entre órganos nacionales y comunitarios ante procedimientos donde se aplique la normativa comunitaria como legislación nacional de conformidad al artículo 12 del Reglamento 1/2003. Ello fomenta la colaboración entre órganos ante infracciones a la libre competencia. Del mismo modo ocurre en la relación con órganos jurisdiccionales donde la Comisión, de acuerdo al artículo 16 del Reglamento, podrá dar información a los tribunales acerca de los conflictos suscitados a partir de los artículos 81 y 82 del Tratado. Podrá, además, exigir copia de sus sentencias para llevar uniformidad respecto a la interpretación de los criterios ante infracciones a la libre competencia. Todo ello con fines colaborativos en la extensa red institucional existente en la Comunidad Europea.

Por último cabe destacar la facultad consultiva que ostenta la Comisión Europea de acuerdo al artículo 81.3 del Tratado, facultad que luego es complementada con el Reglamento 139/2004. La norma anterior reglamenta los procedimientos en la calificación de concentraciones de capital o entre empresas que atenten contra la libre competencia. Si bien no habla de “consultas”, el apartado 81.3 habla de “exención” de eventuales sanciones ante la figura que podría ser atentatoria a la libre competencia. Todo ello si las partes, una vez presentada la operación ante la Comisión, prueban de que los hechos configurados demuestran que va en pos del fomento de la producción y

expansión económica. Esta facultad busca un control *ex ante* de dichas concentraciones en la dimensión comunitaria siendo hasta ahora, un éxito⁵¹.

Mientras, los tribunales de Primera Instancia y Tribunal de Justicia son los órganos jurisdiccionales que deben velar por los derechos de las partes, sobre todo del investigado. Ejercen básicamente un rol más bien de contención de los actos llevados por la Comisión por medio de reclamaciones que las partes pueden interponer. Adicionalmente, solo estos pueden autorizar ciertas diligencias investigativas que la Comisión quisiera llevar a cabo. Además, cabe destacar al Tribunal de Justicia como entidad reclamable ante problemas de interpretación acerca de la aplicación de la normativa comunitaria, como así puede recurrirse por la rebaja o aumento de las multas impuestas por la Comisión. En suma, los tribunales de la Comunidad Europea son órganos importantes dentro del sistema cuya función primordial es ejercer un equilibrio entre las partes y resguardar los intereses de las personas objeto de la investigación⁵².

En síntesis, la estructura de la legislación europea si bien es compleja y extensa promueve la integridad, cooperación y coordinación entre sus distintos Estados miembros y los órganos comunitarios. Existe un eminente componente administrativo donde la Comisión es la piedra angular del sistema, quien investiga, sanciona y califica qué operaciones son permitidas o no de

⁵¹ BLANCO ORTIZ, Luis y otros. Loc. Cit. 279-280p.

⁵² BLANCO ORTIZ, Luis y otros. Loc. Cit. 29p.

conformidad a la normativa vigente. Los tribunales, ya sean nacionales como comunitarios, cumplen esencialmente un rol de control de dicha entidad.

Como una primera lectura, podemos señalar que uno como otro sistema no son contrarios ni se contraponen uno con el otro. En ambos a partir de órganos administrativos independientes de aquellos judiciales se lleva una investigación seria y acuciosa respecto a ciertos actos que eventualmente pudieran atentar contra la libre competencia para luego establecer si dicha conducta infringe la ley y debe ser sancionada. En estos sistemas los tribunales ejercen un rol más contenedor de las facultades sancionatorias que pueden ejercer los órganos sancionatorios ya mencionados, como también ejercen funciones preventivas o consultivas acerca de determinadas operaciones que pudiesen afectar el buen funcionamiento de un determinado mercado.

Tal como se expone, los tribunales pasan a ser reguladores del mismo mercado donde la Administración ha realizado algún acto que busque prevenir y garantizar el buen funcionamiento de los mercados. Pasa a ser, en los hechos, un regulador del comercio a partir de las decisiones que se tomen. Lo anterior no es menor si se tiene en cuenta que un sistema de precedente como el de Estados Unidos genera seguridad jurídica a los partícipes de un mercado a partir de su jurisprudencia, indicando qué hechos pueden concretarse sin represalias administrativas.

De lo expuesto, es notorio que existen instituciones y principios que nuestra normativa antimonopólica extrae. Ejemplo de ello es el uso de mecanismos preventivos en los sistemas comparados expuestos acerca de operaciones que pudiesen afectar la libre competencia. Hoy lo vemos en la facultad consultiva del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Otro ejemplo es el ingreso del *Leniency* o delación compensada como mecanismo que incentive a los infractores de colusión o carteles para facilitar la disolución de dichos ilícitos de difícil investigación. Ello demuestra que nuestra legislación no comenzó desde cero o bajo propuestas autóctonas de nuestra tradición jurídica, sino a partir del funcionamiento de los sistemas de defensa de la libre competencia con mayor rodaje a lo largo de la corta historia del derecho *antitrust*.

Los sistemas antes descritos buscan dar eficacia de la persecución y prevención de los ilícitos contra la libre competencia como también dar un control respecto a eventuales hechos que pudiesen generar en el tiempo efectos no deseados. Para ello, la estructura de un sistema basado en estructuras normativas indeterminadas da la ventaja de encasillar distintas situaciones a conceptos que deben ser llenados con los hechos investigados para poder interpretar si estamos ante un ilícito o no. Entrega flexibilidad a la hora de poder juzgar y ejercer cierta discreción al momento de un juzgamiento, por cuanto es sabido que la dinámica económica siempre tiene factores cambiantes que no siempre pueden contenerse inmóvil en una norma.

2.3. Regulación de la Libre Competencia en Chile.

2.3.1. Primeras Legislaciones en Chile.

El caso chileno fue distinto al comparado siendo más bien tardío, desarrollando recién a fines de la década de los 50 alguna normativa. La primera ley referida al respecto fue la Ley 13.305, Título V, artículo 172 y siguientes denominado “*Normas para fomentar la libre competencia industrial y comercial*”. El artículo 173 de dicho cuerpo legal fueron los primeros pasos en Chile para configurar un cuerpo normativo que regula ciertas áreas del mercado y fomento a la libre competencia. La norma sigue un estilo de tipo abierto e ilustrativo sobre cuales conductas eran contrarias a un mercado y comercio sanos. Es notorio que ya en Chile se seguía el patrón de un tipo abierto en materia de libre competencia desde un principio siguiendo la tendencia comparada en Estados Unidos y Europa.

El art. 175 de dicho cuerpo crea la antigua Comisión Antimonopolios cuyo objetivo era conocer “todas las situaciones o hechos que puedan dar lugar a la aplicación de este Título y de las denuncias, reclamaciones, solicitudes o consultas que puedan formular las autoridades, las entidades públicas o privadas y los particulares sobre las mismas materias”⁵³, pudiendo iniciar la investigación tanto de oficio como a solicitud de parte. Del mismo modo, también se le encomendaba la investigación y resolución de los casos de los

⁵³ Art. 175 inciso primero Ley 13.305.

artículos 172 y 174 de dicha ley que prohibían la entrega de monopolios a privados por la Administración además de prohibir la reserva de monopolios a las empresas y otras instituciones del Estado salvo que fuese concedido por ley.⁵⁴

La Comisión Antimonopolios también tenía injerencias en materia penal. De acuerdo al art. 173 de dicho cuerpo legal, la Comisión se limitaba en los ilícitos penales a declarar si procedía iniciarse en contra de los responsables del ilícito un procedimiento en su contra ante los tribunales ordinarios. Ello transformaba a la Comisión en un órgano esencialmente investigativo, dando seriedad a la investigación sobre dichos ilícitos dejando fuera a los tribunales sobre dicha investigación o al Ministerio de Economía como rezaba el proyecto original⁵⁵.

Además de estas facultades, la Comisión ya contaba con la facultad de resolver consultas que se presentaran ante esta pronunciándose sobre actos y contratos que pudiesen ser atentatorios contra la ley antimonopólica (artículo 175 letra c)) y la dictación de pautas generales para los particulares para que puedan ajustar sus actos y contratos a la normativa vigente (artículo 175 letra d)).

⁵⁴ OPAZO BRULL, Ernesto. 1962. La Comisión Antimonopolios y Estudio del Título V de la Ley 13.305. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile. 84-85p.

⁵⁵ OPAZO BRULL, Ernesto. Loc. Cit. 80p.

El procedimiento ante la Comisión se encontró regulado en el Reglamento de la Comisión el cual establecía un procedimiento reglado por el proceso penal de la época en el caso que se investigue la comisión del delito especial del artículo 173, principalmente en la fase del sumario, forma de inicio del procedimiento y averiguación del delincuente⁵⁶. En el resto de los casos, la propia Comisión establecerá el procedimiento⁵⁷.

Como se puede apreciar, la primera ley dictada acerca de la libre competencia si bien consagraba ilícitos donde la Comisión debía investigar y sancionar salvo el caso de delitos penales cuya competencia era remitida a los tribunales ordinarios, poseía varios defectos: el más notorio era que el mismo órgano llevaba la investigación y resolución de los casos, sin distinguir entre órgano persecutor o denunciante ni órgano jurisdiccional al momento de fallar si dicha conducta se ajustaba o no a la ley.

Aun así, dicha institucionalidad tuvo escasa tarea. Debido al gran intervencionismo estatal de la época la Comisión tuvo escaso aporte y función por lo que era difícil saber qué tan efectiva era la institucionalidad de ese entonces.⁵⁸ Era, en realidad, una ley totalmente inoperante ya que se consagra dentro de una economía controlada donde solo el Estado podía tener poder de

⁵⁶ OPAZO BRULL, Ernesto. Loc. Cit. 87-88p.

⁵⁷ OPAZO BRULL, Ernesto. Loc. Cit. 90p.

⁵⁸ Tan escasa de tarea que incluso el profesor Opazo, al señalar la naturaleza de la resolución dictada al pronunciarse la Comisión sobre el caso de prohibición de monopolios entregados por la Administración a los privados, razonó que sería sentencia definitiva "(...) la Comisión Antimonopolio no ha tenido aun la oportunidad de conocer un problema de esta naturaleza (...).

mercado y no era necesario contar con mecanismos de control y defensa de la competencia. Era una legislación que no era consistente con el resto de la base institucional. Por eso su escasa aplicación⁵⁹.

2.3.2.: Historia de la Ley 19.911 y 20.361 y sus modificaciones

Desde 1973 nuestro país fue testigo de varios cambios, desde políticos, sociales, económicos y hasta ideológicos respecto a cómo entender la Administración del Estado. En esta década, los *Chicago Boys* trajeron a Chile una serie de medidas y reformas novedosas, implementando un nuevo sistema económico radicalmente distinto al de bienestar social imperante en ese entonces en nuestro país. Algunas de dichas reformas fueron la eliminación de restricciones arancelarias, desmantelamiento de administración de bienes y servicios, liberalización del comercio, entre otras. Además, se introdujo la idea de establecer una política de defensa del comercio y la libre competencia.

Es así como surge el Decreto Ley N° 211 luego refundido, coordinado y sistematizado en el Decreto Supremo 511 de 1980. Antes de este cuerpo legal no existía en la praxis jurídica conciencia de regulación y control de los protagonistas económicos y comerciales. Desde su dictación nuestro país fue testigo del desarrollo esencialmente casuístico del derecho de la libre competencia. Ello era llevado de la mano a través de las dos principales

⁵⁹ BARNDARIÁN, E. y PAREDES, R., 2004. Protección de la Competencia en Chile: El Estado vs. Laboratorios Chile y Recalcine (1992/93) Instituto de Economía, Pontificia Universidad Católica de Chile; y Departamento de Economía, Universidad de Chile. Documento en web:http://www.economia.puc.cl/publicaciones/Doc.Trabajo/DT_222.pdf

instituciones que confeccionaban dicha jurisprudencia: las Comisiones Preventivas, tanto Central como Regionales, y la Comisión Resolutiva, que era competente del conocimiento de los requerimientos llevados por el Fiscal Nacional Económico. Era especialmente fuerte la influencia estadounidense en cuanto fueron los pioneros en la estructura de un derecho *antitrust* basado en figuras indeterminadas cuyo contenido era desarrollado por órganos estatales.

Sin embargo, y a finales de la década de los 90, el sistema económico se complejiza. Chile se inserta cada vez más en una economía globalizada y el dinamismo comercial aumenta considerablemente. Las posibles fallas económicas que no eran posibles de ser reguladas de forma autosuficiente por las fuerzas del mercado obligaron a que el Estado realizara ciertas intervenciones tales como los casos de colusión hasta desigualdades de disponibilidad de información entre los actores de la economía.

Las Comisiones Preventivas y Resolutivas no eran suficientes para ejercer dicho control. Las exigencias fueron mayores sobre todo si se consideran como instituciones fiscalizadoras que ni siquiera contaban con un presupuesto y personal adecuado. Fue así como el año 2002 se envió al Congreso Nacional un Mensaje del Ejecutivo donde se quería realizar los mayores cambios logrados hasta hoy en Chile en esta materia, cuyo resultado sería la Ley N° 19.911 de 2003 que crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

2.3.3. Historia Ley 19.911

El Mensaje del Ejecutivo contiene las principales novedades de esta ley. Esencialmente su eje principal es el fortalecimiento del órgano jurisdiccional encargado de resolver los conflictos en estas materias el que pasa a denominarse Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, que sería el sucesor natural de las anteriores Comisiones Preventivas y Resolutivas. Como dice el Mensaje del Ejecutivo, “el proyecto crea las condiciones necesarias para que las personas llamadas a analizar y decidir los posibles atentados a la libre competencia reúnan requisitos de excelencia profesional y alta dedicación, bajo un esquema de separación de funciones e independencia”⁶⁰.

El proyecto se articula principalmente en la creación y perfeccionamiento de un nuevo tribunal especial cuya finalidad es defender el bien jurídico de la libre competencia. Deberá conocer, resolver y ejecutar los casos que se presenten, reconociendo su naturaleza de órgano jurisdiccional especial integrado por miembros tanto letrados en las ciencias jurídicas como económicas y comerciales. El nuevo órgano estaría bajo la supervigilancia de la Corte Suprema⁶¹. La idea era crear un órgano único, independiente y especializado en una materia de sumo compleja para la vida jurídica tradicional. No hubo grandes discusiones sobre la necesidad de la creación de un nuevo

⁶⁰ Fragmento del Mensaje Presidencial de fecha 21 de mayo de 2002.

⁶¹ Primer Informe de Comisión Económica de 13 de agosto de 2002 presentado ante el Senado.

órgano jurisdiccional siendo, en general, algo aceptado por todos los partícipes de su creación.

En consecuencia, de la creación de dicho tribunal se sigue la eliminación de los órganos anteriores a dicha reforma. Se eliminan las Comisiones Preventivas, aduciendo que su finalidad había sido cumplida la cual era ejercer un control consultivo acerca de los distintos casos que se presentaren ante ellas. Se les calificó como órganos de “aprendizaje” acerca del comportamiento del mercado y su regulación⁶², pasando sus facultades al nuevo tribunal. En el caso de la Comisión Resolutiva, su sucesor sería el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia no siendo necesaria su existencia. En otras palabras, el nuevo órgano es el detentador tanto de las facultades de las extintas Comisiones Preventivas y Resolutivas, conociendo todo conflicto que atente contra la libre competencia y la facultad de absolver las consultas que se presenten.

Una de las mayores controversias suscitadas dentro de la Ley N° 19.911 fue definir el bien jurídico “libre competencia” y su alcance. Si bien estaba definido en el artículo 1 del Decreto Ley N° 211, dicho artículo no describe al bien jurídico ni tampoco explica su alcance ni aplicación. Sin embargo, la

⁶² Del mismo modo lo expresó el Ministro Rodríguez en ese entonces: “Estos órganos consultores ya cumplieron su función en la institucionalidad antimonopolios. Recordemos que el DL 211 data de octubre de 1973. (...) en esa época era necesario contar con estas Comisiones para absolver consultas sobre materias nuevas y sumamente complejas. Habiendo cumplido dicha tarea pedagógica alrededor de 30 años, hoy no se justifica su mantención (...)”. Mayor información: Historia de la Ley 19.911 en www.bcn.cl

historia de la ley deja claro que su protección es un medio para la consecución mediata de otros fines tales como el resguardo del derecho a desarrollar cualquier actividad económica, promoción de eficiencia económica y protección de los consumidores.

En general la discusión surgió respecto a la delimitación del bien jurídico a proteger. Se planteó en el Primer Informe de la Comisión Económica dar una definición legal aunque fue descartado rápidamente debido al peligro de dar rigidez a la aplicación de la ley por parte del Tribunal y atentaría, además, contra la “regla de la razón” tan utilizada en el derecho comparado. Se llegó a que dicho bien jurídico será precisado a partir de la jurisprudencia del mismo Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y su experiencia posterior. Se pensó que ello creará certeza jurídica acerca de qué valor debe defender dicho tribunal. Aun cuando dicha respuesta sea un tanto vacía e indeterminada si fue posible concordar en que la libre competencia se funda en libertad y eficiencia, siendo ambos valores la guía resolutive para el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia⁶³.

Otro atractivo de la Ley N° 19.911 fue la composición de este, siendo un tribunal mixto compuesto tanto por letrados en Ciencias Jurídicas y Ciencias Económicas. Ya venía dicha integración desde la Comisión Resolutive por lo que en realidad no era una novedad del proyecto. Lo nuevo era dar una

⁶³ Primer Informe de Comisión Económica de 13 de agosto de 2002 presentado ante el Senado.

excelencia técnica y sustento sólido a las resoluciones emitidas por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. En general, la discusión legislativa giró en torno al modo de elección de los integrantes, llegando a la conclusión de que su constitución sería de 5 jueces. Su Presidente sería electo de una quina formada por la Corte Suprema por el Presidente de la República. Los otros cuatro integrantes, serían dos electos por el Banco Central previo concurso público, uno en Ciencias Jurídicas y el otro en Ciencias Económicas; y los dos restantes elegidos por el Presidente de la República a partir de dos ternas formadas por el Banco Central: una de abogado y otra para el experto en Ciencias Económicas. Hoy dicho modo de elección existe inalterable en el actual art. 6 del texto refundido del DL 211. De este modo se llevaba a cabo la creación de un tribunal técnico e idóneo para el conocimiento de los conflictos económicos.

Aun cuando la discusión de establecer un tribunal mixto no estuvo fuera de la palestra, ello no estuvo exento de críticas. Uno de los pocos en expresar sus reticencias al respecto fue la Corte Suprema. Por medio del oficio N° 0011471 de 22 de junio de 2002 la Corte Suprema deslizó críticas tácitas al reclamar acerca del rol que debe cumplir ésta en relación a la facultad de consulta del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. En este sentido, la Corte estimó que se debe sustraer dicha facultad del órgano debido a su excluyente naturaleza no jurisdiccional por cuanto no sería una función acorde a la naturaleza de los tribunales. La facultad sería, a su criterio, una herramienta de política económica que busca prevenir más que resolver asuntos

jurisdiccionales. La Corte Suprema expresó que “dichas cuestiones han resultado ser numerosas, requieren de una particular especialización técnica más allá de las ciencias del derecho (...) objetivamente no siendo de carácter jurisdiccional”⁶⁴.

En consecuencia, el Máximo Tribunal estimó que el nuevo tribunal debiese solamente enfocarse en la resolución de conflictos más que en un ejercicio de política económica lo cual por supuesto requiere una composición mixta con profesionales expertos en la materia. La misma Corte recomendó en ese entonces la constitución de otras instituciones que conocieran las consultas, integrados por personal idóneo y técnico en las áreas correspondientes. De esta forma daba a entender indirectamente que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia no requería necesariamente dicha composición

Podemos señalar que si bien la discusión es interesante, somos de la postura que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia tiene una constitución correspondiente a las materias las cuales conoce. La gran mayoría de conflictos que conoce comprende tanto un análisis jurídico como económico. En efecto, el tribunal previene, conoce y sanciona todos aquellos actos contrarios a la libre competencia que influyen en general de forma indirecta a los habitantes de una sociedad. Busca prevenir la infracción al sistema económico-social de una sociedad, red que debe ser analizada desde varias

⁶⁴ Oficio de Corte Suprema a Cámara de Origen de 27 de junio de 2002.

posturas distintas y no exclusivamente desde la disciplina jurídica. La constitución de economistas y expertos en materia económica y comercial en el tribunal permite dar una mejor lectura de los hechos presentados y una comprensión acertada para la resolución del conflicto ventilado.

Por otro lado, el proyecto establece una separación total de los servicios e instituciones del diseño, otorgando personal y presupuestos propios al nuevo tribunal. Al mismo tiempo, el proyecto busca dar mayor independencia al Tribunal de otros poderes del Estado, estableciendo incompatibilidades entre sus integrantes y otros cargos públicos, además de cierto tiempo el cual dicho integrante no puede ejercer ciertas funciones públicas.

Del mismo modo, la Ley N° 19.911 elimina la facultad de oficio de la Comisión Resolutiva reafirmando el principio dispositivo en el actuar del nuevo órgano, además de evitar que este comience con procedimientos propios los cuales puede actuar parcialmente infringiendo un debido proceso. Sería, como fundaba el Ministro Rodríguez, un prejuizamiento por parte del tribunal de la litis en conocimiento⁶⁵. Ello quedó plasmado en el actual artículo 17 de nuestra legislación antimonopólico donde el funcionamiento del tribunal queda condicionado a solicitud de parte o de la Fiscalía Nacional Económica.

Por último, se elimina el carácter penal de las conductas colusorias. En palabras del Ministro de Economía de ese entonces, don Jorge Rodríguez

⁶⁵ Segundo Informe de Comisiones Unidas de Economía y Constitución, Legislación y Justicia acerca del artículo 17 C de ese entonces, actual artículo 18 Decreto Ley N° 211.

Grossi, se debió a que “es del todo difícil mantener tipos penales exactos para el delito monopólico por el dinamismo económico comercial en el cual se insertan los ilícitos monopólicos. Incluso el uso de la normativa penal como medio disuasivo e inhibidor de conductas anticompetitivas no ha funcionado porque prácticamente nunca se ha recurrido a la acción penal”⁶⁶. Por tanto, no existían motivos para mantener dicha tipicidad vigente como también existiría una incompatibilidad entre el principio de legalidad penal y el dinamismo natural de los ilícitos económicos que impide una descripción completa de éste en la norma

En contrapartida, el proyecto aumenta las multas ante infracciones. Respecto al punto, hubo gran debate desde el inicio de la tramitación de la Ley. La principal discusión era la carencia de criterios para la graduación de la aplicación de las multas decretadas por el Tribunal de Defensa de la libre Competencia. El senador Novoa fue uno de los primeros en dar cuenta de aquella omisión. Indica en una sesión de sala “(...) se puede sancionar con 10 mil 300 millones de pesos tanto al director de una compañía como a la empresa misma. Igualmente, se puede castigar (...) a una empresa por una violación significativa.”⁶⁷ De ello, desde el Segundo Informe de Comisiones Unidas se dejó que los criterios fueran el beneficio económico de la infracción, si hay reiteración y la gravedad de la conducta, excluyendo otros criterios como el

⁶⁶ Primer Informe de Comisión Económica presentado ante el Senado, 13 de agosto de 2002.

⁶⁷ Primer Informe de Comisión Económica presentado ante el Senado, 13 de agosto de 2002.

daño provocado a las víctimas debido a que se entendió en el Senado que el bien jurídico de la libre competencia no se podía limitar a razones pecuniarias, criterios que se mantienen hasta el día de hoy.

Así, el proyecto establece facultades sancionatorias que busquen inhibir las prácticas condenatorias de los infractores a la ley de competencia por multas y demás responsabilidades civiles que establece la ley.

En síntesis, la Ley N° 19.911 fue todo un nuevo acontecimiento en la vida jurídica. Se crea un nuevo tribunal con características sui generis, concentrando funciones tanto jurisdiccionales así como administrativas e incluso legislativas. Ello vino de la mano de políticas cuyo fin es el fortalecimiento de los órganos reguladores del comercio, finanzas y economía en general. Desde su integración hasta la materia que conoce el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia fue una apuesta siguiendo la tradición de la legislación comparada, especialmente la norteamericana a partir de la experiencia de la *Federal Trade Commission*. Más allá de un órgano jurisdiccional, es un órgano especial, sentenciador de conflictos intersubjetivos pero también regulador del sistema económico el cual se encuentra inserto nuestro país.

2.3.4: Historia Ley 20.361.

Luego de las modificaciones realizadas por la Ley N° 19.911, la legislación antimonopólica solo tuvo una posterior modificación, la Ley N°

20.088. Dicha ley tuvo como objetivo introducir la obligación de declaración jurada del patrimonio de los ministros integrantes del tribunal, medida que se formaba parte de las políticas implementadas por la Ley de Transparencia y Probidad. Actualmente la modificación se ve reflejada en el artículo 9 bis del texto refundido del Decreto Ley N° 211. Exceptuando lo anterior, la Ley N° 19.911 rigió plenamente en nuestra legislación por dos años completos.

Fue la práctica la que dio nuevas luces de que el nuevo sistema requería reformas principalmente vinculadas al fortalecimiento de la independencia del nuevo tribunal, perfeccionamiento de los procesos llevados ante este y la modernización y mejora de mecanismos para la investigación llevada por la Fiscalía Nacional Económica.

La Ley N° 20.361 si bien no estableció un cambio radical institucional y sistémico como si lo logró la Ley N° 19.911, es fundamental al realizar cambios funcionales dentro del procedimiento ante el tribunal por atentados contra la libre competencia. Ejemplo de ello es el establecimiento de nuevos mecanismos que busquen facilitar la investigación de los carteles por medio de la delación compensada o *leniency*.

Podemos enumerar como las modificaciones más relevantes en esta ley las siguientes:

a- Fortalecimiento de Independencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

En el DFL N°1, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 211, se contemplan una serie de incompatibilidades, inhabilidades y prohibiciones de modo de lograr que se abstengan de actuar los ministros que tuviesen la menor relación con las partes ante las materias que conocen dentro de su competencia.

Con la Ley N° 20.361 se agregaron nuevas incompatibilidades en su artículo 6 como la imposibilidad de ser ministro el Fiscal Nacional Económico o cualquiera de sus cargos administrativos de dicho órgano del año anterior al momento del llamado a concurso público para llenar los cargos de ministros del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. También se establece la incompatibilidad del ejercicio de cualquier otra profesión por parte de los ministros y suplentes respecto a una serie de cargos profesiones relacionados a empresas y sociedades anónimas y, en general, a la prestación de servicios profesionales a entidades financieras y comerciales. De este modo, el legislador aseguró de la exclusividad del cargo por parte de los ministros, además de evitar posibles intereses comprometidos entre los juzgadores y los juzgados⁶⁸.

Por otro lado, se establecen nuevas inhabilidades para los ministros en el artículo 11 del DL 211, donde no podrá conocer de dicha causa aquellos que prestaren servicios profesionales o asesoría en la materia a cualquiera con la calidad de parte en un procedimiento, siendo una causal de recusación de los

⁶⁸ Primer Informe Comisión de Economía de la Cámara de Diputados, 05 de diciembre de 2006.

miembros del TDLC. Por otro lado, el artículo 6 establece dos presunciones de derecho donde los ministros caen en implicancia, siendo automáticamente inhabilitado, donde existiere uno de los vínculos establecidos en su letra a) o haya prestado asesoría o servicio a una de las partes en el juicio, inclusive hasta los dos años antes de que llevara la investigación por parte de la FNE⁶⁹.

Por último, se establece un nuevo artículo 11 bis creando verdaderas prohibiciones a los anteriores miembros del TDLC en cuanto a garantizar una independencia del tribunal no solo de forma previa, sino también posterior, de modo de no poder asesorar ni prestar servicios, ni ocupar cargo administrativo por el plazo de 1 año desde que cesa en su cargo un ministro del TDLC que conozca de una causa pendiente. Todo ello para garantizar la debida independencia del tribunal de posibles influencias indebidas.

En síntesis, la Ley N° 20.361 estableció nuevas, exigentes y estrictas inhabilidades y prohibiciones de modo de garantizar la independencia del tribunal. En contrapartida, para asegurar que fuesen los más prestigiosos y capacitados especialistas de la disciplina quienes postulen a los cargos, la ley consagra nuevos incentivos pecuniarios para garantizar un tribunal compuesto por profesionales de excelencia y no por personas de escasa experiencia y destreza en la libre competencia. Ello, lógicamente, porque existen mejores

⁶⁹ Primer Informe Comisión de Economía de la Cámara de Diputados, 05 de diciembre de 2006.

incentivos pecuniarios en el sector privado que en el público⁷⁰. En contrapartida, se baja el número de suplentes, de 4 a 2, por no existir mayor necesidad de tantos suplentes al existir casi exclusividad en el ejercicio del cargo por la cantidad de prohibiciones e inhabilidades por la calidad del cargo.

Por último, se dio un aumento al número de sesiones del tribunal para conocer de mayor forma y detalle los conflictos llevados en este. Del mismo modo, a mayor aumento de dedicación al tribunal, existe un mayor aumento en las remuneraciones de los ministros del TDLC, dando incentivos a la celebración de sesiones extraordinarias. Dicho aumento asigna mayor dedicación y conocimiento de los ministros a las causas ventiladas.

b- Modernización de los procedimientos.

El Mensaje de la Ley N° 20.361 establece entre uno de sus fines la adecuación del actual procedimiento contencioso establecido en el Decreto Ley N° 211 a uno eficaz y exento de dilaciones y demoras innecesarias.

Al momento de la discusión de la Ley N° 20.361, el entonces Fiscal Económico Nacional don Enrique Vergara, señaló que el actual proceso contencioso regulado en los artículos. 19 y siguientes de la normativa antimonopólica se basaba en el Juicio Ordinario de Mayor Cuantía consagrado en nuestro Código de Procedimiento Civil. Señaló que el proceso contenía un término probatorio extenso, contenía lapsos totalmente contrarios a la probidad

⁷⁰ Primer Informe Comisión Constitución de la Cámara de Diputados, 13 de septiembre de 2007.

y eficacia económica que la materia en discusión recomienda, además de restringir o entorpecer algunos medios de pruebas como la prueba testimonial.⁷¹

Para ello, la reforma estableció modificaciones en torno al procedimiento con especial enfoque en la prueba testimonial. Se modificó el artículo 22 reduciendo la declaración de testigos a 3 testigos por cada punto de prueba, solamente ampliable por resolución fundada. Todo ello con la finalidad de evitar posibles dilaciones y sobreabundancia probatoria con claro fin de retrasar el procedimiento.

Respecto a otros medios probatorios tales como inspección personal del tribunal, absolución de posiciones y rendición de testigos, la reforma otorga cierta discrecionalidad oficiosa al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia respecto a la práctica de dichas pruebas para evitar dilaciones y el manejo a interés propio de una de las partes sobre estos.

Por último, en cuanto a la prueba instrumental los incisos finales del artículo 22 establecieron un plazo de 10 días anteriores a la vista de la causa, donde el tribunal puede decretar su reserva por encontrarse datos, secretos o estrategias comerciales de alguna de las partes para evitar un perjuicio en su contra. Ello no impide que se pueda solicitar una preparación pública de dicha documentación, bajo sanción de que, no ser suficiente para resolver, pueda ser

⁷¹ Primer Informe Comisión Constitución de la Cámara de Diputados, 13 de septiembre de 2007.

levantado a solicitud de parte u oficio para la presentación de documentos dicho secreto.

Dichas modificaciones buscaron dar mayor dinamismo a la actividad probatoria dejando de lado la evidente influencia del anticuado proceso civil. Por otro lado, se establecen nuevas facultades al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia respecto a la actividad probatoria, pudiendo oficiar medios probatorios, limitar el material probatorio presentado en especial la testimonial y la exigencia de medios con la suficiente calidad para poder resolver adecuadamente el juicio.

Igual enfoque reformista se dio en el procedimiento consultivo del artículo 31 del Decreto Ley N° 211. En general las modificaciones realizadas tienen relación a la forma de notificación de la consulta a los actores del mercado consultado y a la Fiscalía Nacional Económica con el fin de simplificar ciertos trámites. Aquellas modificaciones menores se llevaron en general a partir del mayor uso del procedimiento por parte de las empresas para obtener certeza jurídica respecto a futuros negocios y actos entre los agentes económicos.

c- Mitigación de Carteles: la Delación Compensada.

La Ley N° 19.911 eliminó la tipicidad de las colusiones y carteles en los mercados debido al dinamismo de los mercados que impide constituir figuras penales lo suficientemente claras y completas para imputar dichos delitos, infringiendo el principio de legalidad penal. Si bien dicha fundamentación es

doctrinariamente acertada, en los hechos fue su escasa efectividad y nula aplicación para la disuasión de la configuración de colusiones y concertaciones lo que gatilló su eliminación en la normativa antimonopólica.

En contraposición, la reforma estableció un aumento significativo de las multas como sanción ante las distintas infracciones que atenten o entorpezcan la libre competencia de acuerdo al artículo 26 letra c) del Decreto Ley N° 211. Sin embargo, la Ley N° 19.911 solo dejó en 20.000 Unidades Tributarias Anuales las multas aplicables a dichas sanciones por considerar desproporcionado mayores montos. La Ley N° 20.361 nuevamente abrió el debate en relación al monto de estas, aduciendo ser bajas de modo que sería “un costo para las empresas más que un acto disuasivo”, por lo que no cumplirían con los fines preventivos en contra de los carteles.

Sin embargo, el mayor aporte de esta reforma fue la introducción en libre competencia de la delación compensada o *leniency*, utilizada positivamente en legislaciones extranjeras. Según el Mensaje “se ha estimado necesario introducir un mecanismo que incentiva a revelar antecedentes sustanciales para la investigación o prueba de los ilícitos contrarios a la libre competencia, aplicable en caso de colusión, debido a los graves efectos que estos producen al mercado y la dificultad empíricamente demostrada de investigarlos con éxito”.⁷²

⁷² Fragmento del Mensaje del Ejecutivo, 5 de junio de 2006.

Y es que el gran problema en la lucha contra los carteles según la experiencia comparada es la difícil investigación de los carteles, existiendo escasa jurisprudencia al respecto. Adicionalmente, los casos de conductas colusorias sancionados por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia eran revocados en la Corte Suprema por la falta de “prueba dura” o falta de prueba⁷³. La Corte exigía en todos los casos prueba directa de dichas colusiones, existiendo en la mayoría de los juicios pruebas indirectas o indiciarias. En resumidas cuentas, la legislación actual no entregaba herramientas efectivas para recabar pruebas lo suficientemente contundentes para el descubrimiento de los carteles, además de la exigencia de la Corte por “pruebas duras” para la condena de dichos ilícitos, haciendo de suyo difícil para la Fiscalía Nacional Económica llegar a investigaciones exitosas.

A pesar de las críticas, el entonces Fiscal Nacional Económico don Enrique Vergara defendió la institución como medio eficaz para la desarticulación de colusiones. Siguiendo la legislación comparada, la delación compensada era una verdadera herramienta cuyo fin “es desarticular o dismantelar las infracciones realizadas colectivamente como son los carteles. Para ello, resultaba necesaria la existencia de incentivos que indujeran a la persona a acusarse o a ofrecer ayuda en la investigación⁷⁴.” Para ello, según Vergara, se establecen tres incentivos claros: “posibilidad cierta de que esas

⁷³ Fragmento del Segundo informe Comisión de Economía del Senado, 31 de marzo de 2009.

⁷⁴ Informe de la Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados, 13 de septiembre de 2007.

personas pudieran ser descubiertas, segundo, la existencia de penas lo suficientemente disuasivas como para que los miembros del cartel opten por delatarse y no continuar en la infracción, y tercero, la existencia de normas claras y transparentes de manera tal que la persona tenga certeza de que si se acusa, podrá obtener ciertos beneficios”.

El incentivo de la delación estaría en que aquellos agentes involucrados e investigados que dieran aportes fundamentales a la investigación puedan optar al beneficio de una rebaja de la eventual multa a la cual pueden ser susceptibles de sanción e, incluso, eximirse completamente de la multa para quien ha revelado y entregado antecedentes importantes que develen el ilícito, de modo que solo con dichos antecedentes se haya podido develar la colusión. Tal como menciona el Mensaje, ello representa un “puente de plata” desde la sanción a la exención, basado en una política orientada a la eficacia de la detección temprana de un ilícito que puede provocar significativos daños en un mercado.⁷⁵ La herramienta representaría un estímulo para los afectados, de manera que el descubrimiento de nuevos carteles y su sanción sería factible. Así también lo demuestra la legislación extranjera, principalmente en Estados Unidos y Europa⁷⁶.

⁷⁵ Fragmento del Mensaje del Ejecutivo, 5 de junio de 2006.

⁷⁶ Don Enrique Vergara expuso ante la Comisión de Economía del Senado el caso de Estados Unidos. Cuando la legislación estadounidense implementó el *leniency*, si antes de 1993 se presentaba 1 caso al año en cuanto a agentes que buscaban colaborar en la investigación, luego de la reforma de dicho año, se elevó a 2 autodenuncias mensuales para colaborar en los hechos. En Europa, antes de las reformas de 2002, existían 16 autodenuncias, luego aumentaron hasta 140 autodenuncias entre 2002 y 2005 al

En cuanto a las multas como método disuasivo de conductas atentatorias contra la libre competencia, en la Comisión Económica del Senado hubo reticencia en aumentar las multas ya establecidas por la Ley N° 19.911 en su artículo 26 letra c). Don Enrique Vergara era partidario de su aumento ya que “las ganancias, tratándose de grandes carteles, que en muchos casos pueden ser muy superiores incluso a 30 mil UTA. Es esa otra razón para aumentar las multas, que sea realmente disuasivo, y no se asuma como un costo más de la empresa”.⁷⁷ Luego de un arduo debate, el Senado estableció el actual artículo 26 letra c) donde si bien se mantienen las multas por 20 mil UTA para actos contrarios a la libre competencia, en los casos de carteles aumentan a 30 mil UTA por su mayor gravedad por cuanto estos últimos son especialmente dañinos para el mercado. Lo anterior buscó ser otra medida disuasiva contra los carteles además de la implementación del *leniency*.

Por último y complementando la incorporación de la delación compensada y el aumento de las multas la Ley N° 20.361 establece el “fortalecer las atribuciones de la Fiscalía Nacional Económica, de manera que este servicio pueda cumplir adecuadamente sus labores como órgano investigador”⁷⁸. El proyecto entregó nuevas facultades investigativas a la Fiscalía Nacional Económica cuya finalidad es la de recabar antecedentes y

momento de dicha presentación, a todas luces ejemplos de que el sistema estadísticamente cumplía los fines para lo cual fue creado.

⁷⁷ Fragmento del Segundo informe Comisión de Economía del Senado, 31 de marzo de 2009.

⁷⁸ Fragmento del Mensaje del Ejecutivo, 5 de junio de 2006.

pruebas duras que acrediten de forma veraz los atentados contra la libre competencia. Algunas medidas consagradas son la entrada a recintos públicos o privados, si fuese necesario con descerrajar y allanar, la incautación de documentos y antecedentes, interceptar comunicaciones, orden de enviar copias de información desde las empresas de comunicaciones a la FNE, entre otras.

Tal como se observa, dichos mecanismos son intrusivos e infringen ciertos derechos fundamentales en la Carta Política, existiendo incluso la discusión de si la Fiscalía Nacional Económica se transformaría en un “Ministerio Público” en materia económica. Consciente de ello, se estableció que el órgano sólo podrá ejercer dichas facultades previa autorización del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia actuando como Juzgado de Garantía y también de la autorización de un Ministro de la Corte de Apelaciones. Todo ello en aras de un debido proceso donde exista un respeto de los derechos fundamentales de los ciudadanos, control ejercido por los tribunales y órganos ya indicados.

De todo lo anterior, la Ley N° 20.361 tenía por finalidad, además de mejorar errores y defectos, el fortalecimiento de la nueva institucionalidad con especial énfasis en la Fiscalía Nacional Económica a partir de la experiencia acumulada en los procedimientos llevados a cabo y los defectos que estos arrojaron. La reforma giró en torno a las dificultades del órgano para lidiar con la

investigación y la dificultad probatoria para poder indagar los ilícitos y atentados contra la libre competencia, especialmente los carteles de difícil prueba.

De ello surge la necesidad de actualizar la legislación nacional a partir de los modelos ofrecidos por la legislación comparada, especialmente la norteamericana. Así nació la delación compensada como mecanismo que incentivo a los agentes coludidos para dejar dichos acuerdos corrosivos y apoyar su disolución. Adicionalmente se establecieron nuevas medidas investigativas similares a las utilizadas por el Ministerio Público en el proceso penal, controladas por el órgano jurisdiccional competente de modo de evitar abusos e infracciones a los derechos fundamentales de los afectados.

2.4. Rol de la Corte Suprema en el Poder Judicial y el TDLC.

2.4.1. Generalidades.

El aporte de la Ley N° 19.911 fue la creación de un órgano jurisdiccional especial, sujeto a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema, cuya función será prevenir, corregir y sancionar los atentados a la libre competencia denominado Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Así lo denomina el art. 5 del DFL N°1 del año 2005 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 211 de 1973.

Como órgano jurisdiccional, su principal función es la solución de conflictos intersubjetivos entre los protagonistas de la economía, así como resolver sobre situaciones concretas determinando si dichos hechos, actos o contratos son atentatorios contra la libre competencia. Dicho cuerpo normativo regula un procedimiento ordinario especial para el conocimiento y juzgamiento de dichos conflictos, al igual que un recurso de reclamación que conoce la Corte Suprema para la resolución de la sentencia definitiva que agrava a una de las partes en juicio.

Lo curioso de nuestro sistema es el rol que cumple nuestra Excelentísima Corte en el diseño. Resulta que tenemos un tribunal especial el cual resuelve materias no del todo jurídicas donde el contenido económico es relevante. Al mismo tiempo, este tribunal contiene rasgos de ser un ente regulador económico cuyas resoluciones son seguidas atentamente por toda la comunidad económica. Mientras, por otro lado, tenemos un tribunal ordinario que si bien es superior de justicia, es ordinario al fin y al cabo. Su principal rol es ser cabeza del Poder Judicial y órgano de control político-judicial de los tribunales inferiores de justicia velando por su buen funcionamiento. Así, al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia se le atribuyen facultades respecto de materias que, en principio, la Corte Suprema no es experta en conocer ni resolver cuales son los mercados regulados y materia económica. A mayor ahondamiento, incluso si fuese posible que la Corte Suprema conociere

la materia, no pareciese desprenderse de la ley el rol que ha de ejercer en el diseño institucional.

La pregunta que cabe formularnos entonces es: ¿Qué rol cumple hoy la Corte en el actual diseño? ¿Es un tribunal cuyo rol sea inmiscuirse en materias, prima facie, ajenas a sus potestades tradicionales?

Es claro que la Corte Suprema cumple un rol en segunda instancia de corrección o enmienda ante lo fallado a partir del recurso de reclamación consagrado en el artículo 27 y 32 del Decreto Ley N° 211.

La segunda pregunta a formularnos entonces es: ¿la Corte Suprema es lo suficientemente idónea para el modelo de la Ley N° 19.911? ¿Es su rol la intervención en materias ajenas a lo estrictamente jurídico?⁷⁹.

Se suma a lo anterior que, además de conocer cuestiones y situaciones contenciosas, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia contiene otras atribuciones establecidas las cuales no contienen rasgos jurisdiccionales, sino, más bien, administrativas y legislativas, ajenas a la función tradicional de los tribunales de justicia. Aun así es la Corte Suprema quien asume el rol de

⁷⁹ El profesor Montt establece que el TDLC, si bien es un tribunal jurisdiccional, es *especial* ya que sólo debe aplicar el art. 3 del DL 211, el cual es un término abierto acerca de qué conductas serían atentatorias contra el buen funcionamiento de los mercados. Funciona a partir de hechos concretos, los cuales estima si caen o no en el presupuesto de dicho articulado. En suma, es un tribunal *regulador* según límites impuestos por ley, consistentes en qué casos son contrarios a la libre competencia a partir de una figura imprecisa, “en blanco”. Para mayor información: MONTT, Santiago. El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia como ente Regulador del Comercio: una Mirada desde las Políticas Públicas. Recurso electrónico del Centro de Regulación y Competencia (RegCom), Facultad de Derecho, Universidad de Chile: www.regcom.uchile.cl › Inicio › Trabajos › Documentos de Trabajo [Consulta: 20 de Mayo de 2013].

superior jerárquico jurisdiccional de dicho tribunal, sobre todo si se tiene presente que la revisión de consultas reclamadas ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia son conocidas por la Corte de conformidad al artículo 31 del Decreto Ley N° 211, competencia novedosa debido a que se llama a la Corte para conocer sobre materias que serían acordes o contrarias, eventualmente, a la ley.

En suma, establecer qué rol cumple la Corte en nuestro sistema de libre competencia en la estructura judicial es la pregunta de rigor, sobre todo en materia de libre competencia. Cuestión también relevante es qué rol tiene y queremos dar a nuestra Corte Suprema actualmente, si cumple dichas funciones o queremos que asuma nuevas funciones y de ello determinar qué recursos y acciones ha de conocer. Y es que la Corte, como cualquier órgano del Estado, al acumular una gran cantidad de competencias sólo degenera su naturaleza y decrece la función para lo cual fue creada. Con todo, a partir de la naturaleza y rol que ha tenido la Corte Suprema desde su vigencia podemos determinar qué función debiese ejercer el Máximo Tribunal dentro del actual sistema de libre competencia en nuestro país.

2.4.2. Origen Corte Suprema.

La primera mención que se hace sobre la Corte Suprema data del 5 de diciembre de 1810, en el Reglamento Provisorio de la Junta Gubernativa. La Corte en ese entonces ni siquiera era conocida como tal, sino como “Supremo

Consejo de la Nación”. Según Carocca, dicho nombre obedece a un resabio del extinto Consejo de Indias que se dejaba a un lado en dicha época⁸⁰. Más específico es el “Reglamento Provisional de Justicia” de 1811, donde establece la necesidad de crear un máximo tribunal para los propios ciudadanos de la joven República.

Luego, en 1817, en el poco conocido “Plan de Hacienda y de Administración Pública”, se hace referencia a un “Supremo Consejo de Estado y de Justicia”, dándole competencia gubernativa al “Consejo de Estado” y al Consejo de Justicia se le da la “facultad de conocer de todos los recursos judiciales, que por segunda suplicación, y demás extraordinarios de gracia son permitidos por las leyes corrientes (...), y en que versándose derecho entre partes, eran suplicables en el antiguo régimen a la misma persona del Rey”⁸¹. Además de otros intentos de creación de un máximo órgano jurisdiccional, es evidente la intención de crear un órgano de política judicial supremo, cuál sería la cabeza del Poder Judicial que todo Estado de Derecho debe tener para la resolución pacífica de todo conflicto suscitado en sociedad. La idea, más que técnica jurídica, es política, cuya finalidad era reafirmar la independencia de nuestro país a nivel institucional de España⁸².

⁸⁰ CAROCCA, Alex. 1998. Reflexiones sobre las Funciones de la Corte Suprema. En: *Ius et Praxis*, año 4, (1) 191p.

⁸¹ CAROCCA, Alex. *Ibid.* 192p.

⁸² CAROCCA, Alex. *Ibid.* 192p.

No es sino hasta 1823 que se instala un tribunal propiamente tal junto con la Constitución de ese mismo año, donde se crea una “Suprema Corte de Justicia” compuesta por 5 Ministros, 1 Presidente y 1 Procurador Nacional, regulados en los arts. 143 a 152 de ese cuerpo legal.

Sin embargo, es en 1828 cuando recibe el nombre de “Corte Suprema” tal como lo conocemos hoy. La Constitución de ese año la señala por primera vez como tal al indicar en su artículo 93: “El Poder Judicial reside en la Corte Suprema, Cortes de Apelaciones o Juzgados de Primera Instancia”. Su consagración como una sólida institución llega con la Constitución de 1833, en su Capítulo VIII, “De la Administración de Justicia”, donde establece sumariamente las funciones y principios de los tribunales de justicia⁸³.

En síntesis, el desarrollo y evolución de la Corte obedece a un rechazo de las antiguas instituciones coloniales y la creación de órganos que identifiquen el sentimiento republicano e independista de ese entonces vivido en Chile. Efectivamente, los órganos de la Colonia ejecutaban la ley y palabra del Rey por medio el Consejo de Indias cual ejercía facultades legislativas y jurisdiccionales en América. Esta última por medio del “recurso de segunda suplicación” y el “recurso de injusticia notoria” en contra de las sentencias definitivas dictadas por la Real Audiencia. Ambas eran falladas por el Rey, lo que en su tiempo eran los símiles a los recursos de apelación y casación en la

⁸³ CAROCCA, Alex. Loc. Cit. 193p.

forma. Aquellas instituciones y procesos siguieron imperando en Chile hasta 1835 siendo estas las únicas competencias, según Carocca, que tenía la Corte Suprema en ese entonces, es decir resolver en última instancia lo fallado por las instancias inferiores⁸⁴.

Los intentos por crear un órgano judicial supremo que representara el Poder Judicial en Chile respondía también a la lógica absolutista de ese entonces heredada de la cultura jurídica española. Ello, porque la existencia de un tribunal supremo era necesario para ejercer cierto control y dirección de los subalternos y jueces inferiores a la corte, cuestión totalmente acorde a un sistema de control horizontal de las resoluciones emanadas de juzgados de primera instancia por medio de recursos ordinarios. Tan así que no es casualidad que se llame en ese entonces *Administración* de Justicia a los órganos jurisdiccionales, como también la denominación del efecto *devolutivo* de la apelación actual donde se habilita competencia al superior jerárquico para controlar aquello fallado anteriormente, para luego “devolver” dicha competencia al inferior una vez verificado y enmendado el eventual error.

De todo lo anterior, es evidente que la Corte Suprema surgió a partir de la necesidad de independencia e identidad nacional de una joven República que buscaba distanciarse del Derecho Indiano, además del resultado de la cultura hispánica imbuida, donde obedece a una férrea estructura jerárquica donde

⁸⁴ CAROCCA, Alex. Loc. Cit. 195p.

toca a la Corte tener control tanto jurisdiccional como disciplinario de todo subalterno dentro de la pirámide judicial, control que hasta el día de hoy nuestro Corte Suprema ostenta celosamente⁸⁵.

2.4.3. Funciones de la Corte Suprema⁸⁶

Es posible establecer ciertas funciones originarias de la Corte Suprema desde su creación. Algunas de ellas fueron:

- Facultades Directivas y Correccionales sobre todos los tribunales de la Nación: de acuerdo al artículo 143 de la Constitución de 1823, la Corte Suprema tiene la facultad de “ejercer la superintendencia directiva, correccional, consultiva y económica sobre todos los tribunales y juzgados de la Nación”. Dicha facultad siguió en la Ley de Organización de los Tribunales de 1875 donde se dio un trato más detallado respecto a dichas facultades. Podemos señalar que, hasta el día de hoy, la Corte Suprema mantiene la superintendencia correctiva, disciplinaria y económica de todos los tribunales de la Nación excluyéndose ciertos tribunales especiales de conformidad al artículo 82 de nuestra Carta Magna. Lo anterior indica que dicha función originaria ha quedado intacta hasta el día de hoy.

⁸⁵ CAROCCA, Alex. Loc. Cit. 196-197p.

⁸⁶ CAROCCA, Alex. Loc. Cit. 197-199p.

- Competencia como Tribunal de Apelación: desde su instalación, la Corte conoció de las apelaciones que se llevaban desde la Real Audiencia, luego Corte de Apelaciones de Santiago. Desde 1835 se le otorgó formalmente el conocimiento segunda instancia de las causas criminales y de hacienda remitida por apelación o consulta respectivamente desde los tribunales inferiores de justicia. En pocas palabras, ejercía funciones de segunda instancia en tiempos de formación del aparataje judicial de la época.

- Protección de los Derechos Fundamentales: la Constitución de 1823 confiere a la Corte “facultades conservadoras”, lo cual otorga a dicho órgano el deber de cautelar y resguardar los derechos de los ciudadanos ante posibles abusos y transgresiones de sus derechos garantizados en la Constitución, especialmente ante los poderes del Estado. Ejemplo de ello es la consagración del “habeas corpus” en aquella época.

- Conocimiento y fallo del recurso de casación: desde 1837 se confirió a la Corte Suprema la facultad de conocer “los recursos de nulidad que se interpusieren contra las sentencias pronunciadas por las Cortes de Apelaciones en cualquiera de sus salas”, facultad consagrada en el Decreto Supremo de fecha 01 de marzo del año mencionado.

Dicho recurso fue un germen en la legislación nacional del recurso de casación ya que su interposición era en contra de sentencias que adolecían de defectos formales del mismo modo como lo era el recurso de injusticia notoria que siguió en nuestro país hasta 1835. En realidad, pasaría a ser parte del viejo resabio del Derecho Procesal Indiano. Aun así, dicho recurso dista lejanamente de lo que se entiende por casación propiamente tal.

No es hasta la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales de 1875 donde se otorga expresamente a la Corte Suprema el conocimiento del recurso de casación, por vía de impugnación de las sentencias dictadas por las Cortes de Apelaciones. Sin embargo, la normativa no incluyó la tramitación de dicho recurso sino hasta la dictación y entrada de nuestro actual Código de Procedimiento Civil cuya data es de 1902. En el caso del Código de Procedimiento Penal, desde 1907. Solo con dicha dictación se pudo hablar de la Corte Suprema como un tribunal de Casación recogiendo la influencia francesa.

En síntesis, es posible identificar que la Corte en un principio tenía una marcada función política para luego desembocar a un órgano jurisdiccional superior al concederle, tardíamente, el conocimiento del recurso de casación. Sin embargo, estas funciones de la Corte Suprema, con el correr del tiempo,

fueron transformándose y en algunos casos sustraídas de su competencia lo cual dificultaría mayormente la identidad y función de nuestra Máximo Corte.

2.4.4. Evolución de Funciones de la Corte Suprema.

Con el correr del tiempo, la Corte Suprema sufrió cambios. En general estos se manifestaron en las nuevas facultades y atribuciones que le fueron confiriendo como también sustrayendo de acuerdo a las corrientes doctrinarias que nuestro país atravesó.

En el caso de su función garantista de derechos fundamentales, se sumó a partir de la Constitución de 1925 el conocimiento del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Por medio de éste la Corte podía declarar inidóneo la aplicación de una norma determinada a un caso concreto por su eventual inconstitucionalidad. Lo mismo siguió el constituyente en la Carta Magna de 1980, con la salvedad de que la Corte podía pronunciarse de oficio sobre la inaplicabilidad de un precepto legal⁸⁷.

Dicho recurso tuvo escasa aplicación por parte de la Corte la cual asimiló como un recurso legal más, sin entender la relevancia de este. Y es que el problema consiste en que la Corte Suprema jamás entendió su rol como sede de justicia constitucional: el Máximo Tribunal no utilizó el recurso de inaplicabilidad debido a su naturaleza legista positivista, siendo un órgano con un profundo apego al respeto a la ley más que a una finalidad interpretativa y

⁸⁷CAROCCA, Alex. Op. Cit. 201p.

correctiva de la Carta Política. Es decir, la Corte no era titular de una cultura interpretativa ni rupturista acerca del marco legal imperante⁸⁸. Fruto de ello es el escaso impacto del recurso en dichos tiempos anteriores a la reforma constitucional de 2005, donde la Corte conoció pocos recursos en la materia.

Como ejemplifica el profesor Agustín Squella, “los jueces no producen Derecho, sino que meramente aplican un Derecho invariablemente preexistente a los casos jurídicamente relevantes, de la vida social que ellos conocen y fallan”⁸⁹, por lo que la Corte, al ser un tribunal ordinario, al fin y al cabo, no estaba en su naturaleza el uso de dicho recurso. Por ende, posterior a la reforma constitucional de 2005, dicha facultad hoy la detenta el Tribunal Constitucional, el cual ha ejercido dicho rol adecuadamente, junto con la Acción de Inconstitucionalidad, ejerciendo plenamente un rol interpretativo y garante de los derechos fundamentales de los ciudadanos ante los poderes estatales.

Respecto a la evolución de sus facultades correctivas y disciplinarias, hemos mencionado que la Corte Suprema en Chile ejerce un férreo control vertical en toda la pirámide judicial en gran medida por su influencia hispánica inspirada en tener una cabeza monárquica que tuviere control sobre los tribunales y funcionarios inferiores.

⁸⁸ COUSO SALAS, Javier y CODDOU MACMANUS, Alberto. 2010. La Naturaleza Jurídica de la Acción de Inaplicabilidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional: Un Desafío Pendiente. En: Estudios Constitucionales, Año 8 (2) p. 392.

⁸⁹ SQUELLA NARDUCCI, Agustín. 1988. La Cultura Jurídica Chilena. Santiago de Chile. Corporación de Promoción Universitaria. 41p.

El recurso de queja ha sido uno de los instrumentos más utilizados para lograr dicho control. De origen consuetudinario y posteriormente regulado y reconocido por Auto Acordado y en el Código Orgánico de Tribunales, este recurso es único en nuestro país. Tanto es así que se ha denunciado que no existe ningún otro semejante en legislaciones comparadas. De conformidad al artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales, dicho recurso tiene por exclusiva finalidad enmendar sentencias interlocutorias y sentencias definitivas que ponen fin a la instancia o hacen imposible su prosecución las cuales se han dictado con falta o abuso, cuyo fundamento para su enmienda son las facultades disciplinarias que goza la Máxima Corte desde 1823.

Según el profesor Carocca, el hecho que su causal sea la “falta o abuso grave” lleva a coincidir en que la Corte decide en base a criterios subjetivos y casuísticos pudiendo enmendar tanto el hecho como el derecho. No por algo antes de la reforma de la Ley N° 19.374 que reguló el recurso de Casación en la Forma y Fondo y que establece límites a la interposición del recurso de queja, el mencionado recurso disciplinario era mayormente accesible en comparación a la formalísima Casación y sus exigentes causales⁹⁰. De hecho, entre 1970 y 1985 los recursos de queja constituyeron el 53.65% de los recursos conocidos y fallados por la Corte, mientras los recursos de Casación no superaban el 15.06%.

⁹⁰ CAROCCA, Alex. Op. Cit. 204-205p.

En consecuencia, la Corte Suprema se convirtió en una “tercera instancia” más que un tribunal de Casación cuál era su rol principal y que fue pensado en 1875. La Corte comenzó a ejercer en demasía su función disciplinaria donde resolvió una gran cantidad de causas por motivos de abuso o falta grave, conceptos indeterminados que dejaban a la conciencia de los jueces supremos la decisión de las causas que conocían. No existía una justificación suficientemente objetiva para la remoción o modificación de lo fallado por los jueces inferiores. Adicionalmente, lo más preocupante era el extremo control que tenía la Corte respecto a los criterios de fallo de los tribunales inferiores, revocando todas aquellas sentencias las cuales no compartieran el criterio de la Corte, negando la independencia interna de los tribunales inferiores⁹¹.

En definitiva, hasta el día de hoy el Máximo Tribunal mantiene un control extraordinario disciplinariamente sobre el Poder Judicial. Ello ha desviado en buena parte el rol que le fue asignado desde un principio: velar por la correcta aplicación de la ley. Ello no solamente es explícito ante la acumulación de recursos pendientes que hoy tiene la Corte ni en la facilidad de ésta al resolver los recursos de queja, sino también por cuanto hoy no se cumple el rol casacional en el ejercicio de la casación.

⁹¹ CAROCCA, Alex. Op. Cit. 205p.

En efecto, es evidente la variedad de jurisprudencia que produce la Corte lo cual no aporta en la nomofilaquia deseada por el sistema. Lo anterior prueba que la Corte Suprema ejerce prácticamente como un tribunal de tercera instancia. El rol esencial de la Corte Suprema se ve perdido ante la asfixia de otras facultades las cuales muchas veces no tienen sentido dentro de su estructura como ocurrió con el recurso de inaplicabilidad. De esta forma es necesario repensar y fortalecer un nuevo rol o función de la Corte Suprema en miras de evitar los actuales vicios que sufre el sistema judicial.

2.4.5. Idea acerca de los Actuales Modelos de Corte Suprema.

Creemos que resulta ilustrativo explicar los distintos modelos de Cortes que existen y que, doctrinariamente, se han desarrollado y aplicado en los distintos ordenamientos jurídicos. Lo anterior busca ilustrar el sistema recursivo aplicable a dicha estructura de Poder Judicial y, esencialmente, determinar qué rol deben cumplir los máximos tribunales en la estructura judicial y los fines que debe perseguir.

A. Corte de Revisión.

Este modelo de Corte también es conocido como Tercera Instancia. Consiste en una extensa reevaluación de los componentes tanto de hecho como de derecho por la Corte Suprema. Se entiende a sí misma como “haciendo justicia” material a cada caso concreto que los litigantes le plantean.

Acá la Corte se caracteriza por ser el último recurso, oportunidad o chance para evitar una injusticia profunda⁹².

Sus principales defensores aducían que este sistema, originario de Austria, permitía un análisis completo del caso concreto, criticando el sistema opuesto en ese tiempo que era la Casación. La principal crítica a la Casación y justificación del modelo se basaba en la distinción entre hecho y derecho, afirmando que ella es artificial y abstracta. Por un lado son numerosas e importantes las cuestiones que no ingresan plena y claramente ni en uno como en otro como, por ejemplo, la interpretación de la voluntad contractual. Finalmente, se consideraba absurdo un control sobre la legalidad de la decisión del hecho concreto al cual se aplica la norma. En resumidas, se criticaba el excesivo formalismo de la justicia en la Casación reduciéndolo a una mera aplicación legal⁹³.

Además en este modelo existe una primacía del *ius litigatoris* siendo la finalidad última de la Corte la resolución de los conflictos particulares y específicos como cualquier tribunal ordinario, siendo su foco el hacer justicia material en cada caso concreto.

Las críticas a este sistema no se hicieron esperar. La principal se relacionaba con su excesiva libertad al momento de la interpretación y

⁹² MATORANA, Cristián. 2012. Los Recursos ante los Tribunales Colegiados en un Procedimiento Oral. Op. Cit. 449p.

⁹³ TARUFFO, Michele. "El Vértice Ambiguo: Ensayos sobre la Casación Civil. Op. Cit. 46p.

aplicación de la ley no existiendo vínculo alguno entre lo fallado por los tribunales superiores en relación al juez inferior. Son libres e independientes unos de otros dentro del aparato judicial. La estructura de grados de decisión no coincide- como en el sistema de Casación- con una jerarquía piramidal: todos los órganos están en el mismo plano⁹⁴.

Por otro lado, no es función de un Tribunal Supremo la resolución exclusiva de los conflictos, siendo dicha función la de los tribunales inferiores de justicia quienes tienen mayor contacto con el conflicto, argumentos y medios probatorios para una resolución justa del caso. Practicar nuevamente el juicio en una segunda y hasta tercera instancia es excesivo como también un despilfarro tanto en recursos y tiempo. El proceso anterior y recurrido se podría catalogar de inútil por cuanto se repite nuevamente todo un procedimiento.

Si bien se alaba la crítica al excesivo formalismo y rígida jerarquía en torno al sistema de Casación, no es menor el hecho de que existe carencia en cuanto a la seguridad de una igual aplicación de la ley para cada ciudadano en cada tribunal, cuestión que genera inseguridad entre estos. Por otro lado, una Corte de Revisión exige una gran cantidad de jueces y recursos para poder operar, cuestión que muchas veces no es posible concebir en la práctica atendido a que los recursos son limitados y por lo demás la multiplicidad de instancias

⁹⁴ TARUFFO, Michele. "El Vértice Ambiguo: Ensayos sobre la Casación Civil. Op. Cit. 52-53p.

terminaría necesariamente generando atrasos en el sistema, no cumpliendo con el deber de otorgar una pronta y cumplida administración de justicia.

B. Corte de Casación.

El modelo Casacional se origina en Francia, luego de la Revolución Francesa. En este modelo, la Corte es interpretativa y su objeto de interpretación es casi exclusivamente la ley.

La razón por la que se restringe excesivamente tanto su objeto de interpretación es por su fuerte adhesión al ideal de suficiencia de la ley, donde es un elemento de naturaleza sistemática y da criterios claros de decisión para cada caso. En ese contexto, los fallos que se apartan de esos criterios son descartados por la Corte como equivocaciones, errores que sin más no tendrían mayor trascendencia a futuro⁹⁵.

En dicho contexto, la función de la Corte de Casación consiste, en palabras de Taruffo, en el “mantenimiento de la exacta observancia de las leyes”⁹⁶. La Corte de Casación busca una aplicación correcta de la ley, donde la interpretación correcta es “objetiva y única”, obedeciendo a la existencia de dicho significado de manera exacta. En este contexto, la Corte se limita a la

⁹⁵ MATURANA, Miguel. 2012. Los Recursos ante los Tribunales Colegiados en un Procedimiento Oral. Op. Cit. 450p.

⁹⁶ TARUFFO, Michele. El Vértice Ambiguo: Ensayos sobre la Casación Civil. Op. Cit. 87p.

aplicación teórica e ideal de fórmulas lógicas y exactas, similar al ejercicio de cálculos inmediatos y *a priori* para la aplicación de dicha interpretación⁹⁷.

Así, la Corte de Casación se limita a la búsqueda de esta interpretación formal para cada norma en su aplicación a cada caso concreto. En este contexto, justicia significa “legalidad”, es decir, la exacta observancia y uniforme interpretación de la ley, ejerciendo la Corte Suprema un rol de interpretación formalista en exceso bajo la teoría de existir para cada norma una interpretación correcta intrínseca a partir de procesos formales para su aplicación. En consecuencia, no es casualidad que la Corte Suprema en dicho rol controle de forma jerárquica la aplicación correcta de la ley por parte de los jueces inferiores en pos de dicho fin, generando un control disciplinario el cual ya hemos indicado anteriormente⁹⁸.

En síntesis, la Corte ejerce un rol, según Taruffo, de “Vértice”: por un lado, ejerce la función de “custodio supremo de la legalidad” dirigida hacia el futuro en cuanto debe condicionar las sucesivas jurisprudencias de las cortes inferiores de justicia. Por otro lado, el Máximo Tribunal ejerce como vértice del sistema de las impugnaciones, función dirigida hacia el pasado en cuanto busca remover las desviaciones a la exacta observancia de la ley que se hayan verificado en la jurisprudencia de las cortes inferiores⁹⁹. El referido control se

⁹⁷ TARUFFO, Michele. El Vértice Ambiguo: Ensayos sobre la Casación Civil. Op Cit. 104-105p.

⁹⁸ TARUFFO, Michele. El Vértice Ambiguo: Ensayos sobre la Casación Civil Op. Cit. p. 87.

⁹⁹ TARUFFO, Michele. El Vértice Ambiguo: Ensayos sobre la Casación Civil. Op. Cit 103p.

ejerce a lo largo de toda la estructura judicial de modo que ella sea uniforme y perdure durante el tiempo.

C. Corte de Unificación de Jurisprudencia.

En este tercer modelo la Corte también asume un rol interpretativo. La diferencia es que su objeto de interpretación son los precedentes y no se aboca tan solo a interpretar la ley. El sistema de unificación parte de cierto escepticismo acerca del ideal de la sistematicidad y completitud de la legislación. En estos sistemas, la Corte cree que la ley deja un texto abierto de espacio para múltiples interpretaciones válidas, donde un fallo diverso se aprecia como una doctrina disidente que contiene interés académico y puede resurgir en algún momento no siendo desechada y olvidada como el caso de la Casación¹⁰⁰.

Este tipo de Corte se entiende que toma partido o selecciona temas de forma parcial en temas que plantean grandes disputas legales. En el mismo caso, muchas veces son temas que, en general, afectan no solo a las partes sino que la resolución podría afectar a ciertos grupos o minorías como son los casos de matrimonio homosexual, aborto, libertad de expresión, detenciones ilegales, entre otros temas¹⁰¹.

¹⁰⁰ MATURANA, Miguel. 2012. Los Recursos ante los Tribunales Colegiados en un Procedimiento Oral. Op. Cit 451p.

¹⁰¹ MATURANA, Miguel. 2012. Los Recursos ante los Tribunales Colegiados en un Procedimiento Oral. Op. Cit 450p.

En este sistema la Corte Unificadora tiene un rol “colaborativo” con el Parlamento: mientras este define las leyes y normas aplicables, la Corte regula y llena todas aquellas indefiniciones que deja el Parlamento en cuanto a criterios de su aplicación. Para llenar esos espacios indefinidos, la Corte Unificadora se abre a argumentos extralegales, como los valores¹⁰².

De lo anterior, la Corte Unificadora si bien busca la interpretación de la ley, no asume como “única” dicha interpretación, sino que es una elección hecha por la Corte. No es una elección forzada o automática como en el caso de la Casación, es aquella generada por el empleo de criterios y directivas que, mientras hagan posible la interpretación, la justifican y hace posible elecciones racionales en sentido latas. Dichos criterios no solo abarcan criterios lógicos-formales y sistemáticos, sino también criterios valorativos, en cuanto presuponen juicios de valor de naturaleza diversa. En otras palabras, la Corte elige la interpretación más “justa” o “justificada” a partir de razones aceptables las cuales no se cierran a cambiar, pero cuyos argumentos son lo suficientemente potentes para evitar constantes cambios en su aplicación y jurisprudencia¹⁰³.

El fruto de la Corte Unificadora es efectivamente una nueva nomofilaquia totalmente distinta a la seguida por un sistema de Casación. De acuerdo al

¹⁰² BRAVO, Pablo. Memoria “Unificación de Jurisprudencia y Recurso extraordinario en el proyecto de ley que establece un nuevo Código Procesal Civil”. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. 2011.

¹⁰³ TARUFFO, Michele. El Vértice Ambiguo: Ensayos sobre la Casación Civil. Op. Cit 126p.

profesor Taruffo, en el caso Casacional la nomofilaquia producida es producto de hacer prevalecer la interpretación formalista de la ley objeto, en cuanto se funda sólo sobre criterios formales. La nomofilaquia casacional busca asegurar una exactitud formal de la interpretación. En cambio, el sistema unificador busca establecer cuál es la interpretación justa o más justa de la norma sobre las bases directivas y elecciones interpretativas más correctas o aceptables¹⁰⁴. En otras palabras, la Corte Unificadora no genera una nomofilaquia rígida ni inspirada sobre interpretaciones exactas. Descansa en la posibilidad de que es posible su cambio sin perjuicio de que el cambio debe ser justificado y motivado por el Máximo Tribunal.

2.4.6. Hacia qué Corte aspira la Legislación Chilena.

Se nos presenta uno de los ejes centrales de este trabajo: ¿qué Corte queremos en nuestra organización judicial, hacia donde deben desembocar nuestros esfuerzos actualmente? ¿Queremos seguir con nuestro sistema de Corte de Casación imperante ya hace más de 100 años, herencia de nuestro derecho continental? ¿Ha dado los resultados esperados? ¿Estamos de acuerdo en querer dar un salto hacia nuevos desafíos y paradigmas?

Dichas preguntas no son banales por cuanto a partir de entender qué función tiene nuestro Máximo Tribunal, se establecen los procedimientos que debe conocer, sus principios rectores, etapas procesales y, cómo no, los

¹⁰⁴ TARUFFO, Michele. El Vértice Ambiguo: Ensayos sobre la Casación Civil. Op. Cit 129p.

recursos que ha de conocer. En otras palabras, a partir de la esencia orgánica judicial se desenvuelve la lógica del proceso.

Mencionamos que la Corte Suprema, a partir de la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales de 1875, cumple la función de ser una Corte de Casación inspirada en la doctrina francesa con predominancia de rasgos españoles. Si bien el objetivo es velar por una acertada interpretación de la ley, dicho fin dista bastante en los hechos.

La actual situación de nuestra Corte Suprema dista de ser un perfil Casacional. Hoy actúa como una tercera instancia, privilegiando la justicia concreta a cada caso que se presenta, existiendo una interpretación única para la ley aplicable a cada caso muchas veces sin relación alguna con el resto de las temáticas conocidas en las distintas salas de la Corte. Ya lo decía el Ministro Sergio Muñoz miembro del Excelentísimo Tribunal: “tanto en las instancias como en la Corte Suprema se emplea el mismo parámetro, cual es la justicia del caso. No ha sido posible desarrollar estándares claros de aplicación del derecho, que se haga abstracción de los hechos y se resuelva exclusivamente sobre las normas legales invocadas por las partes o que el tribunal considere que son atinentes al caso. Son hechos precisos y

determinados a los cuales se aplicará el derecho y más, en un contexto y dadas las particulares circunstancias que rodean los presupuestos”¹⁰⁵.

Sumado al Recurso de Queja ya señalado más arriba, es evidente que hoy la Corte no cumple dicho rol de Casación.

Lo anterior se corrobora por la gran cantidad de causas que ingresan y debe resolver la Corte, obstaculizando el rol de ser una Corte Casacional. De acuerdo a un estudio de Libertad y Desarrollo, a la Corte Suprema ingresa una gran cantidad de causas. Hasta el año 2011 existía un ingreso mayor a 12 mil causas, fallando en promedio 13.700 causas, sin perjuicio de existir alrededor de, según el estudio, otras 3.500 causas pendientes hasta ese mismo año que no se habían fallado¹⁰⁶.

La anterior exposición de datos confirma que la Corte Suprema no falla toda causa ingresada en parte por la gran cantidad de carga laboral que ostenta. Es más, el mismo estudio analiza que de la cantidad de causas pendientes el 38% representan casaciones, misma cifra de ingreso al tribunal del mismo recurso para cada año. No es necesario dar cifras para corroborar que, sin perjuicio de estos datos, son varios los recursos que la Corte declara inadmisibles, especialmente en el caso de la Casación en el Fondo, lo que

¹⁰⁵ MUÑOZ GAJARDO, Sergio. 2005. Presente y Futuro de la Casación Civil en Chile. Derecho Procesal Contemporáneo. Ponencias de las XXII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal. Coordinador Raúl Tavolari O. Santiago de Chile. Thompson Reuters-Punto Lex, Santiago. Tomo I, 92p.

¹⁰⁶ CLARA, Eliana GARCIA, Francisco. Reforma a la Justicia Civil y Comercial en Chile. Informe del Instituto Libertad y Desarrollo. Op. Cit. 23-25p.

reafirma la crisis del sistema Casacional en nuestro país. El estudio de concluye que más allá de que la Corte no cumple con un rol de Corte de Casación, existe un incentivo perverso de que sus integrantes más que velar por la correcta aplicación del derecho velan por resolver la mayor cantidad de causas posibles¹⁰⁷.

En vista de dichos defectos, hoy se tramita en el Congreso Nacional el Proyecto de Código Procesal Civil para la República de Chile, siendo un intento para la modernización de nuestro sistema judicial civil evidentemente anticuado que data de 1903. Hoy por hoy el sistema procesal civil vigente no cumple ni satisface las necesidades de una justicia cercana, expedita y razonable por lo que la reforma busca realizar cambios no solo en el proceso sino también orgánicos, especialmente relacionados a la Corte Suprema.

Dicho proyecto elimina el Recurso de Casación debido a su anacronismo con los nuevos principios y espíritu de los nuevos procedimientos orales, concentrados y expeditos. En su reemplazo, se propone un nuevo Recurso Extraordinario cuya finalidad será establecer la uniformidad jurisprudencial tan deseada. Para ello, la Corte estará facultada de un “certiorari” que filtre de forma determinada los casos que la Corte conocerá y resolverá. El “certiorari” es básicamente la facultad del tribunal de elegir entre las distintas causas que se presenten aquellas que valdrían la pena conocer por cuanto gozan de un

¹⁰⁷ CLARA, Eliana GARCIA, Francisco. Reforma a la Justicia Civil y Comercial en Chile. Informe del Instituto Libertad y Desarrollo. Op Cit. 28p.

interés general para la ciudadanía, requisito consagrado en el artículo 409 del proyecto de nuevo Código Procesal de 2012. Acá el filtro utilizado ya no es un excesivo formalismo como lo demuestra el sistema Casacional actual, sino más bien uno criterioso e interesante para el debate académico. En la selección de causas prima las razones y argumentos debidamente fundados antes que los extremos formales que establece la ley actualmente. Dicho sistema busca la uniformidad de criterios y doctrina jurisprudencial, interpretando cómo debe aplicarse el derecho, siendo un sistema menos formal y que cumple con mayor énfasis los fines uniformadores el sistema Casacional no pudo lograr.

En suma, y siguiendo las tendencias de las reformas procesales, los actuales esfuerzos legislativos a nivel recursivo buscan descongestionar al Máximo Tribunal promoviendo un nuevo rol de este dentro del sistema judicial donde la Corte Suprema juega un rol de alta política judicial, mientras por otro lado, y siguiendo las sucesivas reformas procesal, en cierta medida tienen por fin la constante eliminación y sustracción de facultades y competencias de la Corte Suprema dentro del sistema procesal chileno, privilegiando funciones propias del modelo de Corte Unificadora que el legislador busca imprimir.

Nada más cierto a lo anterior puede observarse de un somero análisis de las últimas grandes reformas. En el caso de la reforma procesal penal, el actual artículo 373 del Código Procesal Penal, por medio de la competencia *per saltum*, limitó el conocimiento de la Corte a solo dos causales donde una es

acorde a la función de garantizar los derechos fundamentales de todo interviniente y la otra que resguarda la uniformidad de la correcta aplicación del derecho. Lo mismo ocurrió en la reforma procesal laboral donde el Recurso de Unificación de Jurisprudencia, de conformidad al artículo 483 del Código del Trabajo, busca que la Corte dé uniformidad a los criterios de resolución de conflictos si existiesen distintas interpretaciones en uno o más fallos emanados de los tribunales superiores de justicia.

Si bien fueron reformas aisladas donde no hubo un enfoque orgánico, ambas coinciden en la eliminación del sistema de instancias y control vertical que hoy prima en el sistema procesal civil pero sobre todo a nivel orgánico.

El espíritu de las nuevas legislaciones inspiradas en los principios de desformalización, oralidad, concentración y mayor protagonismo de la judicatura buscan fundamentalmente la promoción del control de las partes en la primera instancia y desincentivar el abuso de posteriores instancias en los tribunales superiores de justicia, dejando a estos facultades distintas a la resolución de conflictos, esencialmente en la Corte Suprema. Muestra de ello es que la nueva reforma ya no habla de “instancias”, sino de “grados de jurisdicción”, dando muestras de los cambios paradigmáticos que sufre hoy el aparato judicial.

En otras palabras, las reformas llevadas a cabo en la legislación nacional buscan una reforma orgánica y de estructuración de las reformas procesales llevadas a cabo en otros ámbitos como el proceso penal y laboral. La idea es

dar una nueva función a nuestra Corte Suprema, fines radicalmente distintos a los que obedecen a una Corte de Casación, donde el respeto al precedente asegure una igualdad, seguridad, uniformidad y predictibilidad de los criterios de fallo del máximo tribunal, finalidades no cumplidos en el sistema Casacional. No en vano, ni por mero capricho, paulatinamente se ha ido eliminando la Casación de nuestro sistema por recursos que obedecen a criterios flexibles, razonables y de justificación de la uniformidad que la Corte Suprema debe velar como nuevo rol que ha de ejercer¹⁰⁸.

En conclusión, citando al profesor Cristián Maturana, nos encontramos a medio camino entre la proclamación del respeto de la importancia del precedente para un buen funcionamiento del ordenamiento jurídico y la adopción de todas las medidas que aseguren el establecimiento y funcionamiento de un sistema que nos permita efectivamente arribar en la práctica a semejante reconocimiento en cuanto a la existencia del precedente¹⁰⁹.

2.5.: La Corte Suprema en el actual sistema de Libre Competencia Chileno.

Tal como se señaló en las páginas pasadas, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia vino a renovar la institucionalidad de protección de libre

¹⁰⁸ MATURANA, Miguel. 2012. Los Recursos ante los Tribunales Colegiados en un Procedimiento Oral. Op. Cit 427p.

¹⁰⁹ MATURANA, Miguel. 2012. Los Recursos ante los Tribunales Colegiados en un Procedimiento Oral. Op. Cit. 427p.

competencia en nuestro país constituido por las antiguas Comisiones Preventivas y la Comisión Resolutiva Central.

No es casualidad alguna que lo que protege el texto sea un nuevo bien jurídico llamado “libre competencia” cuando se pudo nombrar por el legislador la protección de “los competidores”. Y es que los expositores en materia de libre competencia han llegado al acuerdo de que lo que se protege no son personas o individuos propiamente tales, sino la competencia como dinámica misma. Tal como ya señalaba William J. Kolasky “*The purpose of the antitrust laws is to assure that the war is fought and the outcome determined on the basis of efficiency. The antitrust laws should intervene only when one combatant employs methods that would deny victory to the most efficient firm or create barricades to entry by equally or more efficient new entrants*”¹¹⁰.

En suma, la legislación *anti trust* busca cautelar el libre mercado y la eficiencia entre los distintos agentes que lo componen, y no como se pensó a los afectados individualmente. Chile, ciertamente, comparte dicha orientación tal como en Estados Unidos.

Nuestro país optó por un sistema judicial - híbrido para la tutela de la libre competencia en desmedro de otros sistemas como el administrativo utilizado en Europa y uno judicial parcial como en Estados Unidos. Elegimos un sistema cuya base es una figura abierta, indefinida y vaga en la materia consagrada en

¹¹⁰ KOLASKY, William. 2002. What is Competition. [En línea]: <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/200440.pdf> 4-5p [consulta: 23 junio 2013]

el artículo 3 del Decreto Ley N° 211 que, sintéticamente, sanciona los atentados contra la libre competencia dando un listado ejemplar de figuras típicas que distorsionan los mercados, no siendo una lista taxativa.

Lo que en realidad hace el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia con dichas figuras es llenarlas de contenido ya que tienen una calidad de “marco regulatorio”, delegando en dicho tribunal la determinación de situaciones en donde existieran potenciales infracciones a la libre competencia. El tribunal regula y da contenido a dichas normas siendo, en los hechos, un ente regulador de políticas públicas económicas. Dicha finalidad regulatoria es confirmada por otras facultades como la del artículo 18 N° 3 de la ley antimonopolio, refiriéndonos a la potestad reglamentaria del TDLC en materia económica, indicando que el tribunal no se limita únicamente al ejercicio jurisdiccional tradicional¹¹¹.

Si el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia funciona a partir de una figura abierta, ¿qué ocurre con la Corte Suprema? A primera vista, nuestra Máxima Corte funciona a partir de una lógica totalmente distinta que obedece a una tradición distinta a la del *Common Law* subyacente en el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Sin embargo, de acuerdo a la estructura orgánica que le demos a esta, es posible aducir que existen modelos

¹¹¹ MONTT, Santiago. “El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia como Ente Regulador del Comercio: Una Mirada desde las Políticas Públicas”. Op. Cit. 7p.

beneficiosos o perjudiciales en cuanto al funcionamiento de un sistema judicial determinado.

De acuerdo al actual papel que juega la Corte Suprema, cada tribunal difiere en gran medida de lo buscado al introducir dentro del sistema de libre competencia a ambos tribunales. Mientras uno busca amparar el buen funcionamiento de los mercados y comercio, evitando posibles distorsiones, la Corte Suprema es un tribunal ordinario de justicia cuya finalidad es garantizar la correcta aplicación e interpretación de la ley de conformidad a como debiese actuar una Corte de Casación.

2.5.1. El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en un modelo de Corte de Casación.

El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, por la naturaleza de las materias que conoce y a partir de casos concretos crea políticas públicas a partir de sus fallos. En efecto, debemos considerar que la jurisprudencia emanada por este tribunal es, en los hechos, un precedente para los agentes económicos, una señal en cuanto a señalar que considera el tribunal como hechos, actos o contratos atentatorios contra la libre competencia. Ello a partir de la creación de criterios y razonamientos al llenar de contenido las figuras indeterminadas que sancionan los atentados contra la libre competencia.

Por otro lado, la Corte Suprema es un tribunal que busca la correcta aplicación de la ley en un caso concreto a partir del razonamiento lógico y

formalista. Dentro de su función como Corte de Casación, solo se enfoca en la aplicación de la ley en cuanto a una correcta aplicación de ella en los distintos casos presentados. No debiese crear nuevas interpretaciones ni asumir el rol de un tribunal que llene de contenido una norma indefinida. Debemos entender esto último en cuanto la Corte Suprema no es un *policy maker*, como sí ocurre, accidentalmente, en el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Dichas funciones en cada tribunal crea varias distorsiones. El más evidente se ve en la misma conformación de ambos tribunales. El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia conoce de materias que involucran necesariamente las ciencias económicas y comerciales, disciplinas que los letrados en el derecho no siempre son expertos. Se aprecia la necesidad de estos expertos, por ejemplo, al tener presente que las consideraciones de las resoluciones judiciales del tribunal tienen una sección de argumentos económicos además de la fundamentación de hechos y derecho. Para ello, es necesaria la visión de profesionales en ciencias económicas, por lo que nuestro tribunal se conformó de forma mixta para velar por un buen desempeño del órgano técnico¹¹². Así, es posible conocer y fallar responsablemente cada caso, emanando del órgano un fallo fundado tanto en explicaciones jurídicas y económicas en cuanto a si la decisión es acorde a la defensa de la libre competencia. Ello se debe a que el mismo derecho de la libre competencia

¹¹² MONTT, Santiago. El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia como Ente Regulador del Comercio: Una Mirada desde las Políticas Públicas. Op. Cit. 12-13p.

comienza a partir de la economía, disciplina dinámica la cual exige que cada conflicto sea resuelto individualmente, sin perjuicio de que dichos casos serán precedente o guía para eventuales problemas similares para el momento de dar solución.

Por tanto no es casualidad que el legislador haya optado por un sistema flexible donde se llene de contenido el actual artículo 3 del Decreto Ley N° 211. Sería la jurisprudencia la llamada a determinar qué conductas son atentatorias contra la libre competencia, razón por la cual esta norma serviría como guía para resolver los conflictos que se planteen¹¹³. Ello es del todo acorde a la naturaleza de la materia que compete regular al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. La economía es cambiante y no puede sujetarse *a priori* a los mismos estándares que las demás ramas del derecho. Recordemos que la eliminación del derecho penal y su uso en libre competencia en buena medida se realizó por la incompatibilidad de la tipicidad y legalidad exigida por dicha rama y los cambios frecuentes en los mercados que hacen inviable el uso del *ius puniendi* clásico en libre competencia.

Una Corte de Casación, dentro de este sistema, posee en principio varias dificultades que la hacen incompatible. A primera vista, nuestro más alto tribunal no está conformado por economistas ni personas educadas en las ciencias económicas. Sus 21 integrantes son jueces letrados en las ciencias jurídicas.

¹¹³ Primer Informe Comisión de Economía de la Cámara de Diputados de creación de Ley 19.911.

Incluso 16 de ellos provienen del Poder Judicial. Aun cuando no existan personas afines a las ciencias económicas, el problema es la “tradición jurídica” a la que obedecen estos jueces: proceden de tribunales ordinarios de justicia, cuya finalidad última es impartir justicia y dar seguridad jurídica entre las relaciones interpersonales. Ello se debe a que, desde un principio, la Corte Suprema no busca llenar de contenido figuras indeterminadas, sino aplicar el ordenamiento jurídico imperante.

La Corte se limita, tal como el resto de los tribunales ordinarios de nuestro país, a aplicar la ley correctamente de acuerdo al ordenamiento jurídico vigente. Busca hacer justicia al configurar la determinación de la correcta aplicación de la norma, dejando la jurisprudencia casuística como valor secundario. Se limita, sencillamente, a aplicar dicha norma correctamente, verificando solamente que el derecho sea correctamente aplicado y utilizado en el caso concreto. Dicha función dista de lo que hace el Tribunal de Defensa de la libre Competencia: una se limita a encontrar una interpretación *a priori* de la norma, la otra crea criterios de aplicación del derecho de la libre competencia.

En consecuencia no toca a la Corte Suprema llenar ni crear nuevas políticas como sí ocurre con el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia al ser su jurisprudencia efectiva, dinámica y vinculante para los agentes económicos. Creemos que la mejor frase que define el rol de la Corte Suprema en su generalidad es la ya mencionada por el profesor Squella: “los jueces no

producen Derecho, sino que meramente aplican un Derecho invariablemente preexistente a los casos jurídicamente relevantes, de la vida social que ellos conocen y fallan”.

Así, el diseño chileno constituye una rareza por cuanto la Corte como el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia siguen modelos distintos en su funcionamiento que obedecen a distintas razones de sistema. En el caso de la Corte Suprema, sigue un sistema reglamentado continental donde existe un ordenamiento jurídico determinado y universal, cuyo fin es aplicar la norma automáticamente al caso particular descrito en ella. En el caso del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia se inclinó por una alternativa de adjudicación, donde el tribunal funciona con semejanza a un poder legislativo, dando soluciones a cada caso en concreto a partir de una norma indeterminada¹¹⁴.

No es menor el hecho que existan dos tribunales con distintas elecciones en cuanto al modo en que conoce cada conflicto presentado. En la tradición anglosajona, los sistemas de adjudicación y de reglamentación son distintos, originarios de distintas culturas jurídicas siendo los de *adjudication* comunes en los ordenamientos del Common Law anglosajón, mientras que los que aplican el *rulemaking* son propios del Derecho Continental.

Los tribunales de *adjudication*, a partir de casos individuales buscan inferir principios generales que sean aplicables al resto de los casos similares a

¹¹⁴ RACHLINSKI, Jeffrey. 2005. Rulemaking versus Adjudication: a Psychological Perspective. Florida. 32 Florida State Law Review. 529-531p. [consulta: 24 junio, 2013]

los ya fallados. Para Jeffrey Rachlinsky, en este tipo de sistemas en general se tiene un énfasis inconsciente por parte del órgano jurisdiccional de los elementos no solo jurídico sino también del orden social, económico, cultural, en fin, variables que no tienen relación exclusiva con la materia presentada, pero que se inserta dentro de los distintos sistemas involucrados¹¹⁵.

En un sistema interrelacionado con distintas variables como lo son los mercados, un sistema como el *adjudication* parece adecuado ya que no sería posible conocer la economía o resultados de un mercado determinado sin tener en cuenta otras variables, como lo son los costos de producción de bienes y servicios en dicho mercado, los distintos competidores en él, su historia y desarrollo en cierta región, el comportamiento de los agentes históricamente, entre otros. Nótese que no basta con solamente presentar dichas variables en un procedimiento para que un tribunal lo tenga presente al momento del fallo, sino que ya por el sólo hecho de ser dicho tribunal un órgano que falla para que afecte a terceros que no necesariamente participan, por la naturaleza de su contenido, debe siempre tener en cuenta dichas variables para que sea seguido por el resto. A partir de todo ese caso concreto se generan directrices generales para todos.

En el caso de un sistema de *rulemaking* el enfoque es contrario. A partir de normas creadas por el órgano legislativo y que deben ser seguidas por cada

¹¹⁵ RACHLINSKY, Jeffrey J. Ibid. 532p.

ciudadano, el tribunal se limita únicamente a aplicar dicha normativa y ejercer un control sobre su aplicación en caso que no se cumpliera. En general, los sistemas que adoptan el *rulemaking* se centran en fórmulas normativas en abstracto, sin tener en consideración ciertas variables particulares de los casos que se presentan¹¹⁶. Así, las soluciones hechas son del todo abstractas e imparciales, no fundadas a partir de casos concretos sino de casos que pueden ocurrir *a priori* sin necesidad de experiencia alguna. En este sistema, la aplicación de la norma no busca la categorización de un caso a otros tipos de casos antiguos como en el sistema de adjudicación, sino solamente la aplicación de la norma como hipótesis de una situación fáctica y su encaje a los hechos¹¹⁷.

Nuestro país al momento de la reforma del sistema de libre competencia optó por un modelo basado en la tradición estadounidense, donde sería la jurisprudencia de un tribunal la que determine dichos ilícitos en pos de la eficiencia de los mercados. El mismo legislador estimó razonable que ante una materia de dicha envergadura, someterla a normas rígidas que describan las faltas o ilícitos que el tribunal debe sancionar sería contraproducente porque la norma muchas veces va detrás de la realidad. Si bien existen normativas donde se describen una gran cantidad de ilícitos que perjudican los mercados como el caso canadiense, optamos por un modelo flexible donde el Tribunal de Defensa

¹¹⁶ RACHLINSKY, Jeffrey J. Loc. Cit. 532p.

¹¹⁷ RACHLINSKY, Jeffrey J. Loc. Cit. 549p.

de la libre Competencia debe fallar de conformidad a la protección del buen funcionamiento de los mercados, eficiencia y transparencia¹¹⁸.

En consecuencia, se mezclaron dos visiones en el ejercicio de impartir justicia, ambas siendo caras de dos tradiciones jurídicas totalmente distintas. Lo anterior en atención a que la estructura actual de nuestro Poder Judicial proviene de nuestra raigambre hispana que fue, a su vez, influenciada por el Derecho Común donde se seguía a su usanza los sistemas de Cortes de Casación. El derecho chileno viene de una tradición continental, donde el método de resolución de conflictos a partir de la aplicación de la norma determinada a un hecho determinado es herencia del aforismo “legislador crea, juez aplica”, sistema el cual no ha sido orgánicamente reformado sino hasta estos días donde surge con fuerza la idea de una reforma procesal civil¹¹⁹. Mientras, nuestro Tribunal de Defensa de la Libre Competencia tiene importante influencia anglosajona, dando como resultado un diseño donde comparten una como otra tradición jurídica. Así, se siguen principios y directrices distintas respecto de ambos tribunales.

En resumen, la presente estructura judicial chilena no es del todo operante ni compatible con el actual sistema de libre competencia. La principal

¹¹⁸ MONTT, Santiago. El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia como Ente Regulador del Comercio: Una Mirada desde las Políticas Públicas. Op. Cit. 12-14p.

¹¹⁹ Las reformas procesal penal y laboral se pensaron en forma excepcional al momento de su creación, aunque ambas siguen la misma tendencia de la reforma procesal civil en relación a la Corte Suprema y el Recurso Extraordinario: dar un rol unificador a la Corte Suprema, sustrayendo competencias ajenas a dicho rol de modo que pueda cumplirlo a cabalidad.

crítica al respecto es su incompatibilidad estructural y lógica, donde el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia obedece al conocimiento de materias que son reguladas a partir de casos particulares y cuyas resoluciones buscan generar uniformidad y certeza en cuanto a anticipar la forma en que protege el bien jurídico de libre competencia. Es decir, genera uniformidad y seguridad general a partir de casos particulares. En la contraria, existe un sistema inspirado en los sistemas Casacionales donde el Poder Judicial no ha sufrido grandes reformas estructurales y cuya Corte Suprema es incompatible con la razón del sistema imperante en la libre competencia debido a que busca la correcta aplicación de la norma buscando por medio de lógicas formalistas una única interpretación de la norma aplicable a todo caso fáctico. Es decir, a partir de una abstracción general se debe aplicar ello a cada caso particular, totalmente inverso a lo buscado en el método del tribunal técnico en libre competencia.

2.5.2. El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en un modelo de Corte de Unificación.

Actualmente, nuestro país a partir de las distintas, pero aisladas reformas, ha tomado mayor conciencia de la importancia de arribar a un sistema de precedente y uniformidad jurisprudencial. Si bien no busca un sistema de precedente obligatorio como en los países angloparlantes, es

evidente que el precedente cumple un rol persuasivo en los tribunales superiores de justicia al momento de fallar.

Razón de ello es lo ya explicitado anteriormente sobre la posibilidad de reformar orgánica y funcionalmente la Corte Suprema de acuerdo a la reforma procesal civil plasmada en el Nuevo Código Procesal Civil. Consiste en la idea de sustituir el rol jugado por nuestro Máximo Tribunal desde uno de Casación a uno Unificador de Jurisprudencia, eliminando la casación de nuestro sistema judicial.

En pocas palabras, se busca dar con una Corte que funcione de forma similar a la *Supreme Court* estadounidense, donde esta elige a partir de un proceso de *certiorari* qué materias serán conocidas por dicho tribunal como filtro previo para su conocimiento por considerarse que existe un *interés general* comprometido en su conocimiento¹²⁰. Ello limitará en gran medida la posibilidad de recurrir ante el superior jerárquico por cuanto el legislador determina qué se debe entender por ese interés general comprometido¹²¹. Lo anterior limita la posibilidad de recurrir por cuanto la Corte se reserva la elección de los recursos

¹²⁰ El artículo 405 del Nuevo Código Procesal Civil indica: Art. 405.-*Objeto*. El agraviado por una sentencia podrá ocurrir excepcionalmente ante la Corte Suprema con los propósitos que en este Título se señalan y cumpliéndose los requisitos que se indican, para solicitarle que se avoque al conocimiento del asunto por estimarse afectado un interés general.

¹²¹ Se entiende por interés general de acuerdo al artículo 409 del nuevo Código Procesal Civil: a) Cuando se hubiere infringido en forma esencial, en la sentencia o en el procedimiento del cual ella emanare, un derecho o garantía fundamental contemplado en la Constitución Política de la República o en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes y; b) En caso que considere pertinente fijar, uniformar, aclarar o modificar, una doctrina jurisprudencial.

a conocer fundadamente. Además, la Corte tendrá una clara limitación respecto al pronunciamiento del recurso al poder pronunciarse exclusivamente sobre el derecho, de modo que sea idóneo a su naturaleza jurisdiccional. En el caso de la libre competencia, ello evitaría posibles distorsiones al momento de fallar el pleito en sus efectos económicos.

De esta forma, la nueva Corte Suprema sólo conocerá el Recurso Extraordinario en aquellos casos donde exista un interés general de modo que ejercerá un grado de discrecionalidad al momento de la elección de causas a conocer. En principio, ello sería una restricción para todo litigante el acceso a enmendar las sentencias emanadas del tribunal dando mayor relevancia a la litigación que se haga en dicha etapa jurisdiccional, siendo acorde también a los principios de mayor control jurisdiccional ante los tribunales de primer grado jurisdiccional antes que un control jerárquico dentro de la pirámide judicial¹²².

Lo anterior es también acorde a la necesidad de baja y desconcentración de la Corte Suprema. Los sistemas de unificación como lo es la Suprema Corte de Estados Unidos, donde es reflejo de ello el ínfimo conocimiento de causas por esta. Basta observar, por ejemplo, que en 2011 de 9.066 causas, solamente 90 fueron conocidas por esta, eliminando las posibilidades de congestión de causas en dichos sistemas¹²³. Si bien surgen dudas sobre si la Corte Suprema

¹²² MATURANA, Miguel. 2012. Los Recursos ante los Tribunales Colegiados en un Procedimiento Oral. Op. Cit 453p.

¹²³ SEPULVEDA. Jorge. 2012 La Corte Suprema en el Nuevo Código Procesal Civil. Op. Cit. 409p.

llegue a tales niveles de selección por medio del *certiorari* y de cómo interpretará este “interés común”, hay que tener en claro que la Corte, en ese caso, deberá velar que el *certiorari* cumpla su papel como filtro ante la selección de causas para evitar los actuales problemas de sobrecarga laboral de los jueces y, por supuesto, en ser un medio de conocimiento de aquellas causas que puedan influir en futuros litigios, unificando dichos criterios en una jurisprudencia que anticipe futuras soluciones, en otras palabras, hacer primar el *ius constitutionis* por sobre el *ius litigatoris*.¹²⁴

En el caso de optar por una Corte de Unificación, consideramos que en relación al sistema de libre competencia es un sistema mayormente ajustado a los principios procesales que lo rigen. Primero, porque obedece a que tanto uno como otra reforma obedecen a su influencia y estructura a los sistemas judiciales del *Common Law*, donde existe un control por parte del tribunal superior sobre las sentencias dictadas por los tribunales inferiores de justicia. Sin embargo este control no se aboca a un control interpretativo formal donde se busca la única y exclusiva interpretación de la norma, sino una interpretación lo suficientemente razonable y justa para el caso concreto. Será justa aquella que cuente con el mayor grado de justificación y aceptabilidad¹²⁵. No obedece a un método formal sesgado en la teoría normativa de una sola y posible

¹²⁴ SEPULVEDA, Jorge. 2012 La Corte Suprema en el Nuevo Código Procesal Civil. Op. Cit. 412p.

¹²⁵ TARUFFO, Michele. 2005. El Vértice Ambiguo: Ensayos sobre la Casación Civil. Op. Cit 12p.

interpretación para cada norma, sino en la posibilidad de existir varias interpretaciones sobre ellas adecuadas a la situación concreta.

De esta forma, el modelo de Corte de Unificación da mayor vigor a las resoluciones del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. En efecto, dicho órgano jurisdiccional solo tendrá por finalidad asegurar una uniformidad tanto sincrónica y diacrónica de acuerdo a los fundamentos que exprese la interpretación de la norma, sin perjuicio que pueda cambiar en el futuro. Por ende, no estará destinado a conocer como una nueva instancia el conflicto entre las partes, restringiendo su acceso para estas. Ello es acorde a los principios imperantes en los nuevos procedimientos penal, y laboral principalmente, donde el acceso a nuevas instancias es restringido evitando un control vertical como antes. De esta forma, el fin último de este sistema es dar estabilidad en cuanto a la interpretación de la norma determinada como también concentrar la discusión en la primera etapa jurisdiccional.

Así, en relación a los fallos del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, un sistema de este tipo fijaría cuales conflictos contendrían elementos relevantes que ameritan ser conocidos y resueltos por la Corte Suprema. Si bien dichas causas contienen un eminente contenido técnico donde existen elementos económicos de por medio, la Corte no tiene ni debe ser un tribunal técnico para dichas materias, debiendo velar únicamente por los fines que la ley ha establecido dentro de su competencia. Por este medio la

Corte Suprema vela por la uniformidad de la jurisprudencia en libre competencia de modo de desechar aquellos recursos que no signifiquen un interés general, manteniendo las razones dadas por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia al dictaminar el conflicto. Es decir, se restringe la posibilidad de recurrir y las facultades de conocimiento de la Corte Suprema de modo de evitar concebir la posibilidad de recurrir en forma amplia o abierta.

Se asegura además de privar a la Corte Suprema de conocer ciertas interpretaciones, sobre todo las que envuelvan carácter económico. Efectivamente, la Corte debiese respetar ciertos pasajes de lo fallado por el tribunal técnico, todo ello porque la Corte podría afectar algunos espacios de discrecionalidad que el legislador da al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia por su mejor preparación técnica en contraste con nuestro máximo tribunal¹²⁶. El sistema de unificación cumple con ello por cuanto su foco es el derecho y no las consecuencias ni fundamentos económicos.

En consecuencia, lo anterior viene en fortalecer el nuevo rol de la Corte Suprema en el sistema de defensa de libre competencia evitando la dificultad del Máximo Tribunal en conocer materias eminentemente ajenas al conocimiento jurídico. Por otro lado, delimita con claridad y precisión los roles que cada tribunal deben ejercer. A pesar de que el Tribunal de Defensa de la

¹²⁶ DUCE. Mauricio. 2007. Informe en Derecho. El Estándar de Convicción y los Alcances del Recurso de Reclamación en el Derecho de Defensa de la Libre Competencia. Informe solicitado por la Fiscalía Nacional Económica, autorizado por este último para su publicación. 18-19p.

Libre Competencia ejerce un rol de hacedor de políticas públicas, recordemos que ello es a partir de sus fallos los cuales a rasgos generales establece qué conductas no son propicias para los mercados. La Corte Suprema, en su rol unificador, complementa dicha labor de modo armónico, evitando posibles distorsiones en pos de los fines consagrados en el cuerpo normativo que defiende la libre competencia. Con todo, la Corte Suprema deberá fallar de acuerdo a la jurisprudencia preponderante en caso de que hubiese un fallo emanado por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia distinto. De esta forma, otorga seguridad de determinar con exactitud los ilícitos de libre competencia, anticipando los criterios para establecer qué infringe las normas del Decreto Ley N° 211, generando una jurisprudencia consistente y justificada.

En síntesis, un sistema de unificación de jurisprudencia que viene a reemplazar el actual sistema Casacional en Chile permite superar la teoría de las Cortes de Casación. El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y la Corte Suprema en un modelo como éste son compatibles en su razón de procedimiento, existiendo armonía tanto en uno como el otro logrando cierta objetividad y estabilidad en cuanto a qué considerar actos que vulneren la libre competencia. Así, mientras uno consagra en forma técnica y justificada sobre qué presupuestos fácticos se configura un ilícito atentatorio contra los mercados, la Corte Suprema, conociendo aquellos casos que el *certiorari* establezca, conocerá los antecedentes y velará si ello se adecúa a los criterios fallados anteriormente por el tribunal inferior, creando un sistema de precedente

jurisprudencial. Esta base genera estabilidad, predictibilidad, pero sobre todo seguridad e incentivos a los agentes comerciales en cuanto al buen funcionamiento de los mercados.

De todo lo expuesto, es evidente que el Recurso de Reclamación consagrado en el artículo 27 y 31 del Decreto Ley N° 211 es la puerta de entrada para la Corte en el sistema de libre competencia. Tal y como hemos sostenido en un principio, a partir del rol y función que se quiere dar al tribunal superior de justicia se logra establecer un orden para todo el aparato judicial de una nación. En el caso chileno, si bien ya mencionamos que las reformas procesales fueron netamente enfocadas a los medios procesales para impartir justicia, ninguna se manifestó en cuanto al sistema orgánico procesal de los tribunales superiores de justicia. Este trabajo cree que la Corte Suprema como tribunal unificador de jurisprudencia es un paso acertado no solo para el proceso civil, sino también para los procedimientos ante la libre competencia.

CAPÍTULO 3: EL RECURSO DE RECLAMACIÓN EN EL SISTEMA DE LIBRE COMPETENCIA EN CHILE

1.- Generalidades.

En los capítulos anteriores, mostramos un espectro a grandes rasgos del sistema recursivo además del rol actual del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y de la Corte Suprema en el sistema de libre competencia chileno. Establecimos que tanto uno como otro tribunal cumplen distintas funciones y persiguen fines que, a pesar de ser distantes, buscan fortalecer el Estado de Derecho y el orden en materia económica. Sin embargo, el rol primordial de todo el diseño chileno lo tiene el primer tribunal y la Fiscalía Nacional Económica tal como se desprende del espíritu del Decreto Ley N° 211 y sus posteriores reformas. Son ambas instituciones las que compenetran en mayor grado en la defensa de la libre competencia y los mercados regulados.

Sin embargo, es posible y esperable que el tribunal cometa errores involuntarios los cuales deban ser enmendados o rectificadas. Por ello, la existencia de un órgano superior el cual controle los errores cometidos es relevante para poder prevenir dichos vicios. En nuestro caso, el legislador estimó que la Corte Suprema sería el órgano por excelencia que debiese conocer en segunda instancia los eventuales vicios que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia haya cometido en la formación de su convicción y valor

probatorio, plasmado principalmente en la sentencia definitiva. En otras palabras, es necesaria la existencia de un órgano superior de justicia que controle la motivación y fundamentación de las sentencias de modo que se eviten estos errores y posibles discrecionalidades de los tribunales.

En este caso, la Corte Suprema obtiene competencia por medio del Recurso de Reclamación, figura procesal consagrada en los artículos 27 y 31 del Decreto Ley N° 211. Dicho ordenamiento lo consagra tanto para todo tipo de procedimiento contencioso y, tal como lo consagra la doctrina predominante aunque no de forma pacífica, en sede no contenciosa o consultiva de acuerdo al procedimiento establecido en el artículo 31 del mismo cuerpo legal.

Este capítulo busca, fundamentalmente, el estudio de este recurso dando un enfoque respecto a cuál es la naturaleza jurídica de éste y su alcance en relación al Máximo Tribunal, sobre todo teniendo en cuenta la peculiar función que ejercen el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y la Corte Suprema dentro del sistema de libre competencia.

2. Concepto.

Nuestro ordenamiento no define en ningún lado el Recurso de Reclamación. Con excepción de la acción de reclamación de nacionalidad consagrada en el artículo 12 de nuestra Carta Magna, la denominación es totalmente ajena para la legislación chilena. Tanto es así que incluso la Corte Suprema, al ser solicitadas sus opiniones por la Cámara de Origen del

Congreso Nacional por medio de Oficio, señaló que la denominación de “Recurso de Reclamación” es ajena al sistema de recursos procesales ante los tribunales de justicia y más bien se reserva al ámbito administrativo.¹²⁷ La misma volvió a insistir en el mismo punto en la tramitación de la Ley N° 20.361, corroborando su disconformidad no solo con la denominación, sino con el concepto y tratamiento del recurso.

Ante la ausencia de definición, nos atrevemos a dar una la cual se engloba dentro de los parámetros y fines que el Recurso de Reclamación debiese perseguir de acuerdo a la hipótesis perseguida en este trabajo. Advertimos que la siguiente definición es únicamente doctrinal en relación a qué rol queremos que cumpla el tribunal de alzada en relación al sistema de libre competencia y que defendemos de acuerdo al modelo de Corte Suprema. En consecuencia, no es posible de encasillar la Reclamación como un recurso de Apelación, ni tampoco de Casación, ya que sostuvimos que son recursos los cuales no son compatibles con los fines tanto del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y la Corte Suprema, como tampoco en una futura reforma procesal civil en el caso de la Corte Suprema.

Creemos que una definición adecuada del Recurso de Reclamación dentro de un sistema de unificación podría ser “recurso extraordinario interpuesto ante el Tribunal de Defensa de la libre Competencia y conocido por

¹²⁷ Oficio de Corte Suprema a Cámara de Origen en Ley N° 19.911, 22 de junio de 2002.

la Corte Suprema, cuya finalidad es dar unidad y uniformidad a los criterios y principios que deben regir en el sistema de la libre competencia”.

El recurso en estudio, tal como hemos dicho, es un recurso restrictivo el cual solo será conocido por la Corte Suprema en ciertos casos englobados esencialmente en la necesidad de uniformidad de criterios en el fallo de materias conocidas por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. En realidad, el Recurso de Reclamación debiese seguir los mismos principios que el recurso Extraordinario que se propone en el nuevo Código Procesal Civil, ya que la Corte sólo debe preocuparse de la uniformidad de los fallos conociendo en aquellos casos donde exista mérito para ello de conformidad al *certiorari*.

Por último, agregamos que dicho recurso debe velar por los principios rectores de la libre competencia, principalmente por el buen funcionar de los mercados y su eficiencia como fuerza distribuidora de bienes y servicios. No olvidemos que las instituciones reguladoras existen para la prevención y sanción de fallas del mercado que los agentes económicos no han podido solucionar entre ellos. Por ende, el recurso tener en cuenta que busca el resguardo de aquellos principios y velar por un adecuado funcionamiento de las fuerzas económicas.

Señalamos nuevamente que la definición que indicamos es meramente doctrinal y para efectos de este trabajo, ya que tal como veremos la actual reclamación no cumple con los fines que proponemos para la Corte Suprema, ni

tampoco los fines que dentro del rol Casacional el Excelentísimo Tribunal debiese cumplir.

3 Historia de Recurso de Reclamación.

3.1. Regulación en la Legislación Original.

Recordemos que la antigua Comisión Antimonopolios conocía de las infracciones a la libre competencia de acuerdo a un procedimiento que esta misma establecía, salvo aquellos que fuesen hechos constitutivos de delitos que eran derivados a la antigua justicia penal inquisitiva.

La primera legislación antimonopólica en Chile, la Ley N° 13.305, ya utilizaba el término “Recurso de Reclamación”.

Efectivamente y de conformidad con el artículo 175 inciso séptimo, las únicas resoluciones de la Comisión contra las cuales puede interponerse este recurso son aquellas que declare que ha lugar o no a la iniciación del proceso respectivo. Quienes podían interponer dicho recurso era tanto el afectado por el procedimiento y el denunciante, si es que lo hubiere¹²⁸. Es decir, se reservaba el recurso para casos de admisibilidad ante la Comisión Antimonopolios de las demandas, requerimientos o denuncias de actos que sean contrarios a la libre competencia.

¹²⁸ OPAZO BRULL, Ernesto. 1962. La Comisión Antimonopolios y Estudio del Título V de la Ley 13.305. Op. Cit. p. 94.

Dicho recurso debía interponerse ante la misma Comisión para ser conocido por una sala de la Corte Suprema, previa vista del Fiscal Judicial de dicho tribunal.

Posterior a dicha legislación, el Decreto Ley N° 211 original de 1973, señalaba en su artículo 19 que “Sólo serán reclamables las resoluciones de la Comisión Resolutiva que dispongan la modificación o disolución de las personas jurídicas, la inhabilidad para ocupar determinados cargos en colegios profesionales o instituciones gremiales y la aplicación de multas”.

Es decir, en el DL N° 211 sólo se establecía el recurso si lo resuelto por dicha Comisión fuese perjudicial para la parte denunciada. Si bien parece lógico, debemos recordar que la Ley Antimonopolios original sólo permitía que el Fiscal Económico Nacional requiriera en contra de los agentes económicos que infringieran por medio de hechos, actos o contratos la libre competencia o iniciar el procedimiento de oficio de acuerdo a lo señalado en el artículo 17 letra a) del entonces cuerpo normativo. En otras palabras, el Decreto Ley N° 211 original no sólo restringe la legitimación activa para requerir ante la Comisión de dichos ilícitos, sino también las causales de interposición del recurso. No así en el caso de la Fiscalía Nacional Económica la cual podía recurrir de reclamación ante la Corte Suprema, sea tanto absolutorias o condenatorias las resoluciones emanadas de dicha Comisión.

El Decreto Ley N° 211 también mantuvo la competencia de la Corte Suprema del conocimiento de dicho recurso, previo informe de su Fiscal.

3.2. Ley 19.911.

Luego de la vigencia por más de 30 años del Decreto Ley N° 211, las necesidades de una mayor regulación de los mercados y deber de transparencia ante los consumidores fueron razones suficiente de la necesidad de reformas en el sistema de libre competencia chileno. De pasar de una economía donde existía una gran intervención estatal, donde los medios de producción se acaparaban principalmente en empresas estatales, desde 1973 nuestro país vivió una constante liberalización de su economía abriéndose a los mercados internacionales, sin contar con un marco regulador ante eventuales fallas del sistema.

Con la Ley N° 19.911, se elimina el antiguo diseño implementado por las Comisiones Preventivas y Resolutiva. Se crea un nuevo órgano de naturaleza jurisdiccional cuyas funciones van desde las jurisdiccionales hasta administrativas y legislativas como consultivas, reglamentarias y propositivas, todas ellas consagradas en el actual artículo 18 del Decreto Ley N° 211. En esencia, la Ley N° 19.911 tuvo por enfoque perfeccionar el diseño de defensa de la libre competencia utilizado en Chile, pasando de un sistema administrativo

a uno técnico-jurisdiccional con énfasis en la protección de un nuevo bien jurídico. Del mismo modo, el nuevo tribunal sería un órgano con plena independencia de personal y recursos, sin perjuicio de estar bajo la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema.

Respecto al Recurso de Reclamación, el Mensaje de la Ley N° 19.911 mantenía el derecho de las partes y del Fiscal Nacional Económico de interponer el recurso de reclamación contra la sentencia definitiva emanada del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en materia contenciosa, sin perjuicio de que se caucione el 50% de la multa en caso de ser sancionado. De esta forma, si bien la reforma no varía en lo relacionado al requisito de caucionar la multa presente que ya estaba presente en el artículo 20 inciso segundo del Decreto Ley N° 211 de 1973, si amplió las oportunidades para poder interponer el recurso. Ahora no solo lo limita a la Fiscalía Nacional Económica, sin que pasa a otorgarle legitimidad a cualquier persona que haya sido parte dentro del procedimiento ante el tribunal para interponer el recurso¹²⁹.

En cuanto a las resoluciones emitidas de las facultades consultivas y propositivas, el Mensaje Presidencial no varía del antiguo Decreto Ley N° 211, manteniendo en que no son susceptibles de recurso alguno las resoluciones emanadas de las mencionadas facultades. En cierta medida, sigue lo que

¹²⁹ Fragmento del Mensaje Presidencial, 21 de mayo de 2002.

establece el antiguo artículo 12 del antiguo cuerpo antimonopólico donde las resoluciones dictadas por las Comisiones Preventivas, donde antes se radicaban estas facultades, no serán susceptibles de recurso administrativo ni judicial alguno. El Ejecutivo no quiso dar mayor innovación en principio sin perjuicio que el Decreto Ley N° 211 original sí establecía una especie de reclamación, pero ante la Comisión Resolutiva regulado en el antiguo artículo 9 del Decreto Ley N° 211 de 1973.

En otras palabras, el Mensaje de la Ley 19.911 innovó de forma parcial en cuanto al recurso de reclamación, ampliando el espectro de sujetos legitimados para su interposición, pero nada agregó en el caso de las facultades consultivas y propositivas.

Sin embargo, y conforme el avance en la tramitación de ese nuevo marco legislativo, las primeras críticas a este recurso no tardaron en llegar.

Sin lugar a dudas, el actor más reticente al sistema recursivo propuesto en ese entonces fue la Corte Suprema.

Respecto al Recurso de Reclamación, someramente señaló que, I) la denominación del recurso es ajena al sistema de recursos procesales ante los tribunales de justicia y más bien se reserva al ámbito administrativo. Sería más

propio establecerlo como Recurso de Casación; y II) en relación al requisito que señala el Mensaje de caucionar con un 50% de la multa que se condene a las partes como requisito para poder interponer el recurso, ello resulta ser elevadísimo y eventualmente difícil de cumplir en muchos casos. Lo anterior podría significar el entorpecimiento en el ejercicio del recurso, un quebranto al principio constitucional del debido proceso y, en definitiva, una verdadera negación a la justicia¹³⁰.

De lo anterior, la Corte Suprema ya daba las primeras críticas al recurso principalmente en cuanto a su denominación y su interposición sujeta a caución. Si bien esta última correctamente fue rebajada a un 10% por ser una traba evidente para su interposición en la tramitación de la Ley 19.911, el mensaje de la Corte Suprema era la reticencia a la formación de un tribunal que era de naturaleza especial y cuya función era conocer aspectos del todo ajenos para la Corte hasta ese entonces.

A mayor abundamiento, en relación a la facultad consultiva la Corte indica: “La reforma propuesta supone que el tribunal deberá conocer fuera de juicio materias técnicas, que los particulares le presenten en consulta en razón de actos o contratos que proyecten y que pudieran afectar materias de libre competencia (...) vale decir, precisamente las que conocen hoy las Comisiones

¹³⁰ Oficio de Corte Suprema a Cámara de Origen, de fecha 22 de junio de 2002 en: Historia de la Ley 19.911 que crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Preventivas. En el hecho, estas cuestiones han resultado ser numerosas, requieren de una particular especialización técnica más allá de las ciencias del derecho y objetivamente no tienen un sentido realmente jurisdiccional¹³¹.

Ello deja en evidencia que la Corte Suprema no compartía los nuevos postulados en relación al Tribunal de la Libre Competencia y el conocimiento de sus temas a partir de un Recurso de Reclamación inédito y sin estudio alguno.

A pesar de las críticas realizadas por la Corte, al final de la discusión legislativa la Ley N° 19.911 aprobada fue parcialmente distinta a lo planteado en el Mensaje Presidencial.

En efecto, si bien aprobó toda la propuesta en cuanto al recurso en sede contenciosa, en el caso de sede consultiva se aprobó su reclamación sólo en caso de aprobar la consulta pero sujeta a condiciones, limitando así las causales de procedencia del recurso. Lo aprobado ignoró en cierto grado lo expresado por la Corte, obligándosele a conocer de materias de envergadura técnica. Porque es posible argumentar que al ejercer su potestad jurisdiccional el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, la Corte Suprema podría conocer aquellos conflictos donde existan atentados contra el buen funcionamiento de los mercados al existir figuras ya estudiadas en doctrina

¹³¹ Oficio de Corte Suprema a Cámara de Origen, de fecha 22 de junio de 2002 en: Historia de la Ley 19.911 que crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

como abuso de posición dominante, colusiones, precios predatorios, entre otros. Sin embargo, es del todo difícil para un tribunal ordinario el estudio de materias económicas puras y de si ciertas operaciones son eventualmente atentatorias contra determinado mercado nacional. Mucho menos si es un tribunal pensado y conformado como tribunal ordinario cuya finalidad es opuesta a la del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Aun cuando la Corte hubiese tenido reparos contra la reclamación y en general en su rol en el sistema, la tónica de la discusión fue en relación a la naturaleza y denominación del recurso.

En el caso de la Corte Suprema, en su oficio enviado a la Cámara de Origen, calificaba y recomendaba denominar el recurso como “Casación”. Ello no podría ser menos esperable si sabemos que, actualmente, nuestra Corte Suprema cumple un rol de corte de casación, teniendo como competencia exclusiva el conocimiento y fallo de nuestro recurso de casación en el fondo.

En el caso del Senado, este entendía el recurso como una “Apelación”. De acuerdo a la Comisión de Constitución y Economía Unidas, se postuló como Apelación por ser acorde a la tradición recursiva en Chile, además de dar un amplio espectro tanto en el hecho como el derecho para recurrir ante la

Corte¹³². En otras palabras, el Senado lo establece como vía amplia para poder discutir nuevamente el conflicto ante la Corte Suprema.

Por otro lado, la Cámara de Diputados denominaba al recurso como una “Nulidad”. La Cámara, siguiendo los mismos planteamientos de la reforma procesal penal y entendiendo que solamente debe garantizarse un derecho a recurrir, modifica el recurso de Apelación a Nulidad siendo susceptible solo en casos de aplicación errónea de la norma que influya sustancialmente en el fallo. Es decir, limita y restringe su interposición a causales netamente legales, negando discusiones, en principio, sobre los hechos ventilados ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia¹³³.

A pesar de la discusión llevada a cabo, en la Comisión Mixta del Congreso Nacional se volvió a la denominación de Recurso de Reclamación acogiendo la propuesta del Mensaje del Ejecutivo. Además del evidente desacuerdo entre los partícipes de la discusión parlamentaria por sus visiones ya expuestas, en general se volvió a dicha denominación porque el Recurso de Nulidad reducía en buena manera las causales para su interposición, y en el caso de la Apelación solo se cambia a dicho nombre porque era más acorde a la tradición recursiva nacional. Además se estimó que el recurso con aquella

¹³² Fragmento sacado de discusión en Comisión de Constitución y Economía Unidas del Senado.

¹³³ Fragmento sacado de discusión en la Cámara de Diputados.

denominación desde 1973 ha funcionado adecuadamente por lo que su cambio no sería prioritario¹³⁴.

En suma, y tal como se puede apreciar de lo brevemente expuesto, en la tramitación de la Ley N° 19.911 la discusión en torno al Recurso de Reclamación tuvo como eje la naturaleza del recurso y sus consecuencias jurídicas ya que, discrepando lo dicho por los miembros del Congreso, su denominación no es accidental ni mucho menos de poca relevancia jurídica.

Es notoria la poca claridad por parte del Congreso Nacional en cuanto a la funcionalidad del recurso en torno al diseño institucional de libre competencia, proponiendo dos recursos totalmente distintos. Uno es la Apelación donde busca la repetición concentrada de la discusión en la primera instancia, mientras que otro es la Nulidad, instrumento relativamente nuevo en la vida jurídica nacional, originario del proceso penal actual.

¹³⁴ En la Comisión Mixta, don Pedro Mattar Porcile, Fiscal Nacional Económico de ese entonces, agregó que la reclamación cumplía su rol dentro de resguardar la libre competencia durante su vigencia en el Decreto Ley N° 211, por lo que era conveniente dejarlo sin modificaciones. Alegó que, en verdad, la discusión en torno al recurso era en cuanto a su denominación, más que su efectividad y consecuencias jurídicas dentro del procedimiento. Lo anterior muestra que los protagonistas de la discusión o no quisieron llevar el diálogo a niveles más profundos y abstractos de entendimiento acerca del recurso o, sencillamente, no siguieron perseverando por entender la discusión estéril y sin significado alguno. Por la naturaleza de lo expuesto en las actas de la Ley N° 19.911, toma fuerza la última hipótesis. En efecto, lo importante en ese entonces era la formación de un nuevo tribunal que estuviese a la altura de los desafíos económicos. No tuvo mayor relevancia la naturaleza jurídica del recurso, ni menos el rol de la Corte Suprema en la nueva institucionalidad. Hoy ocurre todo lo contrario por cuanto la práctica ha demostrado que no es menor el rol que debe cumplir la Corte ni el trato que debe darse al Recurso de Reclamación.

Mientras la Apelación se inserta en un sistema de instancias, donde existe un nuevo control jurisdiccional amplio, tanto en el hecho como derecho por parte de un tribunal de alzada, en cambio, la Nulidad se inserta en procedimientos orales, desformalizados y concentrados, donde su conocimiento es limitado, buscando principalmente la protección de los derechos fundamentales de los partícipes en dichos procesos y enmendar los errores en la aplicación de la normativa en dichos conflictos que influyan sustancialmente en lo fallado.

En el caso de la Corte Suprema, no es sospechoso que hubiese preferido denominarlo como Casación, siendo acorde al rol y competencia que cumple hoy nuestro Máximo Tribunal en los sistemas civiles.

En consecuencia, elegir uno y otro sistema recursivo no es menor. Por ello, la denominación del recurso no puede ser dejada al azar como queda demostrado con la Corte Suprema, ya que su concepto, alcance y regulación debe ser acorde con las materias que debe conocer en relación al sistema de libre competencia y, más importante aún, qué aspectos de lo fallado es idóneo para conocer en la vista del recurso.

3.3. Ley 20.361.

En la Ley N° 20.361, además de suprimir la caución del 10% para la interposición del recurso en causas contenciosas del inciso final del actual artículo 27, no hubo mayores discusiones en relación al recurso en análisis.

La reforma llevada a cabo se enfocó en modernizar los procedimientos llevados ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en cuanto al procedimiento contencioso así como pequeñas modificaciones en los procedimientos de consulta.

Por otro lado, esta ley introdujo la figura de la delación compensada o *leniency*, método que busca incentivar la colaboración de agentes que atentan contra la libre competencia, generando mejores medios de prueba en figuras de difícil standard probatorio como lo son las colusiones o carteles.

Sin perjuicio de lo anterior, la Ley N° 20.361 realizó una modificación no menor en el procedimiento de consulta: se amplía las opciones para recurrir de reclamación en los procedimientos de consulta.

Efectivamente, el entonces Fiscal Nacional Económico, don Enrique Vergara, sostenía que antes de la Ley N° 20.361, el derecho a recurrir las resoluciones que emanan de las consultas eran muy limitadas, solamente en casos donde el tribunal de primera instancia ponía condiciones a las

operaciones consultadas, mas no resoluciones aprobatorias o reprobatorias, generando un perjuicio a las partes en cuanto a su derecho a recurrir¹³⁵.

Por otro lado, se amplía además la legitimación activa para su interposición, pudiendo cualquiera de los partícipes del procedimiento recurrir lo resuelto. Para algunos autores dicha ampliación obedece a tener un mejor control jurisdiccional de lo resuelto, dando a todas las partes oportunidades para poder obtener respuesta de la Corte Suprema¹³⁶.

Excluyendo lo anterior, no hubo mayores discusiones sobre la naturaleza del recurso. Si bien hubo esbozos de insistir en algunos pasajes su cambio a Casación o recurso de Nulidad, ello fue de manera meramente marginal.

3.4. Regulación Recurso Reclamación en DL 211.

El Recurso de Reclamación se encuentra regulado en los artículos 27 y 31 del Decreto Ley N° 211, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado se contiene en el Decreto Supremo 511 de 1980. Su aplicación se centra principalmente en las facultades del tribunal consagradas en el artículo 18

¹³⁵ Fragmento sacado de discusión en Segundo Informe de Comisión de Economía del Senado.

¹³⁶ VELOZO, Javier y GONZÁLEZ, Daniela. 2011. Reflexiones en Torno a algunas Facultades Extrajurisdiccionales del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. En: La Libre Competencia en el Chile del Bicentenario. Santiago de Chile. Centro de Libre Competencia UC, Editorial Thomson Reuters Puntotex. 41-42p.

numerales 1°, 2° y 3° de la Ley Antimonopólica conocidas, doctrinalmente, como las facultades jurisdiccional, consultiva y reglamentaria, respectivamente.

El artículo 18 N° 1 indica que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia tendrá como una de sus funciones el “*conocer, a solicitud de parte o del Fiscal Nacional Económico, las situaciones que pudieren constituir infracciones a la presente ley*”, consistente en los procedimientos contenciosos presentados por la FNE o los distintos actores comerciales de un determinado mercado.

El artículo 18 n° 2 se refiere a “*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*”, y,

Finalmente, el artículo 18 n° 3 indica que otra facultad es el “*Dictar instrucciones de carácter general de conformidad a la ley, las cuales deberán considerarse por los particulares en los actos o contratos que ejecuten o celebren y que tuvieren relación con la libre competencia o pudieren atentar contra ella*”. Dichas facultades se enmarcan, además de las ordinarias de un

tribunal, como facultades del rol de regulador del comercio del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

El artículo 27 del Decreto Ley N° 211 regula el Recurso de Reclamación en ejercicio de las facultades jurisdiccionales del tribunal creado por la Ley N° 19.911.

En efecto, de conformidad al artículo 18 N° 1 del Decreto Ley N° 211, se consagra un procedimiento contencioso regulado por los artículos 19 y siguientes de dicho cuerpo normativo cuya sentencia es susceptible de recurso.

En el caso de las facultades consultiva y reglamentaria, se consagra un único procedimiento regulado en el artículo 31 del Decreto Ley N° 211, el cual es más concentrado y expedito que el anterior.

3.5 Recurso de Reclamación en Asuntos Contenciosos

El artículo 27 del Decreto Ley N° 211 establece:

“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 darse 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 26, como también la que absuelva de la aplicación de dichas medidas. Dicho recurso deberá ser fundado y podrá interponerlo el Fiscal Nacional Económico o cualesquiera de las partes, en el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, dentro del plazo de diez días hábiles, contado desde la respectiva notificación. Este plazo se ampliará con el aumento que corresponda al lugar en que tenga su domicilio el afectado, si éste fuere distinto al de la sede del Tribunal, de conformidad con la tabla a que se refiere el artículo 259 del Código de Procedimiento Civil.

Para seguir el recurso interpuesto no será necesaria la comparecencia de las partes. El recurso se conocerá con preferencia a otros asuntos, y no procederá la suspensión de la vista de la causa por el motivo establecido en el Nº 5 del artículo 165 del Código de Procedimiento Civil”.

La interposición del recurso no suspenderá el cumplimiento del fallo, salvo lo referido al pago de multas, en lo que se estará a lo dispuesto en el inciso siguiente. Sin embargo, a petición de parte y mediante resolución fundada, la Sala que conozca del recurso podrá suspender los efectos de la sentencia, total o parcialmente.”

Dicho artículo regula ciertos aspectos del recurso, sin perjuicio que es notorio que existen varios vacíos al respecto.

Cabe señalar que el inciso primero señala que solo son susceptibles del recurso exclusivamente las sentencias definitivas dictadas por el Tribunal de Defensa de la libre Competencia, reduciendo el espectro de resoluciones para que sea conocida por el superior jerárquico que en este caso es la Corte Suprema. Para el resto de los casos se deja el recurso de reposición como medio para enmendar las distintas resoluciones del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

El inciso segundo señala que se podrá reclamar la sentencia sea que imponga o no sanciones contra la parte requerida, dejando prácticamente cualquier escenario para recurrir lo dictado por el Tribunal de Defensa de la libre Competencia.

El mismo inciso segundo nos indica quienes son los sujetos legitimados para interponer dicho recurso. Por supuesto que el agraviado por la sentencia tiene derecho a su interposición, ampliando también la titularidad al Fiscal Nacional Económico y a cualquiera de las partes que haya sido parte del procedimiento y exista un perjuicio en relación a la sentencia definitiva. En

resumen, es posible recurrir lo dictaminado en una sentencia definitiva cualquiera sea lo resuelto por el Tribunal de Defensa de la libre Competencia y por cualquiera de las partes, siempre que exista fundamento y concurra un agravio para dicha parte.

Por otro lado, el artículo 27 establece un plazo de interposición del recurso para su conocimiento por la Corte Suprema como superior jerárquico: 10 días contados desde la notificación hecha a las partes de la sentencia, con un aumento de plazo de conformidad a la tabla de emplazamiento consagrada en el artículo 259 del Código de Procedimiento Civil si las partes tuviesen un domicilio fuera del territorio de competencia del tribunal.

El inciso tercero indica la regulación procesal del recurso ante la Corte Suprema. El inciso indica la preferencia del recurso en la tabla, sus reglas de comparecencia y algunas limitaciones al momento de suspender la causa.

Por último, su inciso final indica que puede suspenderse los efectos de lo resuelto por el Tribunal de Defensa de la libre Competencia si así la Corte Suprema lo ordena.

Cabe destacar que, además de ser una regulación escueta, el Decreto Ley N° 211 nada habla sobre otros temas en relación al recurso como el

alcance de revisión del recurso, la posibilidad de incorporación de prueba ante la Corte Suprema, entre otras materias. Es decir no existe ningún indicio de cómo debiese conocer la Corte Suprema el recurso ni tampoco el trato que debe darle a este¹³⁷. Existe una evidente ausencia de una directriz la cual guie a la Corte al momento de conocer y fallar el recurso de reclamación. Evidencia de lo anterior es la falta de consenso de los actores de la discusión parlamentaria sobre la naturaleza jurídica del recurso y la nula deliberación sobre el rol de la Corte Suprema.

Una posible forma de dar solución a ello es por medio del artículo 29 del Decreto Ley N° 211. Dicha norma establece que en todo aquello no regulado en la normativa específica se atenderá supletoriamente a los Libros I y II del Código de Procedimiento Civil. Entre las normas señaladas del Código de Procedimiento Civil, se regula el Recurso de Apelación, mecanismo el cual permite conocer de forma amplia lo ya fallado en instancias anteriores, pudiendo reformarse tanto el hecho como el derecho. En otras palabras, podría señalarse que el Decreto Ley N° 211 seguiría, tácitamente, la lógica y razón del recurso de apelación en todo aquello que el legislador ha callado.

Dicha apreciación creemos que sería errónea. Además de que no sería acorde con un sistema extremadamente técnico del Tribunal de Defensa de la

¹³⁷ DUCE. Mauricio. Informe en Derecho. Op. Cit. 14-15p.

Libre Competencia donde la Corte Suprema necesariamente debería respetar ciertas decisiones y premisas que la primera instancia afirma en sus sentencias. Es obvio que si se hubiese querido afirmar que la Reclamación siguiese el modelo de Apelación lo hubiese indicado expresamente. La consagración de la Reclamación en la Normativa Antimonopólica enseña que el legislador optó por un mecanismo de impugnación especial y sofisticada para la materia regulada. Por ende, no sería del todo posible asumir que se trata de un recurso asimilable a la apelación civil¹³⁸.

Por otro lado, cabe señalar que dentro de la discusión parlamentaria en cuanto a la falta de consenso acerca de la naturaleza del recurso, existe un hilo conductor: el legislador era proclive a un recurso restrictivo, donde su interposición sería para ciertos casos y su conocimiento sería limitado. Prueba de ello es la proposición de la Corte Suprema de la Casación como recurso idóneo, negando la posibilidad a una instancia amplia, y la denominación de la Cámara de Diputados por un Recurso de Nulidad inspirado por la reciente reforma procesal penal. En el caso del Senado, si bien fue proclive a la instauración de la Apelación, en la Comisión Mixta se dejó constancia que el Senado jamás quiso dar un recurso en extremo amplio. Siempre tuvo en mente que la Corte Suprema solo se avocara a ciertos temas al conocer de las sentencias del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. La intención de

¹³⁸ DUCE. Mauricio. Informe en Derecho. Op. Cit. 14p.

denominar al recurso como “Apelación” obedecía a seguir con una denominación “tradicional” de los recursos procesales chilenos.

En suma, siempre se buscó dar con un recurso acotado donde se asegure un derecho a recurrir dentro del procedimiento, siendo acorde al derecho a un debido proceso. La Reclamación es un recurso especial que asegura el control de ciertas afirmaciones hechas por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, pero dentro de los márgenes permitidos en una justicia técnica como lo es el derecho de la libre competencia. Ello evita que la Corte Suprema pueda pronunciarse sobre argumentos y premisas eminentemente técnicas y que salen del control jurídico. Sería del todo ilógico que luego de los esfuerzos por contar con semejante institución técnica se degrade sus decisiones por la Corte Suprema como si fuese un tribunal de justicia ordinaria.

Nosotros abogamos, y de conformidad con la nueva reforma procesal civil la cual se adelanta en estos hechos, a una Corte Suprema donde cumpla efectivamente su rol, dando un recurso limitado con un rol unificador de jurisprudencia representado en el nuevo Recurso Extraordinario.

Tal como mencionamos en el capítulo anterior, hoy nuestro Máximo Tribunal carece de una línea dogmática tanto en la práctica como teórica. Incluso cuando no hubo consenso acerca del trato que debe darse al Recurso

de Reclamación, si el rol de nuestro más Alto Tribunal es el de una Corte dedicada a unificar requisitos, criterios e interpretación del ordenamiento jurídico, con mayor razón debiese aplicarse los principios que sustentan el recurso extraordinario en libre competencia por dos razones esenciales:

La primera, por cuanto el recurso daría seguridad a los actores en cuanto determinar qué hechos, actos y contratos son considerados potencial o actualmente perjudiciales para el funcionamiento de los mercados uniformando dichos criterios.

En segundo lugar, por medio de un *certiorari* se evita que la Corte Suprema conozca todo tipo de materias que los particulares en sus conflictos busquen alzarlos ante el Excelentísimo Tribunal dando vigor a la litigación ante el tribunal indicado por la legislación como el capacitado para su resolución como es el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y no la Corte Suprema la cual velará por otros principios y fines.

3.6. Recurso de Reclamación en Potestad Consultiva.

3.6.1. Generalidades.

El artículo 18 N°2 del Decreto Ley N° 211 señala: “*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”;

La facultad consultiva del tribunal tiene un marcado rol preventivo, en cuanto previene que un determinado hecho, acto o convención pueda llegar a atentar contra la libre competencia si alcanza existencia, o bien advierte que un hecho, acto o contrato ya existente podría ser calificado en un procedimiento contencioso como un injusto a la libre competencia¹³⁹. Esta facultad busca, a grosso modo, evitar futuros litigios por infracción a la normativa de la libre competencia y dar certeza acerca de qué casos pueden afectar el funcionamiento competitivo de un mercado determinado. Es, sin lugar a dudas, una de las facultades que resalta el rol de regulador del comercio del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

¹³⁹ VALDES PRIETO, Domingo. 2006. Libre Competencia y Monopolio. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile. 614p.

Para su ejecución, el artículo 31 de la mencionada ley establece un procedimiento al cual se somete el solicitante de consulta. Del mismo modo, en su inciso final establece el régimen recursivo respecto de las diversas resoluciones que puedan emanar del órgano jurisdiccional, donde las resoluciones que emita el tribunal al respecto serán susceptibles del recurso de reposición, mas solo podrán ser susceptibles del recurso de reclamación aquellas que pongan fin al procedimiento, sea que aprueben o rechacen la consulta, o fije condiciones para su ejecución.

3.6.2. Consideraciones y Desafíos del Procedimiento de Consulta y Recurso de Reclamación.

El sistema de consulta del Tribunal de Defensa de Libre Competencia no ha estado libre de discusión principalmente en cuanto a la naturaleza del procedimiento.

La mayoría de la doctrina está de acuerdo en que nos encontramos ante un asunto judicial no contencioso debido a la falta de conflicto inter subjetivo en dicho procedimiento. Habría una ausencia de litis o de discordia debido a la falta de oponente en el procedimiento donde solo participa el solicitante de la consulta y el Tribunal de Defensa de Libre Competencia, órgano llamado a dar

respuesta a lo consultado¹⁴⁰. La consulta deberá pronunciarse sobre si el acto consultado atentare o no contra la libre competencia, donde no existe conflicto y, por tanto, no podría calificarse como asunto contencioso.

Uno de los más prestigiosos expertos en la materia, el profesor Domingo Valdés Prieto, en su obra señala “(...) En el caso de una consulta antimonopólica, estamos ante una persona que formula la consulta o “consultante” –que será el Fiscal Nacional Económico o una persona dotada de legítimo interés- y una autoridad pública consultada, que es precisamente el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Así, al presentarse la consulta no hay conflicto o litis trabada entre partes que reclaman ante un tribunal la controversia por la vía de decir el derecho de cada una de ellas. En otras palabras, solo cuando hay conflicto o litis el tribunal debe establecer la justicia del caso particular en discordia por la vía de señalar el derecho (...)”¹⁴¹.

Incluso el mismo Tribunal Constitucional lo ha estimado de esa forma en uno de sus varios fallos sobre la materia de fecha 9 de septiembre de 2009, Rol 1448-2009:

¹⁴⁰ Algunos autores a los que nos referimos: VALDES. Domingo. Loc. Cit., VELOZO. Javier y GONZÁLEZ, Daniela. Op. Cit.

¹⁴¹ VALDES. Domingo. Op. Cit. 608p.

“Que de la lectura de lo dispuesto en el artículo 18 del Decreto Ley N° 211 es posible concluir que –en principio- sólo el número uno dice relación con una atribución en que el órgano actúa propiamente como tribunal, ejerciendo jurisdicción esto es, resolviendo conflictos externos de relevancia jurídica. Los demás numerales no establecen potestades propiamente jurisdiccionales, toda vez que en el ejercicio de ellas el Tribunal de defensa de la libre Competencia no conoce de pretensiones procesales originadas en un conflicto de carácter jurídico, sino por solicitud y no demanda de los interesados, se pronuncia sobre ciertas declaraciones y diligencia que, como es propio en los procedimientos no contenciosos, los particulares no pueden realizar por sí, requiriendo la intervención de un tribunal al que expresamente se le han encomendado las atribuciones administrativas pertinentes”¹⁴².

En pocas palabras, la doctrina y jurisprudencia actual no discute respecto a la naturaleza jurídica del procedimiento de consulta, existiendo relativa concordancia sobre su aspecto no contencioso.

¿Es posible denominar el procedimiento regulado en el artículo 31 del Decreto ley N° 211 como no contencioso y establecer que, efectivamente, no existe conflicto en dichas materias sujetas a este procedimiento, a mencionar, la consulta y la potestad reglamentaria? ¿Es posible determinar que no existe

¹⁴² TC, 09.09.2009. Rol 1448-2009.

conflicto alguno, o lo mismo, la existencia de una pretensión donde existe una oposición a un interés jurídicamente protegido?

La siguiente disyuntiva comienza por el hecho de la existencia de un recurso insertado en un asunto judicial no contencioso lo cual es criticado dentro de una doctrina clásica recursiva. En efecto, no tendría cabida alguna por el hecho de que, de conformidad a la doctrina, no existiría un conflicto en estos procedimientos. Bajo dicha percepción, no sería conveniente ni lógica la inserción de recursos ante procedimientos donde carecen de pretensiones contradictorias y donde se busca complementar o ratificar una situación jurídica.

De lo anterior, cabe preguntarse ¿nos encontramos ante un procedimiento contencioso o uno que carece de conflicto alguno? Debemos tener en consideración que el procedimiento de consulta contiene un recurso consagrado como medio de impugnación de la decisión tomada por un órgano jurisdiccional por cuanto sería, en principio, no contencioso. Ello lleva a un sinsentido por cuanto los asuntos judiciales no contenciosos no requerirían recursos al ser procesos carentes de conflicto.

Como punto de partida, debemos definir qué entendemos por asunto judicial no contencioso. El artículo 817 del Código de Procedimiento Civil define

acto judicial no contencioso como *“aquellos que según la ley requieren la intervención del juez y en que no se promueve contienda alguna de las partes”*.

Algunos autores han formulado otras definiciones de lo que es un asunto judicial contencioso. Para el profesor Fernando Alessandri Rodríguez un asunto judicial no contencioso se define como “aquel que tiene el juez en virtud de expresa disposición legal y en la que no se promueve contienda alguna entre partes”. Para el profesor Manuel Urrutia se definen como “especiales actividades del Estado, ejecutadas por los Tribunales de justicia u otras autoridades a petición de un interesado, con el fin de constituir situaciones o estados jurídicos nuevos”. Autores contemporáneos como don José Quezada lo definen como “la facultad que, en casos expresamente determinados, otorga la ley a los tribunales para intervenir en asuntos en que no hay litigio, pero si necesidad de tutela, control o comprobación de ciertos actos jurídicos”¹⁴³.

Tal como se indica en cada autor, es condición común en dichas definiciones la ausencia de conflicto o contienda entre las partes o interesados. En otras palabras, debe carecer de pretensiones el procedimiento entre las partes, aun cuando exista la posibilidad de allanamiento o si una de las partes estuviese rebelde¹⁴⁴. Así, podríamos decir que ante la existencia de contienda y

¹⁴³ Citadas a partir de JAEGER, Pablo y MATURANA, Francisco. 1992. Los Actos No Contenciosos y su Práctica Forense. Santiago de Chile. Editorial La Ley. 26-27p.

¹⁴⁴ JAEGER, Pablo y MATURANA, Francisco. Ibid. 35p.

de intereses resistidos por otra parte, estaríamos en presencia de un asunto contencioso, mientras que la ausencia de controversia nos indica que es un asunto judicial no contencioso,

Volviendo al procedimiento que regula la consulta ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, existen varias interrogantes.

En primer lugar, la doctrina nacional predominante ha estimado que nos encontramos ante un procedimiento no contencioso por varias razones: algunas apuntan a la ausencia de un conflicto donde deba darse lo justo a cada uno, llegando a una justa composición entre las partes¹⁴⁵ o por el hecho de que el procedimiento no es de aquellos donde se conoce un conflicto donde una de las partes es susceptible del *ius puniendi* estatal por infracciones a la legislación de libre competencia¹⁴⁶. De hecho este último argumento es utilizado por algunos autores como una clara premisa que diferencia el procedimiento de consulta de los procedimientos contenciosos sancionadores regulados en los artículos 19 y siguientes del Decreto Ley N° 211, estimando que aunque el hecho de la consulta declare si un hecho o no atenta actual o eventualmente contra la libre competencia ello sería no contencioso.

¹⁴⁵ VALDES. Domingo. Op. Cit. 608p.

¹⁴⁶ VELOZO. Javier y GONZÁLEZ, Daniela. Op Cit. 32-33p.

En nuestra opinión, los argumentos vertidos por la doctrina mayoritaria adolecen de varias inconsistencias.

En primer lugar, es erróneo aseverar que no existe un conflicto entre las partes. Incluso la misma ley estima que existe una contienda entre ellas. Basta observar que el procedimiento de consulta regulado en el artículo 31 de la normativa Antimonopólica si bien una parte es la interesada donde se somete a la aprobación del tribunal en cuanto a si es posible su ejecución, ello no solamente es de acuerdo a la apreciación de éste sino también de acuerdo a lo vertido por la Fiscalía Nacional Económica, autoridades pertinentes del rubro que participan de la consulta y las demás partes que a juicio del tribunal tengan un *interés* en dicho procedimiento. Al señalar la ley que se citará a aquellos agentes económicos al procedimiento siempre que, según el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia tengan relación con la materia, es evidente que es posible la controversia o la eventualidad de generar discrepancias entre los partícipes del procedimiento por la existencia de intereses y posiciones diversos.

La existencia de intereses diversos es la imagen de potencialidad de conflictos que trascienden en una vida en sociedad, lo que sustenta la existencia de los tribunales y su ejercicio de la jurisdicción para poder dar solución a estos. Para ello, una parte ejercerá su acción ante el tribunal,

mientras que la otra hará valer su posición siendo necesario que el tribunal escuche a ambas partes consagrando el derecho a defensa y emplazamiento en un procedimiento. En otras palabras, el hecho de existir un interés legítimo radicado en una persona distinta hace necesario la existencia de un emplazamiento a la contraria donde, si bien puede allanarse a lo exigido o no actuar de ninguna forma, no por ello en el procedimiento se debe eliminar dicho derecho.

Es así como puede ocurrir que en el procedimiento de consulta existen varios elementos donde existen intereses distintos. Muestra de ellos es el derecho que da la ley a las partes para enviar sus informes en un plazo determinado bajo el apercibimiento de no tenerlo en cuenta o de entender precluido su derecho. Del mismo modo, existe una instancia de alegatos oral donde las partes pueden sostener sus ideas, inquietudes o, directamente, descargos acerca de la operación a consultar.

A la postre la misma ley otorga legitimación activa a terceros, permitiendo que personas distintas a los titulares de las operaciones sujetas a consultas puedan solicitar un pronunciamiento por parte del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

En efecto, el artículo 18 letra b) del Decreto Ley N° 211 otorga la acción a “*cualquiera con interés legítimo la consulta acerca de los asuntos que puedan infringir las disposiciones de la presente ley, sobre hechos, actos o contratos existentes o por celebrarse*”, lo cual puede interpretarse que cualquiera puede dar impulso al procedimiento y no exclusivamente al titular del proyecto a consultar.

En relación a lo anterior, la jurisprudencia ha sido vacilante.

En principio, se permitía solamente al titular de la operación sometida a la acción de consulta el inicio del procedimiento.

Sin embargo, una reciente resolución de admisión en la consulta llevada ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia por la consulta de Conadecus sobre operación de concentración LAN Airlines S.A. y TAM Linhas Aéreas S.A del año 2011 ha señalado respecto a la legitimación activa de Conadecus como titular de la acción de consulta sobre la fusión de las mencionadas compañías, lo siguiente:

Octavo: Que en consecuencia, el interés legítimo de CONADECUS para formular la consulta de autos no sólo se fundamenta en una faz subjetiva, al actuar dicha organización en representación de consumidores que son titulares

de derechos individuales o colectivos que pueden verse afectados por la operación consultada, sino también en una objetiva, por la circunstancia de que los intereses individuales o colectivos de sus representados pueden también resultar afectados por la resolución que este Tribunal adopte respecto de tal operación (...)

Noveno: (...). Este Tribunal ha considerado especialmente la circunstancia de que el texto del artículo 18 N° 2 del Decreto Ley N° 211, que estaba vigente con anterioridad a la reforma introducida por la Ley N° 20.361, de 2009, establecía que sólo estaban legalmente habilitados para consultar en esta sede asuntos sobre hechos actos o contratos proyectados quienes pretendieran celebrarlos o ejecutarlos, mientras que el texto actualmente en vigor optó, en cambio, por establecer que están legitimados para consultar quienes tienen interés legítimo, sin hacer distinción, otorgando también al Fiscal Nacional Económico la facultad para hacerlo, en caso de que lo estime necesario;

Décimo: Que todo lo anterior no implica (...) atribuir a CONADECUS la representación del interés general de la colectividad en el orden económico, ni desconocer la atribución del Fiscal Nacional Económico -contenida en el artículo 39 letra b del D.L. N° 211- para actuar como parte, representando tal interés general ante este Tribunal y los tribunales de justicia (...) sólo implica

*reconocer que dicha asociación está habilitada para representar legalmente los intereses difusos de un grupo diferenciado o diferenciable del conjunto de la comunidad, esto es, de los consumidores de los servicios que prestan las compañías involucradas en la operación consultada.*¹⁴⁷

En síntesis, el mismo Tribunal de Defensa de la Libre Competencia sostiene que es posible ejercer la acción de consulta por terceros que buscan cautelar sus intereses ante eventuales o actuales operaciones que atenten contra la libre competencia. No es menor que la misma ley amplía la legitimación activa y no se limita únicamente a la Fiscalía Nacional Económica ni al titular, dando rasgos de que es difícil sostener que la consulta sea de naturaleza no contenciosa.

Incluso el mencionado tribunal va más allá y redefine el hecho de llamarse un “asunto no contencioso”. Señala en la misma resolución: “(...) A juicio de este Tribunal no puede darse en esta sede, a la expresión “asuntos de carácter no contencioso” empleada por el artículo 18 N° 2 del Decreto Ley N° 211, una interpretación similar a la que es propia del ámbito civil (...)a fin de asimilarla al concepto de “jurisdicción voluntaria” y, de ese modo, restringir al máximo posible el número de interesados legítimos en consultar la operación de autos. Ello no sería consistente con la propia norma citada, que expresamente

¹⁴⁷ Resolución de admisibilidad de fecha 17 de marzo de 2011 en causa RIT NC-388-2011 llevada ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

consagra la facultad del Fiscal Nacional Económico de consultar sobre los efectos para la competencia de un hecho, acto o contrato determinado que se propongan celebrar ciertos agentes económicos, ni con la facultad que otorga dicha norma a este Tribunal para mitigar esos riesgos, imponiendo determinadas condiciones, ni con el cambio de criterio del legislador que se evidencia en el texto actualmente vigente del artículo 18 2) del Decreto Ley N° 211, al haberse omitido la referencia directa a las partes involucradas en la operación, tal como ya se ha razonado¹⁴⁸. Tácitamente, el tribunal rechaza la posibilidad de llamar al procedimiento como un asunto no contencioso por la particularidad de participación de varios agentes en el procedimiento y su valía en cuanto a la permisión o no de la operación objeto.

En segundo lugar, aun si se argumentara que no existe contienda por el hecho que existirían ocasiones donde no existirían otros intervinientes por inexistencia de competencia como ocurre en los monopolios legales, existe siempre el emplazamiento a la Fiscalía Nacional Económica. El artículo 31 ordena al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia que siempre ha de emplazar y exigir su informe acerca de los hechos a consultar.

La gran mayoría de la doctrina estima que el bien jurídico libre competencia es un bien perteneciente al orden público económico garantizado

¹⁴⁸ Considerando Duodécimo de resolución de admisibilidad de fecha 17 de marzo de 2011 en causa RIT NC-388-2011 llevada ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

por el artículo 19 número 21 de la Constitución Política, consistente en asegurar la autonomía privada de los agentes económicos en introducirse en un mercado y competir sin restricción alguna¹⁴⁹.

Como ya sabemos, la Fiscalía Nacional Económica es aquel órgano que, en representación del Estado, debe velar por el interés general de la colectividad respecto a los atentados contra la libre competencia. Si bien el significado de este bien jurídico es indeterminado, la doctrina entiende que significa el eficiente funcionamiento de los mercados y la protección de la libertad y autonomía privada de las personas de poder realizar actividades económicas. Dicho bien jurídico debe ser garantizado y protegido por el Estado y sus órganos, asegurando el ingreso de cualquier agente económico en la competencia.

En consecuencia, y tal como hemos defendido a lo largo de este trabajo, el bien jurídico libre competencia es parte del orden público económico el cual debe ser tutelado.

Así como el Ministerio Público en sede penal representa los intereses estatales por la aplicación del *ius puniendi* penal ante el reproche de conductas penales, la Fiscalía Nacional Económica cumple un rol similar representando a

¹⁴⁹ Un ejemplo de ello es el profesor Jorge Streeeter Prieto, el cual fue enfático en ello y puede verse a lo largo de las actas de la Ley 19.911.

la colectividad como el ente protector del bien jurídico mencionado. Entonces específicamente en el procedimiento de consulta no es posible calificar que no exista contienda entre el consultante y el órgano investigativo ya que debe velar por que los hechos presentados sean acordes a la libre competencia, sea que se allane a ellos o se oponga. Todo ello porque se hace partícipe del procedimiento, verificando que lo propuesto no trasgreda la normativa pertinente y, en definitiva, vele por el buen funcionar del comercio ante eventuales hechos.

Todo ello hace pensar que no sería posible, a pesar de la mayoría contraria, que el procedimiento de consulta se considere no contencioso. A nuestro juicio, existe controversia entre el que somete los hechos, actos o contratos a consulta ya que, de otro modo, ejecutaría la conducta sin problema alguno, siendo este un procedimiento preventivo en caso de posibles demandas o requerimientos por parte de un perjudicado o la Fiscalía Nacional Económica respectivamente.

El tercer y último punto es un argumento de índole histórico que tiene directa relación con el Recurso de Reclamación. Desde siempre, el recurso fue una herramienta para el control de las resoluciones emanadas, primero de la Comisión Preventiva y luego por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Es decir, existió desde siempre en la mente del legislador la

noción de constituir un sistema recursivo, limitado por el tecnicismo de la materia, pero siempre habilitando una etapa para su reevaluación en cierto modo. Ello se ve en la única resolución susceptible del recurso y las oportunidades para su interposición de acuerdo si el tribunal aprobaba o no la consulta, o bajo condiciones.

No es sino hasta la Ley N° 20.361 donde se reforma el recurso de forma amplia, pudiendo ser susceptible la sentencia definitiva o que pone término a la consulta no solo que pone condiciones, sino también aquella que acoge o rechaza la consulta. La justificación del cambio era asegurar un derecho al recurso efectivo. Del mismo modo, se amplía la legitimación activa de su interposición pudiendo cualquier parte interponerlo, evitando dejar en indefensión a las partes afectadas que participan del procedimiento y dar un mayor control jurisdiccional a la Corte Suprema.

Los pasajes señalados en la discusión de la Ley N° 20.361 dan muestras que el recurso tiene un marcado énfasis de control de todo tipo de pronunciamiento del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia donde cualquier partícipe puede recurrir. Es decir, el discurso llevado por el legislador en ese entonces es el de un recurso insertado dentro de un proceso donde existen intereses divergentes que han de tenerse en cuenta para dar con una solución acuciosa, completa y emanada del debate. Lo anterior da a entender

que estos intereses pueden ser tanto contrapuestos como no, pero es evidente que existen tal como ocurre en un procedimiento contencioso.

En consecuencia, la ampliación al recurso obedece, sin duda, a la anticipación de un medio recursivo para tutelar los derechos agraviados de las partes en la consulta cuyo conocimiento se entrega a la Corte Suprema como único órgano para resolver dicha instancia. Por tanto, se expresa tácitamente que nos encontramos en un procedimiento con intereses divergentes, ergo, un procedimiento contencioso.

Del mismo modo piensa la Corte Suprema. En efecto, en relación al conocimiento de Instrucciones Generales N° 2 dictadas por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en virtud de las facultades otorgadas por el artículo 18 N°3 del Decreto Ley N° 211, ligado a que dicha facultad se tramita de conformidad al procedimiento reglado en el artículo 31 del mismo cuerpo normativo, señala lo siguiente:

“Que finalmente es indiscutido que la potestad establecida en el numeral 3° del artículo 18 del Decreto Ley N° 211 siempre ha podido ser revisada por el Poder Judicial mediante la interposición de las respectivas acciones ante los tribunales ordinarios de justicia, si su ejercicio era acusado de ilegal o abusivo. Pues bien, ahora el legislador ha previsto que dicho control de juridicidad se

realice a través del mecanismo que contempla la propia normativa antimonopolio, esto es, el recurso de reclamación ante el superior jerárquico del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

El recurso de reclamación surge, por tanto, como la vía adecuada -atendida la naturaleza compleja y técnica de esta clase de asuntos- que tienen los agentes económicos para desafiar las decisiones que emanen de ese Tribunal al amparo de la facultad que se ha examinado”.¹⁵⁰

Si bien no lo menciona, tácitamente admite que estamos ante un procedimiento contencioso cuyo control es, precisamente, por medio del sistema recursivo establecido por el legislador a favor de las partes en un pleito.

En síntesis, existen buenos argumentos para establecer que el procedimiento de consulta contiene rasgos de un proceso contencioso. El mismo modelo del procedimiento da espacios a que las partes puedan hacer sus descargos al respecto del mismo modo como si se contestara demanda. Adicionalmente, el procedimiento consagra una etapa de discusión y emplazamiento a la contraria de modo de contar con sus pretensiones para una mejor resolución del conflicto. No es efectivo, entonces, que el procedimiento carezca de conflicto o rasgos de no contencioso ya que existe una contienda

¹⁵⁰ Considerando Noveno de Sentencia dictada por la Tercera Sala de la CS, causa 269-2013.

entre las partes donde se da la oportunidad de expresar lo que se estima de acuerdo a la posición en forma amplia que un actor tenga en dicho procedimiento. Si no fuese así, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia no abriría la discusión a otros protagonistas dentro del mercado el cual afectaría la operación¹⁵¹.

Entonces qué naturaleza tiene el procedimiento de consulta. Nos aventuramos a establecer que estaríamos ante un procedimiento especial *sui generis*, del tipo preventivo que busca evitar posibles sanciones donde el requirente busca certeza acerca de si la operación a realizar es posible de ejecutar o no cumple con la legislación actual. Sería un procedimiento totalmente distinto al ordinario regulado en el Decreto Ley N° 211.

El fin de este procedimiento sería establecer y declarar si la actual situación o posterior ejecución del hecho, acto o contrato sería perjudicial para el buen funcionar de los mercados. Sería un procedimiento meramente declarativo, donde, de acuerdo al profesor Maturana, “tienden a eliminar un

¹⁵¹ En la legislación comparada, en el caso europeo, la facultad de consulta la tiene la *Federal Trade Commission* junto con el *Justice Department*, los cuales declaran si el hecho queda eximido o no de atentar contra la libre competencia. Es un ejemplo de que, esencialmente, son estos órganos los cuales toman la decisión final siendo una eminentemente técnica sin la deliberación de posibles afectados en cuanto a sus intereses. En el caso europeo, la comisión europea decide si el hecho queda exento o no de alguna infracción. Lo anterior demuestra que nuestro país, inspirado en la legislación comparada, sí dio espacio a la posibilidad de permitir ciertos actos que, a primera vista, pudiesen atentar a la normativa de la libre competencia, aunque innova en el hecho de permitir la deliberación con los eventuales perjudicados si la operación se aprobase. Así, es posible, al menos confirmar, que el procedimiento del artículo 31 del Decreto Ley N° 211 no es completamente no contencioso.

estado de incertidumbre a través de un pronunciamiento que resuelva acerca de la existencia, alcance y modalidad de una relación jurídica o de un derecho, o sea que se limita a reconocer una situación jurídica existente, sin que se imponga al demandado ninguna condena ni se le solicite la modificación de una situación determinada¹⁵², definición y naturaleza del procedimiento acorde al de consulta.

Por tanto, lo único que buscaría el tribunal es declarar una situación jurídica. El fin sería aclarar el estado de incertidumbre acerca de un hecho llevado ante el órgano jurisdiccional sin ánimo de condenarlo. El procedimiento busca dar certeza acerca de si la materia consultada atenta contra la libre competencia. No es que genere una relación ni situación jurídica nueva, se limita sencillamente a dar exactitud a los hechos llevados ante el tribunal¹⁵³.

Lo mismo ocurre en el procedimiento de consulta donde el consultante se somete al procedimiento de modo de asegurar, preventivamente, si lo expuesto tiene potencial de atentar contra la libre competencia. La sentencia solo se refiere a la actual situación del consultante y su relación con el mercado, evaluando si es posible su práctica o no sin mejorar o modificar su calidad jurídica.

¹⁵² MATURANA MIQUEL, Cristián. 2009. Nociones sobre Disposiciones comunes a todo Procedimiento. Apuntes de clases. Santiago de Chile. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. 25p.

¹⁵³ MATURANA MIQUEL, Cristián. Ibid. p. 25.

Por lo anterior, se justificaría el establecimiento del Recurso de Reclamación dentro de la consulta si fuese visto de esta forma, debiendo entonces la Corte Suprema tratar y conocer el recurso de la misma forma propuesta durante este trabajo.

3.7. Consecuencias de Considerar el Procedimiento Consulta como Contencioso

El hecho que el procedimiento de consulta lleve aparejado una naturaleza contenciosa, trae una serie de consecuencias procesales de gran importancia. Sin ánimo de realizar un trabajo acabado ni exhaustivo, nos centraremos en los efectos más relevantes al respecto.

Uno de los principales efectos es la ya justificada existencia de un recurso como medio de control jurisdiccional ejercido por la Corte Suprema. La doctrina es clara en señalar que las partes tienen un derecho al recurso en una contienda en cuanto se enmarca dentro de uno de los derechos garantizados dentro de un debido proceso de conformidad a la cláusula indeterminada del artículo 19 N°3 de la Constitución Política.

Dentro de un sistema recursivo clásico, el legislador consagra medios procesales a las partes para poder controlar la motivación del juez en el ejercicio jurisdiccional así como otros fines los cuales son específicos de acuerdo a la naturaleza del recurso.

En el caso chileno el Recurso de Reclamación, tal como se vio en las actas de la Ley N° 19.911, su naturaleza es del todo imprecisa. Lo único cierto es que el legislador tuvo intención de dar un recurso de conocimiento limitado a la Corte Suprema, donde se limitara a conocer ciertos aspectos relacionados del derecho, evitando el conocimiento de hechos relacionados con las ciencias económicas. Sin embargo, y tal como mostraremos más adelante, el trato que ha dado la Corte al recurso dista bastante de la intención del legislador así como del tecnicismo necesario que debe dársele al recurso por la naturaleza de las materias que conoce.

Sin perjuicio de lo anterior, propusimos una naturaleza al recurso el cual es acorde a los principios en que se funda tanto el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, así como con el rol de la Corte Suprema de conformidad a la naturaleza casuística del derecho de la libre competencia. Este recurso extraordinario busca principalmente dar seguridad en cuanto a qué hechos son los que infringen las normas de la libre competencia como también introduce

cierta armonía en cuanto al nuevo rol que se asigna a la Corte en el marco de una futura reforma procesal civil.

Al margen de lo anterior, el hecho del establecimiento del Recurso de Reclamación indica que la existencia de los recursos se establece dentro de los procedimientos contenciosos entendiendo tales como la discusión de pretensiones legítimas entre partes. Si entendemos que desde un principio se estableció el mencionado recurso en la consulta es porque desde luego el legislador quiso un medio para su control por el superior jerárquico correspondiente. No es posible asimilar dicho sistema dentro de un asunto judicial no contencioso por el hecho de que, tal como señala, no existe contienda que un superior jerárquico deba controlar. Existe una inconsistencia e incoherencia el hecho de establecer recursos en dichos procedimientos ya que no serían necesarios.

Muestra de ello es la existencia de la facultad de revocación de la resolución emanada de un asunto no contencioso consagrado en el artículo 821 del Código de Procedimiento Civil, susceptible en contra de resoluciones negativas o aquellas que no otorgan aquello pedido por el solicitante siempre que no hayan sido ejecutadas, pudiendo revocarse si cambiasen los hechos que dieron fundamento para su denegación. Es todo lo contrario a un recurso el cual controla el ejercicio jurisdiccional por excelencia, no controla los hechos

extraprocesales como sí ocurre en la facultad de revocación. Sería el mecanismo idóneo en contra de dichas resoluciones, no teniendo razón dentro de dicha lógica la aplicación de un sistema recursivo diseñado, principalmente, para controles jurisdiccionales¹⁵⁴.

Otro de los efectos de determinar la consulta como un procedimiento contencioso es el efecto de cosa juzgada que otorga la sentencia dictada en un procedimiento. Ya señalamos anteriormente que nos encontrábamos ante un procedimiento cuyo producto es una sentencia meramente declarativa que, como tal, pone fin a un juicio y que da como cualquier sentencia definitiva efecto de cosa juzgada. Este efecto busca evitar la apertura de futuros pleitos sobre el mismo tema manteniendo la paz social entre los distintos partícipes de la sociedad.

La cuestión es determinar qué tipo de cosa juzgada nos encontramos. Sabida es la clasificación hecha por la doctrina entre la cosa juzgada material, formal y provisoria. La primera se refiere a aquellas resoluciones que son inmutables, no siendo posible revocar por medio de un posterior procedimiento así como tampoco por medios recursivos al haber transcurrido los plazos y oportunidades para su interposición. La cosa juzgada formal, en cambio, solo

¹⁵⁴ Reflejo de ello es que en la actual reforma procesal civil, el nuevo Código Procesal Civil no contempla la regulación de los asuntos judiciales no contenciosos. Si bien se busca entregar dichas facultades a órganos de la administración, ello es una fuerte señal de dar a los tribunales un exclusivo ejercicio de la jurisdicción excluyendo esta función.

goza de inimpugnabilidad, pudiendo ser revocado lo resuelto en un juicio posterior legalmente entablado. En el caso de la cosa juzgada provisoria, se refiere a aquellos casos donde si bien lo resuelto es inmutable e inimpugnable, es posible de modificar lo ya sentenciado siempre y cuando cambien las circunstancias que legitimaron su dictación¹⁵⁵.

De lo anterior, nada dice el Decreto Ley N° 211. Tampoco existen menciones hechas en la historia de sus posteriores reformas.

Sin perjuicio de lo anterior, el artículo 32 del mismo cuerpo legal establece que *“Los actos o contratos ejecutados o celebrados de acuerdo con las decisiones del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, no acarrearán responsabilidad alguna en esta materia, sino en el caso que, posteriormente, y sobre la base de nuevos antecedentes, fueren calificados como contrarios a la libre competencia por el mismo Tribunal, y ello desde que se notifique o publique, en su caso, la resolución que haga tal calificación”*.

Si bien la norma se refiere al derecho de eximir de responsabilidad a los actores en la libre competencia que ejecutan ciertos hechos, actos o contratos previamente autorizados por el mismo tribunal, la norma señala que solamente acarrearán responsabilidad una vez que se modifiquen los hechos en los cuales

¹⁵⁵ MATURANA, Cristián. 2009. Breves Nociones Acerca de la Cosa Juzgada. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. 63-64, 71p.

se basa los actos ilícitos y se pronuncien en posterior sentencia. Es decir, podrá el tribunal pronunciarse siempre y cuando existan cambios fácticos en las circunstancias ya conocidas del negocio u operación conocida.

En otras palabras, la norma tácitamente reconoce la posibilidad de poder cambiar lo ya resuelto. Si nosotros comenzamos de la base que en el procedimiento consultivo existe efecto de cosa juzgada por resolver una disputa, en el caso que lo consultado sea favorable la resolución estará vigente y firme mientras se mantengan los presupuestos conocidos por el tribunal. En el caso que se conociesen nuevos antecedentes y estos modificaran de tal forma que constituyan un ilícito sancionado por el artículo 3 del Decreto Ley N° 211, se iniciará un posterior procedimiento en base a lo ya conocido el cual declarará si existen prueba suficientes para sancionar el hecho ventilado.

Lo anterior da muestras de señalar que nos encontramos ante un claro ejemplo de una sentencia con efecto de cosa juzgada provisoria, donde si en una consulta efectivamente se indica que el asunto sometido a procedimiento se ajusta a la normativa positiva, el pronunciamiento del tribunal más allá de dar eximición de responsabilidad, conlleva que goza de efecto de cosa juzgada la cual podrá ser modificada si cambian los hechos que la fundan de tal forma que sean perjudiciales contra la libre competencia. Con todo, la norma envuelve dentro de su naturaleza el modo de entender dentro del sistema del

procedimiento de consulta el efecto de cosa juzgada que emana de la sentencia, resultado de un procedimiento de consulta.

En síntesis, nos hemos referido a algunos efectos que conlleva el hecho de determinar el producto del procedimiento en estudio como uno de naturaleza contencioso en desmedro de lo ya declarado por parte de la doctrina predominante. En base a los razonamientos vertidos, los principios generales del procedimiento y, en gran medida, a lo expresado por la norma y su rol dentro del sistema normativo correspondiente, no es posible dejar pasar las consecuencias señaladas anteriormente.

3.8. Recurso de Reclamación en Potestad Regulatoria Externa.

Otra potestad del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia la cual está sujeta a control jurisdiccional es la potestad regulatoria externa o facultad de dictar Instrucciones Generales cuyo fin sea la promoción de la libre competencia.

El artículo 18 N° 3 del Decreto Ley N° 211, señala: *“El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia tendrá las siguientes atribuciones y deberes:*

“Dictar instrucciones de carácter general de conformidad a la ley, las cuales deberán considerarse por los particulares en los actos o contratos que ejecuten o celebren y que tuvieren relación con la libre competencia o pudieren atentar contra ella”.

Son, en definitiva, normativas generadas por el tribunal especial vinculantes para todo agente económico y que busca incidir en hechos, actos y contratos que tengan efecto en la libre competencia. Son un marco concreto el cual el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia establece si los actos de los agentes económicos son lícitos o acordes a las líneas macroeconómicas. Larga fue la discusión al respecto si dicha facultad era contraria al principio de reserva legal resguardada en nuestra carta Magna, a lo cual nos limitamos a señalar que el Tribunal Constitucional consideró que no era una facultad atentatoria contra lo anterior, todo ello por existir un medio de participación de los agentes económicos para dar su opinión y deliberación, además de un sistema recursivo para ello¹⁵⁶.

Sin ahondar mayormente en esta potestad, solamente mencionamos que la facultad de dictar estos cuerpos normativos por medio de un procedimiento que ha permitido dar un espacio a la discusión por parte de los agentes

¹⁵⁶ VELOZO. Javier y GONZÁLEZ, Daniela. 2011. Reflexiones en Torno a algunas Facultades Extrajurisdiccionales del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Op. Cit. 45-47p.

económicos en la aplicación de verdaderas futuras normas para ciertos campos económicos.

En cuanto a la posibilidad de revisión de las instrucciones generales emanados del tribunal, algunos autores han desestimado la procedencia de este recurso en este ámbito¹⁵⁷, principalmente por la naturaleza del asunto ventilado. Si bien somos de la opinión de que han existido distorsiones al respecto y que, por ende, las instrucciones generales no son posibles de ser sujeto a reclamación, ello se debe al expreso tenor literal y natural del artículo 31 del Decreto Ley N° 211 que regula la materia.

En efecto, el artículo 31 inciso final establece: *“Las resoluciones o informes que dicte o emita el Tribunal en las materias a que se refiere este artículo, podrán ser objeto del recurso de reposición. Las resoluciones de término, sea que fijen o no condiciones, sólo podrán ser objeto del recurso de reclamación a que se refiere el artículo 27”*.

Tal como se destaca, la reclamación en los procedimientos regulado en el artículo 31 se refieren a aquellas resoluciones que fijan condiciones o no que tienen relación con las consultas llevadas ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, materia ajena a la facultad reglamentaria.

¹⁵⁷ Así, VELOZO y GONZÁLEZ.

Lo anterior se desprende del mismo artículo 18 N° 2 del Decreto Ley N° 211, el cual señala que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia podrá fijar o no condiciones a las operaciones sometidas a su juicio, condiciones que se repiten en el artículo 31 inciso final como medio de ampliación del recurso respecto a dicha facultad. Pero nada dice la ley sobre los procedimientos de formación de las instrucciones generales.

En síntesis, somos de la opinión de que las instrucciones generales, por su misma reglamentación y naturaleza de orden reglamentario y no jurisdiccional, no son posibles de recurrir por la vía de reclamación¹⁵⁸.

¹⁵⁸ Así también lo dejó expreso el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en la causa rol 269-2013 ante la Corte Suprema, en relación a un informe entregado a la misma al conocer un Recurso de Hecho por haber denegado conceder ese tribunal un Recurso de Reclamación contra la resolución que dicta las instrucciones generales N° 2/2012 en la causa rol 386-10. El informe del tribunal de instancia era contrario a conceder el Recurso de Hecho, criterio respecto del cual nuestra Corte Suprema tuvo una opinión distinta al otorgar dicho recurso. En efecto, argumentando en su resolución de fecha 11 de abril de 2013, declaró acoger el recurso interpuesto porque dichas instrucciones también alteran o suscitan condiciones que pueden ser revisadas vía Recurso de Reclamación, por lo que amplía la competencia del recurso a las instrucciones como vía de evitar ilegalidades y arbitrariedades del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en sus funciones así como resalta su rol como superior jerárquico del mismo. Más allá de lo desconcertante que es la opinión de la Corte, ello es contradictorio con la praxis anterior sobre el Recurso de Hecho en la misma materia, donde anteriormente había denegado el mismo recurso por su especialidad en relación a los casos señalados en el Código de Procedimiento Civil (causas rol 3733-2009 y 7467-2009, ambos ante la Corte Suprema), demostrando la incertidumbre de la Corte acerca de la facultad y, por supuesto, de la naturaleza del recurso en discusión. Adicionalmente, en otra resolución de fecha 11 de marzo de 2013, también sobre un Recurso de Hecho contra el informe n° 8/2012 sobre el alzamiento de las restricciones a la integración horizontal aplicables a la licitación y concesión del Frente de Atrake N° 2 del Puerto de Valparaíso, ordenadas en el informe N° 5/2009, define la misma Corte que los informes como producto de las instrucciones generales son susceptibles del recurso de reposición, mientras que la resolución de término en consultas son impugnables por recurso de reclamación. En relación a lo fallado acerca del informe N° 2/2012, la Corte no da certeza sobre la naturaleza de la resolución y el uso del recurso de reclamación.

**CAPÍTULO 4: ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LA CORTE SUPREMA
SOBRE EL RECURSO DE RECLAMACIÓN EN LIBRE COMPETENCIA:
TRATO BRINDADO POR LA CORTE SUPREMA A LA RECLAMACIÓN Y
NATURALEZA QUE ASIGNA AL RECURSO.**

1. Introducción.

En los capítulos anteriores mostramos la génesis del sistema de defensa de la libre competencia establecida en nuestra legislación en virtud de la Ley N° 19.911 y perfeccionada en ciertos aspectos por la Ley N° 20.361. Del mismo modo, se expuso el rol de la Corte Suprema en dicho sistema, el que si bien nunca fue discutido, a partir de la práctica judicial se ha apercibido un indicio de cómo debe tratar el máximo tribunal estas materias.

Efectivamente, por medio del estudiado Recurso de Reclamación la Corte es habilitada para resolver aquellos conflictos sometidos a su competencia ya deliberados ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. A pesar de la poca claridad que la historia de la ley da respecto a la naturaleza del recurso, el cual daría una pauta de comportamiento del máximo tribunal, el recurso de reclamación ha sido objeto de un trato indeterminado por parte de la jurisprudencia nacional.

Ya sabemos y propusimos cómo ha de analizar la Corte Suprema ante la resolución de conflictos en la libre competencia. Toca, en consecuencia, que señalemos en la práctica forense cual es la actual situación del Máximo Tribunal dentro del sistema de libre competencia y a qué recursos se podría asimilar el Recurso de Reclamación dentro de nuestro sistema recursivo.

En relación a lo anterior, la jurisprudencia ha sido vacilante en cuanto a cómo ha de conocer la Corte Suprema este recurso a falta de contexto dogmático y práctico del cual carece el Decreto Ley N° 211, siendo por ello aquella la fuente primordial a la cual debemos acudir para conocer la posible naturaleza del recurso desde una óptica de practica forense.

A continuación nos avocaremos pues a analizar la jurisprudencia de la Corte Suprema acerca del Recurso de Reclamación dentro del sistema de libre competencia chileno. Para su análisis pondremos énfasis en dos tipos de recursos procesales en relación al conocimiento de la Corte del recurso de Reclamación. Por un lado, aquellos casos donde ha incursionado en el conocimiento de los conflictos suscitados con motivo del recurso de Reclamación como si se tratara de una segunda instancia, entendiéndose poseer plenas facultades para conocer tanto de los hechos como del derecho y, por otro lado, aquellos casos donde la Corte solamente da un enfoque

primordialmente normativo, dejando de lado las consideraciones técnicas y fácticas consideradas por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

2. La Corte Suprema como Segunda Instancia: Apelación.

En principio, el artículo 27 y 31 del Decreto Ley N° 211 nada señalan en cuanto a la naturaleza del recurso de Reclamación dando serios problemas y desafíos tanto para las partes y los órganos jurisdiccionales. No existía certidumbre respecto al modo de fallar. Mucho menos sería posible solucionar por medio de un análisis pormenorizado el rol de la Corte Suprema en libre competencia debido a que, y tal como señalamos, el legislador no centró su discusión en ello precisamente por considerar otras premisas más relevantes en su momento.

Sin perjuicio de lo anterior, no es sino esta omisión del legislador la cual el tribunal ha utilizado tácitamente para, por medio de las *praxis* judicial, dar contenido al recurso. La gran mayoría de los fallos dan a entender que la Corte podría conocer tanto los hechos ventilados en la instancia inferior como el derecho aplicable, pudiendo la Corte realizar todas aquellas consideraciones que, a su parecer, estuviesen dentro de sus facultades¹⁵⁹.

¹⁵⁹ La Corte Suprema en varios fallos ha indicado que es una segunda instancia con amplias facultades. En algunos, para calificar el standard probatorio (caso de GPS Chile S.A. con Entel PCS S.A., rol CS 97-09), señalar quién tiene la carga probatoria (caso de FNE contra Cia. Chilena de Fósforos, rol CS 277-2010),

No es sino hasta la sentencia dictada por la Corte Suprema de fecha 26 de enero de 2009 donde en virtud del conocimiento de una Reclamación en procedimiento de consulta iniciado por la Subsecretaría de Telecomunicaciones acerca de la participación de concesionarios de telefonía móvil en una licitación del espectro radioeléctrico, donde se refiere tácitamente a la naturaleza del recurso¹⁶⁰:

Quinto: *Que el artículo 31 del Decreto Ley N° 211, al establecer la procedencia de recurrir de “reclamación” ante la Corte Suprema contra una resolución que imponga condiciones o medidas en un procedimiento no contencioso seguido ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, no precisa la naturaleza jurídica de este recurso de reclamación. Lo anterior trae aparejada la necesidad de fijar el alcance de este medio de impugnación para determinar el ámbito de competencia de esta Corte en el conocimiento del asunto sometido a su jurisdicción;*

Sexto: *Que según se desprende de la historia fidedigna del establecimiento del recurso de reclamación –tal como aparece de la discusión*

plazos de prescripción (caso de Terquim S.A. con STI y EPSA, rol CS 1933-2010), entre otros. Incluso ha llegado a referirse a garantías fundamentales como el debido proceso como en la causa CS 4927-2006, causa entre FNE con D&S S.A. y Jumbo S.A.

¹⁶⁰ CS, 27.01.2009. rol 4797-2008, Reclamación de “Consulta de la Subtel sobre Participación de Concesionarios de Telefonía Móvil en Concurso Público de Telefonía Móvil Digital Avanzado”.

producida en las distintas etapas de gestación de la ley- la Corte Suprema puede en virtud de este medio de impugnación revisar íntegramente los fundamentos que tuvo en cuenta el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia para arribar a su decisión, incluyendo el análisis jurídico y económico que ha permitido arribar a la resolución del asunto de que dicho tribunal conoce;

Séptimo: *Que, en este sentido, la Corte Suprema puede examinar entonces no sólo las condiciones impuestas en el proceso, sino también la globalidad de la materia del asunto resuelto, y ello en razón tanto de la estrecha vinculación existente entre dicha materia y las condiciones que se determinen o que puedan determinarse, como de las situaciones de influencia recíproca que pueden producirse entre ellas;*

Octavo: *Que, en concordancia con lo antes dicho, del texto del artículo 31 del Decreto Ley N° 211 no se advierte la imposición de limitaciones a la actividad jurisdiccional de esta Corte que ha sido puesta en movimiento a través del recurso de reclamación. El citado precepto legal sólo restringe su procedencia en relación a las resoluciones que son susceptibles del mismo, pero no establece limitaciones que pudiesen afectar a la Corte Suprema en el conocimiento y decisión del recurso. De tal manera, requerida su intervención, ésta puede conocer del asunto en su integridad; (lo destacado es nuestro).*

No cabe duda alguna que el criterio de la Corte es asumir un rol de control de instancia plena, pudiendo examinar tanto el hecho como el derecho. Asimila el rol de una segunda instancia como si se tratase de un verdadero Recurso de Apelación. Es decir, ante la omisión del legislador la Corte Suprema establece y entiende que la carencia de una forma especial de conocer dichos negocios judiciales la habilita para conocer tanto del hecho como del derecho.

Nótese la estructura racional que fluye de la Corte a partir de la carencia normativa en la materia. No utiliza otro argumento como, por ejemplo, la utilización de la legislación de los Libros I y II del Código de Procedimiento Civil en subsidio de conformidad al artículo 29 del Decreto Ley N° 211, donde existiría cierta plausibilidad en dar al recurso una naturaleza de Apelación. Sin embargo, aun cuando ya dimos argumentos suficientes para negar dicha posibilidad, ni siquiera la Corte señaló o dictaminó acorde a esa posibilidad. Sencillamente utilizó un argumento basado en la falta de detalle y especialidad jurídica, otorgando injustificadamente dicha naturaleza al recurso.

En otras palabras, la Corte Suprema le asigna la naturaleza a su entera conveniencia la naturaleza misma del recurso, pero precaviendo no asignarle el nombre de "Apelación". Lo anterior por cuanto nuestra Corte en otros fallos niega algunas características de la Apelación, pero no su campo de acción,

dando muestras de acomodar el recurso. Lo anterior deja en evidencia no solamente la arbitrariedad de la Corte en materia lógica-procesal, sino que incluso demuestra el extravío del rol Casacional que debiese ejercer según la misión que se le entrega en el actual sistema procesal civil.

3. Admisibilidad del Recurso de Hecho acerca del Recurso de Reclamación.

La Corte Suprema en los hechos ha dado un trato de Apelación al Recurso de Reclamación. Si fuese así la Corte Suprema debiese dar un trato acorde a la regulación de aquel recurso ordinario, específicamente de acuerdo a la regulación del Libro II del Código de Procedimiento Civil, en sus artículos 186 y siguientes.

Sin embargo, en los hechos la jurisprudencia de la Corte Suprema ha sido errática. No siempre ha reconocido un trato apelativo puro en el recurso de Reclamación. En efecto, la Corte no siempre ha declarado estar ante una Apelación propiamente tal. El mejor ejemplo de ello es respecto a los distintos Recursos de Hecho interpuestos ante la misma Corte en contra de la denegación del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia del recurso de Reclamación en ciertos procedimientos, donde se ha cuidado no mencionar su naturaleza apelativa, como también ha concedido y negado el recurso.

De acuerdo al profesor Maturana, podemos definir el Recurso de Hecho como “aquel acto jurídico procesal de parte que se realiza directamente ante el superior jerárquico, a fin de solicitarle que enmiende con arreglo a derecho la resolución errónea pronunciada por el inferior acerca del otorgamiento o denegación de una apelación interpuesta por él”¹⁶¹.

De conformidad a lo anterior, el Recurso de Hecho es un recurso excepcionalísimo cuya finalidad es el control sobre el inferior jerárquico que ha denegado un Recurso de Apelación en circunstancias que se cumplen todos los requisitos legales para su interposición.

No es abundante la jurisprudencia de la Corte respecto a los Recursos de Hecho en procedimientos contenciosos debido a que la Reclamación es el medio especial para la impugnación de las sentencias definitivas dictadas por el tribunal de instancia, admitiéndose el recurso a tramitación si cumplía con sus correspondientes requisitos formales.

En cuanto a los procedimientos de consulta, debemos distinguir lo siguiente.

¹⁶¹ MATURANA, Cristián. 2012. Los Recursos Procesales. Apuntes de Clases. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. 142p.

Con anterioridad a la Ley N° 20.361, la jurisprudencia por parte de nuestro Alto Tribunal era de negar el Recurso de Hecho por cuanto se limitaba el recurso de Reclamación a aquellos casos donde se hubiesen establecido condiciones a la operación consultada. Así, la interpretación del inciso final del artículo 31 del Decreto Ley N° 211 era restrictiva a dichas situaciones. A modo ejemplar podemos citar la resolución emitida por la Corte Suprema sobre un Recurso de Hecho por la denegación de la Reclamación ante la consulta de GLR Chile Ltda. y otros sobre participación en los concursos públicos para la renovación de concesiones de radiodifusión:

Cuarto: *Que el régimen de recursos que contempla el Decreto Ley 211 respecto de las resoluciones dictadas en los asuntos no contenciosos se encuentra en el artículo 31 inciso final de dicho cuerpo legal, el que dispone: “Las resoluciones o informes que emita el Tribunal en las materias a que se refiere este artículo, podrán ser objeto del recurso de reposición. Las resoluciones que fijen condiciones que deban ser cumplidas en actos o contratos podrán también ser objeto del recurso de reclamación”;*

Quinto: *Que así las cosas, resulta ineludible concluir que el tribunal señalado al denegar la concesión del recurso de reclamación actuó acertadamente, por cuanto cualquiera sea la naturaleza jurídica que se atribuya a este medio de impugnación, lo cierto es que la norma previene que sólo las*

resoluciones que “fijen condiciones” que deban ser cumplidas en actos o contratos pueden ser objeto del recurso referido; y, como se advierte, tal presupuesto no concurre en la resolución de término del proceso aludido porque la resolución impugnada únicamente hizo una simple referencia al estatuto legal pertinente, lo que no puede tenerse como una imposición de condiciones para la ejecución de los actos y contratos cual es el caso que hace procedente la reclamación”¹⁶².

Posteriormente, con la Ley N° 20.361 se reformó el mencionado artículo, ampliando la oportunidad de interponer el Recurso de Reclamación no solo a aquellos casos donde se sujeta la operación a condiciones, sino también a su conformidad o denegación.

Donde existe una mayor jurisprudencia respecto a Recursos de Hecho es en los casos de la dictación de Instrucciones Generales por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de conformidad al artículo 18 N°3 del Decreto Ley N° 211. La razón de ello obedece a la falta de coherencia y certeza del artículo 31 inciso final del Decreto Ley N° 211 posteriormente reformado por la Ley N° 20.361.

¹⁶² CS. 25.07.2009. Rol 2221-2009, recurso de hecho sobre “Consulta de GLR Chile Ltda. y otros sobre participación en los concursos públicos para la renovación de concesiones de radiodifusión”.

La norma señalada establece: “Las resoluciones o informes que dicte o emita el Tribunal en las materias a que se refiere este artículo, podrán ser objeto del recurso de reposición. Las resoluciones de término, sea que fijen o no condiciones, sólo podrán ser objeto del recurso de reclamación a que se refiere el artículo 27 (lo destacado es nuestro). Dicho recurso deberá ser fundado y podrán interponerlo el o los consultantes, el Fiscal Nacional Económico y cualquiera de los terceros que hubieren aportado antecedentes de conformidad con lo dispuesto en el número 1”.

La disyuntiva esencial en la jurisprudencia de nuestra Corte ha sido si las instrucciones son reclamables a pesar de la diferencia que hace la ley respecto. De acuerdo a la misma Corte Suprema, en su considerando Quinto en un mismo recurso de hecho, señaló:

Quinto: Que del mérito de la discusión fluye que el punto central a esclarecer, sobre cuya base se erige la argumentación de Agencias Universales S.A., está dado por la determinación de la naturaleza jurídica del Informe N° 8/2012, puesto que es un aspecto pacífico que respecto de los informes que emite el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia sólo procede el recurso de reposición, y que cuando este tribunal ejerce facultades consultivas, en virtud de lo establecido en el artículo 18 N° 2 del Decreto Ley N° 211, se dicta una resolución de término que es susceptible de ser impugnada a través del

recurso de reclamación. Es en este sentido que el recurrente señala que más allá de la denominación formal de “Informe”, lo que subyace en el “Informe N° 8/2012” es una verdadera resolución de término, siendo ésta su naturaleza jurídica, puesto que a su entender el pronunciamiento es emitido conforme a la última norma citada y no en ejercicio de las facultades establecidas en el N° 5 de la misma disposición¹⁶³.

De lo expresado por el artículo 31 inciso final del Decreto Ley N° 211, además de la opinión en esta materia de nuestro Alto Tribunal, las Instrucciones Generales no son susceptibles del Recurso de Reclamación al no gozar de la categoría de “resolución de término”. Ello ha sido pacífico en la jurisprudencia durante cierto período de tiempo¹⁶⁴.

Sin embargo en un Recurso de Hecho interpuesto ante la misma Corte respecto a la denegación por parte del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia acerca de una Reclamación en contra de resolución recaída sobre Instrucciones de Carácter General N°2¹⁶⁵, nuestro Alto Tribunal indicó:

¹⁶³ CS. 11.03.2013. Rol 9368-2012, Recurso de Hecho sobre “Concesión del recurso de reclamación interpuesto en contra de la resolución de término dictada en los autos individualizados, contenida formalmente en el denominado “Informe N° 8/2012”.

¹⁶⁴ Así también lo ratificó la Corte Suprema en las causas rol 3733-2009 y 7467-2009, donde anteriormente había denegado el recurso de hecho por su especialidad en relación a los casos señalados en el Código de Procedimiento Civil, pero también por la distinción entre “informe” y “resolución de término”.

¹⁶⁵ En este caso, en medio de la facultad de impartir instrucciones de carácter general del artículo 18 N° 3 DL 211 que goza el TDLC, este mismo negó un recurso de reclamación por estimar que la resolución fruto del proceso de creación, de acuerdo al artículo 31 del DL 211, no es susceptible de reclamación al ser una

Séptimo: *Que dicho lo anterior, cabe consignar que la Ley N° 20.361, al modificar en parte el inciso final del artículo 31 del Decreto Ley N° 211, amplió el ámbito de aplicación del recurso de reclamación a todas las resoluciones de término dictadas en los procedimientos que regula dicho precepto, salvo para el caso de los informes que por encargo de determinadas leyes debe emitir el Tribunal. En efecto, el texto vigente del inciso final del artículo 31 hasta el año 2009, señalaba en lo pertinente: “Las resoluciones que fijen condiciones que deban ser cumplidas en actos o contratos podrán también ser objeto de reclamación”. De modo que conforme a esa anterior redacción de la disposición, podía entenderse que la reclamación era procedente únicamente en contra de las resoluciones dictadas en los procedimientos de consulta a los que se refiere el numeral 2° del artículo 18 en que se fijaran condiciones para la celebración de aquellos actos o contratos examinados, y no respecto de las pronunciadas en esos mismos procedimientos que no las fijaran.*

La frase antes transcrita fue reemplazada por la actualmente vigente, que dispone: “Las resoluciones de término, sea que fijen o no condiciones, sólo podrán ser objeto del recurso de reclamación”, con lo cual se elimina

resolución que no es de término ni fija condiciones, características reservadas para los procedimientos de consulta. Ergo, no aplicaría el recurso. Sin embargo, la Corte Suprema interpreta el mismo artículo 31 señalando que las instrucciones, y de conformidad a lo señalado por el Tribunal Constitucional en esta materia, es una resolución de término por no ser una potestad reglamentaria propiamente tal, por lo que es susceptible del recurso de reclamación.

claramente la referencia a que las resoluciones que pueden ser reclamadas deben versar sobre determinados actos o contratos sometidos a conocimiento del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, quedando, por consiguiente, comprendidas las resoluciones que contengan las denominadas instrucciones de carácter general.

Octavo: Que, por otra parte, además de contradictorio con la última modificación de la Ley N° 20.361, no resulta comprensible que el recurso de reclamación proceda para los casos en que se trate de hechos, actos o contratos específicos y se negara respecto de esta clase de instrucciones que eventualmente pueden afectar a toda una actividad económica, como acontece en la especie, en que se fijan condiciones generales –cuestión no controvertida– para todas las empresas que proveen servicios de telefonía móvil.

Noveno: Que finalmente es indiscutido que la potestad establecida en el numeral 3° del artículo 18 del Decreto Ley N° 211 siempre ha podido ser revisada por el Poder Judicial mediante la interposición de las respectivas acciones ante los tribunales ordinarios de justicia, si su ejercicio era acusado de ilegal o abusivo. Pues bien, ahora el legislador ha previsto que dicho control de juridicidad se realice a través del mecanismo que contempla la propia normativa antimonopolio, esto es, el recurso de reclamación ante el superior jerárquico del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (lo destacado es nuestro).

El recurso de reclamación surge, por tanto, como la vía adecuada - atendida la naturaleza compleja y técnica de esta clase de asuntos- que tienen los agentes económicos para desafiar las decisiones que emanen de ese Tribunal al amparo de la facultad que se ha examinado.

Si en un principio nuestro Máximo Tribunal estimaba improcedente la Reclamación ante Instrucciones Generales, la reforma de la Ley N° 20.361 a su criterio amplió la posibilidad. Lo interesante es que nuestra Corte no señala mayores argumentos que el derecho que tienen las partes a poder exigir la revisión por medio de los pertinentes recursos procesales que la ley establece. Adicionalmente, sostiene una eventual amplitud a que la resolución de las Instrucciones Generales es una “resolución de término” porque sujetaría a condiciones lo resuelto asimilando la naturaleza de su facultad reglamentaria a la consultiva por la analogía de que las instrucciones ven lo general y la consulta lo particular.

Pero nada dice sobre la aplicación del Recurso de Hecho, su especialidad en relación a su íntima ligación con el recurso de apelación así como tampoco habla sobre la naturaleza de la reclamación. Sobre ello guarda silencio.

En otras palabras, la Corte no utiliza mayores argumentos jurídicos que funden las últimas decisiones explicadas. Únicamente menciona que debe ejercer el control jerárquico de las instancias inferiores como un ente superior de fiscalización disciplinaria. La posibilidad de su revisión se debe ya no a partir de los recursos y remedios procesales que la ley concede a las partes, sino que a partir de que el tribunal superior tendría *siempre* la obligación de revisión de lo dictaminado por los órganos jurisdiccionales menores por cuanto es posible que la estructura piramidal del Poder Judicial y el papel que la Corte Suprema así lo permite. Ello deriva a creer que la Corte, de oficio, pudiese realizar controles jerárquicos sin fundamento y de forma arbitraria y selectiva causas que a su criterio debiese resolver. Para ello, bastaría aludir a su rol jerárquico, argumento del todo injustificado y peligroso.

Lo anterior es de suma gravedad. La Corte supone el uso del Recurso de Hecho ya no como mecanismo de corrección de acuerdo al alcance de la Apelación, sino como medio de control jerárquico de los fundamentos de los tribunales inferiores. Lo interesante es que ello lo hace de forma aleatoria o selectiva, sin fundamento alguno en relación a la naturaleza de la Reclamación sino en base a argumentos orgánicos de la estructura judicial.

Y es que dicho razonamiento de la Corte es de suyo preocupante, pero no nuevo. Preocupante, por cuanto el Tribunal de Defensa de la Libre

Competencia es un órgano eminentemente técnico, con reglas propias y dinámica que escapa del conocimiento jurídico puro. Su finalidad es velar no solamente por el derecho de competir en un mercado lo suficientemente competitivo como también debe velar como ente correctivo de posibles distorsiones en los mercados. Es un órgano con facultades y fines de políticas públicas que llevan al tribunal a ser un protagonista dentro del orden público económico. Incluso así, el mensaje de la Corte Suprema es que siempre tendrá la última palabra en esta materia, trasgrediendo la especialidad del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y poniendo en jaque el mismo sistema.

Sin perjuicio de lo anterior, la conducta anterior no sería nueva por cuanto una de las funciones de la Corte Suprema es el control disciplinario de los tribunales inferiores. Tal como lo señalamos, la Corte por medio del recurso de queja puede revocar a partir de fundamentos vacuos respaldados en la falta de los jueces la enmienda de resoluciones judiciales a su parecer. Nos atrevemos a indicar que el Recurso de Reclamación, ante su vacío doctrinario, es objeto de posibles arbitrariedades por parte de la Corte tal como ocurre con el recurso de queja ya explicado, rol que se ve potenciado con el férreo sistema vertical dentro del Poder Judicial.

Aún más, la Corte infringe los principios del procedimiento donde el conflicto debe ser resuelto primeramente en la primera instancia o grado de

conocimiento, por cuanto la revisión debe enfocarse en la justificación jurídica de lo fallado. Ello no se cumpliría por los criterios utilizados por la Corte Suprema donde revisa los mismos hechos señalados por probados por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y revisar demás criterios económicos que la Corte muchas veces no entiende. Lo anterior solo genera distorsiones y errores dentro del sistema.

Adicionalmente atenta directamente contra la seguridad jurídica de aquellos regulados por el derecho de la libre competencia. Existiría una suerte de “tómbola” acerca de los argumentos que nuestro máximo tribunal pudiese utilizar para conocer el recurso cuando puede o no ser procedente. Lo anterior es contrario ante la igualdad ante la ley y un debido proceso donde existen normas e instancias claras para las partes.

En suma, el diseño de la Corte Suprema no fue el de dar una competencia amplia como una segunda instancia. El legislador fue consciente de que la nueva institucionalidad debiese focalizar los esfuerzos en el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia otorgando escaso margen de acción a al tribunal de alzada en el conocimiento de un eventual recurso. Sin embargo, y totalmente contrario, la Corte ante el silencio legal, se ha dado el más amplio conocimiento jurisdiccional, donde podría provocar graves distorsiones no solo en los casos mismos sino también en los efectos dentro del mercado

regulado¹⁶⁶. El hecho de otorgar una mayor amplitud a la Corte para conocer dichas materias deja en un segundo plano las decisiones decretadas por el tribunal de instancia.

4. La Corte Suprema como Instancia de Casación.

Corresponde analizar el caso del recurso de Reclamación en cuanto si la Corte ha dado a esta una condición de recurso de Casación.

De conformidad a la historia de la Ley N° 19.911, la Corte Suprema fue reticente en la creación de un recurso que esta conociese en relación a materias eminentemente técnicas como es la libre competencia. Ello no es novedoso si conocemos que la estructura de la Corte Suprema obedece a una función Casacional cuyo deber es velar por la correcta aplicación e

¹⁶⁶ Un ejemplo de lo anterior es el caso de precios predatorios de James Hardie Fibrocementos Ltda., empresa la cual fue condenada por la Corte Suprema al revocar un fallo del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia que había, en primera instancia, rechazado la demanda contra James Hardie por no considerar que existiesen precios predatorios en dicho mercado. Reclamada la intervención de la Corte, este revoca lo resuelto por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia considerando una nueva teoría acerca de qué son los precios predatorios siendo, de paso, una de las primeras sentencias que revoca lo fallado por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia un tribunal, *a priori*, letrado en materia económica en comparación a la Corte. Lo mismo respecto al conocido Caso Farmacias, donde la Corte Suprema define la estructura de un cártel y sus requisitos y otros casos más. Si bien es posible señalar que la Suprema en ciertos casos está en lo correcto y es razonable dentro de sus parámetros, no es posible olvidar que las sentencias dictadas por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia se dictan dentro del marco del buen funcionamiento de los mercados, siendo este su principal deber, mientras que los fines por la Corte Suprema son distintos y que no siempre han de coincidir. Es ante este roce donde existe una incoherencia en el sistema que puede generar resultados no deseados como interpretaciones sobre figuras indeterminadas que si bien son favorables para una parte y otra no, su interpretación deja un precedente insatisfactorio para el futuro.

interpretación del derecho. En consecuencia, no es sorprendente que dentro de la discusión parlamentaria el Máximo Tribunal haya propuesto la Casación en el Fondo como recurso procesal como medio de impugnación a las sentencias definitivas dictadas por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Ello era acorde además con la tradición de nuestro sistema procesal civil y el Código de Procedimiento Civil.

Tal como señalamos, la finalidad de la Casación como tal es resguardar la correcta aplicación de la ley. En el caso chileno el recurso de Casación en el Fondo refleja aquel anhelo del derecho francés.

En el caso del sistema de la libre competencia, ocurre la siguiente dicotomía. Es medianamente claro que la institucionalidad busca la prevención y sanción de aquellas figuras, actos y contratos que atentan contra la libre competencia. Sin embargo, la estructura y lógica del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y la Corte Suprema es radicalmente distinta. Por un lado, un tribunal que genera jurisprudencia indirectamente vinculante en los hechos de señalar qué eventos entorpecen el buen funcionar económico, mientras por otro lado tenemos una Corte Suprema cuya tradición, racionamiento y razonabilidad gira en torno a la aplicación correcta del ordenamiento jurídico. En sencillas palabras, mientras uno llena de contenido una norma indeterminada, el otro

aplica un sistema complejo y abstracto de normas del cual no puede prescindir en sus fallos.

Lo anterior no es banal. Y es que dentro del sistema de la libre competencia, tal como señalamos en el subtítulo de la Apelación, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia fue originado bajo principios radicales a la estructura piramidal del Poder Judicial. En efecto, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia contiene los nuevos principios de la oralidad, concentración, publicidad y control interno del procedimiento, donde la discusión y resolución primordialmente radica en el tribunal que conoce tanto el hecho como el derecho.

Tal como sucede en las reformas llevadas a cabo en nuestro país, y como hemos señalado a lo largo de este trabajo, la Ley N° 19.911 no fue ajena a las reformas procesales. Tanto así que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia es un órgano especializado, donde no tendría sentido si se diese un proceso en donde es posible un control jerarquizado. Sería ilógico no solo por la falta de idoneidad en materias económicas, sino también por la incongruencia de dejar la decisión final en buena parte ante un tribunal que no ha experimentado del todo la prueba ni mucho menos haber estado presente durante el proceso oral.

En pocas palabras, tenemos un Tribunal de Defensa de la Libre Competencia que fue concebido bajo ideas y principios totalmente distintos al del Poder Judicial como lo conocemos desde el siglo XIX representado en nuestra Corte Suprema. Colocamos dentro del sistema dos tribunales cuya forma de razonar es diferente. Muestra de ello es la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema en materia de libre competencia.

Desde una mirada del análisis económico del derecho, el sistema judicial debe funcionar de manera eficiente cuya finalidad sea reducir los costos de tramitación o litigación de los usuarios y minimizar el factor “error” al momento de la dictación de fallos. Tal como explican Cooter y Ulen, lo buscado en esencia en un diseño judicial es el uso eficiente de recursos para no sobre exigir al sistema a partir de sentencias con escaso margen de “error” dentro de una dinámica donde prevalece el conflicto¹⁶⁷.

La finalidad de obtener sentencias con escaso margen de error es evitar la prolongación de los litigios como también evitar la sobre exigencia de nuestro sistema judicial. Debe promover además que ella funcione eficientemente, dentro de los tiempos y con fallos que den efectos disuasivos de insistir en el litigio. Esto último se ve influenciado dentro de un sistema de precedente dogmático donde los tribunales siguen y confían en un criterio uniforme al

¹⁶⁷ COOTER, Robert y ULEN, Thomas. 1998. Economía y Derecho. México DF, Fondo de Cultura Económica. 530-532p.

momento de resolver y dictar el fallo. Aquello es lo que se denomina “precedente” como efecto disuasivo de insistencia en un procedimiento, el cual da seguridad acerca de los criterios empleados por los tribunales en los conflictos suscitados y sus probabilidades de triunfo en un litigio¹⁶⁸.

Adicionalmente, un modelo de eficiencia de aquella envergadura es acorde a procedimientos donde la discusión debe primar en un primer conocimiento. En efecto, el juez de instancia es el mejor relacionado con el caso, por cuanto tiene conoce de primera fuente los antecedentes, aprecia y practica la prueba ofrecida por las partes como también se enfrenta con los protagonistas del litigio de forma cercana y oral.

Lo anterior viene de la mano con un sistema recursivo limitado, donde no toda resolución puede ser recurrida salvo aquellas de gran relevancia para la solución del asunto. Adicionalmente, se debe contar con un sistema recursivo específico, con causales taxativas y descripción especial. Ello en razón de que mientras la causal recurrente sea precisa, mayor será el éxito de poder enmendar lo resuelto en comparación con recursos flexibles y laxos donde es posible recurrir bajo cualquier agravio, sobre cargando innecesariamente el

¹⁶⁸ GARCIA, Francisco. 2007. Reforma al Poder Judicial: una agenda para la discusión. Serie Informe Político N° 100. Informe para Libertad y Desarrollo. 22-25p. Disponible en: <http://www.lyd.com/wp-content/uploads/2011/11/SIP-100-Reforma-AL-Poder-Judicial-Una-agenda-para-la-discusion-JFGarcia-Abril2007.pdf>

sistema judicial. Lo anterior dando un evidente incentivo por obtener criterios diversos dentro de la judicatura.

Lo anterior es de acuerdo a lo que la doctrina del análisis económico del derecho nos podría dar: una judicatura profesional, donde la calidad de justicia y de los criterios de fallo de los tribunales sean objetivos, eficientes y con fundamentos que carezcan de arbitrariedad jurídica.

Bien sabemos que el caso de nuestro país es opuesto como ya lo expusimos. Sabemos que hoy el sistema Casacional no cumple sus fines en la Corte Suprema, donde sus miembros tienen como prioridad en fallar y resolver de forma rápida los conflictos presentados antes que velar por la correcta aplicación del derecho, generando, ente otras cosas, variedad de jurisprudencia sobre el asunto.

Lo anterior por cuanto el recurso de Casación en el Fondo no es aplicado por la Corte con el fin el cual fue creado. Es evidente que no es posible confirmar un precedente de criterios ni de fundamentos bajo condiciones de sobre carga de trabajo ni de creación variada de jurisprudencia, incentivando la litigación y persistencia de las partes en la causa. En los hechos, la Corte

Suprema funciona como tercera instancia donde se resuelve sin seguridad alguna sobre un posible dictamen¹⁶⁹.

En el caso de la libre competencia, respecto a los fallos reclamados ante nuestro máximo tribunal, es posible señalar que adolece de los mismos vicios tanto propios del Decreto Ley N° 211 y orgánicos del Poder Judicial. En efecto, a nivel específico la normativa antimonopólica no establece criterios o causales específicas para recurrir siguiendo los mismos pergaminos de un agravio genérico para cualquiera de las partes. Lo anterior permite recurrir en busca de un mejor fallo ante una posterior instancia permitiendo acceder a aquella instancia donde el recurso no impone causales específicas de acceso a ella como tampoco filtros o criterios de conocimiento de la siguiente instancia. Todo ello bajo decisión de las partes de conformidad al principio dispositivo que rige en nuestro gobierno judicial¹⁷⁰.

Así, no es raro que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia conozca tanto el hecho como el derecho por ser el primer grado de conocimiento teniendo absoluta competencia para conocer todo lo que se ventila por las partes. Sin embargo, en el caso de la Corte Suprema esta conoce con el mismo derecho que el tribunal de instancia. Su rol de Corte de Casación no lo cumple generando una jurisprudencia muchas veces relativa,

¹⁶⁹ GARCIA, Francisco. Loc Cit. 28p.

¹⁷⁰ GARCIA, Francisco. Loc. Cit. 29p.

casuística que genera disparidad de criterios. Lo anterior porque el mismo Recurso de Reclamación incentiva a la Corte Suprema a poder conocer cualquier elemento del juicio como utilizar criterios propios acorde a lo conocido sin ligazón a casos similares. Aun cuando ello genera el incentivo de litigar y de recurrir con tal de obtener un fallo favorable, genera distorsiones en el sistema por cuanto prima lo fallado por la Corte antes que lo fallado por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, órgano creado para solucionar dichos eventos técnicos.

Un somero análisis de la jurisprudencia nos permite revelar que nuestra Corte en muchos casos fija nuevos hechos, interpretaciones e incluso contradicciones con el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, generando disparidad de criterios entre uno y otro caso¹⁷¹. Ello genera incertidumbre acerca de los criterios y aplicación de los conceptos que el órgano pudiese aplicar.

Del análisis pormenorizado, la situación actual del Recurso de Reclamación obedece a que no existe un trato Casacional en los asuntos de

¹⁷¹ En efecto, algunos casos donde la Corte Suprema se ha pronunciado sobre los hechos, podemos enunciar: GPS Chile S.A. contra Entel PCS S.A., rol 97-09, al pronunciarse sobre el efecto en los mercados de telecomunicaciones el ingreso de un nuevo competidor; Requerimiento de la FNE contra Asociación Gremial de Buses Interbus, rol 82-09, al referirse la Corte acerca de las órdenes de un gremio para excluir de responsabilidad al resto de sus integrantes en prácticas anticompetitivas; Bayer con Maver Ltda., rol 4286-2009, respecto a la finalidad del uso de acciones judiciales como medio de entorpecer el ingreso a un mercado, entre otros ejemplos. En suma, cada uno la Corte Suprema no deja de lado la arista fáctica al momento del fallo.

libre competencia. En efecto, parcialmente la Corte Suprema considera que existe un sustrato casuístico no menor por cuanto se debe considerar los hechos del caso. La instancia superior no está destinada para pronunciarse sobre ello ni tampoco sobre las consideraciones técnicas utilizadas por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

El rol de nuestro más alto tribunal debe ser, efectivamente, una corte de derecho, de dar constancia y uniformidad en la aplicación e interpretación del derecho e la libre competencia. No existe justificación legal para inmiscuirse en los hechos ni criterios técnicos utilizados por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, como tampoco doctrinario o dogmático que permita concluir lo anterior. Actualmente, por factores ya indicados, el rol de Casación de la Corte Suprema no se cumple siendo una tercera instancia, práctica que el diseño del Decreto Ley N° 211 no escapa¹⁷².

Con aquel panorama, no son pocos los que abogan por una reforma cuya finalidad, entre otras, es repensar el rol de la Corte Suprema como ya fue expresado. Algunos ven reflejado aquel rol en el nuevo Recurso Extraordinario

¹⁷² Lo curioso es que una de las pocas causas donde la Corte Suprema ejerció su rol como Corte de Casación fue en el caso de colusión de las farmacias Cruz Verde, Ahumada y Salcobrand. Si bien no fue del todo casacional, sí cumplió dicho rol en cuanto a la definición de cómo se ha de entender una colusión o cartel en relación al artículo 3 del Decreto Ley N°L 211 considerando la doctrina y la historia de la ley. Lo que busca la Corte es el alcance del término “colusión” de forma que exista una definición lo suficientemente contundente que no quepa dudas al respecto. Ahora bien, el rol que la Corte debiese ejercer comúnmente es, al contrario, una excepción tanto en su rutina como en el sistema de libre competencia lo cual indica la falencia de la estructura judicial en su esencia y rol.

cuya finalidad expresa sea la uniformidad de criterios en la aplicación del derecho. El nuevo recurso debiese seguir los mismos planteamientos que la Corte Suprema de Estados Unidos de Norteamérica: otorgar al órgano la facultad discrecional de elección de conflictos que susciten un atractivo jurídico que la Corte debe decidir, siendo el resto de los recursos desechados por su falta de relevancia.

Si bien la reforma señalada ya ha sido discutida en este trabajo, no podemos dejar de indicar que ello genera dentro del análisis económico del derecho los resultados esperados: disminuiría la carga de trabajo de los jueces permitiendo realizar un enfoque respecto a fallar no por resolver, sino para impartir justicia. Por otro lado, permite un mecanismo que genere seguridad y objetividad al momento de fundar los fallos en la instancia preliminar evitando la litigación innecesaria. Del mismo modo, sólo se podrá recurrir cuando se cumpla con la causal específica del Recurso Extraordinario, evitando la interposición innecesaria de recursos manifiestamente infundados cuyo único fin es esperar un dictamen imposible.

En relación a lo anterior, hoy dentro del sistema de la libre competencia no se cumple con una Corte Suprema que ejerza un rol de casación, más bien es una plena instancia. Ello se ve reflejado en la jurisprudencia de la Corte por

cuanto es escasa su referencia a la aplicación del derecho privilegiando la litigación como instancia plena.

Ello no es posible por cuanto esencialmente reniega la creación de un tribunal especial cuyas razones son, en principio, idóneas para la materia por cuanto existen jueces preparados para ello. Sería un contrasentido crear una especialidad para que nuestro máximo tribunal decida en última instancia.

Con todo, hoy se debe re pensar el rol de la corte Suprema, reduciendo su campo de acción en la judicatura especial, pero sobre todo reforzar su rol de acuerdo a las reformas que se apliquen a esta. Todo ello por cuanto los recursos que se creen buscan reflejar aquella función que sea armoniosa y coherente con el diseño judicial y procesal.

CONCLUSIONES.

- I. Los recursos procesales son actos jurídicos cuya finalidad es la impugnación, enmienda, revocación o modificación de las resoluciones judiciales emanadas de los órganos jurisdiccionales. Nuestra legislación consagra de forma genérica un derecho al recurso dentro del debido proceso en el artículo 19 N° 3 de nuestra Constitución, sin perjuicio de los tratados internacionales donde se consagra explícitamente.

- II. El sistema jurídico chileno establece una vasta gama de recursos con distintas finalidades, siendo el fundamento el evitar posibles errores de las instancias inferiores y asegurar la debida fundamentación y motivación de estas, esencialmente la sentencia definitiva.

- III. En Chile, tradicionalmente nuestros tribunales superiores de justicia conocen el recurso de Apelación y de Casación, tanto en la forma y fondo. Ello por cuanto nuestro sistema judicial se inspira en las cortes de casación de Europa Continental. Sin perjuicio de lo anterior, por las varias críticas a dicho sistema, principalmente por no cumplir la correcta aplicación de la ley y la anhelada nomofilaquia, actualmente se tramita la reforma procesal civil en nuestro país donde se consagra

un recurso extraordinario que busca la uniformidad jurisprudencial desde la corte Suprema.

- IV. El sistema de defensa de la libre competencia tuvo sus orígenes a partir de los sistemas europeos y norteamericano, con mayor énfasis en este último. Este último fue inspiración en la creación del posterior Decreto Ley N° 211 de 1973 cuyo objeto es la prevención y sanción de los atentados contra el buen funcionar de los mercados.
- V. Las primeras normas relativas a la defensa de la libre competencia en Chile fueron inoperantes por cuanto el mercado en nuestro país fue durante mucho tiempo controlado por las instituciones estatales. No es sino hasta el Decreto Ley N° 211 de 1973 donde comienza una práctica constante de defensa de la libre competencia. Posteriormente, por las necesidades y la complejidad del mercado, se dicta la Ley N° 19.911 que crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia como órgano jurisdiccional especial, cuyo deber es velar por la prevención y sanción de los ilícitos enmarcados en la ley. La virtud de la ley fue crear este tribunal y modernizar el sistema de libre competencia, así como profesionalizar el tribunal. Luego, vendría la reforma de la Ley N° 20.361 cuyo enfoque es la creación de la figura denominada “delación compensada” así como dar mayores

atribuciones a la Fiscalía Nacional Económica en la investigación de los ilícitos similares al del Ministerio Público en el proceso penal, cerrando con ello y por ahora las reformas que buscan fortalecer la institucionalidad de la libre competencia.

VI. A partir de lo anterior, una de las primeras preguntas y dudas reflejadas en este trabajo es si, a partir del diseño elaborado en la Ley N° 19.911 y N° 20.361, esta es adecuada o armoniosa con el rol y naturaleza de la Corte Suprema. Ello por supuesto si se tiene en cuenta que, en principio, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia es un órgano jurisdiccional especial que no solo resuelve, sino también previene y sanciona los ilícitos o infracciones a la libre competencia; mientras la Corte Suprema es un órgano jurisdiccional ordinario cuya finalidad última es resolver los conflictos suscitados. Lo anterior no es menor por cuanto el legislador no discutió acerca del rol que debiese ejercer la Corte Suprema dentro del diseño de defensa de la libre competencia.

VII. La historia de la Corte Suprema nos indica que desde un principio la Corte no fue creada con fines Casacionales sino como órgano de control jurisdiccional de los tribunales inferiores de justicia. En efecto, si bien su creación fue un quiebre con el derecho indiano anterior a la

independencia de nuestro país, no se abandonó el sistema jerárquico, autoritario y férreo que el órgano supremo ejerce respecto a los subalternos a este. Ejemplo de ello es que las primeras competencias de la Corte Suprema fueron el recurso de apelación como muestra del control jerárquico absoluto de las resoluciones de tribunales inferiores y de su temprana superintendencia disciplinaria que ejercía celosamente de los demás tribunales. No es sino recién en 1875 cuando se le da un rol de casación que, en la práctica, comenzó a ejercer recién en 1902 con la dictación y promulgación del Código de Procedimiento Civil.

- VIII. Lo anterior conlleva que el Máximo Tribunal no ejerza ni siquiera su rol Casacional como se le indicó posteriormente. Si bien cumple otras funciones como garantizar los derechos fundamentales, su rol esencial no se ve satisfecho sino más bien resalta su rol disciplinario por medio del recurso de queja. Ello es elocuente al revisar las cifras de cuantos recursos de Casación en el Fondo, considerado como la “Casación” que garantiza la correcta aplicación del derecho, ya que esta es fallada en menor medida que el recurso de queja. Sin embargo, lo notorio es que no cumple el rol Casacional que le fue impuesto, lo más probable es que se deba al imbuido rol disciplinario y jerárquico en que se estructura el Poder Judicial.

- IX. Así, hemos de determinar qué rol queremos asignarle a nuestra Corte Suprema. Se establecieron tres modelos posibles: de Revisión o Instancia Amplia, Casación y de Unificación. En Chile, nuestra Corte Suprema obedece los lineamientos de las Cortes de Casación donde su fin primordial es velar por el correcto alcance de la norma, actualmente ello no lo cumple. En efecto, nuestra Corte Suprema se encuentra con sobre carga laboral, donde existe una gran cantidad de causas pendientes así como un incentivo perverso donde lo fundamental no es resolver ajustado a derecho, sino con miras a una rápida descongestión de causas mediante la solución de conflictos particulares. Ello produce una variada jurisprudencia así como defectos en el sistema judicial.
- X. Consecuencia de lo anterior, actualmente en nuestro país se discute la reforma procesal civil donde se especificó qué rol queremos dar a nuestro más alto tribunal. El proyecto obedece parcialmente a lo que las reformas penal y laboral tímidamente indicaban: restringir la competencia de la Corte Suprema, otorgando un rol de uniformidad y consistencia de la jurisprudencia a partir de fundamentos contundentes y no en base a un excesivo formalismo como ocurre en la casación. Del mismo modo, ello es adecuado a los nuevos

sistemas orales, desformalizados y concentrados, donde priman las primeras instancias generando mayor control por parte del juez inferior de la causa. Ello da que los tribunales superiores tengan un rol más limitado, en cuyo caso genera menor trabajo a los jueces de los tribunales superiores e incentiva ejercer la jurisdicción adecuadamente con fines más bien de carácter general.

XI. A partir de lo anterior, sostenemos que el rol que ejerza el Máximo Tribunal influye sustancialmente en el diseño de libre competencia. En el caso chileno, es evidente que ello influye si consideramos que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia contiene un fuerte sustrato anglosajón por cuanto genera el derecho de la libre competencia a partir de casos particulares, llenando de contenido una norma indeterminada como lo es el artículo 3 del Decreto Ley N° 211, contra una Corte Suprema imbuida del modelo Casacional continental donde únicamente aplica la ley de forma precisa a casos particulares. No moldea el derecho a la realidad generado criterios uniformes de aplicación a futuro, sino que lo aplica a un caso concreto acontecido en el pasado.

XII. Dentro del sistema implantado en el Decreto Ley N° 211 es evidente que existe una falta de congruencia sistémica entre ambos órganos

jurisdiccionales. Por un lado, un Tribunal de Defensa de la Libre Competencia que funciona como tribunal experto donde debe velar no solamente por impartir justicia sino que de velar por el buen funcionamiento de los mercados, creando verdaderas políticas públicas en la materia. Por tanto, es un órgano jurisdiccional que genera políticas públicas y cuyas decisiones son vitales para la dinámica económica, por lo que su estructura de regulación y utilización de una figura indeterminada para sancionar las infracciones de la libre competencia resulta idónea para su buen funcionamiento.

- XIII. Por otro lado, en el sistema del Decreto Ley N° 211 se encargó el rol de instancia jerárquica a la Corte Suprema cuya lógica sistémica difiere del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Ello es evidente por cuanto comienza desde un planteamiento donde debe aplicar la ley en abstracto a la situación concreta ventilada, debiendo ejercer su rol Casacional que es encontrar la aplicación correcta de la norma determinada. En otras palabras, no produce derecho, se limita a aplicarlo al asunto relativo y específico, prescindiendo de los efectos económicos que pudiese provocar.

XIV. Incluso los cimientos de cada tribunal demuestran la clara incompatibilidad. En efecto, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia tiene claras influencias del *Common Law*, donde priman los sistemas de *adjudication*: generación de “normas” generales desde la sistematización de casos particulares generando “precedentes” que determinan qué actos atentan contra la libre competencia. Ello es idóneo en materias dinámicas como las ciencias económicas donde su comportamiento es veloz y este sistema se adecúa a su regulación la cual crea normas generales a partir de hechos particulares. En contraste existen los sistemas de *rulemaking* donde los tribunales aplican el ordenamiento normativo a los casos particulares donde se configura la norma, aplicándose de forma automática. Ello ocurre en el caso de nuestra Corte Suprema chilena en su rol de Corte de Casación.

XV. Un sistema donde la Corte Suprema sea un tribunal de unificación de jurisprudencia sería un sistema compatible con el sistema de la libre competencia. Ello por cuanto la Corte selecciona qué temas habrá de conocer por existir un interés general para la vida jurídica, como también limita la posibilidad de que su conocimiento sea únicamente jurídico por cuanto tenga que velar por la uniformidad de los criterios de solución en materia de libre competencia. Lo anterior fortalece y

vigoriza el rol del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia por cuanto este es el órgano llamado a resolver en primacía este tipo de conflictos, mientras la Corte Suprema vela por la uniformidad jurídica de las resoluciones. Lo anterior también limita la posibilidad de recursión ante la Corte y también la competencia de esta evitando posibles distorsiones. Pero lo principal es que ambos tribunales estarían insertos dentro de un mismo sistema procesal armonioso, de modo que se evite en lo posible posibles fallas que afecte, a fin de cuentas, el bien de la libre competencia.

XVI. En el caso del sistema de libre competencia, la Corte Suprema obtiene competencia para conocer de las materias de libre competencia a partir del recurso de Reclamación, el cual no fue definido por el legislador y omitió su tratamiento. La misma historia del recurso indica que el legislador omitió referirse a este, salvo en la Ley N° 19.911 donde hubo gran discusión acerca de su denominación e, indirectamente, su trato y naturaleza jurídica. Con todo, no se pudo definir su naturaleza quedando esta indeterminada a pesar de las distintas denominaciones que el legislador y la Corte Suprema trataron de darle, postulando esta última el de recurso de Casación en orden a seguir el rol que tiene el máximo tribunal en sus funciones jurisdiccionales en el actual sistema procesal civil.

- XVII. El Recurso de Reclamación se regula en los artículos 27 y 31 del Decreto Ley N° 211 pudiendo ejercerse en contra de las decisiones del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en sus facultades jurisdiccional, consultiva y reglamentaria o instructiva.
- XVIII. Respecto de la potestad jurisdiccional, el Recurso de Reclamación solamente señala su tramitación, más nada indica de su naturaleza ni función. La ley guarda silencio. Sin perjuicio de lo anterior, creemos que el legislador aun cuando hubo gran discusión sobre su naturaleza era proclive por un recurso limitado, donde no se pudiese recurrir por cualquier motivo. Postulamos que el sistema de unificación de jurisprudencia es adecuado al sistema de libre competencia por cuanto da mayor vigor a las resoluciones y litigación ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia como también limita la competencia de la Corte Suprema y evita posibles distorsiones, enfocando el rol de la Corte a los puntos de derecho.
- XIX. Respecto a la facultad consultiva, el Decreto Ley N° 211 establece una verdadera rareza jurídica donde existe un recurso en un procedimiento que, la mayoría de la doctrina y parte de la jurisprudencia declara como no contencioso. Justifican la naturaleza

del procedimiento por cuanto no existiría un conflicto entre las partes como también la carencia de la aplicación del *ius puniendi* estatal en dicho proceso. Lo anterior es curioso por cuanto en los asuntos judiciales no contenciosos no es necesario un sistema recursivo.

XX. Lo anterior lo consideramos equivocado por cuanto existe un interés que el mismo artículo 31 del Decreto Ley N° 211 consagra. También la misma estructura del procedimiento demuestra la contienda al establecer el derecho a que intervengan partes con interés en la consulta así como la Fiscalía Nacional Económica. Adicionalmente existe jurisprudencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia que permite que incluso terceros al ver sus intereses en peligro están legitimados a intervenir como también la misma facultad de la Fiscalía Nacional Económica esté legitimada a llamar a consulta las operaciones que atentaren contra la libre competencia. En definitiva, existen fundamentos sólidos para sostener que la consagración de la reclamación como recurso dentro del procedimiento de consulta se debe a que estamos ante un procedimiento contencioso propiamente tal, pero de naturaleza meramente declarativa.

XXI. Las consecuencias de declarar la consulta como un procedimiento contencioso son varios, los principales es que nos encontraríamos

ante un procedimiento meramente declarativo donde la sentencia establece si se atenta o no contra la libre competencia el eventual acto sometido a consulta. Además, a partir de una interpretación procesal del artículo 32 del Decreto Ley N° 211 es posible entender que el procedimiento de consulta genera cosa juzgada formal mientras los hechos sometidos al proceso no se modifiquen. Por último, se justifica el establecimiento del recurso de reclamación en sede de consulta, siendo este el medio procesal para enmendar los posibles errores que pudiese cometer el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

XXII. Respecto a la potestad reglamentaria o instructiva, si bien hay jurisprudencia respecto a su posibilidad de recurrir, creemos que ello no es posible por la misma claridad que impone el artículo 31 del Decreto Ley N° 211 y por la naturaleza de la materia la cual no es posible de enmendar por medio de recursos procesales.

XXIII. La jurisprudencia de la Corte Suprema en torno al trato al Recurso de Reclamación ha sido contradictorio. En gran parte, la Corte ha tratado al recurso como una verdadera Apelación. Sin embargo, no lo justifica a partir de bases normativas como es la vía del artículo 29 del Decreto Ley N° 211, sino por medio de la carencia de norma que

determine la naturaleza del recurso de reclamación. En otras palabras, nuestro Alto Tribunal le asigna tácitamente la naturaleza al recurso como forma de dar una directriz al comportamiento del tribunal al momento de fallar. Ello produce un recurso amplio que, en la práctica, produce distorsiones dentro del sistema de libre competencia lo cual es contrario a la especialidad del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y los principios de dar un recurso limitativo a la Corte Suprema.

XXIV. Respecto a la posibilidad de un trato Casacional, son escasas las sentencias que la Corte Suprema ha ejercido dicho rol. Ello es preocupante por cuanto más allá de no cumplir su rol Casacional, ante la indeterminación del Recurso de Reclamación es evidente que la Corte falla ni siquiera siguiendo su rol esencial.

XXV. En síntesis, postulamos que es necesario realizar reformas y cambios estructurales específicamente en la relación de nuestra Corte Suprema con el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, siendo una posibilidad el establecimiento de un recurso que se encargue de permitir la unificación de la jurisprudencia y limitar el conocimiento de la Corte únicamente al derecho cuando se presenten motivos de interés general que justifiquen su intervención.

Bibliografía.

Historia de la Ley

Historia de la Ley N° 19.911, crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Historia de la Ley N° 20.361, modifica el Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de Economía, Fomento y Reconstrucción de 2004, sobre Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Libros

BLANCO ORTIZ, Luis y otros. 2008. Manual de Derecho de la Competencia. Madrid. Editorial Tecnos.

CALAMANDREI, Piero. 1976. La Cassazione Civile. Napoli. Vol VII. Opere giuridiche.

COOTER, Robert y ULEN, Thomas. 1998. Economía y Derecho. México DF, Fondo de Cultura Económica.

COUTURE, Eduardo. 1985. Fundamentos de Derecho Procesal Civil. 3ª Edición. Buenos Aires. Depalma.

FERRER BELTRAN, Jordi. 2007. La Valoración Racional de la Prueba. Madrid. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.

JAEGER, Pablo y MATURANA, Francisco. 1992. Los Actos No Contenciosos y su Práctica Forense. Santiago de Chile. Editorial La Ley.

MOSQUERA, Mario y MATURANA, Cristián. 2012. Los Recursos Procesales. 2ª Edición Actualizada. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile.

OPAZO BRULL, Ernesto. 1962. La Comisión Antimonopolios y Estudio del Título V de la Ley 13.305. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile.

PAILLAS, Enrique. 2008. El Recurso de Casación en Materia Civil. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile.

PFEFFER URQUIAGA, Emilio. 2001. Código Procesal Penal. Anotado y Concordado. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile.

RAMOS MENDEZ, Francisco. 1990. Derecho Procesal Civil. Tomo II. Barcelona. José María Bosch, editor S.A.

TARUFFO, Michele. 2005. El Vértice Ambiguo: Ensayos sobre la Casación Civil. Lima. Palestra Editores.

ALDES PRIETO, Domingo. 2006. Libre Competencia y Monopolio. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile.

VISCUSI, Kip. VERNON, John y HARRINGTON, Joseph. 2000. Economics of Regulation and Antitrust. Tercera Edición. Massachusetts Institute of Technology.

Artículos

BARNDARIÁN, E. y PAREDES, R., 2004. Protección de la Competencia en Chile: El Estado vs. Laboratorios Chile y Recalcine (1992/93)” Instituto de Economía, Pontificia Universidad Católica de Chile; y Departamento de Economía, Universidad de Chile. Documento en web: http://www.economia.puc.cl/publicaciones/Doc.Trabajo/DT_222.pdf

BORDALÍ, Andrés. 2009. El Derecho Fundamental a un Tribunal Independiente e Imparcial. En: Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. 2do Semestre de 2009 (XXXIII).

CAROCCA, Alex. 1998. Reflexiones sobre las Funciones de la Corte Suprema. En: Ius et Praxis, año 4, N° 1, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca.

COUSO SALAS, Javier y CODDOU MACMANUS, Alberto. 2010. La Naturaleza Jurídica de la Acción de Inaplicabilidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional: Un Desafío Pendiente. En: Estudios Constitucionales, Año 8 (N°2).

DEL RIO FERRETTI, Carlos. 2012. Estudio sobre el derecho al Recurso en el Proceso Penal. En: Estudios Constitucionales, Año 10, (N° 1).

KOLASKY, William. 2002. What is Competition. [En línea]: <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/200440.pdf>

MATURANA, Cristián. 2012. Los Recursos ante los Tribunales Colegiados en un Procedimiento Oral. En: Revista de Derecho Procesal, Proyecto de Código Procesal Civil”. Santiago de Chile. Abeledo Perrot. (22).

MONTT, Santiago. El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia como ente Regulador del Comercio: una Mirada desde las Políticas Públicas. Recurso electrónico del Centro de Regulación y Competencia (RegCom), Facultad de Derecho, Universidad de Chile: www.regcom.uchile.cl › Inicio › Trabajos › Documentos de Trabajo

MUÑOZ GAJARDO, Sergio. 2005. Presente y futuro de la casación civil en Chile. Derecho Procesal Contemporáneo. Ponencias de las XXII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal. Coordinador Raúl Tavolari O. Santiago de Chile. Thompson Reuters-Punto Lex. Tomo I.

NUÑEZ OJEDA, Raúl. 2008. El Sistema de recursos procesales en el ámbito civil de un Estado democrático deliberativo. En: Revista Ius et Praxis. Talca. Año 14 (1).

RACHLINSKI, Jeffrey. 2005. Rulemaking versus Adjudication: a Psychological Perspective. Florida. 32 Florida State Law Review.

SEPULVEDA, Jorge. 2012. La Corte Suprema en el Nuevo Código Procesal Civil: una Perspectiva desde el Derecho Norteamericano En: Revista de Derecho Procesal, Proyecto de Código Procesal Civil". Santiago. Abeledo Perrot. (22).

TARUFFO, Michelle. 2007. ¿Una Reforma de la Casación Civil. En DE LA OLIVA, Andrés. PALOMO, Diego. Proceso Civil: Hacia una nueva Justicia Civil. Santiago. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile.

TAVOLARI, Raúl. 2007. Bases y Criterios para el Nuevo Proceso Civil Chileno. En: DE LA OLIVA, Andrés. PALOMO, Diego. Proceso Civil: Hacia una nueva Justicia Civi. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile.

VELOZO, Javier y GONZÁLEZ, Daniela. 2011. Reflexiones en Torno a algunas Facultades Extrajurisdiccionales del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. En: La Libre Competencia en el Chile del Bicentenario. Santiago de Chile. Centro de Libre Competencia UC, Editorial Thomson Reuters Puntolex.

Informes.

CLARA, Eliana. GARCIA, Francisco. 2012. Reforma a la Justicia Civil y Comercial en Chile. Informe del Instituto Libertad y Desarrollo. Referencia electrónica: http://www.lyd.com/wp-content/files_mf/sij9reformaalajusticiacivilycomercialenchileclaroyfgarciaabril2012.pdf [Consulta: 22 mayo 2013.]

GARCIA, Francisco. 2007. Reforma al Poder Judicial: una agenda para la discusión. Serie Informe Político N° 100. Informe para Libertad y Desarrollo. Disponible en: <http://www.lyd.com/wp-content/uploads/2011/11/SIP-100-Reforma-AL-Poder-Judicial-Una-agenda-para-la-discusion-JFGarcia-Abril2007.pdf>

DUCE, Mauricio. 2007. Informe en Derecho. El Estándar de Convicción y los Alcances del Recurso de Reclamación en el Derecho de Defensa de la Libre Competencia. Informe solicitado por la Fiscalía Nacional Económica, autorizado por este último para su publicación.

Tesis.

BRAVO, Pablo. Memoria “Unificación de Jurisprudencia y Recurso extraordinario en el proyecto de ley que establece un nuevo Código Procesal Civil”. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. 2011.

Apuntes de Clases.

MATURANA MIQUEL, Cristián. 2005. Breves Nociones Acerca de la Cosa Juzgada. Apuntes de clases. Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

MATURANA, Cristián. 2012. Los Recursos Procesales. Apuntes de Clases. Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

MATURANA MIQUEL, Cristián. 2009. Nociones sobre Disposiciones comunes a todo Procedimiento. Apuntes de clases. Santiago de Chile. Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

Página Web.

WASHINGTON STATE OFFICE OF THE ATTORNEY GENERAL: Guía Introductoria sobre las Leyes Antimonopolistas. (2013) [En Línea].<http://www.atg.wa.gov/antitrustguide/Espanol.aspx#1>^a [consulta: 05 junio 2013]

Jurisprudencia.

1. Tribunal Constitucional.

Sentencia Tribunal Constitucional, Rol 1448-2009, 9 de septiembre de 2009.

2. Corte Suprema.

CS, rol 4797-2008, reclamación de “Consulta de la Subtel sobre Participación de Concesionarios de Telefonía Móvil en Concurso Publico de Telefonía Móvil Digital Avanzado”, fecha 27/01/2009.

CS, rol 2221-2009, recurso de hecho sobre “Consulta de GLR Chile Ltda. y otros sobre participación en los concursos públicos para la renovación de concesiones de radiodifusión”, fecha 25/07/2009

CS, rol 9368-2012, recurso de hecho sobre “Concesión del recurso de reclamación interpuesto en contra de la resolución de término dictada en los autos individualizados, contenida formalmente en el denominado “Informe N° 8/2012”, fecha 11/03/2013.

Resolución de admisibilidad de fecha 17 de marzo de 2011 en causa RIT NC-388-2011 llevada ante TDLC, Consulta de Conadecus sobre operación de concentración LAN Airlines S.A. y TAM Linhas Aéreas S.A

3. Tribunal Interamericano de Derechos Humanos.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, 02.07.2004. Caso Herrera Ulloa con Costa Rica.